

# מילים מטרידות

סוגיות בהטרדה מינית מילולית

עורכת: ליאת לבנון



Issues on Verbal Sexual Harassment  
Editor: Liat Levanon

התקנה: רעיה כהן, גליה דאור  
מאנגלית: ורדה אזולאי  
עריכת התרגום: דפנה שופי, גליה דאור  
סדר: נדב שטכמן  
הדפסה: ארט פלוס, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-085-4 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:  
טלפון: 02-5300867, 1-800-20-2222 ; פקס: 02-5300867  
דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)  
המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"א  
Copyright © 2011 by The Israel Democracy Institute (R. A.)  
Printed in Israel

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה חינם מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במנהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם בכמה סדרות: ספרים, מחקרי מדיניות, מדד הדמוקרטיה, פורום קיסריה ודברי ימי עיון.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.



## תוכן העניינים

11	תודות
13	המחברים
15	בראשית הדברים ליאת לבנון
	<b>שער ראשון מהות התופעה, הערכות כמותיות וסיווגים ראשוניים</b>
27	מבוא ליאת לבנון
	<b>פרק ראשון התופעה וממדיה</b>
29	תל אביב 2001, דו"ח השפלה אורנה פיטוסי
31	חתרנות בתוך דיכוי: כינון זהויות מגדריות של חיילות בתפקידים 'גבריים' אורנה ששון-לוי
37	אלימות והטרדה: הטרדה מינית, מאפייני ומימדי התופעה דפנה הקר
46	תקציר מחקר תופעת ההטרדה המינית ומקומה בארגון הצבאי – ענף מוקד ידע מגדרי ביוהל"ן, 2003 אינה לוי, שרה בן דוד, שרית עמרם-כץ
	<b>פרק שני מאפייני התופעה: סוגים של הטרדות מיניות</b>
51	הטרדה מסוג 'זה תמורת זה' והטרדה מסוג 'סביבה עוינת' קת'רין א' מקינן
71	סוגים של הטרדה מינית אורית קמיר

## שער שני ממציאות לתאוריה ולעקרונות משפטיים

- מבוא  
ליאת לבנון  
85
- פרק שלישי התאוריה המשפטית האמריקנית וביקורתה
- הטרדה מינית היא אפליה בתעסוקה  
קת'דין א' מקינזון  
87
- איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?  
אורית קמיר  
104

## שער שלישי האיסור הפלילי על הטרדה מילולית: הצגה, הערכה וסוגיות לעיון

- מבוא  
ליאת לבנון  
153
- פרק רביעי החוק, מטרתו והערכתו לאורן
- החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית – העקרונות  
אורית קמיר  
155
- הערכת מצב בתום העשור הראשון  
אורית קמיר  
174
- פרק חמישי עוד על כבוד ושוויון
- על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית  
במבחן התאוריה הפמיניסטית והמציאות המשפטית  
נויה רימלט  
199
- כבוד האדם או שוויון?  
המענה להטרדה במקום העבודה בדין האירופי, הגרמני והאמריקני  
סוזן באר  
264
- הערך המוגן: הטרדה מינית כפגיעה בשוויון האישה ו/או בכבוד האדם  
אורית קמיר  
290

	פרק שישי השימוש במשפט הפלילי ככלי לשינוי חברתי
315	האיסור הפלילי על הטרדה מינית: קידוש האמצעי ומחירו מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון
346	תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?' אורית קמיר
365	מותק רוצי לאבא ארנה קזין
	פרק שביעי הטרדה מינית מילולית וחופש הביטוי
373	היבט הדיבור של הטרדה המינית פרדריק שאואר
395	דיבור חופשי וסביבה עוינת ג'ק מ' בלקין
418	הפגיעה הקולקטיבית שבהטרדה מינית דורות' רוברטס
440	מקום העבודה המושק: צנזורה של מעסיקים על סמך הפרק השביעי קינגסלי ר' בראון
463	נספח החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998
471	ראו אור לאחרונה בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה

## Introduction and Overview

Liat Levanon





## תודות

עבודת העריכה של אסופת המאמרים נמשכה זמן רב, ותרמו לה רבים. אני אסירת תודה לצוות ההוצאה לאור של המכון הישראלי לדמוקרטיה על הפקת הספר. אני מודה במיוחד לפרופ' אלי שאלתיאל, לעדנה גרניט ולענת ברנשטיין, אשר בסבלנות ובהתמדה עשו כל שאפשר כדי לקדם את העבודה. זכות ראשונים על האיסוף ההתחלתי של החומר שמורה לעו"ד אפרת רחף. עוד אני מודה לוורדה אזולאי על תרגום המאמרים מאנגלית לעברית, לדפנה שופי על עריכת התרגום, לשוש מרגלית על הקלדת המאמרים בעברית, ולגליה דאור ולרעיה כהן על ההתקנה. תודה מיוחדת לפרופ' מרדכי קרמניצר, אשר יזם וייעץ בעריכת האסופה.



## המחברים

פרופ' סוזן באר	פרופסור למשפט ציבורי וללימודי מגדר, בית הספר למשפטים, אוניברסיטת הומבולדט בברלין; הפקולטה העולמית ע"ש ג'יימס וו' קוק (James W. Cook Global Faculty), בית הספר למשפטים, אוניברסיטת אן ארבור, מישיגן
פרופ' ג'ק מ' בלקין	ראש הקתדרה למשפט חוקתי ע"ש נייט (Knight), בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ייל
פרופ' שרה בן דוד	ראש החוג לקרימינולוגיה, המרכז האוניברסיטאי אריאל בשומרון; ראש לימודי תעודה בפרופילאות, המחלקה לקרימינולוגיה, אוניברסיטת בר-אילן
פרופ' קינגסלי ר' בראון	פרופסור למשפטים, המחלקה למשפטים, אוניברסיטת וייין סטייט (Wayne State University)
ד"ר דפנה הקר	מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים והתכנית ללימודי נשים ומגדר, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר ליאת לבנון	משפטנית; מומחית לעברות של תקיפה מינית
ד"ר אינה לוי	קרימינולוגית חברתית-שיקומית ופרופילאית; מרצה בחוגים לקרימינולוגיה, המרכז האוניברסיטאי אריאל בשומרון והמכללה האקדמית צפת
פרופ' קת'רין א' מקינזון	פרופסור למשפטים, ראש הקתדרה ע"ש אליזבת' אי' לונג (Elizabeth E. Long), אוניברסיטת מישיגן
רס"ן שרית עמרם-כץ	ראש מדור מחקר, יחידת יוה"ל"ן (יועצת הרמטכ"ל לענייני נשים)
אורנה פיטוסי	שחקנית
ארנה קזין	עיתונאית וסופרת

- ד"ר אורית קמיר**  
חוקרת משפט ומגדר; ממנסחות החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; מחברת הספר 'זה מטריד אותי: לחיות עם החוק למניעת הטרדה מינית' (2009)
- פרופ' מרדכי קרמניצר**  
סגן נשיא למחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה; פרופסור (אמריטוס), הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים
- פרופ' דורותי רוברטס**  
פרופסור למשפטים וראש הקתדרה ע"ש קירקלנד ואליס (Kirkland and Ellis), בית הספר למשפטים, אוניברסיטת נורת'ווסטרן (Northwestern)
- ד"ר נויה רימלט**  
מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; עוסקת בניתוח פמיניסטי ביקורתי של המשפט
- פרופ' פרדריק שאואר**  
פרופסור למשפטים, ראש הקתדרה ע"ש מרי הריסון (Mary Harrison), בית הספר למשפטים, אוניברסיטת הרוורד
- ד"ר אורנה ששון-לוי**  
ראש המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה ומרצה בכירה בתכנית ללימודי מגדר, אוניברסיטת בר-אילן

## בראשית הדברים

החוק למניעת הטרדה מינית, אשר נחקק בשנת 1996, ביקש לחולל מהפך תודעתי ומשפטי. תחת הכותרת 'הטרדה מינית' החוק מאגד כמה התנהגויות – אחדות מהן הוגדרו עוד קודם לחקיקתו כעברות פליליות או משמעתיות (למשל מעשה מגונה או סחיטה מינית), ואחרות מעולם לא טופלו על ידי מערך דינים כלשהו, ודאי לא על ידי החוק הפלילי (הטרדה מינית מילולית). כל ההתנהגויות הנמנות בחוק נקבעו כעוולות נזיקיות וכעברות פליליות שבצדן עונשי מאסר. החדוש שבו הוא, על כן, בהוספת נדבך של התנהגויות מילוליות בעלות אופי מיני המוגדרות אסורות ובכריכתו של נדבך זה עם נדבך העברות המיניות הקיים, וכל זה בתוך מסגרת מושגית חדשה.

דומה כי רישומו של החוק ניכר. המושג 'הטרדה מינית' הפך שגור, והצורך לטפל בהטרדות מיניות זוכה להכרה גם בציבור וגם בקרב רשויות אכיפת החוק. עם זאת עיון בדיונים המשפטיים שנערכו, ונערכים, בתיקים של הטרדה מינית מעורר תהייה: בעוד האיסורים על התנהגויות שהיו פליליות מימים ימימה נאכפים ביתר שאת, האיסורים החדשים על הטרדות מילוליות כמעט שאינם נאכפים, ודאי לא כשהם לעצמם (להבדיל מאכיפתם בצמוד לאיסורים המסורתיים). ספורים הם המקרים שבהם מוגשים כתבי אישום בגין התבטאויות חוזרות בעלות אופי מיני, למשל.

מטרתה של אסופת מאמרים זו לעורר דיון באיסורים הפליליים החדשים על הטרדות מיניות מילוליות. ויוטעם: הצרת תחום הדיון היא בשניים – בעיסוק בהטרדות מילוליות (להבדיל מהטרדות פיזיות) ובהתמקדות באיסורים הפליליים על הטרדות אלו (להבדיל מן האיסורים הנזיקיים). השאלה שבמוקד היא זאת: האם מדובר באיסורים מוצדקים שאינם נאכפים רק בגלל שמרנותה של המערכת המשפטית, או שמא ההימנעות מאכיפה היא נגזרת של היעדר הצדקה מספיקה לאיסורים אלה, והיעדר זה הוא המוביל למותה של האות שיוצרת אותם? אם האיסורים מוצדקים, יצא שכרנו באכיפתם. אם אינם מוצדקים, יצא שכרנו בביטולם, שהרי אין מקום לאיסורי סרק במדינה דמוקרטית.

הבעתי בעבר את עמדתי בשאלות אלו במאמר שנכתב יחד עם מרכזי קרמניצר ומובא במלואו כאן. אף על פי שעמדתיי אלו שרירות וקיימות, המטרה כאן אינה לשכנע כי אם לספק מצע לדיון פורה ולסייע לקוראות ולקוראים לגבש את עמדתם. בהתאם לכך השתדלתי ככל יכולתי ליצור קובץ מאוזן, המציג עמדות מגוונות ומאיר את הפנים הרבים של סוגיה סבוכה זו.

לצורך הדיון בשאלות שביסוד אסופה זו בחרתי לפתוח במבט רחב על תופעת ההטרדות המיניות ועל החוק למניעת הטרדה מינית והתאוריה שבבסיסו ולהמשיך בהדרגה בצמצום הזווית ובהעלאת הרזולוציה.

השער הראשון מתמקד בניסיון לזהות ולתאר את תופעת ההטרדה המינית – בעיקר זו המילולית – כפי שהיא נחוות אצל קרבנותיה, להעריך את ממדיה ולערוך בה סיווגים ראשוניים. אורנה פיטוסי מיטיבה לתאר מקרה של הטרדה מילולית שחווה והפגיעה הנפשית העזה שהייתה כרוכה בה. אורנה ששון-לוי מנתחת מקרים של הטרדה מינית בצבא ומסבירה כיצד כל אחד מהם מכונן הייררכיה מגדרית במערכת הצבאית. היא גם מציגה ואף מעריכה את תגובותיהן של המוטרדות להטרדה. אלה נעות בין טריוויאליזציה של ההטרדה ובין יחס אמביוולנטי כלפיה, ובכל מקרה אין בהן הכרה בהטרדה המינית ככזו מתוך אימוץ עמדת הקרבן – עמדה הצפויה לפגוע ביכולתן להשתלב בצבא בטווח הקצר. ששון-לוי גורסת כי בטווח הארוך מאפשרת תגובה זו של המוטרדות את המשך ההטרדות במסגרת הצבאית. מאמרה של דפנה הקר מרכז נתונים סטטיסטיים על הטרדה מינית מכמה מדינות. נתונים אלה הם שהוצגו בזמנו בכנסת בעת הדיונים בטיטות החוק למניעת הטרדה מינית. הם מלמדים כי שכיחות התופעה משתנה בין המדינות ותלויה בתפיסות הקיימות באשר לסוגי ההתנהגויות הנחשבות הטרדה מינית. כך למשל, 10% בלבד מן הגברים והנשים בצרפת דיווחו כי הוטרדו מינית, לעומת 84% מן הנשים העובדות בספרד. בכל המדינות הצד המטרוד הוא בדרך כלל גבר, ולעתים (אך לא תמיד) יש לו כוח עודף ביחס לצד המוטרד. בדרך כלל הצד המוטרד הוא אישה, לרוב צעירה ולא נשואה. תוצאות ההטרדה הן מצוקה נפשית (שעשויים להתלוות אליה סימפטומים פיזיים), פגיעה בתפקוד בעבודה (עד כדי עזיבת מקום העבודה), נזקים כלכליים והנצחת מעמדן הנחות של נשים בחברה. עבודתן של אינה לוי, שרה בן דוד ושרית עמרם-כץ שופכת אור על שכיחות התופעה של הטרדות

מיניות בצבא. מתברר כי 80% מן החיילות נחשפות להטרדות מיניות במהלך שירותן הצבאי, אך רבות מהן אינן מזהות אותן כהטרדות מיניות. רק חמישית מן החיילות שדיווחו כי הוטרו מינית פנו בעקבות ההטרדה לגורם רשמי.

לאחר זיהוי התופעה והערכת ממדיה מגיע תורה של ההמשגה. קטרין מקינזון מציעה לחלק את ההטרדות המיניות לשתי קבוצות. בקבוצה הראשונה – הטרדות מסוג 'זה תמורת זה' (קוויד פרו קו) – העמדת הקרבן במצב שבו עליה לבחור בין שיתוף פעולה מיני לבין סנקציה במקום העבודה, פיטורין או מתן ציון נמוך, או לחלופין – בין שיתוף פעולה מיני לבין קידום בעבודה, מתן ציון גבוה וכו'. בקבוצה השנייה נכללות התנהגויות ההופכות את סביבת העבודה לבלתי נסבלת, דוגמת מבטים בעלי משמעות מינית, הערות גסות ונגיעות לא רצויות. להטרדה מן הקבוצה השנייה חשופות בעיקר נשים הממלאות תפקידים נשיים מסורתיים של מתן שירותים, כגון הכנת קפה וכביסה, ונתפסות בשל כך כנותנות שירותים בכל התחומים – בכלל זה התחום המיני. המוטרדות מצופות 'להשתתף במשחק' ולשמור על מראית עין של היענות ופתיחות.

אורית קמיר מציעה אף היא כמה הבחנות מועילות, לדעתה, בין סוגים של הטרדות מיניות ומבקרת הבחנות אחרות שהוצעו בספרות המקצועית ובפסיקה. ההבחנות העיקריות שמציעה קמיר הן אלה: הבחנה בין הטרדה מינית אסורה על פי החוק למניעת הטרדה מינית לבין התנהגויות מטרידות שאינן אסורות; הבחנה בין 'הטרדה אקראית' (המתרחשת בין אנשים הנפגשים במקרה) לבין 'הטרדה ממלכדת' (המתרחשת בין אנשים שיש ביניהם מערכת יחסים מתמשכת); והבחנה בין 'הטרדה מקבעת' (שנועדה לחייב נשים בתפקידים נשיים מסורתיים לספק שירותים מיניים) לבין 'הטרדה מדירה' (המרחיקה נשים מתפקידים גבריים מסורתיים). בהבחנות שקמיר מבקרת נכללות ההבחנה בין הטרדה מסוג 'זה תמורת זה' ובין הטרדה מסוג 'סביבה עוינת' וההבחנה בין הטרדות מילוליות להטרדות פיזיות.

בשער השני אנו עוברים לדיון משפטי-אורטי מקיף יותר בהטרדות מיניות ובאיסור עליהן. בהקשר זה אעיר כי אי-אפשר לדון באיסורים על הטרדה מינית מילולית בלי להבין את הבסיס העיוני לאיסורים על הטרדה מינית על כל סוגיה, ועל כן מוצגת בשער זה תאוריה הממשיגה ומסבירה את תופעת ההטרדות המיניות בכללה.

ראשית התפתחותה של התשתית המשפטית-אורטית העומדת בבסיס החוקים למניעת הטרדה מינית בארצות הברית. קת'רין מקינן הייתה הראשונה שהציעה ניתוח משפטי של הטרדות מיניות. על פי הצעתה, הטרדה מינית היא אפליה בתעסוקה (האסורה בארצות הברית על פי הפרק השביעי לחוק זכויות האזרח). גם הטרדה מצד הדרג שאינו ממונה היא אפליה, ומקום העבודה הוא האחראי לה. עוד עומדת מקינן על היחס בין מושג השוויון לבין הניתוח המוצע של הטרדה מינית, וכן על הקשר בין הטרדה מינית לבין מעמדן הכלכלי והחברתי הנחות של נשים. היא אף יוצאת חוצץ נגד התפיסות הרואות בעברות מין עברות אלימות 'רגילות', בהתעלמן אגב כך מן הממד המיני שלהן. לדעתה הן שוללות בכך את האפשרות לראות בעברות מין סוג של אפליה על בסיס מין.

אורית קמיר מציגה, ולאחר מכן מבקרת, את התאוריה והדין האמריקניים בעניין הטרדה מינית. היא פותחת בתאוריה שהציעה קת'רין מקינן ועוברת לדין מפורט בפסיקה האמריקנית, שהטמיעה חלק מן המושגים שהציעה מקינן והוסיפה משלה. לטענתה של קמיר, הניתוח המושגי של הטרדות מיניות והמשפט האמריקני שנקבע בעקבותיו הם תוצר מובהק של ההקשרים ההגותיים והמשפטיים האמריקניים הספציפיים. אלה אינם מתאימים להקשר הישראלי, ואף בארצות הברית הם הובילו לטענתה לתוצאות לא רצויות. מאמרה של קמיר הציב תשתית חלופית – עיונית ומשפטית – אשר היוותה את הבסיס לחוק הישראלי למניעת הטרדה מינית כפי שהוא נחקק בסופו של דבר בשנת 1998. גישתה של קמיר מציבה בבסיס את המושגים 'כבוד האדם' ו'חירות האדם' – שני ערכים מרכזיים באתוס התרבותי והמשפטי הישראלי. היא מבקשת לאסור את הטרדה מינית בכל תחומי החיים, והיא מציעה לעשות זאת במגוון אמצעים משפטיים: המשפט הפלילי, הדין הנזיקי ודיני העבודה.

השער השלישי מתמקד בחוק הישראלי למניעת הטרדה מינית ובדין התאורטי שהתפתח בעקבותיו. שתי הרשימות הראשונות בשער זה, גם הן פרי עטה של אורית קמיר, עוסקות בפרטיו של הדין. הרשימה הראשונה מוקדשת להצגת החוק למניעת הטרדה מינית: מטרותיו, ההתנהגויות האסורות על פיו ומסלולי התביעה שהוא מאפשר. הרשימה השנייה היא הערכת מצב שנכתבה בתום העשור הראשון מאז חקיקת החוק. קמיר מונה כאן את הישגי החוק: תרומתו לשינוי תודעתי כלפי היחסים בין המינים, הנחלת המשמעויות



והנזקים של הטרדה מינית בקרב הציבור, אימוצו בידי מתלוננות ומתלוננים וכן התקבלותו במערכת השיפוטית וההרתעה שהוא יצר אצל מטרידים. קמיר מפרטת את המטרות והאמצעים של החוק שהצלחתם 'חלקית או לא ברורה', ובכלל זה השימוש החלקי במנגנוני הפיצוי שמציע החוק, הטיפול החלקי ביחסי עבודה מורכבים, מיעוט הקישור של הטרדה מינית להיכטים שונים של הזכות לכבוד ואי־שימוש בערך כבוד האדם לניפוי ולסינון של תלונות ותביעות. לבסוף מתייחסת קמיר למטרות שטרם הושגו ולאמצעים שהתבררו כבלתי הולמים, ובהם הפניית יתר של מתלוננות להליך הפלילי ודחיית האיסורים החדשים על הטרדה מילולית על ידי רשויות אכיפת החוק.

המשכו של השער השלישי בהצגת החשיבה המחודשת על התאוריה הכללית של הטרדה מינית, שהתפתחה בעקבות חקיקת החוק והניסיון שהצטבר עם יישומו. הדיון נסב בעיקר על השאלה אם לעגן את ההגנה מפני הטרדה מינית בערך השוויון או בכבוד האדם. נויה רימלט בוחנת בפירוט את הדין הישראלי (גם החקיקה וגם פסיקת בית המשפט העליון וערכאות נמוכות יותר) בעניין ההטרדה המינית. עיקר ביקורתה מופנה כלפי הדגשת פגיעתה של ההטרדה בכבוד האדם מתוך טשטוש הפגיעה בערך השוויון. ההתמקדות של החוק בכבוד האדם, כך טוענת רימלט, הולידה פסיקה המנתחת הטרדה מינית כתופעה שיש לה היכטים אינדיווידואליים בלבד ומתעלמת מן ההיכט הקבוצתי־מגדרי שלה. זאת ועוד, שימת הדגש על הפגיעה בכבוד הובילה להבנה פטרנליסטית־מוסרנית של האיסור על הטרדה מינית. התוצאה, על פי רימלט, היא הגדרה צרה של הטרדה מינית, הכוללת התנהגויות בעלות תכנים מיניים בלבד והמוציאה צורות אחרות של הטרדת נשים הניתנות לסיווג כהטרדה על בסיס מין ומגדר.

ההתלבטות בין עיגון ההגנה מפני הטרדה מינית בערך השוויון לבין עיגונה במושג כבוד האדם מחייבת מבט אל מחוץ למשפט הישראלי. סוזן באר משווה בין מערכת הכללים האמריקנית – המתבססת על שוויון – לבין המערכת הגרמנית והמערכת האירופית (לפחות בראשית דרכה של זו האחרונה) – המתבססות על כבוד. לדידה, מערכות הדינים הללו משקפות מודל של הבחנה, ואף של התנגשות, בין הזכות לכבוד ובין הזכות לשוויון. ממודל ההתנגשות נגזרים, בהכרח, ליקויים בהתמודדות עם הטרדה מינית. בעיקר מדגישה באר את הליקויים בגישה הגרמנית ובגישה האירופית – שתיהן מתמקדות, כאמור, בכבוד

האדם. אלה כוללים, לדעתה, בחינת ההתנהגות מזווית הפרט אגב התעלמות מהייררכיות חברתיות וכן העדפת נקודת הראות של המטריד והתעלמות מתפקיד המיניות באפליה המגדרית. באר גורסת כי היסמכות על עקרון השוויון יכולה לתת מענה לליקויים אלה. לשם כך יש להימנע, לדעתה, מהגדרה טכנית של שוויון כיחס שווה אל שווים ולאפיין אותו כזכות א-סימטרית ומהותית לחוסר הייררכיה. הטרדה מינית תיתפס אז כמעשה של אכיפת ההייררכיה המסורתית בין גברים לנשים, ועל כן כהפרה של הזכות לשוויון. זאת ועוד, הזכות לשוויון לא תהא מנותקת מן הזכות לכבוד האדם: באר מציעה מודל של זיקה הדדית בין כבוד לשוויון. בהתאם לניתוח האמור, מערכת הדינים המתאימה לדעתה להתמודדות עם הטרדה מינית אינה המערכת הפלילית או הנזיקית, אלא המערכת החוקתית של זכויות אדם.

אורית קמיר מבקשת להגן על עיגון ההגנה מהטרדה מינית בכבוד האדם מפני הביקורות האמורות. בפרק 'הערך המוגן: הטרדה מינית כפגיעה בשוויון האישה ו/או בכבוד האדם' קמיר מפתחת את הביקורת שלה על השימוש בזכות לשוויון ומתמקדת בעומק היטמעותן של תפיסת השוויון האריסטוטלית הסימטרית ושל תפיסת שוויון החירויות כשוויון באי-התערבות של המדינה בענייניו של הפרט. לדידה של קמיר, הניסיון להטמיע תפיסת שוויון מהותית א-סימטרית ולחייב מעורבות של המדינה כדי לאכפו אינו מספק מבחינה תאורטית, ויתרה מזו – הוא אינו מעשי. לצד הביקורת על מושג השוויון מפתחת קמיר את מושג הכבוד הסגולי (הגרעין האנושי המשותף לכל בני האדם אשר מכיל בתוכו גם את רעיון השוויון) ומושג כבוד המחיה (הבטחת תנאי מחיה המאפשרים את מימוש הפוטנציאל הייחודי לכל אדם) כאדנים תאורטיים מוצקים יותר להגנה מפני הטרדה מינית. לבסוף מבהירה קמיר כי כבוד האדם שהיא מכוונת אליו, ואשר מעוגן בחוק למניעת הטרדה מינית, אינו 'הדרת הכבוד' הפטריארכלית (honor), השונה ממנו תכלית שינוי.

בצד חשיבותה של התאוריה הכללית אי-אפשר לדון באיסורים הפליליים על הטרדה מילולית בלי להיזקק לשאלות המיוחדות שהם מעוררים. ולכן המשכו של השער השלישי דן בשאלות אלו, בפרט בהצדקה לשימוש במשפט הפלילי בהקשר הזה כדי להשיג שינוי חברתי ובהצדקה להגבלת חופש הביטוי על ידי האיסורים על הטרדה מינית מילולית. ההתנהגויות המכוננות 'מילוליות' כוללות

מיני דרכים של ביטוי והעברת מסרים – לאו דווקא באמצעות מילים אלא גם, למשל, באמצעות תמונות, מחוות גופניות, וכדומה.

במאמר של מרדכי קרמניצר ושלי אנו מותחים ביקורת על האיסורים הפליליים החדשים על הטרדות מיניות מילוליות, שהם איסורים מיוחדים לשיטת המשפט הישראלית. טענתנו היא שאיסורים אלה – המבקשים להשתמש במשפט הפלילי כדי להשיג שינוי ערכי – פוגעים בעקרונות יסוד של המשפט הפלילי, למשל: הדרישה שהמדינה תספק אזהרה ברורה בטרם ענישה; העיקרון הקובע שאין להעניש את מי שפועל ללא עמדה נפשית שלילית המכוננת את אשמתו; הדרישה ליחס הולם בין טיבה של ההתנהגות האסורה לבין חומרת הסנקציה; השימוש במשפט הפלילי כמוצא אחרון בלבד, בהיעדר אמצעים 'רכים' יותר לטיפול בתופעה; ושימוש באיסורים הפליליים רק להתנהגויות שהציבור מחשיב אותן שליליות וחמורות. עוד אנו מצביעים על בעיות היישום שמעורר החוק – בפרט הפללת יתר. לשון אחר, לדעתנו החוק חל על פי לשונו גם על מקרים שאינם ראויים לבוא בגדרו. לבסוף אנו מציעים פתרונות אפשריים ומונים את יתרונותיהם ואת חסרונותיהם החשובים ביותר. מסקנתנו היא שהמשפט הפלילי אינו הכלי הראוי לטיפול בהטרדות מיניות מילוליות ושמן הראוי להותיר את הטיפול בהן בסמכות הדין הנזיקי והדין המשמעתי.

אורית קמיר מגיבה על ביקורת זו. היא חולקת על תפיסת המוסר הנוהג המוצגת במאמרנו, ואף על ההנחה שאין לאסור התנהגות שרוב הציבור אינו רואה בה התנהגות בלתי מוסרית. לדידה, אפילו אם רוב הגברים סבורים שההתנהגויות המנויות בחוק אינן התנהגויות שליליות, אין בכך כדי לשלול איסור פלילי המקעקע תפיסה זו. עוד היא מבקרת את ההתייחסות להטרדה מילולית כחמורה פחות מהטרדה פיזית. היא משליכה את יהבה על המשטרה והפרקליטות, שלא ינהלו הליכים פליליים בגין התנהגויות פחותות ערך, ועל בתי המשפט, שלא יפרשו את האיסורים פרשנות קיצונית ולא סבירה.

ארנה קזין משמיעה גם היא ביקורת על השימוש בחוק לשם יצירת שינוי חברתי, אך ביקורתה מגיעה מכיוון אחר. לדעתה, החוק והפרקטיקה שהתפתחה סביבו הם פטרוניים ומנציחים את דמות האישה החלשה, חסרת האונים והקלה לניצול. החוק גם מציג לדעתה את המיניות כנכס החשוב ביותר שיש לאישה. עוד מבקרת קזין את חוסר היכולת של החוק למנוע תוצאות קשות למוטרדת,

אשר פעמים רבות מוצאת את עצמה מחוץ למקום העבודה שבו אירעה ההטרדה, מופסדת בכסף ובלי תמיכה חברתית. לנוכח כל האמור קזין טוענת שהחוק אינו כלי מתאים ליצירת רפורמה חברתית. התמודדות טובה יותר עם הטרדה מינית תתמקד לדעתה בחינוך ובמחאה חברתית, שתכליתם, בין היתר, להעצים את הנשים כדי שתוכלנה למנוע הטרדה כליל או – אם מתרחשת הטרדה כזאת – להגיב עליה בכוז ובהוקעה ובלי שהחברה תגנה אותן.

הסוגיה הבאה שמעוררים האיסורים על הטרדה מינית מילולית היא הסוגיה של הגבלת חופש הביטוי. פרדריק שאואר מנתח את המעבר מתפיסת ההטרדה המינית כסוגיה שעניינה שימוש לרעה בסמכות במקום העבודה לתפיסתה כסוגיה הנוגעת לחופש הביטוי (המעוגן בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית). טענתו היא שהחלה של התיקון הראשון המעגן את ההגנה על חופש הביטוי אינה תולדה של דוקטרינה משפטית פורמלית או של תאוריה פילוסופית של חופש הביטוי, אלא תולדה של כוחות פוליטיים, תרבותיים, כלכליים וחברתיים. בחינת הדין האמריקני מובילה את שאואר למסקנה שטענות בדבר הגבלה מופרזת של חופש הביטוי הועלו בתחילה כאשר המטריד עשה שימוש במדיום שנחשב טעון הגנה חוקתית (גיליונות עיתון, במקרה זה העיתון 'פלייבוי') או כאשר זירות התרחשות נחשבו זירות הטעונות הגנה חוקתית (בתי ספר, מכללות ואוניברסיטאות). מכאן קצרה הדרך, לדעתו, לגלישת הטענות להקשרים אחרים (כמו השמצות מיניות, קריאות גנאי או בדיחות גסות). שאואר עוסק בהרחבה בבלימת הגלישה על ידי בית המשפט העליון האמריקני, המעביר מסר שבמקום העבודה היכולת לשנות לרעה את תנאי העבודה באמצעות מילים היא היבט חשוב יותר של הדיבור מהיבט ההבעה העצמית של הפרט המתנכל.

ג'ק בלקין מתמקד בבעיית הצנזורה העקיפה המתעוררת כאשר הממשלה מאיימת לראות במעביד אחראי להתבטאותו של העובד המטריד הפוטנציאלי. בלקין מסביר את ההצדקות הכלליות למשטר של צנזורה עקיפה המאפשרת לגופים פרטיים, שנמצאים בעמדה הטובה ביותר למנוע את הנזק, לצנזר ביטויים בתחום אחריותם. לאחר מכן הוא מראה כי במקרה של הטרדה מינית יש הצדקות חזקות במיוחד למשטר כזה. כך, למשל, המעביד מיטיב לראות את התמונה השלמה של התנהגויות עובדיו, וקל לו למנוע היווצרות של סביבה עוינת. בשלב הבא מתמודד בלקין עם הטענות שלפיהן האיסור על הטרדה מינית הוא מעורפל,

כוללני מדי ואוסר הבעת עמדות והשקפות. בין היתר הוא מטעים כי עובדות ועובדים במקום העבודה הם קהל שבוי, והמשפט האמריקני מאפשר הגנה על קהל שבוי גם כאשר הדבר כרוך בכינון איסורים המבוססים על תוכן ההתבטאות. לבסוף הוא מעיר כי יותר משאיסורי ההטרדה פוגעים לכאורה בזכויות ביטוי של עובדים, הם מחזקים את כלל העובדים שכן הם מהווים משקל נגד חשוב לכוחו של המעביד לעצב את תרבות מקום העבודה כראות עיניו.

דורותי רוברטס מתעמקת בפגיעה הקולקטיבית שיש בהטרדה מינית לעומת הצבת תלונתה של אישה יחידה כנגד זכותם של כל האחרים להתבטא. לדעתה, ההטרדה פוגעת בדרך כלל לא רק במוטרדת עצמה אלא גם ברבות מן הנשים המועסקות באותו מקום עבודה. היא סבורה כי ההטרדה גם משמרת את מעמדה הנחות של האישה בשוק העבודה ובחברה בכלל וכי יש בה מסר משפיל לכלל הנשים. רוברטס בוחנת את ההיקש שנעשה בארצות הברית – מנייתוח הסוגיה של אפליה על בסיס גזע לנייתוח הסוגיה של הטרדה מינית. היא טוענת כי זיהוי ההטרדה המינית כאפליה לשמה, בדומה לאפליה גזעית, מבהיר כי אין להשתמש בהגנה החוקתית על חופש הביטוי כדי להגן על פרקטיקות של הטרדה. על פי רוברטס, שימוש כזה ישתית חוסר צדק חברתי ויעגן זכות יתר למטרידים, בנבדל מהגנה על חירות הביטוי המוענקת לכול. היא מציעה להשתמש בחירות הביטוי של העובדות כדי להתלכד ולהילחם בהטרדות מיניות באופן שיקדם השגת צדק חברתי.

קינגסלי בראון, מנגד, מבקר את הדין האמריקני, שהוביל, לטענתו, לכך שמעסיקים מטילים סנקציות על התבטאויות בגין ההשקפות המובעות בהן, למשל השקפות הטוענות לחוסר הכשירות של נשים למלא תפקידים מסוימים. בראון טוען כי הערפול של הסטנדרט להטלת אחריות מוביל לצנזורה מוגזמת מצד המעסיקים, שממילא אין להם כל עניין אישי בביטוי. עוד הוא טוען כי ההגנה החוקתית על חופש הביטוי חלה גם על מקומות עבודה. לפיכך הוא בוחן פתרונות אפשריים להגבלה המופרזת, לדידו, של חופש הביטוי. הוא שולל את הדרישה שההתבטאות תהא מכוונת לקרבן המסוים (להבדיל משיח שמתקיים בנוכחות הקרבן אך אינו מכוון אליה או אליו). לעומת זאת הוא מצדד בביטול האחריות של המעביד ובהטלת אחריות אישית בנזיקין על המטריד בגין הגרימה המכוונת של מצוקה נפשית.

האסופה מחזיקה בין דפיה כתיבה ישראלית מקורית וכתיבה זרה מתורגמת. נקל להבין על שום מה בחרתי להציג כתיבה ישראלית בדיון בחוק הישראלי. אשר לכתיבה הזרה – חשיבותה נעוצה בשתיים: ראשית, בהשפעתה על החשיבה והכתיבה הישראלית (אם כמקור לאימוץ ולחיקוי ואם כנקודת מוצא לשינוי ולהתאמה); שנית, באפשרות שהיא תשלים את הכתיבה הישראלית בסוגיות שטרם זכו לליבון מקומי הולם.

מתוך שלל המקורות העוסקים בהטרדה מינית בכלל ובהטרדה מינית מילולית בפרט – בעיקר המקורות הזרים – נבחרו מעטים בלבד. תקותי היא שההנגשה הראשונית של מקורות אלו תוביל לעיסוק נרחב יותר בסוגיה זו, שייעשה, בין השאר, אגב שימוש במקורות רבים ואיכותיים נוספים.

ליאת לבנון  
פברואר 2011

שער ראשון

מהות התופעה, הערכות כמותיות  
וסיווגים ראשוניים





## מבוא ליאת לבנון

קובץ זה מבקש לשפוך אור על התופעה של הטרדה מינית מילולית כפי שהיא מוגדרת בחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (ראו הנספח בסוף הספר). ואולם הספרות והמחקר הבוחנים את התופעה של הטרדות מיניות אינם נסמכים, לרוב, על ההגדרות בחוק. לעתים הם נסמכים על הדרך שבה הם מפרשים את מהותה של התופעה, ולעתים על הגדרות שהוצעו בספרות היסוד שהסבה את העין ואת הלב אל התופעה. בכפוף לתמרור הזהרה זה הפרק הראשון בשער זה מציג את הנתונים הקיימים על תופעת ההטרדות המיניות המילוליות. בחרתי להציג נתונים הן של הטרדות מיניות באוכלוסייה הכללית הן של הטרדות בצבא. והטעם לכך: הצבא הוא סביבה מיוחדת מן ההיבטים של מין, מיניות ומגדר, והמחקר הקיים מספק תובנות מעניינות על היחס שבין סביבה כזו לבין שכיחותן של הטרדות מיניות ואופן הקבלה שלהן אצל המוטרדות.

הפרק הראשון פותח בשני קטעים המבקשים להמחיש את התופעה של הטרדה מילולית ואת התחושות שהיא מעוררת אצל המוטרדות. הקטע הראשון הוא פרי עטה של אורנה פיטוסי, והקטע השני הוא סיכום מחקר שעשתה אורנה ששון-לוי על הטרדות מילוליות בצבא. לאחר מכן מוצגים הנתונים על שכיחותן של הטרדות מיניות. את הנתונים אספו, ערכו והביאו אל הכתב דפנה הקר (באשר לאוכלוסייה הכללית),<sup>1</sup> וכן אינה לוי, שרה בן דוד ושרית עמרם-כץ (באשר לצבא). כך מתקבלת תמונה ראשונית וטנטטיבית של העובדות שהחוק למניעת הטרדה מינית מבקש להתמודד עמן.

הפרק השני בשער מציג את ההבחנות שהוצעו בספרות המקצועית בין סוגי הטרדות מיניות. בבסיסה של אסופת המאמרים עומדת ההבחנה בין הטרדה פיזית

1 הנתונים הובאו בזמנו לפני הכנסת, לקראת הדיון בהצעת החוק למניעת הטרדה מינית.

להטרדה מילולית. האסופה מבקשת להתמקד בהטרדות מיניות מילוליות בלבד. ואולם לפני כן אבקש לחשוף את הקוראות והקוראים למגוון הבחנות אפשריות בין הטרדות מיניות. ההבחנות הללו מאירות היבטים שונים של התופעה. זאת ועוד, דרכן מתחילה לחלחל התאוריה שבבסיס האיסורים על הטרדות מילוליות (אשר תוצג בהרחבה בהמשך). נוסף על כך אבקש להסב את תשומת הלב לביקורת האפשרית על ההבחנה בין הטרדות פיזיות להטרדות מילוליות. את ההכרעה בדבר תקפותה של ההבחנה אני מותירה בידי הקוראות והקוראים.

הפרק פותח בהצגת ההבחנה בין הטרדה מסוג 'זה תמורת זה' ובין הטרדה מסוג 'סביבה עוינת', כפי שניסחה אותה קת'ריין מקינן, שהייתה הראשונה שהמשיגה את התופעה של הטרדה מינית בכלל. לאחר מכן מוצגות הבחנות נוספות שפיתחה אורית קמיר, שהייתה שותפה מרכזית לניסוח החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית – חוק שאינו מעגן את ההבחנה שהציעה מקינן. כן מוצגת בקטע זה ביקורתה של קמיר על ההבחנה האמורה ועל ההבחנה בין הטרדות פיזיות להטרדות מילוליות.

ברי שכל אחת מן ההבחנות מעגנת עמדה מוסרית ומשפטית ביחס למאפיינים הרלוונטיים של הטרדות מיניות ולחומרתם היחסית. תקוותי היא שהצגת ההבחנות תעורר מחשבה ודיון על סוגיות אלו.

## פרק ראשון התופעה וממדיה

### תל אביב 2001, דו"ח השפלה

אורנה פיטוסי

היה לי קשה ביום שבו פורסם גזר דינו של איציק מרדכי, היום קשה לי יותר. אז חשתי שהיינו ממש קרובות לגרום לגברים להבין שאין בעולם אשה שלא חוותה הטרדה מינית לפחות פעם בחיים (בינינו – פעם בשבועיים). היום ברור לי שלא רק שגזר הדין לא קידם את התובנה הזאת, הוא עשה אולי את ההפך והעביר מסר שמותר להתנהג אלינו רע מאוד.

לפני כחודש ניסיתי לעצור מונית ברחוב בן יהודה. על המדרכה עמדה קבוצת ילדים בני 15 בערך. הם זיהו אותי והחמיאו על משחקי הודיתי להם בנימוס וחזרתי למקומי. פתאום שמעתי אחד מהם קורא אחרי: 'איזה תחת! הייתי מת לזיין אותך!'

הסתובבתי אליהם. 'סליחה, מה אמרת?'

שניים מחבריו הואילו בטובם לשחזר את דבריו: 'הוא אמר שהוא מת לזיין אותך.'

כולכן מכירות את הרגע הזה שבו, בשניות, אתן חוזרות להיות בנות ארבע ולא משנה לאילו הישגים הגעתן. רק יובש בפה ופיק ברכיים, כאילו הפשיטו אותי ברחוב לעיני כולם. החלטתי לא להבליג וניגשתי אליהם. 'מה שאתה אומר לי כרגע זו הטרדה מינית, ברור לך? אני מסוגלת לקרוא למשטרה ויעצרו את כולכם!' (הלוואי, אבל לצורך האיום).

אורנה פיטוסי, 'תל אביב 2001, דו"ח השפלה', בנות העיר, אוגוסט 2001.

\* אורנה פיטוסי, בת 42, שחקנית. אם לשתי בנות.

הפניתי אליהם גב כועס וחזרתי רועדת לכביש. הנה, לימדתי את הדור  
הצעיר דבר או שניים. אבל הדור הצעיר לא הפנים וצעק לי שוב: 'איזה כוסית!  
מת לטחון אותך!'

בכוונה אני רושמת את דבריהם בלי צנזורה. כשהמלים נאמרות בקול הן  
נשמעו הרבה יותר רע, תאמינו לי. במיוחד ברחוב, ליד כל האנשים שלא חשבו  
לרגע לעצור ולנזוף בנערים.

רציתי לבכות. הרגשתי כזאת השפלה. עצרתי מונית, ידי רעדו מכעס  
כשסגרתי את הדלת. שתקתי דקה ואז אמרתי לנהג 'לא תאמין מה עברתי כרגע.'  
הוא לא האמין. אתן כן. כולנו עוברות חוויות דומות אינספור פעמים בחיים.  
באלף השלישי, כשכולם מדברים רוחניות ואהבה ושואפים לשלום ולכבוד,  
מתברר שנוטר עדיין מין אחד, שערכו בעיני המין השני מסתכם בתחת ובציצי.

## חתרנות בתוך דיכוי: כינון זהויות מגדריות של חיילות בתפקידים 'גבריים' אורנה ששון-לוי

### טריביאליזציה של הטרדות מיניות

הדילמה של כינון זהויות חתרניות בתוך מנגנון דיכוי, והמשא ומתן המתמיד בין השניים, מתגלמת באופן מתומצת ביחסן של החיילות להטרדות מיניות. בראיונות עלו לא פעם סיפורים שנשמעו על פניהם כהטרדות מיניות, אולם החיילות כינו אותם 'קטעים' 'צחוקים' או 'טריוויאלי'. כך למשל רותי, חיילת שעד סוף התיכון למדה באולפנה דתית של בנות, חזרה בשאלה ושירתה כפקידה פלוגתית, סיפרה שכשהסגל (!) היה 'מתעצבן עליה' הוא היה שר לה 'רותי זונה, רותי מוצצת לכל הפלוגה'. והתגובה שלה: 'ברור שזה לא היה כיף, סתם זה מעצבן, אבל אי אפשר היה לקחת את זה קשה, שטויות, זה שיר כזה טריוויאלי, אף אחד לא שם לב'.

איך יכולה חיילת שעד גיל 18 העבירה את ימיה עם בנות דתיות בלבד, לתפוס שיר כזה, כדבר פשוט, או טריוויאלי? רותי מזהה שהשיר הינו טריוויאלי לתרבות של הצבא. היא יודעת כשהסגל שר לה שהיא 'זונה ומוצצת' איש איננו מתכוון שהיא מתירנית או אפילו פעילה מבחינה מינית. לפי טענתה בראיון, זו היתה הדרך של הסגל לשדר לה אי-שביעות רצון מקצועית. עדיין, המסר לא הועבר לה דרך תכנים מקצועיים אלא דרך הדגשת המיניות שלה, והצגתה כמיניות זולה ומבוזה. מעבר לכך, המסר המיני שודר על ידי מספר גברים כלפי אישה אחת, ולא

אורנה ששון-לוי, 'חתרנות בתוך דיכוי: כינון זהויות מגדריות של חיילות בתפקידים 'גבריים'', בתוך: יעל עצמון (עורכת), התשמע קולי: ייצוגים של נשים בתרבות הישראלית, תל אביב וירושלים: הקיבוץ המאוחד ומכון ון ליר, תשס"א, עמ' 277-302. הקטע המובא כאן לקוח מעמ' 292-295.

סתם גברים, אלא המפקדים, כך שאין מי שיש בידו את הסמכות להשתיק אותם. לשיר יש כאן פעולה כפולה: הוא מהווה דוגמה לחיילים ובכך לוקח חלק בתהליך הסוציאליזציה של החיילים לתרבות הצבאית, ובאותו זמן הוא מבהיר לפקידה הפלוגתית מהו מקומה האמיתי בתוך החברה הזאת. רותי יכולה לשרוד את האירוע כי היא מזהה את השיר כסוג של 'הצגת מגדר',<sup>1</sup> כדרך של החיילים להציג ולהמחיש את הגבריות שלהם עצמם, שאיננה מתייחסת אליה אישית. ועדיין, גם אם היא יודעת שהם ישירו את אותו השיר לפקידה הבאה אחריה, היא יודעת שהם לא ישירו אותו לגבר. היא מזהה את השיר כחלק משיח פומבי ולא כשיח אישי, אך היא גם מבינה מה הוא אומר על מקומן של נשים בתוך המערכת הצבאית. במקרים אחרים הפגיעה היא יותר אישית וישירה, ועדיין החיילות לא תופסות אותה כהטרדה מינית. דורית, שהיתה קצינת מטה באזור הדרום, תיארה את התנהגותם של הקצינים הבכירים במהלך ישיבת מטה:

כולם אמרו, אתה מגיע לצבא אותה מתנוון. אני כל כך לא, ממש התפתחתי, מרמה של לנסח מודעה ועד מה להגיד למי. הרגשתי שיש לי חצי עולם בידיים. עד שהייתי מגיעה לישיבה. והיינו יושבים בישיבת מטה וזה הולך שהקצין מודיעין אומר, והקצין אג"מ אומר והקצין זה אומר, ואז מגיעים לדורית, והיו מתייחסים אליה בתור לא ילדה, אבל אישה, מפלרטטים אתה, מנסים להתחיל אתה, כותבים לה מכתבים [...] הנה יש לי כאן קטע שכותבים לי שלושת המח"טים של הגזרה (היא מראה לי את המכתב) 'את חייבת לקחת החלטה, זה גומר אותנו החוסר החלטיות, נוגס ביכולתנו, מפריע לנו בריכוז, אנו מבקשים שתחליטי כבר' [ותבחרי באחד מאתנו].

באופן כללי, סיפור השירות הצבאי של דורית הוא סיפור של התבגרות והתפתחות. היא מדגישה בסיפורה למידה, רכישת כישורים חדשים והתגברות בתחושת הכוח האישי ('הרגשתי שיש לי חצי עולם בידיים'). אבל באותו זמן

ממש, היא חשה עד כמה הכוח שבידיה הוא שביר כשהוא נשלל ממנה בקלות על ידי התנהגותם של הקצינים בזמן ישיבת המטה ('עד שהייתי מגיעה לישיבה'). התנהגותם של המח"טים מהווה הטרדה מינית בכך שהיא יצרה אווירה עוינת ומביכה שהגשישה את מיניותה של הקצינה על פני תפקידה המקצועי.<sup>2</sup> ייתכן שאותו יחס עצמו, אם היה מתרחש במועדון או בחדר האוכל היה יכול להיתפס כפלרטוט בלתי מזיק, למרות שגם אז היו כאן פערי כוח ברורים. אולם כשיחס כזה מופעל במהלך ישיבת מטה שבה אמורה הקצינה לפעול באופן מקצועי, הרי שיש בו פגיעה ברורה ביכולת התפקוד שלה. התנהגותם של המח"טים נחשפת כצינית במיוחד כשהם טוענים שבנוכחותה הנשית היא מפריעה להם להתרכז, כשלמעשה ברור שהם אלה המפריעים לה להתרכז.

אבל היחס של דורית עצמה למכתבים מאוד אמביוולנטי. היא נעלבת וכועסת כשמתייחסים אליה על פי מינה ולא על פי מקצועה, אולם היא גם מוחנפת בו-בזמן. ביחס למכתבים, ולהתנהגויות דומות אחרות היא מסכמת: 'אני חושבת שדברים שאני עברתי, אנשים אחרים אולי כן היו יכולים לקרוא להם הטרדה מינית, אבל אני לא, ממש – ממש לא'.

תגובתה של דורית טיפוסית לחיילות רבות במצבה (ולנשים בכלל). דורית איננה נאיבית, היא יודעת ש'דברים שהיא עברה' יכולים להיות מוגדרים כהטרדה מינית, אך היא מעדיפה להגדיר אותם בצורה שונה. חיילות רבות תיארו בפני התנהגויות שעל פניהן מתאימות להגדרה של הטרדה מינית, אולם, הן כינו אותן 'קטעים' או 'צחוקים'. התרבות של 'הצחוקים', ההתבדחויות האינסופיות, נתפסת כמאפייין כמעט אידיאלי של חיי החברה בצבא, ומתוארת לכאורה, כהנאה שווה לכל הצדדים שלוקחים בה חלק.<sup>3</sup> הן הבנים והן הבנות מתעלמים מכך שההומור בתרבות 'הצחוקים' נע סביב נושאים של מין ומגדר בצורה היררכית הבונה את הסולידריות בין הגברים, את אחוות הלוחמים, על ידי השפלה והדרה של נשים.<sup>4</sup>

2 רחל בנוזמן, 1995. 'הטרדה מינית בעבודה', בתוך: פ' רדאי, כ' שלו ומ' ליבן-קובי (עורכות), מעמד האשה בחברה ובמשפט, ירושלים: שוקן: 320.

3 כך למשל אמר קצין שלישות, סגן אלוף שהורשע בהטרדה מינית, כי 'טפח על ישבניהן של החיילות ר"ק בצחוק' (עמיר רפפורט, 'סא"ל שטפח על ישבני חיילות – צפוי להרחה', ידיעות אחרונות, 25 בנובמבר 1996).

4 Peter Lyman, 1987. 'The Fraternal Bond as a Joking Relationship,' in: M. Kimmel (ed.), *Changing Men*, Newbury Park: Sage

אולם הבנות בוחרות שלא להכיר בהתנהגות זאת כהטרדה מינית. לכחירה זאת יש סיבה קונקרטית ברורה: לעתים קרובות תלונה על הטרדה מינית יכולה לעלות לחיילת במחיר כבד של העברה לבסיס או לתפקיד אחר, נידוי חברתי, והאשמה חברתית על 'הריסת הקריירה' של הקצין. אולם בנוסף לחשש הקונקרטי לאבד את תפקידן ואת ההצבה הצבאית שלהן, נראה שהחיילות מעדיפות לא להכיר בהטרדות מיניות גם מסיבות סימבוליות. מטרת ההטרדות המיניות היא לחזור ולהזכיר לחיילות מהו 'מקומן האמיתי' בתוך המערכת הצבאית, מקום שמוגדר על ידי הבדלים ביולוגיים בין המינים וזיהוי בין נשיות ומיניות. החיילות, בסירובן להיפגע ולהיעלב, מתעלמות מהאופי הפוגע של 'הצחוקים', ובכך לא מאפשרות להם לפעול את הפעולה הכוחנית והמדירה לה הם נועדו. כדי לא להיקבע בתפקיד של 'הבנות' בתוך המערכת, הן מפרשות את ההטרדות כטריוויאליות, עוברות עליהן לסדר היום וממשיכות הלאה. בכך, הן לא מאפשרות לדיכוטומיה המגדרית להכתיב להן את מקומן בצבא.

התפקיד 'הגברי' שלהן בצבא מאפשר להן להיות 'מיני-בן', 'כמו בחור'. כמעט 'אחת מהחבר'ה', ואילו ההטרדה המינית מחזירה אותן למקום של האובייקט המיני. אם הן יגיבו להטרדה מינית בעלבון ובפגיעה הן יאשרו את השיח שההטרדה באה ליצור, השיח שמייצר נשים שוב ושוב כאובייקטים מיניים.<sup>5</sup> הן מעדיפות לכן לפרש את ההתנהגות הגברית לא כהטרדה מינית אלא כחלק מתרבות כוללת שבה הטרדות מיניות הן טריוויאליות, חסרות משמעות עבורן.

ההכרה בהטרדה מינית תציב את החיילות בשוליים של הצבא, כי היא תמקם אותן כבעיה בתוך הצבא, ולא כחלק מהצבא עצמו. השינוי מתפיסה של 'חיילת כמו החיילים', הנובעת מגיוס חובה ומדגישה דמיון בין המינים ושוויון הזדמנויות, לתפיסה של 'חיילת בין החיילים', המדגישה הבדלים בין המינים יאפשר לחזור לשיח של תפקידים טבעיים לנשים ולגברים, ומכאן להנצחה של אי שוויון בוטה. החיילות מבינות את ההשלכות הרגריסיביות שיכולות להיות

Catharine A. MacKinnon, 1979. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven and London: Yale University Press; Lin Farley, 1978. *Sexual Shakedown: The Sexual Harassment of Women on the Job*, New York: Warner Books



להכרה בהטרדה מינית, והן מעדיפות לכן לשותף פעולה עם התפיסה שרואה בהטרדות 'צחוקים' טריוויאליים שאינם פוגעים בנשים.

מעבר לזה, ההכרה בהטרדה מינית תחבר את החיילות עם השיח והזהות של הקורבן. הקורבן הוא חלש, זקוק להגנה, ואין לו אם כן מקום בצבא שתפקידו להגן על החלשים. סיוון למשל לא הסכימה שהחבר שלה ידבר עם המפקד שהיה שר שירים על החזה שלה, כי 'לא רציתי להיות האישה שבאים להציל אותה'. טלי, קצינת המודיעין, הסבירה שהיא התעלמה כשהמפקד היה מראה לה ציורים של נשים עירומות, כיוון 'שאם הם היו מראים לי את הציורים האלה והייתי מובכת והייתי כזאתי בת, אם הייתי כזאת בת, אז גם חיילים היו יכולים לעלות עלי'.

טלי וסיוון מניחות כי אם נשים בצבא ישחזרו את הסטריאוטיפ של האישה כקורבן, הן לא יוכלו לתפקד כשוות בתוך הצבא, ויהיה קל להוציא אותן אל מחוץ לתחום הביטחוני. ישנה סתירה אינהרנטית בין השיח והזהות של הקורבן לבין השיח והזהות של שוויון, ושל השתייכות לצבא ולמדינה בתוקף השוויון, והחיילות המוטרדות מינית ניצבות בלב לבו של סתירה זאת. כדי לפתור את הסתירה הבנות בוחרות שלא להיכנס למקום של הקורבן. הטריוויאליזציה של הטרדות מיניות היא, אם כן, תגובה חוסמת כלפי המערכת המטרידה, תגובה המסרבת להיכנע להגדרות הצבאיות של נשיות.

אבל, עם זאת, אי אפשר להתעלם מכך שהחיילות עדיין עוברות הטרדות מיניות, ושהבחירה לא לראות בהן הטרדות לא בהכרח מפסיקה את ההטרדות עצמן. ההתעלמות מאופיין הפוגע של ההטרדות יכולה לתת כוח ועוצמה לחיילת ברגע האירוע עצמו, ויכולה אולי להפסיק את ההטרדה בסביבתה המיידית של החיילת. אבל לעתים ההתעלמות מהטרדות מיניות יכולה להתפרש כהסכמה, וכך לאשר התנהגות זאת כנורמטיבית ואף להביא להחרפה של ההטרדות.

ואכן, לא רק שההטרדות המיניות נמשכות אלא שלעתים הן גם משיגות את מטרתן. המטרה (מודעת או לא מודעת) של ההטרדות המיניות היא לא רק להגדיר את החיילת כאובייקט מיני, אלא גם לחסום, באופן בלתי פורמאלי, את הדרך לנשים בתפקידים 'הגבריים', ועל ידי כך לשמר את תפקידי הלחימה כמבצר אחרון של אקסקלוסיביות גברית. לכן, החיילות המוצבות כנשים ראשונות בתפקידים 'גבריים' נתונות במיוחד להתעללות ולהתעמרות מצד החיילים,

ובמספר מקרים חיילות עזבו קורסים או תפקידים 'גבריים' כיוון שההטרדה המינית היתה קשה מנשוא.<sup>6</sup>  
 לאסטרטגיה של ההתעלמות מההטרדות יש אם כן השלכות בשני כיוונים – היא עשויה להיות אסטרטגיה המעניקה כוח לחיילת בסביבתה המיידית וב-בזמן היא מאפשרת את ההמשכיות של ההטרדה המינית כהתנהגות צבאית נפוצה.

6 המקרה של רוויטל ישביץ, שהיתה החיילת הראשונה בקורס בקרי טיסה הינו אופייני. למרות כישוריה הגבוהים וציוניה הטובים היא פרשה מהקורס לאחר מספר חודשים בגלל התעללות ממושכת, בחלקה בעלת אופי מיני (עמיר רפפורט, 'מסכת ההשפלות של סגן רוויטל', ידיעות אחרונות, 8 ביולי 1997). במקרה זה ההתעללות היתה כל כך אינטנסיבית שהחיילת לא עמדה בה, וההטרדה השיגה את מטרתה. מקרה דומה הוא המקרה של החיילות שעשו קורס חובלות בשנת 1976, ושירתו על האנייה 'נגה'. אחרי שלוש שנים בוטל הניסוי בשל 'הטרדות מיניות שלא אפשרו את תפקוד הבנות על האנייה' (מרדכי אלון, 'חיילות האמבטיה', ידיעות אחרונות, 21 בפברואר 1997). מכיוון שעד היום לא נעשה סקר משמעותי של הטרדות מיניות בצבא, קשה לדעת כמה מהחיילות אכן מוטרדות. אולם גם אם אין נתונים מדויקים בנושא, מהראיונות שערכתי ומהכתבות התכופות בעיתונות בנושא, נראה כי הטרדות המיניות נפוצות בצה"ל, כמו בצבאות רבים אחרים. לאחרונה ישנה החמרה ביחס של הצבא לנושא. הנחיות הרמטכ"ל, רא"ל מופז, הן להעלות כל איש קבע שהורשע בהטרדה מינית לוועדה להתרת חווים.

# אלימות והטרדה: הטרדה מינית, מאפייני ומימדי התופעה

## דפנה הקר

### הקדמה

בחודש ספטמבר 1998 נכנס לתוקפו החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. חוק זה קובע הגדרה להטרדה מינית וכיצד יש להתמודד עם התופעה. בטרם פונים להבנת החוק והחובות הנגזרות ממנו, יש לנסות ולהבין את תופעת ההטרדה המינית מבחינה חברתית. סקירה זו דנה בתמציתיות בשאלות בדבר ממדי התופעה, מאפייני המטריד מינית וקורבן ההטרדה והתוצאות הנגרמות עקב הטרדה מינית. הסקירה מבוססת על מחקרים שנעשו בארץ ובח"ל. בישראל נעשו מחקרים בודדים בלבד, אך בשל קווי דמיון רבים ניתן ללמוד על התופעה בישראל גם ממחקרים שנעשו במדינות מערביות אחרות.

רבים שואלים עצמם מהי הטרדה מינית. בשנים האחרונות נערכו מחקרים שונים לבירור השאלה, מהן ההתנהגויות הנתפסות בעיני הציבור כהטרדה מינית. במחקר שנערך באוניברסיטת מינסוטה בשנת 1989, נדרשו המשתתפים להשיב האם הם רואים בהתנהגויות שהוצגו לפנייהם בשאלון, הטרדה מינית. במדגם נכללו כ-4,000 משתתפים – אנשי סגל אקדמי, עובדי אוניברסיטה וסטודנטים. 30% מהנשאלים היו גברים. ממצאי המחקר הראו, כי מגע וחיכוך בלתי רצויים, גהירה ודחיקה לפינה, לחץ בלתי רצוי לפעילות מינית, מכתבים ושיחות טלפוניות לא רצויים הנושאים אופי מיני, נתפסים כהטרדה מינית על ידי למעלה מ-95% מהנשאלים. בנוסף, אחוז גדול מהנשאלים ראה גם בלחץ לא רצוי לביולוגי משותף, בבדיחות סטריאוטיפיות או סקסיסטיות, ובמבטים עורגים בלתי רצויים, התנהגויות המהוות הטרדה מינית.

דפנה הקר, 'אלימות והטרדה: הטרדה מינית, מאפייני ומימדי התופעה', 22 במאי 2007.

© כל הזכויות שמורות לשדולת הנשים בישראל. מתוך:

[www.iwn.org/il/inner.asp?newsid=48](http://www.iwn.org/il/inner.asp?newsid=48)

ישנן הגדרות רבות, צרות ורחבות, של מושג ההטרדה המינית. ניתן למצוא מספר מרכיבים המשותפים לכל ההגדרות: התנהגות המכוונת את ההטרדה המינית; היות ההתנהגות בלתי רצויה לאחר; ממד מיני בהתנהגות ותחושת האובדן או הנזק שנגרם לקורבן. כאמור, מטרת סקירה זו אינה מציאת ההגדרה האולטימטיבית להטרדה מינית או באור ההגדרה המשפטית, אלא, הבנת מאפייניה המרכזיים של התופעה.

### היקף ושכיחות תופעת ההטרדה המינית

תלונות לגופים רשמיים כגון המשטרה ורשויות אכיפה אחרות אינן יכולות ללמד על ממדי תופעת ההטרדה המינית. יש ראיות לכך, כי קיים מספר רב של מקרי הטרדות מיניות שאינם מדווחים. לפי סקר שנערך בארצות הברית ב-1990, 60% מהנשים שעברו הטרדה מינית אינן מדווחות על כך. זאת, בשל האמונה, שתלונה על ההטרדה המינית לא תפתור את הבעיה ואף תגרום לנזק כלכלי ופסיכולוגי נוסף. יש לזכור כי במדינות רבות מערכת המשפט אינה מעניקה מענה הולם לנפגעות הטרדה מינית ועל כן אין לנשים מניע להתלונן על הטרדה מינית ממנה סבלו. לאור חלקיות המידע שניתן לקבל מתלונות לרשויות, ישנה חשיבות רבה למחקרים וסקרים המנסים לחשוף את ממדי תופעת ההטרדה המינית. מרבית המחקרים לבדיקת ממדי תופעת ההטרדה המינית מתמקדים במקומות עבודה. בסקר שנערך בישראל בשנת 1986, במטרה לבדוק את שכיחות ההטרדה המינית כלפי עובדות בשירות המדינה, נמצא כי 34% מכלל הנשאלות נתקלו במקום עבודתן באמירות, רמיזות דו-משמעיות או הערות פוגעות בעלות אופי מיני שנעשו בניגוד לרצונן. מתוך אלה, נתקלו 21% בהתנהגות מסוג זה בתדירות של פעם בשבוע, או אף לעתים קרובות יותר. כ-33% מכלל הנשאלות דיווחו על מגע פיזי שנעשה בניגוד לרצונן. כ-10% דיווחו על לחץ לכילוי משותף בניגוד לרצונן. במחקרה של עדיה פינטו, שנערך בקרב עובדות מדינה בשנת 1989, דיווחו 27% מהמשתתפות על התנסות בהערות, אמירות ורמיזות מיניות לפחות פעם אחת. 16.4% דיווחו על פניות והצעות מיניות מסוגים שונים. 4.3% דיווחו על שימוש בגמול ו-2.7% על איומים כלשהם להשגת שיתוף פעולה מיני. 7.7% דיווחו על התנסות בתקיפה מינית לפחות פעם אחת. מנתונים שאספה רחל

פלצמן, יועצת ארגונית לטיפול בהטרדות מיניות, בקרב עובדות 'צווארון לבן' בשנת 1993, עולה כי 52% נחשפו למגע פיזי בלתי רצוי, 48% לרמיזות מיניות, 38% להצעות מגוננות, ו-4% להצגת תמונות פורנוגרפיות.

ב-1986 ערך איגוד העובדים הספרדי מחקר על הטרדה מינית במקומות עבודה. תוצאות המחקר הראו כי כלפי 84% מהנשים העובדות שהשתתפו בסקר הושמעו הערות ובדיחות בעלות אופי מיני. ב-55% מהן נעצו מבטים, ולאחרונה אחוז הציעו הצעות מיניות. על 27% מהן הופעל לחץ לביילוי משותף ואחרון זה נחשף למגע פיזי בלתי רצוי. 4% דיווחו על נסיונות לקיום יחסי מיין עמך בכפייה. בשוודיה נערך בשנת 1987 סקר לבירור ממדי תופעת ההטרדה המינית במקומות עבודה ציבוריים ופרטיים. על פי סקר זה, 17% מהנשים העובדות הוטרדו מינית. 70% מהמוטרדות, חוו הערות מיניות לא רצויות ומגע פיזי בלתי רצוי. שליש מהמוטרדות קיבלו הצעות בלתי רצויות לטובות הנאה מיניות או ליחסי מיין.

באנגליה דווח בסקר שנערך בשנת 1987, כי 73% מהמשיבות חוו הטרדה מינית כלשהי במקום העבודה. 48% נחשפו להערות מיניות, ו-34% חוו מגע פיזי לא רצוי. בסקר משנת 1988 שבחן 154 מקומות עבודה באנגליה נמצא כי שלושה מכל ארבעה מקומות עבודה נאלץ להתמודד עם מקרי הטרדה מינית. סקר שנערך בשנת 1982 מצביע על כך כי במקרים רבים ההטרדה המינית אינה חד-פעמית. 17% מהמשתתפים בסקר דיווחו כי הוטרדו מינית שש פעמים ויותר באותו מקום עבודה.

בארצות הברית נמצא בסקר שנערך בשנת 1992 בקרב נשים העוסקות במסחר, כי 57% מהנשים חוו מגע פיזי לא רצוי או הצעות מיניות במהלך העבודה.

בסקר שנערך בצרפת ב-1992, מתוך 1,000 גברים ונשים מגילאים 15 ואילך שהשתתפו בסקר, 10% בלבד טענו שהוטרדו מינית. אחוז נמוך זה נעוץ במידת המודעות ודרך הגדרתם של המשתתפים בסקר מהי הטרדה מינית. 48% מהנשים, לדוגמא, לא ראו בדרישת מעביד מעובדת לבלות עמו סופשבוע בתמורה לקידום בעבודה כהטרדה מינית, ו-20% מהנשים לא ראו אף את דרישת המעביד כי יתפשטו לפניו ככזו. במחקר אחר שנערך בצרפת שנה קודם לכן נמצא כי 21% מהנשאלים חוו הטרדה מינית. 12% מאלו שסבלו מהטרדה מינית

נחשפו לדרישות לטובות הנאה מיניות, 63% להצעות ורמזים מגונים, ו-60% חוו המשך הצעות לבילוי משותף למרות סירוב.

מחקרים מעטים עוסקים בהטרדה מינית במסגרות שאינן מקומות עבודה. מחקר שנערך באוניברסיטת חיפה ב-1997 מראה כי 60% מהסטודנטיות שהשתתפו במחקר הוטרדו מינית על ידי מרצים או מתרגלים. 70% מהסטודנטיות דיווחו על הטרדה מינית מצד סטודנטים. רוב ההטרדות הן הטרדות מילוליות, לרבות הצעות מגוננות. 8% דיווחו כי הותקפו מינית על ידי סטודנט ו-2% דיווחו על תקיפה מצד מרצה.

במחקר שנערך בקרב חיילי וחיילות הצבא הקנדי, 26% מהנשאלות ו-2% מהנשאלים דיווחו כי הוטרדו מינית במהלך שירותם הצבאי בשנה שקדמה לשאלון שהוצג בפניהם. רוב ההטרדות המיניות כללו התגררויות, בדיחות, הערות ושאלות בעלות אופי מיני. בסקר שנערך בקרב חיילות וחיילים בחיל הים האמריקאי דווח כי רוב החיילות היו קורבן להטרדה מינית, החל מהטרדה מילולית וכלה בתקיפה מינית, וכמעט כולן היו עדות להטרדה מינית במהלך שירותן הצבאי.

### מאפייני המטריד

במחקר שנערך בקרב 20,000 עובדי רשות הדואר ושירות המדינה בארצות הברית בין השנים 1978-1980, התברר כי המטרידים מינית הם בדרך כלל גברים, בעיקר כאשר ההטרדה המינית מופנית נגד נשים, אך גם כאשר היא מופנית נגד גברים. במקרים רבים, המטריד הינו בעל כוח עודף על המוטרדת בסביבה בה מתרחשת ההטרדה. מעביד מטריד עובדת, מפקד מטריד חיילת, רופא מטריד מטופלת וכו'. המטריד מנצל את כוחו העודף על המוטרדת בארגון בהנחה כי היא לא תעז להתנגד או להתלונן, פן יבולע לה.

במחקר הישראלי משנת 1986 על שירות המדינה שצוין לעיל, קרוב לשני שלישים מן הנפגעות דיווחו כי המטריד היה בעל דרגה בכירה מזו שלהן. 27% דיווחו כי המטריד היה הממונה הישיר. רק אחוז אחד הוטרדו על ידי עובד הכפוף להן. מהמחקר שבוצע בשנת 1989 עולה כי למעלה מ-50% מהמוטרדות הוטרדו

על ידי אדם בעל סטטוס גבוה משלהן במקום העבודה. ממצאים אלו עולים בקנה אחד עם ממצאים ממדינות אחרות.

ביפן, 23.5% מהנשים שהשתתפו בסקר שבחן הטרדה מינית במקומות עבודה, ציינו כי הוטרו מינית על ידי המעביד, ובצרפת 29% מהנשים שהוטרו מינית דיווחו כי המטריד היה המעביד ו-26% מהנשים דיווחו כי המטריד היה הממונה עליהן במקום העבודה. במחקר שנערך באנגליה נמצא כי כ-24% מהמקרים המטריד היה המנהל ובאחוז זהה של מקרים המטריד היה הממונה על המוטרת.

עם זאת, המטריד במקום העבודה יכול היות גם אדם שאינו המעביד או הממונה. במחקר על עובדות המדינה בישראל משנת 1986, 35% מהנשים שנפגעו מהטרדה מינית דיווחו כי המטריד היה עובד אחר. בסקר היפני שצוין לעיל, 15.8% הוטרו על ידי עמית לעבודה ו-4.4% על ידי לקוח. בסקר הצרפתי, 22% מהנשים שהוטרו מינית דיווחו כי המטריד היה עמית לעבודה ו-27% דיווחו כי המטריד היה לקוח. במחקר האנגלי דווח כי כ-18% ממקרי הטרדה, המטריד היה עמית לעבודה.

גם במסגרות שאינן מקום עבודה, ההטרדות המיניות אינן אך ורק מצד בעלי כוח בהיררכיה הארגונית. כפי שצוין לעיל, בסקר שנערך באוניברסיטת חיפה התברר כי 70% מהסטודנטיות מוטרות מינית על ידי סטודנטים, 10% פחות מאחוז המוטרות על ידי אנשי סגל.

לסיכום, המאפיין הבולט ביותר של מטרידים מינית הוא היותם, ברוב המכריע של המקרים, גברים. במקרים רבים מדובר בגבר בעל כוח עדיף על זה שיש למוטרת בארגון אך הטרדה מינית מצד עמית נפוצה אף היא. למעט מאפיינים אלו לא נמצאו מאפיינים המלמדים מיהו 'המטריד הפוטנציאלי' או 'המטריד הטיפוסי'.

### קורבן הטרדה המינית

נשים מוטרות מינית באופן תדיר הרבה יותר מזה בו מוטרים גברים. במחקר שנערך בקרב 20,000 עובדי רשות הדואר ושירות המדינה בארצות הברית, שצוין לעיל, התברר כי 48% מהנשים ו-15% מהגברים הוטרו מינית. במחקר נוסף

שנערך בארצות הברית בשנת 1993 בהשתתפות 1,700 עובדים ועובדות, 54% דיווחו כי הוטרדו מינית במקום העבודה. 90% מהמוטרדים היו נשים. במחקר שבדק הטרדה מינית במשרדי עורכי-דין אמריקאיים דווח כי 51% מהנשים הוטרדו מינית לעומת 6% מהגברים. מחקר על הטרדה מינית בצבא האמריקאי משנת 1990 גילה כי 64% מהנשים סבלו מהטרדה מינית לעומת 17% מהגברים. מחקרים מרחבי העולם מראים כי ממצאים דומים – גברים מוטרדים מינית, אך באחוז נמוך בהרבה מאחוז הנשים המוטרדות מינית.

בנוסף למאפיין המין, נמצאו במחקרים רבים מאפיינים נוספים של קבוצות בסיכון של הטרדה מינית. במחקר של עובדי רשות הדואר והשירות הציבורי בארצות הברית נמצא כי הגברים והנשים המצויים ברמת הסיכון הגבוהה ביותר להיות קורבנות להטרדה מינית הם צעירים, לא נשואים, בעלי רמת השכלה גבוהה יותר, אנשים המשמשים בתפקידים שאינם נתפסים כ'תפקידים מסורתיים' המתאימים למין המוטרד, ובגברים – חברים בקבוצת מיעוט (גזע או קבוצה אתנית) ומתלמדים.

במחקר שנערך בספרד נמצא, כי קבוצת הגיל המצויה ב'רמת הסיכון' הגבוהה ביותר היא קבוצת הנשים בגילאים 26–30. נשים פרודות, גרושות או אלמנות מצויות אף הן ברמת סיכון גבוהה. ממצאי המחקר הראו, כי קבוצה זו אף סבלה מהצורות הקשות ביותר של ההטרדה המינית. ממצאים דומים נמצאו במחקרים שנערכו בבלגיה ובאוסטרליה. רבות מנשים צעירות אלו נתקלות בהטרדה מינית במקום העבודה הראשון שלהן וחסרות מידע בסיסי על זכויותיהן וההגנה המשפטית לה הן זכאיות מפני הטרדה מינית.

בהולנד נמצא במחקר משנת 1986, כי הטרדות מיניות נפוצות בעיקר במקומות עבודה בהם יש חלוקת תפקידים מסורתית בין גברים לנשים, ויש נשים הקוראות תגר על חלוקת תפקידים זו. מחקר שנעשה באנגליה בשנת 1983 מצא ממצאים העולים בקנה אחד עם המחקר הנ"ל – 96% מהנשים שעסקו במקצועות 'גבריים' הוטרדו מינית לעומת 48% מהנשים שעסקו במקצועות 'נשיים'. במחקר שנערך בקרב מנהלות באנגליה נמצא כי 54% מהמשתתפות הוטרדו מינית.

מחקר צרפתי משנת 1991 מצא, כי הסקטורים בהם דווח המספר הרב ביותר של הטרדות מיניות הם תקשורת ואומנות (18% מכל הנשים המועסקות), תעשייה (17%), המגזר הרפואי (14%), ותעשיית המזון, ברים, מסעדות ומלונות



(10%). באוסטריה לעומת זאת, נמצא כי סקטור השירותים הוא הסקטור בו נשים מוטרדות יותר מכל.

לסיכום, ניתן לראות כי רוב המוטרדים מינית הם נשים, אם כי ישנם מקרים של הטרדות מיניות נגד גברים. מחקרים מצביעים על קבוצות בסיכון גבוה כמו נשים לא נשואות ונשים צעירות, אך הן אינן הסובלות היחידות. הטרדות מיניות מופנות נגד נשים מכל הסקטורים, בכל שלב בהיררכיה הארגונית, במגוון גילאים וסטטוס מעמד אישי.

### תוצאותיה של ההטרדה המינית

הטרדה מינית גורמת נזקים לקורבן ההטרדה, לנפגעות פוטנציאליות, לסביבה בה התרחשה ההטרדה המינית, ולכלל ציבור הנשים.

הטרדה מינית עלולה לגרום לקורבן ההטרדה פגיעה בעלת השלכות כלכליות ולהסב לה נזקים פיזיים ונפשיים. תוצאות נפשיות של הטרדה מינית למוטרדת יכולות לכלול כעס, פחד, דיכאון, תשישות, עצבנות, אובדן ביטחון עצמי, סיוטים, תחושת השפלה, בושה, מבוכה, ותחושת חוסר אונים ופגיעות. ישנן נשים הסובלות מרגשות אשמה בשל המסרים החברתיים להם הן חשופות על פיהם ההטרדה המינית היא תוצאה של התנהגותן הן ולא של התנהגות המטריד. פגיעות פיזיות שנמצאו אצל קורבנות הטרדה מינית, בנוסף לאלו שנגרמו בשל הפעלת כוח פיזי על הקורבן, כוללות כאבי ראש, חוסר תאבון ואובדן משקל, בעיות עיכול, נדודי שינה והתפרצויות בכי. מחקר אמריקאי משנת 1992 קובע כי 96% מקורבנות הטרדה מינית שהשתתפו במחקר סבלו ממתח נפשי כתוצאה מההטרדה. מצוקה פיזית וקשיים בביצוע העבודה דווחו ב-35%–45% מהמקרים. אגודת הפסיכיאטרים האמריקאית מכירה כיום בהשלכות הנפשיות של הטרדה מינית כמחלה.

הטרדה מינית פוגעת ביכולתה של המוטרדת לתפקד בסביבה בה היא מוטרדת. הפגיעה בתנאי עבודה במקום עבודה בו סובלת עובדת מהטרדה מינית יכולה לנבוע מיצירת אווירה עוינת כלפי קורבן ההטרדה או מפגיעה ישירה של המטריד בתנאי עבודתה של המוטרדת. במחקר הישראלי על עובדות שירות המדינה דווחו שליש מהנשים שהוטרדו מינית כי ההטרדה גרמה לפגיעה בתנאי

עבודתן. הסוג השכיח ביותר של פגיעה היה היווצרות אוריה עוינת ופגיעה בשיתוף הפעולה עם עמיתים לעבודה או ממונים. 3% מהמוטרדות סבלו מפגיעה בתפקידן שבאה לידי ביטוי בכך שתפקידן רוקן מתוכן או שהן הועברו ממנו לתפקיד אחר.

עובדות רבות המוטרדות מינית אינן יכולות להמשיך ולתפקד כפי שתפקדו בטרם ההטרדה. אף אם המטריד אינו פוגע בתנאי עבודתן באופן ישיר, הטרדתו עלולה לגרום למוטרדת לירידה בתפוקה, לאיחורים וחסורים ואף לעזיבת מקום העבודה. מחקר שנערך בשנת 1986 בארצות הברית מצא כי ישנה סבירות הגבוהה פי תשע מזו של גברים, כי נשים תעזובנה את מקום העבודה, פי חמש כי הן תועברנה מעבודתן או תפסקנה לחפש עבודה ופי שלוש כי הן תפוטרנה, כל אלה, בשל הטרדה מינית. כמובן, שכל הפגיעות הללו עלולות להסב למוטרדת נזק כלכלי כבד.

יש לזכור כי בנוסף לנזקים הנגרמים לקורבן ההטרדה המינית, ישנן השלכות הרסניות לתופעה חברתית זו על מוטרדות פוטנציאליות ועל כלל ציבור הנשים. הטרדות מיניות מנציחות את מעמדן הנחות של נשים בשוק העבודה ובמקומות נוספים דוגמת הצבא. ההטרדה המינית מונעת מנשים להתקבל למקומות בהם ישנה דומיננטיות גברית, להתקדם במסגרות השונות בהן הן מצויות, ופוגעת באפשרותן למצות את יכולתן האישית והכלכלית.

### **הטרדה מינית מסכה אף לסביבה בה היא מתרחשת נזקים כלכליים, אותם ניתן לחלק לשלוש קבוצות:**

נזקים בשל השלכות ההטרדה על המוטרדת – הסביבה בה פועלת המוטרדת סובלת מהפגיעה שההטרדה מסכה ליכולת התפקוד של המוטרדת. ירידה בתפוקה, איחורים, חיסורים, עזיבת המוטרדת, הצורך להכשיר מחליפה – לכל אלו עלויות כלכליות למסגרת בה התרחשה ההטרדה המינית. מחקר אמריקאי משנת 1988 מצא כי הטרדה מינית עלתה בממוצע לכל חברה מבין 160 החברות הגדולות שנסקרו, 6.7 מיליוני דולרים לשנה בשל היעדרויות, החלפות עובדים, מורל נמוך ותפוקה נמוכה שנגרמו בשל ההטרדה. הממשל האמריקאי מצא בשנת 1995 כי הטרדה מינית עלתה לממשלה במהלך שנתיים 327 מיליוני דולרים בשל אובדן תפוקה ותחלופת העובדים שהיא גרמה.

הליך הבירור – כאשר מוגשת תלונה בגין הטרדה מינית, בין אם למערכת בה התרחשה ההטרדה ובין לגורם חיצוני, ישנה עלות כלכלית לבירור התלונה. חקירות, הפסד זמן עבודה, הליכים משפטיים – כל אלו עלולים לעלות כסף רב למערכת בה התרחשה ההטרדה. באוסטרליה התברר, לדוגמא, כי עלות בירור פנימי של תלונה בגין הטרדה מינית במקום העבודה עולה למעביד בממוצע \$36,000. יש לציין, כי ניתן להקטין ואף למנוע עלויות אלה אם לחברה יש מדיניות ברורה כנגד הטרדה מינית, והליכים קבועים לבירור תלונות בגין הטרדה מינית.

פיצוי הנפגעות – האחראי על המסגרת בה התרחשה ההטרדה המינית עלול להימצא חייב בפיצוי המוטרת בשל הנזקים שנגרמו לה בגין ההטרדה המינית. גובה הפיצוי שמעביד, מערכת צבאית, בית חולים ומסגרות אחרות בהן מתרחשת הטרדה מינית ייאלצו לשלם, תלוי כמובן בשווי נזקי המוטרת והתייחסות המערכת המשפטית לסוגיה. בארצות הברית, לדוגמא, לא פעם נדרשים מעבידים לפצות קורבן הטרדה מינית על נזקים בשווי של \$100,000, אם כי פעמים רבות נפסק גם סכום נמוך יותר. במדינות אחרות – אוסטרליה, דנמרק, יפן, שוויץ ואנגליה, הפיצוי נמוך יותר, בדרך כלל פחות מ-\$10,000. בישראל, יתכן שמסתמן שינוי ביחס מערכת המשפט לשווי הפיצויים שעלול מעביד להיות חייב בהם כלפי קורבן הטרדה מינית.

## סיכום

מהמחקרים שנסקרו עולה שממדי ומאפייני תופעת ההטרדה המינית, משותפים בקווייהם הכלליים למרבית החברות המערביות. תופעת ההטרדה המינית הינה תופעה רווחת ונפוצה. היא פוגעת בעיקר בנשים, אך גם בגברים, במגוון מגזרים ותפקידים. נזקי ההטרדה המינית פוגעים בקורבנות נגדם היא מופנית ובמסגרות בהן היא מתרחשת.

מודעות בדבר ממדי תופעת ההטרדה המינית ומאפייניה הינה השלב הראשון במאבק העיקש והבלתי מתפשר הנדרש לשם מיגורה.

## תקציר מחקר תופעת ההטרדה המינית ומקומה בארגון הצבאי – ענף מוקד ידע מגדרי ביוהל"ן (ביחידת יועצת הרמטכ"ל לענייני נשים), 2003

אינה לוי, שרה בן דוד, שרית עמרם-כץ

1. הטרדה מינית הוכרה על ידי מדינת ישראל, בשנת 1998, כעבירה וכהתנהגות אסורה על פי חוק. פקודת מטכ"ל 33.0145 איסור פגיעה על רקע מיני, מבהירה האיסור על הטרדה מינית בצה"ל.
2. כחלק מההכנה כי נדרש שינוי נורמטיבי וחינוכי עמוק על מנת למגר התופעה, הנושא אינו יורד מסדר היום והננו מדגישים אחריות הארגון ואחריות המפקדים למניעתה.
3. בשנת העבודה 2002 הושקעו בגוף יועצת הרמטכ"ל לענייני נשים מאמצים רבים להעמקת ההכנה של תופעת ההטרדה המינית בצה"ל. בנוסף למעקב השנתי הרשמי אחר תלונות ודיווחים על הטרדות מיניות, בוצע לראשונה מחקר אשר כלל סקר מקיף בקרב מדגם מייצג של חיילות וקצינות בחובה כמו גם סקירת ספרות על תופעת ההטרדה המינית ומקומה בארגון הצבאי.
4. התרשים המוצג להלן, מסכם את עיקרי הממצאים המלמדים כי חרף השכיחות הגבוהה של הטרדות מיניות, מערכת הטיפול הרשמית בצבא נחשפת רק להיקף שולי ביותר שלהן.
5. מציאות זו מושפעת מגורמים שונים ובכללם רמת ידע ומודעות לתופעה, רמת תמיכה נתפשת של הסביבה, רמת אפקטיביות נתפשת של מנגנוני הטיפול הרשמיים ורמת הכנות הנתפשת של המערכת הצבאית במלחמתה בתופעה.

תקציר המאמר 'תופעת ההטרדה המינית בצה"ל: סיכום עיקרי מחקר הטרדה מינית בצה"ל' לשנת העבודה 2002 וסקירת ספרות הטרדה מינית לחודש מרץ 2003, מתוך: [www.aka.idf.il/yohalan/main/main.asp?catID=18283](http://www.aka.idf.il/yohalan/main/main.asp?catID=18283)

6. ללא ספק הפער בין היקף הדיווחים הרשמיים על הטרדות מיניות לבין היקפיהם במחקר הינו עצום ומחייב שינוי ברמת הטקטיקה והאסטרטגיה בכל ההיבטים לעניין זה.
7. תובנה חשובה העולה מהמחקר וממעקבי הדיווח הרשמיים הינה מרכזיותו של המפקד ככתובת מובילה במקרה של הטרדה מינית. על פי המחקר, כמעט כל החיילות שפנו לגורם רשמי בעקבות הטרדה מינית, בחרו לפנות למפקד (רק מעטות פנו ישירות לגורמי סיוע מקצועיים: גורמי תנאי שירות, עוזרות סוציאליות, משטרה צבאית חוקרת). על פי מעקב הדיווח הרשמי כ-30% מהמדווחות בחרו כי תלונתן תטופל ביחידה.
8. יחד עם זאת, רק כמחצית מהמשיבות העידו כי מתבצעות ביחידתן פעולות ההסברה בנושא הטרדה מינית, המחויבות בפקודות, וכ-40% מהמשיבות העריכו כי מפקדיהן אינם עושים מאמץ כן להפסקת תופעת ההטרדה המינית. העלאת רמת הידע של המפקדים והפנמת אחריותם לצמצום תופעת ההטרדות המיניות ולטיפול במקרי הטרדה מינית הינו, אם כך, יעד מרכזי בכל תוכנית מערכתית למיגור התופעה בצה"ל.
9. המחקר שעיקריו פורטו לעיל מפרט ממצאים חשובים נוספים השופכים אור על התופעה ומרכיביה ובסיכומו מפורטת תוכנית מערכתית מומלצת למלחמה בתופעת ההטרדות המיניות בצה"ל. בהמשך לבקרה הנדרשת אודות תופעת ההטרדה המינית בצה"ל, הרי שמחקר זה יבחן וינטר את התופעה במופעים דו-שנתיים מ-2004 ואילך.
10. המחקר וכן סקירת הספרות שיעלו לאוויר מסכמים ידע השופך אור על תופעת ההטרדה המינית ומקומה בארגון הצבאי ומשמשים גם ככלים להרחבת ההבנה, המניעה, ולמימוש אחריות בטיפול בתופעה, כחלק מהתפישה הכוללת של מימוש ערך יסוד כבוד האדם וחירותו.

## חשיפה

על פי המחקר שיעור ניכר של חיילות נחשף להתנהגויות מטרידות מינית מסוג כל שהוא, במהלך שירותן (כ-80%) אך חלקן הגדול לא מזהה אותן כהטרדה מינית.

## זיהוי

- התנהגות תיתפס ע"י החיילת כמטרידה מינית עפ"י הקונטקסט החברתי בו התבצעה ההטרדה ולא רק מעצם אופייה.
- התנהגות תיתפס כמטרידה מינית בסבירות גבוהה בהרבה אם היא בוצעה ע"י מפקד.



## דיווח וטיפול

- על פי המחקר רק כחמישית מאלה שאמרו כי הוטרדו מינית פנו בעקבות כך לגורם רשמי: עיקר הפניות היו למפקדים ומיעוטן לטיפול מקצועי. דפוס זה אפיין מקרים קלים וחמורים כאחד.
- השוואה בין מעקב הדיווחים הרשמי לממצאי המחקר מצביעה:
  1. היקפי הדיווח הרשמיים נמוכים באופן משמעותי למה שניתן היה להעריך על פי המחקר (217 דיווחים ב-2002). שיא בדיווח נרשם ב-1999 (436 דיווחים) סביב עיתוי הבג"צ הראשון בנושא והצהרת הרמטכ"ל המגנה את תופעת ההטרדה המינית. לעומתה שנת 2002 מסמנת שפל בדיווח אותו ניתן לייחס לביטול תפקיד קצינת הח"ן הפיקודית/זרועית.
  2. ניכר כי המקרים המדווחים באופן רשמי הינם החמורים ביותר, כאשר מרחב גדול של הטרדות לא מדווח כלל.
  3. בנוסף, ניכר כי המקרים המדווחים באופן רשמי עוסקים בעיקרם בהטרדה של חוגרות ופחות משקפים את מקרי ההטרדה של קצינות ונשות קבע.

#### התמודדות הצבא

- על פי המחקר רק כשליש מהחיילות חושבות שהמפקדים עושים מאמץ כן להפסקת תופעת ההטרדה המינית. שיעורן הנמוך של המוטרדות אשר בוחרות לפנות לגורמים רשמיים מעיד על חוסר אמונן בטיפול לו יזכו על ידי המערכת הצבאית.
- הפער בין מעקב הדיווחים הרשמי לבין נתוני המחקר מצביע על תופעת תת דיווח של מקרי הטרדה מינית שאינה ייחודית לצה"ל וכן על ליקויים בתהליך הטיפול המעודדים אי-דיווח של מקרי ההטרדה.





## פרק שני מאפייני התופעה: סוגים של הטרדות מיניות

### הטרדה מסוג 'זה תמורת זה' והטרדה מסוג 'סביבה עוינת'

#### קת'רין א' מקינאן

הקטגוריה של הצעת קוויד-פרו-קוו (זה תמורת זה) מתאפיינת בחילופים מפורשים יותר או פחות של טובות הנאה: האישה חייבת להיעתר מינית או שיהיה עליה לוותר על הטבות בעבודה. ההצעה איננה מעודנת כלל, אף שאולי תוצע בלשון נקייה: 'לולא הסכמתי להיכנס אתו למיטה, לא הייתי זוכה לקידום';<sup>1</sup> 'אני חושבת שהוא התכוון שאם איעתר לו, אתקבל לעבודה';<sup>2</sup> 'את צריכה לשכב אתי כדי לקבל יום חופשי או כדי לקבל צ'ופר';<sup>3</sup> 'מנהל העבודה [שלה] אמר לה שעליה להיות "נחמדה" אליו, אם ברצונה לזכות בתפקיד';<sup>4</sup> 'פיטרו אותי כי סירבתי "לתת" במשרד'.<sup>5</sup>

בהנחה שהיה חיזור מיני לא רצוי, הצעת הקוויד-פרו-קוו יכולה ללבוש אחת משלוש צורות. במקרה הראשון האישה מסרבת לחיזור ומפסידה הזדמנות העסקה. אם הקשרים גלויים נבחין בדפוס הברור ביותר: חיזור מיני, סירוב, נקמה בהעסקה.

מתוך: Catharine A. Mackinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven and London: Yale University Press, 1979, pp. 32-47.

- 1 Working Women United Institute, 'Speak-Out on Sexual Harassment,' Ithaca, N. Y., May 4, 1975, p. 15
- 2 שם, עמ' 30.
- 3 Jane Seaberry, 'They Don't Swing to אצל Peggy A. Jackson Sex on the Beat,' *Washington Post*, October 13, 1975
- 4 *Monge v. Beebe Rubber*, 316 A.2d 549, 560 (N. H. 1974)
- 5 Claire Safran, *Redbook Magazine* (November 1976), p. 149 (להלן: *Redbook*)

במקרה השני האישה נענית, אך היא איננה זוכה להטבה בעבודה. זה מורכב: האם ההטבה נשללה בלי כל קשר למעורבות המינית? האם מין כפוי בעבודה הוא פגיעה בפני עצמה או שהציות פירושו הסכמה? האם על האישה לוותר למעשה על הזדמנות ההעסקה שהוצעה לה כסעד משום שהיא נעתרה מינית? במקרה השלישי האישה נעתרת וזוכה להטבה בעבודה. האם יש לה על מה להלין במקרה זה? האם יש למתחרות שלה על מה להלין? באפשרות רביעית שאינה דורשת דיון נוסף, האישה מסרבת להיעתר, זוכה ליחס הוגן ביותר בעבודה ואין מטרידים אותה יותר (והיא בלא ספק חשה הקלה רבה). במצב דברים כזה זאת אכן הצעה בלבד.<sup>6</sup> בסיטואציה הראשונה הקשר המזיק הוא בין הצבת הדרישה המינית לבין הנקמה בעקבות הסירוב להיענות לה. עד היום בכל תביעות ההטרדה המינית שזכו בהן בבתי המשפט\* תוארה גרסה כלשהי של התרחשות זו בשלוש מערכות: חיזור לא רצוי, סירוב, נקמה. במקרה של אדריאן טומקינס (Adrienne Tomkins)\*\* ניסיון החיזור התרחש במהלך ארוחת צהריים שעמדה לכלול דיון בקידומה העתידי. היא סירבה להיענות ולאחר מכן הגיע תור האיום, ההורדה בדרגה ולבסוף הפיטורין.<sup>7</sup> במקרה של פולט ברנס (Paulette Barnes)\*\*\* הממונה עליה

- 6 ראו את הדיון בפרק 6 [בספר Catharine A. MacKinnon, 1979. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discriminating*, New Haven and London: Yale University Press זה. להלן: MacKinnon, *Sexual Harassment*] עמ' 167 ואילך. ההתייחסות היא לנוסחה הקלסית של Magruder שלפיה גבר לא ייתבע בנוזקין על נזק רגשי שנגרם מחיזוריו המיניים. Herbert Magruder, 'Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts,' 49 *Harv. L. Rev.* 1033, 1055 (1936)
- 7 *Tomkins v. Public Service Electric & Gas Co.*, 442 F. Supp. 553 (D.N.J. 1976), rev'd, 568 F.2d 1044 (3<sup>rd</sup> Cir. 1977)
- \* מקרים אלה נדונים בפירוט בפרק 4 [בספר MacKinnon, *Sexual Harassment*]. שממנו לקוח מאמר זה.
- \*\* התביעה שלה פורסמה בשם *Tomkins v. Public Service Electric & Gas Co.*, 422 F. Supp. 533 (D. N. J. 1977) בערעור 568 F.2d 1044 (3<sup>rd</sup> Cir. 1977). התביעה נדונה בפרק 4 [MacKinnon, *Sexual Harassment*].
- \*\*\* התביעה שלה פורסמה בשם *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977). היא נדונה בפרק 4 [MacKinnon, *Sexual Harassment*].

דרש ממנה שוב ושוב שתקיים עמו פעילות חברתית ומינית. משסירבה הוא צמצם את סמכויותיה ולבסוף ביטל את התפקיד כליל. עדה בתביעה של ברנס תיארה מצב טיפוסי מסוג זה מהתנסותה שלה עם אותו אדם:

ש': נתקלת אי פעם בבעיות כשמר ת' היה הבוס שלך?  
העדה: הבעיה התחילה כשנסעתי עם מר ת' לפוארטו ריקו בפברואר 1971. בשובנו הוא נטל ממני את כל סמכויותי כמזכירה והעביר אותן אל א"מ, בחורה לבנה. קרה משהו בפוארטו ריקו, והוא התחיל לכתוב לי פתקים קצרים ומעליבים ודברים מסוג זה. שאלה שהציגה גב' ברנס\*:

ש': תוכלי לספר לנו מה בדיוק קרה בפוארטו ריקו או שהמידע חסוי?

ת': בנסיעה לפוארטו ריקו הצטרפתי אליו בתפקיד מזכירתו כדי לתעד את הישיבות [...] כשהגענו לשם, הוא היה אמור לדאוג להזמנת חדרים במלון. הוא החליט לטפל בכך במקומי, וכשהגענו לשם הוא לא עשה כן. חיכינו בערך עד השעה עשר או אחת עשרה באותו לילה כדי למצוא מלון.

כשהגענו עלינו למעלה ושמנו את המזוודות שלנו בחדר. המזוודות שלו היו בחדר והוא אמר שעליו ללכת כדי להסיע מישהו למלון אחר, ושהוא ישוב וייקח את חפציו.

בשובו הוא התחיל להתפשט, ואני אמרתי לו שהוא לא יוכל להישאר באותו חדר אתי. הוא שאל למה ואני אמרתי...

מר ה' (סנגורו של מר ת'): אני חושב שהתמונה ברורה.

בוחר הערעורים: התעוררה מחלוקת בנוגע למקומות הלינה. זאת אחת הבעיות?

העדה: כן.

בוחר הערעורים: מה קרה אחרי שחזרתם?

\* בשלב זה של ההליכים גב' ברנס לא יוצגה על ידי עורך דין.

העדה: הוא התחיל לשלוח לי פתקים קצרים ומעליבים ולומר שהוא לא רוצה שאמשיך לעבוד אצלו. הוא העביר את כל הסמכויות שלי אל א', והוא אפילו ביקש ממני שאפסיק לעבוד אצלו בגלל מה שקרה.<sup>8</sup>

אנו מבחינים באותה תבנית גם בעניין *Alexander v. Yale*, מקרה של תלונה על הטרדה מינית בתחום החינוך. סטודנטית שסירבה לחזורי המרצה שלה קיבלה לטענתה ציון נמוך באחד הקורסים.<sup>9</sup> במקרה דומה אישה שסירבה 'להצטרף [אל מעבידה] במיטתו' במהלך נסיעת עסקים שמעה בארוחת צהריים למחרת היום שבקרוב תעבור הערכה לצורך חידוש העסקתה, שסיכוייה תלויים בעיקר בתמיכתו ובהמלצתו, ושכדאי לה 'להיות ערה יותר לצרכיו הן בחייה המקצועיים והן בחייה הפרטיים'. היא לא עשתה כן. בהמשך לא חודש עמה חוזה העבודה, החלטה שהתקבלה במידה רבה עקב המלצתו השלילית והיעדר התמיכה שלו. הוא הצהיר קבל עם ועדה שבהחלטתו הוא הכיר לצערו בעובדה שהם לא הצליחו לכוונן 'קשרים אישיים קרובים יותר'. נשים מדווחות תכופות על התעקשותו של אדם כזה שקיום יחסי המין חיוני לקשרי העבודה ביניהם,<sup>10</sup> ושכלי להיענות לו הן אינן יכולות להמשיך לעבוד במקום העבודה שלהן.

ישנם מעסיקים המשתמשים בסנקציות בתחום העבודה כדי לעודד הטרדה מינית של העובדות שלהם מצד צרכנים או לקוחות ולהבטיח בד בבד שהם עצמם יוכלו לנצל אותן מינית, והם מענישים את העובדות המסרבות להיענות:

לקוח הרים את חצאיתה של ג'ון, מלצרית בארקנסו, בשעה ששירתה אותו. כשהיא פנתה למנהל שלה וביקשה ממנו הגנה

8 תעתיק של שימוע מנהלי 171, 174, מצוטט בתוך עיקרי הטיעון של המערערת, עמ' 18-20.

9 *Alexander v. Yale*, 459 F. Supp. 1 (D. Conn. 1977)

10 מחקר שלי, ולמשל: 'המנהל החדש שלה הזמין אותה לארוחת צהריים כדי לדון בקידומה. במהלך הסעודה, שהתקיימה במלון סמוך, הוא אמר שהוא רוצה לשכב אתה באותו אחר צהריים ושרק כך הם יוכלו לקיים יחסי עבודה'. Ann Crittenden, 'Women Tell of Sexual Harassment,' *New York Times*, October 25, 1977

מפני תקריות מסוג זה בעתיד, הוא לא נעתר לה אלא הטריד אותה בעצמו. 'הם החליטו להעסיק אותי על תנאי', היא נזכרת, 'כאילו אני הייתי האשמה. העניינים הלכו מדחי אל דחי. נתנו לי את השולחנות הכי גרועים ואת השעות הכי גרועות'.<sup>11</sup>

בכל אחד מהמקרים הגבר התנקם באישה בעקבות סירובה תוך ניצול כוחו לפגוע בתפקידה או בקריירה שלה. הנקמה יכולה להתבטא בצורות שונות. אפשר לאיים על האישה בהורדה בדרגה או בקיצוץ שכרה, לרשום דברים לא מחמיאים בתיק האישי שלה או להשעותה מסיבות משמעותיות.<sup>12</sup> במקרה אחד מנהל עבודה מאוכזב מבחינה מינית צמצם תחילה את שעות העבודה של האישה, ואחר כך העביר אותה למכונה ששכר העבודה לעובדים בה נמוך יותר. כשהיא ביקשה לעבוד שעות נוספות כדי להשלים את שכרה, הוא הורה לה לשטוף את הרצפה ולנקות את השירותים. הוא השפיל אותה ולעג לה בלא הרף, הפריע לה בעבודתה באופן שמנע ממנה לעמוד בתפוקה הנדרשת, ולבסוף פיטר אותה באחד הימים בשתיים לפנות בוקר.<sup>13</sup> במקרה אחר מנהל עבודה שלא הצליח לזכות בחסדיה של עובדת, נטל ממנה את סמכויות תפקידה ולאחר מכן ביטל את התפקיד.<sup>14</sup> במקרה נוסף בעקבות סירובה של אישה להיענות לחיזוריו של מנהל העבודה שלה הוא המטיר עליה נזיפות לא מוצדקות על אופן ביצוע תפקידה, לא אפשר לה לקבל הדרכה ופיקוח בעבודה עד שלא הצליחה לבצע את תפקידה, ואחר כך פיטר אותה בתואנה שביצועיה בעבודה לוקים.<sup>15</sup>

- Leslie Philips, 'For Women, Sexual Harassment Is an Occupational Hazard,' *Boston Globe*, September 9, 1977 11
- Tomkins*, לעיל הערה 7, ממחיש השלכות מסוג זה. 12
- Monge v. Beebe Rubber*, 316 A.2d 549 (N.H. 1974) 13
- Barnes v. Train*, 13 FEP Cases 123 (D.D.C. 1974), *rev'd sub nom.* 14
- Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977) בהליך זה התייחסו באופן זמני אל הטענות העוברתיות שנטענו כאילו היו נכונות.
- Williams v. Saxbe*, 413 F. Supp. 654, 655-6 (D.D.C. 1976) 15
- את בקשת הביטול והבקשה לדיון בסדר דין מקוצר על ידי השופט ריצ'י (Judge Richey).

לעתים קרובות בעקבות הסירוב להיענות לניסיונות החיזור צצות פתאום האשמות בזלזול בעבודה ובאי-כשירות כדי לתמוך בצעדי הענישה. גברים המואשמים בהטרדה מינית טוענים לרוב שבסך הכול ניסו לכוון מערכת יחסים קרובה עם אישה שהתחבבה עליהם מאוד. במקרה של מרגרט מילר (Margaret Miller)\* הממונה עליה בבנק נעמד בכניסה לחדרה כשבקבוק בידו ואמר: 'מעולם לא חשתי כך כלפי בחורונת שחורה'.<sup>16</sup> באותה פתאומיות מתחילים גם לשנוא את הנשים המסרבות להיענות. במקרה הזה טען הבנק לפיטוריה של גב' מילר על רקע 'סירובה לציית למר טאופר'.<sup>17</sup> במקרה אחר שנסיבותיו העובדתיות דומות חידר אחד השופטים את הדברים בסיכומו: "מיס אליוט לא פוטרה בשל [...] סירובה לציית למר לולר, אלא בשל סירובה להיענות להצעותיו".<sup>18\*\*</sup>

נשים שזכו לשבחים ולעידוד על עבודתן, מגלות לפתע שהן מואשמות באי-כשירות או בניסיון לחבל בפרויקטים של המעסיק ובכל הידרדרות במצבו הכלכלי של העסק. החוקר במקרה של דיאן ויליאמס (Diane Williams)\*\*\* הביע חשד:

איך ייתכן שעובדת שהחלה לעבוד בינואר הפכה לפתע לגרועה כל כך שבמהלך התקופה משבעה עשר ביולי עד אחד עשר בספטמבר התגבשה עילה מספקת לפיטוריה? [...] אני חושש שהיו כאן חיפוש שיטתי של פגמים, ביקורת ותיעור של כל מעידה קלה.<sup>19</sup>

- \* *Miller v. Bank of America*, 418 F. Supp. 233 בשם פורסמה (N.D. Cal. 1976), **בשלבי ערעור**, נדונה בפרק 4, עמ' 61-63 [Mackinnon, *Sexual Harassment*].
- 16 Clerk's Record מצוטט בתוך עיקרי הטיעון של המערערת, עמ' 39.
- 17 שם, עמ' 80.
- \*\* התביעה של שרי אליוט, *Elliott v. Emery Air Freight*, לא פורסמה; היא נדונה בפרק 4, עמ' 72-73.
- 18 *Elliott v. Emery Air Freight*, No. C-C-75-76, slip opinion, at 2 (W.D.N.C. June 21, 1977).
- \*\*\* המקרה של דיאן ויליאמס פורסם בשם *Williams v. Saxbe*, 413 F. Supp. 654 (D.D.C 1976) והוא נדון בפרק 4, עמ' 63-64 [MacKinnon, *Sexual Harassment*].
- 19 Investigative Report, No. 8 1972 מצוטט בתוך עיקרי הטיעון של המשיב, עמ' 4.

יש מעסיקים שאינם טורחים כלל ליצור רושם של אי-כשירות בעבודה:

סגן המנהל שלי הציע לי לצאת אתו ואני סגרתי את העניין. הייתי חביבה אבל סירבתי. הוא אמר לי שאצטער [...] בשלב מאוחר יותר, המנהל שלי אמר לי שיש לו הוכחות המעידות על חוסר היעילות שלי ושיש בהן כדי לאפשר לו לפטר אותי, וכשאמרתי לו שזה בלתי אפשרי הוא אמר שהוא ייצור הוכחות כאלה. הוא נתמך באיש שהציע לי לצאת אתו.<sup>20</sup>

האפשרות השנייה מבין שלוש הצורות של הצעת קוויד-פרו-קוו מחייבת בחינה של ההשפעה של היענות האישה. אנו יודעים על נשים הנענות עוד פחות משאנו יודעים על נשים שאינן נענות, אך מעט מאוד מעיד על כך שנשים הנענות לחיזורים נהנות מהטבות בעבודה. לרוב התיאור הזה הוא הקרוב יותר לאמת: 'מנהלי העבודה שלי אמרו שמפטרים נשים בשרות הנפט ובמחנות, בין שהן נענות ובין שאינן נענות'.<sup>21</sup> ללמדנו שנעשה שימוש בסנקציות כדי לאסור אך בה בעת גם לאלץ להיענות לחיזורים המיניים במסגרת העבודה. נשים צריכות הן להיענות והן שלא להיענות – או לשאת בתוצאות. קונסטנטינה ספיליוס-רוטשילד (Constantina Safilios-Rothschild) מציעה הסבר אפשרי לעובדה שגברים אינם עומדים בהבטחתם להעניק הטבות בעבודה:

- 20 מצוטט בתוך Enid Nemy, New York Times News Service, *Newark Star-News*, August 24, 1975. אותו דפוס עובדתי היה בעניין *Munford v. James T. Barnes & Co.*, 441 F. Supp. 459 (E. D. Mich. 1977)
- 21 *Redbook*, לעיל הערה 5, עמ' 217. בתלונה שהוגשה באחרונה לבית המשפט הפרדלי המחוזי באלסקה נטען שהאישה לא התקבלה לתפקיד ממונה על שוויון הזדמנויות בתעסוקה של קבלן הנחת צינורות כי היא סירבה לקיים יחסי מין עם מנהל בכיר של המעסיק. *Rinkel v. Associated Pipeline Contractors, Inc.*, 16 E.P.D. IP § 8331 (D. Alaska 1977). ראו גם Kerri Weisel, 'Title VII: Legal Protection Against Sexual Harassment,' 53 *Washington Law Review* 123 (1977), p. 124

האמת היא שספק רב אם נשים זוכות לביטחון כלכלי בעקבות נישואיהן או לקידום נכסף בעבודה בתמורה לטובות הנאה מיניות. במקרה השני בדרך כלל הגברים הנואפים אינם גומלים על החסדים או שהם עושים מעט מאוד בכיוון זה, ממגוון מניעים (לרבות רגשי האשם והפחד שייחשדו בחוסר נאמנות או מחשש שהדבר ייודע ברבים). אחרים פשוט אינם מכבדים את קיומו המובן מאליו או המשתמע של החוזה לחילופי חסדים.<sup>22</sup>

משתמע מכך שגברים חושבים שבכל פעם שאישה מקודמת בעבודה, קדמה לכך החלפת חסדים מיניים.

אם היה הסכם כזה והוא הופר, אישה שתנסה לזכות בהטבה שהובטחה לה בעסקה תזכה למעט מאוד אהדה ומן הסתם לעוד פחות תמיכה משפטית. אך זהו פירוש מוטעה של העניין. בין שהאישה נענית ובין שהיא אינה נענית, העניין המרכזי הוא אם הגבר כפה עליה את רצונו באמצעות הבטחות או אימים כלכליים. אם נדרוש ממנה לסרב, יוכל המעסיק לאכוף עסקה כזאת בחוסר תום לב, להבטיח לעצמו טובות הנאה ולטעון אחר כך שאין לה על מה להלין שכן היא עשתה את מה שלא הייתה לו זכות לדרוש. אין בהיענותה כדי להעיד שזו איננה סחיטה. ובכל זאת אם נאפשר לאישה שנענתה להגיש תביעה על הטרדה מינית כשהצר האחר לא עמד בהבטחתו, נפתח פתח לאפשרות לא רצויה של עידוד נשים להיענות למין שאינן רוצות בו כדי לקדם את הקריירה שלהן, בידיעה שהן יכולות לאכוף את הבטחת הגבר אם לא יעמוד בה. מסיבה זו (בין השאר) נראה שמוטב להגדיר את הפגיעה של הטרדה מינית כפגיעה שנובעת מעצם ההעמדה במצב שבו על העובדת לבחור בין מין שאינה רוצה בו לבין הטבות או תנאים מועדפים במקום העבודה. מההיבט הראייתי במקרה השני תהיה האישה בעמדה חלשה יותר (אך לא חסרת סיכוי) מעמדתה לפני היענותה. הדבר יערער פשוט את סבירותו של הטענות שהקידום שלה היה תלוי בהיענותה. עמדה כזאת תעודד נשים לסרב למין שאינן מעוניינות בו ותרתיע מפני שימוש לרעה בעילת

Constantina Safilios-Rothschild, *Women and Social Policy* (Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1974), p. 66



התביעה בניסיון לזכות בכל מה שאפשר לזכות בו באמצעות היענות מינית תוך שמירת זכות הפנייה לבית המשפט למקרה שדרך זו הכזיבה.

'הצד האחר' של הטרדה מינית מתעורר, כך נהוג לחשוב, במקרה השלישי, כשנשים הנענות לתנאים המיניים זוכות לקידום בעבודה על חשבון הנשים המסרבות להיענות או על חשבון הגברים במקום העבודה. אף שנראה שמעטות הן הנשים הנהנות מהטבות בעקבות היענותן, יש הרבה סיפורים על נשים ש'הגיעו לצמרת דרך חדר המיטות' או על נשים באקדמיה ש'זכו בתואר כשהן שכובות על הגב'. הביטויים האלה מרמזים שנשים שאינן כשירות לכצע את תפקידן או שלא ראויות לקידום, זכו בכך באמצעות מין. האם הסיפורים האלה מערימים קשיים רציניים לפני המשגתה של ההטרדה המינית כחלק בלתי נפרד מחסרונות התעסוקה עבור נשים?<sup>23</sup>

מאחר שנשים מעטות כל כך מצליחות לתפוס עמדות בכירות בכלל, לא ייתכן שמין הוא אמצעי שכיח בשבילן כדי להגיע לשם. אך בלא ספק יש פה ושם נשים שהתקדמו בדרך זו, אם מתוך שיקולים קרים ואם לנוכח האפליה והיעדר ההכרה בכישוריהן. תערובת של יסודות אלה נמצא בהבחנה (חסרת הסימוכין) הזאת: 'נשים שעשו שימוש במין הצליחו לצמצם את הפער החברתי בינן לבין גברים עשירים, חשובים או בעלי כוח ולהשיג טובין נחשקים כגון ביטחון כלכלי ומעמד חברתי באמצעות נישואין או תפקיד או קידום נכספים באמצעות קיום יחסי מין עם גבר בעל השפעה'.<sup>24</sup> מחברת הקטע לא מצאה לנכון להכלילו אלא בהערת שוליים, אך היא מסכמת את דבריה כך: 'אולם גם היום יש כמה דוגמאות יוצאות דופן של נשים במקצועות חופשיים, של נשות עסקים ושל אמניות שהצלחתן המקצועית נזקפת ברובה לזכותן של גבר בעל השפעה שאתו הן מקיימות מערכת יחסים ממושכת ופתוחה'.<sup>25</sup> תיאור זה מצייר תמונה של מערכת יחסים בהסכמה יותר מהיענות למין לא רצוי לשם קידום הקריירה, אף שיש להודות שקשה להבחין בין השתיים.

23 המשמעות המשפטית של העניין וסיבוכים אפשריים אחרים להטרדה המינית כעילת תביעה נדונים בפרק 6 [MacKinnon, *Sexual Harassment*].

24 Rothschild, לעיל הערה 22, עמ' 66.

25 שם.

כפי שהוזכר קודם לכן ובספר, בחלקים שלא תורגמו, מעמדן של נשים והשכר שלהן נמוכים בהרבה משל גברים בעלי אותה השכלה ואותו ניסיון. לפיכך קשה לטעון שנשים נהנות בדרך כלל מיתרונות, כשמעמידים זאת מול הבעיה של ההטרדה המינית שממנה הן סובלות. הרי זוהי לכאורה המשמעות של 'הצד האחר' בסופו של דבר: אומרים שיש נשים הנפגעות מכך, אבל ראו את כל הנשים המפיקות מכך תועלת. ראשית כדאי לשאול, בהקבלה היפותטית, אם העובדה שישנם שחורים שמקודמים משום שהם שחורים מצדיקה את אפליית השחורים שמופלים משום שהם שחורים. שנית, לפי הנתונים שבידינו על אפליה מינית, אין להסיק שנשים ככלל (ובוודאי לא במקרים אינדיווידואליים) זוכות בהזדמנויות העסקה שאינן מגיעות להן בזכות היענותן להצעה מינית או בזכות כל אמצעי אחר. להפך, יהיה קשה להוכיח שנשים המשתפות פעולה מפיקות תועלת המשתווה אפילו לפגיעה הנגרמת להן בשל היותן נשים. אי-אפשר להעריך כמובן עד כמה היה מצב הנשים גרוע יותר לולא עמד לרשותן אמצעי המין שאינן רוצות בו, אך מכלל הנתונים הסטטיסטיים על אפליה עולה שאין דרישות – לרבות דרישות מיניות – שבעקבות מיליון נשים זוכות במעמד הראוי להן בעבודה על פי כישוריהן, ובוודאי שלא בקידום שאינו מגיע להן. בהנחה שיש – לצורך הדיון – אמת בסיפורים האלה, אפשר לראות בנשים ש'הצליחו' בדרך זו נשים שחילצו עצמן ממצב של הטרדה מינית. יותר משהן נהנו מיתרון לא הוגן בזכות מינן, הן נאלצו דווקא להתמודד עם דרישות לא הוגנות בגלל מינן. מנקודת ראות זו האישה ש'הגיעה לצמרת דרך חדר המיטות' היא אולי אישה שלא הייתה מתקבלת לעבודה ולא הייתה זוכה לקידום – למרות כישוריה – אלמלא עמדה בתנאים המיניים, תנאים שגברים עם כישורים כשלה אינם צריכים לעמוד בהם. יתרה מזו, כנגד כל אישה ש'זכתה בתואר שלה כשהיא שכובה על הגב' היו גברים שהיו מוכנים להציע פרסים, חסות והשגחה על התקדמותה רק תמורת מין. ככל שיש אמת בסיפורים אלה, הם מתעדים אפוא נקודה המועלית לעתים רחוקות: גברים שבכוחם להשפיע על קריירות של נשים מאפשרים לגורם המיני להכריע. לפיכך האיומים הם רציניים: מי שאינן נענות מקופחות לטובת אלה שכן. (נדיר גם שמביאים בחשבון את האפשרות שאישה היא אובייקט מיני נחשק בעיני המנהל שלה מאותן סיבות שבזכותן היא מתאימה לתפקידה.)

יתרה מזו, ייתכן שיש הסברים משכנעים אחרים לסיפורים אלה מלבד האמת שמאחוריהם. כמה גברים מתקשים לעמוד בכך שאישה מביסה אותם בתחרות הוגנת? אולי כדי לשכך את הפגיעה באגו שלהם הם מפיצים שמועה שהאישה ניצלה את מיניותה – משהו שניתן להניח שאינו עומד לרשות הגברים – כדי להשאירם הרחק מאחור. הסיפורים האלה ממחישים את חוסר היכולת המתועד היטב של שני המינים לתפוס את האישה שלא כמונחים מיניים. הנכונות להאמין באמתות הסיפורים האלה ממחישה הנחה רווחת: מאחר שעשיית קריירה במהותה אינה הולמת כל כך את האישה, מיניותה היא האמורה להגדיר את תפקידה בהקשר זה ובכל הקשר אחר. הדבר מתקשר להנחה הקודמת שאם מיניותה של האישה בכלל מעורבת בעניין, מן הסתם ניתן לה משקל לא ראוי.

חשוב כמובן לברר בכל מקרה ומקרה אם האישה מתלוננת על ניסיון כושל לעשות שימוש ציני במין כדי להתקדם או שהיא מתלוננת בתום לב על מצב של מין כפוי כתנאי לקידומה. אך מי שמאמין שהמקרים מהסוג השלישי שקולים כנגד הפגיעה בכלל הנשים בגין הטרדה מינית מתעלם מן הראיות ומוצא אמתלה נוחה שלא להתייחס לבעיה ברצינות. אנשים שאינם מתייחסים ברצינות להטרדה מינית, תהא כוונתם אשר תהא, הם זרועם הארוכה של האנשים המבצעים אותה.

### תנאי עבודה

במקרי קוויד-פרו-קוו הכפייה שביסוד החיזור מתבררת מפעולת הנקם הבאה בעקבות הסירוב להיענות לחיזור. ברור פחות ובלי ספק נפוץ הרבה יותר הוא מצב שבו הטרדה מינית פשוט הופכת את סביבת העבודה לעוינת ובלתי נסבלת. חיזור מיני שאישה אינה רוצה בו, הנעשה רק בשל העובדה שיש לה גוף של אישה, יכול להיות חלק משגרת יומה במקום העבודה. היא עלולה להיות חשופה כל היום למישושים, לצביטות, למבטי גברים המפשיטים אותה בדמיונם; פה ינשקו אותה בגנבה, שם יתמרנו אותה לפינה כשהיא בגפה ובכלל ניצלו אותה בעבודה – אך לעולם לא יבטיחו לה במפורש או ימנעו ממנה במפורש משהו הנוגע לתפקידה. הדבר קורה גם לנשים המועסקות במקום עבודה רק כעלה תאנה: נוכחותן כנשים

במקום מובלטת ומציבה לא פעם 'אתגר' לגברים שם;<sup>26</sup> וגם לנשים ב'תפקידים נשיים' מסורתיים: הן מוגדרות כנגישות על פי אותו הסטנדרט שבזכותן קיבלו את העבודה הזו. נשים אף פעם אינן יודעות אם הדבר ייפסק או יחמיר, ויכולות להשלים עם המצב או להתפטר. רוב הנשים אינן בוחרות להתמודד עם 'הבחירה בין להשלים עם הטרדה או להיות מובטלות'.<sup>27</sup> על רובן נכפה להיות סובלניות. פן זה בחיי הנשים עלה לעתים על פני השטח כתביעות של אנשים אחרים, אולם בעבר לא נתפס כבר תביעה כשלעצמו. מקרה אחד מ-1938 מציג את שיאו של הקשר העקיף שיש לנשים עם מקום העבודה. עובד ותיק טען (בלא הצלחה) שפיטרו אותו כי אשתו סירבה להיענות לחיזורי המנהל שלו.<sup>28</sup> במקרה אחר – של דרישה לשוב לעבודה ולקבל שכר רטרואקטיבי – שבו מעסיק הואשם שפיטר עובד בגין פעילותו באיגוד העובדים, אנו נתקלים בתיאור זה של התנהגות העובד במקום העבודה:

הוא נהג להשמיע בלא הרף הערות גסות ורמיזות למלצריות וללקוחות [...] הוא גרם לפחות למלצרית אחת להתפטר מעבודתה כשאמר לה שהוא ירד לחייה אם היא לא תקיים עמו יחסי מין. הוא

- 26 Rosabeth M. Kanter, *Men and Women of the Corporation* (New York: Basic Books, 1977) pp. 233-236. לדבריה של גלוריה סטיינס 'תסמונת אילוף הסוררת היא כינוי הולם להטרדה מינית'. Gloria Steinem, 'Women Tell of Sexual Harassment,' *New York Times*, October 25, 1977. הדבר יכול להיות נכון בנוגע לנשים הנתפסות כנשים חזקות, אך מהמחקרים שלי עולה שנשים רבות, ואולי אף נשים רבות יותר, סובלות מהטרדה מינית כי הן נתפסות כחלשות בעיני המטרידים.
- 27 עיקרי טיעון מטעם המערערים, *Corne v. Bausch & Lomb*, 562 F.2d 55, 17 (9<sup>th</sup> Cir. 1977).
- 28 *Comerford v. International Harvester Co.*, 235 Ala. 376, 178 So. 894 (1938). נפסק שפיטורין כנקמה על מה שהוגדר 'כישלון חיזורי של המנהל אחרי אשת העובד' אין בהם כדי להטיל חבות מעבידים במסגרת חוזה עבודה. במקרה זה נכתב בחוזה במפורש שהעובד לא יפוטל כל עוד מרוצים מעבודתו. המנהל דיווח שעבודתו של התובע לוקה כדי לנקום על סירובה של אשת העובד להיענות לחיזוריו. אף שהכירו בכך שהפיטורין נעשו בזדון והיו מעשה לא ראוי שהתבסס על דיווח כוזב בנוגע לביצועיו הלוקים, נפסק שעל סמך החוזה זו הייתה זכותו של המעביד. זו אינה פרשנות חריגה של חוזה העסקה.

ניסה לכפות את עצמו בדרך דומה על עוד מלצרית. פעם ניקולס  
אותת למלצרית לגשת אליו כשישב ושתה עם לקוח ושידל אותו  
לזנות עם הלקוח.<sup>29</sup>

הטרדה מינית מצליחה להשפיע בעיקר משום שמעמד הנשים במקומות העבודה  
נמוך. התיאור הבא, המורכב מכמה סיפורים אינדיווידואליים, ממחיש את  
פעולת הגומלין המתקיימת בין תחושות האי-כשירות של נשים לבין הערכה  
אובייקטיבית של האפשרויות שלהן בשוק העבודה. המעסיק יודע לזהות נשים  
אנרגטיות ומוכשרות שאינן מועסקות כראוי להן בשוק עבודה שבוי, כגון נשים  
של אנשי סגל אקדמי. עולם העבודה מטיל עליהן מורא. בראשונה בחייהן,  
העבודה מעניקה לנשים אלה אחריות, שכר ממשי, הזדמנות להפגין יצירתיות  
ואת האפשרות לזכות בקידום מהיר בזכות ביצועים טובים. הן אסירות תודה;  
'נפעמות'. הן אוהבות את העבודה וחשות שמכירים בהישגיהן ובפוטנציאל  
שלהן. הן עובדות קשה ויוצרות לעצמן נישה. הן צריכות את הכסף. ואז, בהתחלה  
בהפסקות, אולי כשיש דרישות חריגות בעבודה, הרמיזה המינית המוסתרת  
הופכת מפורשת. או שהגבר שולח את האישה לנסיעת עסקים, מופיע בחדר  
המלון שהזמין עבורה ואונס אותה.

בשלב זה כל פיסות המידע שנחשבו לשוליות מצטרפות זו לזו: כל הנשים  
האחרות שעזבו בפתאומיות 'מקום עבודה כל כך טוב'; מספר הנשים שיצאו  
לחופשה ארוכה בתשלום שהסתיימה בהפסקת העבודה; ההופעה המושכת לפי  
הסטראוטיפ של כל הנשים לצד האיסור להגיע למשרד במכנסים ארוכים.  
דרישתו מהעובדת המסוימת שתהיה כל העת זמינה לו מבחינה רגשית; השימוש  
ההולך וגובר שלו בה כדי לשטוח את דבריו באוזניה; הקנאה שהוא מפגין כלפי  
קשריה האחרים במקום העבודה; השאלות המזדמנות שלו, לעתים אפילו תוך  
הבעת דאגה, על חיי המין שלה; חוסר הרצון שלו לפגוש את בעלה והאי-נוחות  
שלו (או התרפסותו המופגנת) כשהבעל מבקר אצלה במקום העבודה. כעת ברור  
שמדיניות כוח האדם שלו מבוססת על צרכיו המיניים.

*NLRB v. Apico Inns of California*, 512 F.2d 1171, 1173 (9<sup>th</sup> Cir. 1975) 29

לנוכח חוסר הביטחון של האישה בכישוריה בעבודה היא עלולה להתחיל להתרשם שהתפקיד הומצא במיוחד עבורה, כתירוץ להחזיק בה לצדו כל עוד היא נענית מינית או כל עוד הוא חושב שהיא תיענה לו, או שהעבודה עדיין ממשיכה להיות חשובה לה מאוד. היא ודאי יודעת שאם תתפטר, נשים רבות ישמחו לקבל את התפקיד שלה. האם על אישה להתפטר מעבודה הנחוצה לה לפרנסתה, המתאימה לכישוריה או הגורמת לה סיפוק רק משום שבכוחו של מעסיק להפוך את צרכיו המיניים לחלק מהמשרה שלה? והאם לא יהיה לה כל מפלט מלבד התקווה שהוא יחדל או לא ינסה שוב, או שהיא תצליח לעמוד בכך למען הסיכוי לעבוד שם או לעבוד בכלל? האם המצב יהיה אי פעם שונה במקום אחר? כשהנגישות לעבודה, הקידום והנסבלות (שלא לומר נעימות) תלויים ברצונו הטוב של מעסיק כזה, נשים הולכות על חבל דק מאוד בין השמירה על השפיות והכבוד העצמי שלהן לבין קשיים כלכליים שהם לעתים חמורים והמעבר למקום אחר.

שני מקרים מן הזמן האחרון של נשים שביקשו דמי אבטלה אחרי שעזבו את מקומות העבודה שלהן בגלל הטרדה מינית מצד המעסיק, ממחישים בפירוט רב יותר את הבעיה לגווניה השונים. במקרה שנדון בקליפורניה<sup>30</sup> עזבה ננסי פילוואר (Nancy Fillhouer)<sup>30</sup> את עבודתה כי לא יכלה לסבול יותר את ההערות 'המעליבות', הגסות והוולגריות של המעסיק שלה, ומשום שהוא 'ניסה לנצל אותה וזה הפך את ביצוע העבודה לקשה באופן בלתי נסבל עבורה מבחינה רגשית'. בלשונו של הבורר:

היא אמרה שהוא כל הזמן השמיע הערות על רצונו לקיים אתה יחסי מין, ושבתגובה היא הבהירה לו חד-משמעית שכוונותיו אינן רצויות. הוא נהג לטפוח מדי פעם על ישבנה כשחלפה לידו. כל אימת שהיא לבשה שמלה, הוא נהג להעיר באוזני חבריו הערות

\* מקרה זה נדון לפרטיו בפרק 4, עמ' 80-81 [MacKinnon, *Sexual Harassment*].  
 30 *In re Nancy J. Fillhouer*, No. SJ-5963, California Unemployment Insurance Appeals Board (May 12, 1975) (Referee), *rev'd*, Appeals Board Decision No. 7505225 (July 2, 1975)

על גופה או על הרגליים שלה ברומזו שהיא אישה קלה להשגה המוכנה לעשות כל דבר עם כל אחד. התובעת אמרה שהמעביד שלה ניסה לשדל אותה לאחד מחבריו תמורת כסף. היא אמרה שבהזדמנות אחרת הגיע למשרד אחד מחבריו וציין שקר, והמעביד אמר שהעובדת תוכל לחמם אותו.<sup>31</sup>

במקרה דומה שאירע במדינת ניו יורק טענה כרמיטה ווד (Carmita Wood)<sup>32</sup> שהיא נאלצה לעזוב את עבודתה בגלל ההשלכות הפיזיות והנפשיות של ניסיונות החיזור מצד אחד ממנהליה. הוא כל הזמן 'שילב בתנועותיו מחוות בעלות אופי מיני מפורש'.<sup>33</sup> בשעה שדיבר אליה 'הוא נהג להישען עליה ולהצמיד בגופו את גופה לכיסא ולשולחן'.<sup>34</sup> לפעמים הוא נהג 'לעמוד ולנענע את ידיו בכיסיו בשעה שהתנודד כנגד גב של כיסא, כאילו הוא מגרה את איברו'.<sup>35</sup> דוגמה שלישית היא של מטח עלבונות דומה שממנו סבלה לדבריה אישה בעבודתה בחנות צילום באורגון\*. היא סיפרה בתלונתה שבהזדמנויות רבות הממונים עליה ועמיתיה לעבודה, בנוכחות לקוחות ועובדים אחרים, 'הציצו לתוך חולצתה מהקומה שמעל ומגרם המדרגות שמעל אזור המכירה הראשי של חנות המצלמות של מר פיקס, בעזרת משקפות או עדשות לראייה מרחוק'. מלבד ההצעות הישירות וההערות על שדיה הגדולים ועל אברי המין הגדולים שלהם, הנתבעים התייחסו אל האישה כאילו היא שחשקה בהם מינית. בין השאר נשמעו הערות כגון:

- 31 הצהרה זו והצהרה קודמת כלולות בהצהרת הבורר בדבר טיעוניה של התובעת, החלטת הבורר, עמ' 1.
- 32 *In re Carmita Wood*, App. No. 207, 958, משרד העבודה של מדינת ניו יורק, ועדת ערעורים של המחלקה לביטוח אבטלה (6 באוקטובר 1975).
- 33 עיקרי טיעון של התובעת-המעוררת, עמ' 1.
- 34 שם, עמ' 2; התצהיר של Carmita Wood, עמ' 3.
- 35 התצהיר של Carmita Wood, עמ' 3.
- \* עניין זה, *Fuller v. Williams*, No. A7703-04001 (Portland, Oregon), נדון בפרק 6, עמ' 169-168 [MacKinnon, *Sexual Harassment*].

'עשית עכשיו סקס עם בעלך? איך היה?', 'זה כל מה שאת עושה, סקס עם בעלך?', 'את ישנה עם בעלך בעירום?', וציינו ש'מקומן של נשים במיטה'; שהן נועדו 'רק לחדר השינה או למטבח'; שהתובעת ועובדות אחרות 'מעוניינות רק לשכב עם העובדים'; שהעובדת הקודמת בחנות הייתה 'זיון טוב. דפקנו אותה למטה במרתף. כולנו עשינו אתה סקס', 'את חושבת שבעלך יסכים להוריד את מכנסיו לפני המצלמה שלי אם אעמיד אותו ליד דוגמנית עירומה?', 'תגידי לבעלך שאני רוצה לצלם אותו בעירום. אני חייב לצלם אותו', שהתובעת אינה כשירה לבצע את עבודתה; שנשים – לרבות התובעת – אינן 'מתאימות לעבודה בתחום הצילום', הן 'לא כשירות', 'אינן מסוגלות לעמוד בלחץ העבודה בלי לפרוץ בבכי', 'לא מסוגלות לעמוד בזה', 'נשארות לעתים קרובות בכית בגלל כאבי ראש', 'אי־אפשר לסמוך עליהן', 'אינן מוכשרות לצלם כגברים', 'לא יודעות איפה צריך להיות כל צד של המצלמה', 'מציגות בגלריות משום שהן שוככות עם מנהלי הגלריות', 'מעולם לא הייתה לנו כאן בחורה שמכרה מצלמות. זה יכול להיות ניסיון מעניין', 'איננו יכולים להעסיק זמן רב אישה שיש לה חבר או בעל כי בני הזוג מתחילים לקנא בנו, הגברים החתיכים'.<sup>36</sup>

הקשר בין משיכה מינית לבזו שרוחשים לנשים, להשמצת הנשים כעובדות ולמניעת הזדמנויות תעסוקה מנשים מעולם לא הודגם בצורה מוחשית יותר. גם אם נודה תוך הסתייגות בכך שנשים רגישות יותר, אי־אפשר להתעלם מהעובדה שהערות מסוג זה גורמות לנשים להרגיש מחוללות, ולא בלי סיבה. והערות אלה אינן חריגות. הן ממחישות בצורה גרפית קבל עם ועדה את ההשפלה שנשים חוות בתור אובייקט מיני שגברים משתעשעים בו. בשום שלב במקרים אלה לא היה ניסיון לכפות על הקרבנות מעורבות מינית נרחבת יותר, אך המגע המיני עצמו לא נכלל אך ורק משום שהמבצע החליט

*Fuller v. Williams*, No. A7703-04001 (Ore. Cir. Ct. 1977) 36



זאת. לנשים גם לא נאמר שאם הן לא ייענו להטרדה יפטרו אותן, אולם אף זאת רק משום שכך החליט המעסיק. ההיענות או שיתוף הפעולה הפעיל של הקרבנות אינם רלוונטיים באופן יחסי לעצם התרחשות ההתנהגות. בהיעדר תקיפה פיזית אישה יכולה לעשות מעט מאוד כנגד אדם המחליט להטריד אותה חזותית או מילולית, בייחוד כשבקשר בין השניים הגבר נהנה מעמדת כוח. אין אלה התקשרויות בין צדדים עצמאיים, שכן הגבר תלוי בהיענותה של האישה בה במידה שהיא מבקשת לשמור על רצונו הטוב. אלה התקשרויות שבהן הסקסויזם שלו הוא אחד מתנאי העבודה שלה.

בהטרדה מינית כאחד מתנאי העבודה לא נדרשת לרוב תשובה חיובית או שלילית נחרצת כדי להמשיך ולפתח את המעורבות. האיום באיבוד מקום העבודה, שבהצעת קוויד-פרוקו הוא מפורש, יהיה כאן אולי רק משתמע, אך ממשי לא פחות. מאחר שסירוב ברור פירושו שהאישה כבר איננה עומדת בדרישות המשתמעות של התפקיד, נשים לומדות – כחלק מהחברות שלהן במילוי מטלות של נשים – דרכים להימנע מסירוב מפורש, סירוב המכעיס גברים ונושא תוצאות. הדבר מחייב אותן 'להשתתף במשחק', לעמוד כל הזמן על המשמר, ללמוד לציית ולרכוש את היכולת להותיר רושם שיש בקשר ממד מיני או אפשרויות מיניות, ובה בעת להימנע מהשאלה המפורשת 'מה בקשר לזה', שתאלץ אותן לסרב במפורש.

מלצרית המגישה קוקטיילים, שהתשר של לקוחותיה הוא אמת המידה להצלחתה במשחק המסוכן הזה, מביעה דעתה בעניין.

[מלצרית] צריכה ללמוד להיות מפתה, אך בו בזמן גם לא נגישה. פירושו של דבר כמובן שגברים יביעו את תשוקתם בעקיפין, בניבולי פה וברמיזות, בהצעות מעודנות, במחוות. היא צריכה לסרב להם בעדינות ובלי לפגוע בהם, בלי להיראות פגועה. היא צריכה להותיר רושם שהוקסמה מדבריהם, ולמצוא דרך לסרב בצורה שתחמיא להם.<sup>37</sup>

Shulamith Firestone, 'On the Job Oppression of Working Women: A 37  
Collection of Articles' (Boston: New England Free Press, n.d)

### מלצרית אחרת מדברת במפורש על ההקשר הכלכלי:

[גברים] חושבים שזכותם לנגוע בי או לפנות אליי בהצעה כי אני מלצרית. למה נשים צריכות לסבול דברים כאלה? אינך בעמדה לומר 'סלק ממני את הטלפיים שלך', כי את זקוקה לתשר. זו מהות עבודתה של מלצרית.<sup>38</sup>

ועוד אחת מאמתת ומחזקת את דבריהן:

בחודש הראשון שלי בעבודתי כמלצרית הובהר לי היטב שאם אהיה ידידותית מספיק, אזכה בשולחנות טובים יותר, בשעות נוחות יותר, בכל דבר טוב יותר [...] אם את ערמומית מספיק, את רק משאירה את כולם באי־ודאות בעניין כוונותייך, אבל בשלב מסוים העניין הופך למטרד ואת פורשת ומחפשת משהו אחר. אבל כשיש לך ילדים ואינך מקבלת דמי מזונות, אינך יכולה לפרוש.<sup>39</sup>

אמנם אין בתגובות של הנשים האלה משום 'היענות' במלוא מובן המילה, אבל במובן אחר אי־דחייה הוא כל ההיענות הנדרשת. אי־היענות היא בעייתית מאוד כשהטרדה מינית היא אחד מתנאי העבודה. חשבו על הזדמנויות הדחייה, גם בו במקום וגם לטווח ארוך, שהתאפשרו במצב המתואר בהצהרה זו של אישה שניסתה לאגד באמצעותה את הנשים במשרדה:

אני, \_\_\_\_\_, מעידה בזה שבתקופה שעברתי [בחברה] סבלתי מהטרדה מינית חוזרת ומתמדת מצד מר X, [נשיא] [החברה]. מר X גילה עניין מיני מפורש בי בכמה הזדמנויות כשקרא לי למשרדו כעובדת, מתוקף תפקידו כמנהל שלי, במהלך שעות העבודה הרגילות. במהלך שעות העבודה הרגילות נחשפתי לשפה

38 אישה אלמונית המצוטטת אצל Nemy, לעיל הערה 20.

39 שם (זאת אישה שונה מהאישה שדבריה מצוטטים בהערה הקודמת).

ולדימויים מיניים מפורשים במשרדו של מר X. חשתי מאוימת לנוכח יכולתו להשפיע על העבודה שלי ועל העתיד שלי, הקשרים שלו (במשרדי הממשל המקומי), הנקמנות שבה נודע והאקדח שהוא נושא, לעתים קרובות בצורה נראית לעין. במשרדו יזם מר X מגע מיני פיזי אתי שלא הייתי מעוניינת בו. אני מאמינה, ומר X גרם לי להרגיש כך, שהרווחה והקידום שלי בעבודה כעובדת (חברה) וכן המלצות שאקבל לעבודות עתידיות, תלויים במישרין בהיענותי לדרישותיו המיניות של מר X. לדעתי הליכי הקבלה לעבודה שמקיים מר X מושפעים במישרין מהאינטרס המיני שלו, ורוב הנשים העובדות (חברה) – אם לא כולן – סובלות מצורה זו או אחרת של הטרדה מינית.

השלמה עם המצב היא צורה של הסכמה המייחדת הטרדה מינית כתנאי עבודה. העדויות במקרים כאלה, אחרי שהם הופכים למקרי קוויד-פרוקו, נוטות לאשר את השיקול המנחה את האישה 'המצטרפת למשחק': מלבד כל כניעה המצופה ממנה חשוב לשמור על מראית עין של היענות לחיזורי הגברים, לשמור על חזות של פתיחות. במקרים רבים נראה שהגברים רוצים רק לדעת שיש להם אפשרות להזמין אישה לדייט, לנגוע 'בטעות' באישה באינטימיות כרצונם או, בהיקש מילולי לאקסהיביציוניזם, להשמיע בנוכחותה הערות מיניות ובה בעת להתנהג כאילו קורה משהו אחר לחלוטין. והראיה לכך היא הצורך הדוחק לסלק מיד את האישה המסרכת בנחישות להשלים עם המצב. עצם נוכחותה הוא עלבון, כל זכר לקיומה הוא בלתי נסבל. יש לגבש בלא דיחוי אסטרטגיות דחוקות, לרבות שקרים גסים, סילופים והצבת מלכודות כדי להיפטר ממנה מיד. משהו בסיסי בזהות הגברית דורש לפחות מראית עין של היענות האישה, ומאז מאז כשנתקלים בסירוב ממשי מצד האישה, מרומז ככל שיהיה. ברגע הסירוב הקוויד-פרוקו שהיה כל הזמן מרומז בתנאי העבודה – אותו 'השלימי עם זה או התפטרי' שחשה בו, הופך לעכשיו שאינך משלימה עוד עם זה, את מפורטת' מפי הבוס – נחשף, ושתי הקטגוריות הופכות לאחת.

עד לנקודה זו מצב העניינים הרבה יותר מורכב. מהדוגמאות עולה שכאשר הטרדה מינית היא אחד מתנאי העבודה, היא לא ממש דורשת את היענותה

של האישה. לצורך המימוש אין אפילו צורך באי־דחייה; לדחייה לא פעם אין כל השפעה. מאחר שהאישה איננה נדרשת, או כמעט איננה נדרשת, להשתתף באופן פעיל או לשתף פעולה במצבים המיניים האלה, כמה מפורשת צריכה להיות הדחייה לפני שהיא יכולה למחות על היחס אליה? במידת מה הדבר דומה לשאלה באיזו מידה של להט אישה נדרשת להתנגד לאונס כדי שתיחשב למי שהתנגדה, כלומר למי שלא הסכימה לכך. במקרה של הטרדה מינית, זה יהיה פרדוקסלי אם כל עוד המנהל יוכל מתוקף תפקידו לכפות תשומת לב מינית באמצעות כל מיני ביטויים מיניים שאינם דורשים היענות – למשל לשבת עירום במשרדו בנוכחותה בשעה שהוא מכתוב לה – אישה לא תוכל להגיש תביעה או להתלונן בכל צורה אחרת, כי היא לא 'סירבה' כראוי. איך צריך להביע אי־השלמה? היא יכולה לאיים או להשתולל, אך בסופו של דבר מה היא יכולה לעשות חוץ מלעזוב את העבודה?

האם ראוי לדרוש מנשים לצאת למתקפת נגד כדי לאלץ את הגבר להתנקם בהן במפורש בעבודה כדי שיהיה להן על מה להתלונן? אפשר שוב להשוות בין הבעיה לבין בעיה בדיני האינוס: סיכוייה של אישה המתנגדת לאונס להיהרג גדולים יותר, אך אם לא תיאבק זה איננו אונס, כי היא אינה יכולה להוכיח שהמעשה נעשה בכפייה. סירוב להטרדה מינית מוכיח שהחזור איננו רצוי, אך הסירוב עלול לעורר לנקמה ולפיכך מאלץ את האישה, קרבן ההטרדה, להסב לעצמה נזק חמור יותר כדי להוכיח שהיא בכלל נפגעה. מלבד הסכנה שיש בכך לאישה, שלא באשמתה, הדרישה להתנגדות משמעה למעשה כי ברצף של חיזורים מיניים כשלעצמו אין כדי להצדיק התערבות משפטית, עד אשר יובעו בצורת קוויד־פרו־קוו. נוסף על כך משמעות הדרישה היא שהטרדה מינית בלתי פוסקת אין בה פגיעה מספקת באישה או במעמדה בעבודה, אלא רק אחרי שהמעסיק מתנקם בה באמצעות פגיעה בעבודתה על סירוב מיני שאותו לא הייתה לה הזדמנות לבצע. משמעות הדבר היא שכל עוד הסיטואציה המינית מובנית עם מידה מספקת של כפייה, של עידון, של פתאומיות או של דו־צדדיות כדי לנטרל את יעילות סירובה של האישה, או כל עוד פשוט מתעלמים מניסיונות הסירוב שלה ואין פגיעה רשמית בעבודתה, היא אינה נחשבת למי שהוטרדה מינית.

## סוגים של הטרדה מינית

### אורית קמיר

קריטריונים שונים משמשים להבחנות שונות בין סוגים של הטרדה מינית; פרק זה מציגם. ההבחנה היחידה שהחוק הישראלי מאמץ ואוכף היא בין 'הטרדה מינית אסורה' (כפי שהיא מוגדרת בחוק) ובין 'הטרדה מינית שאינה אסורה'. הבחנת החוק בין סוגי ההטרדה האסורים (למשל בין סחיטה מינית וביזוי והשפלה מיניים) נועדה רק להבהרת טיפוסי ההתנהגות האסורים. הבחנה אחרת, שעשויה להועיל בהבנת חומרת הפגיעה היא זו בין 'הטרדה אקראית', המתרחשת בין אנשים הנתקלים זה בזה במקרה, ובין 'הטרדה ממלכת', המתרחשת בין אנשים שיש ביניהם יחסים מתמשכים ומורכבים. הטרדה ממלכת מסובכת ופוגענית יותר מהטרדה אקראית. הבחנה מעניינת נוספת היא בין 'הטרדה מקבעת', שמטרתה לחייב נשים בתפקידים נשיים מסורתיים להעניק שירותים מיניים, ובין 'הטרדה מדירה' שנועדה להרחיק נשים מתפקידים גבריים. ההבחנה בין הטרדה מסוג 'זה תמורת זה' והטרדה מסוג 'יצירת סביבה עוינת' היא חלק מן המשפט האמריקאי, אך אינה מועילה בישראל. גם ההבחנה בין 'הטרדה פיזית' ל'הטרדה מילולית' אינה מדויקת ואינה מועילה.

גרסה מלאה של הפרק התשיעי 'סוגים של הטרדה מינית', בתוך: אורית קמיר, זה מטריד אותי: לחיות עם החוק למניעת הטרדה מינית, תל אביב וירושלים: הקיבוץ המאוחד וקרמל, 2009, עמ' 161-169.

אפשר לחלק את ההטרדות מיניות לסוגים שונים על פי קריטריונים שונים. חלק מן ההבחנות מועילות וחלק – מבלבלות; חלק מוכרות בחוק וחלק לא. פרק זה מציג הבחנות אלה ואת סוגי ההטרדות שהן מציעות.

### א. הטרדות מיניות אסורות והטרדות מיניות אחרות

החוק למניעת הטרדה מינית מגדיר ואוכף בראש ובראשונה את ההבחנה בין הטרדה מינית שהיא אסורה על פי החוק, ובין כל הטרדה מינית אחרת. הטרדה מינית אסורה על פי חוק היא התנהגות הפוגעת באחד מערכי המוגנים של החוק (הקבועים בסעיף 1 שלו) וגם באה בגדר אחת הקטגוריות ההתנהגותיות האסורות (המנויות בסעיף 3(א)). הפרק השני [אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)] דן בהתנהגויות אלה בהרחבה ומציע להן דוגמאות רבות.

התנהגויות אחרות יכולות לגרום לאדם לחוש מוטרד מינית, או להיחשב כהטרדות מיניות על פי חוקיהן של מדינות אחרות או על פי עמדותיהם של חוקרים, מומחים או חלקים בציבור הרחב. כך למשל, הצעה מינית אחת יכולה להטריד מאוד את הניצעת; נגיעה מינית שהצד המקבל הסכים לה מתוך הכרת תודה כלפי הנוגע יכולה להטריד מאוד; מחשוף של אישה, בטן חשופה או חצאית קצרה עלולים להטריד מאוד גבר או אישה שנאלצים לצפות בהם; אבל אף אחד מאלה, גם אם הוא נחוה כהטרדה מינית, אינו הטרדה אסורה על פי החוק.

ההבחנה השנייה והמשנית שהחוק מכיר בה היא בין סוגי ההתנהגות האסורים השונים (המנויים בסעיפיו הקטנים של סעיף 3(א) לחוק). הסוג הראשון הוא סחיטה מינית באיומים; השני הוא כל מה שמוגדר כ'מעשה מגונה' אסור; השלישי הוא הצעות מיניות שהניצע אינו מעוניין בהן; הרביעי הוא התייחסויות מיניות לאדם שאינו מעוניין בהן; החמישי מכיל שלושה תת סוגים: ביזוי או השפלה של אדם בהתייחס למינו (למשל – ביזוי או השפלה של אישה בהתייחס להיותה אישה), ביזוי או השפלה של אדם בהתייחס למיניותו (כלומר לאורח חייו המיני, להתנהגותו המינית), ביזוי או השפלה של אדם בהתייחס לנטייה המינית המיוחסת לו (למשל – נטייה מינית לסבית). כל אלה מפורטים בהרחבה בפרק השני [אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)].

ההבחנה בין סוגי ההטרדה האסורים נועדה להבהיר ולחדד בפירוט כל אחת מן ההתנהגויות האסורות. אך החוק לא יצר הייררכיה בין ההתנהגויות האסורות,<sup>1</sup> ולא כללים ראייתיים או פרוצדורליים שונים (כלומר: הפרוצדורה והנטל הראייתי חלים באותו אופן על כל סוגי ההטרדות המיניות האסורות). שום הבחנה אחרת בין סוגים של הטרדות מיניות אינה מוכרת בחוק הישראלי, ואינה משליכה על תלונות, תביעות או הליכים משפטיים. עם זאת כדאי להכיר מספר הבחנות נוספות, מקצתן כדי להבין תופעות של הטרדה מינית יותר לעומק, ומקצתן כדי להימנע מבלבול וטעויות רווחים.

### ב. הבחנה בין 'הטרדה אקראית' ל'הטרדה ממלכדת'

הטרדות מיניות עלולות להתרחש כידוע בכל מקום, בכל הקשר, בכל זמן, בין מגוון גדול של אנשים. הבחנה המשליכה באופן עמוק על מידת החומרה של הטרדות מיניות שונות היא ההבחנה בין הטרדות 'אקראיות' והטרדות 'ממלכדות'.

היחס בין 'הטרדה מינית אקראית' ובין זו שאני מכנה 'ממלכדת' הוא כמו היחס בין אונס המבוצע בידי זר לאונס המתרחש במסגרת מערכת יחסים בין אישית.

הטרדה מינית 'אקראית' היא זו המתרחשת בין שני זרים הנתקלים זה בזה במקרה באופן חד פעמי, ברחוב, באוטובוס, על חוף הים, בתור לקולנוע או למועדון, על הכביש. האדם האחד מתייחס מספר פעמים באופן בוטה למיניותו של האחר; או מציע מספר פעמים הצעות מיניות לא רצויות; או נוגע באיברי גוף מוצנעים; או מעיר הערה מבזה המתייחסת למינו של הנמען, למיניותו או לנטייתו המינית. למשל, פלוני חותך את אלמוני על הכביש, וזה צועק לעברו 'יא מז---ן בת-ת, לך ת---ק את החברים שלך, לא אותי, מה אתה חושב, שגם אני מתרומם כמון, שאתה מעז להיכנס לי ככה בין הגלגלים?'. זוהי הערה המבזה

1 חוק העונשין יוצר הייררכיה בין סחיטה מינית באיומים ל'מעשה מגונה' אסור; הייררכיה זו המתבטאת בענישה שונה על עברות אלה, חלה רק בהקשר הפלילי. לפירוט ראו בפרק השלישי |אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת).

אדם על רקע נטייה מינית המיוחסת לו (בין שהיחוס הוא אמיתי ובין שלא). או, למשל פלוגנית הולכת ברחוב ואלמוני הבא מולה שולח יד אל מתחת לחצאיתה ולהרף עין אוחז באיבר מינה.

הטרדות מיניות כאלה הן אסורות. הן פוגעניות, הן מזיקות, והן מצדיקות את דרישת הנפגע להתערבות החברה והמשפט.<sup>2</sup> אך הן פשוטות, קצרות, מקומיות וברורות. לקרבן ולסביבה קל יחסית לזהותן כהטרדות מיניות, להגיב עליהן, לגנותן ולפעול לתיקון הנזק ו/או להענשת המטריד. בכל הגורמים הללו הטרדות אקראיות נבדלות מהטרדות מיניות מן הסוג השני, 'ההטרדות הממלכדות'.

הטרדה מינית 'ממלכדת' מתרחשת בין שני אנשים שקיימת ביניהם מערכת יחסים בין אישית במשך זמן. במסגרת מערכת יחסים זו הם חשים זה כלפי זה רגשות שונים המתפתחים ומשתנים. ההטרדה המינית נבנית לאט לאט, במילים ובהתנהגויות השלובים בתוך שאר חלקי הקשר הבין אישי. היא פוגעת באדם שחש כלפי המטריד רגשות חיבה, קרבה, הערכה, מחויבות, הכרת תודה, ו/או תלות. היא טומנת לו מלכודת שהוא צועד אל תוכה ונלכד בה. היא יוצרת בקרבן בלבול עמוק, רגשות סותרים, הדחקה, הסתרה, תחושת אשמה, תסכול, אבדן ביטחון עצמי ולעתים גם דיכאון. כל אלה מקטינים את יכולת ההתמודדות של הקרבן. גם הסביבה מתקשה להבין, לזהות, לאבחן את המתרחש, ונוטה להאשים את הקרבן בכך שהוא שיתף פעולה עם המטריד, ש'הביא את זה על עצמו', שהוא רצה בכך, שלא הגיב בזמן, שהטעה את המטריד ושכסופו של דבר נפל בפח שטמן לעצמו.

חשוב, לדוגמה, על סטודנטית הפונה אל מרצה במוסד להשכלה גבוהה כדי לשוחח על עבודת סמינר שעליה להגיש לו. הם יושבים במשרדו ומשוחחים על נושא העבודה. המרצה מגלה בנושא עניין רב ומתפעל מן הרעיונות שהסטודנטית מציגה. הסטודנטית חשה מוחמאת מתשומת לבו של אדם שהיא מכבדת ומעריכה מאוד. היא מתרגשת מעצם המעמד. המרצה מציע שאת הפגישה הבאה יקבעו בקפיטריה, שם יוכלו לשתות קפה. הסטודנטית נבוכה מעט אך אינה רוצה

2 יש מקום לשקול האם כל אחת מן הדוגמאות הללו מצדיקה גם הליך פלילי. מבחינה טכנית ניתן להעמיד לדין פלילי בגין כל אחת מהן, אך יש מקום לשקול גם את מידת הפגיעה בערכיו המוגנים של החוק ואת האינטרס הציבורי של הקצאת משאבים.



להיראות ילדותית, ונענית. בתום הפגישה השנייה, המרצה אומר שהוא זקוק לעוזרת מחקר ושהיא נראית לו מתאימה לתפקיד. היא שמחה לקבל את ההצעה המחמיאה. המרצה מוסיף ומציין שהאינטראקציה עם הסטודנטית כה נעימה ומאתגרת – שהוא מצליח להיות מרוכז ופורה כשהוא בחברתה, וגם נהנה מכל רגע. הוא קובע לה פגישה שבועית קבועה אתו ביום חמישי בערב, במשרדו, לדבר על המחקר שהיא עוזרת לו לערוך.

הסטודנטית מוחמאת, נבוכה, מבולבלת, ושמחה להאמין שהמרצה מעוניין בשיח האינטלקטואלי עמה וביכולותיה האקדמיות. כשבתום אחת הפגישות הוא מציע לה טרמפ הביתה ברכבו, היא נבוכה אך לא נעים לה לסרב, שלא ייראה כאילו היא מתרחקת, מתחמקת, לא מכירה תודה. היא לא רוצה להרגיש חשדנית וקרתנית וגם חוששת לפגוע ברגשותיו: אחרי הכול, היא רוצה להוסיף לשמש בתור עוזרת המחקר שלו ולקבל את הפרגון המקצועי שהוא מעניק לה. כך היא מתעלמת מהערותיו המצטברות לאטן ביחס לשיעורה, לריח הטוב של עורה, לכך שהוא חולם עליה בלילה. כשהוא מסיר קווצת שיער ממצחה היא נסוגה לאחור, אך מחייכת כדי שתגובתה לא תיתפס כחריפה. מדי פעם היא משרבבת הערה על החבר שלה, בזהירות כדי לא לפגוע, לא להרחיק, לא לעורר עליה את טינתו, שעלולה להתבטא בהתקררות, בציון נמוך, בסירוב לכתוב לה המלצה כשתזדקק לה.

היא שבה ואומרת לעצמה שהגבול ברור לשניהם, שהוא איש מכובד ומבוגר, שיכול היה להיות אביה, שהוא נשוי באושר ואב טוב, ושלא יעלה על הדעת שהוא חושב עליה באופן מיני. היא רוצה להמשיך להאמין שהחיזוק האינטלקטואלי שהוא נותן לה הוא אמיתי. היא מכירה תודה על העזרה שהוא מעניק לה, על תשומת הלב, על השיחות המחכימות, ומדחיקה ככל יכולתה את התחושה הלא נוחה שמא הדברים אינם בדיוק כפי שהם נראים.

יום אחד במהלך פגישת עבודה במשרדו המרצה גוחן עליה ואוחז בכתפיה. היא מנסה להתפתל ולהשתחרר מלפיתתו אך הוא מקרב את פניו לשלה ונושק לה. היא מניעה את ראשה כדי להתרחק אך הוא מחדיר את לשונו אל תוך פיה. היא מצליחה להרוף אותו להתרחק צעד, מבולבלת ונסערת. הוא שב ואוחז בה. שתי ידיו אוחזות בחזקה את מתניה, והוא שב ומנסה לנשק לה בפיה. היא נאבקת, מטלטלת את ראשה, ולבסוף מצליחה להימלט ולצאת מן החדר.

ההטרדה המינית האסורה בסיפור זה היא מן הסוג שהחוק מגדיר כ'מעשה מגונה' אסור (סעיף 3(א)(2) לחוק). מבחינת האפיון המשפטי, זו התנהגות מאותו סוג כשל מי שהולך ברחוב מול אישה, מחדיר את ידו מתחת לחצאיתה ואוחז להרף עין באיבר מינה. אך מבחינה רגשית – סערת הרגשות, הטלטלה, הבלבול והנזק שנגרמו לסטודנטית גדולים לאין שיעור.

ב'הטרדה ממלכדת' הקרבן חשה שהיא צעדה לתוך מלכודת שנטמנה לה. היא כועסת על עצמה; היא חשה אשמה ומטומטמת; היא לא מבינה איך לא ראתה, איך לא הבינה, איך לא ידעה להתגונן. היא חשה מרומה. הרגשות המעורבים הללו מקשים עליה לחוש קרבן של פגיעה מינית, ולדעת בוודאות שלא היא אשמה אלא המטריד; שהיא הקרבן, הנפגעת. מורכבות תחושותיה עלולה להקשות עליה להתלונן על ההטרדה המינית או לתבוע בגינה.

אותם בלבול ואי הבנה עלולים לשרור גם בקרב כל הסובבים, שבמקום לראות את מלכודת הדבש המתוחכמת, המניפולטיבית, שנטמנה לאישה – רואים את 'טיפשותה', את העובדה שהיא 'שיתפה פעולה', 'ש'בחרה לא לדעת', 'ש'ניצלה את המצב לטובתה ועכשיו היא מסרבת לשלם את המחיר'. עמדת הסביבה מקשה על המוטרדת לשתף אחרים במצוקתה, לבקש ולקבל תמיכה וחמלה, ולקבל עצה טובה וסיוע כיצד לנהוג.

הטרדה מינית אינה בהכרח 'אקראית' או 'ממלכדת' באופן מוחלט ומלא; יכול שתהיה בנקודה כלשהי על הציר שבין הקוטב האחד לאחר. כך, למשל, ההטרדה המינית שביצע חיים רמון כשהיה שר המשפטים בקצינה שעבדה במשרד ראש הממשלה, הייתה קצרה ומקומית כמו הטרדה 'אקראית' אך הכילה יסודות ברורים של 'הטרדה ממלכדת'. הבנת המבנה של כל אחד מטיפוסי ההטרדה הללו ושל הרצף שביניהם יכולה לסייע לכל אחת ואחד לזהות תופעות המתרחשות סביבנו, לצפות את התפתחותן ואולי גם לפעול כדי להקטין נזקים.<sup>3</sup>

3 לדיון מלא בנקודות אלה ראו הפרק השישי |אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערות העורכת).

### ג. הבחנה בין 'זה תמורת זה' ו'סביבה עוינת'

בספרה החלוצי על הטרדה מינית של נשים בעולם העבודה, משנת 1979,<sup>4</sup> קתרין מקינן הציעה הבחנה בין שני סוגים של הטרדה מינית [ראו עמ' 51-70 בקובץ זה]. הסוג האחד מכיל מקרים שבהם אדם במקום העבודה מתנה את המשך עבודתה של אישה, את קידומה או זכויות אחרות שלה, בכך שהיא תשתף אתו פעולה מינית, כלומר – 'תיתן לו'. הטרדה מינית כזו מכילה את המסר 'אם תשכבי אתי – תקודמי; אם לא תשכבי אתי – לא תקודמי'. הטרדה כזו יוצרת התניה מסוג 'זה תמורת זה', 'תנאים במקום עבודה תמורת היענות מינית', ובלטינית – *quid pro quo*.

סוג ההטרדה האחר מכיל התעסקות במין, במיניות, במגדר ובנטיות מיניות באופן שהופך את מקום העבודה ללא נעים, מאיים, מרתיע, משתק ועוין עבור עובדת. הטרדה כזו יכולה להיעשות על ידי סיפורים מיניים, בדיחות 'גסות', הערות סקסיסטיות, התייחסויות שוביניסטיות, תליית תמונות פורנוגרפיות, הצגת שאלות מיניות לעובדת וכל דבר אחר המדגיש את היותה אישה, והופך את מקום העבודה לבלתי נסבל עבורה בתור אישה. מקינן כינתה הטרדה מינית מסוג זה יצירת 'hostile environment', כלומר 'סביבה עוינת'.

המשפט האמריקאי אימץ הבחנה זו וקבע עבור כל אחד מסוגי ההטרדה הללו כללים פרוצדורליים וראייתיים שונים. כך, למשל, כדי לתבוע בגין הטרדה מינית מסוג 'זה תמורת זה', די להראות דרישה מינית אחת המתנה זכויות בעבודה במגע מיני. אך כדי לתבוע בגין הטרדה מינית מסוג 'סביבה עוינת' על התובעת להראות שההתנהגות שינתה את מקום עבודתה מסביבה שהייתה בעבר נעימה לה, בתור אישה, לסביבה רוויית התייחסויות מיניות או מגדריות עד כדי כך שהיא פוגענית במידה משמעותית.

Catharine A. MacKinnon, 1979. *The Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven and London: Yale University Press [קטעים ממנו נכללים בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)]. 4

מקורה של ההבחנה בין הטרדה מינית מסוג *quid pro quo*, 'זה תמורת זה', והטרדה מינית מסוג 'יצירת סביבה עוינת' בהיסטוריה המשפטית האמריקאית. ואולם לגופה, ההבחנה אינה הגיונית ואינה מועילה. הצעות מיניות לא רצויות והתניות של זכויות בעבודה בהיענות מינית הם מקרים פרטיים של הפיכה של סביבת עבודה ל'עוינת' לעובדת. אין בהכרח הבדל מהותי בין שני טיפוסים ההתנהגויות. יתרה מכך, במרבית המקרים בהם קורית הטרדה מינית מסוג של דרישה להיענות מינית (כלומר – 'זה תמורת זה'), היא מכילה גם הערות, התייחסויות ומחוות שמוגדרות כ'סביבה עוינת'.

**המשפט הישראלי לא אימץ הבחנה זו, ולא את ההבחנות הפרוצדורליות שהמשפט האמריקאי עטף אותה בהן.**

האיסור הישראלי להטרדה מינית באמצעות סחיטה מינית באימים מכיל חלק מן ההתנהגויות המוגדרות בארצות הברית כ'זה תמורת זה'. שאר ההתנהגויות האסורות בחוק למניעת הטרדה מינית (בסעיף 3(א)) מכילות חלק מן ההתנהגויות המוגדרות בארצות הברית כ'יצירת סביבה עוינת'. אך התנהגויות רבות המוגדרות בארצות הברית כ'יצירת סביבה עוינת' אינן אסורות בחוק הישראלי. כך, למשל, בדיחות גסות, תליית תמונות פורנוגרפיות אנונימיות וסיפורים מיניים שעובדים מספרים על עצמם אינם בהכרח אסורים בישראל. הם אסורים במקום עבודה כמו שירות המדינה אשר אוסר עליהם במפורש בכללי המשמעת שלו או בפסקי הדין המשמעתיים שלו, ומגדיר אותם כ'התנהגות לא הולמת', כ'הטרדה מינית סביבתית', או כ'יצירת אווירה עוינת'. הם אינם אסורים על פי חוק בשאר חלקי עולם העבודה או ביחסים בין אישיים בכלל. מצד אחר, לגבי התנהגויות שהחוק הישראלי כן מגדיר כהטרדות מיניות אסורות, הוא אינו דורש מן התובעת להוכיח שהן 'שינו' את מקום העבודה, ולא שהפכו אותו לעוין 'במידה חמורה': די בכך שההתנהגויות האסורות התרחשו כדי לבסס עילת תביעה. וכמובן, ההתנהגויות האסורות על פי החוק הישראלי אסורות גם מחוץ למקום העבודה וגם כלפי גברים.

לכן, בהקשר הישראלי, ההבחנה בין הטרדה מינית מסוג 'זה תמורת זה' ובין הטרדה מינית מסוג 'יצירת סביבה עוינת' לא רק שאינה מועילה אלא היא מבלבלת ומטעה.

## ד. הבחנה בין 'הטרדה מקבעת' ו'הטרדה מדירה'

מחקרה החלוצי של מקינון משנת 1979 מכיל הבחנה נוספת בין שני סוגים של הטרדות מיניות במקומות עבודה. הבחנה זו זכתה בפחות תשומת לב אך היא, בעיניי, מעניינת הרבה יותר. זוהי הבחנה בין סוגי הטרדה מינית שהיית מכה אותם 'הטרדה מינית מקבעת' ו'הטרדה מינית מדירה'.

מקינון מצביעה על כך שבמקומות עבודה המעסיקים נשים במקצועות המוגדרים באופן מסורתי כ'נשיים' (תופרות, כובסות, חדרניות, טלפניות), גברים ממלאים בדרך כלל את תפקידי הניהול והפיקוח. ככלל, הגברים הללו אינם מתנגדים למציאותן של נשים בעולם העבודה וההפך הוא הנכון: הם שמחים לנהל נשים, לפקח עליהן ולחוש עליונות ביחס אליהן. מעמדם ביחס לנשים הכפופות להם מבטא, מחזק ומנציח עבורם את הסדר הפטריארכלי ה'טבעי', שבו גברים מנהלים ושולטים ונשים נשלטות בידיהם, נענות להם, מרצות אותם ומשתפות פעולה. ככלל, רבים מן הגברים הללו תופסים את הנשים הכפופות להם, אשר מבצעות תפקידים 'נשיים', כמי שממלאות את 'תפקידן הטבעי' של נשים במסגרת הסדר הפטריארכלי. כיוון שכך, וכדי לגלם ולחזק את הסדר הפטריארכלי 'עד הסוף', הם רואים את עצמם זכאים ליהנות גם מנגישות למיניותן של נשים אלה ומשירותיהן המיניים, שכן גם אלה שייכים ל'תפקידן הטבעי' של נשים בעולם הפטריארכלי.

במקומות עבודה כאלה, גברים המטרידים את הנשים העובדות תחתיהם עושים זאת בעיקר באמצעות מגע פיזי, התייחסות למיניותן של הנשים ודרישות לשיתוף פעולה מיני ולהענקת שירותים מיניים. הם אינם מנסים להרחיק את הנשים ממקום העבודה, אלא להשליט במקום העבודה את הסדר הפטריארכלי המסורתי, ולהפיק ממנו את מלוא היתרונות שיש בכוחו להעניק לגברים בעמדות שליטה, לרבות נגישות מינית לנשים שהם חפצים בהן. זוהי 'הטרדה מקבעת', מכיוון שהיא מקבעת את הסדר הפטריארכלי ואת הנשים במקומן המסורתי, הנחות.

לעומת זאת, ישנם מקומות עבודה שבהם נשים מנסות להשתלב בתפקידים הנתפסים כ'גבריים', אם מבחינת יוקרתם ואם מבחינת הכישורים הפיזיים, השכליים או הנפשיים שהם מחייבים. עריכת דין, ראיית חשבון, ניהול, מחקר, נתפסו בעבר הלא רחוק כמקצועות 'גבריים'. טיס, פיקוד, כרייה, שיטור, אמודאות ופיתוח מדעי וטכנולוגי נחשבים גם כיום 'גבריים'. גברים העובדים לצדן של

נשים המשתלבות במקצועות 'גבריים' מרגישים לעתים כי מעמדן המקצועי מאיים על הסדר החברתי הפטריארכלי, על ההבחנה המובנית בין גברים ונשים (אשר מעניקה לגברים עליונות מבנית), ולכן גם עליהם ועל מעמדם.

גברים המרגישים מאוימים מנסים לעתים להשיב את הסדר הפטריארכלי על כנו ולחזקו על ידי דחיקת רגלי הנשים העובדות והרחקתן מתפקידיהם ה'גבריים'. לעתים קרובות הם עושים זאת על ידי התייחסות למינוחן של הנשים ובאמצעות הערות והתנהגויות סקסיסטיות משפילות, המכוונות אל הנשים המוטרדות עצמן או אל ציבור הנשים ככלל. התנהגויות מיניות אלה מערערות את תחושת המקצועיות של הנשים העובדות, חותרות תחת ביטחונן העצמי, ממאיסות עליהן את ההימצאות במקום העבודה, פוגעות במוטיבציה שלהן, מאיימות עליהן ולבסוף מבריחות אותן מן הסביבה העוינת. זוהי 'הטרדה מדירה' מכיוון שהיא דוחקת את הנשים החוצה ומרחיקה אותן ממקום העבודה. (גם הטרדה כזו מקבעת את הסדר הפטריארכלי, בכך שהיא מסייעת להבטיח ש'גבריותם' של מקצועות ותפקידים 'גבריים' תישמר.)<sup>5</sup>

מקינן ראתה קשר בין הבחנה זו ובין ההבחנה שבין 'זה תמורת זה' ו'יצירת סביבה עוינת'. לדבריה, 'הטרדות מקבעות' המתרחשות במקומות שנשים ממלאות תפקידים נשיים מסורתיים הן לרוב מסוג 'זה תמורת זה'. כלומר, גברים הדורשים מנשים לשחזר את התפקידים המגדריים הפטריארכליים במקום העבודה, דורשים מהן שירותים מיניים בתמורה לזכות להיות בעולם העבודה. לדברי מקינן, 'הטרדות מדירות', המרחיקות נשים מתפקידים 'גבריים' הן לרוב מסוג 'יצירת סביבה עוינת'. כלומר, גברים המרחיקים נשים ממקומות יוקרתיים שהיו בעבר שמורים לגברים בלבד, נוהגים לבזות נשים ולהשפילן בתור נשים, ולהפוך את סביבת העבודה שלהן לכל כך בלתי נעימה, פוגעת, מעליבה, מביכה ומאיימת – עד שהן מעדיפות לעזוב מאשר להמשיך לסבול.

קישור זה בין שתי ההבחנות, כמו עצם ההבחנה בין 'הטרדה מדירה' ו'הטרדה מקבעת', אינו מובהק, אינו מלא, ואינו חלק מן המשפט הישראלי. עם זאת, ההבחנה בין הטרדה 'מדירה' ו'מקבעת' היא מעניינת, ויכולה לסייע בהבנת התרחשויות בארגונים ובזירות שונות.

5 דוגמה מובהקת להטרדה מסוג זה אפשר לראות בסרט ארץ קרה (המוזכר בפרק השמיני |אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)), בעמ' 156).

## ה. הבחנה בין 'הטרדה פיזית' ו'הטרדה מילולית'

רבים בישראל מבחינים בין 'הטרדה פיזית' ובין 'הטרדה מילולית'. בדרך כלל כוונתם להבחין בכך בין התנהגויות שהיו אסורות בחוק העונשין גם לפני חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית, שהן לכאורה 'פיזיות' (סחיטה מינית באיומים ו'מעשים מגונים' אסורים) ובין התנהגויות שנאסרו לראשונה בחוק למניעת הטרדה מינית, שהן לכאורה 'מילוליות' (הצעות מיניות לא רצויות, התייחסויות מיניות לא רצויות, וביזוי או השפלה מיניים).

הבחנה זו היא מוטעית ומטעה. 'סחיטה באיומים' היא 'הטרדה מילולית', מכיוון שניתן לבצעה בעזרת מילים בלבד וללא כל התנהגות נוספת. 'מעשה מגונה' אסור, כהגדרתו בחוק העונשין, אכן מחייב התנהגות שאינה מילולית, אך ההתנהגות אינה חייבת להכיל נגיעה בנפגעת: אדם יכול לבצע 'מעשה מגונה' אסור על ידי נגיעה בעצמו, או על ידי עשיית מחוות גופניות בלי לגעת בזולת. מצד אחר, הצעות מיניות לא רצויות, התייחסויות מיניות לא רצויות וביזוי או השפלה מיניים אפשריים במילים או בהתנהגות: אפשר לעשות כל אחד מהם באמצעות דיבור או באמצעות מחוות גופניות, הודעות כתובות או אלקטרוניות, מודעות תלויות או תמונות (למשל פורנוגרפיות).

כשאנשים משתמשים בהבחנה בין הטרדה 'פיזית' ל'מילולית' הם עושים זאת לעתים קרובות כדי לציין את ההטרדה ה'פיזית' כחמורה יותר מזו שהיא 'רק מילולית'. ואולם אין שום סיבה לחשוב שהטרדה מינית שנעשתה באמצעות מילים פוגענית פחות מהטרדה מינית שנעשתה באמצעות התנהגות לא מילולית. הצעות מיניות לא רצויות, התייחסויות מיניות לא רצויות, סחיטה מינית או ביזוי או השפלה מיניים אינם בהכרח חמורים פחות מנגיעה במוטרדת, נגיעה של המטריד בעצמו או מחוות הנעשות בידיים או בחלקי גוף אחרים. חומרת ההטרדה תלויה בנסיבותיה, לרבות עצמתה, משכה, תדירותה, מידת הבוטות שלה, היחסים בין הצדדים, גיל המוטרדת, מעמדה וניסיון חייה. הצעות מיניות חוזרות ונשנות של ממונה בכיר ומבוגר עלולות להיות חמורות לאין שיעור מהתחככות מינית של זר באוטובוס.

לכן, ההבחנה בין הטרדה 'פיזית' ל'מילולית' אינה מועילה, והיא יכולה להטעות יותר מאשר לכאר או לסייע.





שער שני

ממציאות לתאוריה ולעקרונות  
משפטיים



## מבוא ליאת לבנון

ראשית ההתפתחות של התאוריה ושל המשפט בנושא ההטרדות המיניות בארצות הברית. קת'רין מקינזון, שלכתיבתה התוודענו בשער הראשון, היא שהציעה את הבסיס התאורטי לדין האמריקני. השער שלפנינו – המכיל פרק אחד בלבד, הפרק השלישי פותח בקטע מתוך ספרה של מקינזון הפורש את המצע התאורטי. אחר כך מוצגת התפתחות המשפט האמריקני, בעזרת מאמר פרי עטה של אורית קמיר. במאמר זה מובאות גם הסתייגויותיה של קמיר מהתאוריה ומהמשפט האמריקניים, שהובילו אותה לפתח גישה תאורטית משפטית נבדלת לניתוח התופעה של הטרדה מינית ולטיפול בה. גישה זו, שהצגתה במאמר הנזכר חותמת את השער השני, היא העומדת ביסוד החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית.



## פרק שלישי התאוריה המשפטית האמריקנית וביקורתה

### הטרדה מינית היא אפליה בתעסוקה

#### קת'רין א' מקינזון

הטרדה מינית היא מקור איום על נשים במקום העבודה. היא 'מפריעה' [לנשים] להתקבל לעבודה, ליהנות מהעבודה ולהתמיד בעבודה.<sup>1</sup> היא איננה נושא-שאינו-קשור-לעבודה מטיבו משום שהיא נושא מיני. כאשר היא משפיעה על החלטות העסקה בסיסיות ועל האווירה במקום העבודה,<sup>2</sup> הטרדה מינית היא אפליה בתעסוקה. הפרק השביעי [לחוק זכויות האזרח האמריקני] אוסר במפורש אפליה מינית ב'תניות', בתנאים ובהטבות בתעסוקה'. במקרים רבים הדרישות המיניות נועדו למנוע מנשים את האפשרות ליהנות מ'הטבות' בעבודה. כאשר איום מיני וכפייה מינית מעצבים את הגדרת עבודתה של האישה ואת סביבת העבודה שלה, או כאשר לחצים הקשורים לתפקידה מנוצלים כדי לכפות עליה היענות מינית או מעורבות מינית, ההטרדה המינית היא 'תניה' והיא 'תנאי' של העבודה. היא יכולה להיות תנאי מוקדם להעסקה ומאפיין קבוע שלה. כנוהג מקובל, הטרדה מינית מייחדת את האישה בשל תשומת לב מינית כפויה ולא

מתוך: Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven and London: Yale University Press, 1979, pp. 208-221.

1 הנוסח לקוח מתוך 384 F. Supp. 141 (E.D. Mich. 1974) *Bujel v. Borman Food Stores*.

2 Comment, 51 *New York U.L. Rev.* 148, 152 (1976). ה- EEOC טענה שהטרדה מינית היא אפליה מינית על פי הפרק השביעי. עיקרי טיעון מטעם ה- EEOC כידיד בית המשפט (*amicus curiae*) בעניין *Corne v. Bausch & Lomb Inc.*, 562 F.2d 55 (9<sup>th</sup> Cir. 1977).

רצויה הפוגעת בה כאדם עובד, בין שהיא נאלצת להיענות ובין שביכולתה להתנגד. האפליה בתעסוקה אינה מתמצה רק בנקמה על דחיית החיזור, אלא טמונה גם בעצם הצבת התנאי המיני שבגיניו על האישה לבחור בין השלמה עם המצב או היענות לדרישה המינית מצד אחד לבין קיפוח בתעסוקה מצד אחר.

נוהג שפוגע בצורה לא שוויונית בקבוצה בעלת מעמד חוקתי במקום העבודה ובמהלכה, יש בו משום אפליה בתעסוקה. כשהיענות לדרישה המינית היא תנאי מסוג קוויד-פרו-קוו לקבלת הטבה בעבודה, ההטרדה המינית מציבה 'תנאי מוקדם'<sup>3</sup> המגביל את היכולת לרכוש ולשפר את המעמד במקום העבודה או מכביד עליה. בשילוב עם נסיבות כגון ידיעה על בקשה לקידום, על הערכה ממשמשת ובאה בנוגע לתפקוד בעבודה או על ראיון עבודה עתידי די במגע פיזי אחד או בהצעה מילולית אחת כדי לתמוך במסקנה שהוצע מין תמורת הטבה בעבודה. כהרחבת טווח הציפיות מהתפקיד, הטרדה מינית מבטאת ומחזקת את התפיסה הסטראוטיפית שנשים המתקבלות לעבודה לצורך מילוי 'תפקידים המיועדים לנשים' צריכות לעמוד לרשות הגברים בכל מובן, הן מטרה לגיטימית לחיזור מיני של גברים, הן מעוניינות שישתמשו בהן מינית והן חבות לגברים חירויות בתחום המיני – כל הדברים העומדים להן לרועץ כנשים במקום העבודה. די בתקרית אחת או בתקריות אחדות, תלוי בחומרת הנסיבות. כאשר היחס המיני הוא 'קיצוני או כפוי, גם תקרית אחת היא אחת יותר מדי',<sup>4</sup> בייחוד אם מצרפים לזה פיטורים בכוח או בפועל בעקבות הסירוב.

ברוב העבודות שמבצעות בעיקר נשים יש קשר לא סקסיסטי מועט בין תוכן התפקיד למיניותה של האישה. אם מאפשרים שהעבודה תהיה כה רווית מיניות

3 בחינה זו לקוחה מפסיקה לפי Pennsylvania Human Relations Act, Pa. Stat. Ann. tit.43 §955 בנוגע למונח אפליה מינית בעניין *Leechburg Area School District v. Human Rights Commission*, 19 Pa. Commw. Ct. 614, 339 A.2d 850 (1975) שקבעה כי מדיניות שהגבילה חופשת לידה למורות נשואות, אף שעל פני השטח הבחינה רק בין מורות נשואות למורות לא נשואות, יצרה למעשה תנאי מוקדם לזכאות לחופשת נכות אשר רק מורות (ולא מורים) צריכות למלא.

4 Comment, 51 *New York U.L. Rev.* 148, 164, n. 76 (1976). *Alexander v. Yale*, התובעת, שהצליחה לגבור על בקשה לדחיית התביעה על הסף, התלוננה על תקרית יחידה. 459 F. Supp. 1 (D. Conn. 1977).

שתכלול הטרדה מינית בעצם הגדרתה בלי שתיחשב למפלה, אין גבול למה שמעסיק יכול לרכוש במשכורת. 'יש בעיה רצינית בחברה שלנו כאשר גברים חושבים שיש להם זכות, אם לא אלוהית אז לפחות כזו שנרכשת בכסף, על גופן של נשים'.<sup>5</sup> כל עובדת, החל בחשפנית וכלה בפרופסור למשפטים, צריכה ליהנות מהזכות להתנגד לקיום יחסי מין וללחצים מסוג קוויד-פרו-קוו מבלי שיהיו לכך השלכות על עבודתה. במעט מאוד מקרים קיצוניים עשויה להיות רמה מסוימת של הטרדה מינית מותרת, לפי רמת המיניות שמשלח היד משדר. בשל אופי העבודה שלה ייתכן שיצפו מחשפנית, יותר משיצפו מנשים ברוב משלחי היד האחרים, להשלים – ולא לחוש שמפלים אותה – עם קריאות גנאי, עלבונות ואפילו חיזורים מיניים של הלקוחות. במצבים אלה – בניגוד לרוב משלחי היד של נשים שבהם אין להרשות זאת – באין הטרדה מינית אין משרה. עד אשר נשים לא ייאלצו עוד למכור את המראה החיצוני המושך שלהן, אין טעם שהחוק יאסור התנהגות מסוג זה בהקשרים אלה. ברור שבמצבים אלה ההיבט המיני של האישה ייחשב גם הוא לאחד הכישורים המקצועיים הנדרשים בתום לב BFOQ – כישורים המתחייבים מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה, שדרישתם אינה נחשבת לאפליה על פי חוק. אולם מצפים מעובדת להשלים עם הטרדה מינית בלי כל קשר לסיבות שבגללן מין הוא BFOQ, והדבר ממחיש את העובדה שאפשר להפריד בין הנתון הביולוגי לבין מיניות הקשורה לתפקיד העובדת. הטרדה מינית אינה מתקבלת עוד על הדעת כלפי מינקת כשם שאינה

5 Susan Brownmiller, 'Speaking Out on Prostitution', *ממסמך שהוגש לבית המחוקקים של מדינת ניו יורק*, בתוך Anne Koedt, Ellen Levine, Anita Rapone (eds.), *Radical Feminism* (New York: Quadrangle Books, 1973), p. 76. בדוגמה אחת של מקרה מסוג זה לא נמצאה הטרדה מינית. התובעת טענה שפוטרה מתפקידה כמלצרית בשל חזה השטוח ומשום שסירבה לרפד את שדיה כדי שיהיה אפשר לחשוף אותם חלקית. היא התלוננה לפני נציבות זכויות האדם של מדינת ניו יורק ואמרה שהדרישה לשדיים מעוצבים הייתה לא רלוונטית לתפקידה כמלצרית ושיקפה תפקידים ודרישות סטראוטיפיים מנשים להיראות כסמל מין. טענת האפליה שנכשלה דרשה מנשים לציית לסטנדרט של 'סקס אפיל'. *State Division on Human Rights v. Indian Valley Corporation*, No. CS 38 App. 21209-70 (State Human Rights Appeal Board), *הפסיקה אושרה*, Div. 2<sup>nd</sup> 890, 330 N.Y.S. 2<sup>nd</sup> 320 (1972)

במקומה כלפי שמרטפית. אם הממד המיני של ההתנהגות, והערות מילוליות בפרט, קשור כראוי לאופי התפקיד, קשה יהיה לטעון שהעובדת לא הסכימה לכך, אף שייתכן שהתנכלות קיצונית – בייחוד אם היא מלווה בשלילה מפורשת של הסכמה – תהיה בת תביעה.

הטרדה מינית היא תנאי עבודה כמשמעותו בפרק השביעי. היא הופכת את עבודת הנשים להרבה יותר קשה, בהערימה דרישות והסחות דעת מעיקות. היא מפריעה לביצוע עבודתה של האישה בשל הלחץ שמפעילים עליה לעמוד בתנאים מיניים ולהשלים עמם, או לחלופין להתפטר. גברים אינם נתונים לחץ מסוג זה בעבודה. נשים נאלצות להחליף תדיר מקומות עבודה מפאת הצורך להימלט מהטרדה מינית, ולכן אינן צוברות ותק וניסיון, והדבר פוגע באפשרויות ההעסקה שלהן. שירוש התנאים המפלים האלה מסביבת העבודה היא מחובתו של המעסיק. שום אישה איננה אמורה להתפטר מעבודתה כדי שתוכל לאכוף את זכותה לסביבת עבודה חופשייה מתנאים מפלים מבחינה מינית.

תנאי עבודה שונים לפי מינו של העובד הם תנאים המפלים מינית. אין להסכין עם סקסיזם כתנאי עבודה כשם שאין להסכין עם גזענות, ואין זה משנה אם הוא בצורתו הפיזית או המילולית. בעיות ההוכחה אינן קשות בהקשר המיני יותר מבהקשר הגזעני. הנציבות האמריקנית לשוויון הזדמנויות בעבודה [EEOC; להלן: הנציבות] מצאה לנכון לקבוע שאפליה גזעית בצורת הטרדה מתקיימת כשמכנים עובד בכינויים גזעניים כגון 'כושן'<sup>6</sup> או 'כושי סמבו'.<sup>7</sup> כינויי גנאי ותיוגים סקסיסטיים משפילים ומעליבים מקבילים צריכים להיחשב לאפליה מינית. טווח ההטרדה הגזעית התרחב כדי לחול גם על נוהג השימוש בתארים (מר, גברת, עלמה) בפנייה ללבנים בה בעת שהפנייה לשחורים היא בשם הפרטי.<sup>8</sup> נוהג דומה, שגם הוא מתבסס על אינטימיות ונחיתות מדומות, הוא הפנייה לנשים בשמן הפרטי כשאל גברים פונים באמצעות התואר שלהם. במקרה של אפליה על בסיס משולב של מין וגזע עם השלכות מרחיקות לכת מצאה הנציבות שיש אפליה גזעית בפנייה בכינוי 'ילדה' אל עובדות שחורות

[1973] EEOC Decisions (CCH) § 6321 (1971); [1973] EEOC Decisions 6  
(CCH) § 6346 (1972)  
[1973] EEOC Decisions (CCH) § 6145 (1970) 7  
[1973] EEOC Decisions (CCH) § 6160 (1970) 8



בגירות ואפליה מינית בפנייה המתמשכת בכינוי 'ילדה' לעובדות בגירות, לבנות כשחורות.<sup>9</sup> תנאי עבודה לא שוויוניים נתפסו בהקשר ההיסטורי כמעידים על נחיתות: 'לא נוכל להתעלם מהדפוס ההיסטורי של התייחסות אל העובדים בעבודה כגברים, ואל העובדות – כ"ילדות".<sup>10</sup> ביחס הלא שוויוני ההיסטורי טבוע מעמדה הנחות של האישה'.<sup>11</sup> לפחות אצל נשים לבנות הכינוי 'ילדה' מחוויר לעומת ההתקפות המילוליות על הנשיות המאפיינות מקרים של הטרדה מינית. הנציבות לא דיווחה על כל החלטה הנוגעת להטיה מינית בהטרדה המינית המילולית של עובדת. המקרה הקרוב ביותר לכך איננו כולל התייחסות מינית מפורשת, ונמצא שהמעביד התנכל בה במידה לעובדים שלו ממין זכר.<sup>12</sup> עם זה בעניין *Rogers v. EEOC* הציע השופט גולדברג פרשנות רגישה ורבת תוכנה לחלק הסעיף העוסק ב'תניות ההעסקה ותנאיה', שמאפשרת להחילו על הטרדה מינית מילולית ופיזית כאחת.

הביטוי 'תניות, תנאים או הטבות בתעסוקה' בסעיף 307 משקף תפיסה נרחבת המקיפה בהגנות שהיא מעניקה גם את הנוהג ליצור סביבת עבודה טעונה מאוד באפליה אתנית או גזעית. אינני

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| שם.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 9  |
| [1973] EEOC Decisions (CCH) § 6324 (1971)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 10 |
| [1973] EEOC Decisions (CCH) § 6100 (1970). באופן דומה, כאשר מטרידים לבנים באותה דרך שבה מטרידים שחורים, תהיה ההתנהגות דכאנית ככל שתהיה, היא לא תיחשב לאפליה על בסיס גזע. לייעוד עבודה נוספת ראו [1973] EEOC Decisions (CCH) § 6045 (1969)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 11 |
| 454 F.2d 234 (5 <sup>th</sup> Cir. 1971), cert. denied, 406 U.S. 957 (1972). בית המשפט רחה את בקשת התובעים להגביל את היקף החקירה של ה-EEOC בטענה שהנציבות חיפשה הוכחה לנוהג העסקה, פגיעה מילולית, שהפרק השביעי לא אסר. המתלוננת שהופלטה לטענתה 'בגין היותי אמריקנית ממוצא לטיני' טענה לפגיעה מילולית מצד שבע 'נשים לבנות' שעמן עבדה ולפיטוריה בעקבות החיכוכים. באפיינו את המניע למעשה אמר השופט גולדברג: 'בעבר אפליה בתעסוקה נתפסה בדרך כלל כסדרת אירועים בודדים ומוכחנים והתבטאה, למשל, בנוהלי המעביד בענייני העסקת עובדים, פיטורים וקידום. ברם כיום אפליה בתעסוקה היא תופעה הרבה יותר מורכבת וכוללת, כשהניואנסים והרמיזות בנהלים של אפליה בתעסוקה אינם מוגבלים עוד לנושאי פרנסה'. שם, עמ' 238. | 12 |

רוצה שיפרשו את דבריי כאילו משמעותם שכל התבטאות אתנית או גזענית של מעביד המעוררת תחושת עלבון אצל העובד נכללת בגדרי תחולתו של סעיף 307. אך בה במידה אינני מוכן לפסוק שאין נסיבות שבהן אווירה מפלה תיחשב לנוהל העסקה המנוגד לחוק. בנקל נוכל לשוות בנפשנו סביבות עבודה כה חדורות באפליה שהן רומסות לגמרי את יציבותם הנפשי והרגשית של עובדים בני מיעוטים, ואני חושב שסעיף 307 של הפרק השביעי נועד לשרש כל התנהלות מזיקה מסוג זה.<sup>13</sup>

המעביד נתפס תמיד בעיני הנציבות – לפי גישתה בתחומים אחרים של דיני האפליה – כגורם האחראי לפעול להסרת התנאים המפלים בעבודה, גם אם תנאים אלה אינם פרי מדיניות מכוונת. ההיגיון המנחה כאן הוא שהואיל ומעטים הם המעסיקים המיישמים בכוונה מדיניות מפלה, הדרך היחידה שבה מדיניות (למשל בעניין הטרדה מינית) יכולה לבוא לידי ביטוי היא באמצעות פעולות שבאוראי יתנערו מהן כשהפעולות הללו ייבחנו באופן סמכותי, אף שעד אז התעלמו מהן. במקרים של עלבונות גזעניים, בדיחות אתניות והערות מעליבות אחרות על עובדים בני מיעוטים (במקרה אחד נכתבו ההערות על קירות השירותים, לא המדרד המקובל למדיניותו של מעסיק),<sup>14</sup> החלטת הנציבות הייתה שהמעביד הפר את חובתו 'לשמור על אווירה חפה מאיומים ועלבונות על רקע גזעני ואתני'<sup>15</sup> 'שמאופיינת בשפה פוגענית על רקע גזעני'.<sup>16</sup> אמנם העובדים לא תמיד זוהו אישית, אך קיומם של נהגים אלה ביסס את אחריותו של המעביד כי היה בהם כדי להוכיח שהמעביד היה מודע למעשים ולא עשה דבר כדי להרתיע או להעניש עליהם.

שם	13
[1973] EEOC Decisions (CCH) § 6354 (1972)	14
[1973] EEOC Decisions (CCH) § 6376 (1972)	15
[1973] EEOC Decisions (CCH) § 6289 (1971)	16
הופנתה גם ללבונת, אבל העובדת השחורה כונתה 'תועמלנית למען זכויות אזרח' ו'עושה צרות' משום שהגישה תלונה ל-EEOC, ונאמר לה שהיא 'הפכה ללוחמנית' ועליה 'לברך על מזלה הטוב'.	

תקרית מילולית אחת בוודאי איננה מספיקה כדי להעיד על 'אווירה', אך הערה שהיא משפילה, כופה או מאיימת דייה או נסיבות המעידות על ידיעת החברה על כך ותמיכתה בכך עשויות להספיק. רבות מהן בלא ספק צריכות להספיק.

גם הטרדה מינית לא מורשית ושלא מצד הדרג הממונה עשויה להיכלל. באחרונה החליטה הנציבות שדי בשימוש בכינוי 'כושי' כחלק מבדיחה אתנית – שהשמיע מנהל מחוז בסיומה של תכנית הכשרה בתשלום 'במהלך שעות הפעילות הרגילות' – כדי לקבוע שמדובר באפליה גזעית.<sup>17</sup> הערות מיניות מילוליות עלולות להפר באותה מידה את הזכויות המוגנות. במקרה (שנדון לעיל [אינו מופיע כאן]) שבו המעביד הוריד בדרגה עובדת זמן קצר לאחר קידומה לתפקיד מנהלת עבודה – כי עובדים (גברים) הכפופים לה החלו להטריד אותה וסירבו לשתף עמה פעולה – פסקה הנציבות שהמעביד אחראי להתנהגות האישית הלא מורשית של העובדים הזוטרים. ייתכן שהנציבות תסבור שלמעביד יש סמכות רבה יותר בכל הנוגע לכיצוע העבודה מאשר בכל הנעשה כשהעובדים אינם עוסקים במישרין בתהליך הייצור, אולם הטרדה מינית היא חלק בלתי נפרד משגרת יומה של העובדת לא פחות מן המטלות עצמן, וזו האווירה במקום העבודה שעליה אמור לחול האיסור להפלות 'בתנאי העבודה' כפי שפורש. הנציבות קבעה שבתנאים אלה בעצם ההורדה בדרגה של העובדת היה המעביד שותף לאפליה במקום להתנגד לה: 'הפרק השביעי דורש ממעביד לקיים סביבת עבודה החפה מהפחדה על בסיס מין. דרישה זו מחייבת פעולה של ממש לתיקון או שלילה של הפחדת העובדים כאשר יש בכך צורך'.<sup>18</sup>

המעורבות המפורשת של מיניות כגורם איננה מסירה את האחריות הזו. במקרה אחר שבו עלתה סוגיית ההתנהגות המינית, שנדון בדלתיים סגורות בנציבות, ההנחה הייתה שהמעביד אחראי להתנהגות המינית של העובדים כאשר תגובתו השפיעה על הזדמנויות התעסוקה של נשים. הנציבות מצאה לנכון להניח שמעסיק היה אשם באפליה מינית כשהוא הגביל נהיגה משותפת של גברים ונשים באמצעות הגבלת הנשים נהגות המשאיות לנסיעות יחיד. מחאת הרעיות של נהגי המשאיות, שלא רצו שבעליהן יחלקו משימות נהיגה עם נשים, נמצאה

[1973] EEOC Decisions (CCH) § 6346 (1972) 17

[1973] EEOC Decisions (CCH) § 6290 (1971) 18

חסרת כל צידוק ענייני תקף. במקבילה מדהימה בדמיונה למקרה זה, במחקר נרחב על תפקידי המין בעבודה דווח שרעיות הגברים העובדים מביעות לעתים קרובות חשש מהפוטנציאל המיני בעבודה של בעליהן: 'כמה גברים ניצלו חשש זה והשתמשו בקנאת הרעיות כטיעון נגד העסקת נשים במשרות מסוימות, כגון במשרות הכוללות נסיעה עם גברים'.<sup>19</sup> במקום להשלים עם הרחקת הנשים ממשרות מסוימות על סמך טענה זו הציעה הנציבות: 'המשיב רשאי לקבוע סטנדרטים סבירים להתנהגות בשעת הנסיעה שיחולו בה במידה על גברים ועל נשים, ולנקוט צעדים ראויים כדי להבטיח שסטנדרטים אלה יישמרו'.<sup>20</sup> ההנחה שמעסיקים יכולים לקבוע סטנדרטים כאלה ערערה את צידוקי המעביד לנוהלי הנהיגה המשותפת: שהדרך היחידה להימנע מן הבעיה היא להפלות את הנהגות. במקרה זה לא נטען שהייתה פעילות מינית, אלא רק הובע חשש מפעילות כזאת, והחשש הובע על ידי גורם שלישי. גם כאשר התלונה היא של נשים שבעצמן נפלו קרבן להטרדה מינית, נראה שסטנדרטים כאלה ישימים לא פחות כדי להעריך מה המעסיק היה יכול לעשות כדי למנוע הטרדה מינית במקום העבודה.

## סיכום

הטרדה מינית היא לטענתי אפליה מינית לפי שתי גישות: בגישה אחת היא מגלמת תפקיד באי־שוויון של נשים; בגישה אחרת תפקידה בא לידי ביטוי בהבחנתן השרירותית של נשים. אחרי ההנגדה החדה שערכתי בין שתי הגישות התפיסתיות האלה, עליי להסביר כיצד ייתכן ששתי הטענות יכולות להיות נכונות בעת ובעונה אחת. גישה אחת צומחת מתוך בחינת המהות החברתית של אי־שוויון מגדרי. בניתוח כזה אי־אפשר להתייחס למיניות של הנשים והגברים כאילו הייתה אחת. הדבר מתקרב בצורה מסוכנת להודאה העלולה להיות קטלנית עבור הגישה האחרת – שבנוגע למיניות אי־אפשר להציב נשים וגברים 'במצב דומה', ולפיכך אי־אפשר להשוות ביניהם, ולכן לא תיתכן אפליה על רקע מין.

Rosabeth M. Kanter, *Men and Women of the Corporation* (New York: Basic Books, 1977) 19

[1973] EEOC Decisions (CCH) § 6315 (1971) 20

ככל שנשים וגברים אינם דומים מבחינה מינית, הסיבה לכך היא אי־שוויון חברתי עמוק. אין הכוונה להבדל ביולוגי או לבחירה אישית. יתרה מזו, ספק אם יש לדרוש מאנשים להימצא במצב דומה לפני שייקבע שאין שוויון בהתייחסות אליהם, שכן אי־שוויון שיטתי הוא הסיבה לכך שאנשים לרוב אינם נמצאים במצבים דומים. זאת ועוד, העובדה שהמיניות של הנשים והגברים איננה זהה במהותה, אין פירושה שאי־אפשר להשוות בין צורות ההתייחסות לכל קבוצה. מעולם לא סברו שפשוט משום שאנשים הם שחורים, מצבם שונה כל כך ממצב הלבנים עד שאי־אפשר להשוות ביניהם ולקבוע אם השחורים מקופחים יחסית. ובכל זאת רבים מכירים בכך שתוכן המשמעות החברתית של היות שחור שונה מאוד מזה של היות לבן, ולפיכך אי־אפשר להתייחס לצבע עור שחור ולצבע עור לבן כאילו אין הבדל ביניהם. כמו עם זכות היתר שמקורה בצבע העור, כך גם עם זכות היתר שמקורה במין. מיניות היא מאפיין של שני המגדרים. אפשר אפוא להשוות בין נשים לגברים בהתחשב במשתנה הבסיסי: מיניות בהקשר של תעסוקה. בני שני המינים עלולים לסבול מהטרדה מינית. כשהיחס אל מיניות הנשים שונה מהיחס אל מיניות הגברים, נשים וגברים באותו מצב יזכו ליחס אחר שהוא לרעת הנשים – וזוהי אפליה מינית.

הטיעון שהטרדה מינית מבוססת באופן שרירותי על מין הוא שמצב הגברים אינו שווה למצבן של נשים כששני הצדדים נתונים בנסיבות שוות. טיעון האי־שוויון הוא שבתנאים החברתיים כיום, אין גבר שיהיה אי פעם במצבן של נשים גם אם יימצא באותן נסיבות. השאלה המבחינה בין הגישות היא זאת: לו שני המינים הוטרדו מינית באותה מידה, האם היחס לכל אחד מהם היה שונה ולכן שוויוני, או שונה ולכן לא שוויוני? האם הגיוני להשוות בין הטרדה מינית של נשים להטרדה מינית של גברים? מבחינה לוגית, מבחינה ביולוגית ובהנחה שיש שוויון בני שני המינים, זה הגיוני – וזה מה שנדרש כדי לאפשר השוואה. אבל בחברה הנוכחית זה לא הגיוני – בגלל אותו אי־שוויון חברתי שדיני האפליה הקיימים נועדו לשרש.

לניתוח ההטרדה המינית שהוצג כאן יש השלכות חברתיות על ההבנה שעבודתה של אישה היא חלק בלתי נפרד ממעמדה החברתי. הטרדה מינית במקום העבודה פוגעת קשות בפוטנציאל של נשים לשוויון בעבודה כאמצעי לשוויון חברתי. מעבר לעניין הקיומי, תעסוקה מחוץ לבית עשויה להציע לנשים הבטחה כלשהי לפיתוח של מגוון יכולות שאינן יכולות לבוא לידי ביטוי בתפקידן כעקרות בית המנקות ומשרתות בביתן ומטפלות בילדיהן. באמצעות עבודה, ולו במשלח

היד הפשוט ביותר, אפשר לזכות בעצמאות ולהשתחרר מהמשפחה הגרעינית שבה האישה תלויה בגבר בצרכיה הקיומיים. שוק העבודה מבטיח גבולות בגלל הקשרים הלא אישיים שבו. אישה יכולה לעבוד אפילו כמשרתת האישית של גבר, אך תהיה לו זכות רק על שירותיה ולא עליה. גם אם העבודה זהה בטיבה לעבודה שהיא מבצעת בבית, היא מקבלת את התמורה באמצעי שהיא יכולה לשלוט בו.

הטרדה מינית פוגעת במארג שוק העבודה. כשאישה נתפסת כמשהו חריג ופרובוקטיבי במקום העבודה, המיניות שלה היא אחד מתנאי קיומה, ומימושה הוא חלק מהגדרת פעילותה היצרנית. תלותה הכספית של האישה בגבר – במקרה זה במעסיק ולא בבעלה – שוב מקובעת על בסיס מיני. מגדר ומיניות הופכים לבלתי נפרדים כשהדינמיקות בבית ובשוק העבודה מתמזגות. הטרדה מינית במקום העבודה פוגעת באוטונומיה של האישה מחוץ לבית באמצעות הפיכת תפקידה למיני בדיוק באותה דרך כמו במסגרת המשפחתית: כפייה מינית משולבת בהגדרת עבודתה במונחים של מטלות שנועדו לשרת את הגבר, המחוזקות באמצעות העובדה שלבדה אין ביכולתה לספק את צרכי קיומה החומרי.

הקשר הזה בין מיניות האישה להישרדותה החומרית מומחש היטב בתיאור המדהים של רוברטה ויקטור, יצאנית:

[הפעם הראשונה שלי] לא הייתה טראומטית כי ממילא הוכשרתי להיות יצאנית. למדתי את זה מהחברה הסובבת אותי, מעצם היותי אישה. אנחנו לומדות לשדל, למשוך, להחזיק בגבר ולגמול בחסדים מיניים [...] זו עסקה בשוק [...] הדבר הכי חשוב בחיים הוא מה גברים מרגישים כלפייך [...] זה לא כל כך שונה ממה שרוב הנשים האמריקניות עושות – גילום תפקיד עם חיוך גדול השפוף על הפנים [...] מה שעשיתי איננו שונה בהרבה ממה שמלמדים תשעים ותשעה אחוזים מן הנשים האמריקניות לעשות. אני לקחתי כסף שהונח מתחת למנורה במקום לקבל אותו בצורת Arpege [בושם – המתרגמת]. מה הייתי עושה עם 150 בקבוקי Arpege בשבוע?<sup>21</sup>

21 מצוטט אצל Studs Terkel, *Working* (New York: Avon, 1974), pp. 58, 59, 61

הטרדה מינית במקום העבודה מבטאת את האמת שבקשרים אלה. אמנם אנטומיה איננה חורצת גורלות כנתון ביולוגי, אך היא בהחלט יכולה להופיע כל כולה כעניין חברתי. נשים לומדות מגיל צעיר לחשוש מכך שגברים לא יימשכו אליהן, שכן אז לא יהיה להן עתיד; הן לומדות מגיל צעיר לחשוש גם מכך שגברים יימשכו אליהן, כי גם אז ייתכן שלא יהיה להן עתיד.

אמריקנים רגילים לחשוב שיש להם חופש בחירה, ולא שציוויים חברתיים קובעים את החלטותיהם. אישיות או אופי מוגדרים בעיקרם במונחי הניגוד הזה. ההנחה היא שאדם מגבש את אישיותו כשהוא גובר על גורמים חברתיים משפיעים, כוחות המגבילים את הבחירה האישית ועל כן את התפתחות העצמי האינדיווידואלי. לנשים אין בררות רבות מלבד להפוך ל'נשים' במובן זה שעליהן להפוך לאנשים שאחר כך יצטרכו לבחור באופן חופשי למלא תפקידי נשים. עובדה חשובה לא פחות, ומקדמת שינוי, היא שהן נאבקות במצב זה. משהוחלט לתת הזדמנויות כלכליות שוות לשני המינים, תפקיד החוק שלא לנסות להרוס את המבנים האלה, אלא לתמוך בנשים הרוצות להתנגד להפיכת האי-ביטחון הכלכלי שלהן לעניין מיני.

הטרדה מינית נותחה לאורכה ולרוחבה ככפייה של שני גורמי אי-שוויון בו בזמן, המיני והכלכלי, בדגש משתנה על אחד מן השניים. כיום אפשר לתאר בדיוק רב יותר את קשרי הגומלין שבין השעבוד המיני של נשים לבין צורות אחרות של כוח חברתי העומד לרשות הגברים. כוח כלכלי בהטרדה מינית כמוהו ככוח פיזי באונס. בחינה של נושא האונס שבוצעה באחרונה בניסיון לרדת לשורש הבעיה מספקת מקבילה מאלפת לתפקיד הכפייה הכלכלית בהטרדה מינית.

אונס הוגדר באחרונה כפשע של אלימות ולא של מין. הטרדה מינית תהיה לפי הגדרה זו ניצול לרעה של הייררכיה כלכלית (או מוסדית), ולא של מיניות. לפי ניתוח זה, אונס הוא פעולה של אלימות, תקיפה לכל דבר, ולא ביטוי של מיניות חברתית ממוסדת. הראשונה שנתנה פירוש זה, סוזן גריפין (Susan Griffin), הגדירה אונס כ'מעשה תוקפני שבו מונעים מהקרבן את זכותה לגבש את רצונה שלה. זהו מעשה של אלימות'.<sup>22</sup> סוזן בראונמילר (Susan Brownmiller) יישמה

Suzan Griffin, 'Rape: The All-American Crime,' in: Mary Vetterling- 22  
Braggin, Frederick A. Elliston, and Jane English (eds.), *Feminism and  
Philosophy* (Totowa, New Jersey: Littlefield, Adams & Co., 1977), p. 331

ופיתחה את הניתוח הזה. בספרה *Against Our Will* היא בוחנת את האונס לנוכח תנאים של כפייה, כשכפייה מוגדרת שלא במונחי מין. אונס נבחן באופן שיטתי בהקשר של מהומות, מלחמות, פוגרומים ומהפכות; נבחנים גם מעשי אונס מצד המשטרה, אונס ילדים על ידי הורים, אונס בכלא ואונס כביטוי לגזענות.<sup>23</sup> גם לדעתן של לורן קלארק (Lorenne Clark) ודברה לואיס (Debra Lewis), הפגיעה הנגרמת באונס היא בעצם שלילת האוטונומיה הפיזית מן הקרבן. בפירוש שלהן לנקודת ההשקפה של קרבן האונס, 'העובדה שהתקיפה כוונה כלפי אברי המין שלה איננה רלוונטית, לפחות לא באותו רגע'.<sup>24</sup> קרולין שייפר (Carolyn Shafer) ומרילין פריי (Marilyn Frye) טוענות ששורש הרע באונס הוא 'הזילות האולטימטיבית' [...] שימוש בכוח לאלץ את האחר להסכים'.<sup>25</sup> סוזן פיטרסון (Susan Peterson) טוענת ש'אונס הוא בראש ובראשונה פשע אלים המכוון כלפי הגוף, והוא פשע מיני רק באופן משני (אף כי חשוב)'.<sup>26</sup>

פירושים אלה נועדו לתקוע טריז בין מיניות לכוח. אונס הוא שימוש לרעה בכוח פיזי, ולא ביטוי למיניות הזכרית. הכוח המאפשר את האונס ואת הפגיעה, מקורו בגורם אחר – נשק, עוצמה, גזע, גיל, המדינה. הכוח נתפס כגורם שצורף בלא הצדקה ובצורה לא הולמת למיניות, ובשום מובן אינו נתפס כחלק ממנה. אונס הוא ביטוי לכוח פיזי שבמקרה בא לידי ביטוי במין, ולא ביטוי למיניות זכרית המופעלת בכוח רב קצת יותר מהרגיל. כוח הוא בסופו של דבר עוצמה פיזית,<sup>27</sup> ולא חשוב כיצד הוא מתווך באמצעות מוסדות חברתיים, וסקס הוא משהו (כלשהו) אחר. שליטה יכולה להתבטא במין, אך היא לא נובעת ממנו. בייחוד בעיני בראונמילר, אף שאונס נתפס כתופעה נפוצה, הוא נחשב חריג. אין לבחון

Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women and Rape* (New York: Bantam Books, Inc., 1976) 23

Lorenne M. G. Clark and Debra J. Lewis, *Rape: The Price of Coercive Sexuality* (Toronto, Canada: The Women's Press, 1977), p. 167 24

Carolyn M. Shafer and Marilyn Frye, 'Rape and Respect,' in Vetterling-Braggin, *לעיל הערה 22*, עמ' 340. 25

Susan Rae Peterson, 'Coercion and Rape: The State as a Male Protection Racket,' in Vetterling-Braggin, *לעיל הערה 22*, עמ' 364. 26

הדבר ניכר בייחוד אצל Brownmiller, *לעיל הערה 23*: ראו למשל עמ' 283 ו-436. 27



אותו בנסיבות חיים מקובלות, בחיי היום-יום, במערכות יחסים רגילות. ההבחנה הקיצונית בין אונס ליחסי מין – אונס הוא אלימות, יחסי מין הם מיניות – היא בה בעת הנחת היסוד הבסיסית ביותר והנחת היסוד הכי פחות נחקרת בגישה זו.<sup>28</sup> לא קשה להבין מהו המניע להפרדה זו. מכשול מרכזי בפני איסור יעיל של אונס הוא שאונס נתפס כביטוי טבעי לתשוקה הזכרית המינית כלפי גוף האישה. לעתים קרובות נאשמים באונס מזוכים ותלונות נשים נמצאות לא מבוססות, משום שהמקרה נתפס לפי השקפה זו, כאירוע לא חריג מספיק. מקרים רבים שבעיני נשים הם אונס, נתפסים בפועל במערכת המשפטית כ'נורמליים'.<sup>29</sup> כפי שניסח זאת נאשם באונס, הוא לא השתמש 'בכוח רב מן הרגיל אצל גברים במשחק המקדים'.<sup>30</sup> העברת האונס מהתחום ה'מיני' לתחום 'האלימות' מאפשרת להתנגד לו בלי להעלות כל שאלה בנוגע למידת ה'כוח' שהוגדרה במוסדות ההטרסקסואליות כחלק נורמלי מן 'המשחק המקדים'.

28 עמדה זו מניחה שההגדרה המקובלת למונח 'הסכמה' היא בעלת משמעות. קל במיוחד להמחיש את הדברים בכתיבתה של בראונמילר. אף פעם לא נשאלת השאלה אם בתנאי העליונות הזכרית יש בכלל משמעות לרעיון ההסכמה אצל נשים. לכל היותר יש התייחסות, לדברי בראונמילר, לגורמי 'סמכות' המנטרלים את יכולת האישה שלא להסכים (כמו ב'אונס בדייט', לעיל הערה 23, עמ' 284). לא בוחנים את ההסכמה כדי לברר אם היא פיקציה מבנית הבאה לתת תוקף לכפייה האמיתית המובנית בהגדרות החברה הרגילות של מין הטרסקסואלי. מאחר שאונס הוא בסופו של דבר מין לא רצוי – נוכחות הכוח הפיזי שם מוכיחה זאת – האם לא בזה מתמצה כל העניין? בלעדי זאת הפיצול שמניחים כי קיים בין אונס לסקס רגיל תומך באותה מערכת של החוק הקיים והאידיאולוגיה, שספר זה [שחלקים ממנו תורגמו כאן] מבקש לקרוא עליה תיגר. אם הסכמה בדרך כלל איננה ניתנת אלא נלקחת, אין טעם להגדיר אונס כעניין אחר ממין רגיל. לעשות כן פירושו לגרום לנשים להיכשל בביסוס האשמות על אונס, כשאינן הן יכולות להוכיח שהמצב נראה שונה מרוב הקשרים הטרסקסואליים. עמדתה של בראונמילר בסוגיה מכריעה זו יכולה גם להסביר את קבלת *Against Our Will*. היא מאפשרת לקרוא להזדעזע כראוי מן האונס – בזה הספר תורם תרומה חשובה – בלי שישאל אי פעם אם הוא עצמו אינו שותף לזה. אונס מוגדר במונחים הרחוקים מרחק רב מההתנסות היום-יומית של הקוראים. הקורא אינו צריך להתעמת עם השאלה אם יש לנשים בכלל הזדמנות, במובנה הצר ובמובן הרגיל, לשאול את עצמן אם הן מעוניינות או אינן מעוניינות במין.

29 הדיון בנקודה זו ברור בעיקר אצל Clark and Lewis, לעיל הערה 24, עמ' 144, 150.

30 Clark and Lewis, לעיל הערה 24, עמ' 94.

הספרות הזו והמערכת שהיא מבקרת יוצאות מנקודת מוצא משותפת: שתיהן מנסות (בשני המקרים מבלי לומר זאת במפורש) להבחין בין הטרדה מינית לבין מיניות האמורה להיות בריאה, נצחית וטבעית, בין הטרדה מינית לבין מה שאמור להיות נורמלי ושיש להתירו, כדי להצדיק ענישה של מעשים אחרים כשימוש לרעה במיניות. אך האם מיניות רגילה בתנאים של אי־שוויון מגדרי בהכרח נחשבת לבריאה? מה אם האי־שוויון מובנה לתוך התפיסה החברתית של המיניות הזכרית והנשית, של גבריות ונשיות, של סקסיות ומשיכה בין המינים? מקרים של הטרדה מינית מרמזים על כך שעצם התשוקה המינית של הגבר יכולה להתעורר לנוכח הפגיעות של האישה. נראה שהרבה ממה שהופך נשים כנועות לנחשקות כל כך מבחינה מינית הוא היותן חסרות ישע כל כך. גברים חשים שהם יכולים לנצל את המצב, לכן הם רוצים לעשות זאת, ולכן הם עושים זאת. בחינת הנושא של ההטרדה המינית, דווקא משום שנראה שזהו עניין שכיח כל כך, מאלצת אותנו להתמודד עם העובדה שיחסי מין מתקיימים בדרך כלל בין צדדים שאינם שווים מבחינה כלכלית (ופיזית). בהקשר זה דרישת החוק הגלויה לעין שפגיעה במיניות האישה תחרוג מגדר הרגיל כדי שיהיה אפשר להעניש בגינה, פוגעת ביכולתן של נשים להגדיר את התנאים הרגילים להסכמה שלהן. אם כוח מתגבש מחוץ לזירה המינית, אין לאונס – המוגדר כשימוש לרעה בכוח זה – ולא כלום עם מצב הנשים, עם מגדר או עם סקסיות. כך גם ההטרדה המינית, לפי פירוש זה, הגם ששני המעשים יכולים להיחשב פסולים בשל הצירוף (האקראי) הלא הולם בין כוח הלקוח מזירה אחת ליתרון הלקוח מזירה אחרת. אבל אם מבינים את המיניות בהגדרתה החברתית – דפוס היוזמה וההסכמה שבשתיקה שלה – כמביעה אי־שוויון מיני, יש אמת בקביעה שאונס הוא 'נורמלי', אך במובן הפוך מזה שהתכוונו אליו בתיקים שכך נקבע בהם. הבעיה היא שהדמיון בין אונס ליחסי מין נורמליים אינו מביא לידי גינוי של יחסי מין הטרסקסואליים נורמליים, אלא הוא הסיבה לכך שיש להתיר את המעשה. אבל אם אונס אכן דומה מאוד ליחסי מין נורמליים, אין להתפלא שקשה כל כך להרשיע באונס. אם רוב הגברים עושים כל הזמן דברים דומים, על סמך מה יש לשלוח את האדם המסוים הזה לכלא? כך גם בנוגע להטרדה מינית: אם מין שנכפה על אישה שמצבה אינו מאפשר לה לסרב רק מביע את המצב הרגיל בשפה ציורית מהרגיל, על סמך מה נקבע שהדבר אינו חוקי?

בנקודה זו יש לדיני האפליה תרומה ייחודית. דיני האפליה המינית יכולים להציב את הפגיעה המינית בנשים בקדמת הבמה של החברה שבמסגרתה היא מתרחשת. ההקשר החברתי הזה הגדיר כנורמלי מצב שמאפשר להכפיף בעקיבות את הנשים לגברים בהיבט המיני ובהיבטים אחרים. הטרדה מינית במקום העבודה מקשרת את העבודה שרוב הנשים מבצעות – שבה חלק גדול מתפקידן הוא להימצא שם למען הגברים – עם תבנית יחסי המין – שגם שם מוטל עליהן להימצא שם למען הגברים – ועם המעמד הכלכלי הנחות שיש לנשים כמגדר בכל רחבי החברה. לא הטבע קבע את מעמד האישה בעבודה וביחסי המין, אלא ההבניה החברתית; מעמד ציבורי ומבני, ולא פרטי ואישי; מעמד מובחן ומשועבד, ולא מעמד שווה. דיני האפליה נועדו לתקן סוגים כאלה של שונות. אם הטרדה מינית מבטאת את המציאות השכיחה של היחסים הנורמליים בין המינים, ואם יחסים אלה מבטאים חוסר שוויון בכוח החברתי, הרי שאין להתיר את הנהגים רק בגלל התחושות והנהגים הנחשפים. נהגים אלה תומכים באפליה והם הראיות לאפליה. פגיעה שלא תיתפס כפלילית משום שהיא אינה חריגה צריכה להיתפס בהקשר זה כמפלה, בדיוק משום כך.

אין לנתק ואין להפריד בין בחינת המיניות לבחינת המגדר. מה שהפירושים המקובלים כיום לאונס אינם מצליחים לתפוס (ונראה שהם עושים כל מאמץ להימנע מכך ככל שהם מתקרבים לעניין) הוא הטיעון המביא להגדרת הטרדה מינית כאפליה מינית באופן הברור ביותר: פשע מיני הוא פשע של שימוש בכוח. הטרדה מינית (ואונס) נוגעת כל כולה למיניות.<sup>31</sup> מגדר הוא תחום של כוח,

31 המקבילות הפסיכודינמיות בין קרבנות של גילוי עריות, של הטרדה מינית ושל אונס מצביעות על כך שיש להתייחס לפגיעה אינטימית בנשים בידי גברים כאל מערכת אחת של אירועים, בייחוד כששיתוף הפעולה של הנשים בפגיעה המינית בהן עצמן נכפה באמצעות צורות אחרות של כוח חברתי שגברים משתמשים בהן. 'כמי שנאלצו תכופות לשלם בשירותי מין תמורת הגנה וטיפול', מסכם מחקר אחד על גילוי עריות, 'נשים נמצאות בעמדה המאפשרת להן להבין את ההשפעות המזיקות של עירוב מין במערכת יחסים המתאפיינת באי-שוויון כוחות משווע'. Judith Herman and Lisa Hirschman, 'Father-Daughter Incest,' *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 2 no. 4 (Summer 1977), pp. 735-756. בגילוי עריות, כמו בהטרדה מינית, ברוב המקרים של המקרים הגבר הוא מבצע העברה והאישה היא הקרבן, שם, עמ' 736. מידת הכפייה בהתנהגות משתנה, מ'הבעת חיבה דרך פיתוי

ומיניות היא אחת הזירות שבהן הוא בא לידי ביטוי. אחת הרעות בהטרדה מינית (ובאונס) היא העובדה שהיא הופכת את שעבוד הנשים לארטי.<sup>32</sup> היא מייצגת ומעמיקה את חוסר הישע של נשים כמגדר, כנשים.<sup>33</sup> אם נפריד בין מיניות למגדר, זה יהיה חוק העומד בפני עצמו ומנוגד ליתר הדינים.

ועד מיניות גלויה, שם, עמ' 742. בשניהם יש שימוש בסודיות כדי לכפות תחושה של שותפות לדבר עברה וליצור תחושת אשמה לנוכח המחשבה על חשיפת המעשה. מכוח ואונס ילוו תכופות סירוב לשתף פעולה. המאפיינים קבועים ככל המעמדות. הקרבנות נוטים "להתנתק" מכל ההתרחשות או להעמיד פנים שכלום לא קורה (שם, עמ' 474), ולהזדהות עם התוקף. אנשי מקצוע מכחישים את קיומה של התופעה ומאשימים את הקרבן בהתנהגות מפתה. העברייין, הרופא, הפסיכותרפיסט והשופט – כולם כאחד מתכחשים לכך שהוסב נזק ממשי לקרבן. לנוכח קווי הדמיון המדהימים האלה, יש להעיר דבר מה גם על ההבדלים. גילוי עריות קורה לעתים קרובות בהקשר של מערכת יחסים אכפתית; ההיבט המיני הוא הנכפה. לא ברור אם מין היה נחוה כאן כהבעת אהבה לולא היו רואים בו מעשה פסול. באונס, לעומת זאת, לא היה כל פסול במין אלמלא נעשה בכפייה. להטרדה מינית במקום העבודה אפשר להתייחס כאל סוג של מפגש בין השניים. המין עצמו אינו אסור במפורש כמו במקרים האחרים; לעתים תכופות יש מערכת יחסים אכפתית, לפחות סוג של מחויבות; אבל המין אינו מתקבל בברכה, והוא לעתים קרובות נכפה אף שההסכמה לעתים קרובות היא שנכפית, כמו בגילוי עריות. ועוד כמו בגילוי עריות, הטרדה מינית עשויה לתת לאישה למשך זמן מה תחושה של הכרה בערכה או הכרה בה כאדם, שאחרת חסרה במערכת היחסים, אף כשהיא חשה מנוצלת ומושפלת.

אפשר לפרש חיבורים של כותבים אחרים כנוטים בכיוון זה. ראו Diana E. H. Russell, *The Politics of Rape* (New York: Stein & Day, 1975); Andrea Medea and Kathleen Thompson, *Against Rape* (New York: Farrar, Straus & Giroux, 1974) מה 'What's Wrong with Rape,' in Vetterling-Braggin, לעיל הערה 22, עמ' 347-359.

שייפר ופריי חושפות יותר ממה שהן מודעות לו (או ממה שהתכוונו לו) כשהן מציינות ש'אונס הוא פעולה של גבר, בין שהוא גבר זכר ובין שהוא גבר נקבה, ובין שהוא גבר לצמיתות יחסית או לזמן מה באופן יחסי; ולהיות נאנסת זו התנסות של אישה, בין שהיא אישה נקבה ובין שהיא אישה זכרית, ובין שהיא אישה לצמיתות יחסית או לזמן מה באופן יחסי...' לעיל הערה 25, עמ' 334. זה הוויכוח בעניין המגדר החברתי בצורתו הטהורה. בהתחשב בדרכים שבהן הגדירו תפקידי המין את המיניות וחילקו את השליטה בעולם החומרי, אפשר לטעון שהטרדה מינית – על פי ההשקפה של האי-שוויון – היא פעולה של המגדר הזכרי, בין שנעשתה על ידי זכר בין שעל ידי נקבה ביולוגיים. אפשר לטעון שלהיות נתון לשעבוד מיני הוא התנסותה של אישה, בין שהקרבן הוא אישה ובין שהוא גבר.

הכללת המיניות בניתוח המגדרי היא משימה ההולמת להפליא את דיני האפליה המינית. שתי הגישות לאפליה מינית יכולות להקיף יחדיו את המשמעות החברתית של מיניות האישה בלי למסד אותה כסמל נחיתות האישה. יחד הן מבטיחות שוויון שמתחיל להבין נשיות כשונה וגם כאנושית לחלוטין. תרומתה הייחודית של דוקטרינת ההבדלים לסינתזה המוצעת היא זאת: משום שתאורטית אפשר להפוך את היוצרות בין המינים, הפיכה לקרבן מיני אינה מזוהה (אפילו באיסור שלה) אך ורק עם נשים כקבוצה ביולוגית. תורת האי-שוויון, מהיותה מבקרת ביקורת מהותית, מבטיחה שדוקטרינת האפליה המינית לא תיפגם בגלל הסתבכות בהפשטה של עקרונות ניטרליים. רק דוקטרינת ההבדלים יכולה להרשות מצב שבו מיניות האישה נחשבת לייחודית לנשים, ומיניות הגבר – לייחודית לגברים. פירוש הדבר לקבל את המשמעות החברתית הנוכחית של המגדר כבלתי נמנעת, או כנקודת המוצא החוקית הנכונה. כבר זמן רב גברים מתנשאים על נשים, בשעה שהם בסך הכול שונים מנשים בה במידה שנשים שונות מגברים. דוקטרינת ההבדלים מניחה שישנה סימטריה של כוח בין שני המינים, כשהנשים משועברות וגם אחרות. נשים רוצות להיות שוות ושונות גם כן.

## איזו מין הטרדה:

האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?

אורית קמיר

הצגת הנושא. חלק ראשון: הטרדה מינית במשפט האמריקני.  
1. הולדת ההטרדה המינית כתופעה חברתית וכקטגוריה משפטית בארצות־הברית; (א) ההקשר המשפטי: Title VII; (ב) הבסיס התיאורטי: פמיניזם רדיקלי; 2. הטרדה מינית בפסיקה האמריקנית; חלק שני: ביקורת הטיפול בהטרדה המינית במשפט האמריקני.  
1. קשיים הנובעים מהגדרות שונות של מושג השוויון; 2. הבעייתיות בהבחנה בין *quid pro quo* לבין *hostile environment*; 3. הבעייתיות בשימוש במבחן "היצור הסביר" לקביעת חומרתה של הטרדה מינית; 4. תפירת ההטרדה המינית על־פי מידות התופעה בעולם העבודה; 5. חקיקה שיפוטית לעומת חקיקה ראשית; 6. סיכום ביניים; חלק שלישי: הטרדה מינית במשפט הישראלי. 3. סיכום ומסקנות: הצעה לחקיקה ראשית כללית, המגדירה הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם ובחירותו; 4. החוק החדש למניעת הטרדה מינית.

גרסה זו היא גרסה מקוצרת של המאמר 'איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?', מאת אורית קמיר. המאמר פורסם במלואו בכתב העת **משפטים** כט (תשנ"ח-1998): 317-388. במאמר שלפניכם הושמטו הערות השוליים, למעט הפניות לחקיקה ולפסיקה. הקוראים מוזמנים לפנות אל המאמר המקורי.

**הערת העורכת:** במאמר זה הציעה המחברת את הקונספציה שאומצה בסופו של יום עם חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. טיוטת המאמר, אשר הועברה עוד בטרם פרסומו לוועדה לקידום מעמד האישה ולבית המשפט העליון, היוותה את הבסיס לחוק.

## הצגת הנושא

התייחסויות מיניות לא רצויות, שהטרידו את מושאיהן והסבו להם ולהן נזקים כבדים, אירעו, מן הסתם, בכל מקום ובכל זמן, כמתועד בספרות. יוסף בן רחל ויעקב הוטרד כל כך מתביעותיה המיניות של אשת מעבירו פוטיפר, עד שנמלט מפניה כשרק עורו לגופו. התנכלותה של המטרידה המתוסכלת עלתה ליוסף בפיטורין, במחבוש וכמעט גם בחייו. שושנה אשת יהויקים הוטרה מינית על-ידי שני זקנים תאוותניים, אשר פלשו לפרטיותה והציגו לה דרישות מיניות מלוות באיומים. סירובה להיענות לתביעותיהם המיניות הוליד אישום שווא נקמני בניאוף, ורק התערבותו של האל, באמצעות דניאל שליחו, הצילה את שושנה ממוות. דפנה, בת הנהר פנאוס, סבלה כל כך מתביעותיו המיניות של האל האולימפי אפולו, עד אשר בצר לה העדיפה להפוך לעץ, ובלבד שלא להוסיף ולשאת את ההטרדה המינית. אולם, רק בעשורים האחרונים של המאה ה-20 קובצו התרחשויות מגוונות כאלה תחת כותרת אחת, הועלו לדיון ציבורי, והפכו בכך לתופעה חברתית מתוחמת ובעלת שם: 'הטרדה מינית'. חוויות שבעבר נתפסו על ידי חוויהן כפרטיות, ייחודיות וחד-פעמיות היו לביטוייו של דפוס התנהגות חברתי מוכר, מוגדר ומתויג כשליילי. מעתה ניתן לסווג, לאפיין, לחקור ולהתווכח על מה שבעבר אולי היה "קיים", אך בהעדר שם מעניק משמעות לא ניתן היה לראותו כתופעה חברתית בעלת קיום מעבר לביטוייה הקונקרטיים המגוונים.

מאז התמסדות הביטוי *sexual harassment* – 'הטרדה מינית' – בשנות ה-70 בארצות-הברית, מקובל בעולם לשייך לקטגוריה זו בעיקר התנהגויות המתרחשות במקומות עבודה, הנתפסות, בעיקר על-ידי נשים עובדות, כפוגעות בשוויון ההזדמנויות שלהן בשוק העבודה. התנהגויות אלה מסווגות, לרוב, לשני סוגים: *'quid pro quo'* ('זה תמורת זה') ו-*'hostile environment'* ('סביבה עוינת'). התנהגויות של מעסיקים וממונים, המתנות את הזדמנויותיהן המקצועיות של נשים עובדות בהיענות מצדן לדרישות מיניות המוצגות להן, הן הטרדות מסוג *'quid pro quo'*. הטרדות מסוג 'סביבה עוינת' כוללות התנהגויות המבזות נשים ומשפילות אותן כנשים במידה הפוגעת משמעותית בתפקודיהן המקצועיים או בהנאותיהן מעיסוקיהן המקצועיים. כתיבה אקדמית בתחומי משפט, סוציולוגיה, פסיכולוגיה וניהול, ספרות פמיניסטית, פסקי-דין של טריבונלים שיפוטיים ותקנות

של גופים אדמיניסטרטיביים – כולם התגייסו למשימה של הגדרת ההטרדה המינית, אפיונה והתחקות אחר מניעה, מרכיביה ותוצאותיה. בשל עושרה הרב של הספרות המשפטית (האמריקנית) העוסקת בהטרדה מינית, חשוב להגדיר בפתח הדברים מהו ההיבט הספציפי של התופעה אליו אתייחס ברשימה זו ומה בכוונתי לחדש בה. מטרתי היא לבחון באורח ביקורתי את אופן טיפולו של המשפט האמריקני בהטרדה המינית, ולהפיק לקחים שיהוו בסיס לפיתוח קונספציה משפטית חדשה בתחום זה. התפיסה החדשה נועדה לפתור קשיים שהם אינהרנטיים לדוקטרינה האמריקנית, כמו גם להגדיר את ההטרדה המינית ואת דרכי ההתמודדות עמה באופן שיהלום את מאפייני המשפט הישראלי. הטענה שאפתח במהלך הרשימה היא כי מאפייניה המקובלים של ההטרדה המינית נושאים את חותם ההקשר התרבותי-המשפטי האמריקני שבתוכו צמחה. קישור התופעה בעיקר עם מקום העבודה, הצגתה כפגיעה בזכותן של נשים לשוויון הזדמנויות, חלוקתה לשני הסוגים 'quid pro quo' ו'סביבה עוינת', הגדרת מידת עוינותה של 'הסביבה העוינת' באמצעות המבחן השיפוטי של 'האדם הסביר' – כולם תוצרים ספציפיים של התפתחות ההטרדה המינית במסגרת הפסיקה וההגות המשפטית האמריקניות. מקצת המאפיינים הללו הם בעייתיים גם בהקשר האמריקני. יתרה מזאת: גם אותם מאפיינים שמתאימים אולי להקשר האמריקני, אינם בהכרח הולמים תפיסות מצויות, אפשריות ורצויות של הטרדה מינית בחברות אחרות ובשיטות משפט אחרות. אני סבורה כי בהקשר הישראלי (א) נכון יותר להגדיר הטרדה מינית בראש ובראשונה כפגיעה בכבוד האדם ובחירותו, ורק לאחר מכן כפגיעה בשוויון; (ב) אין צורך להגדיר הטרדה מינית כקשורה במקום העבודה דווקא; (ג) אין צורך לדבוק בהבחנה בין הטרדה מסוג 'quid pro quo' והטרדה מסוג 'סביבה עוינת'; (ד) אין צורך במבחן 'האדם הסביר' לשם קביעת 'סביבה עוינת'. זאת ועוד: בהקשר הישראלי ראוי שנושא ההטרדה המינית יהיה מוסדר בחקיקה ראשית מפורשת, ואין להמתין לפיתוח שיפוטי של התחום, כפי שקורה במשפט האמריקני. חקיקה זו צריכה לקבוע נורמות שיקבלו ביטוי במשפט האזרחי, במשפט הפלילי ובדיני העבודה. לשם כך יש להגדיר את הערכים החברתיים הרלוונטיים באופן שיטתי ומקיף, ולא לשיעורין, כפי שהדבר מתרחש בארצות-הברית. החוק החדש למניעת הטרדה מינית עונה על כל אלה.



בחלקה הראשון של הרשימה אסקור את אופן התפתחותה של ההטרדה המינית כתופעה חברתית בתרבות ובמשפט האמריקניים. בחלקה השני אצביע על קשיים טבועים בטיפול בהטרדה המינית בשיטת המשפט האמריקנית. בחלקה השלישי של הרשימה אבחן את התפתחות הטיפול בהטרדה המינית במשפט הישראלי. במסגרת זו אתייחס להבדל בין המציאות התרבותית-משפטית האמריקנית לבין זו הישראלית בהקשר זה, ואצביע על ההבדלים המתחייבים מהבדל זה בהתייחסות להטרדה המינית במשפט הישראלי (חלק זה של המאמר הושמט מן הקובץ שלפנינו (הערת העורכת)). אסיים בהצעה קונספטואלית כיצד ראוי להגדיר את ההטרדה המינית בשיטת המשפט הישראלית, ובהצגת החוק החדש שנוסח ברוח הקונספציה הזו, החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166 (להלן – 'החוק למניעת הטרדה מינית', או 'החוק'). והצגת פרטיו של החוק החדש הושמטה מן הקובץ שלפנינו, ובמקומה מופנים הקוראות והקוראים לתיאור החוק כפי שהוצג על ידי אורית קמיר בפרק מספרה **כבוד אדם וחווה**, המופיע בעמ' 150-173 בקובץ שלפנינו (הערת העורכת). בהתאם למסגרת זו, אין בכוונתי להציע סקירה פנורמית של הספרות אודות הטרדה מינית, ולא להקיף את מכלול הנושאים הנדונים בספרות ביחס לתופעה זו. עם זאת, כיוון שאינני מניחה הכרות קודמת של קוראי עם ספרות זו, אציג ואפרש, אם גם על קצה המזלג, כל התפתחות, עמדה וטענה שאליהם אתייחס. קוראות וקוראים הבקיאים בנושא ההטרדה המינית, מתבקשים להתאזר בסבלנות (בעיקר בחלקה הראשון של הרשימה) ולדלג על הסברים בנקודות בסיסיות.

## חלק ראשון: הטרדה מינית במשפט האמריקני

### 1. הולדת ההטרדה המינית כתופעה חברתית וכטגוריה משפטית בארצות-הברית

שורשי הגדרתה של ההטרדה המינית כתופעה חברתית רצינית, המחייבת דיון והתייחסות, נעוצים בפריחתה של התנועה הפמיניסטית בארצות-הברית בעשורים השישי והשביעי של המאה ה-20. בפגישות תמיכה והעלאת מודעות שוחחו נשים אמריקניות בשנות השישים ובראשית שנות השבעים אודות אירועים בחייהן

שגרמו להן עגמת נפש והצרו את צעדיהן בשבילי החברה. בדיוני 'grass roots' אלה התלבנה התוכנה כי נשים רבות מוטרדות מהתייחסויות מיניות שאינן רצויות להן, וכי הטרדות אלה מקשות עליהן לממש את יכולותיהן, להגשים את עצמן ולהשתלב באופן מלא בחברה. במחצית שנות ה-70 קיבל שיח פמיניסטי זה שני ביטויים מקבילים, שלימים הפירו זה את זה הדדית. החל משנת 1974 הגיעו לבתי-המשפט הפדרליים האמריקניים תביעות שהגדירו אירועים בחייהן המקצועיים של נשים כהטרדות מיניות. אף כי התביעות הראשונות נדחו כולן, בתי-המשפט החלו נחשפים לטענות של נשים כי הטרדות אלה עולות להן בנזקים נפשיים וכלכליים, וכי הן פוגעות בזכותן לשוויון במקום העבודה. במקביל החלה פרופ' מקינון במחקר אקדמי שיטתי של התופעה. מחקרה, *The Sexual Harassment of Working Women*, שבחיבורו החלה במחצית שנות ה-70, יצא לאור בשנת 1979, והציע ניתוח קוהרנטי של התופעה החברתית ושל היבטיה המשפטיים. הספר ניתח וביקר את הפסיקה בתביעות שהוגשו בגין הטרדות מיניות בשנים 1974-1976, ובמקביל – העניק את הבסיס התיאורטי לתביעות נוספות רבות שהוגשו מאז פרסומו ואילך.

לשם הבהרת הגיונה הפנימי של ההתפתחות שהוצגה עד כאן, אתמקד וארחיב בשני פרטים מרכזיים: ההקשר המשפטי שבתוכו התפתחה עילת התביעה בגין הטרדה מינית, והבסיס התיאורטי ביסוד ניתוחה של פרופ' מקינון את תופעת ההטרדה המינית.

#### (א) ההקשר המשפטי: Title VII

ההקשר המשפטי שבתוכו התפתחה עילת התביעה בגין הטרדה מינית הוא חקיקה פדרלית משנת 1964 בנושא שוויון הזדמנויות בעבודה (Civil Rights Act, 1964, Title VII; להלן: "סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות"). סעיף 703, הוא הסעיף המרכזי בסימן 7, קובע (בסעיף קטן (a)(1)) כדלהלן:

Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, Title VII, 78 Stat. 253-268, 1  
codified at 42 U.S.C. §2000e et seq.

It shall be an unlawful employment practice for an employer to fail or refuse to hire or to discharge any individual or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.<sup>2</sup>

סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות עניינו שוויון הזדמנויות בשוק העבודה, ומטרתו היתה בראש ובראשונה להילחם בתופעה של הפליית עובדים שחורים (אי קבלתם לעבודה, אי קידום, וקיפוחם בתנאי עבודה לעומת עובדים לבנים). מלכתחילה לא נועד סימן 7 לקבוע את זכותן של נשים לשוויון הזדמנויות בעבודה. למעשה, הקטגוריה 'sex' הוכנסה אל החוק על-ידי מתנגדיו השמרניים, שביקשו להבהיר בדרך זו עד כמה מגוחכת ונלעגת החקיקה, ולטרפדה; אולם הכוחות הליברליים העדיפו להבטיח את זכויות (הגברים) השחורים גם אם הדבר כרוך בהענקת זכויות לנשים (לבנות ושחורות כאחת), והתוספת שנועדה להכשיל את החקיקה כולה הפכה למקור זכותן המשפטית של נשים לשוויון הזדמנויות בעבודה.

אחד ההישגים החשובים ביותר, מבחינה מעשית, של סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות, הוא הקמתו של גוף פדרלי, סטטוטורי, המופקד על יישום הוראות החוק, ושמו Equal Employment Opportunity Commission, המוכר בשם EEOC. בתיקון משנת 1972<sup>3</sup> (אשר הרחיב את תחולת סימן 7 גם על המדינה ורשויותיה), הוענקו ל-EEOC סמכויות רחבות היקף, אשר אפשרו לו לקבוע מדיניות ולאכפה הלכה למעשה.<sup>4</sup> ה-EEOC מוסמך לקבל תלונות של עובדים הסובלים מהפליה במקום העבודה, ליזום חקירות עצמאיות, לבחון את השמירה על עיקרון השוויון במקומות עבודה, להורות למעסיקים לנקוט צעדים לתיקון מצבים הטעונים שיפור, ולתבוע בבתי-משפט פדרליים מעסיקים סרבניים,

42 U.S.C. §2000e-2(a)(1) 2

Equal Employment Opportunity Act of 1972, Pub. L. No. 92-261, 86 3  
Stat. 103 (1972)

42 U.S.C. §2000e-5(a)-(b) ראו EEOC 4

המסרבים להיענות להנחיות. ה- EEOC מונחה, בחוק, לנסות לקדם את השוויון במקומות העבודה בראש ובראשונה על-ידי בוררות בלתי פורמלית, אולם במקרי הצורך הוא מוסמך לנקוט גם צעדים חריפים וכופים (באמצעות בתי-המשפט). ה- EEOC ממלא תפקיד נכבד ביישום הוראות סימן 7, ומשנות ה-80 גם במניעת הטרדה מינית במקומות העבודה.

יצוין, כי המחוקק הפדרלי דואג לעדכן, לתמוך ולחזק את הוראותיו של סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות. כך, בתיקון משנת 1991<sup>5</sup> נקבעה זכותם של תובעים (ונתבעים) על-פי סימן זה למשפט מושבעים.<sup>6</sup> עוד קבע התיקון כי תובעים על-פי סימן זה, אשר הוכיחו זדון או רשלנות פושעת של מעסיק, זכאים לפיצויים עונשיים מוגדלים עד לשיעור מרבי הקבוע בחוק.<sup>7</sup>

קיומו של סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות משנת 1964, האוסר הפליה על בסיס מין במקום העבודה, יכול להסביר מדוע כאשר החלו נשים אמריקניות בשנות השבעים להגדיר את תופעת ההטרדה המינית, היה זה הגיוני ונכון עבורן לנתב את ההתמודדות עם תופעת ההטרדה המינית לתוך הטריטוריה של הפליה אסורה במקום העבודה. סימן 7 אסר על הפליה מינית במקום העבודה. הגדרת תופעת ההטרדה המינית כהפליה במקום העבודה היתה הדרך לאפשר הבאתה של ההטרדה המינית בגדר עולם המשפט ולהילחם בה כתופעה אסורה על-פי חוק. ואכן, כל התביעות המשפטיות שהוגשו לבתי-המשפט הפדרליים בשנות ה-70 התייחסו להטרדות מיניות שהתרחשו במקומות עבודה, וכולן טענו כי ההטרדות מהוות הפליה אסורה של נשים על-פי סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות.

Civil Rights Act of 1991, Pub. L. 102-166 [S. 1745] (1991) 5

שם, §102(c). 6

שם, §102(b). תקרות הפיצויים הקבועות בחוק מותאמות לגודלו של המעסיק: 7

לגבי מעסיק של עד 101 עובדים התקרה היא \$50,000; לגבי מעסיק של עד 201

עובדים \$100,000; לגבי מעסיק של עד 501 עובדים \$200,000, ולגבי מעסיק

גדול יותר \$300,000. עד לתיקון זה היו תובעים על-פי סימן 7 זכאים רק לצווים,

לרבות צווי השבה לעבודה, תשלום הפסד השתכרות וסעדים נוספים מן היושר,

כפי שנקבע בשנת 1972 ב-42 U.S.C. §2000e-5(g), בתיקון שהוכנס ב-

Employment Opportunity Act of 1972, Pub. L. No. 92-261, 86 Stat.

103 (1972), Sc.4 (a)

(ב) הבסיס התיאורטי: פמיניזם רדיקלי

שיטתה הפילוסופית של מקינון היא פמיניסטית-רדיקלית. במסגרת שיטה זו, הנסמכת על המתודולוגיה המרקסיסטית ועל גישות ביקורתיות בנות זמננו, לא ניתן לקבל כנתונים את מושגי היסוד של השיח החברתי, שכן מושגים אלה, אף שהם מתחזים כ'ניטרליים' ו'נטולי ערכים', ספוגים הם למעשה באידיאולוגיה שאותה הם משרתים. צורת חשיבה זו גורסת כי כל מערכת מושגים חברתית משקפת את האינטרסים של המעמדות השליטים, ומנציחה אותם על-ידי הצגתם כ'טבעיים' – ולכן כ'נכונים' וכבלתי נמנעים. משימתה של החוקרת הביקורתית היא, לכן, לחשוף את האינטרסים שמערכת מושגים נתונה משרתת, להסביר באילו אופנים משרתות המוסכמות המקובלות את המעמדות השליטים, ולהציע מושגים אלטרנטיביים, שיבטאו את נקודת מבטם של המעמדות המדוכאים, שיתנו להם קול ושיקדמו את האינטרסים שלהם.

אחד המושגים אותם חוקרת מקינון בכתביה הוא מושג השוויון. היא מראה כיצד מושג השוויון האריסטוטלי, הוא מושג השוויון המשמש את החברה המערבית ואת שיטות המשפט שלה עד עצם היום הזה, מזהה את המושגים 'שוויון' ו'הפליה' עם צמד מושגים נוסף: 'דומות' ו'שונות'. יחס שוויוני מוגדר במסגרת מושג השוויון האריסטוטלי כהתייחסות דומה ל'דומים', ויחס מפלה הוא התייחסות שונה ל'דומים'. התייחסות שונה ל'שונים' איננה בבחינת הפליה, במסגרת חשיבה זו, שכן שוויון אינו מחייב התייחסות דומה לשונים אלא לדומים בלבד.

נוסחה אריסטוטלית זו מתחזה כ'ניטרלית', 'אובייקטיבית' ו'נטולת ערכים', ולכן איננו רגילים לבדוק בציציותיה ולבחון מהם האינטרסים החברתיים אותם היא משרתת. אולם, ההקשר התרבותי שופך אור חדש על תפיסת השוויון האריסטוטלית. בעולם פטריארכלי, שנבנה על-ידי גברים מתוך חוויות חייהם ומשקף אך ורק את תפיסותיהם הן ביחס לעצמם והן כלפי זולתם, הגבר הוא נקודת המוצא המובנת מאליה, ואילו האשה היא בראש ובראשונה ה'אחר', ה'שונה', כמו גם אובייקט מיני לתשוקה הגברית. זיהויה התרבותי של האשה כ'שונה' (מן הגבר) הוא כה עמוק, עד שמבלי משים אנו חושבים על מושגים שהם 'שונים' מן הדימוי העצמי הגברי – כ'נשיים'. כך, למשל, גברים תופסים את עצמם כ'רציונליים', ולכן 'רגשנות בלתי רציונלית' נתפסת כ'נשית', כלומר:

כ'שונה' (מן הגברי, שהוא נקודת ההתייחסות הבלתי מפורשת). זיהויה התרבותי של האשה כאובייקט לתשוקה מינית (גברית), עמוק לא פחות, וזאת בשונה מתפיסת הגבר כסובייקט אנושי רב־ממדי.

מקינן טוענת כי במסגרת הקשר תרבותי זה, הפועל עלינו במשנה עצמה דווקא משום שהוא סמוי מעינינו, נוסחת השוויון האריסטוטלית כלל אינה מאפשרת את המושג 'שוויון נשים'. שכן, אם שוויון הוא 'יחס דומה לדומים', ו'דומים' הם רק מי שדומים לגברים, ונשים הן 'שונות' מגברים, הרי שהשוויון אינו יכול להתייחס לנשים כלל. יתרה מזאת: הצירוף 'שוויון נשים' הוא אוקסימורון (כמו 'שתיקה זועקת') שכן משמעו בעצם 'יחס דומה לשונים', צירוף חסר כל משמעות בעולם השוויון האריסטוטלי.

משחשפה מקינן את האידיאולוגיה הפטריארכלית שביסוד מושג השוויון האריסטוטלי, היא פונה לפתח משמעות חדשה למושג השוויון. נקודת המוצא שלה היא כי המציאות החברתית הקיימת איננה שוויונית, שכן קבוצת הנשים (שהיא 'מעמד' במובן המרקסיסטי) משועבדת לקבוצת הגברים (שהיא, כמובן, המעמד השליט). שעבוד זה משמעו הפליה, והפליה זו היא השורש ומקור השונות (החברתית, לא הביולוגית) בין גברים לנשים. השונות, אם כן, לטענתה של מקינן, אינה נקודת המוצא ה'טבעית' ממנה נגזרת נחיתותן ההכרחית של נשים, אלא היא תוצר ותולדה של דיכוי והפליה. לא 'רגשיותן הבלתי רציונלית' של נשים או היותן 'יצורים מיניים' היא שהולידה את מעמדן הנחות בחברה, אלא מעמדן המשועבד של נשים לגברים הוליד את תיוגן על־ידי המעמד המשועבד כ'רגשיות ובלתי רציונליות', כלומר: 'שונות' מגברים (כפי שהם מגדירים את עצמם) וכ'אובייקטים מיניים'. מכאן יוצא, ש'הפליה נשים' היא שימורם וחזוקם של הסטריאוטיפים הפטריארכליים הכובלים נשים כ'שונות' וכ'אובייקטים מיניים'. קידום שוויון של נשים משמעו יצירת מבנה חברתי אלטרנטיבי למבנה הפטריארכלי הקיים. בעולם שוויוני חדש ייקבעו השפה, מושגי היסוד והדפוסים החברתיים מתוך התחשבות אמיתית בנשים ובגברים, כפי שחברי כל אחת מן הקבוצות מגדירים את עצמם, ולא כפי שהם מוגדרים על־ידי זולתם במסגרת משטר מדכא.

במסגרת תיאוריה זו לא יקשה לראות כי התופעה החברתית של הטרדה מינית מהווה דפוס התנהגות המשרת את המעמד השליט (קבוצת הגברים), על־ידי דיכוי המעמד הנשלט (קבוצת הנשים), וזאת על־ידי הנצחת מעמדן

של נשים כ'שונות' וכ'אובייקטים מיניים' בעולם פטריארכלי. הטרדה מינית כופה על הנשים המוטרדות – ובאמצעותן על קבוצת הנשים כולה – דימוי של אובייקטים מיניים, המוגדרים ביחס לצורכיהם והשקפת עולמם של גברים. כך, מונעת ההטרדה המינית מנשים להגדיר ולתפוס את עצמן באופן חופשי ועצמאי כיצורים אנושיים משוחררים מסטריאוטיפים, מדעות קדומות, ומההשוואה הפטריארכלית המתמדת לגברים. כך היא מהווה הפליה של נשים, ומונעת מהן את השוויון – שהוא אפשרי רק במסגרת חברה לא פטריארכלית.

מחקרה של מקינון, שהתמקד בעיקר בהטרדות מיניות של נשים עובדות, חשף כי ההטרדה המינית אינה עשויה מעור אחד, אלא מכילה סוגים שונים של הטרדות. לשיטתה, כל סוגי ההטרדה אומנם מפלים את הנשים העובדות על-ידי הנצחת הערכים הפטריארכליים, אך התנהגויות שונות משרתות מטרה זו באופנים שונים. כך, למשל, במקומות עבודה המעסיקים נשים במקצועות המוגדרים באופן מסורתי כ'נשיים' (תופרות, כובסות, טלפניות), נוטים גברים, המועסקים בדרך כלל בתפקידי ניהול ופיקוח, לזהות את מקצועותיהן ה'נשיים' של הנשים העובדות עם 'מקומן הטבעי' של נשים במסגרת הסדר הפטריארכלי. לפיכך, הם, כגברים, רואים עצמם זכאים ליהנות גם משירותיהן המיניות של הנשים העובדות תחתיהם, שכן גם שירותים אלה שייכים ל'מקומן הטבעי' של נשים במבנה חברתי פטריארכלי. במקומות עבודה כאלה, גברים בתפקידי ניהול ופיקוח מטרידים את הנשים העובדות תחת מרותם על-ידי נגיעות פיסיות כמו גם על-ידי דרישות לשיתוף פעולה מיני, כלומר: על-ידי התניית מקום העבודה של האשה בשיתוף פעולה מיני מצדה (מקינון כינתה סוג זה של הטרדה 'quid pro quo'). בכך מבטאים גברים אלה, ומנציחים, את הערכים הפטריארכליים לפיהם נשים הן אובייקטים מיניים לשימושם של גברים. הם מעוניינים בהמשך הימצאותן של הנשים במקום העבודה, ובלבד שתשמשה שם כ'נשים', כלומר – בתפקידי 'נשיים' וגם כאובייקטים מיניים לצרכים גבריים.

במקומות עבודה שבהם מועסקות נשים בתפקידי 'גבריים' (ולכן יוקרתיים יותר, למשל הטסת מטוסים), גברים העובדים לצדן מרגישים לעתים קרובות כי עבודת הנשים מאיימת על הסדר החברתי הפטריארכלי (ומתוך כך גם עליהם עצמם), והם מנסים להשיב סדר זה על כנו ולחזקו באמצעות דחיקת רגלי הנשים העובדות והרחקתן מתפקידיהן ה'גבריים'. מטרה זו מושגת פעמים רבות על-ידי

הטרדת הנשים באמצעות הערות והתנהגויות סקסיסטיות משפילות, המתייחסות אל הנשים המוטרדות עצמן או אל ציבור הנשים ככלל. הערות אלה מערערות את תחושת המקצועיות של הנשים העובדות, חותרות תחת ביטחונן העצמי, ממאייסות עליהן את ההימצאות במקום העבודה, פוגעות במוטיבציה שלהן ואף מברייחות אותן מן הסביבה העוינת. מקינן כיתה הטרדה מינית מסוג זה 'hostile environment'.

ביחס לשני סוגי ההטרדה יש להוסיף כי הנשים העובדות, אשר גדלו ועוצבו, כמו הגברים, במסגרת התרבות הפטריארכלית, חשות מבעד להטרדות המיניות את הערכים הפטריארכליים ואת הסטריאוטיפים המפלים הגלומים בחובם, ומגיבות אליהם רגשית. משום כך, נשים שאינן מקבלות את הסטריאוטיפים הפטריארכליים ומנסות להשתחרר מאחיזתם, חוות הטרדות מיניות כמשפילות, כניסיונות להצר את צעדיהן ולכפות עליהן מערכת ערכים שאינה רצויה להן. אך מעבר לכך, נשים 'פמיניסטיות' ו'בלתי פמיניסטיות' כאחת נוטות להיות רגישות מאוד לכל התייחסות ל'מיניותן'. שלא כמו גברים, נשים מחונכות על-ידי התרבות הפטריארכלית לשמור על מיניותן מפני כל נגיעה, והן לומדות לחוש בושה, אזלת-יד, איום ופגיעות כאשר אדם זר מתייחס אל מיניותן שלא לרצונן. התייחסויות מיניות בוטות מהוות, לכן, עבור מרבית הנשים פגיעה בנקודה רגישה, דבר המגביר את עצמת התגובה הרגשית, ומקשה עליהן להתמודד ולהדוף את היחס הבלתי רצוי להן.

בכל אירוע של הטרדה מינית מחוץ הדפוס הפטריארכלי הרחב, המפלה ומשעבד את כלל הנשים. לכן, הטרדה מינית של אשה מסוימת אינה רק פגיעה בשוויונה, אלא אף חיזוק ההפליה של כל קבוצת הנשים. מקינן מסבירה כי הטרדה מינית של אשה דומה לכינוי של שחור אמריקני בשם גנאי גזעני. הכינוי 'כושי טיפש' כופה על פלוני לחשוב על עצמו כעל 'כושי טיפש', על כל מטען המשמעויות הגזעניות, ההיררכיות, המפלגות והמשתקות שזהות כזו טומנת בחובה במציאות החברתית האמריקנית. במקביל, הטרדה מינית מחייבת את פלונית לתפוס את עצמה כ'נקבה' במובן הפטריארכלי של 'אובייקט מיני עבור גברים'. כינוי גזעני המוטח באיש שחור אינו פוגע רק באדם השחור המסוים שבו הוטח, אלא מנציח מצב חברתי גזעני, המזהה את קבוצת השחורים עם דימויים משפילים ונחותים. דימויים אלה מסייעים לקבוצה השליטה, הלכנה, להמשיך



ולדכא את קבוצת השחורים באמצעות הגזענות. במקביל, כמובן, הטרדה מינית של אשה אחת פוגעת בכלל קבוצת הנשים.

האנלוגיה לכינויי גנאי גזעניים יכולה להבהיר גם את עמדתה של מקינון, שבמבט ראשון מעוררת תמיהה, לפיה כל הטרדה מינית, גם אם היא מבוצעת על ידי אשה או שהיא מופנית כלפי גבר, מהווה הפליה של קבוצת הנשים. כאשר מעסיק שחור מכנה עובד לבן 'לבן טיפש' הוא פוגע באדם לבן מסוים, ופוגע בו במידה מועטה, שכן בחברה האמריקנית לא קיימים סטריאוטיפים המזהים את הגזע הלבן עם תפיסות גזעניות, ובוודאי שלא עם טיפשות. אולם, כינוי גזעני זה מבטא ומנציח את עצם הנורמות הגזעניות, שבמסגרתן ניתן לסווג ולהעליב אדם על-פי השתייכותו הגזעית. במציאות האמריקנית, נורמות גזעניות אלה פוגעות בראש ובראשונה בקהילה השחורה, ולכן גם כשהפגיעה הקונקרטית היא של אדם שחור באדם לבן יש בכך הפליה של המיעוט השחור, שכן מחוזק דפוס חברתי המונע שוויון מקבוצה זו. באופן מקביל, גם הטרדה מינית של גבר על-ידי אשה או על-ידי גבר מנציחה מצב חברתי שבו אנשים מדוכאים על-ידי התייחסות אליהם כאל אובייקטים מיניים, ומכיוון שבחברתנו הפטריארכלית נורמה חברתית זו מפלה, ככלל, נשים לעומת גברים, הרי שגם כאשר הנפגע הקונקרטי הוא גבר, ההפליה החברתית הרחבה היא של נשים.

ברוח כתביהם של ההוגים הצרפתיים בני המאה ה-18, שעיצבו את האני מאמין' האמריקני, שוויון וחירות הם ערכיה המוצהרים, המרכזיים והבסיסיים ביותר של החברה האמריקנית. מלחמת העצמאות ומלחמת האזרחים האמריקניות קידשו שתיהן ערכים אלה; הכרזת העצמאות האמריקנית פותחת בהכרזה החגיגית כי 'All men are created equal'; והחוקה אמריקנית קובעת שוויון זה כערך מרכזי. אף מקינון עצמה היא תוצר של החברה, התרבות והאתוס האמריקניים, ואין תמה, לכן, כי ההטרדה המינית היא בעיניה בראש ובראשונה פגיעה בערך השוויון. בשנים בהן ערכה מקינון את מחקרה אודות ההטרדה המינית היה סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות עובדה קיימת, וכמשפטנית אין תמה שהוראת חוק האוסרת הפליה על בסיס מין במקום העבודה נראתה לה הולמת את תופעת ההטרדה המינית הפוגעת בשוויון של נשים. בהקשר דברים זה מתברר מדוע היא בחרה להתמקד בהטרדה מינית של נשים עובדות, ומדוע היא מגדירה הטרדה זו כהפליה אסורה על בסיס מין במסגרת הוראות סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות.

## 2. הטרדה מינית בפסיקה האמריקנית

גם הנשים שהגישו תביעות בבת־משפט בגין הטרדה מינית טענו כי ההטרדה הפלתה אותן על בסיס מין, והן הגישו את תביעותיהן במסגרת סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות. התביעות הראשונות שהוגשו לבת־המשפט נדחו כולן, ובת־המשפט קבעו החלטות כי הטרדה מינית, חמורה ככל שתהיה, אינה הפליה על בסיס מין.<sup>8</sup> השופטים הפדרליים בערכאות הראשונות קבעו כי כל הטרדה מינית היא אירוע פרטי, אישי, מבודד ויחיד במינו, שאינו חלק מתופעה חברתית רחבה, אלא הוא אירוע של משיכה מינית בין שני פרטים קונקרטיים ותו לא. משיכה מינית, הוסיפו השופטים וקבעו, היא תופעה טבעית, נורמלית ובלתי נמנעת, ובמקרים בהם היא מקבלת ביטויים שאינם נעימים לאחד הצדדים ניתן להצטער על כך, ואולי אף לגנות התנהגות לא מתחשבת ולא תרבותית של המטריד, אך בוודאי שלא ניתן לראות בכך ביטוי להפליה על בסיס מין. הטרדה של אשה פלונית איננה הטרדתה כאשה ואינה מתבצעת לשם הפלייתה כאשה, אלא היא רק הטרדתה של פלונית בשל מכלול מאפייניה האישיים; החוק, קבעו השופטים, אינו יכול ואף אינו צריך להגן על כל פרט מפני אנשים הנמשכים אליו, אף אם הם נותנים למשיכתם ביטוי שאינו נעים למושא המשיכה.

השופטים הפדרליים שדחו את התביעות בגין הטרדה מינית לא קיבלו את שיטתה של מקינון, לא כולה ולא מקצתה. יתרה מזאת: הם אף לא הקפידו לבחון אם הטרדה מינית במקום העבודה יכולה להיחשב כהפליה על בסיס מין במסגרת מושגי השוויון האריסטוטליים. הם הניחו כי הפליה היא תופעה חברתית השייכת לתחום הציבורי, המשרתת כוונה מודעת להפלות אנשים מסוג מסוים לעומת אנשים מסוג אחר. לעומת זאת, בכל אירוע של הטרדה מינית ראו השופטים התרחשות חד־פעמית השייכת לתחום הפרטי, האישי, אשר אינה משרתת מטרה מודעת של המטריד להפלות אנשים על בסיס קבוצתי. כיוון שכך, אף אירוע של

8 פסקי־הדין הראשונים הם: *Barnes v. Train* 13 FEP Cases 123 (D.D.C. 1974); *Corne v. Bausch & Lomb* 390 F. Supp. 161 (D. Ariz. 1975); *Tomkins v. PSE & G* 422 F. Supp. 553 (D.N.J. 1976); *Miller v. Bank of America* 418 F. Supp. 233 (N.D. Cal. 1976)

הטרדה מינית לא נראה להם כיכול לענות על מאפיינייה הבסיסיים ביותר של פגיעה אסורה בשוויון.

פסק־הדין בעניין *Saxbe*<sup>9</sup> משנת 1976 היה הראשון שקבע כי הטרדה מינית של עובדת מהווה הפליה אסורה על בסיס מין במסגרת סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות. עובדות המקרה היו כי העובדת – התובעת – נדרשה לקיים יחסי מין עם הממונה עליה, ומשסירבה להיענות לדרישה – פוטרה. פסק־הדין קבע כי אלמלא היתה התובעת אשה לא היתה מוטרת, ולכן מינה הוא שהוליד יחס שונה כלפיה לעומת עובדים אחרים. הטרדת התובעת היא, לכן, הפלייתה על בסיס מין. ובלשונו של השופט Richey:

The conduct of the plaintiff's supervisor created an artificial barrier to employment which was placed before one gender and not before the other, despite the fact that both genders were similarly situated.<sup>10</sup>

מכיוון שהממונה המטריד הטריד גם עובדות אחרות נוסף על התובעת, השאיר בית־המשפט בצריך עיון את השאלה האם היתה ההטרדה מהווה הפליה לו הוטרה רק התובעת לברה.

כשנה לאחר שנקבעה הלכה *Saxbe* נסגר מעגל, כאשר השופט Robinson (מן ה־3<sup>rd</sup> Circuit) קיבל את ערעורה של הגברת *Barnes*, והפך את פסק־הדין הראשון שניתן בארצות־הברית שלוש שנים קודם לכן בסוגיית ההטרדה המינית.<sup>11</sup> בערכאה הראשונה, בשנת 1974, נדחתה תביעתה של *Barnes* מכל וכל, ואילו פסק־הדין בערעור קיבל את כל טענותיה. השופט רובינסון נקט קו דומה לזה של הלכת *Saxbe*, וקבע כי לשם ביסוס טענה כי הטרדתה המינית של עובדת היא הפליה אסורה על בסיס מין, אין צורך להוכיח כי כל אשה היתה מוטרת אילו מילאה את תפקידה של התובעת, ודי להוכיח כי רק נשים (ולא גברים) הוטרו או

*Williams v. Saxbe* 413 F. Supp. 654 (D.C.Cir. 1976) 9  
שם, בעמ' 657-658. 10  
*Barnes v. Costle* 561 F.2d 983 (D.C.Cir 1977) 11

היו מוטרדות במקומה (במלים אחרות: רק אילו הטריד הממונה נשים וגברים כאחד היתה נשמטת טענת ההפליה על בסיס מין). השופט רובינסון קבע גם כי בנסיבות המקרה, בהן היה המעסיק מודע להטרדה, חלה עליו אחריות מלאה להתנהגות הממונה מטעמו. כדי להתגונן מפני אחריות בגין הטרדה מינית, קבע רובינסון, על המעביד לקבוע מדיניות האוסרת הטרדה מינית ולהציגה ברבים; עליו לכונן מנגנון יעיל לטיפול בתלונות על הטרדות מיניות, ועליו לטפל ביעילות בתלונה שהוגשה על-ידי עובדת, תוך הקפדה על עילום שמה.

בעקבות פסיקות אלה נהפכה עמדתם הקודמת של בתי-המשפט בארצות-הברית, ובשנות ה-70 המאוחרות הכירו יותר ויותר בתי-משפט בהטרדה מינית במקום העבודה כהפליה אסורה על בסיס מין. ההטרדות המיניות הראשונות שהוכרו כפוגעות בשוויון היו מסוג 'quid pro quo', כלומר: מקרים בהם נדרשו התובעות להעניק לממונים עליהן טובות הנאה מיניות, ומשסירבו לעשות כן – פוטרו. הטרדות מסוג 'hostile environment' – כלומר: הטרדות המתבטאות בהתייחסויות סקסיסטיות מעליבות ומשפילות, הממררות את חיי העובדות ופוגעות בתנאי עבודתן – הוכרו רק בשלב מאוחר יותר. כמו השופטים בפסקי-הדין *Saxbe* ו-*Barnes*, כך גם השופטים הפדרליים האחרים בחנו את תביעות ההטרדה המינית במסגרת תפיסת השוויון האריסטוטלית, ומתוך גישה זו קבעו כי הטרדה מינית של עובדת היא הפליה על בסיס מין, שכן לו עבד גבר במקומה לא היה מוטרד. עובד ועובדת הוגדרו בפסיקה כ'דומים' לצורך תנאי העבודה, ולכן נקבע כי הטרדה מינית של האשה מכוננת יחס 'שונה' כלפי 'דומים' ומהווה הפליה על בסיס מין. בשנת 1980 פרסם ה-*EEOC* הנחיות,<sup>12</sup> בהן נקבע כי שלושה טיפוסים התנהגות מינית במקום העבודה מהווים הטרדה מינית, שהיא הפליה אסורה על-פי סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות: התנהגות מינית שאינה מתקבלת בברכה ('unwelcome'), בקשות לטובות הנאה מיניות והתנהגויות פיסיות או מילוליות אחרות שהן מיניות במהותן. התנהגויות אלה יהיו הטרדה מינית אם: (א) היענות להן מהווה תנאי להעסקה (גלוי או סמוי); או אם (ב) היענות או אי-היענות להן מהווה בסיס לקבלת החלטות תעסוקתיות

EEOC Guidelines on Sexual Harassment, 45 Fed. Reg. 74, 674-677, to be codified at 29 C.F.R. §1604.11 (a)-(f) 12

הקשורות בעובד; או אם (ג) הן נועדו לגרום או גרמו בפועל להתערבות בלתי סבירה בתפקודו המקצועי של עובד או ליצירת אווירת עבודה מאיימת, עוינת או מעליבה.<sup>13</sup> ההנחיות קובעות כי בכל מקרה נתון יכריע ה- EEOC לגבי כל התנהגות נדונה לאור מכלול הנסיבות במקום העבודה.<sup>14</sup> באשר לאחריות המעביד, ההנחיות קובעות כי בהתאם לעקרונות הכלליים של סימן 7, המעביד אחראי אחריות מלאה להטרדה מינית שביצעו הוא עצמו, ממונה מטעמו או שליח שלו, וזאת אף אם המעביד לא ידע אודות ההתנהגות האמורה ואף אם אסר עליה במפורש.<sup>15</sup> מעביד אחראי להטרדה מינית של עובד כלשהו (שאיננו ממונה או שליח בנסיבות העניין) אם ידע או צריך היה לדעת, הוא או אדם אחר מטעמו, אודות ההתנהגות. מעביד יכול להשתחרר מאחריות כזו אם נקט צעדים מידיים והולמים לתיקון המצב.<sup>16</sup> עוד קובעות התקנות כי מניעה היא הכלי היעיל ביותר לחיסול תופעת ההטרדה המינית. אשר על כן, מעבידים צריכים לנקוט צעדים אופרטיביים להגברת המודעות לתופעה, להביע עמדה שלילית החלטית כלפיה, לקבוע סנקציות הולמות, לפתח מנגנונים להגברת רגישות לנושא, ולידע את עובדיהם בדבר זכותם להתלונן אודות הטרדות מיניות.<sup>17</sup>

הנחיות ה- EEOC ביחס להטרדה מינית במקום העבודה אינן בעלות תוקף של חוק מחייב. עם זאת, בתי-משפט רבים אימצו את ההנחיות, חלקים מהן או פרשנויות מרחיבות או מצמצמות שלהן, ובכך הפכו אותן דה-פקטו למקור הנורמות המחייבות בתחום זה. בשנת 1982, שנתיים לאחר פרסום ההנחיות, השתמש בהן בית-המשפט הפדרלי של ה-11<sup>th</sup> Circuit בעניין *Henson*<sup>18</sup> כבסיס למבנה התיאורטי שיצר לשם התייחסות שיפוטית לתביעה בגין הטרדה מינית

§1604.11(a)	13
§1604.11(b)	14
§1604.11(c)	15
§1604.11(d). סעיף קטן (e) קובע אחריות מעביד דומה ביחס להטרדה מינית שבוצעה בעובדו על-ידי צד ג'.	16
§1604.11(f). סעיף קטן (g) קובע כי מתן טובות הנאה לעובד על בסיס מיני מהווה הפליה של העובדים האחרים.	17
<i>Henson v. City of Dundee</i> 682 F.2d 897 (11 <sup>th</sup> Cir., 1982)	18

מסוג סביבה עוינת. מקובל לומר שמאותה שעה היו ההנחיות לבסיס ההסדר החוקי בנושא ההטרדה המינית, מסוג סביבה עוינת בפרט. בשנת 1986 נאות לראשונה בית-המשפט העליון של ארצות-הברית לשמוע רעור על פסק-דין בסוגיית ההטרדה המינית, ובאמצעות פסק-הדין שכתב בעניין זה קבע את עמדתו המחייבת בסוגייה. בית-המשפט פסק כי גם הטרדה מינית מסוג hostile environment מהווה הפליה אסורה על-פי סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות.

בפסק-הדין בעניין *Meritor*<sup>19</sup> משנת 1986 דן בית-המשפט העליון בתביעתה של עובדת אשר במשך ארבע שנים הניחה לממונה עליה לקיים עמה יחסי מין עשורים פעמים, מתוך חשש שאם תסרב לו תאבד את משרתה. העובדת לא הגישה תלונה למעסיק כנגד הממונה. לבסוף יצאה לחופשה ממושכת, וכשהתמהמהה לשוב ממנה – פוטרה. בפסק-דין תקדימי של בית-המשפט העליון קבע השופט Rehnquist כי האירועים שתוארו בתביעה מהווים הטרדה מינית מסוג hostile environment, וכי הטרדה כזו מהווה הפליה על-פי סימן 7. השופט Rehnquist אימץ את הנוסחה שהוחלה על סוגייה זו ארבע שנים קודם לכן על-ידי בית-המשפט הפדרלי לערעורים של ה-11<sup>th</sup> Circuit בעניין *Henson*, ופסק כי לשם כינונה של הטרדה מינית מסוג 'סביבה עוינת' על התביעה להוכיח כי התנהגותו של המטריד היתה חמורה או מקיפה במידה המשנה את תנאי העבודה והופכת אותם ל'עוינים':

For sexual harassment to be actionable it must be sufficiently severe or pervasive to alter conditions of employment and create an abusive working environment.<sup>20</sup>

נפסק, כי היענותה של העובדת לדרישת הממונה עליה לקיים עמו יחסי מין – כלומר: העובדה כי היחסים היו בבחינת התנהגות 'לא כפויה' ('voluntary') מצדה – אינם מעידים כי העובדת נהגה מתוך רצונה החופשי. המבחן הנכון

*Meritor Savings Bank v. Vinson* 477 U.S. 57 (1986) 19

שם, בעמ' 67. 20

איננו אם הסכימה העובדת להיכנע לקשר המיני שנכפה עליה, אלא האם קידמה אותו בברכה (מבחן ה-'welcomeness'). נפסק, כי כאשר העובדת נעתרה אך לא קיבלה את הקשר בברכה, יצר הממונה תנאי עבודה עוינים המהווים הפליה על בסיס מין. עם זאת קבע בית המשפט העליון כי סגנון הדיבור והלבוש הפרובוקטיביים של העובדת התובעת הם ראיות רלוונטיות לבחינת השאלה אם קיבלה העובדת את הפניות המיניות בברכה. בנקודה זו הפך בית-המשפט העליון את החלטתו של בית-המשפט לערעורים, אשר סירב לשמוע את טענות המשיב אודות לבושה והתנהגותה של התובעת בהקשר זה.

עוד נפסק בעניין *Meritor* כי אי הגשת תלונה למעסיק אינה שוללת את זכותה של העובדת לתבוע אותו בגין הפליה אסורה על בסיס מין. עם זאת, בית-המשפט נמנע במוצהר מלהכריע בשאלה העקרונית מהו המבחן הנכון לקביעת אחריות מעביד כלפי הטרדה מינית מסוג hostile environment שבוצעה על-ידי ממונה מטעמו. בית-המשפט הסתפק בקביעה כי הטלת אחריות מוחלטת על מעביד להטרדה מינית שביצע ממונה מטעמו אינה צריכה להיעשות באופן אוטומאטי בכל מקרה ומקרה, וכי על בתי-המשפט לבחון גם את כללי השליחות הרגילים. לכן, נקבע, טעתה ערכאת הערעור בכך שהטילה על המעביד אחריות מוחלטת להטרדה מינית שבוצעה על-ידי ממונה מטעמו בלא לבחון כלל את כללי השליחות הרגילים.

ההכרעה העקרונית שנקבעה בהלכת *Meritor*, לפיה הטרדה מינית על שני סוגיה היא הפליה אסורה, היתה ללא ספק הישג חשוב בהתפתחות הענף המשפטי של הטרדה מינית; אולם היבטים רבים של פסק-הדין זכו לביקורות נוקבות, וחלק מן הכותבות אף סברו כי חסרונותיו של פסק-הדין מאפילים על תרומתו. עיקר הביקורת המוטחת בפסק-הדין מתייחסת לנקודות אלה:

(א) התמקדותו של בית-המשפט במידה בה המוטרדת 'קיבלה בברכה' את הפניות המיניות (יסוד ה-'welcomeness') מסיטה את תשומת הלב מן הנושא המרכזי שהוא התנהגותו המטרידה של המטריד ומפנה את הזרקור השיפוטי אל עבר המתלוננת והתנהגותה. הנחיית ה-EEOC שאזכר בית-המשפט בהקשר זה, לפיה תגובת התובעת צריכה להיבחן לאור 'מכלול הנסיבות' במקום העבודה, מזמינה התייחסות שיפוטית לגורמים בלתי רלוונטיים שעלולים להסיח את הדעת מן ההתנהגות המטרידה עצמה. יתרה מזאת: הטלת החובה על התובעת להוכיח כי

לא קידמה בברכה יחס מפלה, סוטה מן העקרונות הרגילים החלים על תביעות על-פי סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות, ומפלה לרעה תביעות בגין הטרדה מינית לעומת תביעות הפליה אחרות;

(ב) הקביעה כי אופן דיבורה ולבושה של התובעת הם ראיות רלוונטיות לשאלה האם 'קבלה בברכה' ('welcomeness') את הפניות המיניות, מזמינה התמקדות באישיותה של התובעת וב'מוסריותה' במקום בהתנהגותה של המטריד;

(ג) הדרישה כי הטרדה מינית תהיה 'sufficiently severe or pervasive' היא חמורה מדי ולא ברורה דיה. היא פותחת פתח לפרשנות כי רק תובעת שיכולה להוכיח כי נגרם לה נזק נפשי חמור זכאית לטעון כי ההטרדה היתה 'חמורה דיה'. משמעות הדבר היא כי על מוטרדות יהיה לסבול עד שתתמוטטנה נפשית, ורק לאחר התמוטטות העצבים תקום להן עילה משפטית. הדרישה המצטברת, כי ההטרדה החמורה צריכה לגרום ל'שינוי' בתנאי העבודה, אינה מוצדקת, שכן הטרדה מינית יכולה לכוונן 'סביבה עוינת' מלכתחילה, בלא לגרום ל'שינוי' כלשהו;

(ד) שלילת אחריותו המוחלטת של המעביד לגבי הטרדה מינית של ממונה מטעמו הופכת את ההטרדה המינית לבת חורגת של סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות, שכן בתביעות אחרות על-פי סימן זה אחריות המעביד היא מוחלטת. יתרה מזאת: התחמקותו של בית-המשפט מקביעת קריטריון מדויק לאחריות מעביד על התנהגות ממונה מטעמו מזמינה אנדרלמוסיה, וכל בית-משפט יקבע לעצמו כללים עצמאיים בסוגייה חשובה זו. בשאלת אחריותו של מעביד ביחס להטרדה מינית שבוצעה על-ידי עובדו שאיננו ממונה, לא נגע בית-המשפט כלל, והשאיר את הערכאות הנמוכות ללא כל הכוונה.

פסיקת הערכאות הנמוכות בשנים שלאחר *Meritor* אימתה את החששות שעורר פסק-דינו של בית-המשפט העליון, והעצימה את הביקורת כלפי ההנחיה שניתנה על-ידו. בתי-משפט רבים הפחיתו במידה ניכרת את אחריותו של המעביד להטרדה מינית מסוג סביבה עוינת של ממונה מטעמו, החלו לדרוש הוכחות לנזקים נפשיים ממשיים של תובעת כדי לקבוע כי ההטרדה היתה חמורה דיה, והכבידו את הנטל המוטל על התובעת בבואה להוכיח כי התנהגותה העידה כי היא אינה מקבלת את הפניות המיניות בברכה. כבר בשנת 1986 עצמה הוציא בית-המשפט הפדרלי של ה-6<sup>th</sup> Circuit מתחת ידיו את פסק-הדין בעניין



*Rabidue*,<sup>21</sup> שהביא לידי שלמות את כל ה'חטאים' השיפוטיים הללו ועורר זעם משפטי-אקדמי רחב. בית-המשפט קבע כי הממונה המטריד בעניינה של *Rabidue* היה איש גס רוח במידה קיצונית, וכי נהג לחרף ולהשפיל את כלל הנשים העובדות ואת התובעת בפרט. מעט מן הפרטים מובאים בפסק-דינו של שופט המיעוט Keith:

[...] Computer Division Supervisor Hugo Denry regularly spewed anti-female obscenity. Henry routinely referred to women as 'whores', 'cunt', 'pussy' and 'tits'. Of plaintiff, Henry specifically remarked 'All that bitch needs is a good lay' and called her 'fat ass'.<sup>22</sup>

התובעת, שנוסף על התייחסות מילולית זו אולצה לעבוד בצל תמונות פורנוגרפיות המציגות נשים בתנוחות משפילות, התלוננה על ההטרדות בפני ההנהלה, ואף ארגנה תלונות משותפות של כלל העובדות, שאף הן חשו כמותה. ההנהלה לא הגיבה לתלונותיה ובסופו של דבר פיטרה אותה מעבודתה. בהתייחסו להנחיות שניתנו בעניין *Meritor* חידש בית-המשפט שדן בעניינה של *Rabidue* חידושים רבים, שהפכו תביעה בגין הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת משימה בלתי אפשרית. בית-המשפט קבע, כי במסגרת הוכחת יסוד ה-'unwelcomeness' על התובעת להתמודד עם כל היבט של חיי העבודה שהנתבע ימצא לנכון להציג כרלוונטי ('the totality of circumstances'). סגנון דיבור בוטה של התובעת, או סגנון דיבור בוטה במקום העבודה ככלל, מחלישים את טענת התובעת כי לא 'קיבלת בברכה' פניות מיניות בוטות. באותו אופן, נורמה סקסיסטית הנהוגה במקום העבודה יוצרת חזקה נגד התובעת, לפיה 'קיבלה בברכה' את המצב הקיים, על בוטותו. במקום העיקרון שנפסק בעבר בהנחיית כללי ה- EEOC – לפיו על התובעת להוכיח כי הטרדה יצרה עבורה תנאי עבודה עוינים או כי הטרדה פגעה באורח בלתי סביר בתפקודה

*Rabidue v. Osceola Refining Co.* 805 F.2d 611 (6<sup>th</sup> Cir., 1986) 21

שם, בעמ' 624. 22

במקום העבודה – בית-המשפט שדן בעניין *Rabidue* קבע כי עליה להוכיח את שני התנאים הללו באופן מצטבר. יתרה מזאת: נקבע, כי על התובעת להוכיח כל אחד משני היסודות הללו על-פי שני מבחנים מצטברים. על-פי המבחן ה'אובייקטיבי', עליה להוכיח כי 'האדם הסביר' היה רואה בהטרדה מינית שהיא חוותה הרעה משמעותית בתנאי העבודה, וכן, כי לו עמד בנעליה היתה יכולת תפקודו המקצועית נפגעת במידה קשה עקב ההטרדה; נוסף על כך נקבע, כי עליה להוכיח על-פי המבחן הסובייקטיבי כי היא עצמה חוותה עקב ההטרדה הרעה משמעותית בתנאי העבודה, וכי יכולת תפקודה המקצועי נפגעה פגיעה של ממש. כדי להוכיח כי חוותה הרעה משמעותית בתנאי העבודה עליה להוכיח כי נגרם לה נזק נפשי קשה ובר-הוכחה. אשר לדרישת ה'הרעה' בתנאי עבודה, בית-המשפט קבע כי במקום עבודה שהיה רווי הטרדה מינית מאז ומעולם לא תצליח התובעת בתביעתה, וזאת מכיוון שלא תוכל להוכיח 'הרעה'.

הנתבע, שהתנהגותו המחפירה נקבעה כבר בראשית פסק-הדין, טען להגנתו כי התובעת היא אשה חזקה, אגרסיבית, דעתנית, גסה, קונפליקטואלית ובעייתית. עוד טען, במסגרת הדיון במכלול הנסיבות במקום העבודה, כי התנהגות בוטה וגסה נפוצה מאוד במקום העבודה הנדון. בית-המשפט ייחד תשומת לב רבה לטענות אלה, וקיבלן. בהסתמך עליהן קבעו שופטי הרוב כי לאור אישיותה של התובעת, התנהגותה, ומכלול הנסיבות במקום העבודה הנדון, לא הוכיחה התובעת כי התנהגותו של הממונה לא נתקבלה על-ידיה בכרכה (זאת, כזכור, על אף תלונות חוזרות ונשנות וארגון עובדות נוספות למחאה משותפת). הראיות אודות אישיות התובעת ומכלול הנסיבות במקום העבודה שימשו את בית-המשפט גם כדי להגיע למסקנה שלא ניתן לקבוע כי התנהגות המשיב פגעה בתובעת פגיעה נפשית חמורה, ואף לא כי פגעה במידה חמורה בתפקודה המקצועי של התובעת.

אשר למבחן ה'אובייקטיבי', בית-המשפט קבע כי בהינתן הנורמות המקובלות במקום העבודה הנדון, כמו גם בחברה האמריקנית בכללותה, 'האדם הסביר', המורגל בהתנהגות בוטה וגסה, לא היה נפגע באופן חמור מהתנהגות המשיב, ותפקודו המקצועי לא היה מתקפח במידה משמעותית. תביעתה של *Vivienne Rabidue* נדחתה אפוא, ובית המשפט העליון דחה את בקשתה לערער על ההחלטה.

והנה, בשנת 1991 הציג בית-המשפט הפדרלי של ה-9<sup>th</sup> Circuit את האלטרנטיבה ה'פרוגרסיבית' להלכת *Rabidue*, בדמות פסק-הדין שניתן בעניין *Ellison*.<sup>23</sup> בית-המשפט של *Ellison* קבע שתי קביעות העומדות בסתירה חזיתית להלכת *Rabidue*: ראשית, כי תובעת בהטרדה מינית אינה חייבת להוכיח נזק נפשי כלשהו, ושנית, כי 'המבחן האובייקטיבי' לפיו יש לאמוד את חומרת ההטרדה אינו מבחן 'האדם הסביר', אלא מבחן 'האשה הסבירה'. עם מתן פסק-הדין בעניין *Ellison* הוגדרו, זה כנגד זה, שני הזרמים הסותרים שהתפתחו בפסיקה האמריקנית מאז ההכרעה בעניין *Meritor*, והקרקע הוכשרה להתערבות נוספת של בית-המשפט העליון. ואכן, שנתיים לאחר ההחלטה בעניין *Ellison* הסכים בית-המשפט העליון לקבל ערעור נוסף בנושא הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת, וזאת כדי להביע את עמדתו ביחס למחלוקת השיפוטית המתוארת. פסק-דין *Harris* משנת 1993<sup>24</sup> אישר את הלכת *Meritor*, ועליה הוסיף בית-המשפט את הקביעה כי מקום שעובדת סבלה מסביבה עוינת –

[So] long as the environment would reasonably be perceived, and is perceived as hostile or abusive – there is no need for it to be psychologically injurious.

משמעות הפסיקה היא כי בתביעה בגין הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת אין העובדת צריכה להוכיח נזק נפשי ממשי, כלומר: נטל 'המבחן הסובייקטיבי' שהוטל עליה בהלכת *Rabidue* – הוסר. עם זאת נקבע, כי על התובעת בגין הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת לעמוד בדרישות המבחן 'האובייקטיבי', כלומר: להוכיח כי מנקודת מבטו של 'האדם הסביר' התנהגותו של המטריד היתה חמורה או מקיפה דיה כדי להפוך את תנאי עבודתה ל'עוינים', או כדי לפגוע ביכולת תפקודה במקום העבודה.

לכאורה, בחירתו של בית-המשפט העליון השתמש בכיטוי 'reasonable person' ולא בכיטוי 'reasonable woman' מעידה על הכרעה לטובת הלכת

*Ellison v. Brady* 924 F.2d 872 (9<sup>th</sup> Cir., 1991) 23  
*Harris v. Forklift Systems* 114 S.Ct. 367 (1993) 24

*Rabidue* בעניין זה; אולם, למעשה, בית-המשפט הקפיד למעט ולהשתמש בכיטוי זה, העדיף לדבר אודות 'סבירות' במונחים מופשטים וכלליים, ונמנע מהתייחסות לקיומן של מחלוקות סביב מבחן ה-'reasonable person'. בחירות אלה פורשו על-ידי בתי-המשפט הפדרליים, כמו גם על-ידי האקדמיה המשפטית, כהותרת הסוגייה בלתי מוכרעת. בהתאם לכך, בתי-משפט שהעדיפו בעבר, לפני הלכת *Harris*, להשתמש במבחן ה-'reasonable person', מוסיפים לעשות כן גם אחרי פסק-הדין של בית-המשפט העליון, וכמותם, גם בתי-המשפט שבחרו במבחן ה-'reasonable woman' ממשיכים בשלהם. זהו הבסיס לדיון הער המתקיים בשנים האחרונות בספרות המשפטית בארצות-הברית בשאלה, האם הדמות הסבירה הראויה לבחון את מידת עיונותו של מקום עבודה היא *the reasonable man* (האיש הסביר), *the reasonable person* (האדם הסביר), או *the reasonable woman* (האשה הסבירה), או *the reasonable victim* (הקרבן הסביר).

עוד יצוין, כי בפסק-דין *Harris* בית-המשפט העליון שב ובחר שלא להכריע בשאלת גבולות אחריותו של המעביד להטרדה שביצעו ממונה או עובד מטעמו. בית-המשפט גם לא קבע הנחיה חדשה כלשהי לגבי היסודות הבעייתיים – ה-'unwelcomeness', ה-'sufficiently severe or pervasive', וה-'totality of the circumstances'. לפיכך, בנקודות אלה ממשיכים בתי-משפט שונים לפסוק על-פי קריטריונים שונים, והאקדמיה מוסיפה לבקר.

בסקירה שסקרתי בסעיף זה את הפסיקה האמריקנית בנושא ההטרדה המינית התייחסתי אך ורק לפסיקה שעניינה הטרדה מינית במקום העבודה. זהו, אכן, הזרם המרכזי של הפסיקה האמריקנית בתחום ההטרדה המינית. עם זאת, בצדו של זרם מרכזי זה מתפתחת פסיקה גם בסוגיות נוספות של הטרדה מינית: הטרדה מינית בכת-הספר, הטרדה מינית באוניברסיטאות, הטרדה מינית בדיוור והטרדה מינית על רקע נטייה מינית. מכיוון שסימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות חל על מקומות עבודה בלבד, הפסיקה בכל אחד מן התחומים האחרים נסמכת על הוראות חקיקה אחרות, פדרליות ומדינתיות, וכך מתפתחים בכל תחום קריטריונים עצמאיים. בכל אחד מן התחומים מתגלים קשיים משפטיים שונים המצריכים פתרונות ייחודיים, וכך קורה כי הפסיקה בתחומים השונים של הטרדה מינית אומנם דומה, אך לא אחידה. ברשימה זו לא אגע בתחומים אלה, אולם ברצוני להדגיש

כי תחום מרכזי אחד של הטרדה מינית איננו מכוסה, ככלל, במשפט האמריקני, והוא הטרדה מינית ברשות הרבים, כלומר: ברחוב. במאמרה מאיר העיניים 'Street Harassment and the Informal Ghettoization of Women' מצביעה Cynthia Grant Bowman על מצב עניינים זה ומציגה אותו כבעייתית. לטענתה, הרחוב הוא הזירה בה חוות מרבית הנשים את ההטרדות המיניות הראשונות ואולי הטרואומטיות ביותר בחייהן, וזה המקום שבו הן זקוקות למירב ההגנה. ברוח זו היא מציעה חקיקה פלילית כללית שתאסור על הטרדה מינית במקום ציבורי. ברוח דומה, Carrie N. Baker מציעה כי הטרדה מינית מסוג 'quid pro quo' תיקבע כעבירה פלילית כללית. Baker סוקרת את יחסן המשפטי של מדינות ארצות-הברית לתופעת ההטרדה המינית ומראה, כי בצד חקיקה אזרחית (נזיקית) רבה החלו בשנים האחרונות בכמה מדינות לאסור על הטרדות מיניות גם באמצעות החוק הפלילי. Baker מברכת על מגמה זו, ממליצה לכל מדינה אמריקנית לנסח חוק פלילי ספציפי האוסר הטרדה מינית מסוג 'quid pro quo' ואף מציעה נוסח לחקיקה פלילית כזו.

התפתחותה של עילת ההטרדה המינית במשפט האמריקני השפיעה על שיטות משפט נוספות, ובראש ובראשונה על ארצות המשפט המקובל. בריטניה וקנדה יצרו הסדרים משפטיים מקבילים לזה האמריקני: בשתי מדינות common law אלה אומצה ללא קושי השיטה של הסדרת ההטרדה המינית ביצירה השיפוטית כסוגייה של שוויון בין המינים. בשתייהן גזרו בתי-המשפט את איסור ההטרדה המינית במקום העבודה מהוראות סטטוטוריות רחבות (כדוגמת סימן 7 האמריקני), האוסרות על הפליית נשים בעיקר בעולם העבודה, ובשתייהן מתמודדות הערכאות השיפוטיות עם הגדרת השדה המשפטי על-ידי עיצוב דינמי, אד-הוק, של היסודות שנסקרו למעלה (כמו 'welcomeness' וגבולות אחריות המעביד להטרדה על-ידי ממונה ועובד אחר). בשנים האחרונות נוטים השלטון הפדרלי הקנדי והשלטון המקומי בפרובינציות השונות לקבוע הגדרות של הטרדה מינית בהוראות חקיקה, ולהותיר לבתי-המשפט את משימת פיתוח המשפט. כך גם באוסטרליה: לאחר שנים ספורות של חקיקה שיפוטית בתחום ההטרדה המינית, בחרה שיטת המשפט האוסטרלית, מאז 1984, להתמודד עם תופעת ההטרדה המינית גם בדרך של חקיקה ראשית. כיום מוגדרת הטרדה מינית בחוק האוסטרלי כהתנהגות שגרמה לתובע לחוש נפגע, מושפל או

מאז, כאשר אדם סביר בנעליו של המטריד היה צופה שהתנהגותו תגרום לתובע לחוות תחושות כאלה. איסור ההטרדה המינית באוסטרליה חל בעבודה, בחינוך, באספקת שירותים וסחורות, במועדונים, בעסקאות במקרקעין ועוד. מחוץ לעולם המשפט המקובל הסתפקו כמה מדינות (כמו צרפת ויפן) בחקיקה 'סמלית' יותר בתחום ההטרדה המינית. סקירה השוואתית של מצב החקיקה במדינות שונות בעולם מעלה, כי כמו בארצות-הברית, גם במדינות נוספות – ובמיוחד במדינות המשפט המקובל – הטיפול המשפטי בהטרדה מינית מצוי בהתהוות מתמדת.

### חלק שני: ביקורת הטיפול בהטרדה המינית במשפט האמריקני

בשני הסעיפים הקודמים סקרתי את התפתחותה של ההטרדה המינית בעולם המשפט האמריקני, תוך הדגשת הגיונה הפנימי של התפתחות זו. בתוך כך נחשפו גם קשיים הפוגמים בטיפול המשפטי בנושא, כגון ההתמקדות השיפוטית בסוגיית ה-'welcomeness', חומרתה של דרישת ה-'pervasiveness' והעדר אהידות בפסיקה בשאלות מרכזיות כמו אחריות מעביד וסוג המבחן ה'אובייקטיבי' שיש להחיל לקביעתה של 'סביבה עוינת'. מרבית הקשיים שהוצגו בסעיף הקודם מתייחסים לפרטים בשיטה האמריקנית הקיימת, כלומר, הם קשיים 'מסדר ראשון'. רגישות יתר מצד בתי-המשפט, והטיית אוזן קשבת להנמקותיהם של שופטי המיעוט ולהערות הביקורת האקדמית, יכולים להביא לפיתרון המלא של קשיים אלה במסגרת שיטת הטיפול הקיימת בהטרדה מינית במשפט האמריקני. בסעיף זה ברצוני להצביע על קשיים נוספים, היורדים, לדעתי, לשורש השיטה עצמה. קשיים אלה נעוצים בבסיס הדוקטרינה המשפטית האמריקנית בתחום ההטרדה המינית, וחותרים תחתיה. אני סבורה כי יש בהם כדי להכביד על התפתחות התחום המשפטי של הטרדה מינית בארצות-הברית. יתרה מזאת: על המשפט הישראלי להיות ער להם כבואו לבור את דרכו שלו בפיתוח התייחסותו לנושא ההטרדה המינית, ולהימנע מ'ייבואם' אל המשפט הישראלי בשלב הנחת היסודות לדוקטרינה של טיפול בהטרדה מינית במשפט הישראלי.

## 1. קשיים הנובעים מהגדרות שונות של מושג השוויון

במסגרת שיטתה הביקורתית של מקינון, כל הטרדה מינית, באשר היא, מחזקת דפוס התנהגות המשרת את המבנה הפטריארכלי, אשר משעבד נשים לגברים ושולל את שוויון. לפיכך, כל הטרדה מינית – יהיו מבצעה וקרבנה אשר יהיו – נוטלת חלק בשיטה המפלה נשים, ומהווה במובן זה הפליה על בסיס מין. קו מחשבה זה הוא קוהרנטי ואף משכנע למי שמקבלו על כרעיו וקרביו. הוא מונע את הצורך לבחון את נסיבותיה של כל הטרדה, וקובע באופן גורף כי כל הטרדה מינית היא הפליה ותו לא. אולם, מערכת המשפט האמריקנית לא אימצה את הפילוסופיה הביקורתית של מקינון, אלא הסתפקה בקבלת מסקנתה האחרונה בלבד – כי הטרדה מינית של אשה יכולה להוות הפליה על בסיס מין – ושתלה מסקנה זו מחדש בעולם המושתת על מושג השוויון האריסטוטלי. התוצאה היא שבמסגרת תפיסת השוויון האריסטוטלי של בתי-המשפט בארצות-הברית, הטרדה מינית יכולה להיות הפליה על בסיס מין רק אם פלוני סובל ממנה בניסיונות שאלמוני, השונה מפלוני רק במינו, לא היה סובל ממנה לו עמד במקומו. מרבית התביעות בגין הטרדה מינית שהגיעו ומגיעות לבתי-המשפט שייכות לקטגוריה זו, שכן הן מובאות על-ידי נשים, שמן הסתם לא היו מוטרדות לו היו גברים; כתוצאה מכך יכולים בתי-המשפט לקבוע במקרים רבים כי ההטרדה המינית שבוצעה הפלתה את התובעת על בסיס מינה. אולם, מבחינה קונספטואלית סובל מבנה זה, שיצרו בתי-המשפט, ממתח פנימי.

הקשיים מתעוררים כבר במקרים שבהם גבר, הנתבע בגין הטרדה מינית של אשה מסוימת, מעולם לא הטרד ולא סביר שיטרד אשה אחרת זולת התובעת. במקרה כזה נכון אומנם כי אף גבר בנעליה של התובעת לא היה מוטרד על-ידי המטרד, אך גם אף אשה אחרת זולת התובעת לא היתה מוטרדת. ציינתי למעלה, כי השופט רוברטסון התמודד עם בעיה זו כבר בראשית הדרך, בהלכת *Barnes*, וקבע כי הגדרתה של הטרדה כהפליה אינה מותנית בכך שבנסיבות העניין היתה פוגעת בכל אשה, אלא בכך שהיתה פוגעת בנשים בלבד. עמדה זו היא כמובן אפשרית, אולם היא איננה משכנעת. במקרה שבו פלוני מטרד אשה אחת ואותה בלבד, בולט לעין ההיבט האישי העומד בבסיס ההטרדה, והוא מאפיל על הנכונות ה'אינטואיטיבית-אריסטוטלית' לזהות בהטרדה היבט ציבורי של פגיעה בשוויון על בסיס מין.

נניח מקרה שבו גבר מטריד מינית אשה שהיא אשתו, גרושתו, או אהובת חייו שנטשה אותו. אדם מן השורה, שלא הפנים את עמדתה של פרופ' מקינון, יטה לומר כי הטרדה זו אינה מכילה כל יסודות של הפליה על בסיס מין במובן האריסטוטלי של המושג, אלא התנכלות על בסיס אישי וייחודי. אם יש כאן הפליה, הריהי כלפי המוטרדת הקונקרטיה ביחס לכל אדם אחר בעולם, והפליה כזו – גם אם היא פסולה – קשה לסווגה כ'הפליה על בסיס מין'. דומני כי גם מי שסיבור כי האשה המוטרדת בסיטואציה כזו זכאית להגנת המשפט, עלול שלא להגדיר את הפגיעה בגינה היא זכאית להגנה כפגיעה בזכותה לשוויון על בסיס מין. לכן, פסיקה שתגדיר התנהגות כזו כהפליה על בסיס מין עלולה להתקבל בציבור ה'אריסטוטלי' כתמוהה ומאולצת.

קשה הרבה יותר הוא מקרה שבו המטריד מטריד מינית (או עלול להטריד מינית) נשים וגברים כאחד. מבחינה מעשית קשה להניח כי מקרים רבים מסוג זה יציפו את בתי המשפט. אך היה והגיע לבית המשפט מקרה מסוג זה, אזי לא ניתן יהיה להעניק סעד לאף אחד מן המוטרדים, אף אם הוטרדו במידה קשה ביותר ואף אם נגרמו להם נזקים חמורים, מכיוון שהמטריד הטריד את כולם בלא להפלות ביניהם על בסיס מין. זוהי תוצאה בעייתית, שכן הן מתוך גישתה של מקינון והן על-פי השכל הישר, כל אחת מן ההטרדות וכולן ביחד מהוות הטרדה מינית פסולה, ותוצאה שיפוטית לפיה לא ניתן למנוע הטרדות אלה איננה סבירה. יתרה מזאת: על-פי ההיגיון האריסטוטלי בעניין זה, הדרך היעילה ביותר עבור גבר שהטריד מינית אשה להתגונן מפני תביעה בגין הטרדה מינית, היא להטריד מינית גם גבר. לטעמי, הקושי המתבטא בדוגמא זו חמור דיו כדי להצדיק בחינה מחדשת של הדוקטרינה השיפוטית כולה.

לשם איזון יש לציין כי מקרים שבהם אשה הטרידה מינית גבר – כמו גם מקרים שבהם גבר הטריד מינית גבר ואשה הטרידה מינית אשה – כולם יכולים לבוא בגדר הדוקטרינה האריסטוטלית. בכל אחד מן המקרים הללו המטריד לא היה מטריד והמטרידה לא היתה מטרידה עובד או עובדת מן המין שלא הוטרד בנסיבות המקרה. עם זאת, כאשר ממונה הוא הומוסקסואל המטריד גברים הומוסקסואלים בלבד, יכולה להיטען הטענה כי המוטרד לא הוטרד על בסיס מינו הגברי אלא על בסיס נטיותו המיניות, שהן היבט נבדל, שאינו נתפס בניסוח החוקי של 'הפליה על בסיס מין' (טענה מקבילה ניתן, כמובן, להעלות כאשר אשה לסבית מטרידה אשה לסבית אחרת).



לסיכום: איסור על הטרדה מינית כהפליה על בסיס מין במסגרת תפיסת השוויון האריסטוטלית לוקה בקשיים קונספטואליים חמורים ובלתי פתירים. הפתרון הקוהרנטי ביותר לרילמה הוא, כפי שהציעה מקינן, החלפתו של מושג השוויון האריסטוטלי במושג שוויון אחר, פחות פורמלי ויותר ערכי. בתי-המשפט האמריקנים לא נקטו דרך זו, ודומני כי לא יעשו כן בעתיד הנראה לעין. כיוון שכך, הטיפול בהטרדה מינית כהפליה בתוך מסגרת מושגית אריסטוטלית עלול לעורר קשיים כגון אלה שהוזכרו כאן, שיובילו למסקנה שיפוטית ו/או ציבורית כי הטרדה מינית איננה סוגייה של שוויון. מחוץ למסגרת השוויון לא ניתן יהיה לטפל בהטרדה המינית במסגרת סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות, ויותר מכך – היא תיוותר ללא בסיס תיאורטי מסביר ומצדיק.

בהינתן הבעייתיות בזיווג בין הטרדה מינית לבין הזכות לשוויון (כפי שזו מוגדרת במערכת המשפט), דומני כי ראוי לעגן את ההטרדה המינית גם במסגרת ערך חברתי-משפטי נוסף. צעדים ראשונים בכיוון זה נעשו לא מכבר על-ידי הקהילה האירופית, אשר מועצתה הביעה בשנת 1991 את הדעה כי הטרדה מינית בעבודה פוגעת ב-*'dignity'* – כלומר: בכבודם של נשים וגברים – ולכן היא *'unacceptable'*, כלומר: בלתי קבילה. עמדת מועצת הקהילה האירופית אינה אלא המלצה למדינות החברות בקהילה לפעול למען הגברת מודעות לנושא ההטרדה המינית, כלומר היא מהווה הצהרת עקרונות ולא כלל משפטי מחייב. אף על פי כן זהו כיוון חדש ומעניין. בהמשך אציע כי גם במסגרת המשפט הישראלי יש לעגן את הטיפול בהטרדה מינית במסגרת ערך כבוד האדם.

## 2. הבעייתיות בהבחנה בין *quid pro quo* לבין *hostile environment*

ציינתי למעלה כי מחקרה של מקינן את תופעת ההטרדה המינית של נשים עובדות חשף את קיומם של דפוסי הטרדה שונים. בהקשר מחקרי-אקדמי הבחנות אלה הן משמעותיות ומעניינות, והן בוודאי תורמות למידת השכנוע של ההסבר הפמיניסטי את תופעת ההטרדה המינית. ההבחנה בין *quid pro quo* לבין סביבה עוינת מעניינת גם מבחינה היסטורית, שכן תביעות בגין הטרדות מיניות מסוג *quid pro quo* הוכרו על-ידי בתי-המשפט ביתר קלות, וההכרה בהן היא שסללה את הדרך להכרה גם בתביעות בגין הטרדות מיניות מסוג סביבה עוינת. אולם, הפסיקה האמריקנית אינה מתייחסת להבחנה בין הסוגים כאל תובנה סוציולוגית

ואף לא כאל שריד להתפתחות היסטורית; היא מעצבת את שני סוגי ההטרדה הללו כקטגוריות משפטיות מובחנות. נטלי ההוכחה, כמו גם אחריות המעביד, שונים במידה ניכרת לגבי כל אחד מסוגי ההטרדה. בכך מוציאה הפסיקה תוכנה אקדמית מהקשרה ונאחזת בשלבים קודמים של התפתחותו ההיסטורית של התחום, שכן מבחינה עניינית לא ניתן להצדיק את ההבחנה הקטגורית בין שני הסוגים, ובוודאי לא את הכללים השונים המוחלים עליהם. לא בכדי נמנעו מנסחי ההנחיות מטעם ה-EEOC מהבחנה בין הקטגוריות, וחבל שכתב-המשפט העדיפו לדבוק בהבחנותיהם ולהתעלם מן ההנחיות בנקודה זו. עוד מעניין לציין, כי גם בית-המשפט העליון של קנדה בחר כבר בשנת 1989 לוותר על ההבחנה בין שתי הקטגוריות ולכלול בהגדרה אחת את כל סוגי ההטרדה המינית. Susan Estrich טוענת כי שני סוגי ההטרדה המינית יוצרים רצף אחד מתמשך של אופני הטרדה מינית. אני סבורה כי יש ללכת צעד נוסף, ולהגדיר *quid pro quo* כמקרה פרטי של הטרדה מסוג 'סביבה עוינת', והתנהגות מסוג *quid pro quo* היא אחד מגילוייה הרבים.

המקרה הקלסי והמובהק ביותר של הטרדה מינית מסוג *quid pro quo*, כפי שהוכר בפסיקה האמריקנית, לובש צורה כזו: ממונה תובע מעובדת לקיים עמו קשר מיני (או אינטימי); הדרישה מכילה הבטחה (מפורשת או משתמעת) כי היענות העובדת תוליד הטבות במקום העבודה או איום (מפורש או משתמע) כי סירוב העובדת יגרור סנקציות במקום העבודה ואף פיטורין. העובדת דוחה את תביעת הממונה, והוא מתנכל לה ומביא לפיטוריה. הטרדה מינית מסוג hostile environment, כפי שהוכרה בפסיקה האמריקנית, מכילה התייחסות מתמשכת או חמורה לעובדת כאל אובייקט מיני, ו/או השפלתה באמצעות התייחסות סקסיסטית אליה או אל נשים אחרות, ו/או שימוש בסטריאוטיפים שובניסטיים המרמזים על אי כשירותה המקצועית, ו/או דיבורים או מעשים מיניים המביכים אותה – והכל במידה העולה כדי יצירת סביבה עוינת או כדי פגיעה ביכולת העבודה או ההנאה ממנה. לכאורה, מתוך הצגה בסיסית זו של המקרים ה'טהורים', נדמה כאילו ניתן למתוח קו ברור בין שני סוגי ההטרדות. אולם, בפועל, מרבית המקרים המתרחשים במציאות ומוצאים דרכם אל בתי-המשפט מכילים יסודות של שני סוגי המקרים המובהקים גם יחד. כמו כן, גם בהתייחס למקרים ה'טהורים', קשה להגדיר קריטריון להבחנה ביניהם, שכן ניתן לתרגם כל

אחד מהם למושגי הקטגוריה האחרת. קשה עוד יותר להצדיק התייחסות שונה למקרים הממוינים לסוגים השונים. אבהיר טענה זו.

דרישה מינית שמתלווה אליה איום – כלומר: הטרדה מסוג *quid pro quo* – בהכרח יוצרת עבור העובדת סביבת עבודה עוינת, ועלולה לפגוע בתפקודה המקצועי במקום העבודה. במקביל, במרבית ההטרדות מסוג סביבה עוינת, אם לא בכולן, קיים למעשה איום מפורש או סמוי, לפיו אי 'היענות' להטרדה או אי 'שיתוף פעולה' עמה יולידו תוצאות שליליות עבור המוטרת. שכן במסגרת יחסי עבודה, ממונה ה'מתברח' עם עובדת בלשון מינית גסה או מתחקר אותה ביחס לחיי המין שלה מצפה לשיתוף פעולה מצדה; היה ונתקל בתגובה אחרת, הוא עלול לתת לתסכולו ביטוי בהחלטות עתידיות ביחס לעובדת. אין ספק כי האירועים שגרמו לפיטוריהן של Williams ו-Barnes, אף שהוגדרו כאירועים מסוג *quid pro quo*, יצרו עבורן סביבה עוינת, ואילו האירוע שהביא לפיטוריה של Vinson (התובעת בעניין *Meritor*), אף שטופל כהטרדה מינית מסוג סביבה עוינת, מכיל יסודות ברורים של דרישת טובות הנאה מיניות, איום משתמע, ופיטורין שנגרמו עקב הפסקת ההיענות לדרישה. מכיוון שכך, מדוע להטיל על תובעות בנעליה של Williams להוכיח 'איום' וקשר סיבתי בין דחיית ההצעה המינית לבין הפיטורין, כאשר תובעות בנעליה של Vinson אינן נדרשות להוכיח יסודות אלה? מדוע להטיל על תובעות בנעליה של Vinson להוכיח כי ההטרדה המינית היתה חמורה דיה כדי לשנות את תנאי עבודתה, וכי גם 'האדם הסביר' או 'האשה הסבירה' היו חשים כמותה, בשעה שנשים בנעליה של Williams אינן נדרשות להוכיח יסודות אלה? ויותר מכך: מה ההצדקה להטיל על מעבידה של Williams אחריות חמורה יותר להטרדה המינית שביצע הממונה מטעמו, מאשר על מעבידה של Vinson?

בחינה מהותית של מקרי הטרדה המסוגלים כ-*quid pro quo* מעלה כי הם מקרים של hostile environment. אם הטרדות מיניות מסוג *quid pro quo* נוטות להיות חמורות יותר מאחרות – יש לפסוק בגינן פיצויים גבוהים יותר, ואם סוג הנזק הנגרם במסגרתן נוטה להיות 'מוחשי' וכלכלי יותר – יש להתאים את התרופה למכה. אך קשה להצדיק את ההבחנה הקטגורית בין הסוגים, וקשה עוד יותר להצדיק החלת נטלים שונים וכללי אחריות מעביד שונים בכל אחד מן הסוגים. דומני כי שיטת המשפט האמריקנית היתה מרוויחה יעילות וקוהרנטיות

כאחת לו שעתה להנחיות ה-EEOC (או לרוגמא הקנדית), ויתרה על ההבחנה הקטגורית בין שני סוגי ההטרדה המינית, והחילה על כל התביעות בגין הטרדה מינית כללים אחידים הן לעניין נטל ההוכחה והן לעניין אחריות מעביד. ודאי שהמשפט הישראלי, בבואו ללמוד מן הטיפול האמריקני בסוגייה, אינו צריך לאמץ הבחנה קטגורית שאין בה תועלת.

### 3. הבעייתיות בשימוש במבחן 'היצור הסביר' לקביעת חומרתה של הטרדה מינית

בחינת ההיסטוריה של התפתחות ההטרדה המינית בפסיקה האמריקנית מבהירה כיצד קרה ש'היצור הסביר' של המשפט המקובל נקרא להכריע בשאלה מתי הטרדה מינית במקום עבודה עולה כדי הפליה אסורה על בסיס מין. ואף על פי כן, לעניות דעתי התוצאה עצמה איננה רצויה אף במסגרת המשפט האמריקני. הבה נבחן נקודה זו.

סקרתי כבר, במקום אחר, את התפתחותה של הדמות הבדיונית 'האדם הסביר' במסגרת דיני הנזיקין של המשפט המקובל, ואת התפשטותה משם גם אל הדין הפלילי. בראשית דרכו היה 'האדם הסביר' הבדיוני גבר לכל דבר (הוא נקרא אז 'the reasonable man'). הוא נוצר בשיטת משפט בעלת חבר מושבעים, במטרה להוות כלי נוח לשימוש של גוף שיפוטי זה, ותפקידו היה לסייע בהכרעה אם אנשים 'טיפוסיים' בחוג החברתי שבמסגרתו נגרם הנזק הנדון (או, מאוחר יותר, שבמסגרתו התרחשה העבירה הנדונה), יכולים היו לנהוג כפי שנהג המעוול (או הנאשם). היגיון הדברים היה כי ההתנהגות ה'טיפוסית', הרווחת בהקשר החברתי הרלבנטי, היא אמת-המידה הראויה להכריע בשאלה המשפטית אם על המעוול לשאת בתוצאות הנזק שגרמה התנהגותו (ובהקשר הפלילי – אם יש להוקיע את התנהגותו של הנאשם כסוטה מן המקובל ולכן כעבריינית). המושבעים הוחזקו כ'איש הסביר' בחברתם, ולכן כמי שיכולים וצריכים להכריע אם ההתנהגות הנשפטת היא 'טיפוסית', 'רגילה' או 'רווחת' בחברתם. בהקשר זה היה 'האדם הסביר' דמותם האלגורית המופשטת של המושבעים, והוא נועד לסייע להם להתחבט בשאלה כיצד היו הם נוהגים, בהתעלם ממאפייניהם האישיים, לו עמדו בנעליו של המעוול (או הנאשם). אם מצאו כי 'האדם הסביר' – כלומר: דמותם האידיאלית – היה נוהג כפי שנהג

המעוול, אזי נפסק כי אין המעוול צריך לשאת במחיר נזק שנגרם (ובהקשר הפלילי, אם מצאו כי הנאשם פעל כפי שהיו הם כ'אדם הסביר' נוהגים, אזי נפסק כי אין מקום להוקיע את הנאשם כעבריינין).

במהלך המאה הנוכחית מוטחים ב'אדם הסביר' תליתלים של ביקורת. משפטנים אנגליים ואמריקנים טוענים כנגדו, בין השאר, כי הוא 'מושלם' מדי (זהיר מדי, מחושב מדי, רציונלי מדי) ואינו מייצג נאמנה את הציבור שאת התנהגותו נועד לבטא. לטענתם, הוא מתיימר לייצג דבר ('אדם טיפוס', ממוצע') שכלל אינו בנמצא ואף אינו אפשרי במרבית ההקשרים החברתיים. הם תוקפים בטענות כי הוא אנוכי, תועלתני ובלתי אלטרואיסטי, ומשדר מסרים ערכיים שליליים אלה לציבור. הליברלים והרדיקלים מוסיפים וטוענים (ובצדק) כי הוא מסייע בהנצחת ה'מצוי' (לכאורה), וכפייתו על ה'רצוי'; בכך הוא משרת אידיאולוגיה שמרנית ולא פרוגרסיבית. ביקורות חריפות במיוחד הוטחו בזהותו המינית של 'האדם הסביר' המסכן: מבקרים, ובעיקר מבקרות פמיניסטיות, טענו כי למרות יומרתו ל'מופשטות אידיאלית', שאמורה להיות משוחררת מתכונות אישיות קונקרטיות, הריהו, למעשה, בעל זהות מעמדית, גזעית, אתנית, גילית, ומעל לכל – מינית – מאוד ספציפית. 'האדם הסביר', נטען, הוא גבר, ולכן מדידתה של 'הסבירות' החברתית על-פיו מנציחה תפיסות וערכים גבריים ומפלה לרעה נשים. הדבר בולט במיוחד, כמובן, כאשר אשה מעוותת או נאשמת נאמדת ונשפטת ביחס ל'אדם הסביר' הגברי. אך גם ברמה המופשטת, השימוש ב'גבר הטיפוסי', בנקודת מבטו ובניסיון חייו לשם קביעת ערכיה הכלליים של החברה מהווה הפליה פסולה של נשים.

ביקורת אחרונה זו הותירה רושם עז והובילה לשינוי שמו של ה-'reasonable man' ל-'reasonable person'. שמו החדש של היצור נועד להדגיש כי קנה-המידה הוא 'לא גבר ולא אשה' אלא 'א-מיני'. אולם, גם צעד זה לא הניח את דעת המבקרים והמבקרות, ואלה המשיכו לטעון כי על אף שינוי שמו לא עבר היצור הבריוני ניתוח מקביל, אך משמעותי יותר, להסרת מינו, והוא נותר גבר, גם אם גבר המוסווה בשם 'יוניסקס'. בהמשך לביקורת זו דרשו חלק מן המבקרים והמבקרות שינוי אישיותי עמוק יותר בדמותו של 'האדם הסביר'; אחרות דרשו לברוא ל'אדם הסביר' עזר כנגדו, 'אשה סבירה', שתשמש בכל מקום בו מעורבת אשה בהליך המשפטי.

הפסיקה האמריקנית אימצה, בהקשר מסוימים, את מבחן 'האשה הסבירה'. אחד המקרים המפורסמים ביותר הוא פסק-הדין בעניין *State v. Warnow*<sup>25</sup> משנת 1977, בו הורשעה הנאשמת בערכאה הראשונה ברצח אדם שנטפל בעבר לילדיה, ושבאירוע הנדון התקרב לעברה בהיותו שיכור שעה ששהתה עם ילדיה בבית שכנה, וגבס על רגלה. ערכאת הערעור ביטלה את ההרשעה ברצח, בין השאר משום שהמושבעים הונחו על-ידי שופט הערכאה הראשונה למדוד את התנהגותה של הנאשמת ביחס להתנהגותו של 'האדם הסביר'. ערכאת הערעור מצאה כי התקרבותו של המנוח השיכור לעבר הנאשמת וילדיה בנסיבות המקרה היתה מאיימת לאין שיעור מנקודת מבטה של 'האשה הסבירה', לו עמדה במקומה של הנאשמת, מאשר מנקודת מבטו של 'האדם/הגבר הסביר', לו עמד הוא באותו מקום. החלטתה של הנאשמת להתגונן בנשק חם היתה סבירה לחלוטין מנקודת מבטה של 'האשה הסבירה' – אף אם לא מנקודת מבטו של 'גבר סביר'. נשוב עתה לנושא ההטרדה המינית, ולמקומה של שאלת "היצור הסביר" במסגרתה.

כאשר קבע בית-המשפט העליון האמריקני (בעניין *Harris*) כי השאלה האם הטרדה מינית יצרה 'סביבה עוינת' צריכה להיבחן ב'מבחן כפול' – סובייקטיבי ו'אובייקטיבי' – הוא ייבא בכך את 'האדם הסביר', על כל הבעייתיות הכרוכה בו, אל תוך הדיון המשפטי בהטרדה מינית (מסוג 'סביבה עוינת'). עם זאת, בית-המשפט נמנע מהכרעה חד-משמעית בשאלה אם 'המבחן האובייקטיבי' יחיל את 'האיש הסביר', את 'האדם הסביר', את 'האשה הסבירה' או את 'הקרבן הסביר', ושתיקתו זו נתנה את האות להתפתחותו של מאבק אקדמי ושיפוטי בשאלה זו. כך סיכמתי, במקום אחר, את עיקרי הוויכוח בין מצדדי 'האדם הסביר' לבין מצדדי 'האשה הסבירה':

המצדדות בשימוש ב'אשה הסבירה' בתביעות של הטרדה מינית מצביעות על מחקרים המורים כי גברים ונשים תופסים התנהגויות בעלות אופי מיני, או אינטימי, באופנים שונים במובהק, וזאת, בין השאר, משום ניסיון חיים חברתי קבוצתי שונה. גם אם 'האדם/הגבר הסביר' עלול לחשוב כי התנהגות מסוימת במקום העבודה

היא תמימה, לגיטימית, או משעשעת, 'האשה הסבירה' עלולה לראותה כהטרדה מינית פוגעת, משפילה, מאיימת ומשתקת. השימוש במבחן 'האדם/הגבר הסביר' עלול, לכן, להכשיר ולהנציח אותן התנהגויות שהחוק האוסר הטרדה מינית נועד לשרש. רק שימוש במבחן 'אשה סבירה' יכול לחשוף ולהוקיע את ההתנהגויות הגורמות לנזק כלפיו מכוון החוק. השימוש במבחן 'האשה הסבירה', סבורות כותבות אלה, יבטא את השקפותיהן של נשים, שערך לא באו לידי ביטוי במשפט ובחברה, יגביר את רגישות הגברים לנקודת מבטן של נשים, ויאפשר יצירתם של סטנדרטים חברתיים חדשים, נקיים מהטרדה מינית. הכותבים והכותבות השוללים את השימוש ב'אשה הסבירה' בהקשר של הטרדה מינית מעלים טיעונים רבים ומגוונים. יש הרואים בפיצול 'האדם הסביר' על-פי מין פגיעה בעקרונות השוויון והאחידות, שאמורים להחיל על כל אדם דין אחד, בלא הבדל מין. 'האשה הסבירה' פוגעת, לפי גישה זו, בעמדתו האינדיבידואליסטית של המשפט האמריקני, ומחדירה לתוכו עקרונות של צדק קבוצתי, ולא אישי, שהם זרים לרוחו. יש הטוענים כי אין זה הוגן לדרוש מגברים לעמוד בסטנדרט ציפייתיה של 'האשה הסבירה', ויש הסבורים כי מבחינה מעשית שופטים גברים אינם מסוגלים ליצור את דמותה הנכונה של 'האשה הסבירה'. יש המעלים את חשש המדרון החלקלק, ומראים כי השימוש ב'אשה הסבירה' מחייב הכרה גם ב'אשה שחורה סבירה', ב'גבר מוסלמי הומוסקסואל' ובאינספור ישויות נוספות, פיצול שמשמעו, למעשה, ביטול המבחנים האובייקטיביים והמרתם במבחנים סובייקטיביים. כותבים וכותבות כאחד מוטרדים בשאלה מהי דמותה של 'האשה הסבירה', האם היא קיימת, כיצד ניתן לגלותה, ולהגדירה, ומי רשאי לעשות כן. חלקם חוששים וחוששות שהשימוש ב'אשה הסבירה' יבטא גישות מסורתיות א-סוציאליסטיות, וינציח סטריאוטיפים אודות נשים. מספר כותבות מזהירות כי טרמינולוגית 'האשה הסבירה' עלולה לאפשר

לשופטים להציג נשים המלינות על הטרדה מינית כ'בלתי סבירות',  
ולחתור בכך תחת התפתחותה של עוולת ההטרדה המינית.

כשלעצמי, אני מוצאת טעם במרבית הטיעונים המועלים על-ידי כותבות וכותבים משני עברי המתרס, ודומני כי אף אחד מן הצדדים אינו יכול לצאת מוויכוח זה כשידו על העליונה. יתרה מזאת: נוסף על הטענות שמעלים תומכי 'האדם הסביר' ומצדדי 'האשה הסבירה' אלה כנגד אלה, אני שוללת את השימוש ב'יצורים סבירים' ככלל ובהקשר הנדון בפרט. אזכיר רק שלוש טענות בכיוון זה. ראשית, אינני אוהבת את הרעיון כי דגם מונוליטי אחד יגדיר 'אנושיות סבירה', 'גבריות סבירה' או 'נשיות סבירה' וימנע את היווצרותם הלגיטימית של טיפוסים אנושיים, גבריים ונשיים חדשים ומגוונים במסגרת השיח המשפטי. שנית, אני סבורה כי כאשר המשפט מנסה לשנות נורמות חברתיות נוהגות, כמו בהקשר ההטרדה המינית, שימוש במודל 'האדם המצוי' חותר תחת המטרה שהיא המרת ה'מצוי' ב'רצוי'. דווקא בהקשרים משפטיים רפורמטוריים אסור לגזור את הנורמה הערכית שעל המשפט להבטיח מאופני התנהגות 'נפוצים', 'ממוצעים' או 'רגילים', בין שהם נוהגים בקרב נשים ובין שהם מקובלים בקרב גברים. אופני התנהגות אלה הם בדיוק הרעה שהמשפט יוצא נגדה, ולא ניתן לצאת נגדה על-ידי הסתמכות עליהם כקנה מידה ראוי (היצור הסביר של המשפט הישראלי מוצג בטקסט השיפוטי כ'נורמטיבי' יותר מאשר אחיו בשיטות משפט אחרות. עם זאת, הוא מתיימר גם לשקף את המציאות החברתית הישראלית האמפירית, ויתרה מזאת: הוא משקף במידה רבה את 'השופט הישראלי המצוי', כפי שזה תופס את עצמו. לכן האמור אודות היצור הסביר ככלל נכון גם לגבי היצור הסביר במשפט הישראלי).

באופן אישי אני מוטרדת במיוחד מנקודה (היא הטענה השלישית) שכותבים וכותבות אינם נותנים עליה את הדעת די הצורך, המתייחסת לאופן השימוש הייחודי ב'יצורים הסבירים' במסגרת ההטרדה המינית. אם בהקשרים משפטיים אחרים המעוול או הנאשם הוא שנחשף לבחינה האם הוא 'סביר', נמצא כי בהקשר של הטרדה מינית דווקא התובעת המוטרדת – כלומר: בדרך כלל האשה שבסיפור – היא העומדת למבחן הסבירות (השאלה 'האם יצור סביר היה חש מוטרד מהתנהגותו של המטריד' משמעה 'האם המתלוננת חשה כפי שהיה יצור סביר חש בנעליה', ובמילים אחרות: 'האם היא יצור סביר'). כך המתלוננת היא



שנמצאת חשופה, חשודה, מצטדקת ובודקת את עצמה. בין שתזכה ובין שתפסיד, בין שהמטריד יוגדר כמפלה ובין שלא, היא זו שנמדדת בקפידה: האם סבירה היא או לא. קרבן ההטרדה מועמדת במקומו (המשפטי) של המעוול או הנאשם, והופכת בכך ל'מעין-עברייין'. בהקשר של עבירת האונס מקובל לדבר על גישה כזו כלפי מתלוננת כעל 'האונס השני' שהיא עוברת במסגרת ההליך המשפטי. הדבר חמור לא פחות בהקשר של הטרדה מינית, וכמו בהקשר האונס, יש בו כדי להרתיע נשים שהוטרו מלהתלונן. השורה התחתונה היא כי לא מבחן 'האדם הסביר' ולא מבחן 'האשה הסבירה' עומדים בביקורת, ולכן כל פרשנות להלכת בית-המשפט האמריקני העליון בעניין *Harris* תהיה, בהכרח, גרועה. משמע: הרצוי הוא שלא להשתמש ב'מבחן האובייקטיבי' כלל, שכן יהא 'היצור הסביר' שיקרא למלאו בתוכן אשר יהא, הוא לא יוכל לעמוד בביקורת החזקות שניתן להטיח בו.

#### 4. תפירת ההטרדה המינית על-פי מידות התופעה בעולם העבודה

הטרדה מינית יכולה להתרחש ברחוב, בבית, בקולנוע, באוטובוס, בבית-הספר, באוניברסיטה, ביחסים בין רופא למטופל, בין עורך-דין ולקוח, בין פקיד בנק לבעל חשבון, ובכל מקום בו אנשים באים במגע אלו עם אלו. בכל אחד מן ההקשרים הללו יכול שיהיו להטרדה המינית מאפיינים ייחודיים, ואף על פי כן, בכל ההקשרים הטרדה היא: היא כופה על המוטרדת סטריאוטיפים 'נשיים' הפוגעים בה ומערערים את שלווה, ו/או חושפת את המוטרדת לדרישות מיניות מבזות ומאיימות. ההתמקדות בהטרדה המינית במקום העבודה מבחינה ומבדילה בין הטרדה כזו לבין הטרדות מיניות בכל מקום והקשר אחרים. היא גורמת לפיתוח משפטי של יסודות בתופעת ההטרדה המינית שהם טיפוסיים להטרדות במקומות עבודה, וגורמת לזיהוים של יסודות אלה עם מושג ההטרדה המינית בכלל תוך הזנחת אלמנטים אחרים, המאפיינים הטרדות מיניות בהקשרים אחרים. אני סבורה כי הבחנה והתמקדות כאלה, כפי שאכן התרחשו במשפט האמריקני, פוגעות ביכולת לטפל כראוי בהטרדה המינית בשלל הקשרי החיים האחרים. ההתמקדות בהקשר העבודה הביאה לכך שהאחריות להטרדה מינית מוטלת במשפט האמריקני על המעביד, הנתפס כאחראי לזכותם של עובדיו לשוויון. אחריות המעביד היא נושא מרכזי בדוקטרינת ההטרדה המינית, אשר זוכה לטיפול רב. אולם, בהטרדה מינית ברחוב, למשל, אחריות מעביד אינה מושג

לרונטי. ההתקבעות על מושג אחריות המעביד מונעת חשיבה יצירתית להטלת אחריות על המטריד עצמו, שהיא הכרחית לשם טיפול נאות בהטרדה ברחוב. לשם המחשת הטענה כי ההתמקדות בעולם העבודה עלולה להאפיל על הטיפול בהטרדות מיניות המתרחשות מחוץ להקשר זה קחו, למשל, שכן המתמיד בבקשותיו משכנתו לשכב עמו, מציף את תיבת הדואר שלה במכתבים בנושא זה, משאיר לה הודעות טלפוניות ומצביע עליה בפני חברים ברדתה במדרגות הבית המשותף. שכן כזה בוודאי מטריד מינית, אף שאין בין הצדדים יחסי עבודה כלשהם. התנהגותו עלולה לגרום למוטרדת חשש לצאת מן הבית ולהיכנס אליו; היא עלולה לפחד לישון בביתה לבד; המתח הנפשי עלול לפגוע בתפקודה הכללי, והיא עלולה להרגיש מחויבת לעבור דירה, אף אם אין היא מעוניינת או שאינה יכולה לעשות כן מבחינה כלכלית. בעולם משפטי בו יסודות ההטרדה המינית מפותחים בעיקר בהקשר העבודה, הטרדה כזו עלולה שלא להיתפס כהטרדה מינית, ולא לזכות למלוא הטיפול ההולם.

שיטת משפט המבקשת לטפל בשיטתיות בסוגיית ההטרדה המינית, צריכה להתייחס אל ההטרדה המינית כאל תופעה כוללת. ככזו, יש להגדיר את יסודותיה הבסיסיים, המאפיינים אותה בכל מקום ובכל זמן, כמו גם את הנזקים שהיא גורמת בכל הקשר ואת הערכים החברתיים בהם היא פוגעת בביטוייה המגוונים. הטרדה מינית במקום העבודה צריכה להיות מקרה פרטי של מבנה כולל זה. כמקרה פרטי, אולי ראשון בין רבים, על ההטרדה המינית במקום העבודה לזכות בטיפול במאפייניה הייחודיים, כשם שגם סוגים אחרים של הטרדות מיניות זכאים להתייחסות פרטנית למאפייניהם.

## 5. חקיקה שיפוטית לעומת חקיקה ראשית

אף שהיא נסמכת אל הוראה חקוקה (סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות) במשפט האמריקני, הסוגייה המשפטית של הטרדה מינית היא יצירה שיפוטית. על אף מרכזיותו של ערך השוויון ועל אף חשיבותן של הזכויות הכלכליות, דומה כי המחוקק האמריקני אינו להוט לחוקק הוראות שמטרתן קידום נשים ותוצאתן עלולה להיות הגבלת חירויות הביטוי, ההתנהגות וההתקשרות המקצועית בין אזרחים. דומה, כי ערכים אלה גוברים, בפרלמנט האמריקני, על הערך של קידום מעמד האשה.

אולם, דומני כי סוגיית ההטרדה המינית היתה מטופלת באופן רחב, שיטתי, אחיד והחלטי יותר, לו הוסדרה בחקיקה ראשית מפורטת. ניתן בהחלט להצביע על יתרונות המסלול של חקיקה שיפוטית בהקשר מסוים זה. בתי-המשפט, שנוכחו בריבוי האירועים של הטרדה מינית ועמדו מקרוב על חומרתם, נפתחו עם הזמן להכיר ברצינות הנושא, והרחיבו בהתמדה את ההלכה ואת נפקויותיה. ייתכן כי המחוקק, לו נאות בכלל להתייחס לעניין זה, היה מסתפק בהגדרה מצומצמת יותר, וזו לא היתה יכולה להתפתח כשם שהתפתחה ההלכה בחקיקה השיפוטית. עם זאת, גם מגבלותיה של החקיקה השיפוטית ניכרות היטב בהיסטוריה הקצרה של יצירת התחום ועיצובו, כפי שהוצגה לעיל. די להזכיר את ריבוי ההלכות הסותרות – חלקן קשות ומזיקות – שנפסקו בבתי-המשפט השונים, את הערפל המתמשך ביחס לסוגיות מרכזיות (כמו אחריות מעביד) ואת השימוש השיפוטי במבחן 'האדם הסביר' שאינו הולם תחום זה.

האיסור על הטרדה מינית הוא חידוש נורמטיבי רפורמטורי, המשנה סדרי בראשית בחברה. ככזה, מן הראוי, לדעתי, שיעוצב באופן שיטתי ומושכל על-ידי בית המחוקקים, ויזכה בגיבוי החוקי המדויק והמחייב ביותר בשיטת המשפט.

## 6. סיכום ביניים

הניסיון האמריקני העשיר בטיפול בהטרדה מינית יכול להוות מקור השראה, כמו גם בסיס רחב להפקת לקחים. התפתחות העילה המשפטית של הטרדה מינית בארצות-הברית מלמדת, בראש ובראשונה, כי הנושא ניתן לטיפול משפטי, וכי טיפול משפטי רציני יכול להשפיע במידה משמעותית על המציאות החברתית. המקרים הרבים שנדונו בפני בתי-המשפט האמריקניים מדגימים טיפוסים רבים ומגוונים של התנהגויות שיכולות לכונן הטרדות מיניות, ויכולים להוות 'מאגר נתונים' להגדרת התנהגויות אסורות.

מן הביקורת שהוצגה ביחס לדוקטרינה האמריקנית אני מסיקה כי הטרדה צריך שתטופל בחקיקה ראשית, מפורטת וכללית, שאינה ייחודית רק לעולם העבודה, שאינה מתמקדת בהבחנה הקטגורית בין הטרדה מסוג *quid pro quo* לבין הטרדה מסוג סביבה עוינת, שאינה מסתמכת לשם הגדרת ההטרדה המינית על 'יצורים סבירים' למיניהם, ואשר גוזרת את התייחסותה להטרדה מינית מבסיס ערכי רחב ולא מעקרון השוויון לבדו. אחריות המטריד (או המעביד, בהקשר של עבודה)

צריכה להיות קבועה באופן החלטי וברור, ויש להימנע מניסוחים שיעמידו את המוטרת, התובעת, ל'מעין משפט' על אישיותה, סגנון לבושה ואופן התבטאותה.

### חלק שלישי: הטרדה מינית במשפט הישראלי

[כאן הושמטו סעיפים 1 ו-2 של החלק השלישי, המנתחים את ההיסטוריה של הטיפול בהטרדה מינית בישראל בשנים 1988-1998. הקוראים מוזמנים לפנות אל המאמר המקורי (הערת העורכת).]

### 3. סיכום ומסקנות: הצעה לחקיקה ראשית כללית, המגדירה הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם וחירותו

בראשית הדברים הזכרתי כי השוויון הוא ערך מרכזי באתוס התרבותי ובמשפט בארצות-הברית, וכי על כן יש טעם והיגיון בהגדרתה של הטרדה מינית כסוגייה של הפליה בהקשר האמריקני. השוויון איננו ערך מרכזי באתוס התרבותי ובמשפט בישראל. על אף אזכורו – כמעט בחטף – בהכרזת העצמאות, ולמרות הכרזות חוזרות ונשנות במישור הציבורי, לא זכה השוויון למעמד חוקתי חרות, וזאת מסיבות חברתיות ופוליטיות המוכרות היטב לקוראת ולקורא הישראליים. בהעדר חוקה כתובה, המעגנת את עליונותו של ערך השוויון, מכיל ספר החוקים הישראלי חקיקה ראשית ניכרת שאיננה שוויונית: חוק שיווי זכויות האשה, שאיננו מחיל את זכות האשה לשוויון על תחום המעמד האישי, וחוק השבות, המעניק למתאזרחים יהודים עדיפות על פני מתאזרחים לא יהודים, הם שתי הדוגמאות הבולטות והמוכרות ביותר. זהו נושא רחב כשלעצמו, ולא זה המקום להעמיק בו; אולם המסקנה הנגזרת ממצב עניינים זה היא כי הסמכת ההטרדה המינית אל ערך השוויון אינה בהכרח הדרך היעילה ביותר להצגתה לציבור הישראלי ולמחוקק הישראלי.

אולם, תופעות חברתיות כמו הטרדה מינית ניתנות להגדרה ערכית, אידיאולוגית ומשפטית, מתוך פריזמות שונות. מנקודות מבט שונות, אותה תופעה עצמה יכולה להיות, בעת ובעונה אחת, גם פגיעה בשוויון וגם פגיעה בערכים אחרים. כך, למשל, אני סבורה כי מנקודת מבט פמיניסטית, הטרדה

מינית היא אמנם פגיעה בשוויון, אך מנקודת המבט הרווחת בחברה ובמשפט בישראל, הטרדה מינית היא בראש ובראשונה פגיעה בכבוד האדם וחירותו. עד השנים האחרונות לא נתנה מערכת המשפט הישראלית את דעתה לשאלה מהו הערך המרכזי העומד בבסיס המשפט והחברה בישראל. ציונות, הגשמה, חלוציות, צדק חברתי, שוויון, מיזוג גליות, תקומה יהודית, שלום, ביטחון, פיתוח הארץ לטובת כל תושביה – כל אלה וערכים רבים נוספים היוו נדבכים מרכזיים ובלתי נפרדים מן האתוס התרבותי של החברה הישראלית, שמשקלם השתנה עם הזמנים, והם מצאו את ביטויים בשיטת המשפט הישראלית. רק לאחרונה, בשנת 1992, קבעה הכנסת ערך מרכזי בלב החברה והמשפט כאחד – 'כבוד האדם וחירותו'. הורתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו במאבקי כוחות פוליטיים, ומיד עם בואו לעולם היה לעין הסערה בוויכוח החברתי הקשה בעניין ערכיה של החברה הישראלית ובעניין סמכויותיהן של רשויות השלטון במדינה. בין אם הערך 'כבוד האדם וחירותו' חולל 'מהפכה חוקתית' כזו או אחרת ובין אם לאו, עובדה אחת היא מוגמרת ולא נותר אלא לברך עליה: 'כבוד האדם וחירותו' היה לערך המרכזי של שיטת המשפט, ומשם הוא עושה דרכו במהירות אל עבר לב האתוס התרבותי הישראלי.

דומני כי הבחירה בצירוף 'כבוד האדם וחירותו' מתיישבת היטב עם היבטים רבים ומגוונים של עולם הערכים והדימויים (במיוחד הדימויים העצמיים) של החברה הישראלית. 'כבוד האדם וחירותו' מכיל עצמאות וחופש 'צבריים', 'אנטי-גלותיים'; הוא מביע עמדה של עצמה, גאון, כבוד עצמי וביטחון עצמי; הוא מבטא תקומה וקוממיות בהכרזו על ניצחון 'כבוד האדם היהודי' אשר (על-פי התפיסה הציונית) כה הושפל בגולה בכלל ובשואה בפרט; הוא מתחבר עם ה'כבוד' היס-תיכוני והמזרח-תיכוני כאחד, שהישראליות אימצה ומאמצת לעצמה; הוא אוניברסלי ופרטיקולרי כאחד, והוא מתקשר אפילו לכבוד האדם כצלם אלוהים. לא זה המקום להרחיב בסוגייה זו, ובכוונתי לעשות זאת במקום אחר; אך לענייננו, בין שהבחירה היתה ראויה מבחינה תיאורטית וערכית ובין אם לא, היא בוודאי היתה אפקטיבית, ועם הצלחה אין מתווכחים. די בעיון שטחי בפסיקת בית-המשפט העליון הישראלי בשנים האחרונות כדי להיווכח כי בית-המשפט העליון כבר נדרש לקבוע לגבי מאות התנהגויות – מכל סוג, ככל תחום ובכל הקשר – כי הן מהוות פגיעה בכבוד האדם וחירותו. 'כבוד האדם וחירותו' ממלא את אולמות בתי-המשפט, את פסקי-הדין ואת המאמרים המשפטיים; הוא

מציף את הרטוריקה המשפטית, ודומני כי נקלט ואומץ על ידי הציבור הרחב עד שמרכזיותו כבר הפכה למובנת מאליה. הניסוח המשפטי היה למציאות חברתית. אשר לתכניו הספציפיים של ערך כבוד האדם וחירותו – אלה הולכים ומתגבשים, הולכים ומוגדרים, באינטראקציה המתמדת שבין פניות הציבור והמשפטנים המייצגים אותו לבין המערכת השיפוטית, ובית-המשפט העליון בראשה. 'כבוד' ו'חירות' נושאים עמם מטען ערכי מסוים בהקשר הישראלי, ופרטיו ייקבעו בהליך השיפוטי. כפי שניסח זאת נשיא בית-המשפט העליון:

תוכנו של 'כבוד האדם' ייקבע על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. בבסיסו של מושג זה עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו, וזאת במסגרת החברתית שעמה הוא קשור ושבה הוא תלוי. 'כבוד האדם' משתרע על מגוון רחב של היבטים אנושיים.<sup>26</sup>

אם נשוב לסוגיית ההטרדה המינית, הרי שכשם שבארצות-הברית ייתכן שהיה זה נכון להגדיר את תופעת ההטרדה המינית כפוגעת בערך השוויון, כך בישראל נכון להציג את ההטרדה המינית כפוגעת בראש ובראשונה בכבוד האדם וחירותו. הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד האדם וחירותו, מכיוון שהיא פוגעת בכבודו העצמי ובכבודו החברתי של האדם המוטרד, ובחירותו הרוחנית, הגופנית והמינית. הטרדה מינית פוגעת בכבודו של אדם על-ידי התעלמות מרצונו ועל-ידי שלילת זכותו לאוטונומיה מלאה ולשליטה בלעדית בגופו ובמיניותו. היא משפילה ומבזה את אנושיותו על-ידי התייחסות אליו כאל אובייקט מיני לשימוש של המטריד, כלומר: כאל גוף ללא נפש. היא פוגעת בזכותו להגדרה עצמית משוחררת מסטריאוטיפים מיניים, פטריארכליים או אחרים, שאינם רצויים לו. הטרדה מינית פוגעת בפרטיותו העמוקה ביותר של האדם המוטרד. היא חושפת אותו לאינטראקציה הנוגעת, בעל כורחו, בתחומים האינטימיים והאישיים שהוא זכאי להגן עליהם מפני פלישה גסה ובלתי מוזמנת. היא חותרת תחת ביטחונו

26 השופט ברק (כתוארו אז), בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד (מז) 26.827,812.

העצמי ומונעת ממנו הנאה ושלוות נפש. הפלייתו של אדם המוטרד מינית לעומת אנשים אחרים אף היא פוגעת בכבודו, ואת הפגיעה שפוגעת ההטרדה המינית במעמד האשה בחברה ניתן לתרגם לפגיעה בכבוד האשה.

הגדרת הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם וחירותו היא הגיונית ובעלת משמעות בחברה הישראלית, בשפה העברית ובמשפט הישראלי. בקרב מדגם לא מייצג של ישראלים, חלקם משפטנים, שבפניהם הצגתי הגדרה זו, היא נשמעה לא רק נכונה, אלא אף מובנת מאליה. יתרה מזאת, אף נשיא בית־הדין לעבודה, כבוד השופט סטיבן אדלר, אמר דברים ברוח זו, ואף כי נותר במקרה הנדון בעמדת מיעוט, יתכן שתפיסתו תאומן על־ידי שופטים נוספים.<sup>27</sup> הגדרת ההטרדה המינית כפגיעה בכבוד האדם וחירותו אף טומנת בחובה קנה־מידה לבחינה האם אירוע נתון עולה כדי 'הטרדה מינית': אם הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד האדם וחירותו, אזי הטענה כי התנהגות מסוימת מהווה הטרדה מינית היא טענה כי התנהגות זו פוגעת בכבוד האדם וחירותו. טענה אחרונה זו יכול בית־המשפט לבחון בעזרת מומחיותו המצטברת, ולאור העמדות הערכיות שהוא משקף, מבטא, מחזק ויוצר. הוא יכול לפסוק בה בלא להיזקק למבחן המסוכן של 'האדם הסביר', 'האשה הסבירה' או כל יצור סביר אחר. גם הציבור הרחב יכול לבחון לגבי כל התנהגות האם בנסיבות העניין היה בה כדי לפגוע בכבוד המוטרד וחירותו. אשר לממד ה'הסברתי': יתרון ההגדרה המוצעת הוא כי במסגרתה, האיסור על הטרדה מינית משמעותו 'אל תנהג באופן מיני הפוגע בכבודו וחירותו של האדם שעמו אתה בא במגע'. אף שהוראה כזו היא לכאורה רחבה ולא מסוימת, דומני כי בהקשר החברתי הישראלי הקיים היא בעלת משמעות ברורה למדי.

בשולי עניין זה אציין, כי הסמכת ההטרדה המינית אל כבוד האדם וחירותו אינה פיתרון מושלם בעיניי. כבוד האדם וחירותו נתפסים כערכים אינדיבידואליסטיים במידה רבה, ועלולים להסוות את אופיה של ההטרדה המינית כתופעה חברתית המדכאת, על־פי רוב, נשים בחברה. אולם, גם ערך השוויון היה אינדיבידואליסטי בלבד עד שפותח בכיוונים נוספים, וייתכן כי ניתן יהיה לצקת תכנים קבוצתיים ומעמדיים גם לערכים של כבוד האדם וחירותו. זוהי

27 דב"ע נ/293-3 פלונית – חברת אלמונית בע"מ (טרם פורסם), סעיף 3 לפסק־דינו של הנשיא אדלר.

משימה ראויה גם מעבר להקשר המסוים של הטיפול בהטרדה מינית. במקביל, ניתן להוסיף ולקשר את ההטרדה המינית גם עם הפגיעה בשוויון, בתקווה כי עם הזמן יתגלו הציבור ומערכת המשפט לתפיסה זו ואולי אף יקבלוה.

הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם וחירותו יכולה להיחשב כאסורה על-ידי חוק היסוד עצמו. לכאורה, ניתן להניח לבתי-המשפט לפרש חוקים ספציפיים – כמו חוק שוויון הזדמנויות בעבודה – לאור הגדרת הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם וחירותו; אולם גישה זו, אף שהיא אפשרית, איננה אופטימלית. ראשית, היא מטילה נטל כבד הן על הציבור, הן על ציבור המשפטנים והן על המערכת השופטת; שנית, ההגדרה הצרה של הטרדה מינית בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה תקשה מאוד על בתי-המשפט להרחיב את המושג בעזרת 'כבוד האדם וחירותו'; שלישית, גישה זו תוביל לטיפול חלקי ומפוזר בתופעת ההטרדה המינית, במקום להתמודדות מערכתית רחבה עם התופעה על כל פניה; רביעית, התפתחות כזו עלולה להוליד קשיים מסוג אלה שהולידה החקיקה השיפוטית האמריקנית בנושא ההטרדה המינית, לרבות ההסתמכות על 'יצור סביר' זה או אחר. מעבר לכך, איסור רחב על הטרדה מינית הוא מהפך נורמטיבי חשוב ומשמעותי, וראוי כי הוא יבוצע בחקיקה ראשית.

לאור כל האמור עולה, כי הדרך הרצויה ביותר להתמודד עם תופעת ההטרדה המינית במשפט הישראלי היא חקיקה ראשית למניעת הטרדה מינית בכל תחומי החיים, שתגדיר את ההטרדה המינית בראש ובראשונה כפגיעה בכבוד האדם וחירותו. לאחר קביעה ערכית זו, ראוי לפרט בחוק כמה סוגי התנהגות טיפוסיים, המכילים את ההתנהגויות הספציפיות המהוות הטרדות מיניות. רשימה כזו צריכה להכיל את מגוון סוגי ההטרדה המינית שהוכרו במהלך עשרים שנות הניסיון האמריקני בתחום זה, מבלי ליצור הפרדה מלאכותית בין הטרדות מסוג *quid pro quo* והטרדות מסוג 'סביבה עוינת'. על הרשימה להיות מפורטת דיה כדי לסייע לציבור ולמערכת השופטת לבחון ולסווג אירועים ספציפיים, ועם זאת כללית דיה כדי לא לחסום אפשרות טיפול בהתפתחויות עתידיות בלתי צפויות. עליה להיות ברורה והחלטית דיה כדי למנוע פרצות שיזמינו את השימוש ב'יצורים סבירים' למיניהם.

על דבר החקיקה לקבוע כי הטרדה מינית היא עוולה אזרחית, עבירה פלילית והתנהגות אסורה במסגרת דיני העבודה. קביעת הטרדה מינית כעוולה אזרחית נותנת ביטוי להשקפה כי הטרדה מינית גורמת נזק למוטרד/ת, וכי החברה מכירה



בנזק זה כחמור דיו כדי להצדיק פיצוי בגינו. כדי להבהיר כי עצם ההטרדה היא כשלעצמה הנזק שנגרם, יש לקבוע כי בית-המשפט רשאי לפסוק לתובע פיצוים אף ללא הוכחת נזק שהוא נבדל מעצם ההטרדה המינית, כלומר: עצם הוכחת ההטרדה המינית היא גם הוכחה כי נגרם נזק. עם זאת, על החוק להבהיר כי תובע זכאי לפיצוי נוסף בגין כל נזק נוסף שנגרם לו, מוחשי ומופשט כאחד, כמו כאב וסבל, עגמת נפש, אבדן השתכרות וכיו"ב.

האיסור הפלילי על הטרדה מינית נועד להביע את חומרת התופעה, ולקבוע כי בכל התנהגות של הטרדה מינית פוגע המטריד לא רק בנפגע המסוים, אלא בחברה כולה ובערכי היסוד שלה. מכיוון שהטרדה מינית פוגעת בכבוד האדם, בחירות, בשוויון ובפרטיות, הרי שערכים חברתיים אלה ראויים להגנה מפורשת והחלטית במסגרת החוק הפלילי. נוכח החידוש שבהגדרת הטרדה מינית כפוגעת בערכים חברתיים בסיסיים, יש להבהיר לציבור את הקשר בין הטרדה מינית לבין פגיעה בערכים אלה. מקומה של הבהרה עקרונית כזו במסגרת דיני העונשין. זאת ועוד: המשפט והחברה הישראליים ידועים בנטייתם ל'פליליזציה' יתרה. תופעה זו אינה בהכרח רצויה, אולם בפועל, הגדרתה של תופעה כפלילית היא אולי האמצעי המשפטי היחיד המתפרש על-ידי הציבור כהבעת עמדה ממלכתית, ערכית, 'רצינית' ומחייבת. הטיפול בהטרדה המינית אינו יכול להתעלם ממצויאות פסיכו-משפטית זו.

בצד ההוראות האזרחיות והפליליות הרחבות, על דבר החקיקה להתייחס מפורשות להיבטים המיוחדים של הטרדה מינית בעולם העבודה. יש לקבוע הנחיות ברורות למעביד כיצד עליו למנוע הטרדה מינית על-ידי עובדיו ובמקום העבודה. הדין הקיים קובע אחריות רחבה של המעביד להתנהגויות של עובדו במסגרת העבודה, אולם בהקשר ההטרדה המינית אין להסתפק בהוראות החוק הכלליות, ויש לקבוע באופן ברור מהי אחריות מעביד להטרדה שבוצעה על-ידי עובדו בהקשר העבודה. אני סבורה כי יש להחיל אחריות מעביד מלאה על כל הטרדה שבוצעה על-ידי עובדו, בין שההטרדה בוצעה בעובד אחר, בלקוח, במקבל שירות או בכל אחד אחר – ובלבד שההתנהגות התרחשה במסגרת העבודה, במקום העבודה או במסגרת יחסי העבודה. בכל ההקשרים הללו המעביד נושא באחריות מוסרית להתנהגות עובדו, ומבחינה מעשית הוא בעל שליטה על ההתנהגות, מכיוון שביכולתו לפקח, להתריע, לעודד תלונות ולענוש. אחריות המעביד צריכה, לכן, להיות רחבה. עם זאת, אני סבורה כי יש לפטור אותו ממנה לחלוטין אם נקט את

כל הצעדים שהחוק מטיל עליו לנקוט. צעדים אלה צריכים להיות קביעת מדיניות ברורה האוסרת הטרדות מיניות, הבטחת אפשרות נגישה ויעילה להגשת תלונה בגין הטרדה מינית בהקשר העבודה, וטיפול רציני בתלונה כזו משהוגשה. אחריות המעביד צריכה להיות רחבה גם מבחינת היקף תחולתה, כלומר: יש להחילה על המדינה ועל כל מוסדותיה, גם אלה שאינם מוגדרים בדרך כלל כ'מעבידים' לפי כללי העבודה הרגילים: הצבא, המשטרה ושירות בתי-הסוהר. חשיבות מיוחדת יש להחלת החוק על הצבא. רבים מאוד מאזרחי המדינה משרתים בצבא. עבור מרביתם השירות אינו התנדבותי אלא בבחינת חובה, ועבור מרביתם זוהי ההתנסות הראשונה בעולם של מעין יחסי עבודה. הדפוסים שבהם נתקלים החיילים והחיילות בצבא ושאותם הם רוכשים יכולים לעצב עבורם דימויים עצמיים, כמו גם השקפות עולם ודפוסי התנהגות לעתיד. הטרדה מינית בצבא עלולה, לכן, להיות בעלת השלכות משמעותיות ושליליות במיוחד הן למוטרדים והן למי שמסגלים לעצמם את ההרגל להטרד. מכיוון שהמסגרת הצבאית ידועה כסקסיסטית יותר ממסגרות אחרות, חשוב במיוחד להתמודד עם ההטרדה המינית דווקא שם.

#### 4. החוק החדש למניעת הטרדה מינית

במרץ 1997 אישרה הכנסת בקריאה טרומית הצעת חוק פרטית, שהונחה על שולחן הבית (בנובמבר 1996) מטעם חברות וחברים בוועדת הכנסת לקידום מעמד האשה, וכותרתה 'איסור הטרדה מינית על-ידי מי שמנצל מרות או תלות, לרבות נותני שירות, מחנכים ועוד, התשנ"ז-1996'. במהלך הכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה אימצה הוועדה את רוח הדברים שהוצגו ברשימה זו ואת דגם החקיקה שהוצע בה. כתוצאה מכך הורחבה הצעת החוק המקורית, וכותרתה הוסבה, בהתאם, ל'חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ז-1997'. הצעת החוק המורחבת אושרה על-ידי מליאת הכנסת בקריאה ראשונה ביום ה-29 בנובמבר 1997 ובקריאה שנייה ושלישית ב-10 במרץ 1998.

החוק למניעת הטרדה מינית קובע כי הטרדה מינית היא תופעה חברתית קשה, הפוגעת בערכים חברתיים מרכזיים, לרבות כבוד האדם, חירותו והזכות לשוויון. מתוך גישה חברתית ומשפטית רחבה, החוק נוקט מהלך משולב: הוא מגדיר הטרדה מינית והתנכלות בגינה הן כעוולות והן כעבירות; עוד הוא קובע

הליך מיוחד לטיפול בהטרדה מינית שהתרחשה במסגרת יחסי עבודה, וסעדים מיוחדים לפגיעה עקב הטרדה מינית במסגרת יחסי עבודה. החוק מגדיר את טיפוסיה ההתנהגות המכוננים הטרדה מינית בפירוט ובדיוק, כדי להבהיר לציבור הרחב את המשמעויות המעשיות של הנורמה החקוקה החדשה, וכדי להקל על הרשות השופטת בזיהוי המקרים שיש להחיל עליהם את החוק. ההגדרות אינן נזקקות להבחנה הקטגורית בין הטרדה מסוג *quid pro quo* ובין הטרדה מסוג 'סביבה עוינת', אך הן מתייחסות במפורש לטיפוסי ההתנהגות הספציפיים שהוגדרו במשפט האמריקני כסוגים של הטרדה מינית. ההגדרות אינן נזקקות לדמות 'האדם הסביר', ויתרה מכך, הן מנוסחות בקפידה באופן שאינו מתיר את השימוש בדמות בדיונית כלשהי בהקשר הגדרת הטרדה המינית. ההגדרות מתייחסות להטרדה מינית באשר היא, אך הן מייחדות התייחסות ספציפית להטרדה מינית הקשורה לעולם העבודה ולהטרדה מינית המכילה ניצול לרעה של סמכות.

חלקו האחרון של המאמר, המתאר את החוק הישראלי החדש לפרטיו, הושמט מן הקובץ שלפנינו. במקומו מכיל הקובץ בעמ' 155-173 את תיאור החוק כפי שהוא מופיע בספרה של אורית קמיר כבוד אדם וחיה (הערת העורכת).



שער שלישי

האיסור הפלילי על הטרדה מילולית:  
הצגה, הערכה וסוגיות לעיון



## מבוא ליאת לבנון

שער זה מכיל ארבעה פרקים. לפרק הרביעי, שכותרתו "החוק, מטרותיו והערכתו לאורן", יעד מוגבל: הצגת החוק בניסוח נהיר ופשוט, מתוך הדגשת מטרותיו, והערכת המידה שבה הוא הצליח להשיג מטרות אלו.

הפרק החמישי מוכתר בשם "עוד על כבוד ושוויון". בעקבות חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית התפתח בישראל ומחוצה לה הדיון בשאלת עיגונה של ההגנה המשפטית מפני הטרדה מינית, קרי: האם יש לעגן את ההגנה המשפטית מפני הטרדה מינית בכבוד האדם או שמא יש לעגנה בזכות לשוויון דווקא? (ניצניו של הדיון הזה הוצגו בשער השני.) הפסיקה המצטברת מאפשרת ניתוח מושכל יותר של השאלה. נויה רימלט מפקפקת בכחירה הישראלית לעגן את ההגנה האמורה בכבוד האדם. סוון באר מנתחת את הסוגיה מן הזווית האירופית והגרמנית, נוסף על זו האמריקנית. באר עומדת על חסרונותיהם של מודלים דיכוטומיים – התולים את ההגנה אך ורק בזכות לשוויון או לחלופין אך ורק בזכות לכבוד – ומפרטת את יתרונותיו של מודל משולב. אורית קמיר מגיבה לביקורות השונות ולרעיונות החדשים.

הפרק שישי עוסק בשימוש במשפט הפלילי ככלי לשינוי חברתי. פרק זה מצמצם את הזווית ומתמקד באיסור הפלילי על הטרדה מינית מילולית. המאמר הראשון, מאת מרדכי קרמניצר וליאת לבנון, מבקר את השימוש שעושה החוק בדיון הפלילי במטרה להניע תהליך של שינוי חברתי ביחס להטרדות מילוליות. המאמר השני מביא את תשובתה של אורית קמיר לביקורת. התשובה, יש לציין, אינה מתמקדת בהטרדות מילוליות בלבד, בהתאם לעמדתה של קמיר הגורסת שההבחנה בין הטרדות מילוליות להטרדות פיזיות אינה תקפה. במאמר האחרון מותחת ארנה קזין ביקורת על האיסור הפלילי בהגדרה אותו 'איסור פטרנליסטי'. הפרק השביעי, שהוא הפרק האחרון באסופה, עוסק בהרחבה בהתנגשות האפשרית בין איסור על הטרדה מינית מילולית לבין ההגנה החוקתית על חופש הביטוי. למרות דחיפותה של הסוגיה, העיסוק בה במשפט הישראלי הוא מזערי.

מתוך רצון לעורר דיון אמתי בשאלות הקשות בחרתי להביא כמה מאמרים מאת חוקרים ומשפטנים אמריקנים הדנים בסוגיות הללו. פרדריק שאוואר, ג'ק בלקין ודורות'י רוברטס מבקשים להראות כיצד אפשר ליישב בין ההוראות החוקתיות ובין הוראות החוק. לעומתם, קינגסלי בראון סבור כי במשטר של הגנה חוקתית על חופש הביטוי אין מקום לאיסור על הטרדות מיניות מילוליות.

יש לזכור כי הכתיבה האמריקנית ניזונה מן ההקשר המשפטי האמריקני ומתאימה לו. בעיקר נכון הדבר כאשר מדובר בדיני חופש הביטוי האמריקניים, השונים מן הדינים הישראליים המקבילים. מתברר אפוא כי אי־אפשר לייבא את הדיונים כפי שהם לתוך ההקשר הישראלי. ובכל זאת הדיון הענף המתנהל בארצות הברית יכול לשמש פתיח ומצע לדיון ישראלי מקורי, כפי שקרה, וקורה, בכל סוגיה הנוגעת לחופש הביטוי.



## פרק רביעי החוק, מטרותיו והערכתו לאורן

### החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית – העקרונות

#### אורית קמיר

החוק למניעת הטרדה מינית קובע כי הטרדה מינית היא תופעה חברתית נפוצה הפוגעת בפרטים רבים ובערכים חברתיים מרכזיים, לרבות כבוד האדם וזכות האישה לשוויון. מתוך גישה חברתית ומשפטית רחבה, החוק נוקט מהלך משולב, מקורי ויוצא דופן, ושולל הטרדה מינית הן באיסור פלילי (כלומר בהגדרת עברה השייכת לדין העונשי), הן במסגרת דיני הנזיקין והן באמצעות דיני העבודה. בשונה ממרבית שיטות המשפט, המסתפקות בהתייחסות להטרדה המינית אך אינן מתיימרות להגדירה, החוק הישראלי מגדיר את טיפוסי ההתנהגות המכוננים הטרדה מינית בפירוט ובדיוק המרביים האפשריים במסגרת חקיקה ראשית. זאת כדי להבהיר לציבור הרחב את המשמעויות המעשיות של הנורמה החקוקה ולהקל על הרשות השופטת בזיהוי המקרים שיש להחיל עליהם את החוק. ההגדרות מתייחסות לכל הטרדה מינית בכל מקום ובכל הקשר אך גם מייחדות התייחסות מפורטת להטרדה מינית הקשורה בעולם העבודה, ולהטרדה מינית המכילה ניצול לרעה של סמכות.

ההגדרות אינן מבחינות בין הטרדה שמכונה בארצות-הברית *quid pro quo* ובין הטרדה המכונה שם סביבה עוינת, אך מתייחסות במפורש לטיפוסי ההתנהגות הספציפיים שהוגדרו בשיטת המשפט האמריקאית כסוגים של הטרדה מינית.

חלק מתוך הפרק: 'המתכונת של המאבק הישראלי בתופעת ההטרדה המינית', בתוך: אורית קמיר, כבוד אדם וחיה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי, ירושלים: כרמל, 2007, עמ' 304-318.

ההגדרות אינן מתנות התרחשותה של הטרדה מינית בכך שהתחולל שינוי מהותי בתנאי העבודה של מושא ההטרדה. הן אינן נסמכות על דמות 'האדם הסביר' או כל דמות בדיונית סבירה אחרת.

**מטרת החוק: הערכים שההטרדה המינית פוגעת בהם.** החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית פותח בסעיף הצהרתי שכותרתו 'מטרת החוק' והוא מבהיר מהם הערכים שעליהם נועד החוק להגן:

חוק זה מטרתו לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים.

זוהי הצהרת כוונות עקרונית המעגנת את כל ההסדרים הקבועים בחוק בהשקפת עולם ערכית רחבה, ברורה וקוהרנטית. השקפת עולם זו צורפת יחדיו מספר ערכי יסוד הומניסטיים וליברליים ושוללת את ההטרדה המינית כתופעה הפוגעת בכולם. סעיף מטרת החוק מזמין את הציבור ואת מערכת המשפט להבין את הוראותיו הפרטניות של החוק, לפרשן, להחילן ולאוכפן לאור מטרתו המוצהרת של החוק לקדם ולאכוף השקפת עולם זו.

הערך הראשון הנמנה בסעיף המטרה הוא כבוד האדם. החוק אמנם אינו מפרש כי המדובר בכבוד הסגולי ובכבוד המחיה, ואולם המבוא לדברי ההסבר שנלוו להצעת החוק מבהיר זאת בפירוט והבחנה שמציגה המחברת בין 'כבוד סגולי' ל'כבוד מחיה' מוסברת ומפותחת בפרק 10 לספרה זה מטריד אותי, המובא בעמ' 290-314 בקובץ שלפנינו (הערת העורכת). עוד הוא מבהיר את הקשר בין הפגיעה שפוגעת ההטרדה המינית בכבוד הסגולי ובכבוד המחיה ובין הפגיעה שהיא פוגעת בחירות, בפרטיות ובזכות לשוויון אישי ומגדרי:

במדינת ישראל, כמו במקומות אחרים בעולם, הטרדה מינית היא תופעה חברתית נפוצה הפוגעת באנשים רבים ובמיוחד בנשים. הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד האדם, בחירותו, בפרטיותו ובזכותו לשוויון. היא פוגעת בכבודו העצמי ובכבודו החברתי של המוטרה. היא משפילה ומבזה את אנושיותו, בין השאר על ידי התייחסות אל האדם כאל אובייקט מיני לשימוש של המטריד.

הטרדה מינית שוללת את האוטונומיה של המוטריד ואת שליטתו בגופו ומיניו, פוגעת בזכותו להגדרה עצמית ופולשת לפרטיותו, וכן מפלה אותו לרעה לעומת אנשים אחרים. הטרדה מינית כלפי נשים גורמת להשפלתן ביחס למינן או למיניותן ומקשה עליהן להשתלב כחברות שוות בעולם העבודה וביתר תחומי החיים, ובכך היא פוגעת בשוויון.<sup>1</sup>[...]

החוק המוצע נועד להוקיע את ההטרדה המינית בכל הקשר שהוא ולגבי כל אדם. הצעת חוק זו באה להגביר את המודעות הציבורית לחומרת התופעה, תוך חינוכו של הציבור הרחב לכיבוד הזולת. החוק אינו מתיימר לאכוף מוסר או להתערב ביחסים חברתיים מרצון, אלא למנוע מאדם לכפות את עצמו על מי שאינו מעוניין בכך, ובמיוחד כשהדבר נעשה תוך שימוש לרעה בעמדת כוח.<sup>2</sup>[...]

דברי ההסבר מהווים חלק בלתי נפרד מן החוק ומקור פרשני חשוב. המבוא להם מצוטט לעתים תכופות בפסקי הדין כבסיס לדין השיפוטי. הוא מבאר כי ההטרדה המינית פוגעת בכבוד המחיה ולעתים אף בכבוד הסגולי משום שיש בה התייחסות

1 הפסקה הבאה קובעת: 'נושא ההטרדה המינית מטופל עד כה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. ואולם החוק מתייחס רק ליחסי עבודה, ומטפל בתוצאות השליליות של ההטרדה המינית, הקשורות למסגרת העבודה בלבד, ולא בהטרדה עצמה ובדרכים למניעתה.'

2 הפסקה הבאה קובעת: 'הצעת החוק אוסרת על ההטרדה המינית לפי דיני הנזיקין, דיני העונשין ודיני העבודה. בהצעת החוק כלולה הגדרה רחבה ומפורטת של ההתנהגויות האסורות. החוק המוצע קובע כי כל אחת מהתנהגויות אלה מהווה עוולה נזיקית. תיקון עקיף של חוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע שאותן התנהגויות, שאינן מהוות היום עברה, ייקבעו כעברה פלילית. כן מוצע לכלול תיקון עקיף לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, כדי להחיל את העקרונות הכלליים המוצעים בהצעת החוק גם במסגרת דיני העבודה.' (יש לזכור כי דברי ההסבר מצורפים תמיד להצעת החוק כפי שהיא מובאת בפני מליאת הכנסת לקריאה הראשונה; נוסח החוק שנחקק בקריאה השלישית שונה מעט מן הנוסח שהובא לקריאה הראשונה. כך, למשל, במקום תיקון עקיף בחוק העונשין, מכיל החוק למניעת הטרדה מינית את האיסור הפלילי בסעיף 7.)

לאדם כאילו היה חפץ (לשימושו המיני של המטריד) תוך התעלמות מהיותו בן אנוש חופשי ועצמאי בעל ערך טבוע, שתמיד יש להתייחס אליו כאל מטרה העומדת בפני עצמה ולעולם לא רק כאל אמצעי בשירות מטרה חיצונית לו.

המבוא מבהיר כי הפגיעה שההטרדה המינית פוגעת בכבוד המחיה ולעתים אף בכבוד הסגולי של קרבנה כרוכה בהתעלמות מן האוטונומיה שלו ומזכותו היסודית להגדרה עצמית, לרבות שליטה בגופו ובמיניותו ותיחום הפרטיות הנחוצה לו להתפתחות אישית שאינה מופרעת על ידי פלישות חיצונית. ניסוח זה מצביע על הקשר בין הפגיעה שפוגעת בהטרדה המינית בכבוד המחיה ולעתים בכבוד הסגולי ובין הפגיעה שהיא פוגעת בערכי החירות והפרטיות.

עוד קובע המבוא לדברי ההסבר כי הטרדה מינית מכילה תמיד יסוד של אפליה, שכן היא מפלה לרעה את המוטרד לעומת מי שאינם מוטרדים. בנוסף לכך, כאשר המוטרדת היא אישה, מתלווה לאפליה ממד קבוצתי. בשל ההבניה הפטריארכלית העמוקה שעודנה שולטת במרבית חלקי החברה, התייחסות מינית לא רצויה אל אישה מחילה עליה בעל כרחה תפיסות חברתיות רבות עצמה שמעצבות כל אישה באשר היא אישה כאובייקט מיני עבור גברים ומפלות אותה לרעה לעומתם. לכן, מבהיר המבוא לדברי ההסבר, הטרדה מינית יכולה לפגוע בבת אחת הן בכבוד מחייתה או אף בכבודה הסגולי של האישה והן בזכותה לשוויון לא רק כפרט ביחס לפרטים אחרים, אלא גם כאישה בעולם שמבנהו עודנו פטריארכלי במידה רבה.

דברי ההסבר להצעת החוק אינם טקסט פמיניסטי פילוסופי, ואינם נכנסים באריכות לעובי הקורה של הקשר המדויק בין ערכי השוויון והכבוד. עם זאת ניתן בהחלט לשמוע בהם השקפת עולם קוהרנטית. לפי גישה זו, הטרדה מינית מצמצמת את חופש הבחירה, ההגדרה העצמית והזכות לתיחום הפרטיות של קרבנה, ובכך היא פוגעת בכבוד מחייתה. כאשר היא עושה זאת באופן בוטה במיוחד, היא מבטאת החפצה העולה כדי פגיעה גם בכבוד האדם הסגולי.

דפוסים אלה של פגיעה בכבוד המחיה ובכבוד הסגולי נפוצים בחברה הפטריארכלית ביחס לנשים, והם תורמים לשימור יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים בין גברים לנשים על ידי הפחדת נשים, ביושן, וקישורן עם דימוי של אובייקט מיני במקום סובייקט אוטונומי העומד בפני עצמו. לכן, כל פגיעה בשוויון כבוד מחייתה של אישה פלונית על ידי הטרדה המינית מחזק דפוס פטריארכלי הפוגע בכלל הנשים, כקבוצה. לכן, הפגיעה בכבוד המחיה של אישה כלשהי

על ידי הטרדה מינית היא גם פגיעה קבוצתית בנשים בכלל. קל וחומר כאשר ההטרדה המינית עולה כדי פגיעה בכבוד הסגולי. בהחלט ייתכן שגם הטרדה מינית של גבר תחזק סטראוטיפים פטריארכליים ותתרום, לכן, מעבר לפגיעה בגבר המוטרד, גם לפגיעה הקבוצתית בכלל הנשים.

גישה זו של המבוא לדברי ההסבר היא אולי מורכבת מעט יותר מאחרות, ואולם היא גם מדויקת, רב פנית ושלמה יותר. היא מקשרת בין הטרדה מינית, פגיעה בכבוד המחיה ובכבוד הסגולי ופגיעה בזכות לשוויון בלא לשטח או לטשטש את ההבדלים בין ערכי הכבוד והשוויון. היא מבחינה אך גם מבהירה את הקשר בין הפגיעה האישית שיש בכל הטרדה מינית ובין הפגיעה המגדרית הקבוצתית הגלומה בה. היא מבהירה כי אם גבר ואישה שניהם מוטרדים מינית, יכול שכבוד מחייתו (ואולי אף כבודו הסגולי) של כל אחד מהם יפגע, ועם זאת הפגיעה באישה תכיל גם אפלייתה כאישה בחברה פטריארכלית (כאמור, ייתכן כי גם ההטרדה המכוונת לגבר תפגע בכלל הנשים).

בתוך כך, על-פי תפיסה זו ברור כי הטרדתה המינית של אישה אמנם מהווה גילוי של אפליה מגדרית, אך היא גם סוג של כפייה מינית הקשורה בהתנהגויות הפוגעניות המכוונות עברות מין, ולכן הקישור עם ערך השוויון אינו מבודד את ההטרדה המינית משאר סוגי הפגיעות המיניות בנשים.

הביטויים 'אנושיות', 'אובייקט מיני', 'אוטונומיה', 'שליטה בגוף ובמיניות', 'זכות להגדרה עצמית', 'פלישה לפרטיות', 'פגיעה בשוויון', 'חברות שוות' ואחרים המופיעים במבוא לדברי ההסבר שייכים כולם לעולמם של הכבוד הסגולי וכבוד המחיה, ומעידים כי אלה הם סוגי הכבוד שהחוק למניעת הטרדה מינית נועד להגן עליהם. עם זאת, הביטויים 'כבוד חברתי', 'ביזוי' ו'השפלה' המופיעים אף הם במבוא יכולים להתפרש כמתקשרים גם לפגיעה שפוגעת בהטרדה המינית בהדרת-כבודה של המוטרדת. כידוע, השפה העברית ככלל ושפתה המשפטית בפרט אינן מבחינות בין סוגי הכבוד השונים, והופעתם של הביטויים 'ביזוי' ו'השפלה' בדברי ההסבר (ואף בסעיף 3(א) לחוק עצמו) יכולה להיות פס כמייצגת את החוק להגן גם מפני פגיעותיה של ההטרדה המינית בהדרת-הכבוד. (להמשך הדיון בנקודה זו ראו חלקו השלישי של הפרק.) [אינו מופיע בקובץ (הערת העורכת).]

חשוב לזכור כי בנוסף להכרזה העקרונית על ערכי החוק, סעיף המטרה משמש גם לתכלית מעשית ומהווה מעין מסננת בפני תביעות בגין התנהגויות

שהחוק לא נועד לחול עליהן. התנהגויות שאינן עולות כדי פגיעה בכבוד המחיה, בחירות, בפרטיות או בשוויון בין המינים אינן בגדר הטרדה מינית על-פי החוק ואינן יכולות לכונן עילות תביעה צליחות.

הגדרת התנהגויות המהוות הטרדה מינית והתנכלות. סעיפו השלישי של החוק למניעת הטרדה מינית מגדיר שישה סוגי התנהגות שכל אחד מהם מהווה הטרדה מינית. עוד מגדיר הסעיף גם התנכלות בגין הטרדה מינית:

3(א) הטרדה מינית היא כל אחד ממעשים אלה:

- (1) סחיטה באיומים, כמשמעותה בסעיף 428 לחוק העונשין, כאשר המעשה שהאדם נדרש לעשותו הוא בעל אופי מיני;
  - (2) מעשים מגונים כמשמעותם בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין;
  - (3) הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות;
  - (4) התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות;
  - (5) התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או מיניותו, לרבות נטייתו המינית;
  - (6) הצעות או התייחסויות כאמור בפסקות (3) או (4), המופנות למי מהמגויים בפסקות המשנה (א) עד (ה), בנסיבות המפורטות בפסקות משנה אלה, גם אם המוטריד לא הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות: [מאז כתיבת הפרק בשנת 2007 שונה החוק. הקוראים מוזמנים לפנות לאתר הכנסת, שם מופיעים פרטי התיקון: [www.knesset.gov.il/Laws/Data/law/2248/2248.pdf](http://www.knesset.gov.il/Laws/Data/law/2248/2248.pdf) (הערת העורכת)].
- (א) לקטין או לחסר ישע – תוך ניצול יחסי מרות, תלות, חינוך או טיפול; ואם טרם מלאו לקטין 15 שנים – גם בלא ניצול יחסים כאמור, ובלבד שהמטריד אינו קטין;

- (ב) למטופל, במסגרת טיפול נפשי או רפואי – תוך ניצול תלות של המטופל במטפל;
- (ג) לעובד במסגרת יחסי עבודה ולאדם בשירות במסגרת שירות – תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות;
- (ד) לתלמיד בכיתה י"ב, י"ג או י"ד, שאינו קטין, תוך ניצול יחסי מרות בלימודים;
- (ה) לתלמיד או לסטודנט, הלומד במוסד המקנה השכלה עיונית או מקצועית לבוגרים (בחוק זה – מוסד להשכלה לבוגרים), תוך ניצול יחסי מרות בלימודים.
- (ב) התנכלות היא פגיעה מכל סוג שהוא שמקורה בהטרדה מינית, או בתלונה או בתביעה שהוגשו על הטרדה מינית.

שלוש מן הקטגוריות התנהגותיות המוגדרות בסעיף זה כהטרדה מינית (סחיטה מינית, מעשה מגונה וביזוי והשפלה הקשורים במין, מיניות או נטייה מינית) נתפסות כשליליות במהותן ושתיים מהן (סחיטה מינית ומעשה מגונה) אסורות מאז ומעולם על-פי חוק העונשין.<sup>3</sup>

הקטגוריה השלישית, ביזוי והשפלה על רקע מין, מיניות או נטייה מינית מכילה התנהגויות פיזיות או מילוליות, שיש בהן זילות חמורה של אנושיותו

3 ההתנהגויות המהוות עברות פליליות מכוח חוק העונשין הוגדרו בכל זאת כסוגים של הטרדה מינית משני טעמים: ראשית, משום הערך החינוכי בהגדרה ברורה, שלמה ומפורטת ככל האפשר של הנורמה החברתית החדשה; בהגדרה כזו מן הראוי להציג במקום אחד את כל ההתנהגויות המהוות הטרדה מינית, גם אם מקצתן שייכות לקטגוריה משפטית נוספת, ונאסרו כבר במקום אחר. הטעם השני הוא כי בשונה מחוק העונשין, החוק למניעת הטרדה מינית מכונן עולות נזיקות ואיסורים בדיני עבודה בנוסף לאיסורים עונשיים. רק על ידי הגדרת סחיטה מינית ומעשים מגונים גם כהטרדה מינית ניתן לאפשר לקרבן להגיש תביעה נזיקית, או על-פי דיני עבודה מכוח החוק למניעת הטרדה מינית.

לאחר התלבטות לגבי מקרי אונס החליטה הוועדה לקידום מעמד האישה בכנסת כי אף שכל אינוס מהווה כמובן הטרדה מינית חמורה ביותר, מעשי האונס הם חמורים כל כך עד שהם מהווים קטגוריה התנהגותית ומשפטית העומדת בפני עצמה, ועל כן אין מקום למנות את האינוס כסוג של הטרדה מינית. התוצאה היא כי לא ניתן להחיל על מקרים של אינוס את הוראותיו של החוק למניעת הטרדה מינית בדיני הנזיקין ודיני העבודה.

של הקרבן על ידי התייחסות שלילית למינו, מיניותו או נטייתו המינית. הגדרתה של קטגוריה זו כהטרדה מינית מכריזה שאין לבזות אדם על ידי התייחסות אליו המקשרת אותו באופן בוטה עם דימויים או סטראוטיפים שליליים ופוגעניים הקשורים בהיותו גבר או אישה, בפעילות (או הימנעות מפעילות) מינית או בשל נטייה מינית המיוחסת לו, וזאת בלא קשר לאמיתות הייחוס. מובן שלא כל העלבה המכילה הקשר מיני העולה כדי ביזוי או השפלה שילכדו בחוק. ואולם פניה סקסיסטית בוטה מאוד לאישה, קישור של אדם עם תמונות פורנוגרפיות המציגות בני אדם בתור חפצים לשימוש מיני, או זלזול באנושיותו של אדם שמיוחסת לו פעילות מינית הומוסקסואלית עלולים בהחלט לפגוע בכבוד המחיה ואף בכבוד הסגולי במידה העולה כדי ביזוי והשפלה שאסורים בחוק.<sup>4</sup>

ההתנהגויות השייכות לשלוש קטגוריות אלה אסורות גם אם בוצעו רק פעם אחת, ואף אם הקרבן לא הביע התנגדות. גם מעשה אחד של סחיטה באיומים, מעשה מגונה או ביזוי והשפלה הקשורים במין, מיניות או נטייה מינית יכול להיות חמור דיו כדי להילכד ברשת החוק, ולא ניתן להכשיר אף אחד מהם בטענה כי הקרבן לא גילה התנגדות או סירוב. ההנחה היא כי הפגיעה והחומרה בהתנהגויות כאלה כה ברורה לכול, שאין צורך לדרוש מן הקרבן להביע את הסתייגותו מהן. כדי להסיר ספק יודגש כי כל ההתנהגויות האמורות – גם אלה שיידונו להלן – אסורות בכל מקום, בכל הקשר, בכל זמן ובכל הנסיבות, ולא רק במסגרת יחסי עבודה.

אוסף עוד כי בפסק דינו התקדימי של בית-המשפט העליון בעניין פודלובסקי (עש"מ 5771/01 פודלובסקי נ' נציג שירות המדינה) קבעה השופטת (כתוארה אז) דורית בייניש כי 'התייחסות המופנית' לאדם כוללת גם התייחסות לאותו אדם בשיחה על אודותיו עם אחרים, כאשר הוא נוכח ומודע למתרחש

4 חשבו למשל על עובדת מקצועית, נאמר בהנהלת חשבונות, שהמעסיק קוטע את דבריה באמירה 'מה את מבינה בהנהלת חשבונות? את בסך הכול אישה, ונשים מבינות רק בפתחת רגליים ומציצת כסף'. תביעות בגין הטרדות מיניות בארצות-הברית מכילות עדויות רבות על התייחסויות פוגעניות כגון זו, ואף בוטות ממנה. כינויי גנאי פוגעניים המופנים למי שנחשדים בקיום קשרים הומוסקסואלים מגיעים לדרגות בוטות שהדעת אינה סובלת. דוגמות מן הפסיקה הישראלית של הטרדות משפילות ראו בחלקו השלישי של הפרק [אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)].



(ראו פירוט בהמשך). פרשנות זו חלה בכל מקום שבו מופיע בסעיף 3 הצירוף 'התייחסות המופנית'.

הקבוצה השנייה של התנהגויות המוגדרות כהטרדה מינית מכילה התנהגויות שבנסיבות של הסכמה הדדית הן לא רק מותרות, אלא אף נחשבות בעיני רבים לחיוביות ורצויות: הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, והתייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו.<sup>5</sup> התנהגויות אלה הופכות להטרדה מינית רק כאשר אינן רצויות למושאייהן, ולאחר ש'אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות [או בהצעות] האמורות'. כדי שהתנהגות מסוג זה תכונן הטרדה מינית על מושא ההתנהגות להעביר למבצעה מסר כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות המיניות המכוונות אליו. רק אם המציע ממשיך בהצעותיו או בהתייחסויותיו לאחר שמושא ההתנהגות הראה לו שאינו מעוניין בכך – ההתנהגות הופכת להטרדה מינית והיא אסורה.

מה משמעות חובת הנמנעת 'להראות' כי ההתנהגות הנדונה 'אינה רצויה לה'?' סעיף ההגדרות מפרש כי על המוטרת להראות את עמדתה 'במילים או בהתנהגות, ובלבד שלא היה ספק סביר לגבי משמעות ההתנהגות'. על מושא ההתנהגות, אם כן, מוטל להיות אקטיבית, ולהביע את עמדתה ביחס להתנהגות הנדונה. זאת הן כדי לאפשר לה לבטא את עצמייתה, והן כדי להבטיח כי המטריד הוזהר בטרם ייענש. עם זאת, די שהמוטרת תראה את יחסה באופן שמנקודת מבט חיצונית ואובייקטיבית הוא 'סביר' בנסיבות הענין; לא מוטל עליה לצאת מגדרה ולהביא לכך שהמתנהג אכן יבין את המסר שהביעה. המתנהג יכול להיות אטום למסרים הנשלחים אליו ממושא התנהגותו, ולא ניתן להטיל עליה לנקוט אמצעים בלתי סבירים כדי 'להגיע' אליו.<sup>6</sup>

5 דומה כי ישנם בציבור מי שטועים ומפרשים קבוצת התנהגויות זו באופן רחב מדי. חשוב לשים לב כי ההצעות העלולות להפוך להטרדה מינית הן 'בעלות אופי מיני'; הזמנה לסרט, לקפה, לבירה אינן בדרך כלל 'בעלות אופי מיני', אלא אם ההקשר המסוים מעיד אחרת. כך גם הערות כמו 'את נראית יפה היום' או 'התספורת החדשה הולמת אותך' אינן מהוות התייחסויות 'המתמקדות במיניות', ולכן אינן יכולות להוות הטרדה מינית אלא אם ההקשר המסוים מעיד אחרת.

6 יודגש כי קריטריון הסבירות מופעל כאן רק ביחס לספק שעלול להתעורר לגבי תגובת המוטרת. שאלת הסבירות היא זו: האם מי ששמע או ראה את תגובתה יכול היה, באופן

הקבוצה השלישית של התנהגויות אסורות (אשר מוגדרת בסעיף 3(א)(6)) מכילה הטרדות מיניות המאופיינות ביחסי כוח מערכתיים בלתי שוויוניים בעליל בין מטריד ומוטרד. כאשר אדם מנצל יחסי שררה כדי להציע הצעות מיניות או להתייחס באופן ממוקד למיניותו של קטין, מטופל, או עובד (לרבות חייל או שוטר), ההתנהגות יכולה להוות הטרדה מינית גם אם מושאה לא הראה את חוסר רצונו. הוראת חוק זו מכירה בעצמתם של יחסי מרות ובחולשתם המערכתית של מי שמוטרדים במצבים המונעים מהם (או מקשים עליהם מאוד) להגיב באופן שיבטא רצון חופשי כלשהו, או אפילו לפתח רצון חפשי כזה. במצבים כאלה מוטל על האדם הנמצא בעמדת כוח ושררה לגלות את הרגישות הנדרשת, לזהות אילו התנהגויות עלולות להיחווות אצל הכפופים לו כהטרדה מינית ולהימנע מניצול מעמדו.<sup>7</sup>

סעיף 3(ב) לחוק קובע כי גם התנכלות לאדם בעקבות הטרדה מינית היא התנהגות חמורה, פסולה ואסורה. הסעיף מגדיר התנכלות באופן רחב ביותר. החוק מכיר בכך שמי שמטריד מינית עלול לא רק להתעלל במי שדחתה את התייחסויותיו הלא רצויות, אלא גם ללוות את ההטרדה עצמה בהתנכלות, למשל כאמצעי לחץ שנועד לדחוק במוטרדת להיכנע להטרדה, או פשוט כדרך נוספת לפגוע בה בנוסף להטרדה עצמה. הוא אוסר להתאנות בכל דרך שהיא למי שדחתה פניות מיניות או התלוננה עליהן, וגם למוטרדת שלא הדפה את ההטרדה אלא נכנעה לה, לא הגיבה כלל או טרם הספיקה לגבש תגובה.

---

סביר, לא להבין כי התגובה מביעה היעדר רצון בהצעות או התייחסויות המיניות המופנות כלפיה. הסבירות הנמדדת כאן אינה של מושא ההתנהגות המינית אלא של הנילוץ בהטרדה, ולשון החוק אינה פותחת פתח לשימוש שיפוטי ב'אדם הסביר'.  
7 תיקון מיום 8 בינואר 2007 קובע כי ביחס לקטין מתחת לגיל 15, כל התייחסות או הצעה מינית חוזרת (מצד מבוגר) מהווה הטרדה מינית אסורה גם אם הקטין לא הראה שאינו מעוניין בהתייחסויות או בהצעות וגם אם המבוגר אינו נמצא ביחסי מרות ביחס לקטין. תיקון זה, שהוכנס בסיפא של סעיף 3(א)(6)(א) נועד לאסור על כל מבוגר לפנות בהצעות או התייחסויות מיניות לקטינים, לרבות באמצעות התקשרות באינטרנט. התיקון הוכנס בחוק למניעת הטרדה מינית (תיקון 4) התשס"ז-2007. ההצעה הועלתה לקריאה דיונית על ידי קבוצה גדולה של חברי כנסת.

עוד מכיר החוק בכך שהתנכלות יכולה גם לפגוע באדם שלא הוטרד מינית, אלא סייע למוטרדת להתמודד עם הטרדה (למשל בהגשת תלונה או תביעה עבורה), תמך בה, או פשוט היה עד להטרדה. יתרה מכך, החוק מכיר בכך שהתנכלות למוטרדת או לסובבים אותה יכולה להתבצע גם בידי אדם שאינו המטריד עצמו, כמו חבר, עמית, ממונה או כפוף. כדי ללכוד את כל סוגי ההתנכלות המגוונים הללו, סעיף 3(ב) קובע כי התנכלות אסורה כוללת כל סוג של פגיעה באדם שמקורה בהטרדה מינית או בתלונה או בתביעה שעניינה הטרדה מינית.

### שלושה מסלולי תביעה: דיני עבודה, נזיקין ופלילים

הגישה האמריקאית להטרדה מינית שתוארה למעלה התיאור הנזכר אינו מופיע בחלק המתפרסם כאן, ובמקומו מופנים הקוראים לתיאור המשפט האמריקני במאמרה של אורית קמיר 'איזו מין הטרדה', המופיע בעמ' 104-149 בקובץ שלפנינו (הערת העורכת) מציעה תפיסה קוהרנטית שלפיה הטרדה מינית היא סוג של אפליה של נשים במקום העבודה, אשר פוגעת בזכותן על-פי החוק הפדרלי לשוויון הזדמנויות במקום העבודה. לכן, חובתן של המעסיק להבטיח לנשים תנאי עבודה שוויוניים מכילה את החובה להבטיח שעובדות לא תסבולנה מהטרדה מינית. על המעסיק למנוע הטרדה מינית של עובדותיו, להתערב לסיום הטרדה כזו, אם התרחשה, ולשאת באחריות המשפטית כלפי המוטרת אם לא עמד בחובותיו אלה. עצמתה של גישה זו בכך שהיא מבהירה לנשים בשוק העבודה שהן זכאיות לסביבת עבודה נקייה מהטרדה מינית, ומעודדת אותן לעמוד על זכותן זו ולתבוע אותה ממקום העבודה.

עם זאת, ציינתי כבר כי למרות היגיון ברור זה, הגישה האמריקאית סובלת ממספר קשיים יסודיים, המקשים על הבנת הסוגיה וקבלתה הן בקרב הציבור האמריקאי הרחב והן במערכת המשפט. הזכרתי את הקושי שנתקלים בו רבים בציבור האמריקאי ובמערכת המשפט להבין את ההטרדה המינית כאפליה קבוצתית של נשים; את ההבחנה המזיקה שיוצרת התפיסה האמריקאית האמורה בין הטרדה מינית במקום העבודה ובין הטרדות כאלה בכל מקום והקשר אחרים; את ההבחנה המזיקה שגישה זו מכוננת בין ההטרדה המינית ובין שאר ההתנהגויות הפוגעות בנשים, המוכרות לציבור כקטגוריה של 'עברות מין';

את הקושי להחיל את האיסור על הטרדה מינית לשם הגנה על גברים מוטרדים, או בסיטואציות שבהן מוטרדים גם נשים וגם גברים. לכן ראוי להבטיח את זכותן של נשים בשוק העבודה לסביבת עבודה חופשית מהטרדה מינית, ואולם על הפתרון המשפטי להתמודד עם הקשיים שהתגלו בגישה האמריקאית.

גישה חלופית לזו האמריקאית היא להגדיר את ההטרדה המינית בתור עברה פלילית, כלומר להמשיגה כהתנהגות תוקפנית המופנית ככלל נגד נשים ומשתבצת על רצף ההתנהגויות המכוננות את 'עברות המין' הוותיקות והמוכרות יותר (כמו אינוס, סחר, הזניה, גילוי עריות, מעשה מגונה, הטרדה מאיימת). גישה זו (שיושמה במספר מדינות) מבהירה את הקשר בין ההטרדה המינית ושאר ההתנהגויות המגדריות הפוגעניות, ומאפשרת לאסור עליה לא רק במקום העבודה אלא בכל הקשר. חשוב מכך: הגדרת ההטרדה המינית בתור התנהגות פלילית מביעה באופן המובהק והחריף ביותר את חומרתה, את הגינוי החברתי החד משמעי, את שלילתה המלאה והמוחלטת בידי החברה ואת הסטיגמה השלילית המוצמדת למי שמבצעה.

ואולם גם גישה זו מעוררת מספר לא מבוטל של קשיים חמורים: ראשית, בחוק הפלילי הטרדה מינית היא בהכרח מן העברות הקלות, שכן היא באה ב'קהלן' של התנהגויות כמו רצח, גרימת חבלה חמורה, חטיפה, כליאה, בגידה, זיוף וכיוצא באלה. בהקשר זה, סביר להניח כי ההטרדה המינית לא תזכה ביחס מועדף אצל רשויות אכיפת החוק, ותהפוך לאחת מן העברות שאמנם מופיעות עלי ספר החוקים, ואולם בפועל אינן מטופלות בשל 'חוסר עניין לציבור', כלומר בשל היעדר משאבים לטפל ברצינות בכל העברות שהוגדרו בידי המחוקק.

זאת ועוד: הרשעה בהליך פלילי מחייבת כידוע הוכחה 'מעל לכל ספק סביר' באשמת הנאשם. כמו בעברות המין האחרות, ראיות בתיק שענייני הטרדה מינית עלולות להיות מסוג 'מילה שלה מול מילה שלו' ללא עדויות חיצוניות. תיקים כאלה קמים ונופלים על אמינות הצדדים, הם קשים לניהול ולהוכחה, וקיימת נטייה לוותר על הגשתם.

בנוסף, מיקום ההטרדה המינית בחוק העונשין אינו מבהיר את אופייה הקבוצתי הפוגעני של התופעה החברתית, אלא מדגיש את הפגיעה בנפגעת המסוימת בכל מקרה של הטרדה. כל פרט המואשם בהטרדה הופך, במערכת הפלילית, להיות חשוד, נאשם ולבסוף, אם הורשע – עבריין, בלא שהתנהגותו

נבחנת בידי הציבור בהקשר חברתי רחב, כמו נורמות פטריארכליות ומבני כוח מערכתיים. הגדרת ההטרדה המינית בתור עברה פלילית מביעה אמנם עמדה חברתית החלטית המגנה ומוקיעה אותה, אך בו בזמן גם מאפשרת פתולוגיזציה של פרטים במקום בחינה נורמטיבית כוללת של מבני עומק חברתיים.

בנוסף: הגדרת ההטרדה המינית בתור עברה פלילית בלבד מונעת אפשרות של טיפול בתופעה במקום עבודה במערכת משמעתית או במגוון גדול של אמצעים אחרים שיכולים להיות הולמים ויעילים יותר במקרים רבים, ומרתיעים הרבה פחות עבור מתלוננות פוטנציאליות. כידוע, מרבית הנשים העוברות תקיפות מיניות מעדיפות שלא לפנות לרשויות האכיפה, כדי לא להיתקל במערכת ביורוקרטית קשוחה דווקא כשהן חשות פגיעות וחשופות, לא לספוג יחס מעליב וחדשני, ולא 'להרוס את החיים' למי שפגע בהן. לאי האמון העמוק של נשים במערכות אכיפת החוק ולרגשות האשם והרחמים כלפי הנילון ומשפחתו מתלווה לרוב גם חששן מפני חשיפה ציבורית שעלולה להוביל לגינוי הקרבן, השפלה והתנכלויות.

זאת ועוד: בהליך הפלילי, המתלוננת היא בבחינת עדה, ואינה שולטת בשום צורה בניהול ההליך. כך, אם הפרקליטות מגיעה להסדר טיעון עם הנאשם בניגוד לעמדת המתלוננת, אין בידה למנוע זאת. נפגעות תקיפות מיניות חשות לעתים פגיעות ומבוזות בשל הסבילות הנכפית עליהן במסגרת הליך פלילי המתנהל בגין פגיעה שהן היו קרבנה. קשיים אלה ואחרים מונעים ממרבית הנשים לפנות למשטרה גם במקרים של עברות מין קשות ביותר, ואין ספק שיש בהם כדי להרתיע כפל כפליים כשמדובר בפגיעה מסוג הטרדה מינית, שאינה חמורה כמו אינוס או הזניה ותלונה עליה יכולה להיתפס כ'לא שווה את הסבל'.

לכן הגדרתה של ההטרדה המינית בתור עברה פלילית חשובה במיוחד במישור הדקלרטיבי הנורמטיבי. בפועל היא הולמת בעיקר מקרים חמורים במיוחד, ומוטרדות שאינן נרתעות מן ההליך הפלילי.

בשולי הדיון במסלול משפטי זה יצוין כי התפקיד שממלא המשפט הפלילי אינו זהה בכל החברות. כך, בחברה הישראלית, הפך המשפט הפלילי בהקשרים רבים לקנה המידה הנורמטיבי היחיד המקובל על כלל הציבור. ענף המשפט שנועד לבטא את המכנה המשותף הערכי הנמוך ביותר הפך לבסיס המשותף היחיד להערכת חומרתן של התנהגויות מסוגים רבים. בחברות אחרות שוררות

בתחומי חיים רבים נורמות של 'ראוי ולא ראוי', 'נאות ולא נאות', 'מביש' ו'לא יעלה על הדעת', והן מושרשות דיין כדי לכוון התנהגויות ותגובות של אזרחים בכלל ונושאי תפקידים ציבוריים בפרט. בישראל, בהקשרים רבים, מה שאינו פלילי אינו נתפס חמור ושלילי דיו כדי לגנותו ברצינות ולדרוש שמבצעו ייענש. רבים מכנים מצב עניינים זה 'פליליזציית יתר' וקובלים שהשימוש הנעשה בדין הפלילי תכוף וגורף מדי. ביקורת זו יכולה להוביל לטענה שבישראל אין מקום להרחיב עוד יותר את תחולת הדין הפלילי על ידי הגדרת ההטרדה המינית בתור עבירה. כנגד ניתן לטעון כי בחברה שבה רק התנהגויות שהוגדרו בתור עברות פליליות נתפסות כחמורות באמת – אין מנוס משימוש בכלי הפלילי כדי לחולל שינוי נורמטיבי משמעותי ולעורר את המודעות הציבורית לחומרתה של תופעת ההטרדה המינית. לפי גישה זו, הפללת ההטרדה המינית היא גם הדרך היחידה להבהיר את חומרתה כסוג של שחיתות שלטונית כאשר היא מבוצעת בידי עובד ציבור או נבחר ציבור. משפטים פליליים של אנשי ציבור כמו איציק מרדכי, משה קצב וחיים רמון יעידו כי רק האישום הפלילי הצליח להעלות לתודעה הציבורית את חומרתם השלטונית של מעשים שגם בכירים ונבחרים אחרים ביצעו תוך ניצול לרעה של מעמדם.

דרך משפטית אפשרית נוספת להמשיג הטרדה מינית היא להכיר בה בתור עוולה אזרחית, כלומר כסוג של התנהגות שאם פלוני ביצע ולאמונית נגרם בגינו נזק – היא רשאית לתבוע ממנו שיפוי ופיצוי. גישה זו חוסכת לנפגעת את הצורך לפנות לרשויות אכיפת החוק, ומאפשרת לה לשמור על פרטיותה בהליך שהיא שולטת בו ומנהלת אותו כרצונה. בנוסף, נטל הראייה על התובעת בהליך אזרחי כידוע אינו 'מעל לכל סביר', אלא רק חמישים ואחד אחוזים. לכן, סיכויי ההצלחה של התובעת בהכרח טובים יותר מאשר בהליך פלילי.

זוהי גישה משפטית מינימליסטית, שאינה משנה סדרי בראשית, ומאפשרת לצדדים להתדיין בכלים משפטיים מקובלים ולשכנע את מערכת המשפט כי התנהגותו של האחד גרמה או לא גרמה לאחר נזק, מה שוויו של הנזק ומה גובה הפיצוי ההולם. ואולם בתור אמצעי בלעדי, חסרונותיה של גישה זו רבים. ראשית, היא אינה מבטאת עמדה חברתית ברורה, ולכן אינה יכולה להתוות את הדרך לשינוי נורמטיבי מקיף. בחברה שבה הטרדה מינית מוכרת כהתנהגות מזיקה ניתן להשתמש בכלי הנזיקי כדי לדרוש בגינה פיצוי, אך במקום שיש

לחנך את הציבור ואת מערכת המשפט עצמה להבין את פגיעתה הרעה של התופעה – הכלי הנזיקי לבדו אינו יכול לחולל את השינוי המיוחל.

שנית, בישראל, כבמדינות נוספות, נזקי "כאב וסבל" אינם מניבים פיצויים משמעותיים, ובהקשר של הטרדה מינית קשה מאוד להוכיח נזק "מוחשי" מן הסוג שקל לבתי-המשפט לקבוע את שוויו הכלכלי. במצב זה שבו הסיכוי להשיג פיצוי ממשי נמוך, קשה לתובעת למצוא מי שייצג אותה בניהול התביעה, שכן עורכי דין משתכרים אחוזים מדמי הפיצוי, ואם אלה צפויים להיות נמוכים – הייצוג אינו כדאי.

שלישית, הליך נזיקי מניב פיצוי כספי ולא גינוי חברתי; מרבית הנשים נרתעות מן המחשבה לבקש פיצוי כספי בגין הנזק שנגרם להן עקב הטרדה מינית. ככלל, נשים רבות מסתייגות מהעמדת דרישות כספיות ונמנעות מכך גם כשהדבר כרוך בפחות עימות ואי נעימות מאשר בהגשת תביעה בגין הטרדה מינית. בנוסף, בהקשר של הטרדה מינית, רבות חוששות מן הסטיגמה של 'סחטנית' ו'רודפת בצע' ומן הגינוי החברתי הצפוי למי שמנסה לכמת למושגים כספיים פגיעה מסוג זה. לכן ההליך האזרחי מתאים רק למציאות שבה המערכת המשפטית מכירה בנזקי הטרדה מינית, למגזר נשי צר ולמקרים שניתן להוכיח נזק שפיצויו יצדיק את המהלך המשפטי.

מתוך מודעות לאפשרויות אלה, על יתרונותיהן וחסרונותיהן, החליט המחוקק הישראלי לשלב בין שלוש הגישות המתוארות בתוך מבנה חקיקתי שלם וברור, באופן שימקסם את התועלת שניתן להפיק מהן ותוך הענקת מרב חופש הבחירה למתלוננת על הטרדה מינית ו/או על התנכלות הקשורה בהטרדה.

כאמור, החוק למניעת הטרדה מינית פותח (בסעיף 2) בקביעה כי הטרדה מינית פוגעת בערכי יסוד של החברה הישראלית ושיטת משפטה; סעיף זה מבהיר את הפסול שבהתנהגות הטרדה בחוק ומדוע היא אסורה. מיד לאחר קביעה עקרונית זו עובר החוק להגדיר (בסעיף 3) מהן ההתנהגויות המכוננות הטרדה מינית כדי להזהיר בבירור מפני ביצוע ההתנהגויות שנאסרו בחוק. סעיף 4 קובע בלשון פשוטה שאינה משתמעת לשני פנים כי 'לא יטריד אדם מינית את זולתו ולא יתנכל לו'. לאחר קביעה החלטית זו החוק פורש (בסעיפים 5, 6 ו-7) שלוש דרכים משפטיות שניתן באמצעותן לטפל בהטרדה מינית, ובהתנכלות הקשורה אליה: הליך פלילי, הליך אזרחי נזיקי, וכאשר הפגיעה התרחשה במקום עבודה – דיני העבודה.

שלוש האפשרויות המשפטיות מבהירות כי הטרדה מינית והתנכלות הן תופעות חמורות דיין שהמחוקק מצא לנכון להגדירן בתור עברות פליליות; שהטרדה מינית והתנכלות גורמות לקרבנותיהן נזק המצדיק פיצוי; שבהקשר של עולם העבודה, הטרדה מינית והתנכלות פוגעות בזכויותיהם של עובדים (או לקוחות) והם זכאים להגנתם של דיני העבודה. בשני המסלולים המשפטיים הראשונים (הפלילי והאזרחי) האחריות מוטלת על המטריד; במסלול השלישי היא מוטלת על המטריד, ובמקרים מסוימים גם על המעסיק (אם לא עמד בחובותיו הקבועות בחוק). כל שלושת המסלולים פתוחים בפני כל מתלוננת והיא רשאית לבחור באחד או יותר מהם על-פי הבנתה, נסיבותיה, יכולותיה ונטייתה (מובן שמשלול דיני העבודה פתוח רק אם ההטרדה התרחשה במסגרת יחסי עבודה). במסלול ראשון (הפלילי) המתלוננת פטורה מניהול ההליך – אך גם אינה שולטת בו; בשני האחרים היא שומרת בידיה שליטה רבה יותר. מובן שכל האמור כאן בלשון נקבה חל על גברים ממש כמו על נשים.

סעיף 5 לחוק קובע כי הטרדה מינית והתנכלות מהוות עברות פליליות, כלומר, הן התנהגויות שליליות חמורות הפוגעות בציבור, ומי שסבלה פגיעה כזו רשאית על-פי בחירתה לפנות לרשויות אכיפת החוק, להגיש תלונה וליזום פתיחתו של הליך פלילי. כמתחייב מהגיונו של החוק הפלילי (החל רק על ההתנהגויות החמורות ביותר שראוי להוקיען ולגנותן), רק מקרים חמורים של הטרדה מינית, הפוגעים באופן משמעותי בערכים המוגנים בחוק, מצדיקים פתיחה בהליך פלילי. ואכן, זהו לרוב המצב בפועל.

העונש המרבי שניתן להשית על מי שמורשע בהליך פלילי בגין הטרדה מינית מאלה המנויות בסעיפים 3(א)3-3(א)6 הוא שנתיים; העונש המרבי שניתן להשית על מי שמורשע בהליך פלילי בגין התנכלות הוא שלוש שנות מאסר; העונש המרבי שניתן להשית על מי שמורשע בהליך פלילי בגין הטרדה כאמור והתנכלות גם יחד הוא ארבע שנים. (הליך פלילי בגין הטרדה מאלה המנויות בסעיפים 3(א)3-1(א)2 מתנהל לא על-פי החוק למניעת הטרדה מינית אלא על פי סעיפים 348, 349 ו-349 לחוק העונשין, והעונש המרבי שניתן להשית על מי שמורשע בעברות אלה נע בין שנה לעשר שנים). סעיף 6 קובע עוד כי בהליך פלילי שעניינו הטרדה מינית אין לחקור את המתלוננת על עברה המיני (אלא אם כן הדבר הכרחי כדי למנוע עיוות דין לנאשם), ובמקרים בהם הדבר נחוץ – ניתן לגבות את עדות המתלוננת שלא בנוכחות הנאשם אלא בנוכחות סגורו. שתי



הוראות אלה מעניקות למתלוננות על הטרדה מינית אותה הגנה שהחוק מעניק למתלוננות על כל עברת מין אחרת.

סעיף 6 קובע כי מי שחוותה הטרדה מינית או התנכלות רשאית להגיש תביעה נזיקית ולדרוש פיצוי בגין הנזק שהתנהגות זו גרמה לה. מסלול תביעה זה פתוח בפני קרבן הטרדה מינית בין שפנתה להליך הפלילי ובין שלא, הכול על-פי הבנתה ושיקול דעתה ביחס לנסיבות המקרה וליתרונות ולחסרונות שבכל אחד מן המסלולים המשפטיים. כדי לסייע לבית-המשפט לכמת את הנזק שעלול להיגרם מהטרדה מינית או התנכלות, הסעיף קובע כי אם הוכיחה התובעת שהוטרה מינית בידי הנתבע או שהוא התנכל לה, בית-המשפט רשאי לפסוק לה פיצוי עד חמישים אלף ש"ח גם ללא הוכחה של נזק נוסף כלשהו בנוסף לכך שנפלה קרבן להטרדה מינית או להתנכלות.<sup>8</sup>

במילים אחרות, סעיף 6 קובע כי אם התרחשה הטרדה מינית או התנכלות אזי נגרם למוטרדת נזק שבגינה היא זכאית לפיצוי עד חמישים אלף ש"ח. זאת בין שהמוטרדת (או מי שסבלה מהתנכלות) התמוטטה נפשית, ובין אם כוחותיה ורשתות התמיכה שלה אפשרו לה להתמודד בלא פגיעה ניכרת לעין. מוטרדת (כמו מי שסבלה מהתנכלות) אינה צריכה להגיע למצב נואש ולספוג אבדות קשות כדי להיות זכאית לפיצוי על הנזק שההטרדה המינית או ההתנכלות גרמו לכבוד מחייתה, לחירותה, לפרטיותה, לזכותה לשוויון ולעתים אף לכבודה הסגולי.

וכן, אם הוכיחה התובעת נזק שנגרם לה נוסף לעצם היותה מוטרדת או קרבן להתנכלות (למשל אבדן הכנסה או הוצאות על טיפול רפואי, נפשי או על הבראה) בית-המשפט רשאי כמובן לפסוק לה פיצוי בגובה הנזק שהוכח (מעבר לחמישים אלף ש"ח הראשונים המתייחסים רק לנזק הנגרם מעצם ההטרדה).

הליך אזרחי כזה מתאים למי שאינה נרתעת מהתדיינות ממונית, וסיכוייה לקבל פיצוי מאפשרים לה למצוא ייצוג משפטי מקצועי. מובן שתביעה ממונית כזו ניתן ליישב גם מחוץ לכותלי בית-המשפט בהסדר בין הצדדים, כפי שאכן קורה במקרים רבים. הסכם בין הצדדים יכול להיות ממוני ו/או להכיל הסדרים נוספים (כמו התנצלות, הבטחת המטרד לקבל טיפול או התחייבותו לתרום לארגון כלשהו).

8 הסכום של חמישים אלף ש"ח היה נכון לחודש מרץ שנת 1998, והוא מתעדכן על-פי המודר כמפורט בסעיף 6(ב).

הסכם כזה חוסך את עגמת הנפש ואבדן פרטיותם של הצדדים המגיעים להתדיינות משפטית, את ההוצאות המשפטיות ואת זמנה היקר של מערכת המשפט.

סעיף 7, הקובע את זכויותיהם של עובדים לסביבה חופשית מהטרדה מינית מכריז:

7(א) מעביד חייב לנקוט אמצעים סבירים, בנסיבות העניין, כדי למנוע הטרדה מינית או התנכלות במסגרת יחסי עבודה, על ידי עובדו, או על ידי ממונה מטעמו אף אם אינו עובדו, ולטפל בכל מקרה כאמור, ולשם כך עליו:

- (1) לקבוע דרך יעילה להגשת תלונה בשל הטרדה מינית או התנכלות ולבירור התלונה;
- (2) לטפל ביעילות במקרה של הטרדה מינית או התנכלות שידע אודותיהם, וכן לעשות כל שביכולתו כדי למנוע את הישנות המעשים האמורים וכדי לתקן את הפגיעה שנגרמה למתלונן עקב ההטרדה או ההתנכלות.

(ב) מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים חייב, בנוסף לאמור בסעיף קטן (א), לקבוע תקנון שבו יובאו עיקרי הוראות החוק בדבר הטרדה מינית והתנכלות במסגרת יחסי עבודה ויפורטו בו דרכי הגשת התלונות שעניינן הטרדה מינית או התנכלות והטיפול בהן, כפי שקבע המעביד (להלן – תקנון); המעביד יפרסם את התקנון בין עובדיו.

(ג) מעביד שלא מילא את חובותיו לפי סעיפים קטנים (א) (1) ו-(2) ו-(ב) יהיה אחראי לעוולה אזרחית לפי סעיף 6, או לעוולה אזרחית בשל פגיעה כאמור בסעיף 7 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שעשה עובדו, או ממונה מטעמו אף אם אינו עובדו, במסגרת יחסי עבודה.<sup>9</sup>

9 סעיף ההגדרות (סעיף 1) קובע כי 'מסגרת יחסי עבודה' משמעה 'מקום העבודה, מקום אחר בו מתנהלת פעילות מטעם המעביד, תוך כדי העבודה, או תוך ניצול מרות ביחסי העבודה בכל מקום שהוא'. סעיף 7 מכיל 4 סעיפים קטנים נוספים, שהאחרון שבהם קובע כך: 7(ז) "הוראות סעיף זה יחולו, בשינויים המחויבים לפי העניין, גם על מוסדות המקנים השכלה עיונית או מקצועית לבוגרים, ולעניין זה יראו את המוסד – כמעביד, את המורה או המרצה – כעובד או כממונה מטעם המעביד ואת התלמיד או הסטודנט – כעובד".

אם כן, סעיף 7 אינו מאמץ את המודל האמריקאי, שעל-פיו ככלל המעביד הוא הנושא באחריות המשפטית להטרדה מינית שנגרמה לעובדת שלו בשל מינה, בין שהיה מודע להטרדה ובין שלא, בין שנהג כשורה בהקשר של הטרדות מיניות ובין שלא. במודל הישראלי, האחריות המשפטית להטרדה המינית ולהתנכלות היא על מבצעה. מעביד, מצדו, מחויב על-פי החוק לנסות למנוע כל הטרדה מינית והתנכלות במסגרת יחסי העבודה, ולהגן לא רק על עובדות אלא גם על כל אדם אחר הנקלע למסגרת יחסי העבודה. עוד מחייב החוק את המעביד לטפל ביעילות בכל מקרה של הטרדה מינית או התנכלות שנודע לו עליהם, בין שהדבר נודע לו מן הקרבנות עצמם ובין שבכל דרך אחרת. עליו לעשות כל שביכולתו כדי לתקן את הפגיעה ולמנוע את הישנותה. סעיף קטן (ג) מבהיר כי אחריותו המשפטית של המעביד (שהיא אזרחית בלבד, לא פלילית) קמה רק אם לא עמד בחובות אלה המפורשות בפירוט בחוק.

סעיף 8 מוסיף כי מעביד שלא פרסם תקנון כמתחייב מהוראת סעיף 7(ב) עובר עברה שדינה קנס; סעיף 9 מבהיר כי ההוראות החלות על מעביד חלות גם על מי שמעסיק אנשים באמצעות קבלן כוח אדם; סעיף 11 מחיל את הוראות החוק על המדינה, וקובע כי המשרתים בכוחות הביטחון (שוטרים וחיילים) דינם, לצורך העניין, כעובדים; סעיף 10 מעניק לבית-הדין לעבודה סמכות בלעדית לדון בכל הליך אזרחי הקשור בהטרדה והתנכלות במסגרת יחסי עבודה. הוראה אחרונה זו נועדה להקל על עובדים לפנות לערכאות, מתוך ההנחות כי בית-הדין לעבודה נגיש להם יותר מבתי-המשפט האחרים ומיומן יותר בהבנת סכסוכים הקשורים בעולם העבודה.<sup>10</sup>

---

סעיף 15 לחוק למניעת הטרדה מינית מתקן תיקון עקיף את סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, וקובע כי במסגרת יחסי עבודה, כאשר הנפגעת היא עובדת או מבקשת עבודה, "התנכלות" מתקיימת גם היא קשורה רק בהצעה מינית או פנייה מינית אחת של עובד או ממונה (ללא צורך במספר הצעות או פניות חוזרות). תיקון זה נועד לשמור על זכויות עובדות ועובדים בהקשר של הגנה מפני התנכלות כפי שהיו לפני חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית.

10 שמונה שנות ניסיון מלמדות כי ייתכן שהנחות אלה, ובמיוחד בכל הקשור לנגישות, לא היו מוצדקות. עורכות דין העוסקות בתחום סבורות כי הענקת סמכות בלעדית לבתי-הדין לעבודה פוגעת לפעמים בזכויות עובדות ועובדים. יתכן שיהיה מקום לתקן את החוק בנקודה זו.

## הערכת מצב בתום העשור הראשון

### אורית קמיר

פרק זה מציג את הישגיו של החוק בעשור הראשון לחייו, את הישגיו החלקיים ואת כישלונותיו. הישגיו המובהקים של החוק הם יצירת מודעות ציבורית לתופעת ההטרדה המינית, קישור התופעה עם פגיעות מגדריות אחרות, עידוד נשים להתלונן ולתבוע, הרתעה והשגת שיתוף פעולה גורף של בתי המשפט ובתי הדין לעבודה. כישלונותיו הבולטים של החוק נעוצים בהיעדר שיתוף פעולה בולט של מרבית המעסיקים, של יועציהם המשפטיים, של האקדמיה המשפטית ושל מוסדות חינוך והשכלה. היעדר שיתוף הפעולה גורם לכך שהציבור אינו מכיר את הוראות החוק, שמקומות העבודה לא הפכו למכבדים וידידותיים יותר, ושלרשות הציבור לא עומדים מחקרים שעשויים לקדם את השיח הציבורי בתחום זה. הפרק מכיל סעיף מסקנות כלליות ופרטניות.

בחלוף עשור מאז חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית, הגיעה העת לבחון אלו ממטרותיו הושגו במידה משביעת רצון, אלו הושגו במידה פחותה, ואילו טרם הושגו ויש להעמיק את המאמץ להשיגן. יש מקום לבחון האם האמצעים שהחוק בחר לשם קידום מטרותיו היו יעילים, ואם לא – מדוע לא. הגיע הזמן לבחון גם אלו מעמדות החוק התיישנו, התייתרו במהלך העשור שחלף או שהיו מוטעות מלכתחילה, ואלו עמדות אחרות יש לשלב אל תוך החוק בנוסף או במקום אלה המקוריות. כל ההערכות הללו כמובן תלויות עמדה אישית, ואני מציעה כאן את עמדותי.<sup>1</sup>

גרסה מלאה של הפרק השנים עשר: 'הערכת מצב בתום העשור הראשון', בתוך: אורית קמיר, זה מטריד אותי: לחיות עם החוק למניעת הטרדה מינית, תל אביב וירושלים: הקיבוץ המאוחד וכרמל, 2009, עמ' 202-220.

1 פרסמתי את הדברים בהרחבה במאמר (2009), 'החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית: היכן אנחנו במלאת לו עשור', משפט ועסקים ט', עמ' 9, ופרק זה הוא תמציתם.

## א. מטרות שהוצבו לחוק והוגשמו באופן סביר בעשור הראשון לחייו

חמישה הם ההישגים שהחוק למניעת הטרדה מינית יכול לזקוף לזכותו כבר במלאות לו עשור:

1. החוק תרם תרומה מכרעת למהפכה תודעתית ביחסים בין המינים, שנישאה על גלי התקשורת והשיח הציבורי והגיעה לחלקים גדולים של החברה הישראלית;
2. הוא עשה להנחלת משמעויותיה ונזקיה של ההטרדה המינית (תוך קישורה לפגיעות אחרות בנשים);
3. הוא אומץ בידי מתלוננות (ומתלוננים) שהפיהו בו רוח חיים ופתחו בהליכים משמעותיים ומשפטיים;
4. הוא יצר מודעות מרתיעה בקרב מטרידים פוטנציאליים;
5. הוא התקבל על ידי המערכת השיפוטית, אשר אימצה אותו והוציאה אותו מן הכוח אל הפועל.

### 1. מהפכה תודעתית

בשנת 1998 ישראלים מעטים מאוד הכירו את הביטוי הטרדה מינית; בודדים ידעו מהם תכניו של המושג או ייחסו לו חשיבות. מקץ עשר שנים של דיווחים עיתונאיים על הליכים משפטיים, של עדויות אישיות של קרבנות הטרדה מינית ושל ויכוחים ציבוריים לוחטים על החוק, מעטים הם הישראלים שלא שמעו את הביטוי הטרדה מינית, שאינם יודעים – ולו במעורפל – מה משמעותו, ושאינם יודעים כי זוהי התנהגות אסורה שניתן להתלונן עליה ולפתוח בגינה בהליכים משפטיים. סימני המהפכה ניכרים במיוחד בפער הדורי שנוצר בין מי שזוכרים את הימים של טרם חוק, ובין צעירות וצעירים שכבר גדלו על כרכי החוק, ועולם המושגים שהוא מכיל ומקדם נראה להם טבעי והכרחי.

### 2. הנחלת משמעויותיה ונזקיה של ההטרדה המינית (תוך קישור לפגיעות אחרות בנשים)

אל המודעות הציבורית לקיומה של ההטרדה המינית כתופעה רווחת ופסולה מתלווה גם המודעות למשמעויותיה של ההטרדה כפגיעה בנשים. אף שהחוק מדבר במוטרדים, גברים ונשים, ומגן על כל אדם כאשר הוא אדם, דומני שאין

ספק ציבורי רציני בשאלת היותה של ההטרדה המינית תופעה מגדרית, המבוצעת כמעט תמיד בידי גברים ופוגעת כמעט תמיד בנשים. מודעות זו התפתחה במידה רבה בזכות ארגונים כמו מרכזי הסיוע לנפגעות ונפגעי תקיפה מינית, אחראיות על הטרדה מינית במקומות עבודה, ופעילות שארגנו אין-ספור הרצאות, כנסים, ימי עיון, פנלים והשתלמויות בנושא ההטרדה המינית. אירועים אלה מוצמדים פעמים רבות ליום המאבק הבינלאומי באלימות נגד נשים (ב-25 בנובמבר) או ליום האישה הבינלאומי (ב-8 במרץ), ומקושרים באופן ברור ומפורש עם שאר סוגי האלימות נגד נשים (רצח על רקע כבוד, אלימות של בן זוג, גילוי עריות, אונס ושאר סוגי התקיפות המיניות). גם העיסוק התקשורתי בפרשיות מרדכי, קצב, רמון, גלזר ודומותיהן, סנסציוני, "צהוב" ומגמתי ככל שהוא נוטה להיות, מבהיר את הקישור בין הטרדות מיניות, לבין פגיעות מיניות נוספות (כמו אונס, 'בעילה אסורה בהסכמה', מעשים מגונים) וניצול סמכות (בעבודה, בלימודים וביחסים בין-אישיים אחרים).

### 3. עידוד נשים להתלונן על הטרדות

המודעות הציבורית הגבוהה הביאה מאות רבות וככל הנראה אלפי נשים (וגברים) להתלונן ולתבוע בגין הטרדות מיניות במקומות עבודה, במשטרה, בבתי הדין לעבודה ובבתי משפט. נשים לא מעטות דורשות ממטרידים או ממקומות עבודה התנצלות ופיצוי על הטרדה מינית או התנכלות; פעמים רבות תביעות אלה נענות, והעניין נסגר מחוץ לכותלי בית הדין או בית המשפט. כמות התלונות היא, ככל הנראה, מזערית ביחס לכמות ההטרדות המיניות המתרחשות במדינה, ואולם היא אדירה הן בהשוואה לתקופה שקדמה לחקיקת החוק, הן בהשוואה לתלונות על עברות אחרות נגד נשים והן בהשוואה למדינות אחרות.

גם נשים שאינן מתלוננות או תובעות בגין הטרדות מיניות שחוו פונות לעתים קרובות למרכזי סיוע לנפגעות ונפגעי תקיפה מינית או לארגוני הנשים האחרים ומבקשות תמיכה נפשית וליווי. גם פניות אלה, המקלות על הקרבנות להתמודד עם נזקי ההטרדה, הן הישג גדול. לפני חקיקת החוק, מרבית הנשים הישראליות לא חשבו על הטרדות מיניות כבעיה שניתן לדבר עליה ולטפל בה. הן ניסו להתעלם מהן ולהדחיקן, ולא ידעו לבקש עזרה בהתמודדות עם פגיעתן הרעה. אין ספק ששנות ישראל – ובוודאי הצעירות שבהן, הפנימו את האיסור להטריד אותן מינית, וגם כשאינן מעוזות להתלונן או לתבוע – הן חושבות לבקש עזרה.

#### 4. הרתעה מפני ההתנהגות האסורה

בד בבד, האיסור הפלילי על הטרדה מינית והתנכלות יצר לפחות חלק מאפקט ההרתעה שהוא נועד להשיג. הרושם הוא שאין היום במדינת ישראל אנשים רבים שאינם יודעים כי אם יטרידו מינית – המוטרדת רשאית להתלונן עליהם והם עלולים למצוא את עצמם נחקרים בידי המשטרה. סביר להניח שישראלים רבים מביאים נתון זה בחשבון בהתנהלותם עם סביבתם. ניתן להניח שישנם ישראלים שהידיעה על אודות פליליותו של המעשה מונעת מהם מלהטריד מינית או לפחות גורמת להם לחשוב פעמיים לפני שהם עושים זאת.

#### 5. יחס רציני של מערכת בתי המשפט והוצאת החוק מן הכוח אל הפועל

מיום חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית בולטת נכונותה של מערכת בתי המשפט להתייחס אליו במלוא הרצינות: לרוחו, לכוונת המחוקק, לנוסחיהם המדויקים של הסעיפים, לדברי ההסבר ולמהפכה הערכית שהחוק נועד לחולל. יחס זה אינו מובן מאליו, ואינו בהכרח נכון בהקשרים אחרים של זכויות אדם ככלל וזכויות נשים בפרט.

למעשה, כבר מספר ימים לפני שהחוק נכנס לתוקף, בית המשפט העליון, מפי השופט דאז יצחק זמיר, אימץ את הגיונו, את רוחו, ואת הרצינות החברתי והערכי שלו. בהחלטתו בעניין בן אשר קבע זמיר שהטרדה מינית פוגעת בכבוד האדם ויש להתייחס אליה בחומרה הראויה.<sup>2</sup> בהחלטה זו נתן זמיר את האות ליחסה של המערכת השיפוטית לחוק. השופטת (כתוארה אז) דורית בייניש, שהחליפה את השופט זמיר בטיפול בערעורים על החלטות בית הדין של נציבות שירות המדינה (עשמ"ם), המשיכה בקו זה ואף העמיקה אותו (למשל בעש"מ החשוב בעניין פודלובסקי<sup>3</sup>), והשופטת איילה פרוקצ'יה, אשר החליפה את השופטת בייניש בטיפול בעשמ"ם המשיכה אף היא בקו זה. ככלל, אפשר לומר שגם שאר בתי המשפט הכפופים לבית המשפט העליון אימצו את יחסו הרציני לחוק.

2 עש"מ 6713/96 מ"י נ' בן אשר, פ"ד נ"ב(1) 650 (1998).

3 עש"מ 5771/01 פודלובסקי נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נ"ד(1) 463 (2001). ראו נספח 5 [אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערות העורכת)].

## ב. מטרות ואמצעים של החוק שהצלחתם חלקית או לא ברורה

### 1. התייחסות מצמצמת לפיצוי ללא הוכחת נזק כפיצוי הבלעדי על הטרדה מינית

ההוראה המאפשרת לפסוק לתובעת פיצוי ללא הוכחת נזק נועדה להבהיר שהטרדה מינית אסורה מכילה בחובה נזק טבוע שאין צורך להוכיחו לבית המשפט בכל פעם מחדש. היא נועדה להקל על מתלוננות לתבוע בגין הטרדה מינית גם כאשר אין בידיהן להצביע על עצמות שבורות או על עלויות של טיפולים רפואיים או נפשיים. בכך נועדה הוראה זו להכיר בפגיעה שהטרדה מינית פוגעת גם באנשים 'חזקים' שאינם 'נשברים' ואינם נזקקים לשיקום שאותותיו ברורים.

הוראה זו הוכיחה את עצמה במקרים רבים – הן כאשר בתי דין ובתי משפט פסקו פיצויים ללא הוכחת נזק, והן במקרים שבחרו הנילונים לשלם את הפיצוי הנדרש מהם עוד לפני הגשת התביעה לבית המשפט או לבית הדין ולייתר את ההליך השיפוטי.

ואולם עורכות דין ועורכי דין מעידים שבערכאות שיפוטיות השתרשה התפיסה כאילו תקרת הפיצוי ללא הוכחת נזק היא תקרת הפיצוי הכולל שניתן וראוי לפסוק בתיקי הטרדה מינית. כלומר, כאילו הסכום שהיה בשנת 1998 50,000 ש"ח ומקץ עשור הגיע לכ-60,000 ש"ח הוא הסכום המרבי שניתן לפסוק לתובעת בגין הטרדה מינית.

תפיסה זו חוטאת ללשון החוק ולרוחו, שכן החוק לא נועד למנוע מנפגעות הטרדה מינית פיצוי גם על נזקים בני הוכחה, כמו אבדן ימי עבודה, טיפולים, הוצאות השתקמות וכאב וסבל. בוודאי שכוונת החוק לא הייתה להפלות תובעות על הטרדה מינית לרעה לעומת כל מי שתובע פיצוי על נזק שנגרם לו והוא יכול להוכיחו. התקווה היא שפסיקה עליונה מחייבת תבהיר את הדברים ותשלח מסר מתקן לערכאות הנמוכות יותר.

### 2. סמכותם הייחודית הרחבה של בתי הדין לעבודה – הגיונית אך אולי בעייתית

סעיף 10 לחוק מעניק לבית הדין לעבודה סמכות ייחודית רחבה מאוד לרון בכל תביעה אזרחית (לא פלילית ולא משמעתית) שעניינה הטרדה מינית או



התנכלות והיא מוגשת על ידי עובד או עובדת נגד המעביד או נגד אדם אחר השייך לאותו מקום עבודה. הסיבה להענקת הסמכות הייחודית (שהוצעה ונומקה בהליך החקיקה בידי פרופ' רות בן ישראל, מומחית לדיני עבודה) הייתה להיפנות ממומחיותם של בתי הדין ביחסי עבודה ולהעמיקה. המחשבה הייתה שבתי הדין אמונים יותר מכל ערכאה שיפוטית אחרת על הדקויות המורכבות המאפיינות את החיים בעולם העבודה, ולכן הם מוכשרים יותר מכל אחד אחר לטפל במכלול הסוגיות הקשורות במקום עבודה ולהגיע לפתרונות רגישים והולמים שיאפשרו את המשך העבודה והחיים בצוותא. בנוסף לכך, הליכים בבתי דין לעבודה אמורים להיות נגישים, פשוטים, קצרים וזולים יותר מאשר בבתי משפט. וכיוון שבתי הדין הם בעלי הסמכות הייחודית לדון בתביעות נגד מעבידים – הוחלט להעניק להם את הסמכות לדון גם בתביעות קרובות, כדי לא לפצל תביעות ולא לשלוח תובעות לבתי משפט שונים.

מקץ עשור אפשר לומר כי האמצעי הולם את המטרה שיועדה לו במידת מה. בתי הדין לעבודה אכן החלו לצבור ניסיון ולפתח מומחיות בכל הקשור להטרדה מינית בעבודה, והם אכן אמונים על פתרונות מעשיים המאפשרים המשך עבודה וחיים משותפים. עם זאת, לא נראה שבתי הדין פיתחו מיומנות רבה מזו של בתי המשפט האחרים. לעומת זאת, השנים חשפו קשיים שלא נצפו מראש בהקשר זה. ניסיונם של תובעות, עורכות דין ועורכי דין מלמד שבתי הדין לעבודה אינם נגישים לעובדת התובעת בגין הטרדה מינית כפי שניתן היה לצפות. תביעות בגין הטרדה מינית הן מורכבות, מקצועיות, ממושכות וקשות, ולא ניתן לנהלן ללא ייצוג מקצועי – בוודאי כאשר הנתבע מיוצג. לכן על העובדת המעוניינת לתבוע בגין הטרדה מינית או התנכלות בעבודה לשכור שירותים של עורכת דין או עורך דין המתמחים בתחום. ואולם בתי הדין לעבודה נוטים לפסוק פיצויים נמוכים מאוד – אם בכלל, ונמוכים יותר מאשר בתי המשפט. הם גם ממעטים בפסיקת תשלום הוצאותיו של הצד הזוכה. כיוון שעורכות דין ועורכי דין אינם גובים שכר מראש אלא משפים את עצמם מכספי הפיצויים, יוצא שהם מנהלים תיקים סבוכים, מורכבים וממושכים בידיעה שגם אם יזכו בסופו של דבר – הפיצויים שיושתו על המטריד או על המעסיק לא יאפשרו תשלום שכר טרחה, ולא יוטלו עליו הוצאות ממשיות. התוצאה היא שעורכות דין ועורכי דין אינם יכולים להרשות לעצמם לייצג תובעות בגין הטרדה מינית במקום העבודה בפני בתי הדין לעבודה. לכן, עובדות רבות שסבלו מהטרדה מינית או התנכלות אינן מוצאות עורכות דין או

עורכי דין שייצגו אותן, והדרך אל התביעה נחסמה בפניהן. ארגוני הנשים מציעים ייעוץ אך לרוב אינם יכולים לממן ייצוג, והתסכול רב. אם לא די בכך, יש מקרב העוסקים בתחום שטוענים שההליכים בבתי הדין אינם קצרים יותר מאשר בבתי המשפט והאגרות אינן נמוכות די הצורך, וחוסמות את דרכן של עובדות ובמיוחד של העובדות החלשות ביותר מבחינה כלכלית. מציאות זו בעייתית מאוד, ומצדיקה לעניות דעתי דיון מעמיק ומחשבה מחדש על הייחודיות שהוענקה לבתי הדין לעבודה בתביעות הקשורות ביחסי עבודה (סעיף 10 לחוק). ייתכן שבנסיבות שנוצרו יש מקום לבטל ייחודיות זו, ולאפשר לעובדות שהוטרו לתבוע בבתי המשפט. ייתכן שכך תיווצר מציאות חדשה, בתי המשפט ישיתו פיצויים משמעותיים יותר, ועורכות דין ועורכי דין יוכלו לנהל תיקים של הטרדה מינית לא רק במסגרת תיקי הפרו-בונו שלהם. חשוב לציין שעורכות ועורכי דין לא מעטים ממשיכים לייצג תובעות ותובעים למרות שכר הטרחה הנמוך. בנוסף, ארגונים לא מעטים מציעים סיוע ואף ייצוג משפטיים חינם אין כסף (ראו רשימת ארגונים בנספח 8) אינה מופיעה בקובץ שלפנינו (הערת העורכת).

### 3. טיפול חלקי ביחסי עבודה מורכבים

בעבר מקובל היה שבמקום עבודה עובדים יחדיו עובדיו של המעביד, והם באים במגע עם לקוחותיו וספקיו. ואולם בעולם העבודה של המאה העשרים ואחת הדברים מורכבים לאין שיעור, ובמסגרת יחסי עבודה (כהגדרתם המרחיבה בסעיף 2 לחוק) נוצרים קשרים בין אנשים שיחסי העבודה ביניהם מורכבים ומגוונים. החוק למניעת הטרדה מינית התייחס למציאות חדשה ומשתנה זו, והחיל את עצמו גם על מי שמועסקים כ'עובדי קבלן' (סעיף 9 לחוק קובע ש'הוראות חוק זה לעניין מעביד ועובד יחולו, בשינויים המחויבים ולפי העניין, גם על מי שמעסיק בפועל אדם באמצעות קבלן כוח אדם, ועל אדם המועסק כאמור'). התחושה ב-1998 הייתה שזוהי הצהרת כוונות ברורה וחזקה, ושלא ניתן למלא אותה בתכנים מפורטים יותר, בשל השונות הגדולה כל כך בין מקומות עבודה, תקנוני המשמעת שלהם ונסיבותיהם הספציפיות. הציפייה הייתה שמקומות עבודה יתייחסו לסוגיה זו בתקנונים שיתקנו, כל אחד על פי נסיבותיו המיוחדות, ושבתי הדין לעבודה ינחו את עצמם בכל מקרה הבא בפניהם ברוח החוק.

ואכן, ישנם מקומות עבודה שקבעו הליכים לתלונות של עובדי קבלן ועליהם. פסיקה של בית הדין הארצי לעבודה מעידה כי הוא הפנים את הוראת סעיף 9 לחוק. בית הדין הארצי פסק שעובדת רשאית לתבוע בבית הדין לעבודה בגין הטרדה מינית שהתרחשה במקום עבודתה גם אם הנתבע אינו מועסק על ידי המעביד שלה, אלא על ידי מעביד אחר המעסיק עובדים באותו מקום עבודה.<sup>4</sup> אך העדויות מן השטח מצביעות על כך שקיימת אי בהירות משתקת ומזיקה לגבי זכויות וחובות של עובדות ועובדי קבלן, כמו לגבי יחסי עבודה מורכבים אחרים. עובדות קבלן ועובדות חיצוניות אחרות הן לעתים קרובות ארעיות וחוששות לאבד את מקום עבודתן. מקצתן עובדות ניקיון ושמירה, ולעתים משכורתן היא המשכורת היחידה המפרנסת את משפחתן. במקומות רבים, בשל מעמדן המוחלש, הן חשופות במיוחד לניצול. ישנם מקומות עבודה רבים שבניגוד להוראת החוק לא החילו את תקנות המשמעת שלהם על עובדות חיצוניות כאלה, והם אינם מעניקים להן בהוראות הפנימיות את זכויותיהן על פי חוק להתלונן על הטרדה מינית או התנכלות בפני המעביד שאצלו הן מועסקות בפועל. העובדות אינן מודרכות בדבר זכותן לא להיות מוטרדות מינית, ואינן יודעות על מה מותר להתלונן ולתבוע וכיצד לעשות זאת. לעתים גם מגבלות של שפה מונעות מהן להבין את זכויותיהן.

קורה גם שעובד קבלן מועסק במקום עבודה ומועלית נגדו תלונה על הטרדה מינית. יש שהמעסיק מבקש מן הקבלן – או שהקבלן בוחר על דעת עצמו – להחליף את העובד באחר במקום לנהל הליך של בירור וחקר התלונה. בכך נמנעת מן העובד הנילון הזכות להליך הוגן ולהזדמנות להזים את הטענות שהועלו נגדו.

#### 4. פרשנויות שיפוטיות של סעיפי החוק שיש בהן טוב ויש בהן רע

לצד פסקי דין המפרשים את החוק ומחילים אותו כלשונו וכרוחו, ישנם כמובן גם כאלה שלעניות דעתי אינם מפרשים הוראה מהוראות החוק כראוי ואינם מחילים אותה כהלכה על המקרה שלפניהם. עם זאת, ראוי לציין שאף פסקי הדין הללו

4 ראו ע"ע (ארצי) 230/07 נסימי נ' מוטי (פורסם בנבו, 27.8.2007).

מתייחסים אל ההטרדה המינית ברצינות מקצועית, ויש שהם מכילים גם החלטות חשובות ואף תקדימיות.

אדגים בעזרת שני פסקי דין מן העת האחרונה. בעניין גורטלר נ' ג'אנה (מרשות המסים)<sup>5</sup>, בית הדין האזורי לעבודה בירושלים נדרש להכריע האם מספר הצעות מיניות שהוצעו בידי ממונה לכפיפתו במסגרת פגישת עבודה אחת מהוות "הצעות חוזרות" אסורות (על פי סעיף 3(א)(3)). בית הדין מצא שבהינתן מסגרת הזמן הקצרה יחסית, מכלול ההצעות, אף שהיו מפורשות ובוטות, הן בגדר הצעה אחת, ולכן לא ניתן לקבוע כי האירוע מכונן הטרדה מינית אסורה על פי חוק. הפסיקה בנקודה זו אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק, במיוחד כיוון שבמקרה הנדון העוברת הבהירה שאינה מעוניינת בהצעות המיניות, ולכן יש לראות בהן הצעה, דחייה, הצעה, דחייה, והצעות נוספות. פסק דינו של בית הדין לעבודה בעניין זה מתעלם וסוטה גם משני פסקי דין מחייבים של בית המשפט העליון בנקודה זו, הקובעים שהצעות חוזרות יכולות להתרחש באירוע אחד ואף במשך זמן קצר מאוד.<sup>6</sup> התקווה היא שבית הדין הארצי יתקן, בערעור, את השגגה שיצאה מידי הערכאה הנמוכה בנקודה זו.

עם זאת, בית הדין התעמק בתיק ובחוק, ופסק לתובעת פיצוי על פי סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, כפי שתוקן על ידי החוק למניעת הטרדה מינית (ראו הפרק הרביעי בעמ' 93-94) [אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)]. סעיף זה בנוסחו המתוקן מאפשר לפסוק לעוברת פיצוי על התנכלות גם אם לא ניתן לקבל את תלונתה על הטרדה מינית, כיוון שלא הוכיחה יותר מהצעה או פנייה אחת בעלת אופי מיני. בעניין גורטלר, כאמור, בית הדין סבר שכיוון שההצעות החוזרות הושמעו במהלך פגישה אחת – יש לראותן כהצעה אחת ולא כהצעות חוזרות, ולא ניתן לקבל את טענת ההטרדה המינית. עם זאת, בית הדין השתכנע שבעקבות אירוע זה התנכל המשיב לתובעת, ולכן פסק לה פיצויים בגין ההתנכלות על פי סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

5 עב' (י"ם) 1050/04 גורטלר נ' ג'אנה (פורסם בנבו, 13.06.2007). ערעור הוגש לבית הדין הארצי לעבודה.

6 עש"מ 2192/06 רחמני נ' נציבות שירות המדינה, ראו נספח 5 [אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)]; רע"פ 5388/04 דהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.08.2004), ע"פ (ת"א) 71159/01 מ"י נ' דהן (פורסם בנבו, 06.11.2002).

דוגמה נוספת להצלחה חלקית ביישום החוק ניתן למצוא בפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב יפו בעניין פלונית נ' ראובן.<sup>7</sup> באותו עניין אמר בית הדין את הדברים הבאים בדונו בתביעת פיצויים בגין הטרדה מינית:

בנסיבות העניין, שעה שהתובעת בחרה להגיש תביעה לבית הדין בעילה של הטרדה מינית ומכאן גם לעמוד בחקירה הנגדית הנגזרת מכך, הרי שיש לתמוה על כך שהיא לא הגישה בר בבר גם תלונה למשטרה בגין המעשים החמורים שהיא מייחסת לנתבע 2. **בנסיבות אלה יש לזקוף גם את אי הגשת התלונה לחובתה של התובעת** [ההדגשה במקור].<sup>8</sup>

בית הדין מקפיד לצמצם את תחולתם של דבריו אלה, ומדגיש כי רק בנסיבותיו המיוחדות של המקרה (כאשר המתלוננת אמרה למעסיק במילים מפורשות שאם לא יטפל בהטרדה המינית שהוטרה בעבודה היא תפנה למשטרה) אי פנייה למשטרה עלולה לערער את מהימנות תביעתה האזרחית.

ועם זאת, דומה שזו טעות היורדת לשורשו של עניין וחותרת תחת מטרה מרכזית של החוק. הזכות לבחור בין פנייה למשטרה, להליך אזרחי או לפתרון במסגרת יחסי העבודה ניתנה לקרבן ההטרדה כדי לעודד אותה לבחור באפיק הנוח לה ביותר ואשר הולם את נסיבותיה ותחושותיה. החוק מאפשר למתלוננת להשתמש אך ורק בדין האזרחי, בלי כל קשר לפנייה למשטרה. במרבית המקרים שההטרדה המינית התרחשה במקום העבודה, המחוקק הניח שהנפגעת תעדיף את הטיפול במסגרת מקום העבודה או את בית הדין לעבודה על פני פנייה למשטרה, והוא אִפשר לה זאת במפורש. לכן בשום נסיבות אין לזקוף לחובת התובעת את העובדה שלא פנתה למשטרה, ואין להסיק מכך שתלונתה האזרחית אינה מבוססת. אני מקווה שגם פסיקה זו תתוקן בערעור.

בתוך כך, חשוב לציין שגם במקרה זה, בית הדין שדן בעניין התייחס ברצינות רבה לתביעה בגין הטרדה מינית – אף שקבע כי לא הוכחה. בית הדין בחן לעומק

7 עב' (ת"א) 7381/04 פלונית נ' ראובן (פורסם בנבו, 11.06.2007).

8 שם, פס' 24.

את נוסח החוק ואת רוחו, ופסק שגם כאשר נודע למעסיק על טענת הטרדה מינית רק לאחר שהמוטרדת לכאורה פוטרה, וגם אם היא לא התלוננה באופן מסודר, וגם אם מאוחר יותר נקבע (על ידי בית הדין) שטענתה לא הוכחה – בכל זאת על המעסיק לבדוק ולחקור את הידיעה על הטרדה מינית שהגיעה אליו, ואסור לו להסתפק באמירה כי המתלוננת מוזמנת לפנות למשטרה. אף שלא קיבל את טענתה של התובעת בדבר הטרדה מינית, השית בית הדין על החברה הנתבעת 4,970 ש"ח פיצויים ללא הוכחת נזק בגין אי ניהול החקירה על דבר התרחשותה של הטרדה מינית.<sup>9</sup> כך, למרות ההתייחסות לאי פנייתה למשטרה, פסק הדין חשוב ומעניין.

בעייתי במיוחד הוא פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין פלונית ואלמוני, ע"ע (ארצי) 274/06.<sup>10</sup> בית הדין הארצי לעבודה קבע בהחלטתו בתיק זה פה אחד שיחסי מין בין ממונה לכפיפתו במסגרת יחסי עבודה הם הטרדה מינית אסורה גם אם הכפיפה הסכימה ליחסי המין ואף אם יזמה אותם; קביעה זאת אינה מעוגנת בלשון החוק, ברוחו או בכוונת המחוקק. מכיוון שהוא סותר הוראות ברורות של חקיקה ראשית, חלק זה של פסק הדין חורג מסמכות, בטל, ובוודאי שאינו יכול להוות תקדים.

עם זאת, אין ספק שלמרות הסטייה מן החוק, הפגין בית הדין יחס רציני ביותר כלפי סוגיית ההטרדה המינית. למעשה, בית הדין הארצי על חמשת חברי ההרכב שישב לדין, התייחס להטרדה המינית ביתר החמרה מאשר המחוקק, וביקש להרחיב את תחולת החוק. בכך הוא חרג מתפקידו ומסמכותו אך לא כדי לקעקע את החוק – אלא דווקא כדי לחזקו.

יתרה מכך, פסק דינה של השופטת וירט לבנה בעניין זה מכיל קביעה חשובה לגבי כללי ראיות החלים על הליכי הטרדה מינית בבתי הדין לעבודה. בית הדין האזורי שדן בתיק קבע שהנטל המוטל על תובעת בהליך שעניינו הטרדה מינית כבד יותר מהנטל בהליכים אזרחיים אחרים; בית הדין האזורי החיל גישה זו על הראיות שהובאו בפניו. השופטת וירט לבנה הבהירה בצדק כי 'בתביעה מכוח החוק למניעת הטרדה מינית, נטל ההוכחה כמוהו כנטל

9 שם, פס' 41-43.

10 פסק הדין הוא מיום 26.3.2008. טרם פורסם.

הנדרש בתביעה אזרחית רגילה, ולא יותר'.<sup>11</sup> עמדה זו הביאה אותה, בצדק, לא לקבל את ממצאיו העובדתיים של בית הדין האזורי שהסתמכו על דרישות ראייתיות מוטעות.<sup>12</sup> עוד דחתה השופטת, בצדק, את קביעות בית הדין האזורי, כאילו קבלתה של המתלוננת ללא מחאה את העובדה שהנילון סגר את דלת חדר הביטחון שבו התקיים המגע המיני ביניהם, אי הגשת תלונה במשטרה על ידיה, והמתנתה כשנתיים לפני פנייתה לבית הדין – כולם חותרים תחת אמינות גרסתה, שלפיה היא לא הייתה מעוניינת במגע המיני עם הממונה.<sup>13</sup> השופטת וירט לבנה קבעה: אי הגשת תלונה במשטרה, המתנה של שנתיים בטרם פנתה לבית הדין ו'קבלה' של הדלת הסגורה אינם מפחיתים במאומה מאמינותה של התובעת.

עם זאת, קשה להבין מפסק הדין אם דברי השופטת בנקודות אלה התקבלו על דעת רוב חבריה למותב או לא; לכן קשה לדעת אם הדברים הם בבחינת תקדים או אוביטר (טפל) שאינו מכיל הלכה.<sup>14</sup> בין כך ובין כך, התקווה היא שבתי הדין האזוריים ינחו את עצמם ברוח דבריה הנכונים הללו של השופטת, וגם שמערכת בתי הדין כולה תחזור בה מן הקביעה המוטעית שיחסי מין בהסכמה במקום העבודה הם הטרדה מינית אסורה.

## 5. מיעוט קישור ההטרדה המינית לכבוד הסגולי וכבוד המחיה

השיח המשפטי וכמוהו השיח הציבורי מקשרים את ההטרדה המינית עם כבוד האדם. בכך הם מגשימים את כוונת החוק המפורשת בסעיף המטרה שלו. עם זאת, קשה למדוד במדויק עד מה 'כבוד אדם' זה הוא כבוד סגולי וכבוד מחיה ברוח החוק, ומכיל – לצדם או במקומם – הדרת-כבוד (להבחנה המושגית – ראו הפרק העשירי). [פרק זה אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת).]

- 11 פסקה 58 לפסק דינה של השופטת, עמ' 22 להדפסת בית המשפט.
- 12 למרבה הצער, השופטת לא החזירה את התיק לשם קביעת עובדות אחרות, ולא קבעה עובדות כאלה בעצמה. לכן פסק דינה אינו מתייחס למסכת עובדתית ברורה כלשהי.
- 13 שם, פסקאות 65-67 לפסק דינה של השופטת, עמ' 27-30 להדפסת בית המשפט.
- 14 נשיא בית הדין לעבודה לא קיבל את עמדת וירט לבנה; השופטת נילי ארד הצטרפה אליה; דברי נציגי הציבור בנקודה זו אינם ברורים דיים.

אין לי ספק שמרבית הציבור ומרבית שופטיו לא התוודעו, הפנימו או אימצו את ההבחנה המושגית בין סוגי הכבוד השונים; אך מעבר להבחנה המושגית, התאורטית, יש לפענח עד מה הכבוד המקושר על ידי הציבור ושופטיו עם החוק הוא הומני, ליברלי ופרוגרסיבי, או מסורתי, שמרני וכרוך בתפיסות פטריארכליות, שהן תחרותיות ולוחמניות, וגם מוסרניות ומגבילות נשים.

הרושם הנוצר מקריאת פסקי הדין ומעקב אחרי הדוברים והדוברות בתקשורת, הוא שהכבוד ששופטים ואזרחים חשים שהטרדה מינית פוגעת בו הוא בראש ובראשונה כבוד הומני, המכיל אוטונומיה, הגדרה עצמית, שליטה בגוף, במרחב האישי ובפרטיות. כלומר, זהו צירוף הכבוד הסגולי וכבוד המחיה. עם זאת, אין ספק שמדי פעם משתרבות אצל דוברים שונים נימות המעידות על קישור של החוק עם כבודו העצמי של מי שלא ייתן שילבינו את פניו ברכים, שיפגעו בשמו הטוב ושינמיכו את קומתו החברתית (הדרת-כבוד גברית), או על קישור החוק לכבוד האישה שהוא צניעותה, תומתה, והגנתה מפני דברי 'כיעור' (הדרת-כבוד נשית) בחברה פטריארכלית מסורתית.

הערבוב בין סוגי הכבוד מאפיין את השפה העברית ואת התרבות הישראלית, וההכרח להבחין בין סוגי הכבוד כדי לדייק בהגדרת ערכים חברתיים וזכויות אדם על פי חוק אינו ייחודי לתחום ההטרדה המינית; הוא קיים בכל תחום שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חולש עליו. תחום ההטרדה המינית מחייב התעמקות במשמעות כבוד האדם ושאר תחומי חיינו.

עם כל זאת, חשוב לציין שטרם מצאתי טקסט שיפוטי שכבוד האדם שלו הוא במובהק הדרת-כבוד ולא כבוד סגולי או כבוד מחיה. גם בפסקי דין שבהם חלקי משפטים המהדהדים הדרת-כבוד, מצויים תמיד משפטים המבטאים כבוד סגולי וכבוד מחיה. בדומה, לא מצאתי אף טקסט שיפוטי שנימות של הדרת-כבוד המתגנבות לדיונו בהטרדה מינית משפיעות על הכרעת הדין או שהן מובילות לחזק ערכים פטריארכליים, מסורתיים או מוסרניים.

6. היעדר שימוש שיפוטי וציבורי בכבוד האדם כ'מסננת' לניפוי

תלונות ותביעות

בפרק השני |אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת) ציינתי שיש לערכי המוגנים של החוק, המנויים בסעיף המטרה שלו, גם שימוש פרקטי: הם נועדו גם



לסנן תביעות בגין התנהגויות שאולי עומדות, טכנית, בהגדרות סעיף 3 לחוק, אך אינן מגיעות כדי פגיעה באחד מערכיו המוגנים של החוק. דומני שרוח הדברים מהדהדת בשיח הציבורי, ויותר מכך – בטקסטים שיפוטיים. אלה נוהגים להזכיר שהטרדה מינית אסורה פוגעת בכבוד האדם ובשאר ערכיו המוגנים של החוק; הם משתמשים בהקשר הערכי כהנמקה לקיום ההליך המשפטי וגזרת הדין. עם זאת, דומני שאין עדיין שימוש ברור ומשמעותי בערכי החוק כמסגרת. אני סבורה ששימוש כזה בערכים יכול היה לתרום להבנת החוק, לקבלתו ולדיוק ביישומו (להדגמה כיצד להשתמש בערכים כמסגרת ראו הדוגמאות בפרק השני) אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת).

ג. מטרות שהוצבו לחוק ולא הושגו בעשור הראשון, אמצעים שאינם הולמים די הצורך את המטרות שנועדו לקדם, וקשיים נוספים

#### 1. נשים לא למדו להגיב להטרדה המינית באופן אסרטיבי והחלטי

כפי שמפורט בפרק השישי אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת), אחת ממטרות החוק הייתה לעודד נשים ישראליות לומר 'לא' (כמובן, רק כאשר הן אינן מעוניינות). זאת, הן כדי להעצים נשים, והן משום שהתמודדות החלטית עם הטרדה מינית היא הדרך היעילה ביותר לעצור אותה באבה. מקץ עשור, נשים ישראליות מודעות לזכותן לא להיות מוטרדות; מקצתן אף בוחרות להתלונן ולתבוע בגין הטרדות מיניות. עם זאת דומה שטרם חל שינוי משמעותי בדפוסי התנהגותן של נשים בישראל נוכח הטרדות מיניות.

עדויותיהן של מתלוננות מלמדות שגם היום מקץ עשור מרבית הנשים, לרבות החזקות והמועצמות ביותר, מגיבות להטרדות בעיקר בהלם, קיפאון, וניסיון להתנהל כאילו ההטרדה אינה מתרחשת ולא קרה דבר. נשים מדווחות כי בצנעת פרטיותן הן בוכות, כואבות, ולעתים משתפות חברה, קרובת משפחה או בן או בת זוג. יש שהן אף פונות למרכזי סיוע לנפגעות תקיפה מינית. אך במרחב הציבורי הן מנסות לשמר רושם של 'עסקים כרגיל', וביחסיהן עם המטריד הן נמנעות מעימות, מתחמקות, ומתקשות ביותר לומר 'לא'. כאשר הן 'מראות' (על פי דרישת החוק) שההתנהגות המינית אינה רצויה להן, לרוב הן עושות זאת בשפת גוף מתרחקת, מתגוננת ומסתגרת אך לא במילים מפורשות, ישירות

ונחרצות. המבוכה, אי הנעימות, החשש לפגוע, תחושות האשמה והחמלה ממשיכים להציף נשים רבות ולשתקן גם כיום. זאת כמובן בנוסף לחשש להינזק, למשל עקב דחייה של מעביד או ממונה במקום העבודה או מורה או מרצה במוסד להשכלה. חשוב לציין כי תחושות אלה נשמעות מפי בנות כל המגזרים: נשים צעירות כמבוגרות ותל-אביביות כמו ירושלמיות.

בדומה, החוק לא הצליח לבטל לגמרי את הדעה הקדומה שנפגעות הטרדה מינית הבודדות להתלונן או לתבוע הן שקרניות הבודדות עלילות כדי לנקום בגברים חסרי ישע או לסחוט אותם. במקומות רבים מדי מתלוננות ותובעות עדיין סובלות מחדשנות רבה של הסובבים והסובבות אותם, מעוינות ומהאשמות שונות. נראה שעשר שנים אינן מספיקות כדי לעקור משורש סטראוטיפים ודעות קדומות, ולצד החוק נחוצים תהליכים חינוכיים מקיפים, שאינם מתקיימים די הצורך.

## 2. איסור הביזוי וההשפלה המיניים טרם הופנם (סעיף 3(א)(5)) – במיוחד בהקשרים המגדרי וההומופובי

החוק אוסר לבזות או להשפיל אדם ביחס למינו או מיניותו, לרבות נטיית המינית. כפי שמפורט בפרק השני |אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)|, סעיף זה נועד למנוע הטרדה מינית הקשורה בהיותו של אדם גבר או אישה, הטרדה הקשורה באורח חייו המיני של אדם, והטרדה הקשורה בנטייתו המינית של אדם – או בנטייה מינית המיוחסת לו.

למיטב ידיעתי, הציבור טרם נזקק לסעיף זה די הצורך, ובתי הדין והמשפט טרם פירשו אותו ופיתחו את תכניו. התוצאה היא שהטרדות על רקע השתייכות מגדרית, והטרדות הומופוביות טרם נכנסו לשיח של הטרדה מינית. ייתכן שהעשור הראשון נדרש כדי לבסס הטרדות שהן 'מיניות' באופן מובהק וברור יותר למרבית הציבור, והעיסוק בהטרדות מגדריות והומופוביות יחל בשלב הבא של מימוש החוק.

## 3. רשויות אכיפת החוק, המשטרה והפרקליטות, לא אימצו את העברות החדשות שנקבעו בחוק למניעת הטרדה מינית

כפי שמפורט בפרקים השני והשלישי |אינם מופיעים בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)|, חלק מן האיסורים הפליליים המופיעים בחוק (אלה המוזכרים בסעיפים 3(א)(1) ו-3(א)(2)) קבועים מאז ומעולם בחוק העונשין; איסורים פליליים אחרים

אלה המוזכרים בסעיפים 3(א)-(3)-(5) הם חדשים, ונקבעו לראשונה על ידי החוק למניעת הטרדה מינית (בסעיפים 4 ו-5). למיטב ידיעתי המשטרה והפרקליטות כמעט שאינן פותחות בהליכים פליליים על פי האיסורים החדשים, אלא רק כאשר הם נלווים לאיסורים הוותיקים או לעברות אחרות הקבועות בחוק העונשין. האיסורים החדשים זכו בכינוי 'הטרדות מיניות מילוליות', והם נתפסים כקלים יותר וכמי שאינם מצדיקים הליכים פליליים.

אין שום סיבה לחשוב שהטרדות המכילות נגיעות ('מעשים מגונים' אסורים) בהכרח חמורות יותר מאשר אלה שהן "מילוליות בלבד", כשם שאין סיבה לייחס יתר חשיבות לעברות ותיקות הקבועות בחוק העונשין על פני עברות חדשות הקבועות בחוק למניעת הטרדה מינית.<sup>15</sup> מן הראוי שרשויות התביעה יתייחסו ביתר כובד ראש לעברות הפליליות שנקבעו בחוק למניעת הטרדה מינית, וכאשר ההטרדה ה'מילולית' היא חמורה ופוגעת באופן משמעותי בכבוד האדם – יפתחו בהליך פלילי.

#### 4. הגדרות ההתנהגויות האסורות אינן מוכרות לציבור

החוק מפרט (בסעיף 3) מהן ההתנהגויות שיש בהן הטרדות מיניות והתנכלויות אסורות; בתוך כך הוא מבהיר גם שכל התנהגות אחרת – מותרת. פירוט זה מיועד לא רק לרשויות אכיפת החוק, אלא גם לציבור הרחב. רק ידיעה והבנה של המותר והאסור יכולה להרתיע באופן יעיל מפני התנהגויות אסורות ולהרגיע לגבי התנהגויות מותרות. ואולם הרושם העולה מן השיח הציבורי הוא שהציבור הרחב אינו מכיר את ההגדרות הקבועות בחוק. אי ידיעה זו היא מחדל חמור, המקשה על הציות לחוק ומקל על מסעות הפחדה של גורמים אינטרסנטיים. דומני שהאחראים העיקריים לבורות הציבורית ביחס להתנהגויות המותרות והאסורות הם מקומות העבודה, לרבות הצבא, שנדרשו בידי החוק להביא את

15 כפי שטענתי בפרק התשיעי [סוגים של הטרדה מינית]; ראו בקובץ שלפנינו, עמ' 71-81 (הערת העורכת), סחיטה מינית באיומים היא הטרדה מינית 'מילולית', וייתכן מאוד שתהיה חמורה יותר, גם אם התרחשה רק פעם אחת, מאשר הטרדה 'פיזית' של התחככויות חוזרות ונשנות. גם ביזוי והשפלה מיניים או הצקה בלתי פוסקת בצורת התייחסויות למיניותה של אישה יכולים להיחוו כפוגעים יותר מאשר נגיעות לא רצויות.

תכניו לידיעת עובדיהם (לרבות חיילים ושוטרים) ולא עשו כן די הצורך. גופים נוספים הנושאים באחריות הם התקשורת, המרבה לקיים דיונים סנסציוניים בכל הקשור להטרדה מינית אך ממעטת באספקת מידע בסיסי חיוני; מוסדות החינוך וההשכלה שאינם מקנים מידע זה, ומוסדות ממלכתיים שמן הראוי היה שיביאו את הגדרות החוק לידיעת הציבור הרחב.

5. מעסיקים ומקומות עבודה אינם ממלאים די הצורך את חובתם למנוע הטרדה מינית בעבודה ולקיים הליכי משמעת תקינים ויעילים

אולי כישלוננו המובהק והכואב ביותר של החוק בעשור הראשון לחייו הוא בכך שלא הועיל לשנות במידה מספקת את האווירה במקומות העבודה. אחד האמצעים החשובים ביותר שנקט החוק כדי למנוע הטרדה מינית היה הטלת אחריות על מעבידים לכונן מקומות עבודה בטוחים ונקיים מהטרדה מינית. אמצעי זה לא הוכיח את יעילותו לקידום המטרה שיועדה לו. מקומות עבודה רבים מאוד בישראל מתעלמים למעשה מן החוק ומהוראותיו. הם אינם מתקנים תקנון משמעת, אינם ממנים אחראית על החוק, אינם מעבידים לעובדים השתלמויות להכרת החוק ואינם שולחים מסר ברור שהטרדה מינית אסורה במסגרת העבודה. מקומות העבודה ברובם לא הפכו לסביבות מכבדות, בטוחות ומוגנות מפני הטרדה מינית. ניתן להניח שחלק מן המעסיקים אינם מקבלים את השקפת העולם המתבטאת בחוק ומסרבים לשתף אתו פעולה. אחרים אינם מודעים לחובות שהחוק הטיל עליהם.

תפקיד בעייתי בהקשר זה ממלאים יועצים משפטיים פנימיים וחיצוניים. תפקידם של אלה היה – ועודנו – להעמיד את המעסיקים על הוראות החוק, ולהבהיר להם כי מילוי דקדקני אחר הוראות אלה פוטר מעביד מאחריות משפטית בגין הטרדות במסגרת יחסי העבודה; לעומת זאת התעלמות מן החוק ואי מילוי הוראותיו חושפים מעביד לתביעות ומטילים עליו אחריות משפטית (על פי סעיף 7 לחוק). ישנם יועצים משפטיים הסבורים שכל נגיעה של מעביד בחוק למניעת הטרדה מינית היא פתיחה של תיבת פנדורה, ותוביל לתלונות, תביעות וסקנדלים; לעומת זאת שתיקה ביחס לחוק תשמור על שקט תעשייתי. כיוון שכך, הם בוחרים שלא ליידע את המעבידים לגבי חובותיהם על פי חוק או אף מייעצים להם לא לעשות דבר. התנהגות כזו, שאינה נדירה, היא רשלנות מקצועית ומעילה בתפקיד.

## 6. פתיחת שלושת מסלולי התביעה הובילה לבלבול ולהפניות יתר לאפיק הפלילי

אחת ממטרותיו המרכזיות של החוק הייתה לעודד נשים וגברים להתלונן על הטרדות מיניות ולתבוע בגינן. לשם כך קבע החוק שלושה שערים ושלושה מסלולים משפטיים המאפשרים לכל אדם להתלונן או לתבוע בגין הטרדה מינית על פי נסיבות המקרה ומיטב הבנתו. ואולם מבנה תלת-מסלולי זה יצר בלבול עמוק בציבור ובמקומות עבודה. מרבית הנשים ומקומות העבודה מודעים לזכותה של מוטרת לפנות למשטרה ולהגיש תלונה פלילית. לעומת זאת, רבים אינם מודעים לאופציה הנזיקית, ואף לא לזו של תלונה במקום העבודה ופנייה לבית הדין. בקרב מי שמודעים לאפשרויות האזרחיות יש רבים הסבורים בטעות כי פנייה למשטרה היא תנאי הכרחי הקודם לכל טיפול נוסף. התוצאה היא שנשים רבות מופנות ונשלחות להתלונן במשטרה על כל הטרדה מינית, גם כשהן אינן מעוניינות בכך או שאין לכך הצדקה עניינית. כאשר ההטרדה המינית התרחשה במסגרת יחסי העבודה, יש שהמעסיק סבור – בטעות – כי אסור לו לעשות דבר עד אשר תוכרע חקירת המשטרה או עד אשר בית המשפט ירשיע את הנאשם בהטרדה.

יצוין עוד שגופים ממלכתיים גדולים כמו הצבא והמשטרה תורמים לבעיה, משום שאינם מבהירים למתלוננות על חיילים או שוטרים שזכותן לבחור בהליך משמעתי, ולוקחים על עצמם להחליט במקומן אם לנהל הליך פלילי או משמעתי.

כוונת החוק הייתה לעודד נשים להתלונן על הטרדות מיניות במקומות העבודה, לפתוח בהליכי פיצויים אזרחיים, ורק במקרים חמורים במיוחד – להגיש תלונות פליליות. כוונת החוק הייתה להותיר את הבחירה בידי הנפגעות. הקושי בהשגת עורכי דין לניהול תביעות אזרחיות, התנערותם של מעבידים רבים מן האחריות להטרדות מיניות במסגרת העבודה וההפניות הגורפות של נשים למשטרה, מביאים לפנייה יתרה למסלול הפלילי במקום למסלולים האחרים. פניות אלה מזיקות למוטרדות ולתלוננותיהן וחותרות תחת מטרת החוק. מפאת העומס הרב על המשטרה, ועיסוקיה הרבים בסוגיות בוערות יותר מהטרדות מיניות, יש שתלונות על הטרדות מיניות שוכבות כאבנים שאין להן הופכין על מדפים מאובקים. אם נערכת לבסוף חקירת משטרה, פעמים רבות

תיקים נסגרים באין ראיות מספיקות, מחוסר עניין לציבור או בהיעדר אשמה. החלטות אלה אינן תמיד עדות לכך שההטרדות לא התרחשו, אלא שהמטרה לא מצאה ראיות לבסס תביעה פלילית מוכחת מעל לכל ספק סביר; ייתכן שהן מעידות על כך שבהשוואה לעניינים אחרים שהמטרה מטפלת בהם, ההטרדות המיניות (כמו סכסוכי שכנים ותקיפות קלות) היו חמורות פחות ולא מצדיקות בעיני המשטרה השקעת אנרגיה ומשאבים; או שבהשוואה לעניינים אחרים שהמטרה מטפלת בהם, אשמת המטריד קלה וזניחה, ואינה מצדיקה פתיחה בהליך פלילי (שוב, כמו בסכסוכי שכנים ותקיפות קלות).

אם ההטרדה התרחשה במסגרת יחסי עבודה, והמעביד החליט לחכות לתוצאות החקירה המשטרתית, אזי כל עוד התיק המשטרתית פתוח – המתלוננת לא תזכה במקום העבודה להגנה שהיא זכאית לה על פי חוק. אם חקירת המשטרה הסתיימה בסגירת התיק – המעביד עלול לחשוב בטעות שהוא פטור מאחריות ולא לעשות דבר. זאת בניגוד להוראותיו המפורשות של החוק ובניגוד להגיונו. שכן כדי להוכיח תביעה פלילית על המתלוננת לשכנע מעל לכל ספק סביר בהתקיימות ההטרדה או ההתנכלות. אך כדי להצליח בתלונה במקום העבודה הנטל עליה קטן יותר, והיא יכולה לשאתו ביתר קלות. לכן סגירת תיק בידי המשטרה אינה מעידה שלא ניתן היה לשמוע את תלונת המתלוננת במקום העבודה ואף לקבלה. מעביד שלא ביצע חקירה ולא ניהל הליך משמעותי מפני שחיכה לסיום החקירה המשטרתית או מפני שהמטרה סגרה את התיק, חשוף לתביעת העובדת בבית הדין לעבודה. המתלוננת זכאית לתבוע אותו על שהפר את חובותיו כלפיה (על פי סעיף 7 לחוק).

חוסר המודעות הציבורית למסלולים האזרחיים לתביעה בגין הטרדה מינית, לכך שאין צורך לפנות למשטרה, ולכך שחובות המעביד כלפי עובדת שהוטרה אינן קשורות לפנייתה למשטרה, הוא בעיה חמורה הפוגעת קשות בהחלת החוק. זו בעיה אשר פוגעת בנפגעות הטרדה מינית וחושפת מעבידים לתביעות. חלק מן הבעיה נעוץ בכך שחלק מיועציהם המשפטיים של חלק מן המעבידים אינם מספקים להם ייעוץ משפטי מקצועי ואמין בנקודות אלה. חלק נעוץ בחוסר העניין של התקשורת להעביר לצד הדיווחים הסנסציוניים גם אינפורמציה עניינית. חלק נוסף – באזלת היד של הרשות המבצעת ומוסדות החינוך וההשכלה.

## 7. תקופת ההתיישנות בהליכים האזרחיים הקבועה בחוק – קצרה מדי

תקופת ההתיישנות בתביעה אזרחית בגין הטרדה מינית או התנכלות היא שלוש שנים בלבד, וכך גם 'במסגרת יחסי עבודה'. הוראת ההתיישנות המקוצרת נועדה להגן על נילונים מפני תביעות שיוגשו באיחור גדול בשל השתנות נסיבות אישיות של המתלוננת. החשש היה שאישה שפוטרה ממקום עבודה תתבע בגין הטרדה מינית שאירעה שנים רבות קודם לכן. חשש נוסף נבע מהקושי הראייתי, הגדל עם השנים.

לעניות דעתי אין הצדקה לתקופת ההתיישנות הקצרה. כמו בכל עברות המין, גם בהטרדות מיניות יש נשים שרק לאחר זמן רב יכולות להודות בפני עצמן ובפני זולתן בפגיעה שנפגעו, ותקופה ארוכה עוברת עד שהן אוזרות עוז לתבוע את זכויותיהן. אין הצדקה לחסום את דרכן של נשים אלה להליך הוגן בתקופת התיישנות קצרה בהרבה מן הרגיל בעוללות אזרחיות (שבע שנים). ואם יש צורך להגן על מקום עבודה מפני תביעות בגין אירועים מן העבר – אין הצדקה להחיל את התקופה המקוצרת גם על הליכים אזרחיים רגילים.

## 8. קהילת החוקרות והחוקרים לא נרתמה ללמוד את החוק והשלכותיו וליצור ידע ומחקר בתחום

תופעה מאכזבת האומרת דרשני היא מיעוט של כתיבה מקצועית בתחום ההטרדה המינית בכלל והחוק בפרט. בתום עשור של עיסוק ציבורי אינטנסיבי, פיתוח משפטי מרשים ומהפכה תודעתית שסימניה ניכרים בכול, חוקרים וחוקרות ישראלים מתחומי המשפט, הפסיכולוגיה, הסוציולוגיה ושאר מדעי האדם כמעט שאינם חוקרים את התופעה, אינם מציעים לה הסברים ואינם משתתפים בעיצובה. הם אינם מבהירים את העובדות (הבהרה שנחוצה מאוד לשם היחלצות מעננת השמועות שהשיח הציבורי נקלע אליה אחרי כל פרשה מסעירה), אינם מבארים אותן ואינם ממסגרים אותן בפיתוחים תאורטיים, מקומיים או מיובאים. כמעט קשה להאמין, נוכח העניין הציבורי האדיר בסוגיה, שהאקדמיה בוחרת להתנער ממנה באופן כה בוטה וקיצוני.<sup>16</sup>

16 ראו רשימה של מאמרים משפטיים בנושא החוק בנספח 6 | אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת). חלק מהמאמרים ברשימה אינם אקדמיים אלא פובליציסטיים.

ניתן לשער (ובשיחות פרטיות הדברים נאמרים בגלוי) שנשים שמצטרות בחוק גנתעות מלתת לכך ביטוי פומבי מחשש שיבולע להן וקידומן ייפגע. ניתן גם לשער (וגם זאת שמעתי באופן פרטי) שמי שמתנגדות ומתנגדים לחוק מעדיפים לא להיראות כ'בלתי תקינים פוליטית', ולא להיחשף ל'מתקפה פמיניסטית'. התוצאה היא שסוגיה המעניינת את הציבור הישראלי, מטרידה אותו ומשנה אותו אינה זוכה לטיפול אקדמי. האקדמיה מפקירה את הזירה בסוגיה זו לעורכי דין המייצגים את הצדדים בהליכים פרטניים, ולדעות פובליציסטיות שפעמים רבות אין להן על מה להסתמך.

#### ד. המטרה שלא הוצבה ולא הושגה: הקמת נציבות

אסיים בהתייחסות למטרה אחת שלצערי החוק לא הציב לעצמו ולכן לא השיג: הקמת גוף מקצועי במסגרת שירות המדינה שתפקידו לפקח על יישום החוק ועל הוצאתו מן הכוח אל הפועל. גוף כזה היה יכול וצריך לסייע למקומות עבודה בכל מגזרי המשק לתקן תקנונים, להכשיר אחראיות על החוק, להדריך עובדות ועובדים ולטפל כהלכה בתלונות על הטרדות מיניות. כמו ה-EEOC בארצות הברית, גוף סטטוטורי כזה היה לפרסם הנחיות, לבצע בדיקות וחקירות במקומות עבודה, ולהגיש תביעות נגד מעסיקים שאינם מיישמים את הוראות החוק. בשעת ניסוח החוק חשבתי שניסיון לכוונן גוף כזה יטרפד את הצלחת החקיקה, שכן הדרישה התקציבית תיתקל בהתנגדות נציגי האוצר. גם במבט לאחור נראה לי שלא היה מנוס מוויתור על כינונו של גוף כזה בשעת החקיקה, כדי לחזק את סיכויי של החוק להתקבל. עם זאת, חסרונו של גוף כזה פוגע קשות ביישומו של החוק.

האכיפה הממלכתית היחידה, המזערית, המתבצעת מכוח החוק היא על פי סעיף 8: פקחים של משרד התעשייה והמסחר המבקרים במקומות עבודה במסגרת הפיקוח על חוקי עבודה אחרים, בודקים באותה הזדמנות גם אם מעביד פרסם תקנון (כפי שמורה סעיף 7(ב) לחוק).<sup>17</sup> ואולם הפקחים אינם בודקים אם

17 הפקחים פועלים על פי ההסמכה המצויה בסעיף 18(ה) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.



המעביד התאים את התקנון לדוגמה (שפורסם כתוספת לתקנות) לדין המשמעותי החל במקום העבודה ולצורכי מקום העבודה הספציפי (כפי שמחייבות תקנות 3 ו-8). הפקחים מסתפקים בבדיקה אם נוסח התקנון לדוגמה תלוי היכנשהו במקום העבודה בזמן שהם מבקרים שם. כיוון שהם מחויבים להתריע מראש על ביקור, כמעט לא קורה שמעביד אינו תולה את התקנון לדוגמה על הקיר לכבוד הביקור. זו ככל הנראה הסיבה לכך שהקנסות שניתן להטיל (מכוח סעיף 8 לחוק) אינם מוטלים ואינם עושים את מלאכת ההרתעה שנועדו לעשות. דומני שאין צורך להסביר מדוע מציאות זו של פיקוח ממלכתי למראית עין בלבד על כיבוד החוק במקומות העבודה אינה משביעת רצון.

לאחרונה הוקמה בישראל רשות חדשה להבטחת השוויון בשוק העבודה: נציבות שוויון הזדמנויות במדינה. בין השאר תהיה רשות זו, הממוקמת במשרד המסחר והתעשייה, רשאית לטפל גם בהטרדות מיניות במקומות עבודה. בשעת כתיבת דברים אלה הנציבות עודנה כשלבי הקמה, וטרם החלה לפעול. אני מקווה כי בשנים הקרובות תורגש פעילותה ותשנה את פני הדברים באופן ניכר.

## ה. מסקנות

בעשר שנותיו סייע החוק למניעת הטרדה מינית לחולל מהפכה תודעתית משמעותית בחברה הישראלית: הוא תרם להפיכת המודעות לסוגיית ההטרדה המינית לנחלת הכלל, ליצירת הרתעה מפני הטרדה, לדרבון נשים להתלונן, ולהצבת הנושא על סדר היום הציבורי.

כל זאת על אף שמרבית מקומות העבודה, בחסות יועציהם המשפטיים, לא מילאו את חלקם, התנערו במידה רבה מאחריותם על פי חוק, ולא עשו למניעת ההטרדה המינית בעולם העבודה; על אף שהמשטרה והפרקליטות לא אימצו את העברות החדשות שנקבעו בחוק וכמעט שאינן תובעות על פיהן; למרות שהציבור לא התוודע להגדרות של ההטרדות האסורות, גם משום שגופים ומוסדות ציבוריים לא הביאו את ההגדרות לידיעתו; למרות הבלבול העמוק, שנוצר בחסות שתיקת משפטנים, באשר למסלולי התביעה השונים על פי החוק; ולמרות שתיקתה הרועמת של האקדמיה שבחרה, ככלל, לא לעסוק בחוק ולא להשתתף בשיח סביבו.

מי שכן לקחו על עצמם להתמודד עם החוק ועם התופעה הם בתי המשפט ובתי הדין והתקשורת. בתי המשפט והדין, ככלל, אימצו את החוק ברצינות ובמקצועיות, והם מייצרים גוף פסיקה משמעותי, הקשוב ללשון החוק, לרוחו ולכוונת המחוקק. התקשורת אמנם מעדיפה, ככלל, לעסוק במקרים סנסציוניים ולא בדיווחים אינפורמטיביים וביקורתיים מעמיקים, ואולם היא מאפשרת את השיח הציבורי ומלבה אותו. מדי פעם התקשורת מציעה דיון יסודי בסוגיה הקשורה בחוק (כמו הקושי להתמודד עם הטרדה סדרתית של בכירים),<sup>18</sup> ודיונים אלה תורמים להבנת הסוגיה בחוגים רחבים.

המסקנה המרכזית היא שהקרקע החברתית-התרבותית בישראל הייתה בשלה למהפכה התודעתית והערכית שהחוק סימן; זו כנראה הסיבה להיקלטותו הרחבה של החוק בתודעה הציבורית למרות היעדר שיתוף פעולה מצד חלק מן הגורמים המרכזיים שהחוק פנה אליהם וציפה להשתתפותם.

השינוי החשוב והרחוף ביותר שחייב להתחולל וטרם קרה הוא שיתוף פעולה רחב של מקומות העבודה עם הוראות החוק. לשם כך על היועצים המשפטיים לעשות את מלאכתם ולהביא את החוק ואת משמעויותיו לידיעת המעבידים, ועל המעבידים להפנים ולהוציא מן הכוח אל הפועל. רשות ממלכתית לפיקוח ובקרה על החוק הייתה יכולה לעשות נפלאות, ובהיעדרה יש מקום לשקול הרחבת סמכויות הפיקוח של משרד התעשייה. עם הקמת נציבות השוויון, יש לקוות כי היא תגדל למלא את החלל.

בד בבד, על ציבור הנשים בישראל ליזום ולממש תהליכים רחבי היקף של העלאת מודעות והעצמה; זאת כדי שנשים תלמדנה לומר בקול צלול ובטוח את ה'לא' אשר הופך התנהגות לא רצויה להטרדה מינית אסורה על פי חוק.

ועוד, על המוסדות השונים המופקדים על חינוך ועל קידום מעמד האישה להביא את הגדרותיהן של ההתנהגויות האסורות לידיעת הציבור (לרבות ביזוי והשפלה מיניים והתנכלות); עליהן להבהיר את הקשר בין שלושת מסלולי התביעה השונים הפתוחים בפני מוטרדים ומוטרדות, ולחזק את הקישור בין הוראות החוק ובין ערכיו המוגנים.

18 תכנית 'מבט שני' של הערוץ הראשון, ב-19.11.2007 עסקה בנושא זה ביסודיות ובהרחבה והביאה סרטי תעודה ודיון.

על האקדמיה לקחת חלק פעיל הרבה יותר בטיפול בנושא כה מרכזי לתודעה הציבורית ולהשתתף בשיח באמצעים מקצועיים.

ברמה הערכית, יש להעמיק את המודעות לקשר בין הטרדה מינית ובין כבוד האדם, חירותו, פרטיותו והשוויון בין המינים, תוך הבהרת משמעויותיהם של הערכים והשלכותיהן של ההתנהגויות האסורות. מהלך ערכי זה הוא חלק בלתי נפרד מן המהלך הרחב יותר של החברה הישראלית לממש את חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכונן את עצמה כחברה שערכיה מבטאים את כבודו הסגולי של האדם ואת כבוד מחייתו.

הדיון בפרק זה מצביע גם על מספר מסקנות פרטניות. ייתכן שיש מקום לתקן את החוק למניעת הטרדה מינית במספר נקודות: בהבהרת הקשר בין ההליך הפלילי ובין המשמעתי במקום העבודה; בבחינה מחדשת של סמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה בהקשר של תביעות מכוח סעיף 6 לחוק; בפירוט זכויותיהם של עובדי קבלן ועובדים חיצוניים אחרים; בהארכת תקופת ההתיישנות האזרחית. עם זאת, תיקוני חקיקה אלה אינם 'בוערים', וייתכן שיש מקום בשלב זה לאפשר לבתי המשפט ומקומות העבודה לבצע את השינויים בכוחות עצמם. לעומת זאת, בהחלט יש מקום לתקן מספר הלכות שיפוטיות שאינן עולות בקנה אחד עם לשון החוק או עם רוחו. יש מקום גם להגיש תביעות בגין הטרדה מינית המתייחסת למגדרו של אדם ובגין הטרדה מינית הומופובית.



## פרק חמישי עוד על כבוד ושוויון

### על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית במבחן התאוריה הפמיניסטית והמציאות המשפטית

נויה רימלט

מאמר זה בוחן בעיניים ביקורתיות את תוכנו של החוק למניעת הטרדה מינית, את הרציונל שעמד ביסוד חקיקתו ואת הפסיקה שהתגבשה בעקבותיו. באופן ספציפי מתמקד המאמר בעובדה שהחוק מדגיש את הפגיעה ב'כבוד האדם' כפגיעה המבטאת את עיקר נזקה של ההטרדה המינית ומגדיר את ההטרדה האסורה על פיו במונחים מיניים מובהקים. המאמר בוחן את הסיבות שהניעו את מחוקקי החוק לנסח אותו כפי שנוסח ואת האופן שבו נוסח זה השפיע על הפסיקה שהתגבשה מאז חקיקת החוק ועד היום. לפסיקה זו, כך מתברר, פנים בעייתיים רבים. הדיון השיפוטי בהטרדה מינית הוא דיון הנע על ציר משולש של מין, מיניות וכבוד המעלים מצד אחד חלק משמעותי מן הפגיעה המגדרית הטמונה בהטרדה מינית ומן הצד השני מנציח ואוכף עמדות פטרנליסטיות בלתי ראויות ביחס לנשים. מבחינה זו, ספק אם פרשנות החוק ואופן אכיפתו עולים בקנה אחד עם הביקורת הפמיניסטית התיאורטית המקורית שהולידה את המאבק המשפטי כנגד הטרדה מינית. מסקנה זו היא מטרידה במיוחד שכן החוק למניעת הטרדה מינית בישראל נחקק ביוזמה ובהשראה של כוחות פמיניסטיים מקומיים שהיו שותפים לגיבוש תכניו הספציפיים. מפרספקטיבה פמיניסטית ישראלית מחייב

נויה רימלט, 'על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית במבחן התאוריה הפמיניסטית והמציאות המשפטית', משפטים לה (תשס"ה): 601-646.

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

\*\* אני מודה לאריאל בנדור ולרונית הרמתי-אלפרן על שקראו והעידו, לטלי אייזנברג על העזרה הרבה באיסוף החומר ולמערכת כתב-העת משפטים על ההערות הקפדניות ומאירות העיניים.

אפוא החוק למניעת הטרדה מינית, כמו גם השיח המשפטי שנולד בעקבותיו, דיון ביקורתי ביחס לאופן שבו תורם מאבק פמיניסטי לגיבושה של פרקטיקה משפטית נוהגת וביחס לתוצאותיו של מאבק זה מנקודת ראותן של נשים.

- א. מבוא. ב. החוק למניעת הטרדה מינית – תוכן, היקף ורציונל.  
 ג. הטרדה מינית בראי השיח הפמיניסטי: עיון תאורטי. 1. הטרדה מינית כפרקטיקה של אי־שוויון מגדרי: על שום מה ולמה?;  
 2. הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם: האמנם תחליף ראוי?;  
 3. איזו מין הטרדה: הטרדה מינית או הטרדה עוינת על בסיס מין ומגדר?; ד. החוק למניעת הטרדה מינית בראי השיח המשפטי.  
 1. בית המשפט העליון; 2. ערכאות שיפוטיות אחרות; ה. סיכום.

## א. מבוא

בשנת 1998 חוקקה הכנסת את החוק למניעת הטרדה מינית.<sup>1</sup> חקיקת החוק הושפעה במידה ניכרת מפעילותה של קואליציה של כוחות פמיניסטיים מהפרקטיקה ומהאקדמיה. קואליציה זו פעלה לצד גורמים במשרד המשפטים ובוועדה לקידום מעמד האשה של הכנסת, והייתה שותפה לגיבוש של לשון החוק, של היקפו ושל הרציונל העומד בבסיסו. מבחינה זו, חקיקתו של החוק מהווה לא רק הישג יוצא־דופן שהתנועה הפמיניסטית הישראלית יכולה לרשום לעצמה, אלא גם דוגמה מעניינת וחשובה לבחינה של יחסי הגומלין בין השיח הפמיניסטי לשיח המשפטי. לטעמי, דוגמה זו יכולה לחשוף דילמות המאפיינות את דיאלוג העכשווי שהשיח הפמיניסטי מנהל עם השיח המשפטי, וכן לסייע בגיבושן של תוכניות מושכלות יותר ביחס לתוכנו של דיאלוג זה וביחס להשפעתו על מצבן של נשים בחברה הישראלית.

בעמודים הבאים אבחן לעומק את תוכנו של החוק למניעת הטרדה מינית, את הרציונל שעמד ביסוד חקיקתו ואת הפסיקה שהתגבשה בעקבותיו. באמצעות עיון ודיון בחוק, בפסיקה ובספרות פמיניסטית, אברוק אם לאור הפסיקה שניתנה

1 החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

בעקבות החוק ומכוחו ראוי לראות בחוק לא רק הישג חשוב של השיח הפמיניסטי אלא גם מושא לביקורת. באופן ספציפי אתמקד בשני החידושים המרכזיים של החוק, שגובשו בהשראתם ובתמיכתם של הגורמים הפמיניסטיים שהיו מעורבים בגיבושו. חידושים אלה כוללים הסטה של הדיון בהטרדה מינית משוויון לכבוד, תוך הדגשתה של הפגיעה בכבוד האדם ככזו המבטאת את עיקר נזקה ופגיעתה של תופעת ההטרדה המינית, וכן עיגונה של הגדרה מפורשת ומפורטת לתופעת ההטרדה המינית במילותיו החקוקות של החוק. אני אבקש לבחון מה הייתה המוטיבציה הפמיניסטית שעמדה ביסודם של חידושים אלה, וכיצד היא השפיעה על עיצובו של השיח השיפוטי ביחס להטרדה מינית מאז חקיקתו של החוק ועד היום. בחלק ב' של המאמר אסקור את ההיסטוריה החקיקתית של החוק ואת הנחות היסוד שהנחו את הגורמים הפמיניסטיים שהיו שותפים לגיבושו של החוק בישראל. בחלק ג' אציג את הגישה הפמיניסטית התאורטית הכללית ביחס למהותה של תופעת ההטרדה המינית. בהקשר זה אבחן את תרומתו של עקרון השוויון לנתיוח הסוגיה, וכן את השאלה אם המשגת הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית במונחים של 'כבוד האדם' במקום במונחים של שוויון היא רצויה מפרספקטיבה פמיניסטית. כמו כן אבחן אם לאור ההגדרה הספציפית של הטרדה מינית המעוגנת בו, החוק יכול לספק הגנה מקיפה לנשים מפני כל ביטוייה האפשריים של הטרדה על בסיס מין. בחלק ד' של המאמר אבחן את הפסיקה שהתגבשה בעקבות החוק למניעת הטרדה מינית ועל בסיסו.

בסיכומם של דברים, התמונה העולה מנתיוח העיסוק המשפטי בסוגיית ההטרדה המינית – מאז חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית ועד היום – היא תמונה מורכבת. מצד אחד חולל החוק מפנה של ממש בהיקף העיסוק המשפטי בהטרדה מינית: החוק יצר מסגרת משפטית נוחה לאכיפה עבור רשויות התביעה ובתי המשפט, והביא לגיבושה של פסיקה ניכרת העוסקת לא רק בהטלת אחריות אישית במסגרת הדין המשמעתי, הפלילי או הנזיקי על מי שהטרידו מינית, אלא גם מדגישה את החשיבות והצורך במיגור התופעה. עם זאת, מן הצד האחר פסיקה זאת מעוררת קושי לא מבוטל, שכן נראה כי המלחמה שהשיח השיפוטי מנהל כיום נגד הטרדה מינית מתבססת פעמים רבות על טעמים לא מספקים – ולעתים אפילו פסולים – מפרספקטיבה פמיניסטית. הביקורת הפמיניסטית המקורית נגד הטרדה מינית הדגישה את היבט חוסר-השוויון הגלום בתופעה זו בשל תרומתה להנצחת מעמדן הנחות של קבוצת הנשים בחברה. דומה כי היבט

זה של אי-שוויון נשכח – או שמא כלל לא הופנם – על ידי השיח השיפוטי. במקום זאת, השיח השיפוטי מזהה את עיקר נזקה של ההטרדה המינית כפגיעה בכבודן של הנשים המוטרדות. בהקשר זה, הדיון בפגיעה בכבוד לובש שתי פנים: לעתים הוא נושא אופי ניטרלי ואינדיבידואלי, כך שלמרות שהתמונה העולה מפסקי הדין היא תמונה מגדרית מובהקת שבה המטריד הוא תמיד גבר, המוטרדת היא תמיד אשה, וההקשר הרחב של ההטרדה הוא יחסי הכוחות הבלתי-שוויוניים בין גברים לנשים – הרי שבית המשפט הנדרש לסוגיה מתייחס אליה במונחים א-מגדריים שבמרכזם 'מטריד', 'מוטרד' ו'פגיעה בכבוד האדם'. יתרה מזו: הדגש הוא על הפגיעה האינדיבידואלית ב'מוטרד' הספציפי מבחינת ההשפלה וחוסר-הנוחות שההטרדה גורמת. ההקשר הקבוצתי של פגיעה קשה במעמדן של נשים בכלל ובשוויון ההזדמנויות שלהן בשוק עבודה כפרט מודר אפוא מניתוח זה, וכך למעשה מועלם נדבך מרכזי של פגיעה בעלת מאפיינים מגדריים מובהקים, הטמון בהטרדה מינית. מנגד, בחלק מפסקי הדין, כאשר בית המשפט מכיר בהיבט המגדרי של התופעה, הוא ממשיג את הפגיעה בכבוד האשה או בכבוד הנשים הטמונה בתופעה במונחים מוסרניים ופטרנליסטיים; היינו: בחלק מהמקרים, הנחות פטרנליסטיות ביחס לצורך החברתי לגונן על נשים מפני התנהגות מינית בוטה מנחות לברן את העיסוק השיפוטי בהטרדה מינית, תוך שעצם החשיפה של האשה להתנהגות מינית כזו או אחרת מוצגת כעיקר הדילמה שהטרדה מינית מעוררת. במרכזו של שיח שיפוטי זה, היוצר חיבור הדוק בין מין, מיניות וכבודן של נשים, התגבשה גם הגדרה מצמצמת של הטרדה מינית, התוחמת את גבולותיה של התנהגות זו להתנהגות בעלת תכנים מיניים בלבד. צורות אחרות של הטרדה עוינת נגד נשים – שניתן לסווגן כהטרדה על בסיס מין – נותרו מחוץ למסגרת האכיפה של בתי המשפט.

התוצאה היא אפוא כי לצד האכיפה המוגברת של האיסור על הטרדה מינית, כפי שהוא מעוגן בחוק, וענישתם החמורה לעתים של מטרידים כאלה או אחרים, השיח השיפוטי העוסק בהטרדה מינית מעורר שני קשיים מרכזיים: מצד אחד הוא מעלים חלק מהפגיעה הטמונה בהטרדה מינית ובכך משטח ומגביל את הטיפול המשפטי בה, ומן הצד האחר הוא מנציח ואוכף עמדות פטרנליסטיות בלתי-ראויות ביחס לנשים. חשוב לציין, שחלקם של קשיים אלה נעוצים בתכניו הספציפיים של החוק למניעת הטרדה מינית ובאופן שבו החוק מגדיר וממשיג את סוגיית ההטרדה המינית; היינו: הדיון השיפוטי שהתפתח בעקבות החוק הוא



לעתים תוצר בלתי-נמנע של הבחירות שקיבל המחוקק בניסוח החוק – כאמור, בחירות שהתגבשו בהשראה של הכוחות הפמיניסטיים שהיו שותפים לגיבוש החוק. מפרספקטיבה פמיניסטית, אפוא, החוק למניעת הטרדה מינית – כמו גם השיח המשפטי שנוגד בעקבותיו – מחייב דיון ביקורתי ביחס לאופן שבו תורם מאבק פמיניסטי לגיבושה של פרקטיקה משפטית נוהגת וביחס לתוצאותיו של מאבק זה מנקודת ראותן של נשים.

## ב. החוק למניעת הטרדה מינית – תוכן, היקף ורציונל

עד לחקיקתו של החוק למניעת הטרדה מינית עוגן האיסור החוקי ביחס להטרדה מינית בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.<sup>2</sup> חוק זה תחם את היקפו של האיסור לתחום היחסים שבין מעביד לעובד, ואסר על המעביד לפטר, לסרב לקבל לעבודה או לפגוע בתנאי העבודה של עובד שסירב להיענות להצעה מינית, או שהתנגד למעשה מיני שנעשה על ידי המעביד או על ידי מישהו אחר שהעובד כפוף לו.<sup>3</sup> במילים אחרות: החוק הטיל איסור רק על התנכלות לעובד או לעובדת שבאה בעקבות התנגדותם למעשה או להצעה מינית. במקביל הוכפפו העובדים בשירות המדינה להוראה ספציפית בתקשי"ר ביחס להטרדה מינית שעוגנה בו בשנת 1988 וקבעה: 'לא יעשה עובד מעשה בעל אופי מיני כלפי עובד אחר, אם יש במעשה כדי לפגוע באותו עובד ובכבודו או כדי להטרידו, או אם המעשה נעשה שלא בהסכמתו במפורש או מכללא'.<sup>4</sup> אם כן, בעוד חוק שוויון הזדמנויות

2 עיף 7 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

3 באופן ספציפי קבע האיסור הרלבנטי: 'לא יפגע מעביד בעובד או בדורש עבודה בעניינים המנויים בסעיף 2 מחמת סירובו של העובד או של דורש העבודה להיענות להצעה או בשל התנגדות למעשה שהם בעלי אופי מיני ושנעשו בידי המעביד או בידי מי שממונה במישרין או בעקיפין על העובד, ולגבי דורש עבודה, מי שפועל מטעם המעביד לעניין קבלתו לעבודה'. שם.

4 פסקה 43.422(א) בתקשי"ר דאז. בפסקה 43.421 סיפא לתקשי"ר בנוסחו דאז נקבע: 'מעשה מיני – לרבות דיבור או רמיזה'. הוראות אלה עוגנו בפרק-משנה 43.4 לתקשי"ר בנוסחו דאז ופורסמו בהודעת נש"מ – מח/41 על ידי נציב שירות המדינה דאז עו"ד מאיר גבאי. ראו רבקה שקד, תשס"ד. 'החוק למניעת הטרדה מינית ויישומו

בעבודה קשר בין סוגיית ההטרדה המינית לבין עקרון השוויון, מעצם היותה של סוגיה זו מעוגנת בדלת אמותיו של חוק זה, התקשי"ר כלל לא קישר באופן מפורש בין הטרדה מינית לבין שוויון על בסיס מין אלא הסתפק בהגדרת התופעה ככזו שפגיעתה הפוטנציאלית נעוצה בפגיעה בכבודו של העובד או בעצם הטרדתו.<sup>5</sup> על פני הדברים, החוק החדש למניעת הטרדה מינית יצר סינתזה מסוימת בין שתי הוראות אלה, תוך הרחבת האיסור ביחס להטרדה מינית. החוק קובע בסעיף המטרות שלו כי האיסור על הטרדה מינית נועד להגן בראש ובראשונה על כבוד האדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכן לקדם שוויון בין המינים.<sup>6</sup> נוסף על כך נמנע החוק מהגבלת האיסור ביחס להטרדה מינית למקום העבודה, אלא מרחיב את האיסור ומחיל אותו בעצם על כל תחומי החיים.<sup>7</sup> גם ההגדרה של הטרדה מינית מקבלת תוכן מפורט ומפורש יותר בחוק החדש מאשר בשני ההסדרים החוקיים שקדמו לו, והיא כוללת רשימה ספציפית ומפורטת הכוללת מגוון של מעשים מיניים, חלקם פליליים, וכן התייחסויות מילוליות שונות בעלות תוכן מיני.<sup>8</sup>

- 
- בשירות המדינה, בתוך ל' עדן, א' שדמי וי' קים (עורכים), רודפי צדק: מחקרים בפשיעה ובאכיפת חוק בישראל – 2004, תל אביב: צ'ריקובר: 161, 162.
- 5 עם זאת, רבקה שקד, הממונה על קידום נשים ושילובן בשירות המדינה, טענה כי למרות הלשון המפורשת של האיסור המשמעותי, התובנה המקובלת בזמנו ביחס להטרדה מינית בשירות המדינה הייתה שמדובר בתופעה הפוגעת בשוויון לפי המודל של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. ראו שם, בעמ' 164. לדברים אלה אין תימוכין ברורים בשל מיעוטה ודלותה של הפסיקה בענייני הטרדה מינית עד לחקיקת החוק למניעת הטרדה מינית.
- 6 סעיף 1 לחוק קובע: 'חוק זה מטרתו לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים'.
- 7 סעיף 4 לחוק, המגדיר את היקף האיסור ביחס להטרדה מינית, מטיל איסור כללי על הטרדה מינית; איסור זה אינו מוגבל במקום או בזמן, והוא קובע ספציפית: 'לא יטרד אדם מינית את זולתו ולא יתנכל לו'.
- 8 סעיף 3 (א) לחוק קובע:

'הטרדה מינית היא כל אחד ממעשים אלה: (1) סחיטה באיומים, כמשמעותה בסעיף 428 לחוק העונשין, כאשר המעשה שהאדם נדרש לעשותו הוא בעל אופי מיני; (2) מעשים מגונים כמשמעותם בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין; (3) הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה

מסגרת חוקית חדשה זו ביחס להטרדה מינית יצרה הבדל ברור בין אופן עיגונה של עילה זו במשפט הישראלי לבין אופן עיגונה במשפט האמריקני. שם נגזר האיסור על הטרדה מינית בדרך של פרשנות שיפוטית מעקרון איסור ההפליה בעבודה, המעוגן בפרק 7 לחוק זכויות האזרח האמריקני (Title VII).<sup>9</sup> מאוחר יותר איסור זה הוחל גם על פרקים נוספים באותו חוק, הקובעים את העיקרון בדבר איסור ההפליה גם בתחומי החינוך<sup>10</sup> והדיוור.<sup>11</sup> גם ביחס להגדרה של הטרדה מינית קיים הבדל ברור בין המשפט האמריקני לחוק הישראלי: בעוד שהחוק הישראלי כולל הגדרה מפורשת וספציפית של מכלול ההתנהגויות הפיזיות או המילוליות שיש בהן כדי להוות הטרדה מינית, החוק האמריקני – בשל היעדר התייחסותו המפורשת לסוגיה זו – מותיר הכרעה זו לבתי המשפט, הנדרשים בכל פעם להכריע על בסיס אינדיבידואלי אם התנהגות או התבטאות ספציפית מהווה הטרדה מינית אסורה.

עיון בספרות פמיניסטית שנכתבה לפני חקיקת החוק ולאחריו, וכן בפרוטוקולים של הוועדה לקידום מעמד האישה בכנסת, מעלה כי ההבדלים בין

---

למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות; (4) התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות; (5) התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית; (6) הצעות או התייחסויות כאמור בפסקאות (3) או (4) המופנות למי מהמנויים בפסקאות המשנה (א) עד (ה), בנסיבות המפורטות בפסקאות משנה אלה, גם אם המוטריד לא הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות: (א) לקטין או לחסר ישע – תוך ניצול יחסי מרות, תלות, חינוך או טיפול; (ב) למטופל, במסגרת טיפול נפשי או רפואי – תוך ניצול תלות של המטופל במטפל; (ג) לעובד במסגרת יחסי עבודה, ולאדם בשירות במסגרת שירות – תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות; (ד) לתלמיד בכיתה י"ב, י"ג, או י"ד, שאינו קטין, תוך ניצול יחסי מרות בלימודים; (ה) לתלמיד או לסטודנט, הלומד במוסד המקנה השכלה עיונית או מקצועית לבוגרים (בחוק זה – מוסד להשכלה לבוגרים) תוך ניצול יחסי מרות בלימודים'.

- Title VII of the Civil Rights Act, 42 U.S.C. §2000e *et seq.* 9  
Title IX of the Education Amendment of 1972 20 U.S.C. §1681 *et seq.* 10  
Title VIII of the Civil Rights Act of 1968 42 U.S.C. §3610 *et seq.* 11  
זה ידוע גם בכינוי 'The Fair Housing Act'.

ההסדר המשפטי הישראלי ביחס להטרדה מינית לבין ההסדר האמריקני המקביל אינם מקריים. הם מבוססים על הנחות פמיניסטיות ישראליות ביקורתיות, שהוצגו למחוקק הישראלי על ידי גורמים פמיניסטיים מסוימים שהיו מעורבים בגיבוש החוק – ואומצו על ידו. הנחות אלה נגעו לאופן התפתחותה של עילת ההטרדה המינית במשפט האמריקני ולמידת התאמתה של המסגרת האמריקנית להקשר הישראלי. מכוחן של תובנות ביקורתיות אלו גובשו בסופו של דבר שתי המסקנות המרכזיות שביסוד ההצעה להסדר משפטי ישראלי שונה. כל אחת ממסקנות אלה עוגנה והוצדקה בכמה טעמים מהותיים.

אורית קמיר, משפטנית ואשת אקדמיה פמיניסטית שהייתה מהיוזמות ומהמנסחות של החוק, ואף הקדישה מאמר להבהרת הרציונלים המיוחדים שבבסיס החוק הישראלי ולהצדקתם מפרספקטיבה פמיניסטית,<sup>12</sup> הציגה בהקשר זה טעמים פרגמטיים בעיקרם. ככל הנוגע להצגת הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית כפגיעה המצויה בעיקרה במתחם הכבוד ולא במתחם השוויון טענה קמיר כי בישראל – בניגוד לארצות-הברית – השוויון אינו ערך מרכזי באתוס התרבותי ובמשפט; יתרה מזו: גם בארצות-הברית התברר החיבור בין הטרדה מינית לשוויון כבעייתי, שכן בניגוד לעמדה הפמיניסטית שיצקה משמעות מורכבת למושג השוויון וגזרה מכוחה את הטענה כי הטרדה מינית מהווה למעשה הפליה על בסיס מין, מערכת המשפט האמריקנית לא אימצה את תפיסת השוויון המורכבת שהציג השיח הפמיניסטי, ולמעשה לא הפנימה את הרציונל שביסוד החיבור הפמיניסטי בין הטרדה מינית לבין אי-שוויון והפליה על בסיס מין. היינו, בעוד השיח הפמיניסטי דיבר במונחים של שוויון מהותי וטען כי ממד ההפליה שבהטרדה נחשף בעיקר בהיבט התוצאתי שלה, שכן יש לה השפעה מפלה על נשים – השיח המשפטי תרגם את טענת ההפליה למונחים אריסטוטליים של יחס שונה לדומים, וקבע לפיכך כי הטרדה מינית תוכר כהפליה רק כשיתברר שנשים –

12 אורית קמיר, תשנ"ח. 'איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?', משפטים כט: 317 (להלן: 'איזו מין הטרדה'). לגרסה מקוצרת של מאמר זה ראו: אורית קמיר, 1997. 'הטרדה מינית במקום העבודה', בתוך: ע' מאור (עורכת), נשים – הכוח העולה: קידום הנשים בעבודה – ניפוץ 'תקרת הזכוכית', תל אביב: ספריית פועלים: 100. [המאמר מופיע גם בקובץ שלפנינו, בעמ' 104-149 (הערת העורכת).]

ולא גברים – הוטרדו במקום עבודה מסוים. עובדה זו הביאה לכך שהטיפול של המשפט האמריקני בהטרדה מינית נהפך ללא־מספק. חלק מהמקרים הנתפסים כהטרדה מינית אסורה מפרספקטיבה פמיניסטית – כמו, למשל, מצב שבו באותו מקום עבודה לא רק נשים מוטרדות אלא גם גברים מסוימים – לא הובנו כך בעיני השיח המשפטי האמריקני, ועצם החיבור בין הטרדה מינית לשוויון נתפס פעמים רבות כמאולץ ובלתי־ברור.

החשש הפמיניסטי הישראלי היה אפוא כי הגדרתה של ההטרדה המינית גם בהקשר הישראלי כפגיעה בשוויון על בסיס מין תעורר קשיים דומים ואפילו רבים יותר מאלה שהתעוררו בהקשר האמריקני. לפיכך, המסקנה הייתה שראוי להגדיר את ההטרדה המינית בהקשר הישראלי בעיקר כפגיעה ב'כבוד האדם', מתוך הנחה שהגדרה זו תקל על בתי המשפט בזיהוי כל צורותיה וביטוייה של ההטרדה המינית ובהוקעתן. הבחירה בערך של 'כבוד האדם' נסמכה גם על טעמים הקשורים למרכזיותו של מושג הכבוד בהוויה הישראלית, במיוחד לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שהעלה ערך זה למדרגה חוקתית, אך לא העניק מעמד דומה לעקרון השוויון.<sup>13</sup> תימוכין נוספים למסקנה זו נמצאו גם בעובדה שעל אף עיגונה של עילת ההטרדה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה במשך שנים רבות והגדרתה שם כפרקטיקה של הפליה, חיבור זה בין הטרדה מינית לבין אי־שוויון על בסיס מין מעולם לא הובן ולא הופנם על ידי המחוקק ואף לא על ידי הציבור.<sup>14</sup> ההנחה הפמיניסטית המעשית הייתה אפוא כי הן למחוקק הישראלי והן לציבור הרחב יהיה קל יותר להבין ולהפנים חיקוק המקשר בין הטרדה מינית לבין פגיעה בכבוד. בהסתמך על נימוקים אלה אימץ אפוא השיח הפמיניסטי עמדה שתמכה בדחיקתו של עקרון השוויון ממרכזה של עילת ההטרדה המינית אל שוליה, והמירה אותו בערכים אחרים – במיוחד 'כבוד האדם' – שיגדירו את מהות הפגיעה הטמונה בהתנהגות כזו באופן שונה. משמע, ההצעה להגדיר את מטרתו של החוק למניעת הטרדה מינית ככזה שנועד להגן בראש ובראשונה על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, ורק לבסוף על עקרון השוויון בין המינים, לא הייתה מקרית אלא ביטאה בחירה פמיניסטית מכוונת ביחס לצורך ולציודק שבהצבת 'כבוד האדם' במרכז החוק למניעת הטרדה

13 קמיר, 'איזו מין הטרדה', שם, בעמ' 374; שקד, הערה 4 לעיל.

14 קמיר, 'איזו מין הטרדה', הערה 12 לעיל, בעמ' 373.

מינית.<sup>15</sup> יתרה מזו: למרות שבחירה זו התבססה על טעמים פרגמטיים בעיקרם, עמדה מאחוריה הנחה נורמטיבית כי ברמה המהותית ערך הכבוד מספק מסגרת ראויה לא פחות מערך השוויון להמשגת הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית.<sup>16</sup> מסקנות אלה אומצו על ידי המחוקק הישראלי ושימשו אמת-מידה מנחה בגיבוש נוסחו הסופי של החוק.<sup>17</sup> בסעיף 1 לחוק עוגן אפוא החיבור בין הטרדה

15 לדברים מפורשים ברוח זו ראו גם שקד, הערה 4 לעיל.  
16 מעניין לציין כי תפיסה נורמטיבית דומה קיבלה ביטוי בשנים האחרונות גם בספרות הפמיניסטית האמריקנית: כמה כותבות קראו להסטת הדיון בהטרדה מינית משוויון לכבוד, תוך הדגשה גדולה יותר של ממד הפגיעה בכבוד הטמונה בתופעה. ראו, בהקשר זה Anita Bernstein, 1997. 'Treating Sexual Harassment with Respect', *Harv. L. Rev* 111: 445; Rosa Ehrenreich, 1992. 'Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment,' *Geo. L. J.* 88: 1

17 כפי שניתן ללמוד מהפרוטוקולים של הוועדה למעמד האשה בכנסת, השינוי המהותי ביחס לתפיסה שצריכה לעמוד ביסוד החוק וביחס לתכניו הספציפיים התרחש לאחר שהגיע לידיהם של המעורבים במלאכת הכנת החוק המאמר שכתבה בנושא אורית קמיר. אורית קמיר ועו"ד רחל בנזימן, שהייתה היועצת המשפטית של שדולת הנשים, שותפו בצוות מצומצם שכנס משרד המשפטים לגיבוש נוסח מתוקן של הצעת החוק. בסופו של תהליך זה הוצגה לוועדה לקידום מעמד האשה הצעת חוק מתוקנת, שאימצה במידה רבה את תפיסתה של קמיר בנדרון. עו"ד גלוריה ויסמן, הממונה על החקיקה הפלילית במשרד המשפטים, שריכזה את העבודה על ניסוח מחודש של הצעת החוק, הבהירה עובדות אלו כשהסבירה את השינוי שחל בהצעת החוק:

אני חשבתי שאולי לפני שנבדוק סעיף-סעיף ונשמע הערות ספציפיות לגבי הצעת החוק, אולי היה ראוי שנרחיב את הדיבור על הרקע לשינוי. המפנה בא, לגבי כולנו, בעקבות מאמר שכתבה ד"ר אורית קמיר. אולי ד"ר קמיר תאמר כמה מילים לגבי המאמר. יש משמעות לשינוי, למה זו לא אפליה, אלא פגיעה בכבודו של אדם. אני חושבת שזה מה שאיחד את כולנו את כל אלה שעברו על הנוסח החדש. פרוטוקול ישיבה מס' 57 של הוועדה לקידום מעמדה האשה 2 (17 ביוני 1997) (ההדגשות הוספו).

בהמשך אותה ישיבה הוסיפה גלוריה ויסמן ואמרה:

[...] שני הגורמים, חוץ ממשרד המשפטים, שאתם באנו במגע (פרט לד"ר קמיר ולעו"ד בנזימן) היו צה"ל, מערכת הביטחון, ומשרד העבודה והרווחה. אני יכולה להגיד שכל הגורמים ברכו על ההצעה. יש בעיות מסוימות שצריך ללבן אותן. גם לנו יש בעיות מסוימות. לא בכל דבר אנחנו רואים עין בעין עם המציעות הראשיות, ד"ר קמיר ועו"ד בנזימן. שם, בעמ' 7.

מיניות לבין פגיעה בכבוד: 'חוק זה מטרתו לאסור על הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של אדם על חירותו ועל פרטיותו וכדי לקדם את השוויון בין המינים'. אזכורו של עקרון השוויון אחרון במסגרתו של סעיף זה – לאחר ערכי הכבוד, החירות והפרטיות – נתן אם כן ביטוי מעשי להחלטה העקרונית להציג את ערך הכבוד ולא את ערך השוויון במרכז הגדרתה של הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית. נוסף על דברים אלה, המחוקק הישראלי לא הסתפק כאמור בהגדרתה של ההטרדה המינית כפגיעה בכבוד האדם, אלא הוסיף והציג בחוק, באופן ספציפי ומפורש, רשימה מפורטת וממצה של התנהגויות פזיזות ומילוליות הנכנסות להגדרה זו ולכן אסורות על פי החוק. באופן ספציפי החוק קובע:

הטרדה מינית היא כל אחד ממעשים אלה: (1) סחיטה באיומים, כמשמעותה בסעיף 428 לחוק העונשין, כאשר המעשה שהאדם נדרש לעשותו הוא בעל אופי מיני; (2) מעשים מגונים כמשמעותם בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין; (3) הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות; (4) התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטיות המיניות; (5) הצעות או התייחסויות כאמור בפסקאות (3) או (4) המופנות למי מהמנויים בפסקאות המשנה (א) עד (ה), בנסיבות המפורטות בפסקאות משנה אלה, גם אם המוטריד לא הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות: (א) לקטין או לחסר ישע – תוך ניצול יחסי מרות, תלות, חינוך או טיפול; (ב) למטופל, במסגרת טיפול נפשי או רפואי – תוך ניצול תלות של המטופל במטפל; (ג) לעובד במסגרת יחסי עבודה, ולאדם בשירות במסגרת שירות – תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות; (ד) לתלמיד בכיתה י"ב, י"ג, או י"ד, שאינו קטין תוך ניצול יחסי מרות בלימודים; (ה) לתלמיד או לסטודנט, הלומד במוסד המקנה השכלה עיונית או מקצועית לבוגרים (בחוק זה – מוסד להשכלה לבוגרים) תוך ניצול יחסי מרות בלימודים.<sup>18</sup>

כפי שעולה מההיסטוריה החקיקתית של החוק, חברי הוועדה לקידום מעמד האשה, עם הכוחות הפמיניסטיים שעסקו בקידום החוק, הגיעו למסקנה כי בניגוד למשפט האמריקני יש ליצור במסגרת החוק הישראלי רשימה סגורה של מכלול ביטוייה של ההטרדה המינית שאותה נועד החוק למגר.<sup>19</sup> עמדה זו הייתה מקובלת גם על שאר הגורמים ששקדו על קידומו של החוק, והיא אכן קיבלה בו ביטוי מפורש.

יתרה מזו: עיון בפרוטוקולים של הדיונים של הוועדה לקידום מעמד האשה, כמו גם בלשון החוק עצמה, מגלה בבירור כי באמצעות גיבושה של רשימה ממצה זו ביקשו מנסחי החוק להטיל איסור על צורות התנהגות וביטויים בעלי תוכן מיני. בנסיבות אלה, כל הרכיבים של הגדרת ההטרדה המינית האסורה שפורטו בחוק התייחסו למעשים ולדיבורים בעלי תוכן מיני, שנתפסו ככאלה המהווים את לבה של ההטרדה הרווחת על בסיס מין שיש למגר באמצעות המשפט. ההגדרה של הטרדה מינית כללה, אם כן, סחיטה מינית, מעשים מגונים, הצעות בעלות אופי מיני, התייחסויות המתמקדות במיניותו של אדם והתייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו, למיניותו או לנטייתו המינית.

מן האמור לעיל מתברר כי ביסודו של החוק החדש למניעת הטרדה מינית עמדו כמה הנחות מהותיות ביחס לאופן שבו ראוי להמשיג את תופעת ההטרדה המינית נגד נשים. ההנחה הראשונה הייתה כי ברמה המהותית מושג השוויון אינו הכרחי לגיבוש הסדר משפטי שיתמודד באופן ראוי עם תופעת ההטרדה המינית; ההנחה השנייה, שנגזרה ישירות מן ההנחה הראשונה, הייתה כי מושג 'כבוד האדם' יכול להעמיד בסיס משפטי שווה ואולי יותר, במיוחד בהקשר הישראלי, למיגור התופעה; ההנחה השלישית הייתה כי הטרדה על בסיס מין היא בעיקרה התנהגות פיזית או מילולית בעלת תכנים מיניים, וכי באמצעות הגדרה מפורשת ומפורטת של התופעה, שתדגיש את היבטיה המיניים, ניתן יהיה לסייע לשיח השיפוטי לזהות את ביטוייה השונים של ההטרדה המינית האסורה ולמגרם. לדעתי, הנחות אלה ראויות לעיון ביקורתי הן במישור התאורטי הן במישור הפרקטי. באופן ספציפי הן מעוררות שלוש שאלות עקרוניות הטעונות בירור. ראשית, ברמה התאורטית נשאלת השאלה באיזה מידה יסוד השוויון צריך

19 קמיר, 'איזו מין הטרדה', הערה 12 לעיל, בעמ' 377.



לעמוד במרכזו של איסור משפטי על הטרדה מינית, הניזון מתפיסת עולם פמיניסטית ונועד לקדם את מעמדן של נשים בחברה; שנית, יש לברר אם מושג 'כבוד האדם' מספק מסגרת ראויה לניתוח תופעת ההטרדה המינית והמשגתה, בייחוד כשהתנהגות הספציפית המהווה את הפגיעה בכבוד האדם מוגדרת במונחים מיניים. שאלה זו טעונה בירור הן ברמה התאורטית העקרונית והן ברמה המעשית, שהרי מאז חקיקת החוק ועד היום התגבשה פסיקה משמעותית העוסקת בפרשנותו של החוק ובהיקף תחולתו; שלישית, ראוי לבחון באיזה מידה ההגדרה ספציפית של תופעת ההטרדה המינית מספקת מסגרת יעילה למיגור התופעה שאתה ביקש החוק להתמודד. בעמודים הבאים אציג אפוא תחילה את טענותיי הביקורתיות התאורטיות ביחס למבנה החוק ולתכניו, ולאחר מכן אבחן כיצד עומדת ביקורת זו ביחס לפסיקת בתי המשפט, שדנה בהרחבה בחוק החדש ועסקה ביישומו ואכיפתו בשנים שחלפו מאז חקיקתו ועד היום.

### ג. הטרדה מינית בראי השיח הפמיניסטי: עיון תאורטי

#### 1. הטרדה מינית כפרקטיקה של אי־שוויון מגדרי: על שום מה ולמה?

האם ברמה התאורטית נדרש כי יסוד השוויון יהיה אינטגרלי לאיסור משפטי על הטרדה מינית, הניזון מתפיסת עולם פמיניסטית ונועד לקדם להלכה ולמעשה את מעמדן של נשים בחברה? בירורה של שאלה זו מחייב עיון מעמיק במהות הטיעון הפמיניסטי הקושר בין הטרדה מינית לבין פגיעה בשוויון על בסיס מין. הפמיניזם הרדיקלי, שהניח את התשתית התאורטית לניתוח התופעה של הטרדה מינית ולהמשגתה במונחים משפטיים, התמקד בבחינת היחסים החברתיים והפוליטיים בין גברים לנשים מתוך הנחה שבפועל מתקיים אי־שוויון מבני בסיסי ביחסי הכוחות בין שתי הקבוצות. אוריינטציית הניתוח הזו היא קבוצתית ולכן מחייבת למקם את הדיון בכל גבר או אשה בקבוצת ההשתייכות המגדרית שלהם, ולבחון את השפעתה של השתייכות זו על יכולת פעולתם וכוחם היחסי. לפי תפיסה זו, עיקר השליטה של גברים בנשים מושג, באמצעות שליטתם במיניות האשה הן באופן ישיר (באמצעות אינוסן של נשים, הטרדתן המינית וניצולן המיני), והן באמצעות הבנייתם החברתית של סטראוטיפים

מיניים ביחס לנשים והטמעתם בשיח המשפטי כטבעיים ולפיכך כנכונים, באופן המכשיר פרקטיקות של אלימות מינית נגד נשים ומעלים את ממד אי-השוויון הגלום בהן. על פי גישה זו, תופעות כגון אונס, אלימות במשפחה, הטרדה מינית, זנות או פורנוגרפיה אינן אפוא עניינים הנוגעים לאנשים מסוימים בחברה, אלא הן היבטים של שיטה כוללת היוצרת היררכיה בין גברים לנשים ומשמרת את חוסר-השוויון החברתי והכלכלי של נשים.

הבעיה הספציפית של הטרדה מינית בעבודה החלה להעסיק את השיח הפמיניסטי החל במחצית שנות ה-70. ממועד זה ואילך ניתן למצוא בספרות הפמיניסטית התייחסות מפורשת למונח הטרדה מינית (sexual harassment), תוך ניסיון ליצור הגדרה מפורשת לבעיה ולהציגה כאחד המקורות לדיכוי של נשים בחברה.<sup>20</sup> ספרה של קת'רין מקינן, 'הטרדה מינית של נשים עובדות',<sup>21</sup> השלים את הפרויקט הפמיניסטי הזה בכך שהוסיף את הנדבך המשפטי שהיה חסר לתרגומו של המצע הפמיניסטי למונחים של מאבק משפטי ברור. המטרה המרכזית שעמדה ביסוד ספרה של מקינן הייתה להציג את הבעיה של הטרדה מינית כפרקטיקה של הפליה נגד נשים, ולגבש כלל משפטי ברור שיביא למיגורה של תופעה זו. לטענתה של מקינן, הטרדה מינית הייתה דפוס התנהגות המשרת את המעמד השליט (קבוצת הגברים) באמצעות דיכוי של המעמד הנשלט (קבוצת הנשים) – וזאת על ידי הנצחת מעמדן של נשים כשונות וכאובייקטים מיניים. לפי ניתוח זה, הטרדה מינית כופה על הנשים המוטרדות – ובאמצעותן על ציבור הנשים כולו – דימוי של אובייקטים מיניים המוגדרים ביחס לצורכיהם ולהשקפת עולמם של הגברים. זאת ועוד: הטרדה מינית בעבודה מהווה הפליה על בסיס מין גם משום שהיא פוגעת בדרך זו באופן ספציפי בשוויון ההזדמנויות

20 לסקירה היסטורית של התפתחות המושג 'הטרדה מינית' בשיח הפמיניסטי ראו Vicki Schultz, 1998. 'Reconceptualizing Sexual Harassment,' *Yale L. J.* 107: 1683, 1698–1701. לסקירה של ספרות מוקדמת שעסקה בנושא ראו Kathrine M. Franke, 1997. 'What's Wrong with Sexual Harassment?,' *Stan. L. Rev.* 49: 691, 702 n. 35–38

21 Catharine A. MacKinnon, 1979. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven and London: Yale University Press

של נשים בעבודה. מקינון ראתה את מקום העבודה כמקום שבו קיים פוטנציאל לנשים לזכות באוטונומיה ובעצמאות כלכלית, ובכך להביא לשבירת יחסי הכוח הלא-שוויוניים בתוך התא המשפחתי. לטענתה, יחסי הדיכוי נאכפים בספֶרה הפרטית באמצעות שליטת הגבר במיניות האשה ובגופה, הן על ידי אלימות מינית ופיזית נגד נשים והן על ידי חלוקת עבודה בלתי-שוויונית במשפחה, שבה האשה אחראית באופן מלא על הטיפול בילדים ובבית שלא תמורת שכר ואילו הגבר עובד תמורת שכר מחוץ לבית. חלוקת עבודה בלתי-שוויונית זו יוצרת גם תלות כלכלית של האשה בגבר ומעצימה את יחסי הכוח הלא-שוויוניים ביניהם. בספֶרה הפרטית נאכפים אפוא יחסי השליטה בין גברים לנשים באמצעות חיבור בין הכפפה מינית לתלות כלכלית. הטרדה מינית במקום העבודה מתבססת על שילוב דומה, ובכך היא בעצם משעתקת ואוכפת במקום העבודה את אותו דפוס של אי-שוויון שנוצר במקור בספֶרה הפרטית. באופן כזה, במקום שמקום העבודה ישמש פורום המאפשר העצמה של נשים, חיזוק האוטונומיה שלהן וקידום מעמדן השוויוני בחברה – הוא נהפך לחלק מהמנגנון המנציח את נחיתותן בהשוואה לגברים. הנצחה זו של נחיתות מתבצעת בשני אופנים הבאים לידי ביטוי בשני הסוגים של הטרדה מינית המתקיימים במקום העבודה: 'הטרדה מינית מסוג זה תמורת זה' (*quid pro quo sexual harassment*) ו'הטרדה מינית היוצרת סביבת עבודה עוינת' (*hostile environment sexual harassment*).

הטרדה מינית מסוג של 'זה תמורת זה', מתייחסת למצב שבו עובדת נדרשת לספק טובות הנאה מיניות למעביד או לעובד אחר הממונה עליה כתנאי להמשך עבודתה במקום העבודה, או כתנאי לקבלת טובת הנאה חומרית כלשהי כגון קידום, שכר גבוה וכו'. הטרדה זו מבססת אפוא את הקשר בין המעביד לאשה על מונחים מיניים. היא משתיתה את התלות הכלכלית של האשה במעביד על בסיס מיני, וסיפוק שירותי מין נהפך לחלק מהגדרת התפקיד המקצועי של האשה במקום העבודה. באופן כזה מונצח דימוי האשה כאובייקט מיני, שתמצית הווייתיה היא סיפוק שירותי מין לגבר, והדבר הופך את עבודתה המקצועית של האשה לשולית. במילים אחרות: אם היציאה לעבודה הייתה אמורה לפרוץ את דימויה של האשה כאובייקט מיני ולבסס את מעמדה על בסיס ערכי שווה לגבר, באה הטרדה המינית ומבססת מחדש את היחסים בין נשים לגברים במקום העבודה על אותו בסיס כוחני לא-שוויוני. האשה אינה נמדרת ומתוגמלת על

בסיס איכות עבודתה וכישוריה המקצועיים אלא על בסיס שירותי המין שהיא מספקת, ושירותי מין אלה משמשים מסגרת לשליטה כוחנית של הגבר באשה. יתרה מזו: ההטרדה המינית משעתקת ואוכפת סדר היררכי במקום העבודה שבו העובד הגבר נמצא בראש הסולם ההיררכי והאשה העובדת נמצאת בתחתיתו. 'הטרדה מינית היוצרת סביבת עבודה עוינת' היא הטרדה ההופכת את סביבת העבודה של האשה לבלתי-נסבלת עקב הכפפתה לדיכורים בעלי תוכן מיני, הצעות מיניות, מגע פיזי וכו'.<sup>22</sup> מבחנה של הטרדה מינית היוצרת סביבת עבודה עוינת הוא רחב יותר, שכן הוא מאפשר להגדיר את עצם חשיפתן של נשים עובדות לדיכורים או למעשים בעלי אופי מיני כהטרדה מינית, ולזהות את הפגיעה בסביבת העבודה של נשים כנזק עצמאי הנגרם מהטרדה כזו – גם כשההטרדה אינה מלווה באיום מפורש לשלילת טובת הנאה חומרית של מקום העבודה. יתרה מזו: צורה זו של הטרדה מינית אוכפת – כמו הטרדה מסוג זה תמורת זה' – שני ממדים של הפליה כנגד נשים: מצד אחד היא מנציחה את הדימוי של נשים כאובייקטים מיניים ומרדדת את הנשים במקום העבודה למעמד של אובייקט מיני, באמצעות הדימויים המיניים שהיא כופה עליהן בהתנהגות או בדיכורים; מצד שני היא גם יוצרת סביבת עבודה עוינת הדוחקת את רגליהן של נשים מעיסוקים גבריים ובכך מנציחה את שוליותן הכלכלית, שכן הטרדה זו נפוצה יותר במקומות עבודה גבריים ומשמשת אמצעי חשוב בידיהם של העובדים הגברים באותם מקומות עבודה לשימור ההגמוניה הגברית של מקום העבודה.<sup>23</sup> הטרדה מינית במקום העבודה היא אפוא פרקטיקה של הפליה נגד נשים משום שהיא לובשת מאפיינים מגדריים קבוצתיים ברורים, ומכאן מרכזיותו של עקרון השוויון בניתוח הפמיניסטי התאורטי של הסוגיה.

חשוב לציין, כי מבחינה אמפירית המחקרים הקיימים ביחס להטרדה מינית תומכים בטענתה של מקינון כי הטרדה מינית היא בראש וראשונה חלק מחוויה נשית כללית במקום העבודה שהיא תוצר התנהגותם של עובדים גברים. מחקרים אלה מצביעים על כך שברוב המקרים מי שנוקט הטרדה מינית במקום העבודה הוא גבר, וקרובן ההטרדה הן לרוב כמה נשים באותו מקום עבודה, שכלפיהן מכוונים

22 שם, בעמ' 40.

23 שם.

דפוסים דומים של הטרדה מינית.<sup>24</sup> אמנם לעתים הטרדה מינית מכוונת גם נגד גברים, אולם באחוז נמוך בהרבה מאחוז הנשים המוטרדות מינית.<sup>25</sup> הנתונים מראים כי היקפה של תופעת ההטרדה המינית הוא רחב ביותר.<sup>26</sup> הדגשת ההקשר

Barbara A. Gutek, 1985. *Sex and the Workplace: The Impact of Sexual Behavior and Harassment on Women, Men and Organizations*, San Francisco: Jossey-Bass: 66, 73; 'Sexual Harassment at Work: When an Organization Fails to Respond,' in: M. Stockdale (ed.), *Sexual Harassment in the Workplace: Perspectives, Frontiers, and Response Strategies*, Sage Publications, Thousand Oaks, 1995: 272 24

במחקר שנערך בקרב 20,000 עובדי רשות הדואר ושירות המדינה בארצות-הברית בין השנים 1978-1980 התברר כי 48% מהנשים ו-15% מהגברים הוטרו מינית. במחקר נוסף שנערך בארצות-הברית, בהשתתפות 1,700 עובדים ועובדות, דיווחו 54% כי הוטרו מינית במקום העבודה. 90% מן המוטרדים היו נשים. במחקר שבדק הטרדה מינית במשרדים של עורכי-דין אמריקניים דווח כי 51% מהנשים הוטרו מינית לעומת 6% מהגברים. מחקר משנת 1990 על הטרדה מינית בצבא האמריקני גילה כי 64% מהנשים סבלו מהטרדה מינית לעומת 17% מהגברים. מחקרים ברחבי העולם מצביעים על ממצאים דומים. הנתונים המפורטים לעיל רוכזו כולם בנייר העמדה שנשא את הכותרת 'הטרדה מינית – ממדי ומאפייני התופעה' (ללא תאריך) שהגישה שדולת הנשים לוועדה למעמד האשה בכנסת בעת דיוניה על החוק למניעת הטרדה מינית. [ראו בקובץ זה, עמ' 37-45 (הערת העורכת)]. 25

אחת ההערכות ביחס להיקפה המקובל של הטרדה מינית במקום העבודה היא כי היא פוגעת ב-42% עד 67% מכלל העובדים במקום העבודה, רובם נשים. Barbara A. Gutek, 1993. 'Responses to Sexual Harassment', in: S. Oskamp and M. Constanzo (eds.), *Gender Issues in Social Psychology*, Newbury Park, CA: Sage Publications: 197-216 26

ספציפיים שבדקו את היקפה של התופעה במקומות עבודה מסוימים. בסקר שנערך בישראל בשנת 1986, במטרה לבדוק את שכיחות ההטרדה המינית כלפי עובדות בשירות המדינה, נמצא כי 34% מכלל הנשאלות נתקלו במקום עבודתן באמירות, ברמיזות או בהערות בעלות אופי מיני בניגוד לרצונן; כ-33% מכלל הנשאלות דיווחו על מגע פיזי שנעשה בניגוד לרצונן; כ-10% דיווחו על לחץ לביולוי משותף בניגוד לרצונן. ראו שדולת הנשים, 'הטרדה מינית – ממדי ומאפייני התופעה', הערה 25 לעיל. מחקר פנימי שנערך במשטרת ישראל לפני שנים אחדות וממצאיו פורסמו בעיתונות גילה כי 92% מן הנשים העובדות במשטרה טענו כי הוטרו מינית במקום עבודתן. ברוך קרא, 'מחקר שערכה המשטרה: 92% מהשוטרות הוטרו מינית בעבודה', הארץ, 12 בנובמבר 2000.

הקבוצתי הגבריי-נשי של סוגיית ההטרדה המינית אינה מתחייבת אפוא רק על סמך תפיסתה התאורטית של מקינון, אלא היא מוצדקת גם מבחינה עניינית לאור מאפייניה האמיתיים של התופעה. בנסיבות אלה, השוויון ממלא תפקיד מרכזי בהבהרת משמעותה של ההטרדה המינית והשפעתה על מעמדן של נשים במקום העבודה. המשגה של ההטרדה המינית כפרקטיקה של אי-שוויון והפליה על בסיס מין מסייעת בהארת העובדה כי הטרדתה המינית של אשה עובדת כזו או אחרת אינה רק מבזה ומשפילה אותה על בסיס אינדיבידואלי, אלא אוכפת ומשעתקת את שוליותן הכלכלית של כל הנשים במקום העבודה, פוגעת בשוויון ההזדמנויות שלהן בתעסוקה, ומנציחה סגרגציה והיררכיה על בסיס מין בשוק העבודה.

זאת ועוד: למרות שמקינון מיקדה את הדיון שלה בשוק העבודה, הרי לא קשה ליישם את הניתוח שלה על פרקטיקות רחבות יותר של הטרדה מינית במרחב הציבורי, ולטעון שכל הטרדה מינית של אשה בספרה הציבורית – ברחוב, באוניברסיטה או על שפת הים – פוגעת באופן דומה במעמדן השוויוני של נשים. היא מגבילה את התנהלותן החופשית במרחב הציבורי, מנציחה תפיסות סטראוטיפיות ביחס לנשים ולנשיות בכלל, וחותרת תחת יכולתן של נשים לפרוץ את הספרה הפרטית.

נוסף על האמור לעיל, חשוב להוסיף כי בשנים האחרונות החל השיח הפמיניסטי האמריקני לצקת תפיסה מורכבת יותר לתופעת ההטרדה המינית. אם הניתוח המקורי של מקינון מיקד את התופעה בגברים המטרידים נשים בלבד, ולפיכך נטה להציגה כהפליה על בסיס מין במובן הביולוגי של מונח זה,<sup>27</sup> הרי גווינה השונים של תופעת ההטרדה המינית כפי שנחשפו בתביעות שונות שהוגשו לבתי המשפט במשך השנים הביאו לחשיבה פמיניסטית מחודשת שהדגישה את היבטיה המגדריים הכלליים יותר של התופעה, וניסתה להחיל את האיסור ביחס להטרדה מינית גם על מקרים אחרים של הטרדה כגון הטרדתם המינית של גברים על ידי גברים אחרים, או מקרים שבהם הוטרדו במקביל נשים וגברים כאחד. קת'רין פרנקי, למשל, במאמר ארוך ניתחה מקרים של הטרדה מינית של גברים שנחשפו בפסיקה האמריקנית בשנים האחרונות.<sup>28</sup> מדובר היה בהטרדה מינית של

27 MacKinnon, הערה 21 לעיל, בעמ' 193.

28 Franke, הערה 20 לעיל.

גברים שלא באה על רקע של נטייה מינית הומוסקסואלית אלא נועדה להעליב, לפגוע ולהשפיל גברים שהתנהגותם נתפסה על ידי חבריהם לעבודה כ'נשיות', היינו: כזו שאינה תואמת אמות-מידה מסורתיות של התנהגות גברית.<sup>29</sup> פרנקי הציעה לנתח הטרדה כזו כאקט הממשטר וכופה התנהגות מגדרית. באופן ספציפי טענתה הייתה כי הטרדה מינית המכוונת לפגוע בגברים החורגים בהתנהגותם מאמות-המידה המקובלות ביחס להתנהגות גברית, במיוחד זו הנוגעת ליחסים בין המינים, מהווה הפליה מגדרית ממש כמו הטרדה מינית נגד נשים, שכן זו כמו זו משקפות תפיסות מגדריות סטראוטיפיות ומנציחות אותן. לפי פרנקי, הטרדה מינית היא 'טכנולוגיה של סקסזום' שמטרתה לקבע נשים תחת הגדרה של 'נשיות' שעניינה זיהוי נשים עם מעמד וזהות של חפץ מיני, ולקבע גברים תחת הגדרה של 'גבריות' שעניינה זיהוי הגבר עם מעמד וזהות של תוקפן מיני. היינו: לפנינו פרקטיקה שבין אם היא מכוונת נגד נשים או נגד גברים 'נשיים' היא פועלת כאקט מכוון, אוסף וממשטר של זהות נשית וגברית.<sup>30</sup> מסקנותיה של פרנקי אינן ייחודיות בשיח הפמיניסטי; כותבות פמיניסטיות נוספות עסקו בקשר שבין הכפפה מינית של נשים לבין הטרדה מינית ופגיעה בגברים 'נשיים'.<sup>31</sup>

29 באופן ספציפי דובר בגברים שהיו חסרי ניסיון מיני, ביישנים, כאלה שלא נטלו חלק בהווי הגברי של מקום העבודה שכלל דיבורים ובדיחות מיניות, וכיוצא באלה. חבריהם לעבודה של עובדים אלו כיוונו כלפיהם הערות מיניות פוגעות, השפילו אותם, ולעתים אף עשו בהם מעשים מגונים; ראו, למשל, *Goluszck v. Smith*, 697 F. Supp. 1452 (N.D. III. 1988); *Polly v. Houston Lighting & Power Co.*, 825 F. Supp. 135 (S.D. Tex. 1993); *McWilliams v. Fairfax Country Board of Supervisors*, 72 F. 3d 1191 (4<sup>th</sup> Cir), (1996)

30 לדוגמה מעניינת ליחס עויין ומפלה לו הוכפפה 'אשה גברית'; ראו *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989)

31 שתי דוגמאות בולטות בהקשר זה הן *Schultz*, הערה 20 לעיל; *Kathryn Abrams*, 1998. 'The New Jurisprudence of Sexual Harassment,' *Cornell L. Rev.* 83: 1169. אפילו קת'רין מקינון עסקה בשנים האחרונות בהבהרת עמדתה התאורטית בסוגיה זו, והחילה אותה במפורש גם על מקרים של הטרדה מינית של גברים על ידי גברים אחרים, תוך שהיא מציינת שהטרדה כזו מהווה גם היא חלק מן האידאולוגיה החברתית ביחס לעליונות הגבר והגבריות. אידאולוגיה זו פוגעת אמנם לרוב בנשים, אבל גם בגברים החורגים בהתנהגותם, במראם, כמוצאם או בנטייתם המינית מהגבריות

התפתחות תאורטית זו בשיח הפמיניסטי מאירה אפוא ממד נוסף של אי-שוויון הגלום בהטרדה מינית. הטרדה מינית היא פרקטיקה של הפליה לא רק משום שהיא כופה על נשים מעמד ודימוי של חפץ מיני, ומשעתקת את שוליותן הכלכלית במקום העבודה; הטרדה מינית היא פרקטיקה של הפליה גם משום שהיא אוכפת ומנציחה תפיסות סטראוטיפיות ביחס ל'נשיות' ול'גבריות'. היא כופה זהות מגדרית מסוימת על נשים וגברים כאחד, ובאופן זה תורמת להנצחתו של הסדר המגדרי ההיררכי הקיים. זאת ועוד: הרחבת הדיון בהטרדה מינית להקשרה המגדרי הכולל מאפשרת להסביר גם תופעות הנמצאות בשוליה של ההטרדה המינית כמו הטרדה של גברים על ידי גברים, או הטרדה המכוונת נגד נשים וגברים כאחד – ולא רק את דפוס ההטרדה המסורתית והנפוץ יותר של הטרדת נשים על ידי גברים. מבחינה זו, השיח הפמיניסטי של היום מספק דיון תאורטי חשוב ומעניין ביחס לקשר בין הטרדה מינית לבין אי-שוויון מבחינת הריבוד המגדרי שהיא יוצרת ומנציחה.

בנוסף לרברים הללו, לצד הממד התאורטי – התומך באופן מובהק בהצבתו של השוויון במרכז הדיון בהטרדה מינית – נראה כי בהקשר הישראלי ניתן להגיע למסקנה דומה גם מכוחם של טעמים פרגמטיים. בשיח השיפוטי הישראלי – בניגוד לשיח השיפוטי האמריקני – נוצקה זה מכבר לעקרון השוויון תפיסה מהותית, הבוחנת את מימושו של עקרון השוויון במונחים תוצאתיים ומקרכת מאוד את הדיון המשפטי הישראלי בשוויון לתפיסת השוויון שעליה השיח הפמיניסטי מבסס את החיבור בין הטרדה מינית לשוויון. היינו: ממד אי-השוויון או ההפליה נבחן בהקשר הישראלי גם על פי ממד התוצאה וההשפעה שיש לפרקטיקה מסוימת על קבוצה מוגנת, ותפיסה זו של אי-שוויון הוחלה גם באופן ספציפי על

---

הנורמטיבית על פי אידאולוגיה זו. ראו, למשל, את נייר העמדה שהגישה קת'רין מקינן לבית המשפט העליון בפרשה שעסקה בהטרדתו המינית של גבר על ידי גברים אחרים: Brief of National Organization on Male Sexual Victimization, Inc., at .11, *Oncale v. Sundowner Offshore*, 523 S.S. 75 (1998) (No. 96-568) נייר עמדה זה הוגש בשמם של 14 ארגונים של גברים נפגעי תקיפה מינית בפרשת *Oncale*, שבה נדרש בית המשפט העליון להכריע בפעם הראשונה אם הטרדה מינית של גבר על ידי גבר אחר יכולה להוות הפליה על בסיס מין.



סוגיות הנוגעות לשוויון על בסיס מין.<sup>32</sup> בעובדה זו יש כדי להטיל ספק של ממש על החשש שהביעו בזמנו יוזמי החוק, כי החיבור בין הטרדה מינית לשוויון יביא בהכרח להתמודדות בלתי מספקת עם התופעה – כפי שקרה במשפט האמריקני עקב הפרשנות הצרה שנוצקה שם לעקרון השוויון. כאמור, תפיסת השוויון הישראלית שונה באופן מהותי מזו האמריקנית, ולפיכך ניתן להניח – לפחות כנקודת מוצא – שאיסור משפטי ישראלי על הטרדה מינית, המתבסס על עקרון השוויון, היה בעל סיכוי להניב דיון וניתוח משפטי שונים בסוגיה בהשוואה לשיח הקיים בארצות-הברית. יתרה מזו: עקרון השוויון אמנם לא קיבל בישראל מעמד חוקתי מפורש כמו כבוד האדם, אך אין בעובדה זו בלבד כדי לגרוע מתוקפם של חוקים המציבים במפורש את ערך השוויון במרכזם. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, למשל, ממשיך לשמור על מעמדו ומשמעותו גם לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וללא קשר אליו, וזאת בשל התפתחויות עצמאיות שביססו את מקומו ואת מרכזיותו של עקרון השוויון בשיח המשפטי הישראלי. כמו כן, כיום מסתמנת האפשרות כי השוויון – או לפחות היבטים מרכזיים שלו – יעוגנו בדרך של פרשנות בתוך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כנדבך מסוים אחד של עקרון כבוד האדם.<sup>33</sup> בנסיבות אלה אין זה ברור כי הגדרתה של הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית כמנחים של שוויון הייתה גורעת מחשיבותו או מתוקפו של החוק למניעת הטרדה מינית בהשוואה למעמד שממנו החוק נהנה כיום.

## 2. הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם: האמנם תחליף ראוי?

אל נוכח דברים אלה חשוב לזכור כי על פני הדברים, הצבתו של מושג הכבוד במרכז הגדרתה של ההטרדה המינית מעוררת שני קשיים פוטנציאליים. ראשית, 'כבוד' או 'כבוד האדם' הוא ערך שנתפס כמבטא באופן ברור יותר תכנים אינדיבידואליסטיים ולא היבטים קבוצתיים כמו ערך השוויון. אמנם,

32 לדיון והמחשה של היבט זה של שיח השוויון בישראל זו ראו נויה רימלט, תשס"ד. 'הפמיניזם המשפטי בישראל מנין ולאן? הרהורים על שונות, כבוד ושוויון בעקבות ספרה של אורית קמיר, "פמיניזם, זכויות ומשפט"', עיוני משפט כז: 865-866.

33 ראו, למשל, פסק דינה של השופטת דורנר בבג"צ 454/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94.

כאמור, בפסיקה מסוימת של בית המשפט העליון נעשה מאמץ לקרוא לתוך 'כבוד האדם' היבטים מסוימים של שוויון, אולם עובדה זו לא הפכה את 'כבוד האדם' כולו לערך קבוצתי, אלא זיהתה בתוכו את עקרון השוויון כערך מובחן ונפרד. במילים אחרות: אם הגדרתה של ההטרדה המינית במונחים של פגיעה בשוויון על בסיס מין ממקמת באופן ישיר וברור את הסוגיה בהקשר המגדרי הקבוצתי שלה, הרי הסמכת ההטרדה המינית ל'כבוד האדם' אינה יוצרת חיבור מידי שכוה. היא אינה מבטאת באופן גלוי ומפורש את עיקר הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית כפי שהיא נתפסת מפרספקטיבה פמיניסטית תאורטית, ולפיכך עובדה זו עלולה לגמד את חומרתה של התופעה בכל הנוגע לאופן הצגתה בשיח הציבורי והמשפטי. שנית, הסטת הדיון בהטרדה מינית משוויון לכבוד עלולה לעורר קשיים מפרספקטיבה פמיניסטית גם בשל חיבור אפשרי בין מושג הכבוד לבין תפיסות סטראוטיפיות ביחס לנשים. השיח הפמיניסטי אמנם העמיד במרכז החוק למניעת הטרדה מינית את הערך של 'כבוד האדם', תוך שהוא יוצק לתוכו תוכן מודרני אוניברסלי;<sup>34</sup> אולם מכיוון שפגיעה בכבוד מזוהה באופן לשוני ואינטואיטיבי עם עלבון, השפלה ופגיעה ברגשות,<sup>35</sup> הרי שההתמקדות בכבוד של נשים כערך המרכזי שנפגע כשהן מוטרדות מינית עלולה להביא להצבת רגשותיהן של הנשים במרכז העיסוק בהטרדה מינית – תוך אכיפתן של תפיסות

34 אורית קמיר הסבירה, למשל, בהקשר זה: 'הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד האדם וחירותו, מכיוון שהיא פוגעת בכבודו העצמי ובכבודו החברתי של האדם המוטרד, ובחירותו הרוחנית, הגופנית והמינית. הטרדה מינית פוגעת בכבודו של אדם על ידי התעלמות מרצונו ועל ידי שלילת זכותו לאוטונומיה מלאה ולשליטה בלעדית בגופו ובמיניותו. היא משפילה ומבזה את אנושיותו על ידי התייחסות אליו כאל אובייקט מיני לשימוש של המטרד, כלומר כאל גוף ללא נפש. היא פוגעת בזכותו להגדרה עצמית משוחררת מסטריאוטיפים מיניים פטריארכליים או אחרים שאינם רצויים לו. הטרדה מינית פוגעת בפרטיותו העמוקה ביותר של האדם המוטרד. היא חושפת אותו לאינטראקציה הנוגעת בעל כורחו, בתחומים האינטימיים והאישיים שהוא זכאי להגן עליהם מפני פלישה גסה ובלתי מוזמנת. היא חותרת תחת ביטחונו העצמי ומונעת ממנו הנאה ושלווה נפש'. קמיר, 'איזו מין הטרדה', הערה 12 לעיל, בעמ' 375-376.

35 על מרכזיותו של יסוד הרגש בהגדרת המושג 'כבוד' ניתן ללמוד, למשל, מהגדרתו המילונית של ערך זה. מילון ספיר מגדיר את המונח 'כבוד' במילים אלו: 'רגש או יחס – בעיקר כלפי אדם – בזכות ערכו הפנימי או סמכותו, הערכה, חשיבות, יקר'.

סטריאוטיפיות ופטרנליסטיות ביחס לרגישותן של נשים וביחס לצורך להגן ולגונן על רגישות זו.<sup>36</sup>

על פני הדברים נראה לפיכך כי שאלת הבחירה בין כבוד לשוויון בהקשר של הטרדה מינית מעוררת שאלות תאורטיות נכבדות. למרות זאת, המשמעות והחשיבות של החיבור בין הטרדה מינית לבין אי-שוויון על בסיס מין, כמו גם הקשיים האפשריים שהחיבור האלטרנטיבי שבין הטרדה מינית לכבוד עלול לעורר, לא זכו לדיון מספק בקרב אלה ששקדו על קידומה של הצעת החוק בסוגיה זו – לפחות לא על פי הפרוטוקולים של הוועדה לקידום מעמד האשה. גם השיח הפמיניסטי התאורטי לא התפנה לעיון ביקורתי מעמיק בהנחות שעליהן מבוסס החוק, אלא הסתפק עד היום בעיקר בהצגת החוק ותכניו המרכזיים, תוך קבלה ללא ערעור של העיקרון מכוחו הוגדרה ההטרדה המינית – בכבוד האדם.<sup>37</sup>

3. איזו מין הטרדה: הטרדה מינית או הטרדה עוינת על בסיס מין ומגדר?

המחוקק הישראלי, בהשראת השיח הפמיניסטי הישראלי, הביע כאמור את דעתו כי החוק למניעת הטרדה מינית נועד להגן על כל אדם מפני מעשים פיזיים או מילוליים בעלי תוכן מיני. עמדה זו באה לידי ביטוי מפורש בסעיף ההגדרות של החוק, המפרט את ביטוייה הספציפיים של ההטרדה המינית האסורה על פי החוק. תפיסה זו ביחס למהותה ולהיקפה של ההטרדה שיש להגביל באמצעות החוק, המעמידה במרכזה רק התנהגות או ביטוי בעלי תוכן מיני, מעוררת קושי מרכזי הנוגע לתוכנה של ההטרדה האסורה כפי שהיא מוגדרת בחוק החדש.

המאבק הפמיניסטי האמריקני המקורי בהטרדה מינית, שהחל בשנות ה-70 של המאה הקודמת, זיהה בין הטרדה על בסיס מין לבין הטרדה מינית; היינו: הטענה הייתה שההטרדה שאליה נחשפות נשים (בעיקר) במקום העבודה היא הטרדה בעלת

36 לדיון מפורט יותר ביחס לקושי שיוצרת העמדתו של מושג הכבוד במרכזם של מאבקים פמיניסטיים המכוונים לקידום מעמדן של נשים בחברה ראו גם רימלט, הערה 32 לעיל, בעמ' 872-873.

37 ראו, למשל, שרון רבין-מרגליות, תשנ"ט. 'מי מוטרד מהטרדה מינית בעבודה', שנתון משפט העבודה: בטאון האגודה למשפט ולביטחון סוציאלי ז': 153, 159-161. להתייחסות ביקורתית מסוימת לסוגיה זו מן העת האחרונה ראו שקר, הערה 4 לעיל.

תכנים מיניים. לעומת זאת, כיום מתברר שהניסיון המצטבר – לפחות בהקשר האמריקני – מלמד כי הטרדה של נשים במקום העבודה היא תופעה רחבה יותר. ויקי שולץ, חוקרת פמיניסטית, שבחנה סוגיה זו, הגיעה למסקנה כי בפועל מונצחת ונאכפת הפלייתן של נשים במקום העבודה באמצעות מגוון של מעשים ודיבורים מטרידים עוינים שרק חלקם הוא בעל תוכן מיני.<sup>38</sup> באופן ספציפי טענה שולץ כי חלק משמעותי מההטרדה שנשים נחשפות אליה במקום העבודה אינו תוצר של חשק מיני ורצון להכפפתן למערכת יחסים מינית, אלא נובע מעוינות נגדן ומרצון למנוע מהן להתקדם ולהצליח במקום העבודה. משמעות הדבר היא שחלק משמעותי מההטרדה על בסיס מין נועד, לטענתה של שולץ, לשמר את מקום העבודה כמקום של דומיננטיות וסמכות גברית, שבו מזוהים מקצועות ועיסוקים גבריים עם יוקרה, מעמד והטבות כלכליות משמעותיות. בנסיבות אלה, ההטרדה המופנית כנגד נשים לובשת פעמים רבות אופי שאינו מיני כלל, והיא באה לידי ביטוי במגוון של מעשים עוינים. כך, למשל, תיעדה שולץ מעשים של חבלה בעבודתן של עובדות, השמעת הערות מעליבות נגדן, נידוין החברתי על ידי עובדים אחרים – במיוחד במקומות שבהם הן מהוות מיעוט מבוטל, ניסיונות מכוונים להכשילן כשהן מנסות להשתלב בעיסוקים חדשים על ידי עובדים אחרים – על ידי מניעת תמיכה והכשרה מקצועית הולמת, הטלת משימות נשיות סטראוטיפיות (כגון הגשת קפה) על נשים גם כשמשימות אלה מצויות מחוץ להגדרה הפורמלית של תפקידן, הטלת ספק במיומנות המקצועית של עובדות באמצעות הערות מבטלות ומלגלות וכיוצא באלה.<sup>39</sup> נתונים אלו שהציגה שולץ, ביחס לטיבה ולהיקפה האמיתי של הטרדה שנשים חשופות אליה במקום העבודה, מתבססים הן על מחקרים סוציולוגיים אמפיריים שנערכו ביחס לסוגיה זו והן על ניתוח מפורט של הפסיקה שעסקה בהטרדה מינית מאז פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון האמריקני שהכיר בתופעה זו כנכנסת בגדר האיסור על הפליה על בסיס מין בעבודה. שני המקורות הללו חושפים דפוסים רחבים של הטרדה נגד נשים עובדות, החורגים בבירור ממעשים ודיבורים בעלי אופי מיני, ומגלים כי ההבדל בין 'הטרדה מינית' לבין 'הטרדה מחמת מין או מגדר' אינו סמנטי בלבד אלא מהותי ביותר. מסקנתה של שולץ היא אפוא כי הדין בנוגע להטרדה מינית צריך

38 ראו Schultz, הערה 20 לעיל.

39 ראו שם, בעמ' 1756-1761.

להתייחס ולהתמודד גם עם צורות של הטרדה עוינת – שאינן מיניות במהותן – שנשים חשופות אליהן בשל היותן נשים.

מסקנתה זו של שולץ היא מסקנה חשובה ויש בה היגיון רב. כך, למשל, אפשר לטעון כי הכפפתן של נשים עובדות לעלבונות מתמידים ביחס לרמת המשכל שלהן, להערות מעליבות ביחס לנשים או לנשיות בכלל, או להתנהגות מבזה אחרת, מהווה גם היא חלק מיחסי העוצמה ההיררכיים בין גברים לנשים, היוצרים סביבת עבודה עוינת ופוגעים בשוויון ההזדמנויות של נשים בעבודה. עובדת המכונה דרך קבע על ידי הממונה שלה או על ידי עמיתיה לעבודה 'בהמה טיפשה' או 'מטומטמת', מוכפפת לכאורה למערכת סטראוטיפים פטריארכליים המנציחה את מעמדן של נשים כשונות וכעובדות נחותות – ממש כמו עובדת המוכפפת להערות מיניות או להתנהגות מינית בעבודה. בהקשר זה חשוב לזכור, למשל, כי הקישור בין 'טיפשות' לנשים הוא קישור רב-שנים המבטא פרספקטיבה גברית פטריארכלית מובהקת ביחס למהותן השונה והנחותה של נשים ושל נשיות. טיפשותן הסטראוטיפית של נשים, חוסר-הרציונליות שלהן וההשוואה בינן לבין ילדים בלתי-מפותחים שימשו במשך שנים את העילה והצידוק לשלילתן של זכויות יסוד בסיסיות מנשים כמו הזכות להצביע, להחזיק בקניין ולהתנהל בחופשיות בספֶרה הציבורית. במשך מאות שנים האשה נתפסה והוצגה בשלל טקסטים – משפטיים, פוליטיים ופילוסופיים – ככזו שיכולתיה נפלות לאין ערוך מאלו של הגבר,<sup>40</sup> ודימויים אלה של שונות ונחיתות נשית הזינו והצדיקו מבנה משפטי וחברתי בעל מאפיינים היררכיים מגדריים מובהקים. 'בהמה טיפשה' אינו אפוא כינוי מעליב סתם כשהוא מכוון באופן תדיר לאשה המבקשת לבסס את מעמדה בספֶרה הציבורית; הוא שואב את כוחו ואת תוקפו מתוך מערך דימויים בעל גוון פטריארכלי מובהק, הוא כופה ואוכף מחדש מערך דימויים זה, ומכאן ממד אי-השוויון הטמון בו. היכולת להגדיר צורות שונות של הטרדה על פי פרמטרים מגדריים נגזרת אפוא מהמשמעות החברתית שיש לפרקטיקות הללו, מהמוטיבציות שביסודן, ומהיכולת להגדיר את התוצאות שהן כופות במונחים של אי-שוויון והפליה. לא אופייה או תוכנה המיני של

40 לניתוח מקיף ומאיר עיניים של ההיבטים המיסוגנים של המחשבה הפילוסופית המערבית, ראו Susan Molker Okin, 1979. *Women in Western Political Thought*, Princeton, N.J.: Princeton University Press

ההטרדה הוא בהכרח הקובע – אלא אמות-מידה רחבות יותר, שתכליתן זיהוי והארה של המשמעות המגדרית המובחנת שיש לפרקטיקה של הטרדה כזו או אחרת. בנסיבות אלה, ביטויי עוינות או התנהגות מדירה ועוינת המכוונים כלפי אשה המנסה לבסס את מעמדה במקום עבודה גברי, חותרים תחת מעמדה המקצועי ומביאים לדחיקת רגליה מכל עמדה של סמכות וכוח, ומהווים הטרדה על בסיס מין ממש כמו מקרים אחרים שבהם מוטלות רק עליה מטלות נשיות סטראוטיפיות שאינן חלק מן ההגדרה המקצועית של תפקידה כגון הכנת קפה. באופן דומה, רידוד מעמדה המקצועי של אשה או של נשים מסוימות באמצעות ביטויים עוינים, המבטאים עמדות סטראוטיפיות ביחס לכישוריהן הנחותים של נשים, אינו שונה באופן מהותי ממקרה שבו היחס המפחית כלפי האשה מתבטא בהכפפתה להתנהגות מינית כזו או אחרת. זה כמו זה מהווים למעשה הטרדה על בסיס מין, ומבחינה זו ההטרדה המינית היא בעצם מקרה פרטי אחד של תופעה מגדרית רחבה יותר.<sup>41</sup>

השיח הפמיניסטי הישראלי, שהתיימר להתבסס גם על הניסיון האמריקני כדי לקדם מסגרת חוקית ראויה יותר לצורך התמודדות רחבה ומקיפה עם סוגיית הטרדתן של נשים בעבודה ובכל פורום אחר, צריך היה אפוא לתת את הדעת לסוגיית הפער הפוטנציאלי שבין 'הטרדה על בסיס מין או מגדר' לבין 'הטרדה מינית'. אולם, נראה כי בפועל דילמה זו כלל לא התעוררה בדיונים שהתקיימו בכנסת על החוק הישראלי. כפי שמלמדים הפרוטוקולים הרלבנטיים, נראה שכל

41 מעניין לציין שמקינון עצמה, בהבהרה מן השנים האחרונות של משנתה התאורטית, חיזקה עמדה זו כשהדגישה כי גישתה ביחס להטרדה אינה מוגבלת להטרדה שתכניה מיניים בלבד אלא מתייחסת לכל אקט כוחני של הכפפה על בסיס מין. ראו Catharine A. MacKinnon, 'Letter to the Editor,' *The New Yorker*, 23.2.1998 & 2.3.1998. המכתב הזה למערכת נכתב בתגובה לכתבה שפורסמה בניו-יורקר ועסקה בהטרדה מינית. הכתבה עסקה בהרחבה במאמר של ויקי שולץ בעניין הטרדה מינית, וייחסה למקינון בהסתמך על מאמר זה את העמדה כי 'there is no sex without harassment and no harassment without sex' (ראו Jeffrey Toobin, 'The Trouble with Sex: Why the Law of Sexual Harassment Has Never Worked,' *The New Yorker*, 9.2.1998). במכתב התגובה שלה הכחישה מקינון עמדה זו והבהירה כי אינה טוענת שכל ביטוי מיני בעבודה מהווה הטרדה או כי התנהגות שאינה בעלת תכנים מיניים אינה יכולה להוות הטרדה על בסיס מין.

מנסחי החוק – ובכללם הכוחות הפמיניסטיים שהיו שותפים למפעל זה – היו שבויים בתפיסה דומה של הטרדה בעלת תכנים מיניים. התוצאה הייתה אפוא כי המחוקק גיבש כאמור רשימה סגורה של מה שאמור לייצג את כל ביטוייה של ההטרדה שראוי לאסור בחוק, ויסוד התוכן המיני של ההטרדה מופיע שוב ושוב בסעיפי ההגדרות השונים.<sup>42</sup>

בנסיבות אלה, השאלה הנשאלת היא מה מתרחש כשהחוק למניעת הטרדה מינית עומד למבחן שיפוטי: איזה פרשנות מקבלת העמדתו של ערך הכבוד במרכז הגדרת הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית; באיזה מידה – אם בכלל – נשמר מקומו של השוויון בניתוח הסוגיה; וכיצד מוגדרת ומפורשת ההתנהגות המטרירה שאותה נועד החוק למגר.

## ד. החוק למניעת הטרדה מינית בראי השיח המשפטי

### 1. בית המשפט העליון

(א) השלב הראשון: פרשות בן אשר וגלילי – התוויית המסגרת המושגית

ההתייחסות הפסיקתית המפורשת הראשונה לחוק למניעת הטרדה מינית מצויה בפסק הדין בעניין זוהר בן אשר,<sup>43</sup> שעסק בהטרדה מינית של סטודנטית במכללת סמינר הקיבוצים על ידי מרצה במכללה. אמנם, מבחינת עיתויו והסוגיה הספציפית שנדונה בו, פסק הדין לא נגע ישירות בחוק למניעת הטרדה מינית.

42 רק תת־סעיף אחד לסעיף ההגדרות הותיר מקום להגדרה רחבה יותר של הטרדה על בסיס מין, כשקבע כי הטרדה מינית היא גם 'התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו [...]' . סעיף זה פתח לכאורה פתח להכללתן של התנהגויות עוינות אך לא מיניות המופנות כלפי אדם בשל זהותו המגדרית בגדר האיסור שהטיל החוק על הטרדה. עם זאת, בהיסטוריה החקיקתית של החוק אין זכר לכך שהמחוקקים התכוונו לעגן במסגרת סעיף זה תפיסה רחבה יותר של הטרדה על בסיס מין. יתרה מזו: בניגוד לסוגיית הכבוד מול השוויון, שביחס אליה נעשתה במוצהר בחירה מודעת ביחס להערפתו של הערך האחד על האחר, ביחס לשאלת תכניה של ההטרדה שיש לאסור בחוק אין ביטוי – לפחות לא בפרוטוקולים הרשמיים – למודעות דומה לעצם קיומה של דילמה בהקשר זה.

43 עש"מ 671/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650.

פסק הדין ניתן יום אחד לפני שהחוק למניעת הטרדה מינית עבר בכנסת בקריאה שנייה ושלישית, והוא עסק באופן מפורש בהטרדה מינית כעבירת משמעת לפי חוק שירות המדינה, כפי שהוגדרה עוד טרם חקיקת החוק. עם זאת, בשל חקיקתו הצפויה של החוק למניעת הטרדה מינית, בחר בית המשפט העליון, מפי השופט זמיר, להקדיש את פסק הדין להצגה מקיפה של תופעת ההטרדה המינית באופן כללי, ולרציונל העומד ביסוד ההסדרים החוקיים – ובמרכזם החוק החדש – שנועדו להביא למיגורה. בנסיבות אלה ציטט בית המשפט באריכות מדברי ההסבר של החוק, תוך שאלה תומכים ומבהירים את מסגרת הניתוח של תופעת ההטרדה המינית שנפרשה בפסק הדין. באופן בסיסי התאפיין הניתוח השיפוטי של תופעת ההטרדה המינית בפסק הדין בשלושה יסודות מרכזיים.

ראשית, פסק הדין יצר הפרדה היררכית ברורה בין כבוד לשוויון מבחינת מרכזיותם ומבחינת מידת הרלבנטיות שלהם להגדרתה של הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית. ההטרדה המינית הוצגה בהקשר זה לא רק כתופעה המהווה תמיד פגיעה בכבוד – ורק במקרים מסוימים גם פגיעה בשוויון, אלא שלערך הכבוד יוחס עיקר החשיבות במתן ביטוי ומשמעות לפגיעה הנעוצה בהטרדה מינית. משמע: בית המשפט יצק משמעות ערכית היררכית לעובדה שהכבוד נזכר ראשון בסעיף המטרות של החוק והשוויון אחרון, והציב בהתאם את ערך הכבוד במרכז הדיון השיפוטי בסוגיה ואילו את השוויון – בשוליו. באופן ספציפי ציין בית המשפט בהקשר זה: 'הטרדה מינית פוגעת באדם, בכל מקרה בכבוד האדם ולא פעם בזכויות אחרות כגון בזכות לשוויון או בזכות לעבוד [...]'<sup>44</sup>

בהמשך הוסיף בית המשפט וקבע:

אכן במקרים רבים אפשר לראות הטרדה מינית ופגיעה נלווית בתנאי העבודה, כצורה של הפליה מחמת מין. אך הטרדה מינית היא תופעה בפני עצמה, נבדלת מן המתכונת הרגילה של הפליה מחמת השתייכות לקבוצה מסוימת, ואם רואים אותה רק כצורה של הפליה יש בכך כדי לטשטש את המיוחדות של תופעה זאת.<sup>45</sup>

44 שם, בעמ' 662.

45 שם, בעמ' 651.



ולבסוף, לאחר שסקר את הדין החל על סוגיית ההטרדה המינית במדינות שונות ובכלל זה בישראל, סיכם בית המשפט: 'אכן כיום מן המוסכמות היא, בישראל כמו במדינות אחרות, שהטרדה מינית מעבר לנזק החומרי שהיא עלולה לגרום, פוגעת בכבוד האדם'.<sup>46</sup>

היסוד השני שאפיין את מסגרת הניתוח של ההטרדה המינית בפסק הדין הוא יסוד האינדיבידואליזציה של התופעה. הפרדתה של תופעת ההטרדה המינית מן השוויון וביסוסה על כבוד האדם הביאו להגדרתה בפסק הדין בעיקר במונחים אינדיבידואליים ונייטרליים, המעלימים את הפרספקטיבה הקבוצתית המגדרית העומדת במרכז הניתוח הפמיניסטי של התופעה. היינו: במקום ליצור אינטגרציה פרשנית בין השוויון לכבוד, הפריד בית המשפט והבחין ביניהם. בית המשפט אמנם הזכיר כמה פעמים לאורך פסק הדין כי הטרדה מינית באה בדרך כלל מצד גבר כלפי אשה, אולם גם תובנה זו הותירה את הדיון ברמה היחידנית והנייטרלית, תוך הימנעות מדיון במשמעות הקבוצתית שיש לעובדה זו. כך, למשל, כאשר הסביר השופט זמיר מהי 'הטרדה מינית', הוא קבע את הדברים הבאים:

בדרך כלל ההטרדה המינית נובעת ממשיכה מינית, והיא מכוונת ליצירת קשר בעל אופי מיני. אך לא בהכרח כך. ייתכן כי ההטרדה המינית תהיה רק מכשיר המשמש אדם אחד כדי לפגוע באדם אחר, לאו דווקא בשל מניע מיני, אלא של מניע אחר, כגון יריבות במקום העבודה. על פי רוב, כפי שמחקרים מלמדים, ההטרדה המינית באה מצד גבר כלפי אשה. לכן, דבר רגיל הוא שהמאבק הציבורי כנגד הטרדה מינית מנוהל על ידי תנועות של נשים. אך לא תמיד כך. יש שהטרדה מינית באה מצד אשה כלפי גבר, ואף יש שהיא מתרחשת בין בני מין אחד [...] המכנה המשותף לכל הצורות של הטרדה מינית היא התנהגות בעלת אופי מיני של אדם אחד שיש בה כדי לפגוע באדם אחר.<sup>47</sup>

46 שם, בעמ' 652.

47 שם, בעמ' 651 (ההדגשה הוספה).

זאת ועוד: החיבור בין הטרדה מינית לבין הפגיעה במעמדן של נשים כקבוצה אמנם קיבל אזכור חלקי בפסק הדין, בשני הקשרים, אולם אזכור זה נעשה באופן הממזער את מהותו וחשיבותו של החיבור בהקשר של תופעת ההטרדה המינית. כך, למשל, בפתח פסק הדין, תחת הכותרת 'הדין בארה"ב ובמדינות אחרות', קבע בית המשפט את הדברים הבאים:

רוב הקורבנות של הטרדה מינית הן נשים [...] מה פשר השכיחות היחסית של הטרדה מינית מצד גברים כלפי נשים? ההסבר המתבקש הוא שיש בכך במידה רבה, ביטוי להשקפה הרווחת בדבר הבדלים בהתנהגות המקובלת של גברים ונשים בחברה. הסבר נוסף הוא, שהטרדה מינית היא, בין היתר, ביטוי למעמד הנמוך של קבוצת הנשים בחברה, בעיקר בתעסוקה. לפי הסבר זה, בהטרדה מינית יש, מעבר לפגיעה אישית, גם פגיעה בעקרון של שוויון המינים.<sup>48</sup>

הנה כי כן, במרכז הפענוח של תופעת ההטרדה המינית בחר בית המשפט להציב את העובדה שגברים פשוט מתנהגים אחרת מנשים. ההסבר הקושר בין הטרדה מינית לבין מעמדן של נשים בחברה נהפך מכוח היגיון פנימי זה להסבר נוסף המצוי בשולי השיח בנושא הטרדה מינית ולא במרכזו. יתרה מזו: למעט אמירה כללית ביחס לאלה שקושרים בין ההטרדה המינית לבין השוויון נמנע בית המשפט מהבהרה מפורטת של חיבור זה, תוך שהותיר עמימות בלב הקוראים של פסק הדין ביחס למשמעות של טענה זו. בהמשך פסק הדין ביצע בית המשפט מהלך רטורי דומה כאשר קבע:

הטרדה מינית עוברת את גבול ההתנהגות החופשית, שכן התנהגות חופשית צריכה את הרצון החופשי של שני הצדדים. לפיכך הטרדה מינית היא תמיד, בכל ציבור ובכל מקום, פסולה. היא פסולה משום שהיא נכפית על ידי אדם אחד בניגוד לרצונו

של אדם אחר, בתחום המין שהוא לפי מהותו תחום שמור, יותר מכל תחום אחר, לרצון הדדי. היא פסולה גם משום שהיא מערבת מין בשאינו מינו: היא מתייחסת לאדם על פי מינו באופן פוגע, מקום שצריך להתייחס אליו על פי מילוי תפקידו או רמת הישגיו במקום העבודה או במוסד הלימודים. משום כך יש בה, לא רק פגיעה בעקרון של שוויון המינים, אלא גם פגיעה בכבוד האדם.<sup>49</sup>

אם כן, עינינו רואות כי את מהות הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית תיאר בית המשפט במונחים אינדיבידואליים-נייטרליים מובהקים, שעניינם הכפייה המינית או ההתייחסות המשפילה לכל 'אדם' ברמה האישית. הגדרה זו מבהירה ומדגישה את ממד הפגיעה בכבוד האדם הטמונה בהתנהגות זו – אך לא את ממד ההפליה על בסיס מין, שאזכורו בהקשר זה נותר תלוש ובלתי ברור.

היסוד השלישי שאפיין את תפיסת ההטרדה של בית המשפט בפרשת בן אשר הוא זיהויה המובהק כהתנהגות בעלת תכנים מיניים בלבד; היינו: ביחס לסוגיה זו אימץ בית המשפט ללא ערעור את תפיסתו היסודית של המחוקק בנוגע לטיבה של ההטרדה האסורה על פי חוק, ונראה כי בהקשר זה – ובדומה לדיון שהתקיים בזמנו בכנסת – כלל לא הייתה מודעות לעצם קיומה של הבחנה אפשרית בין 'הטרדה מינית' לבין 'הטרדה על בסיס מין'. לאחר שנתן כמה דוגמאות להתנהגויות היכולות להוות הטרדה מינית – כגון 'דיבורים הנושאים אופי של חיזור'<sup>50</sup> ו'בקשות או הצעות על רקע מיני'<sup>51</sup> – סיכם אפוא השופט זמיר וקבע כי 'המכנה המשותף לכל הצורות של הטרדה מינית היא התנהגות בעלת אופי מיני של אדם אחד שיש בה כדי לפגוע באדם אחר'.<sup>52</sup> משמע, הובהר כי 'התנהגות אינה מהווה הטרדה מינית, גם אם היא מטרידה, אם אין לה אופי מיני או אין היא באה לידי ביטוי בדברים הקשורים למין',<sup>53</sup> ולפיכך נקבע כי השאלה

49 שם, בעמ' 654.

50 שם, בעמ' 650.

51 שם.

52 שם, בעמ' 651.

53 שם, בעמ' 654.

המשפטית המרכזית שעמה צריך השיח המשפטי להתמודד כדי לאכוף באופן ראוי את האיסור ביחס להטרדה מינית היא 'מתי עוברת התנהגות בעלת אופי מיני את הגבול מתחום המותר אל תחום האסור?'.<sup>54</sup>

פסק הדין בעניין בן אשר הוא פסק דין חשוב לא רק מפאת ראשוניותו, אלא בעיקר בשל העובדה שנהפך בהמשך לטקסט מנחה בסוגיית ההטרדה המינית. עובדה זו ניכרת לא רק בעצם אזכורו התכוף בפסיקה מאוחרת יותר שעסקה בהטרדה מינית, אלא במיוחד בכך ששלושת האדנים המרכזיים שעליהם התבססה מסגרת הניתוח של תופעת ההטרדה המינית קנו להם אחיזה בשיח השיפוטי שהתפתח בסוגיה לאחר פרשת בן אשר, בין היתר בהשפעתה. עם זאת, ניתוח מדוקדק של שיח זה מגלה כי לצדם של שלושת אדנים אלה התבסס גם אדן רביעי, שעניינו יציקת תכנים מוסריים ולעיתים פטרנליסטיים לניתוח השיפוטי של הסוגיה.

את ראשיתו של השיח המוסרי-פטרנליסטי בעניין הטרדה מינית ניתן לזהות בפסק הדין בעניין ניר גלילי.<sup>55</sup> פרשה זו עסקה בשאלת קידומו של קצין בכיר שניהל מערכת יחסים מינית אינטימית עם מי שהייתה בזמנו פקידת לשכתו. כמו בפרשת בן אשר, גם בפרשה זו לא הייתה לחוק למניעת הטרדה מינית תחולה ישירה משום שדובר באירועים שהתרחשו לפני חקיקתו, אולם הן רשויות הצבא שהיו צד לדיון והן בית המשפט ראו את ההתנהגות הנדונה של הקצין ככזו המצויה במתחם שבו מצוי הדיון בהטרדה מינית. ביטוי מובהק לכך נמצא כבר בפתח פסק הדין, שבו הציגה השופטת שטרסברג-כהן את עמדת הצבא בעתירה:

המשיבים ראו לציין בפנינו את החשיבות הרבה שמייחס צה"ל לכל הקשור לשמירת טוהר המידות בשורותיו ואת ההקפדה היתרה שהוא נוקט בתחום ההטרדות המיניות.<sup>56</sup>

יתרה מזו: כדי להבהיר את מידת החומרה שבהתנהגות הנדונה ציטטה השופטת שטרסברג-כהן מפסק הדין בעניין בן אשר את הדברים הבאים:

54 שם, בעמ' 663.  
 55 בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (להלן: פרשת גלילי).  
 56 שם, בעמ' 66.

בהטרדה מינית הנעשית מעמדה של מרות או השפעה מעבר לפסול שבעצם ההטרדה, יש גם מימד של ניצול לרעה של התפקיד או המעמד [...] אכן הטרדה מינית על ידי בעל סמכות, במובן הרחב כלפי מי שנתון לסמכותו היא סוג חמור במיוחד של הטרדה מינית.<sup>57</sup>

עם זאת, כאשר נדרשה השופטת להבהיר את טיב הפסול ואת מהות הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית בצבא, היא בחרה למקד את הדיון בשיקולים מתחום המוסר. בית המשפט הבהיר שהשיקול המרכזי שבמרכז ההכרעה בפרשה זו הוא 'חוסנו המוסרי של צה"ל',<sup>58</sup> ומכאן שלשם קבלת החלטה ראויה בנדרון יש להביא בכלל חשבון, בין היתר, 'את חשיבותו העליונה של טוהר המידות בצה"ל'<sup>59</sup> ואת הצורך לחזק את אמון הציבור בצה"ל כגוף 'בעל רמת מוסר גבוהה'.<sup>60</sup> הקצין, ניר גלילי, שביחס אליו טרח בית המשפט לציין כי 'היה באותה עת נשוי ואב לשלושה',<sup>61</sup> תואר על ידי בית המשפט ככזה שדבק בו 'כתם מוסרי חמור'<sup>62</sup> בשל 'התנהגות נפסדת ובלתי מוסרית'.<sup>63</sup> מכיוון שכך, הגיע בית המשפט למסקנה כי לא די בעונש שהשיתו עליו רשויות הצבא כדי להבטיח את 'טיהור האווירה'.<sup>64</sup> שימוש תדיר במושגים 'טוהר' ו'מוסר' מצוי גם בפסק דינו של השופט טירקל, שהצטרף בהסכמה לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן וביקש להוסיף גם הוא משהו 'על מוסר ועל ערכים'.<sup>65</sup> את מעשיו של המשיב הגדיר השופט טירקל כ'פסולים מעיקרם מן הבחינה המוסרית',<sup>66</sup> וציין כי הסכמתה של העותרת 'אינה

שם, בעמ' 72.	57
שם, בעמ' 69.	58
שם.	59
שם.	60
שם, בעמ' 66.	61
שם, בעמ' 68.	62
שם, בעמ' 63.	63
שם, בעמ' 73.	64
שם, בעמ' 77.	65
שם, בעמ' 78.	66

מטהרת אותם'.<sup>67</sup> 'דומה שעל מעשים שכאלה',<sup>68</sup> הוסיף השופט, 'אמר הכתוב בדברו בצבאות ישראל: "כי־תצא מחנה על־איביך ונשמרת מכל דבר רע [...] כי ה' אלהיך מתהלך בקרב מחנך להצילך ולתת איביך לפניך והיה מחנך קדוש ולא יראה בך ערות דבר ושב מאחריד" דברים כג פסוקים י', טו'.<sup>69</sup> בסכמו את הסוגיה הוסיף השופט וציין 'והיה מחננו טהור'.<sup>70</sup>

הנה כי כן, המילים 'מוסר' ו'טהור', על הטיותיהן השונות, חוזרות בפסק הדין בעניין גלילי פעמים רבות. יתרה מזו: כשנדרש בית המשפט לשאלת הפגיעה בחיילת הספציפית ובחיילות בכלל כתוצאה מהטרדה מינית בצבא, התווספה לניתוח המוסרי של תופעת ההטרדה המינית גם נימה פטרנליסטית. את העותרת הגדיר בית המשפט כ'חיילת צעירה חסרת ניסיון',<sup>71</sup> וציין שהתנהגותו של המשיב פגעה לא רק 'בכבודה של החיילת ובחירותה' אלא גם 'בחובת הנאמנות שחבים המפקד כפרט, והצבא כגוף, למתגייסות לשורותיו, לבני משפחותיהן ולחברה בכללותה. חובה זו מגלמת את הציפייה מכל מפקד לשמור מכל משמר על הפיקדון היקר המופקד בידיו, שהוא המשאב האנושי, ובענייננו – החיילת'.<sup>72</sup> בהמשך הוסיף בית המשפט וקבע כי 'על הציבור המפקיד את בנותיו בידי הצבא להאמין כי צה"ל ומפקדיו יעשו כל שביכולתם להבטחת שלומה של החיילת ושמירה על שלמותה הגופנית והנפשית. על החיילת לדעת שצה"ל הוא מקום בטוח לשרת בו'.<sup>73</sup>

מתברר אם כן, כי את עיקר הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית ראה בית המשפט כמצוי בתחום המוסר: הפגיעה בתומתן של חיילות צעירות, כמו גם הצורך להגן עליהן מפני החשק המיני של קצינים מבוגרים יותר, הם שהוצבו במפורש או במשתמע במרכז הדיון השיפוטי. הפגיעה בכבודה של האשה כתוצאה מההטרדה המינית פורשה אפוא במונחים פטרנליסטיים בעליל, ואת האינטרס החברתי במיגור התופעה זיהה בית המשפט כנובע מהצורך להגן ולגונן על נשים – ולא כנגזר משאלות של שוויון בין המינים. בהתאם לכך, אכן אין כל

67 ש.ם

68 ש.ם

69 ש.ם

70 ש.ם

71 ש.ם, בעמ' 70.

72 ש.ם, בעמ' 71.

73 ש.ם, בעמ' 73.

אזכור בפסק הדין לשאלות הנוגעות למעמדן השוויוני של נשים בצבא ולקשר בין מעמד זה לבין תופעת ההטרדה המינית.<sup>74</sup> בהדרה זו של עקרון השוויון מהדיון בהטרדה מינית בצבא יש יסוד מובהק של החמצה – במיוחד בהקשר הצבאי, שכן דווקא במוסד גברי היררכי מסוג זה ניתן היה לשרטט בנקל את הקשר בין הטרדה מינית לבין המבנה החברתי ההיררכי והבלתי-שוויוני שהיא מנציחה ואוכפת. המחשה חשובה לתובנה זו ניתן למצוא בספרות פמיניסטית ביקורתית מהעת האחרונה, העוסקת במעמדן של נשים בצבא וחושפת את משמעותה ותוצאותיה של ההטרדה המינית בהקשר זה. כך, למשל, במאמר המבוסס על ראיונות עומק עם חיילות שהצליחו להשתלב בתפקידים 'קרביים' ויוקרתיים בצבא,<sup>75</sup> מתברר כי הטרדתן המינית הנמשכת של נשים בצבא<sup>76</sup> חותרת גם תחת מעמדן של נשים המנסות לקנות לעצמן עמדת כוח בצבא – ובכך מנציחה את קיומו של אי-שוויון מגדרי מובהק במוסד זה.<sup>77</sup>

74 לניתוח מפורט ומאיר עיניים של ההיבט המוסרני בפרשת גלילי ושל המתח בינו לבין רציונלים פמיניסטיים ביחס לקשר בין הטרדה מינית לבין אי-שוויון מגדרי ראו גם יובל לבנת, תשס"א. 'איזה מין פמיניזם? – הרהורים בעקבות פרשת גלילי', מחקרי משפט טז: 471.

75 אורנה ששון-לוי, 2001. 'חתרנות בתוך דיכוי: כינון זהויות מגדריות של חיילות בתפקידים "גבריים"', בתוך: 'עצמון (עורכת), התשמע קולי, ירושלים: מכון ון ליר: 277 [ראו חלק מן המאמר בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)]. תפקידים קרביים החלו להיפתח בפני נשים לאחר פרשת אליס מילר (הערה 33 לעיל) והתיקון לחוק שיווי זכויות האשה וחוק שירות ביטחון שבאו בעקבותיה. ראו סעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000 וכן סעיף 16 לחוק שירות ביטחון (נוסח משולב), התשמ"ו-1986, כפי שתוקן בתש"ס. כמו כן ראו גם תקנות שירות ביטחון (קביעת תפקידים לשירות נשים בהתנדבות), התשס"א-2001.

76 על פי נתוני מחקר שנערך בשנת 2002 בחסות יועצת הרמטכ"ל לענייני נשים (יוהל"ן), 80% מהחיילות נחשפות להתנהגויות מטרידות מינית במשך שירותן הצבאי. ראו 'תופעת ההטרדה המינית ומקומה בארגון הצבאי' (ענף מוקד ידע מגדרי ביוהל"ן). המחקר נערך על ידי גב' אינה לוי וד"ר שרה בן-דוד מאוניברסיטת בר-אילן וכן על ידי רס"ן שרית עמרם-כץ, ראש מדור מחקר בענף מוקד ידע מגדרי ביוהל"ן [ראו גם בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)]. ממצאי המחקר המפורטים מובאים באתר האינטרנט של היוהל"ן.

77 דורית, שהייתה קצינת מטה באזור הדרום, תיארה באותו מאמר את התנהגותם של הקצינים הבכירים כלפיה במהלך ישיבת מטה: 'כולם אמרו אותה מגיע לצבא אתה

פסק הדין בעניין גלילי, שניסה לשרטט מסגרת כללית לדיון בסוגיית ההטרדה המינית בצבא, נכשל אפוא בשני הקשרים משמעותיים מפרספקטיבה פמיניסטית. ראשית, דחיקתו של עקרון השוויון מן הדין העלמה היבט מרכזי חשוב והכרחי לניתוח והבנת התופעה; שנית, לצד העלמתו של השוויון הוסיף פסק הדין ויצר היפוך מושגי בכל הנוגע להגדרת הטרדה מינית ולהבהרת משמעותה ומידת פגיעתה בנשים. אם פסק הדין בעניין בן אשר החל מהלך של התרחקות מהרציונל הפמיניסטי המקורי בדרך של יציקת תוכן אינדיבידואלי ונייטרלי למושג הכבוד, תוך הפרדה היררכית בינו לבין מושג השוויון בכל הנוגע למידת הרלבנטיות שלהם להטרדה המינית, הרי פסק הדין בעניין גלילי הוסיף לכך מהלך נורמטיבי, שבו עוקר מושג הכבוד מכל משמעות מודרנית-ליברלית ובמקומה נוצקה לו משמעות שניתן להגדירה מפרספקטיבה פמיניסטית כמוסרנית-פטרנליסטית.

---

מתנוון. אני כל כך לא, ממש התפתחתי, מרמה של לנסח מודעה ועד מה להגיד למי. הרגשתי שיש לי חצי עולם בידים. עד שהייתי מגיעה לשיבה. והיינו יושבים בישיבת מטה וזה הולך שהקצין מודיעין אומר, והקצין אג"מ אומר והקצין הזה אומר, ואז מגיעים לדורית, והיו מתייחסים אליה בתור לא ילדה, אבל אשה, מפלרטטים אתה, מנסים להתחיל אתה, כותבים לה מכתבים [...] הנה יש לי כאן קטע שכוחבים לי שלושת המח"טים של הגזרה [היא מראה לי את המכתב] 'את חייבת לקחת החלטה, זה גומר אותנו החוסר החלטיות, נוגס ביכולתנו, מפריע לנו בריכוז, אנו מבקשים שתחליטי כבר' [ותבחרי באחד מאיתנו]; ראו ששון-לוי, הערה 75 לעיל, בעמ' 293. לדעתי, ציטוט זה ממחיש ומאיר את העובדה שעיקר הדילמה שמעוררת הטרדת המינית של הקצינה בהקשר הספציפי אינה עצם הכפפתה לאינטראקציה מינית בלתי-ראויה מבחינה מוסרית, וכי האינטרס החברתי המרכזי במיגור התופעה אינו נובע רק או בעיקר מהצורך להגן על 'האשה' מפני אינטראקציות בלתי-מהוגנות כאלה, כפי שעולה מפרשת גלילי. הקושי הוא האופן שבו ההכפפה לדיבורים מיניים דווקא בישיבת מטה של הדרג המקצועי שאליו זומנה הקצינה בשל מעמדה וכישוריה המקצועיים חותרת תחת מעמדה, פוגעת ביכולתה לבסס ולהפגין את סמכותה המקצועית, מדגישה את מיניותה על פני ובמקום כישוריה המקצועיים, ומנציחה ואוכפת סדר מגדרי היררכי בקרב הסגל הפיקודי של פיקוד דרום בכלל ובאותה ישיבת מטה בפרט. מדובר, אם כן, לא רק בפגיעה ביכולת התפקוד המקצועית של הקצינה, אלא בהעלמת זהותה המקצועית באמצעות הגדרתה כמונחים מיניים בפורום פיקודי-מקצועי, שבו הזהות המינית של הצדדים לא צריכה ולא אמורה להיות רלבנטית לתכניו ולאופיו של הדין המתקיים בו.



מהלך זה לא נתפס כחריג או כמופרך על ידי השיח השיפוטי, שראה בפסק דין גלילי ציון דרך חשוב ומשמעותי בהגנה על נשים מפני הטרדה מינית. ביטוי לדברים הללו ניתן למצוא בדברים שאמרה השופטת ביניש בפני שופטים בנווה-אילן, בהרצאה שהוקדשה לחוק למניעת הטרדה מינית ולניתוח הפסיקה שניתנה בעקבותיו. דגש מיוחד העניקה השופטת ביניש בהקשר זה לפרשת גלילי, וביחס אליה אמרה את הדברים הבאים:

הפסיקה בעניין זה היא אולי אחת מהדוגמאות הבולטות ביותר של הטמעת ערכים על פי תפיסות-תרבות פמיניסטיות [...] תפיסת בית המשפט הייתה כי במערכת יחסים המאופיינת בפער דרגות ובהפרשי גילאים כה מהותיים, יש בקיום יחסים של מפקד עם חיילת משום פגיעה בטוהר המידות [...] לא הייתה כאן פגיעה בשוויון או בזכות יסוד, אלא הכנסת ערך חדש של הגנה קבוצתית על נשים באשר הן.<sup>78</sup>

הנה כי כן, מתברר כי הפרשנות שנוצקה לתופעת ההטרדה המינית בפרשת גלילי נתפסה מפרספקטיבה שיפוטית לא רק כטבעית ונכונה אלא גם כמבטאת תפיסות פמיניסטיות ראויות שעניינן קידום מעמדן של נשים בחברה. דחיקתו של עקרון השוויון מהשיח הרלבנטי והמרתו בעיקרון של 'טוהר מידות' הוצגו אם כן כתוצר מתחייב של מה שנתפס כ'פמיניזציה' של מסגרת הניתוח. עובדה זו יכולה להסביר אולי מדוע בפסקי הדין שניתנו לאחר פרשת גלילי ובעקבותיה קנה לו השיח המוסרי והמוסרני אחיזה ברורה ומובהקת יותר לצד אדני הניתוח האחרים בהגדרת תכניו של מושג הכבוד, תוך שהפגיעה במוסר – ולא הפגיעה שוויון – נתפסה והוצגה כעיקר הנזק והפגיעה החברתית של הטרדה מינית.

78 דורית בייניש, התפתחויות בגישת בתי המשפט לעבירות מין ולהגנה על נשים – השפעות חברתיות (הרצאה בנווה אילן, 27 במאי 2002) (ההדגשות הוספו).

(ב) השלב השני: ביסוס מסגרת הניתוח והעמקתה

המחשה ברורה לאדני הניתוח המרכזיים שהתגבשו בפרשות בן אשר וגלילי ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון שניתנה לאחר פרשות אלה והתבססה עליהן בגלוי ובמוצהר. בפרשת עמוס ברוכין<sup>79</sup> עסק בית המשפט העליון, שוב מפי השופט זמיר, בעניינו של בכיר במשרד הביטחון, שבמשך כשלוש שנים נהג להטריד מינית ארבע חיילות ששירתו באגף לסיוע וייצוא ביטחוני שבו שירת אף הוא.<sup>80</sup> עניינו הגיע לבית המשפט בדרך של ערעור על גזר דינו של בית הדין למשמעת של עובדי המדינה,<sup>81</sup> לאחר שהמדינה סברה כי יש להטיל עליו עונש חמור מזה שהטיל עליו בית הדין. בפסק דינו הבהיר השופט זמיר כי 'העבירות בהן המשיב הורשע הן על פי מהותן עבירות של הטרדה מינית',<sup>82</sup> ולכן בעצם השאלה העקרונית שעמה צריך בית המשפט להתמודד היא מהי 'המדיניות שראוי לבית משפט זה לנקוט כלפי מקרים של הטרדה מינית בשירות הציבורי?'.<sup>83</sup> בהתאם לכך, פסק הדין רווי הצהרות ואמירות כלליות ביחס לטיבה

- 79 עש"מ 1928/00 מדינת ישראל נ' ברוכין, פ"ד נד(3) 694.
- 80 כנגד ברוכין הוגש תחילה כתב אישום פלילי לבית משפט השלום, שבו הואשם בעבירות של מעשים מגונים ורמזים מגונים. באופן ספציפי הואשם ברוכין בכך שהפנה כלפי חיילות שונות הערות מיניות שכללו אמירות כגון 'איזה טוסיק יפה יש לך' או 'איזה גוף סקסי יש לך'. עוד הואשם ברוכין כי בכמה הזדמנויות חיבק את אותן חיילות ונישק אותן בכוח. הוא הורשע על פי הודאתו, ואז נפתחו כנגדו הליכי משמעת בבית הדין למשמעת של עובדי המדינה. בית הדין החליט לגזור עליו עונש של נזיפה חמורה והקפאת דרגה למשך שלוש שנים.
- 81 בית המשפט העליון יושב בדין יחד כערכאת ערעור על החלטותיו של בית הדין למשמעת. לאחר חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית אימץ התקשי"ר במסגרת סעיף 43.421 את ההגדרה של הטרדה מינית המפורטת בחוק במקום ההגדרה שעוגנה שם קודם לכן. מעשיו של ברוכין, שהתרחשו לפני חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית והתיקון לתקשי"ר, נבחנו על פי נוסחו הקודם של התקשי"ר. הפרה של האיסור על הטרדה מינית הקבוע בתקשי"ר מהווה עבירה של פגיעה במשמעת שירות המדינה, וכן עבירה של התנהגות בלתי-הולמת לפי סעיפים 17(2) ו-17(3) לחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963.
- 82 עניין ברוכין, הערה 79 לעיל, בעמ' 703.
- 83 שם, בעמ' 707.

ולמהותה של ההטרדה המינית – אמירות המחדדות ומעמיקות את מסגרת הדיון בסוגיה, כפי שגובשה בפרשות בן אשר וגלילי. עקרון השוויון והקשר בינו לבין הטרדה מינית קיבל בפסק הדין אזכור עקיף אחד בלבד, כשבית המשפט ציטט מהמבוא להצעת החוק למניעת הטרדה מינית; מעבר לכך היה הדיון בסוגיה נטול כל פרספקטיבה מגדרית קבוצתית, והדגיש את ההיבט האינדיבידואלי והנייטרלי של פגיעה בכבוד הגלום בהטרדה. כך, למשל, לאחר שציטט מן המבוא להצעת החוק, המבהירה את הפגיעה הגלומה בהטרדה מינית גם במונחים של פגיעה בשוויון של נשים, הוסיף השופט והביא ציטוט מפסיקה קודמת, האמור לשקף ולבטא את המענה שמערכת המשפט מנסה לתת לתופעה בשל החומרה המיוחדת הגלומה בה:

אין לסכול את התופעה, שלמרבה הצער נפוצה היא כי מעבידים ואנשים בעלי שררה יפעילו סמכותם על נתונים למרותם כדי להפיק לעצמם טובת הנאה מינית. הכפיפות של הנתונים למרותם של כאלה מעמידה אותם במצוקה אמיתית, ולא אחת ירכינו ראש ולמורת רוחם ישלימו עם התנהגות כזו שלא זו בלבד שיש בה פסול וטעם לפגם, אלא שיש בה כדי להשפיל את האדם בו מבוצע המעשה ולפגוע פגיעה קשה בכבודו ובצנעת פרטיותו.<sup>84</sup>

בהמשך הביא השופט זמיר גם מדבריו שלו עצמו בפרשת בן אשר: 'כיום מן המוסכמות הוא בישראל כמו במדינות אחרות שהטרדה מינית מעבר לנזק החומרי שהיא עלולה לגרום, פוגעת בכבוד האדם'.<sup>85</sup>

84 שם (ההרגשה הוספה).

85 שם, בעמ' 708. בהמשך פסק הדין סיכם השופט וקבע:

בדרך כלל עבירות משמעת פוגעות בתפקוד ובתדמית של השירות הציבורי. כך גם הטרדה מינית במקום העבודה שהיא מעכירה את האווירה ומשבשת את יחסי העבודה, ולכן היא פוגעת בהכרח בתפקוד התקין ובתדמית הראויה של השירות. אך מעבר לכך, ההטרדה המינית פוגעת גם באופן אישי בשותפים לעבודה. לא פעם פגיעה קשה ולעיתים קרובות דווקא בעובדים פגיעים במיוחד, מחמת דרגה נמוכה או מעמד רופף במקום העבודה, או מחמת סיבה אחרת.

שם, בעמ' 710.

זאת ועוד: גם כשהזכיר בית המשפט במפורש כי מדובר בתופעה המכוונת בעיקר נגד נשים, הדיון במשמעותה של הטרדה זו נותר ברמה כללית ונייטרלית הן מבחינת מהות הפגיעה שהוגדרה כ'התנהגות גסה ומשפילה במיוחד' והן מבחינת מהות הנפגע – 'האדם'. באופן ספציפי נקבע בהקשר זה:

להבדיל מהטרדה מינית של אשה אחת, שיכולה אולי להיות מתורצת במשיכה מיוחדת לאותה אשה, אולי אפילו כנסיון (אמנם בלתי ראוי) לחיזור, הטרדה מינית של ארבע נשים בזו אחר זו, ואולי אפילו זו וזו ברזמנית, היא כבר שיטה של הטרדה מינית. גם אם כל מקרה של הטרדה כזאת, שבא לידי ביטוי בחיבוק או נשיקה או אמירה מינית, אינו מקרה חמור, הצירוף של המקרים, האחד רודף את השני, עושה את הטרדה המינית התנהגות גסה ומשפילה במיוחד: לא נותר בה מאום מקירבה רגשית וחיבה נפשית, אלא כולה ביזוי של האדם כמכשיר לגירוי וסיפוק מיני.<sup>86</sup>

מפרספקטיבה פמיניסטית ניתן כמובן להסכים למסקנה כי שיטה של הטרדה מינית כנגד כמה נשים באותו מקום עבודה היא חמורה יותר מהטרדה של אשה אחת, אולם הטעם לכך אינו רק כי מדובר בהתנהגות 'גסה ומשפילה במיוחד'; הוא אף אינו מתמצה רק ב'ביזוי האדם כמכשיר לסיפוק מיני'. שיטה של הטרדה מינית נגד כמה נשים בעת ובעונה אחת מחדדת את הפן המגדרי של התופעה. פגיעתה קשה במיוחד לא רק בשל הפגיעה האינדיבידואלית המצטברת, אלא גם בשל השלכותיה הרחבות על מעמדן של נשים כקבוצה. יתרה מזו: גם בהקשר האישי ראוי להבחין בכך שלא מדובר סתם בפגיעה ב'אדם' אלא פגיעה באשה בשל היותה אשה – פגיעה החורגת כאמור מעצם ביזויה והשפלתה, משפיעה על התנהלותה החופשית במקום העבודה ופוגעת בשוויון ההזדמנויות שלה. ללא תוספת מבהירה ומשלימה זו, המסר היוצא מפסק הדין לוקה אפוא בחסר. כמו כן, בית המשפט חזר והדגיש את אופייה המיני דווקא של ההטרדה, תוך שהחיל על הסיטואציה מדרג של חומרה המבחין בין הטרדה קלה (הטרדה מינית

מילולית) לבין הטרדה חמורה (הטרדה מינית הכוללת יסוד פיזי). באופן כללי הסביר השופט: 'הטרדה מינית כעבירת משמעת, כוללת צורות שונות ומשונות של התנהגות פסולה שיש לה אופי מיני. יש בהן בקצה אחד, צורות קלות מבחינת הפסול המוסרי והפגיעה בקורבן, ויש בהן בקצה השני צורות חמורות מבחינה זאת'.<sup>87</sup>

אם כן, על פי מדרג פנימי זה של חומרה סווגו מעשיו הפיזיים בעיקרם של ברוכין בצד המחמיר של ההטרדה המינית, ומכיוון שכך החליט השופט בסיכום פסק הדין להתערב בעונש המקורי שהוטל על ברוכין ולהחמיר אותו על ידי פיטוריו מן השירות הציבורי, שכן העונש הקל נתפס ככזה שאינו מגן באופן ראוי על כבוד האדם, והוא אינו מרתיע באופן מספיק מפני פגיעה בכבוד.<sup>88</sup> מסגרת זו של ניתוח ראוייה עם זאת לביקורת, שכן ניתן להטיל ספק במדרג החומרה שהיא מאמצת ומחילה. גם אם נקבל ללא ערעור את ההנחה כי בהטרדה מינית מתקיים יסוד של ביזוי והשפלה, וכי לעתים פגיעתה של ההטרדה הפיזית היא קשה וחמורה, אין להתעלם מהעובדה שפוגענותה של ההטרדה המינית היא רחבה יותר – הן במישור האינדיבידואלי וודאי במישור המגדרי-קבוצתי. הטרדה מינית הופכת לעתים את סביבת העבודה של נשים לבלתי-נסבלת; היא גורעת מיכולתן להתנהל באופן אוטונומי וחופשי במרחב הציבורי, וכתוצאה מכך פוגעת בזכותן ליהנות משוויון הזדמנויות אמיתי בעבודה. מפרספקטיבה זו של פגיעה באוטונומיה ובשוויון נראה כי עוצמת פגיעתה של ההטרדה אינה תלויה בהכרח בהיבטיה הפיזיים; יתרה מזו: מילים יכולות להשפיל, לבזות ולרמוס את האשה בעוצמה שאינה זניחה כלל ועיקר ואין להניח כי פגיעתן תמיד קלה ביחס למחוות פיזיות כאלה או אחרות. בנסיבות אלה נראה כי הערות מילוליות מיניות או עוינות כלפי אשה בשל היותה אשה, החותרות דרך קבע תחת סמכותה וכישוריה המקצועיים או מכפיפות אותה לתפיסות סטראוטיפיות פוגעניות ביחס לנשים או לנשיות, יכולות לעיתים להיות חמורות יותר – או לפחות במידה שווה – כמו אקט פיזי של נגיעה גופנית כזו או אחרת, מבחינת פגיעתן באוטונומיה של האשה, במעמדה במקום העבודה או אפילו בכבודה

87 שם, בעמ' 709.

88 שם, בעמ' 720.

כאדם. הטרדה מינית מילולית אינה יכולה אפוא באופן אוטומטי להיות מסווגת ככזו הנופלת בצד הקל של מקרי ההטרדה המינית, גם אם ביטויים מסוימים של הטרדה פיזית הם פוגעניים יותר מביטויים מסוימים של הטרדה מילולית.

זאת ועוד: ניתן להוסיף ולטעון כי מסגרת ניתוח כמו זו שהוצגה בפרשת ברוכין, הגוזרת את עיקר החומרה של ההטרדה המינית מעצם העובדה שמצוי בה יסוד פיזי כלשהו, שואבת – לפחות במידה מסוימת – מתפיסת כבוד פטרנליסטית הרואה בנגיעה בגופה של האשה את חילול כבודה הבוטה והמשמעותי ביותר, וכזו הפוגעת יותר מכל במוסר הציבורי. בהתאם לכך, הצורך לגונן על האשה מפני פגיעה כזו בכבודה נתפס כרחוק והכרחי יותר בהשוואה לפגיעות פחותות בכבוד האשה, המצויות במישור המילולי בלבד. מבחינה זו ניתן אפוא לטעון כי רציונל זה של ניתוח מהווה למעשה נדבך נוסף במסגרת הניתוח המוסרנית שגובשה בפרשת גלילי. שם כמו כאן הוגדרה בסופו של דבר שאלת הפגיעה באשה גם מתוך פרספקטיבה פטרנליסטית מגוננת, המסיגה את הדיון בהטרדה מינית לאפיקים מסורתיים, העומדים בסתירה לרציונל המהותי מתוכו צמח מלכתחילה הדיון הפמיניסטי המשפטי בהטרדה מינית.

מגמות סותרות אלה של הפסיקה בעניין הטרדה מינית, החושפות ומציגות בה בעת תפיסות מוסרניות מסורתיות ביחס לנשים ונשיות לצד שיח ליברלי מודרני של 'כבוד האדם', באות לידי ביטוי גם בפרשת ישראל פודלובסקי.<sup>89</sup> פרשה זו עסקה בעניינו של מי שהיה מנהל הלשכה להכוונת חיילים משוחררים, והתחזה בפני חיילות שהיו כפופות לו לסקסולוג תוך שהוא מעודד אותן לדבר על חי המין שלהן, מספר בפניהן בדיחות גסות ומתבטא באופן מיני. בית המשפט קבע כי מעשיו של המערער 'מהווים ללא ספק פגיעה בכבודן של החיילות',<sup>90</sup> והבהיר כי 'ביטויים מיניים בוטים הפוגעים בכבודן של נשים, בייחוד כאלו הנאמרים בפני חיילות צעירות המתמודדות עם עולם חדש ועומדות מול כוח וסמכות של הייררכיה פיקודית, הם תופעה חמורה'.<sup>91</sup> עוד הוסיף בית המשפט וקבע ש'צירית מצג ותנאים שהביאו את החיילות לשוחח עימו על חי

89 ע"מ 5771/01 פודלובסקי נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נו(1) 463, 478.

90 שם.

91 שם, בעמ' 480.

המין שלהן, כל אלה יצרו במשרד אווירה בוטה וגסה שפגעה בכבוד האדם של החיילות ששהו במחיצתו.<sup>92</sup> חשוב לציין שהחיילות שהוטרדו כונו על ידי בית המשפט לאורך פסק הדין גם 'בנות',<sup>93</sup> 'נערות' ו'נערות צעירות',<sup>94</sup> תוך שבית המשפט יוצר באופן כזה זיהוי משתמע דומה לזה שנעשה בפרשת גלילי – בין גילן הצעיר של המוטרדות לבין עוצמת פגיעתה של ההטרדה המינית. שיקולים של שוויון מגדרי ושאלות הנוגעות למעמדן של נשים בצבא נותרו אפוא גם כאן לחלוטין מחוץ לדין השיפוטי. יתרה מזו: כמו בפרשת ברוכין, גם בפרשה זו נותרה ההטרדה המינית תופעה אינדיבידואלית נגד חיילות מסוימות, שעיקר פגיעתה הייתה לפיכך 'יצירת אווירה בוטה וגסה',<sup>95</sup> ש'פגעה בכבוד האדם'<sup>96</sup> של החיילות ששהו במחיצתו של המטריד. זאת ועוד: ההטרדה עצמה, שלבשה במקרה הספציפי אופי מיני מובהק, קושרה בפסק הדין לתכליתו העקרונית של החוק למניעת הטרדה מינית, שמטרתו הוצגה בהקשר זה כהטלת איסור על התנהגויות וביטויים בעלי תוכן מיני. באופן ספציפי הסביר בית המשפט כי מההגדרה של הטרדה מינית המעוגנת בחוק 'עולה כי המחוקק ביקש ליצור טווח רחב של מקרים בהם התייחסויות בעלות אופי מיני ייחשבו להטרדה מינית'.<sup>97</sup> בית המשפט אף חזר ואישש את מדרג החומרה שנקבע בפרשת ברוכין, אלא שבניגוד לברוכין, שמעשיו מוקמו בצד החמור של מקרי ההטרדה המינית בשל ביטויים הפיזי, מוקם פודלובסקי בצד הקל של מקרי ההטרדה המינית בשל כך שעיקר ביטויים היה מילולי.<sup>98</sup>

שם	92
שם, בעמ' 477.	93
שם, בעמ' 478.	94
שם, בעמ' 480.	95
שם.	96
שם, בעמ' 473.	97
בכך אימץ בית המשפט את מסקנתו של בית הדין למשמעת, שדן ראשון בעניינו של פודלובסקי וקבע:	98

בית הדין מוכן להסכים כי המעשים אשר קבענו לגביהם שהיו בעלי אופי מיני – המצג כפסיכולוג וסקסולוג, והאמון שנוצר בעקבותיו וגילוי הלב האינטימי וההתייחסויות המילוליות למי ששירתו בלשכה או עברו בה, שנעשו בהקשרים

לאור הדברים הללו גזר בית הדין המשמעתי על פודלובסקי עונש קל בהרבה מזה שנגזר על ברוכין. פודלובסקי ננוף, משכורת אחת שלו הופקעה, הוא הורד בדרגה למשך שנה והועבר מתפקידו למשך שנה. בית המשפט העליון אישר גזר דין זה וקיבל כאמור באופן עקרוני את מה שנתפס כמסקנה מאוזנת שלפיה 'מעשיו של המערער אינם מצויים בצד החמור ביותר של קשת מעשי ההטרדה המינית',<sup>99</sup> ולכן 'אין להחמיר עם המערער במידה שהחמירו במקרים של מעשי הטרדה מינית שנלוו להם מעשים פיזיים'.<sup>100</sup>

תיקון מסוים לדברים הללו מצוי בפסק הדין בעניינו של שחר לוי,<sup>101</sup> שם הצהירה השופטת ביניש על הצורך העקרוני להציב את ההטרדה המינית המיילית בדרגת חומרה שווה להטרדה הפיזית. גם בפרשה זו דובר בעניינו של בכיר במשרד הביטחון, שהדיון המשפטי בעניינו התמקד בהטרדה המינית של חיילת ששירתה בחטיבת התקשורת של משרד הביטחון שבראשה עמד הנאשם. החיילת נשארה לעבוד בחטיבת התקשורת גם לאחר שחרורה מצה"ל, ואירועי ההטרדה כלפיה – שהשתרעו על פני כל תקופת עבודתה – כללו הן הטרדה בביתה והן הטרדה במשך שעות העבודה.<sup>102</sup> בית הדין למשמעת הרשיע את לוי

מיניים מובהקים המהווים הטרדה מינית, אינם עומדים בסקאלה העליונה של עבירות מין. מידת ונסיבות כישלוננו של הנאשם בהתנהגותו האמורה נעוץ במיוחד בכך, שאלה נעשו כלפי או בנוכחות חיילות צעירות שהוצבו לשרת בלשכת ההכוונה מכוה צו, שלא על פי בחירתן החופשית, כאשר הנאשם נתן דרור מילולי לסוג זה או אחר של יצרים [...] בית הדין אינו מקבל את גישת התביעה כי קיים דמיון בחומרת המעשים בין הפרשות של ברוכין וזרזר ובין הנאשם דנן. מעשיו של הנאשם קלים מאלה של השניים הנ"ל, כאשר מעשיו של הנאשם לא עברו את המחסום המילולי, לעברם של מעשים פיזיים או הצעות מיניות.

תיק בר"מ 99/00, סעיפים ב' ו-ה' לגזר הדין (ניתן ביום 19 ביוני 2001).

99 עניין פודלובסקי, הערה 89 לעיל, בעמ' 480.

100 שם.

101 עש"מ 7113/02 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד נז(3) 817.

102 שחר לוי נהג להעיר לאותה עובדת בעלות אופי מיני ולשאול אותה שאלות אינטימיות. כך, למשל, נהג לוי להתקשר אליה בעת שעבדה במשמרת לילה ולשאול אותה שאלות כגון: 'מה את לובשת?', 'האם את כמיטה?' וכיוצא באלה. הערות דומות



בכל האישומים שיוחסו לו ביחס לאותה עובדת וגזר עליו עונש של נזיפה, הפקעת משכורת אחת, הקפאת דרגה למשך שנתיים וכן העברתו מתפקידו לתפקיד אחר במשרד הביטחון למשך שלוש שנים. בערעור על ההרשעה ועל העונש לבית המשפט העליון, שהגישו הן לוי והן המדינה, הגיעה השופטת ביניש למסקנה כי יש להחמיר בעונשו של המערער והורתה על פיטוריו משירות המדינה. חשובה במיוחד בהקשר זה מסקנתה ביחסי למידת חומרתה של ההטרדה – המילולית בעיקרה – שהופנתה כלפי המתלוננת המרכזית בפרשה:

הטרדה מילולית עשויה להיות חמורה לא פחות מהטרדה פיזית, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בנסיבות העניין נהג המערער לנצל את מרותו על המתלוננת ואת חובתה לדווח לו על עבודתה כאחראית משמרת לילה [...] בנסיבות אלה מתבקשת המסקנה כי יש להתייחס בחומרה להטרדה המינית של המתלוננת א' על ידי המערער, אף אם נשאה בעיקרה אופי מילולי.

מסקנה זו היא מסקנה חשובה, המנסה לשרטט באופן שונה וראוי יותר מדד להערכת חומרתה של ההטרדה המינית. עם זאת, קריאה שלמה של פסק הדין מגלה כי מהלך זה אינו שלם, ובסופו של דבר הוא הותיר על כנם – ואף שעתק – חלק ניכר מאדני הניתוח הבלתי-ראויים של תופעת ההטרדה המינית שהתגבשו בפסיקה קודמת. לאחר שהבהירה את עצם החומרה שהייתה טמונה בהטרדתה

---

נהג להפנות אליה כשניסתה, בהתאם לחובה שהייתה מוטלת עליה, להעביר לו דיווח מסכם על המשמרת שעליה הייתה אחראית. בהזדמנויות אחרות שאל הנאשם את המתלוננת על יחסיה עם החבר שלה ואף התקשר לביתה כשהייתה חולה והפנה אליה הערות והצעות מיניות. בין היתר שאל שחר לוי את המוטרדת 'מה היחסים עם החבר שלך?' ואמר לה 'את נראית יפה מאד, לא נראה שעברת כל הלילה', 'מה, אסור לי להסתכל?', 'את יפה' ועוד. כאשר התקשר לביתה שאל אם היא לובשת פיג'מה סקסית וכן 'מה את עושה הערב?', והוסיף 'אני מאוד רוצה להזמין לני חדר בכפר המכביה, שם יש מלון ונלך לג'קוזי ויעשו לנו מסאז'. כמו כן, כאשר הגיעה המתלוננת עם שמלה לעבודה והוא הבחין בקעקוע על גבה, ליטף את הקעקוע באומרו 'איזה יפה זה'. כאשר נודע לו שאותה עובדת רוצה להתלונן נגדו ניסה להניא אותה מכך תוך שהפעיל עליה לחץ במישרין ובאמצעות עובדים אחרים שהיו כפופים לו, אותם רתם למשימה.

המילולית של המתלוננת, עיקרה השופטת מסקנה זו במידה מסוימת כשהוסיפה: 'החמור מכל הוא שהמערער היה מדוע לפגיעותה היתרה של א', נוכח המחלה עימה התמודדה בעברה, ובכל זאת לא נמנע מהפניית אמירות מיניות כלפיה'.<sup>103</sup> הנה כי כן, בסופו של דבר לב החומרה שבהתנהגותו של המערער נתפס ומוצג כמצוי בנסיבותיה המיוחדות של אותה מתלוננת ובפגיעותה האינדיבידואלית. בעובדה זו יש כדי לעקר, לפחות במידה מסוימת, את המסר החד-משמעי שפסק הדין צריך היה להעביר ביחס לחומרה הטמונה בהטרדה מילולית של עובדת זוטרה במקום עבודה גברי והיררכי – חומרה הנובעת בעיקר מחוסר-יכולת לבסס את מעמדה במקום העבודה על בסיס כישוריה המקצועיים ולבנות לעצמה זהות מקצועית משמעותית בעלת מעמד וכוח כלכלי. כפי שמתברר מפסק הדין, בכל פעם שניסתה החיילת להפגין את כישוריה המקצועיים – אם בתפקידה כאחראית משמרת בלילה ואם כשניסתה לרווח לממונה שלה על המשמרת שעברה כמתחייב מתפקידה – נותבה האינטראקציה ביניהם לפסים מיניים, תוך שמיניותה וזהותה המינית של העובדת נהפכים לקריטריון המרכזי להגדרתה ולהערכתה במקום העבודה. נוסף על כך, מקריאת פסק הדין מתברר כי הכפפתה של החיילת באופן קבוע ומתמשך לסביבת עבודה עוינת הביאה בסופו של דבר לכך שנאלצה לעזוב את משרד הביטחון, לאחר שלא יכלה לשאת יותר את סביבת העבודה העוינת. מה שיכול היה להסתמן כתהליך של העצמה, שבמסגרתו חיילת מגיעה למקום עבודה יוקרתי כמו משרד הביטחון, ומכוח שירותה הצבאי זוכה לעבודה נחשקת באותו מקום עבודה לאחר סיומו של השירות הצבאי ומכוחו – הסתיים אפוא כתהליך של הרחקה, שבמסגרתו לא רק שנרמסה זהותה המקצועית אלא היא אף איבדה את מקום העבודה, תוך שהפערים ביחסי הכוח המגדריים רק הלכו והתרחבו.

השופטת ביניש אמנם אזכרה בפסק הדין את העובדה שהמתלוננת עזבה בסופו של דבר את עבודתה, אולם היא לא עמדה על משמעותה המגדרית של עובדה זו. כאמור, כפי שציינתי לעיל, הטרדה מינית של נשים משיגה לעתים

103 שם, בעמ' 845. במקום אחר בפסק הדין הובהר פשרה של אותה מחלה, כשבית המשפט ציין כי 'א' סבלה בצעירותה ממחלת האנורקסיה, בגינה נזקקה לטיפול נפשי ותרופתי בגיל 14'.

קרובות תוצאה זו, בעיקר ביחס לנשים המנסות להשתלב במקומות עבודה 'גבריים'. ללא התייחסות לעובדה זו בהקשרה של פרשת לוי נעלמת אם כן לגמרי משמעותו של אי-השוויון והריבוד ההיררכי המגדרי שפרקטיקה כזו יוצרת ומנציחה. עצם אזכורו של עקרון השוויון פעם אחת לאורך פסק הדין<sup>104</sup> אינו משנה מסקנה זו, שכן ללא הבהרה והסבר של מידת הרלבנטיות של המושג לדין בפרשה, נותר האזכור לבדו תלוש ובלתי-מובן.

אבדן דומה של היבט חוסר-השוויון המגדרי הגלום בהטרדה המינית ניתן לזהות גם בפרשת אליעזר זרזר,<sup>105</sup> החוזרת ומסיטה את הדיון בסוגיה לאפיקים המוסרניים המסורתיים. זרזר, שבמשך שנים רבות היה ראש ענף תלונות הציבור וחוקר ראשי במשרד התחבורה, הואשם והורשע בביצוע מעשה מגונה באשה שהגיעה למשרדו כדי להגיש תלונה נגד נהג מונית.<sup>106</sup> בית הדין למשמעת גזר עליו עונש של פיטורים משירות המדינה והסביר:

במקום למלא את תפקידו באמונה ולכרר את תלונת המתלוננת לגופה במסגרת זרוע אכיפת החוק של המדינה, עשה פלסטר את תפקידו ונתן דרור ליצריו, תוך ביצוע מעשים בגופה של המתלוננת, אשר נחשבים כיום הטרדה מינית.<sup>107</sup>

ובהמשך: 'בית הדין הגיע לכלל מסקנה כי, בהוצאתו של הנאשם משירות המדינה, תבוא לידי ביטוי התכלית העיקרית של אמצעי משמעת – שמירה על תדמיתו וטוהר מידותיו של השירות הציבורי'.<sup>108</sup>

- 104 בשלב כלשהו בפסק הדין ציינה השופטת וקבעה: 'אין ספק כי התבטאויותיו של המערער כלפי המתלוננת א' היו מבזות על פי טיבן, נוכח התייחסותן למתלוננת כאל אוביקט מיני באופן שפגע בזכותה לכבוד ולשוויון'. שם.
- 105 עש"מ 309/01 זרזר נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נה(2) 830.
- 106 על פי העובדות המפורטות בפסק הדין, 'במהלך מסירת התלונה ניגש המערער אל המתלוננת, חיבק אותה, ליטף את גבה, נשק לה על לחיה, ושאלה האם היא רוצה לפתור עימו תשבצים ואם אפשר להתחיל אתה'. שם, בעמ' 832.
- 107 מצוטט בפסק דינו של בית המשפט העליון, שם, בעמ' 833 (ההדגשות הוספו).
- 108 שם (ההדגשה הוספה).

בית המשפט העליון, מפי השופט זמיר, הביא דברים אלו של בית הדין כלשונם וללא ערעור בגוף פסק הדין, והצטרף למסקנה כי מקרה זה נמנה עם המקרים החמורים של הטרדה מינית שבהם יש לנקוט פיטורים. זרזר נענש אפוא בעיקר על כך שנתן 'דרור ליצריו' בנוכחותה של המתלוננת ובכך פגע 'בטוהר מידותיו' של השירות הציבורי; משמע: עיקר הפגיעה והנזק שבאירוע זה של הטרדה מינית נתפסו כאילו מנקודת ראותה של המתלוננת הספציפית הם מתמצים בעצם הכפפתה להתנהגות מינית בלתי-רצויה – וכאילו מנקודת ראות ציבורית רחבה יותר הם מהווים חריגה מטוהר מידות מקובל. תפיסה זו ממחישה כיצד בסופו של דבר ברובד הגלוי או הסמוי של פסקי הדין השונים מצוי הניסיון של בית המשפט לגונן על נשים הגונות ותמות מפני גברים הנותנים בנוכחותן דרור ליצריהם המיניים. חשיפתה של האשה לגילוי זה של יצר מיני לכשעצמה נתפסת ומוצגת כלב הפגיעה בה, מבלי שבית המשפט מנסה להבהיר את משמעותה של פגיעה זו בהקשר רחב יותר של יחסי כוח ואי-שוויון בין נשים לגברים. אם כן, מחויבותו של השירות הציבורי לקידום עקרון השוויון בין המינים, והפגיעה הקשה ביכולתן של נשים לנוע בחופשיות ובאוטונומיה מלאה בספירה הציבורית כתוצאה ממקרים כאלה של הטרדה מינית, לא קיבלו שום התייחסות בפסק הדין. גם בהקשר זה התשובה שנותן פסק הדין לשאלה מדוע הטרדה מינית היא תופעה כה חמורה חושפת אפוא תפיסה מסורתית ביחס לקשר בין מין לבין מוסר לבין כבודן של נשים.

מסגרת ניתוח דומה מצויה גם בפסק הדין בעניינו של אליעזר חמני, שהיה סגן החשב במשרד הדתות עד לפרישתו לגמלאות.<sup>109</sup> במשך שנים רבות נהג חמני להכפיף עובדת שהייתה תחת מרותו למעשים ולהתבטאויות בעלי אופי מיני, אולם בית הדין למשמעת קבע כי מדובר בהתנהגות שאינה מהווה הטרדה מינית משום שהייתה חלק ממערכת יחסים קרובה בין הנאשם למתלוננת, שלדעת בית הדין שיתפה עמה פעולה. במקום להרשיע את חמני בהטרדה מינית הרשיע אותו אפוא בית הדין בעבירה של פגיעה בשמו הטוב ובתדמיתו של שירות המדינה; רק ביחס לאירוע ספציפי אחד הסיק בית הדין כי יש להרשיע את חמני בעברה של הטרדה מינית. היה זה אירוע שהתרחש בפרוודור בעת שהמתלוננת שוחחה

109 עש"מ 2168/01 חמני נ' נציבות שרות המדינה, פ"ד נה(5) 949.

עם עובדת אחרת. על פי תיאורו של בית המשפט העליון, חמני 'תפס בידו את שדה ואמר לה שהוא אוהב את זה. המתלוננת הכתה את המערער על ידו וביקשה שיחדל ממעשיו. המערער הסיר ידו משדה של המתלוננת ולאחר מכן נגע באיבר מינה מעל שמלתה'.<sup>110</sup> ביחס לאירוע הזה קבע בית הדין כי הוא היה 'חריג ויוצא דופן גם באותה מערכת יחסים קרובה'.<sup>111</sup> בית המשפט העליון, שנדרש לפרשה בעקבות ערעורו של חמני, הותיר – אם כי לא בלי היסוס – את מסקנות בית הדין על כנן.<sup>112</sup> התוצאה היא אפוא כי עיקר הפסול בהתנהגותו של חמני הוגדר כמונחים של פגיעה בתדמיתו ובשמו הטוב של שירות המדינה. בית המשפט העליון הוסיף וציין בהקשר זה:

התנהגות במקום העבודה המאופיינת בהערות מיניות בעלות אופי מיני, במעשים גלויים בעלי אופי מיני, בנגיעות ובמעשים המבוצעים בפומבי ועל דרך השגרה בעובדת במקום עבודתה, היא התנהגות שיש בה יצירת אווירה בלתי הולמת את שירות המדינה [...] אף עדי ההגנה מטעם המערער העידו על סביבת העבודה החופשית ששררה במשרד וכללה שיחות על נושאי מין ובדיחות גסות. הגיעו הדברים כדי כך שמנהל המזנון זה שנים התבטא בעדותו כי 'כמעט לא להאמין שזה משרד הדתות'.<sup>113</sup>

מן הדברים הללו עולה ניחוח מסוים של שיפוט מוסרני הקושר בין התנהגות מינית פומבית לכשעצמה לבין פגיעה בנורמות מוסריות ציבוריות. שמו הטוב ותדמיתו של שירות המדינה, כמו שמו הטוב ותדמיתו של צה"ל בפרשת גלילי, הפכו אפוא למרכז הדיון בעניין חמני, תוך שעצם ביטוייה של המיניות במרחב הציבורי – ללא קשר לנסיבותיה – מוצגת ונתפסת כעיקר הבעיה. היינו: במקום

110 שם, בעמ' 951.

111 שם, בעמ' 952.

112 בית המשפט ציין בהקשר זה כי ניתן היה להטיל ספק בהנחת ההסכמה שעליה התבסס הניתוח של חלק ניכר מאירועי ההטרדה, שכן המתלוננת עצמה העידה כי פחדה מהמטריד וכי תלונותיה נגדו במשך השנים לא טופלו. שם, בעמ' 959.

113 שם, בעמ' 960.

לבחון באופן ביקורתי את יחסי הכוחות בין חמני – בכיר רכיכוח במשרד הדתות – לבין אותה עובדת זוטרה, ובמקום לנתח את מהותם ואת תוצאתם של מעשי ההטרדה בהקשר זה – הסתפקו בתי המשפט השונים בדיון על מין ומוסר, שבמסגרתו הגינוי המשפטי והציבורי של ההתנהגות הנדונה התמקד בתוכנה המיני ולא בהקשרה המגדרי. הדברים הללו נכונים במיוחד ביחס לניתוח האירוע שביחס אליו לא הייתה מחלוקת כי היווה הטרדה מינית. בית המשפט העליון ציטט בהקשר זה בהסכמה את דברי בית הדין למשמעת:

האירוע שנתרחש בתאריך 4.2.96 בפרוודור של משרד הדתות היה חריג ויוצא דופן גם באותה מערכת יחסים קרובה. להתרחשות לא קדם שום שיח אינטימי או נגיעות של קרבה, ובנוסף בהיבט של עוצמת הפגיעה הוא היה יוצא דופן; הנגיעה באיברים האינטימיים – השד השמאלי ואיבר המין, והאמירות שבאו בעקבות המגע, גם אם המגע היה קצר וחולף כהרף עין, ואף אם המגע היה מעל בגדיה של המתלוננת, בית הדין קובע כי לאותה פגיעה בגופה ובכבודה של המתלוננת שפגיעתם היתה בפרהסיא, לא נתנה המתלוננת הסכמה [...] <sup>114</sup>

אם כן, את יסוד החומרה המיוחד באירוע זה מצא בית הדין, בין היתר, בפומביות של האירוע ובמיוחד בעובדה שהיה לו ממד פיזי ומיני מובהק. הנגיעה באיברים האינטימיים, גם אם חד-פעמית וקלה, נתפסה מנקודת ראות זו כמבטאת פגיעה יוצאת-דופן בהשוואה לשאר האירועים שהתרחשו בפרשה זו ובהשוואה לתופעות אחרות של הטרדה מינית בכלל. היטיבה לכטא עמדה זו באת-כוח המדינה, שטענה בתשובתה לערעור בבית המשפט העליון כי האירוע של הנגיעה באיברים האינטימיים מהווה 'הטרדה מינית' בצורתה הבוטה והמובהקת ביותר'. <sup>115</sup> היה זה אפוא יישום נוסף של מדרג החומרה שנקבע בפרשת ברוכין והוחל בהמשך גם בפרשות אחרות. חומרתה של ההטרדה נגזרה באופן בלעדי מהממד

114 שם, בעמ' 957 (ההדגשה הוספה).

115 מצוטט בפסק הדין, שם, בעמ' 953.

הפיזי שבה, תוך שעצם הנגיעה האינטימית בגוף האשה נתפס והוצג כמבטא את תמצית הפגיעה בה.

חשוב לציין, שהקשיים הללו ביחס למאפיינים של מסגרת הניתוח שאימץ בית המשפט העליון בדונו בהטרדה מינית, שבים וצפים גם בפסיקה מהעת האחרונה ממש. יתרה מזו: נראה שככל שנוקפות השנים הקשיים הללו מעמיקים ומחדדים את היבטיו הבעייתיים של החוק ושל הפרשנות שנוצקה לסעיפיו השונים. כך, למשל, אם בפרשת בן אשר ובפרשות הסמוכות לה עוד קיבל עקרון השוויון התייחסות ואזכור כיסוד רלבנטי להבנה ולניתוח התופעה לצד מושג הכבוד, בפסיקה העכשווית יסוד זה נעלם לחלוטין ממסגרת הדין. אמנם, פה ושם בית המשפט עוד מצטט את דברי ההסבר של החוק, הכוללים התייחסות גם לעקרון השוויון, אך ברמה המהותית של הניתוח נותר מושג הכבוד יחידי בזירה שבה נדונה משמעותה ופגיעתה של ההטרדה המינית.<sup>116</sup> זהו מצב הדברים בפרשת בצון,<sup>117</sup> וזהו המצב גם בעניינם של טאפידו,<sup>118</sup> שמיאן<sup>119</sup> וכהן<sup>120</sup> – כולם בעלי מעמד בשירות המדינה שהטרידו נשים שהיו כפופות להם ובעלות מעמד נמוך משלהם במקום העבודה.

קושי נוסף המתעצם ומתחדד עקב פסיקת בית המשפט העליון מהעת האחרונה הוא הדגשת יסוד המיניות של ההטרדה. המבחן לקיומה של הטרדה מינית נהפך בהקשר זה למבחן התוכן והמוטיבציה; היינו: בית המשפט שואל את עצמו ביחס לכל מקרה נתון של הטרדה אם תוכנה היה מיני ואם היא נבעה ממוטיבציה מינית, מבלי שתיבחן בהקשר זה משמעותה של ההטרדה במקרה נתון, המוטיבציה המגדרית הרחבה ביותר העומדת ביסודה, או השפעתה ותוצאותיה של ההטרדה על סביבת העבודה של המוטרת. ביטוי מוקצן לכך

116 לאחרונה היטיבה לבטא עמדה זו השופטת בייניש: 'הכבוד והאוטונומיה של האדם הם אפוא הערכים העיקריים עליהם בא החוק למניעת הטרדה מינית להגן'; עש"מ 4790/04 מדינת ישראל נ' בן חיים (לא פורסם, 2 במאי 2005).

117 עש"מ 10088/02 בצון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23 בפברואר 2003).

118 עש"מ 1599/03 טאפידו נ' נציבות שירות המדינה (לא פורסם, 16 בדצמבר 2003).

119 עש"מ 2868/04 שמיאן נ' נציבות שירות המדינה (לא פורסם, 4 ביולי 2004).

120 עש"מ 6920/03 כהן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 16 בפברואר 2004).

ניתן למצוא למשל בפרשת בן דוד,<sup>121</sup> מפקח שומה בכיר באגף מיסוי המקרקעין במשרד האוצר, שהואשם בהטרדתן המינית של שלוש עובדות באגף ובהתנהגות שאינה הולמת עובד מדינה. ביחס לאחד האישומים קבע בית הדין למשמעת כי האירוע – שיתואר להלן – לא היווה הטרדה מינית ובית המשפט העליון אימץ מסקנה זו. באותו אירוע הואשם בן דוד כי לאחר אירוע חברתי של מקום העבודה הציע לאחת המתלוננות להסיעה לביתה. במהלך הנסיעה סטה בן דוד מן הדרך ונסע לחוף הים על אף התנגדותה של המתלוננת. בחוף הים עצר את המכוננית לכמה דקות, ולבסוף הסיע את המתלוננת לביתה. בית הדין זיכה את בן דוד מעבירה זו בנימוק 'כי לארוע לא היתה משמעות מינית, ולכן גם אם התנהגות המערער ראויה לגינוי במישור הבין-אישי, הרי שאין היא מגעת כדי עבירת משמעת'.<sup>122</sup>

ביחס לאירוע אחר, שבו אמר בן דוד לעובדת 'מטומטמת' ו'תעופי לי מהעיניים' ואיים לזרוק עליה שדכן סיכות, בן דוד כלל לא הואשם בהטרדה מינית אלא בעבירה של הפרת הנימוס בין עובדי המדינה.

אם כן, מרגע שמעשה הטרדה מסוים לא עמד בגדרו של הקריטריון הספציפי של תוכן או אופי מיני, הוציאו אותו הן בית הדין למשמעת והן בית המשפט העליון באופן אוטומטי מחוץ לגדר תחולתו של החוק, תוך שאיש מהשופטים לא ניסה לעורר שאלות רחבות יותר ביחס למשמעותם של מעשי הטרדה השונים ולבחון אם בשל המוטיבציה שעמדה ביסודם, או בשל התוצאות המפלות של פגיעה בסביבת העבודה שהן כפו על נשים דווקא באותו מקום עבודה, ניתן לסווג אותם כהטרדה על בסיס מין. מן הדברים הללו מתברר, אפוא, פעם נוספת כי הקושי שבצמצום הדיון בתופעה הרחבה של הטרדה מגדרית לדיון המתמקד בהטרדה בעלת תכנים מיניים בלבד הוא קושי מהותי. ההתמקדות בתוכנה המיני של ההטרדה מנתבת את הדיון בתופעה חברתית זו לאפיקים של מוטיבציה מינית ותשוקה מינית כלפי אשה זו או אחרת, ובכך מעלימה את יסוד העוינות כלפי נשים – שהוא דומיננטי לא פחות בהבהרת משמעותה של פרקטיקה זו. משמע, דיון זה שולל מראש את האפשרות להגדיר גילויים שונים של עוינות כלפי

121 עש"מ 882/03 בן דוד נ' נציבות שירות המדינה (לא פורסם, 8 ביולי 2003).

122 שם (ההדגשות הוספו).



נשים כהטרדה על בסיס מין, ומותר מחוץ למסגרת הניתוח והאכיפה המשפטית תופעות שונות של הטרדת נשים במקום העבודה, המהוות חלק מהותי ובלתי נפרד מהמציאות שהן חשופות אליה במרחב הציבורי.

### (ג) סיכום ביניים

כל פסקי הדין של בית המשפט העליון בסוגיית ההטרדה המינית עסקו בגברים בעלי מעמד שהטרידו נשים שהיו בעמדת חולשה, נחיתות או תלות בהם. האם יש משמעות מיוחדת לעובדה זו? ואם כן – כיצד היא משליכה על ניתוח תופעת ההטרדה המינית וכיצד היא קשורה אליו? הדיון בשתי שאלות אלו הוא הדיון שחסרונו מורגש יותר מכול בפסיקת בית המשפט העליון שנדונה לעיל. ביחס לצבא, למשל, הנתונים מלמדים שגם לאחר פרשת מילר נותר הצבא מוסד גברי המבוסס על היררכיה מגדרית מובהקת. היינו, נשים מאיישות בעיקר תפקידי מנהלה ואינן מצויות כמעט בכלל בקרב אלה המחזיקים בדרגות בכירות של השפעה, כוח ושליטה על עיצוב מדיניות וקבלת החלטות.<sup>123</sup> העובדה שלצידו של ניר גלילי, הקצין הבכיר, שירתה אשה כפקידת לשכתו היוותה אפוא שיקוף של מציאות מגדרית היררכית שהתקיימה ועדיין מתקיימת בצבא. באופן דומה, תמונת יחסי העבודה במשרד הביטחון ניזונה מאותה מציאות היררכית, כשתחת סמכותם של גברים בכירים ובעלי מעמד במערכת כמו עמוס ברוכין, ישראל פודלובסקי או שחר לוי משרתות נשים-חיילות בתפקידי פקידות. נשים אלה כפופות למרותם של הגברים הבכירים, ועיקר תפקידן מתמצה במתן שירותים זוטרים לגברים אלה. מציאות זו מזינה בתורה את הדימוי הנחות של נשים ואת יחסי הכפיפות בין לבין גברים. יתרה מזו: היא גם מזמינה ניצול ודיכוי, שהטרדה מינית היא

123 על פי נתונים שהוגשו לוועדה לקידום מעמד האשה בשנת 2002, שיעור הקצינות בצה"ל עמד שנת 2001 על 32% בדרגת סג"מ, 20% בדרגת סרן, 20% בדרגת רס"ן, 10% בדרגת סא"ל, 2% בדרגת אל"מ ו-2% בדרגת תא"ל. בצה"ל טרם הגיעה אשה לדרגת אלוף ומעלה. סקירה מפורטת של תמונת מצב ביחס לשירות נשים בצה"ל בשנים 1997-2002 ניתן למצוא באתר היהל"ן, הערה 76 לעיל. כמו כן ראו בהקשר זה גם דברים שאמרה סוזי יוגב, לשעבר קצינת ח"ן ראשית, ביום עיון שהוקדש לסוגיה; הדברים פורסמו בתוך ברוך נבו ויעל שור, 2001. נשים בצה"ל, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה וצה"ל: 42-49.

רק אחד הביטויים להם. כאשר ניצול ודיכוי אלה מתבצעים על פי פרמטרים מגדריים מובהקים נהפכת אפוא הסוגיה לבעיה קשה של הפליה קבוצתית נגד נשים. החירות היתרה שבה נהגו אותם גברים בגופן של אותן חיילות, וחירות הלשון שהפגינו כלפיהן תוך הכפפתן להערות מיניות וביטויים גסים, לא נבעו אפוא רק מאיזו סחבקיות גברית, גם אם לא ראויה; מדובר היה בתחושת חירות שנוולדת רק מתוך עמדת כוח ושליטה כלפי מי שכפוף לך ונתון למרותך. יתר על כן: עמדת כוח כזו היא בעלת מאפיינים קבוצתיים מובהקים ואינה מקרית או אינדיבידואלית. במילים אחרות: במצב של שוויון או היפוך ביחסי הכוח, הטרדה מינית לא הייתה יכולה להתפתח ולהתבסס כפרקטיקה המאפיינת את היחסים בין גברים לנשים. רק מציאות של היררכיה מגדרית ודומיננטיות גברית יכלה להוות כר פורה לגיבושה של התופעה בגירסתה המוכרת לנו.

חשוב לציין שמציאות כזו אינה מיוחדת למערכת הביטחון: בצבא ובמשרד הביטחון אנו מוצאים אמנם ביטוי קיצוני במיוחד שלה,<sup>124</sup> אולם הנתונים במשרדי הממשלה האחרים אינם מעודדים בהרבה. שירות המדינה אמנם עמוס נשים, אולם נוכחותן במערכת עומדת ביחס הפוך למידת בכירותם של הדרגה או התפקיד.<sup>125</sup> תמונה זו משקפת פחות או יותר את המציאות המגדרית המתקיימת בכל משרדי הממשלה, בכפוף לחריגים מעטים. הקשר בין מציאות זו של היררכיה מגדרית תעסוקתית לבין הטרדה מינית הוא קשר שיש אפוא לחפש –

124 בשנת 2002 היוו נשים 49% מעובדי משרד הביטחון. עם זאת, בכל דרגי הניהול הבכירים במשרד היוו הנשים מיעוט מבוטל. בדרגת משנה למנכ"ל כיהן גבר; בדרגת סמנכ"לים וראשי אגפים כיהנו 16 גברים ואשה אחת; בדרגת סגני ראשי אגפים כיהנו 32 גברים ושש נשים; בדרגת ראשי חטיבות כיהנו 137 גברים ו-37 נשים; בדרגת ראשי מערכות כיהנו 487 גברים ו-171 נשים. מבחינת דרגות שכר וותק נשים מהוות רק 16% מקרב אלה המצויים בארבע הדרגות הבכירות בדירוג המנהלי. ראו רבקה שקד ורינה ברקת, 2003. האגף לקידום נשים ושילובן – דו"ח פעילות לשנת 2002, ירושלים: נציבות שירות המדינה.

125 כך, למשל, נשים מהוות 64% מעובדי המדינה המועסקים במשרות תקניות. עם זאת, רובן המכריע (68%) מרוכזות בדרגות הנמוכות ביותר, ומיעוטן (2.5%) בשלוש הדרגות הגבוהות. אצל גברים ההתפלגות הכללית היא שונה: רק 47% מהגברים המועסקים במשרה תקנית בשירות המדינה מצויים בדרגה הנמוכה ביותר, ואילו 7% מהם מרוכזים בשלוש הדרגות הגבוהות; ראו שם.

ולמעשה לא קשה למצוא – גם מחוץ למערכת הביטחון. כך, למשל, בפרשת חמני, העובדה שהמטריד היה סגן החשב במשרד הדתות והמוטרדת עובדת הכפופה לו משתלבת גם היא ומתבארת על רקע המציאות המגדרית התעסוקתית בשירות המדינה. גם בפרשת זרור, העובדה שמי שהיה ראש ענף תלונות הציבור וחוקר ראשי במשרד התחבורה היה גבר דווקא, ומתוך עמדת כוח זו הטריד מינית מתלוננת שהגיעה ללשכתו, אינה נראית אם כן מקרית או טריביאלית: היא משתלבת באותו מבנה תעסוקתי, וכך גם בפרשות בצון, כהן או שמיאן, שמילאו כל אחד תפקיד בכיר בשירות המדינה בהשוואה לנשים שהטרידו, שהיו עובדות זוטרות במערכת וכפופות למרותם.

עוד חשוב לציין, שבית המשפט העליון חזר והדגיש אמנם בפסקי הדין השונים את החומרה המיוחדת הטמונה בהטרדה מינית המתבצעת כחלק ובמסגרת יחסי מרות – אולם מסקנה זו, החשובה לכשעצמה, נומקה ועוגנה בטעמים כלליים-נייטרליים ביחס לחולשתו היחסית של המוטרד בסיטואציה כזו. חולשתן היחסית הקבוצתית של נשים בשוק התעסוקה והקשר בינה לבין הטרדתן המינית נעלמו אם כן לחלוטין מן הדיון. השמטה זו של עקרון השוויון המגדרי מהדיון, והמרתה בשיח של פגיעה אינדיבידואלית בכבודה של מוטרדת כזו או אחרת, אינה אפוא סמנטית בלבד. היא יורדת לשורשו של העניין ומשנה את הדיון מיסודו. למעשה, היא מעלימה את ההקשר הקבוצתי שמתוכו צמח המאבק הפמיניסטי נגד הטרדה מינית ובכך מעקרת במידה רבה את הטיפול המשפטי בתופעה. בהקשר זה ניתן לטעון, שטיפול יעיל בתופעת הטרדה מינית לא יכול להתבצע ללא הכרה במציאות יחסי העבודה המגדרית-היררכית העומדת ביסודה של תופעה זו ומזינה אותה, שהרי עצם ההכרה במציאות זו וההודאה בקיומה היא תנאי ראשון למיגורה. לטווח הרחוק, מאבק בהטרדה מינית הממשיג תופעה זו במונחים אינדיבידואליים בלבד, חותר תחת הפרויקט הפמיניסטי בכללותו – שהרי במקום לחשוף ולקעקע מבנים חברתיים המנציחים את שוליותן של נשים במקום העבודה הוא בעצם מסייע להעלים את מורכבותה של הבעיה ומונע דיון רציני בה. טענתי בהקשר זה איננה אפוא כי באירוע של הטרדה מינית לא גלום יסוד של פגיעה אינדיבידואלית; ההיפך מזה הוא הנכון. ככל הטרדה מינית של אשה ספציפית קיים בוודאי גם יסוד של פגיעה אינדיבידואלית הראוי לדיון ולהתייחסות, ומושג 'כבוד האדם', כשהוא מפורש באופן ראוי, אכן יכול לספק באופן פוטנציאלי בסיס מושגי ראוי להמשגתה

של פגיעה זו – אלא שכפי שהראה הדיון לעיל, בהקשר הישראלי נהפך הדיון האינדיבידואלי לתמצית הכול, תוך שממד הפגיעה הקבוצתית נעלם לחלוטין. זאת ועוד: הצבתו של ערך הכבוד במרכז השיח הרלבנטי הביאה, כך מתברר, לא רק לאינדיבידואליזציה של העיסוק בהטרדה מינית אלא גם להסתתרו לאפיקים של מוסר וטוהר-מידות המרחיקים עוד יותר את הדיון המשפטי בהטרדה מינית מהרציונל הפמיניסטי שבמגור התופעה. דומה כי תהליך זה התרחש עקב החיבור שנוצק לתוך החוק למניעת הטרדה מינית בין מין, מיניות וכבוד.

כאמור, החוק למניעת הטרדה מינית לא הסתפק בהצבתו של ערך הכבוד במרכז הדיון בהטרדה המינית, אלא גם יצר קישור מפורש בין ההטרדה המינית לבין עבירות המין בחוק העונשין בכך שכלל חלק מהן בהגדרת הרשמית של ההטרדה המינית. מעבר לכך, גם הגדרת צורותיה האחרות של ההטרדה התבססה על מונחים מיניים מובהקים, תוך שמין ומיניות מספקים את המסגרת ואת ההקשר לזיהויה של התנהגות כזו או אחרת כהטרדה מינית. יתרה מזו: למרות שהחוק נמנע מלייחד את עצמו להקשר הגברי-נשי ומדבר במונחים כלליים של 'מוטרד', 'מטרד' ו'כבוד האדם', הרי ניכר בהיסטוריה החקיקתית שלו שכונתו העיקרית הייתה לספק לנשים הגנה מפני הטרדה מינית, וכך גם הובן החוק בכירור בכנסת ובציבור הרחב. היינו, היה זה בסופו של דבר 'כבוד האשה' שנקשר במסגרת החוק למין ולמיניות. החיבור המשולש הזה הוא חיבור טעון, עמוס תפיסות מוסריות וסטראוטיפיות, ביחס לצורך בהגנה על נשים 'הגונות' מפני התנהגות מינית בלתי-הולמת. במילים אחרות: החוק יצר – גם אם לא במודע – מבנה מושגי 'מפתח' מאוד מנקודת ראותו של השיח הציבורי, מבנה שהתחבר לתפיסות רווחות ומושרשות היטב ביחס לנשים, למיניות ולכבוד. הבעיה הייתה נעוצה אפוא לא רק בכך שערך הכבוד הוצב במרכז סעיף המטרות של החוק, ושההטרדה האסורה הוגדרה במונחים מיניים בעיקרם, אלא גם בעובדה שהחיבור בין מין לכבוד הציע הסבר טבעי וברור יותר מנקודת ראותו של הישראלי הממוצע ביחס לקשר בין הטרדה בעלת תכנים מיניים לבין פגיעה בכבודה של האשה.

התוצאה היא אפוא כי הצבת ערך הכבוד במרכז העיסוק המשפטי בהטרדה מינית כנפרד ונבדל מערך השוויון גרמה לבית המשפט לא רק להדגיש את מושג הכבוד על חשבון מושג השוויון, אלא גם להבחין ולהבדיל בין מושגים אלה. זאת ועוד: מושג הכבוד, כמושג מובחן ממושג השוויון, בעצם הציב בפני בית

המשפט העליון טווח אפשרויות דו-קוטבי מבחינת משמעותו של מושג זה, שנע בין הקוטב הסטראוטיפי לקוטב האינדיבידואלי. לצד החיבור הטעון בין מיניות לכבוד האשה, הציע החוק – בקוטבו השני – ניתוח אינדיבידואלי נייטרלי א-מיגדרי של סוגיית ההטרדה. כך – כפי שמתברר מניתוח פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה – אלה מבין השופטים שרצו להימלט מהמלכוד הסטראוטיפי נפלו למלכוד האינדיבידואלי, שבמסגרתו נעלם ההקשר המגדרי הקבוצתי החיוני כל כך להבנת התופעה של הטרדה מינית, ובמקומו נותרנו עם הגדרה הקובעת כי הטרדה מינית הינה 'התנהגות בעלת אופי מיני של אדם אחד שיש בה כדי לפגוע באדם אחר'.

## 2. ערכאות שיפוטיות אחרות

במקביל לפסיקתו העקרונית של בית המשפט העליון בשנים האחרונות, שפירשה את החוק למניעת הטרדה מינית וקבעה אמות-מידה מנחות ליישומן, החלה מתגבשת פסיקה רחבה ומפורטת של ערכאות נוספות שנדרשו לסוגיית ההטרדה המינית במסגרת הליכים פליליים, הליכי משמעת, הליכים בבית הדין לעבודה ואפילו במסגרת הליכים נזיקיים. בהקשר זה מעניין לציין כי למרות שהיקף תחולתו הפוטנציאלי של החוק למניעת הטרדה מינית הוא רחב וחל על כל מקרה של הטרדה מינית ללא קשר לפורום שבו היא מתרחשת, בפועל עיקרה של הפסיקה שהתגבשה מאז חקיקת החוק ועד היום עסק בהטרדה במסגרת יחסי עבודה. עובדה זו אינה מפתיעה בעיניי, שכן בשוק העבודה אנו מוצאים ביטוי מוחשי ומוקצן לפערים ביחסי הכוחות בין נשים לגברים – פערים המהווים כאמור כר פורה לצמיחתה ולשגשוגה של תופעת ההטרדה המינית. עובדה זו באה לידי המחשה ברורה בפסיקה.

כמו פסיקת בית המשפט העליון, גם פסיקת הערכאות הנמוכות יותר עוסקת בעיקר במציאות תעסוקתית היררכית בעלת מאפיינים מגדריים מובהקים,<sup>126</sup>

126 כך למשל, בפרשת ריעס (ת"פ 1451/01 (אשרוד) מדינת ישראל נ' ריעס (לא פורסם, 26 בינואר 2001)) דובר במנהל עבודה במפעל, שהטריר מינית חמש עובדות שהיו זוטרות ממנו ונתונות לפיקוחו. בעניינו של אמנון צברי (ת"פ 10349/00 (שלום-ת"א) מדינת ישראל נ' צברי (לא פורסם, 24 ביולי 2003)) דובר בעובד בכיר בהוצאה

המשקפת נאמנה את יחסי הכוחות בין גברים לנשים בשוק העבודה באופן כללי.<sup>127</sup> גם בהקשר הרחב של שוק העבודה בכללותו לא ניתן אפוא להתעלם מהמאפיינים המגדריים המובהקים של תופעת ההטרדה המינית או מההקשר הכוחני והבלתי-שוויוני שבמסגרתו היא צומחת. עם זאת, ההקשר הזה נעלם לחלוטין מהשיח השיפוטי, ובמקומו אנו עדים לאותו שיח של כבוד שמצאנו בפסיקת בית המשפט העליון – שיח שנע בין ניתוח אינדיבידואלי וא-מגדרי של

---

לאור של משרד הביטחון שהטריד מינית ארבע עובדות, שלוש מתוכן היו כפופות לו ישירות. ביחס לעובדת אחת שהוכפפה למעשים הקשים ביותר של הטרדה, שכללו נגיעות בכל גופה וכן כפייתה החוזרת והנשנית לסייע לו לאונן, התברר כי הנאשם איים עליה בפיתורין אם לא תיענה לדרישותיו המיניות. עובדת זו, ששיטתה פעולה במשך חודשים רבים מפחד שתאבד את מקום העבודה, הגיעה למצב כזה של גועל וסלידה עצמית עד שהייתה כבר מוכנה לאבד את מקום העבודה ובלבד שיושם קץ לסבלה. בעניינו של **יהושע** (ע"פ (ת"א) 70400/02 **יהושע נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 29 בדצמבר 2003)) היה זה מנהל סניף של רשת הקרואפ שהטריד את עובדת חברת השמירה שהייתה נתונה בפועל למרותו. בעניין **מלכה** (ע"פ (חיפה) 2596/02 **מדינת ישראל נ' מלכה** (לא פורסם, 7 בנובמבר 2002)) היה זה עובד בכיר בחברת החשמל (מנהל כוח אדם בחטיבת ייצור והולכה צפון) שהטריד מינית נערה בת 16, תלמידת בית ספר לפקידות, שהועסקה בחברת החשמל כפקידה בעקבות המלצה של עובדת קהילתית בבית ספרה שביקשה לסייע לה להתגבר על קשיים כלכליים ולקבל ארוחה חמה אחת ביום. בעניין **ועקנין** (ע"פ (י"ם) 7361/03 **ועקנין נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 26 באוקטובר 2003)) היה זה מנהל חברה שהטריד עובדת בחברה. בעניין **כץ** (ת"פ (שלום-ת"א) 7140/02 **מדינת ישראל נ' כץ** (לא פורסם, 20 בנובמבר 2003)) היה זה בעל מעמד בכיר בבית מלון שהטריד עובדת צעירה וזוטרה; כאשר ביקשה ממנו להפסיק – הפך את חייה במקום העבודה לבלתי נסבלים. בכל המקרים הללו דובר אם כן בגבר בעל מעמד בכיר במקום העבודה שהטריד עובדת זוטרה וחלשה ממנו.

למרות שנשים מהוות היום כמחצית מכוח העבודה בישראל, הן מצויות בעמדת נחיתות ברורה ובלטת בהשוואה לגברים. שיעור הנשים המנהלות הוא נמוך באופן משמעותי מזה של גברים. נשים משתכרות פחות מגברים כמעט בכל תחום וענף מקצועי, בין אם מחשבים את ההכנסה לפי שעה ואם לפי בסיס חודשי. ראו שלמה סבירסקי ואח', 2001. **נשים בשוק העבודה של מדינת הרווחה בישראל**, תל אביב: מרכז אדווה; Ruth Halperin Kaddari, 2004. *Women in Israel: A State of Their Own*, Philadelphia: Univ. of Pennsylvania Press

תופעת ההטרדה המינית לכין הגדרתה של הפגיעה הטמונה בה במונחים בעלי גוון סטראוטיפי מובהק.

כך, למשל, בנימה נייטרלית ואינדיבידואלית קבע בית המשפט בעניינו של משה ריעס, מנהל עבודה במפעל, שהטריד חמש עובדות שהיו כפופות לו: 'עבירות מסוג זה יש לשרש בענישה מרתיעה וכואבת, על מנת ליתן ביטוי לסלידת החברה ממעשים כאלה, הפוגעים בכבוד הזולת על גופו ועל חרותו לבחור עם מי לתנות אהבים' (ההדגשות הוספו). בפרשת אמנון צברי, שמילא תפקיד בכיר בהוצאה לאור של משרד הביטחון והטריד ארבע עובדות זוטרות שעבדו במשרדו, קבע בית המשפט המחוזי באופן דומה – לאחר שדחה את ערעורו של צברי והותיר את הרשעתו ואת עונשו על כנם:

מקום העבודה הוא מקום בו אדם מבלה חלק נכבד מימו וזמנו. הוא זכאי לעשות זאת באווירה נייטרלית ו'נקה' מקונוטציות מיניות. אין לכפות עליו השקפות והעדפות של אדם אחר, אשר מנסה להפיק מ'אווירה' שהוא עצמו יוצר סיטואציות של ניצול הזולת ופגיעה בערכיו.<sup>128</sup>

מנגד, בקוטב המוסרני-הסטראוטיפי ניתן למצוא פסיקה כמו זו שבעניינו של יצחק אילוז.<sup>129</sup> אילוז היה קצין מטה בפיקוד דרום והטריד מינית נגדות רישום שעליהן היה אחראי. כשנדרש בית הדין לערעורים לניתוח הפרשה הספציפית, צף ועלה החיבור המצומצם והבעייתי בין מין כפוי לכין הפגיעה בכבודן של נשים. באופן ספציפי קבע בית הדין:

נלאינו מלחזור ומלהשמיע את קולנו אודות החומרה הרבה שיש לראות במעשי מפקדים המנצלים את מעמדם והשררה שניתנה להם כדי להשתלח בגופן של חיילות, נגדות או קצינות, בדרך

128 ע"פ (ת"א) 71609/03 צברי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2 בספטמבר 2004) (ההדגשות הוספו).

129 ע' 51/01 יצחק אילוז נ' התובע הצבאי הראשי (בבית הדין הצבאי לערעורים) (לא פורסם, 5 באפריל 2001) (ההדגשות הוספו).

**שיש עמה פגיעה בכבוד האשה וחדירה משפילה לתחומו של הפרט. אין לסבול את התופעה שמפקדים יתנו דרור לגחמותיהם בעשיית מעשים מגונים בנשים המשרתות בצבא.**

בפסק הדין בעניין אילוז הוצגה אפוא ההשתלחות המינית בגופן של החיילות ככזו שעיקר פגיעתה נעוצה בפגיעה בכבודן ובהשפלתן, למרות שעובדות פסק הדין חושפות פגיעה נוספת באותן חיילות. אילוז, כך מתברר, היה אחראי על הדרכתן המקצועית של המתלוננות, ערך להן ביקורות מקצועיות והיווה את חוליית הקשר שלהן למטכ"ל – כך שהן לא יכלו לבצע באופן שלם את תפקידן בלא סיועו, שאותו התנה בטובות הנאה מיניות. הכפפתן להטרדה מינית חתרה אפוא בצורה ברורה ביותר תחת מעמדן המקצועי של נשים אלו. נשללה מהן האפשרות להערכה מקצועית ולקידום על בסיס יכולתן המקצועית, כל הווייתן המקצועית בצבא רודדה למעמד של ספקיות שירותי מין, ובכך גם הונצחו תפיסות סטראוטיפיות ביחס לתפקידן הטבעי של נשים בחברה.<sup>130</sup>

בפרשת חיים הרוש, שבה נדון עניינו של סמנכ"ל הקרן לעידוד הבנייה בישראל, הורשע הרוש בהטרדתה המינית של מי שעבדה שם כמזכירה. בית המשפט הגדיר את הפגיעה במתלוננת ככזו שהתבטאה ב'השפלה שהייתה מנת חלקה של המתלוננת, כתוצאה מהתנהגותו של המערער',<sup>131</sup> והוסיף: 'דווקא לאור תפקידו הבכיר של המערער היה עליו להימנע מלקרוא דרור ליצריו, ולנצל את

130 יציאת תוכן דומה למושג הכבוד ניתן למצוא גם בפרשת כהן, שם דובר בעניינו של רב־סרן שהואשם בכך שצבט בישבנה של פקודתו הישירה – קצינה בדרגת סגן־משנה. בסכמו את הפגיעה והנזק שהיו טמונים במעשה זה קבע בית הדין הצבאי כי היה במעשה זה 'עלבון, השפלה ואף הטרדה מינית. עובדה היא שאותה קצינה חשה מבוכה ואף ביקשה הסבר מהמשיב סמוך לאחר מכן לגבי מעשהו הבלתי מקובל'. גם בעניינה של הקצינה שהייתה כפופה לרב־סרן כהן ניזון אפוא הדיון המשפטי בסופו של דבר ממושגים כגון 'עלבון', 'השפלה' ו'מבוכה', שלא רק שהעלימו את ההקשר הקבוצתי הרחב יותר של התופעה, אלא גם ברמה האישית הפכו את מעשה ההטרדה לכזה שלכלל היותר גרם לאישה 'מבוכה' (ע' 44/01 התובע הצבאי הראשי נ' כהן (לא פורסם, 16 במאי 2001)).

131 ע"פ (ת"א) 70818/01 הרוש נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 16 בדצמבר 2001).



מעמדו במקום העבודה באופן שפגע בכבודה של המתלוננת.<sup>132</sup> בית המשפט הסתפק בקביעה זו ביחס לפגיעה בכבודה של המתלוננת, למרות שהתברר כי בעקבות אירועי ההטרדה נאלצה אותה מוטרדת לעזוב את מקום העבודה. גם כאן, במקום דיון מורכב ביחס לקשר שבין ההטרדה המינית הספציפית לבין פגיעה במעמדה של העובדת במקום העבודה, התמקד אפוא הדיון השיפוטי בהשפלה שנגרמה לאשה כתוצאה מעצם חשיפתה לגילוי היצר המיני הגברי. גם פלונית איברה מקום עבודה בעקבות אירועים שונים של הטרדה מינית שבמהלכם נהג מעבידה להפנות כלפיה הערות בעלות גוון מיני מובהק.<sup>133</sup> עם זאת, לצד הערות אלו הוכפפה פלונית גם להערות עוינות בעלות הקשר מגדרי סטריאוטיפי מובהק – אך לא מיניות – כגון 'דפוקה', 'מפגרת' 'סתומה' 'את לא מבינה שום דבר' וכיוצא בזה. פרשה זו, כמו פרשת בן דוד, פתחה אפוא פתח לדיון רחב יותר בשאלת ההבחנה שבין 'הטרדה מינית' לבין 'הטרדה על בסיס מין', אולם כמו בבית המשפט העליון דיון כזה כלל לא התעורר, ועניינה של העובדת נתפס והוצג ככזה שככל כולו נוגע למי שהוכפפה לה'הצעות חוזרות בעלות אופי מיני' ול'התייחסויות חוזרות המופנות לאדם המתמקדות במיניותו'.<sup>134</sup>

## ה. סיכום

מאז חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית – לפני כשבע שנים – ועד היום ניתנו עשרות פסקי דין בתביעות שונות שהוגשו על פיו, בעיקר משמעותיות ופלייליות. בחלק גדול מהמקרים מצאו בתי המשפט ו/או בתי הדין את המטרידים אחראים בדין והטילו עליהם עונשים משמעותיים. במסגרת שירות המדינה פוטרו לא

132 שם.

133 ת"פ 2334/02 מדינת ישראל נ' פרידברג (לא פורסם, 10 בספטמבר 2003). מעבידה של פלונית נהג לכנותה 'אשה זונה', 'מירית המזויינת' וכיוצא בזה. כשהייתה בהיריון אמר לה ש'התחת שלה גדול ושהחזה שלה חוסם לו את המעבר', וכשהגיעה לעבודה עם שיער סתור אמר שהיא נראית כמו 'אחרי לילה של זיונים'. לאחר אירוע שבו גם סטר לה המעביד, נטלה אותה עובדת חופשה מן העבודה, התלוננה במשטרה ואז פוטרה.

134 שם.

מעט עובדים, ובמסגרת הליכים פליליים הוטלו עונשי מאסר בפועל על נאשמים לא מעטים. זוהי תוצאה שאין להמעט בחשיבותה, ומבחינה זו אין ספק שהחוק למניעת הטרדה מינית יצר מציאות משפטית משמעותית של אכיפה כנגד תופעת ההטרדה המינית – מציאות שלא התקיימה קודם לכן למרות עיגונו של האיסור על הטרדה מינית עוד קודם לכן בתקשי"ר ובחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. לצד כל אלה ביקשתי, במאמר זה, להאיר את הקשיים שמעורר הדיון השיפוטי העכשווי בתופעת ההטרדה המינית.

ראשית התברר שהמבנה המושגי שיצר החוק למניעת הטרדה מינית – שהגדיר בנפרד את הכבוד ורק אחר כך את השוויון, כערכים העומדים ביסוד האיסור על הטרדה מינית – עודד את בית המשפט העליון, ובעקבותיו את בתי המשפט האחרים, לא רק לדחוק כמעט לגמרי את עקרון השוויון מהדיון השיפוטי בהטרדה מינית, אלא גם לצקת למושג הכבוד תוכן מובחן ונפרד ממושג השוויון. האפשרות שקיומם זה לצד זה של הכבוד והשוויון בחוק למניעת הטרדה מינית יביא לאינטגרציה פרשנית בין המושגים, באופן שמושג השוויון יקרין על מושג הכבוד וימלא תפקיד משמעותי בהבהרת משמעותה של תופעת ההטרדה המינית, לא התגשמה אם כן, ובמקומה התגבשה פסיקה שהדגישה והטעימה דווקא את פניו האינדיבידואליים והא-מגדריים של מושג הכבוד. מן הצד האחר, העובדה שהפגיעה בכבוד קושרה במסגרת החוק למין ולמיניות באופן בלעדי הביאה לכך שגם כשניסתה הפסיקה להאיר את פניה המגדריים של התופעה, נוצקו למושג הכבוד תכנים פטרנליסטיים המבטאים באופן גלוי או סמוי הנחות פטריארכליות-מוסרניות ביחס לקשר שבין מין לבין מיניות לבין כבודן של נשים. התוצאה היא אפוא כי המסר העולה מפסקי הדין הרבים שניתנו בעקבות החוק למניעת הטרדה מינית הוא דו-ראשי: הטרדה מינית היא תופעה פסולה וראויה לגינוי משום שהיא פוגעת בכבוד 'המוטרד', שאין לו זהות מגדרית מובנת, ומשום שביחס לנשים – במיוחד צעירות ופגיעות – יש צורך להגן עליהן מפני גילויים בלתי-נאותים ובלתי מוסריים של יצר מיני במרחב הציבורי, המשפילים אותן וגורמים להן אי-נעימות ומבוכה.

תפיסה זו של הטרדה מינית מרחיקה מאוד את הדיון השיפוטי בהטרדה מינית מן הרציונל הפמיניסטי התאורטי המקורי שעמד ביסוד המאבק נגד ההטרדה המינית, כמו גם ביסוד הניסיון לגייס את המשפט ככלי מרכזי למיגור

של התופעה. תפיסה זו גם משדרת מסר בעייתי לנאשמים בהטרדה מינית, כמו גם לציבור הרחב: במקום להעמיד אותם על הפסול המרכזי שבהטרדה מינית, הנובע גם מפגיעתה בעקרון השוויון בין המינים; במקום להדגיש את מרכזיותו ואת חשיבותו של הערך של קידום מעמד האשה כערך חברתי הראוי להגנה מיוחדת – במקום אלה משדר המשפט מסר שלא רק מעלים את יסוד השוויון אלא מציב במקומו ערכים חברתיים הנותנים ביטוי גם לתפיסות פטרנליסטיות וסטראוטיפיות ביחס לנשים. מפרספקטיבה פמיניסטית הפסיקה בעניין החוק למניעת הטרדה מינית מחמיצה אפוא את ייעודה ההצהרתי והחינוכי, שהוא נדבך בלתי נפרד מהליך אכיפתם של חוקים ומענישתם של המפרים אותם. פסיקה זו גם מזינה ומאששת תפיסות ביחס לרגישותן ולפגיעותן של נשים, והיא מעודדת ומנציחה רטוריקה משפטית מגוננת, ולא מעצימה ביחס לנשים וביחס לסוגיית מעמדן בחברה.

יתרה מזו: גם ברמה הכללית יותר מדובר בשיח שיפוטי בעייתי מפרספקטיבה פמיניסטית, וזאת בשל תמונת המציאות וההנחות הנורמטיביות שהוא משרטט ואוכף. צמצומו של הדיון בהטרדה מינית ליסוד ההשפלה או הפגיעה האישית בכבודו של 'אדם' או 'אשה' כזה או אחרת הופך את הטרדה המינית לבעיה פרטית של אנשים מסוימים בעבודה בלבד. לפיכך, הטיפול המשפטי הפרטני במקרה ספציפי של הטרדה נהפך להיות לא רק הפרקטיקה הנהוגה בפועל, אלא – גם ברמה הנורמטיבית – דרך ההתמודדות הראויה והמספקת מבחינתה של מערכת המשפט.

הצבתו של עקרון השוויון במרכז הניתוח של הסוגיה הייתה יכולה לסייע לעומת זאת למקם את התופעה גם בהקשרה המגדרי הקבוצתי. היא הייתה חושפת ומכריזה על יחסי הכוח המגדריים הבלתי-שוויוניים העומדים ביסוד התופעה ומזינים אותה, ובכך מאירה את ההקשר החברתי והמשפטי הרחב יותר שבמסגרתו מתקיימת הטרדה על בסיס מין או מגדר. היינו: עצם ההכרה במציאות של אי-שוויון וההכרזה עליה במסגרת הפסיקה העוסקת בהטרדה מינית, יכולה הייתה להניח תשתית חשובה לטיפול יעיל יותר בהטרדה מינית ובמבנים החברתיים והתעסוקתיים שמהם היא צומחת, שכן היה בה כדי לעודד בחינה משפטית רחבה ומקיפה יותר של הסוגיה. אם הדיון השיפוטי בהטרדה מינית היה מכיר אפוא בכך שחלק מהבעיה הוא מעמדן השולי והנחות של נשים

בשוק העבודה – עובדה זו הייתה יכולה להאיר ולהבהיר שמיגורה של ההטרדה המינית לא יכול להיות מושג רק באמצעות טיפול פרטני במטריד או מוטרדת כאלה או אחרים.

חלק אחר של המאבק צריך להיות מוקדש להעצמתן של נשים במקום העבודה, אם באמצעות פרקטיקות נוקשות של העדפה מתקנת ואם באמצעות החלת עקרונות רחבים של שכר שווה בעבור עבודה שוות-ערך. במצב הקיים נעדר כאמור השוויון מהעיסוק השיפוטי בסוגיית ההטרדה המינית. הפגיעה האינדיבידואלית בכבוד היא התוחמת לבדה את גבולות הדיון השיפוטי במאפייניה של ההטרדה המינית ובטיב הפגיעה הטמונה בה, ולכן התוצאה היא השתקתו של דיון וטיפול חברתי ומשפטי רחב וראוי יותר בסוגיה.

נוסף על הקשיים האמורים לעיל, שמעוררת הצבתו של ערך הכבוד במרכז הדיון השיפוטי בהטרדה, ביקשתי במאמר זה לעמוד גם על הדילמה שמעוררת הגדרתה הנוכחית של ההטרדה האסורה בחוק למניעת הטרדה מינית. מפרספקטיבה פמיניסטית נראה כי החוק צריך היה לעסוק בכל ביטוי של הטרדה בעלת מאפיינים מגדריים – מבלי להתמקד דווקא בהטרדה בעלת תכנים מיניים, המהווה רק נדבך אחד מההטרדה שלה חשופות בעיקר נשים במרחב הציבורי בכלל ובמקום העבודה בפרט. למרות זאת, בהקשר זה בחר השיח הפמיניסטי – ובעקבותיו המחוקק הישראלי – לצמצם את הגדרתה של ההטרדה המגדרית להטרדה בעלת תכנים מיניים בלבד. תוצאותיה של בחירה זו כבר ניכרות בשיח השיפוטי שהתפתח בעקבות החוק למניעת הטרדה מינית, והן מעוררות כאמור דילמות לא פשוטות.

אם כן, המאבק הפמיניסטי נגד הטרדה מינית עדיין לא תם, ודומה שהשיח הפמיניסטי ניצב כיום בפני משימה מורכבת יותר מזו שבפניה עמד עת סייע לגיבושו של החוק למניעת הטרדה מינית. כעת יש לבחון מחדש את הנחות היסוד שהנחו את המאבק הפמיניסטי בהקשר זה, ועם השיח המשפטי יש לברר את שלוש השאלות שנזנחו כשגובש החוק לראשונה: באיזו מידה יסוד השוויון צריך לעמוד במרכז האיסור המשפטי על הטרדה מינית; האם מושג 'כבוד האדם', כפי שפורש על ידי בתי המשפט בהקשרה של ההטרדה המינית, ראוי שיספק לברו מסגרת לניתוח התופעה של הטרדה מינית והמשגתה המשפטית; ומהי ההגדרה הראויה להטרדה שבה צריך לעסוק החוק: 'הטרדה מינית' או 'הטרדה על בסיס

על מין, מיניות וכבוד

מין או מגדר'. אני מקווה, כי בירורן המקיף של שאלות אלו יחליץ את העיסוק המשפטי בהטרדה מינית ממלכוד המין-מיניות-כבוד שאליו נקלע, ובכך יהפוך את החוק למניעת הטרדה מינית לכלי יעיל בהרבה למיגור כל צורותיה וביטוייה של ההטרדה המגדרית במרחב הציבורי.

## כבוד האדם או שוויון? המענה להטרדה במקום העבודה בדין האירופי, הגרמני והאמריקני

סוזן באר

המענה המשפטי באירופה לבעיה החברתית של הטרדה מינית – ובעיקר באיחוד האירופי ובגרמניה – התבסס על כבוד האדם כזכותם היסודית של גברים ונשים, זכות שהופרה במקרים מסוג זה. הדינים למניעת הטרדה מינית במשפט הגרמני והאירופי נתפסים באופן אחר מבארצות הברית, שתורת המשפט שלה מבוססת על פרשנות ספציפית של הזכות לשוויון. בשנת 2000 החל המשפט האירופי להתמקד בשוויון, ולאור דווקא בכבוד האדם. צווים חדשים המבוססים על סעיף 13 לאמנה האירופית מגדירים הטרדה במקום העבודה כאפליה.<sup>1</sup> אולם עדיין יש לברר: במבט ראשון הברל זה מעלה את השאלה של 'כבוד או שוויון?' בניסיון למצוא את הפתרון הטוב יותר על בסיס השוואתי; אך ניתוח השוואתי של דיני הטרדה מינית במגוון הקודקסים

Susanne Baer, 'Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German, and U.S. Law,' in: Catharine A. MacKinnon and Reva B. Siegel (eds.), *Directions in Sexual Harassment Law*, New Haven and London: Yale University Press, 2004 pp. 582-601.

\* אני אסירת תודה לאוטה שטיגלר (Uta Stiegler) ולאולריך באר (Ulrich C. Baer) שקראו את טיוטות המאמר, וכן לקת'רין מקיננון (Catharine MacKinnon) על ביקורתה המקיפה.

1 צו מנהלי EC /43/2000 של המועצה (29 ביוני 2000) בעניין יישום העיקרון של יחס שוויוני לאנשים ללא קשר למוצאם הגזעי או האתני; צו מנהלי EC /78/2000 של המועצה (27 בנובמבר 2000) שביסס מסגרת כללית ליחס שווה בעבודה ובתעסוקה. ראו באתר [www.europa.eu.int/eur-lex/en/index.html](http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/index.html)

והתרבויות מעורר שאלות נוספות. עצם השאלה 'כבוד או שוויון?' מצביעה על בעייתיות הן בפילוסופיה המשפטית המסורתית והן בזו העדכנית יותר. בסופו של דבר נראה שניסוח השאלה מחדש עשוי להציע גישה מעשית יותר לדיני הטרדה מינית באופן כללי.

במסורת הפילוסופיה הליברלית מבחינים בין כבוד לשוויון. את כבוד האדם, כחלק מהזכות לחירות, מפרשים כעיקרון וכזכות המובחנים חד-משמעית משוויון, הנתפס כעיקרון וכזכות על בסיס של השוואה סימטרית. בתחום המשפט הדבר מביא לא רק לידי הבחנה בין אינטרס החירות לזכות השוויון, אלא גם ליחס היררכי בין השניים. החירות מושלת בכיפה במגוון החוקות הליברליות,<sup>2</sup> ואילו השוויון נתפס כעניין בעל חשיבות משנית, ויש אף הרואים בו נושא אנטי-ליברלי. זכויות מתנגשות זו בזו. כשמתרחשת התנגשות כזאת, יש למצוא מענה לשאלה של 'כבוד או שוויון?'.

באחדות מהמדינות ובכמה מתחומי המשפט הוחלף מודל ההתנגשות במודל הזיקה ההדדית. גם תפיסה זו עשויה להתבסס על שיקולים שלא פותחו דיים במסורת הפילוסופיה הליברלית. במקרה כזה, כבוד האדם והשוויון מתפרשים כעקרונות הקשורים זה בזה, המשפיעים זה על זה, והמביאים לידי התייחסות עקיבה וכוללנית יותר לחוקות. בשילוב בין שני האינטרסים – של הפרט ושל החברה – שני העקרונות הללו, בעלי הזיקה ההדדית, תורמים לדמוקרטיזציה של החוקה; וההיררכיה בין אינטרס החירות לזכות השוויון מתחלפת בפרשנות בעלת זיקה הדדית של כל הזכויות הרלוונטיות למקרה נתון. מנקודת ראות זו השאלה כבר איננה של 'כבוד או שוויון?' – אלא הזכות לחירות מתפרשת לאור עקרון השוויון, כשם שעקרון השוויון נחשב לחלק מהזכות לחירות.

בנקודה זו ברצוני להדגים את ההבדל הנובע מפרשנות לפי הזיקה ההדדית הזאת. הבחירה באחד משני המודלים התפיסתיים האלה איננה תאורטית לגמרי וגם לא דוקטרינרית גרדא. היא משפיעה על הדוקטרינה של דיני הטרדה המינית

2 חוקות 'צעירות יותר' לא בהכרח הולכות בעקבות מסורת זו. לדוגמה הרפובליקה של דרום אפריקה מדגישה את השוויון כזכות א-סימטרית למניעת דיכוי.

האירופיים,<sup>3</sup> הגרמניים וגם האמריקניים,<sup>4</sup> שבהם יושם באופן עקבי פחות או יותר מודל הקונפליקט המסורתי, ולא מודל ההשפעה ההדרגתית. הבחירה בין המודלים משפיעה גם על חלקים נרחבים מן הפילוסופיה המשפטית. מודל ההתנגשות הוא הבסיס לחשיבה משפטית ליברלית, ומקצת התאורטיקנים המשפטיים של ימינו – לרבות הכותבים מנקודת ראות פמיניסטית – מעדיפים אותו.<sup>5</sup> בניסיון לסגת מגישת השוויון הא-סימטרי, המהותי והאנטי-היררכי, המבוססת – בייחוד בצפון אמריקה – על עבודתה של קת'רין מקינאון (Catharine MacKinnon),<sup>6</sup>

- 3 Amy G. Mazur, 'The Interplay: The Formation of כללי ראו באופן כללי Sexual Harassment Legislation in France and EU Policy Initiatives,' Amy Elman (ed.), 1996. in *Sexual Politics and the European Union* 35
- ראו גם Jean Gregory, 'Sexual Harassment: Making the Best Use of European Law,' 2 *European Journal of Women's Studies* 421 (1995)
- שימו לב שהחוק השוויוני אינו מתייחס במפורש להטרדה. ראו Amy R. Elman, 'Feminism and Legislative Redress: Sexual Harassment in Sweden and the United States,' 16 *Women and Politics* I (1996)
- ראו 'Sexual Harassment at the Work-place: Implementing Policies, the Union Role and Legal Aspects,' *IRS Employment Trends* 5 (1992)
- לנקודת מבט שונה באנגליה ראו Colin Bourn, 'Harassed by Discrimination Law?' 142 *New Law Journal* 1059 (1992)
- 4 לגרסה המפורטת יותר של הטענה לצד ניתוח של דיני העבודה, דיני הנוזיקין ודיני העונשין בגרמניה, לעניין אלימות מינית ודיון בתאוריות של שוויון בהקשר זה ראו Susanne Baer, *Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA* (1995)
- 5 הדוגמה הבולטת ביותר בתורת המשפט הפמיניסטית היא של Drucilla Cornell, 1995. *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography, and Sexual Harassment*
168. כוחה של המסורת מורגש היטב בכותרת המאמר של Mary E. Becker, 'Prince Charming: Abstract Equality,' 8 *Supreme Court Review* 201 (1987)
- 6 את המתווה הראשון אפשר למצוא בספר Catharine MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (1979)
- ואת הבסיס התאורטי בספר Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989)
- Christine Littleton, *Alternative Theories of Sexual Equality* (1984); Martha Minow, 'Equalities,' 88 *Journal of Philosophy* 633 (1991)



ומתוך דחייה של תפיסתה של מקינון את המגדר כהיררכיה מיננית,<sup>7</sup> יש תאורטיקנים המסיטים את מוקד המענה לאפליה בחוק הרחק מנושא השוויון לעבר גרסה כלשהי של כבוד האדם או כבוד עצמי. כפי שאראה, תאוריות אלה ממשיכות לתמוך במודל ההתנגשות במקום לשאוף למודל הזיקה ההדרית. הערותי על דברי חקיקה ועל נימוקים תאורטיים מצביעות לא רק על התוצאות השונות המתקבלות בכל אחד מהמודלים; אני אנסה להדגים גם את הליקויים בהתמודדותו של מודל ההתנגשות עם סוגיית האפליה. הדגמה זו תיעשה מנקודת ראות השוואתית בין מערכת כללים אחת – הגישה האמריקנית להטרדה מינית ותאוריית השוויון המהותי שפותחה בתאוריה המשפטית הפמיניסטית בארצות הברית – לבין מערכת כללים אחרת, של הגישות באירופה ובגרמניה. מסקנתי היא שהמודל החלופי של הזיקה ההדרית מציע גישה שיטתית יותר אל הדין למניעת אפליה על בסיס מין המתבטאת בהטרדה במקום העבודה, אל זכויות היסוד ואל היסודות החוקתיים של הדמוקרטיה בכלל.

### מסורות בפילוסופיה: עמדות במשפט

בפילוסופיה הליברלית ובמסורת של תאוריה משפטית, כבוד האדם והשוויון נתפסים כזכויות שיש להבחין ביניהן ואף כזכויות המנוגדות זו לזו. דוגמה אחת היא של עמנואל קאנט, שהחשיב את הזכות לחירות כזכות הטבעית היחידה, ואילו

7 ביקורת רבה מוטחת ב'חוסר הגמישות' שמגלה מקינון בנוגע למגדר. דרך אחת להבין זאת מבוססת על גישה קונסטרוקטיביסטית קיצונית שבה המגדר מומשג כתופעה מובנית ולא כמציאות שנחווית בפועל. לאור זאת אפשר להבין את ניתוח המגדר של מקינון, בייחוד בספר *Toward a Feminist Theory of the State* (לעיל הערה 6, בפרק 7), כביקורת על רעיון שהפך לחוק, ולא כדחייה של אפשרויות הבחירה של בני אדם, כהצעה של מודעות מוטעית רווחת או כצמצום פשוט למודלים מהותניים. אני דנה בכך בנוגע לביקורת של Judith Butler בספר *Excitable Speech: A Politics of the Performative* (1997) של Susanne Baer, 'Inexcitable Speech: Zum Rechtsverständnis postmoderner feministischer Positionen am Beispiel Judith Butler,' in *Kritische Differenzen — geteilte Perspektiven* 229 (Antje Hornscheidt et al. eds., 1998)

את הזכות לשוויון כזכות משנית, כמעט נגזרת.<sup>8</sup> זוהי הפילוסופיה הליברלית שמשפיעה על הדין ועל המדיניות המשפטית. ברוב שיטות המשפט הליברליות, שוויון וכבוד האדם – בין שהוא זכות עצמאית ובין שהוא היבט של הזכות לחירות – מטופלים בנפרד, כזכויות מובחנות זו מזו, וההתייחסות אליהם שונה. לדוגמה עורכי דין גרמניים בתחום המשפט החוקתי יישמו (ומתבקשים עדיין ליישם בלימודיהם) מבחן תלת-שלבי לזכויות של כבוד וחירות, ומבחן שונה, השוואתי לזכות השוויון.<sup>9</sup> המבחנים השונים מביאים לידי תוצאות שונות – שכן מבחן החירות התלת-שלבי כרוך בבדיקה מדוקדקת ונוקשה יותר של תורת המשפט, ואילו מבחן השוויון ההשוואתי מותיר פתח רחב יותר לשיקול דעת חקיקתי או מנהלי. עולה מכך עוד שבעיות תורת-משפטיות של הזכות לשוויון – כגון ההתעלמות ארוכת השנים מסוגיית האפליה – נובעות מפרשנויות בעייתיות, סימטריות, אריסטוטליות במהותן, של השוויון כשלעצמו.<sup>10</sup> כן אפשר אולי לייחס את בעיית ההתעלמות של החוק מאפליה למודל ההתנגשות, שבו הזכות לכבוד והזכות לשוויון הן זכויות נבדלות.

אולם מסורות כאלה ותורת המשפט המבוססת עליהן אינן עשויות מקשה אחת. לדוגמה קיקרו (Cicero) הוסיף לתפיסת האזרחות האריסטוטלית את זכות השוויון, זכות שאצל אריסטו היה ברור שאינה חלה על עבדים ועל נשים.<sup>11</sup>

- 8 Immanuel Kant, 'Die Rechtsordnung als denknotwendige Bedingung allgemeiner Freiheit und Gleichheit,' in *Werke*, Band 6 (Akademie Ausgabe 7, 1906), pp. 229-231, 237-238. האופי של עקרון השוויון כזכות נגזרת טבוע באמנה האירופית לזכויות אדם וחירויות יסוד, שסעיף 14 שלה מוחל אך ורק עם סעיף המגן על אינטרס החירות.
- 9 Susanne Baer, 'Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court,' 5 *Columbia Journal of European Law* 249 (1999) לדיון מעמיק יותר ראו
- 10 על פי הפירוש האריסטוטלי של שוויון, בני אדם או מצבים שטיבם דומה או ש'מיקומם דומה' ראויים ליחס דומה או שווה, ואילו שונות דורשת אי-שוויון או לפחות הופכת אותו ללגיטימי. לדיון נוסף ראו Catharine A. MacKinnon, 'Reflections on Sex Equality Under Law,' 100 *Yale Law Journal* 1281 (1991)
- 11 Marcus Tullius Cicero, 'Naturrecht als universale Teilhabe am ewigen Weltgesetz,' in *Der Staat*, at 25, 80 (1964) הפילוסוף המשפטי הגרמני

גם ג'ון לוק הדגיש את חשיבות הזכות לשוויון, והיא נשענה אצלו על הרציונל, המבוסס אז, שאלוהים ברא את בני האדם שווים.<sup>12</sup> הפילוסוף הליברלי עמנואל קאנט אמנם נודע כמי שהעדיף את הזכות לחירות, אך גם הוא פירש את הזכות לכבוד הן כהיבט של הזכות לשוויון והן כהיבט של הזכות לחירות.<sup>13</sup> גם הוגי דעות ליברליים בני זמננו – כגון יורגן הברמס (Jurgen Habermas)<sup>14</sup> ואקסל הונת (Axel Honneth)<sup>15</sup> – נוטים לאפיין ליברליות על יסוד של כבוד שוויוני, שאפשר לתרגמו בנקל לכבוד ושוויון כמקשה אחת, ולא כנפרד. וישנם גם פילוסופים פמיניסטיים, כגון הרטה נגל-דוסקל (Herta Nagel-Docekal) האוסטרית,<sup>16</sup> המשלבים שילוב מלא בין שתי הזכויות לכדי מודל אחד קוהרנטי. כך אף על פי שחלק מהגישות הפילוסופיות הליברליות נטו לראות בזכות לכבוד ובזכות לשוויון זכויות נפרדות, גם כאן אפשר למצוא את מודל הזיקה ההדדית.

- 
- Norbert Hoerster מייחס זאת לתפיסה של כבוד האדם ב־ *Klassische Texte der Staatsphilosophie* 24 (Norbert Hoerster ed., 1976)
- John Locke, *Second Treatise of Government*, 4 (Mark Goldie ed., 12  
1993) (1690)
- לדוגמה אפשר להבחין בכך בדיון של קאנט על העיקרון המשפטי השלישי, זכותו של  
13 האזרח הקרויה *sibisufficientia*. ראו Kant, לעיל הערה 8.
- Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie* (1996) ראו  
14 John Rawls בפרקים 2 ו-3.
- ראו Axel Honneth, *Kampf um Anerkennung* (1994), שם הוא מתייחס לעקבות  
15 מסורת של פילוסופיה חברתית אצל מרקס, סורל וסרטור ומתאר תנאים בין-סובייקטיביים  
של יושר אישי הכוללים את הזכויות לכבוד ולסולידריות. שם, עמ' 209. אפשר לפרש  
זכויות אלה ככבוד ושוויון. ראו גם את הדיון של John Gardner, 'Liberals and  
Unlawful Discrimination,' 9 *Oxford Journal of Legal Studies* 1 (1989)  
וכן Virginia Held, 'Liberty and Equality from a Feminist Perspective,'  
in *Enlightenment, Rights and Revolution: Essays on Legal and Social  
History* 69 (Neil MacCormick and Zenon Bankowski eds., 1989)
- Herta Nagl-Docekal, 'Gleichbehandlung und Anerkennung von Differenz:  
16 Kontroverielle Themen feministischer politischer Philosophie,' in  
*Differenz und Lebensqualität* 9, 18-20 (Herta Nagl-Docekal and Herlinde  
Pauer-Studer eds., 1996)

## התפתחויות חדשות בתאוריה המשפטית

בתאוריה המשפטית, ובייחוד בזו שהתפתחה מנקודת ראות פמיניסטית, השוויון זכות למניעת אפליה פורש כערוכה חוקתית לחירויות שוות לכול. לפיכך הזכות לכבוד האדם נחשבה לחלק – אם כי לרוב במשתמע – מהפירוש של שוויון זכות א-סימטרית למניעת נחיתות. באחרונה גוברת הביקורת על גישות כאלה. ביקורת חריפה במיוחד נמתחת על הגרסה החזקה, המהותית והא-סימטרית של הזכות לשוויון, המוכרת גם כגישה האנטי-סמכותנית, האנטי-היררכית או פשוט 'הפרשנות הלא שוויונית' של הזכות לשוויון.<sup>17</sup>

ביקורת מסורתית במידת מה מבוססת על תפיסת החוק כמשמר את הסטטוס קוו, ולא כגורם מחולל שינויים. במשפט החוקתי הגרמני נדחתה במפורש תפיסה שמרנית זו של החוק על ידי בית המשפט החוקתי הפדרלי.<sup>18</sup> בהחלטה בעניין הזכות להשתמש בשם הנעורים אחרי הנישואים קבע בית המשפט שאין להצדיק יחס לא שוויוני באמצעות פנייה למבנה המסורתי של סיטואציה, כגון נישואים. אם נקבל את המציאות החברתית הקיימת כפשוטה, ההוראה החוקתית תאבד את תפקידה, להטמיע שוויון מגדרי בעתיד.<sup>19</sup> מניסוח ההחלטה בגרמנית קשה להבין אם בית המשפט רואה את המצב כשונה, כמו בניתוח המסורתי של הזכות

17 ראו MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, לעיל הערה 6. אני מבינה את עבודתם של Deborah Rhode ושל Cass Sunstein כגרסאות שונות במקצת לחשיבה השוויונית. לדיון בנושא בגרמניה ראו Baer, לעיל הערה 4; וכן Susanne Baer, 'A Different Approach to Jurisprudence? Feminisms in German Legal Science, Legal Cultures, and the Ambivalence of Law,' *3 Cardozo Women's Law Journal* 251 (1996)

18 את ההצהרה הראשונה אפשר למצוא בהחלטה בחוק הפנסיה מ-1981 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) (Federal Constitutional Court), 57, 335 (345) (FRG). ראוי לציין שרבים מהחוקרים בתחום המשפט החוקתי נטו או עדיין נוטים להתעלם מהפוטנציאל הטמון בדוקטרינה זו. לניתוח מפורט ראו Ute Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung* (2d ed. 1996)

BVerfGE 84,9 (18-19) 19

לשוויון, או כלא שווה, כנדרש מפרשנות מהותית של הזכות לשוויון. מכל מקום, הטיעונים הדוקטרינריים והריון בזכות לשוויון בפסקי דין מאוחרים יותר מצביעים על כך שהפרשנות המהותית קונה לה שביטה בתורת המשפט של בית המשפט הגרמני.<sup>20</sup>

ביקורת נוספת על הגישה השוויונית באה לידי ביטוי במחקר משווה של דיני ההטרדה המינית. רוברט האסבנדס (Robert Husbards) מתייחס לגישה המבוססת על כבוד האדם, והוא מתאר אותה כ'רחבה יותר' מהזכות לשוויון.<sup>21</sup> אולם עדיין לא ברור עד כמה החוק יכול להיות 'רחב יותר' מבלי לאבד מהלגיטימציה שלו. רבים חושבים שדיני ההטרדה המינית מוחלים כבר היום על אופני התנהגות רבים מדי, ובייחוד זוהי הגישה כלפי התבטאויות. על פי רוב 'רחב יותר' מרמז על הגדרה מדויקת פחות וספציפית פחות, אולם הבנה כזאת מותירה אותנו עם העיוורון המסורתי, הניטרלי למגדר, ועם האפשרות שחוקים כאלה לא יהיו יעילים. יש החושבים שחוק הוא 'רחב יותר' אם אינו מתמקד באפליה הפוגעת בעיקר בנשים. ואולם דיני ההטרדה המינית חלים גם על גברים, אם הם מופלים לרעה ונפגעים עקב מינם. הטיעון כנגד חוק כזה מחטיא את המטרה, ולא זו בלבד אלא שבטיבו הוא יותר פולמוסי ממשפטי.

גרסה מעניינת ומורכבת יותר של הגישה המבוססת על הזכות לכבוד היא של קורנל (Drucilla Cornell), תאורטיקנית משפטית אמריקנית. לפי קורנל, אימוץ סטנדרט השוויון של מקינון 'גורר באופן בלתי נמנע הכפפה שיטתית של נשים לגברים'.<sup>22</sup> בכך קורנל מתייחסת לדילמה ה'פמיניסטית' או ה'פוסט-מודרנית', שרק בקושי רב אפשר להימנע ממנה בחוק. הדילמה נובעת מהמתח המתעורר כשאמירה משפטית כלפי הייררכיה מגדרית מנציחה אותה הייררכיה במישור

20 הדבר נכון במיוחד בעניין ההחלטה על משמרת לילה מ-1992, BVerfGE 85,191. ראו גם את ההחלטה בעניין אפליה בנגישות למקומות עבודה בשכר מ-1993,

BVerfGE 89, 276

21 Robert Husbards, 'Sexual Harassment Law in Employment: An International Perspective,' 131 *International Labour Review* 535, 558 (1992)

22 Cornell, לעיל הערה 5.

השפה – ועל כן גם בסדר הסימבולי – אך נועדה עם זאת להיאבק בה.<sup>23</sup> קורנל מותחת אפוא ביקורת על דיני ההטרדה המינית בשל פלישתם ל'מרחב הדמיוני', היינו לתחום הקיום הסמלי של גברים ונשים. כדי להימנע מפלישה זו קורנל מציעה גישה המבוססת על התפיסות הרולסיאניות של כבוד עצמי, של חירות ושל היות אדם (personhood). גישה זו תציע 'ערובה חוקית ליסודות החברתיים של כבוד עצמי'.<sup>24</sup> 'טוב ראשוני' זה אמור, לדעת קורנל, להפוך לסטנדרט ההשוואתי שלאורו ייבחנו יחסי כוחות לא שוויוניים.<sup>25</sup> על פי השקפה זו תופר הזכות לכבוד עצמי כאשר 'בושה מינית' תיכפה באמצעות "הורדת הפרטים לדרגה של נושאי סטראוטיפים או של אובייקטים בפנטזיות על "מינם".<sup>26</sup>

אולם בסופו של דבר הטיעון של קורנל – בעד החלפת השוויון בכבוד ובזכות למרחב דמיוני – לא ממש משכנע. ראשית, אפשר וצריך להבחין בין לשון החוק והמטרות, הצורות והמבנים המסוימים של השיח המשפטי לבין ההבניות הסמליות בשדות שיח אחרים. הערכוב של מושגים משפטיים עם מינוח המשמש בהקשרים אחרים מטעה ובסופו של דבר פוגע ביעילות של כל חוק. אין פירוש הדבר שביקורת על האופי הסגור של השיח המשפטי אינה נחוצה או שאיננה תקפה. עם זאת חשוב להצביע על ההבדל בין התבטאות מפלה לבין חוק הקובע כיצד לפעול נגדה.

שנית, שימוש בזכות למרחב דמיוני ולמניעת 'בושה מינית' אינו תחליף נאות לניחות מזווית השוויון. בתיאור הזכות לכבוד אצל קורנל<sup>27</sup> יש דמיון רב לתיאורים בדוקטרינה החוקתית הגרמנית של הפרדת הזכות לכבוד האדם. הוא כולל את האלמנטים המוכרים היטב של ניטרליות למגדר, אינדיווידואליות ורצון חופשי. ואולם בדיוק בנוגע ליסודות אלה הפילוסופיה המשפטית המסורתית, הפרשנויות המסורתיות של שוויון והחוקים המתאימים להן למניעת אפליה

23 התיאור המצוטט ביותר של הדילמה הוא מן הסתם של Audre Lorde, 'A Master's Tool Will Never Dismantle the Master's House,' *Sister Outsider* (1984).

24 Cornell, לעיל הערה 5, עמ' 227.

25 שם, עמ' 206.

26 שם, עמ' 170.

27 שם, עמ' 227.

הוכיחו את עצמם כלא מספקים במאבק באפליה. חוקים המבוססים על ניטרליות למגדר נוטים להסתיר את המציאות של הייררכיה מגדרית; אינדיווידואליות התגלתה כמסתירה את התביעות המושרשות של גברים לזכויות יתר מעצם השתייכותם לקבוצה המוגדרת על פי זהותה המגדרית; ואילו הרצון החופשי הוכר כפיקציה משפטית שלא פעם – כמו בדיני עבודה – נותנת לגיטימציה לניצול.<sup>28</sup> לסיכום, חוק המבוסס על תפיסה של אנשים כפרטים אינו מסוגל להכיל את המציאות הסבוכה שאנו חיים בה.<sup>29</sup>

### מתאוריה לדוקטרינה

הסברים חדשים של הדינים למניעת הטרדה מינית בפרט ושל הדינים למניעת אפליה מינית בכלל, המתרחקים מפרשנות של שוויון מהותי, אינם תאורטיים גרדא. אפשר לתרגמם בנקל למה שחוקות רבות ברחבי העולם – לרבות סעיף I לחוקה הגרמנית (Grundgesetz) – מכנות 'כבוד האדם'.<sup>30</sup> לפיכך המגמות בתאוריה המשפטית הערכנית שתוארו לעיל אינן אלא דוגמה נוספת ליישומו של מודל ההתנגשות. גישות אלה מבחינות בין כבוד לשוויון. בפרט טיעון כגון זה שניסחה קורנל אינו יוצא דופן בימינו. נעשו מאמצים להמשיג את הפגיעה הנגרמת ביחסים מגדריים במונחים ניטרליים מבחינה

28 בתגובה על הדינים למניעת אפליה על רקע גזעני, לרבות הטרדה במקום העבודה, טענו רבים כי חופש החזוים, עיקרון המוגן בחוקה כחלק מזכות הבחירה חופשית בסעיף 2 חלק I, חוק היסוד, כולל פעולות של מרות. לפירוט הדיון הגרמני ראו Susanne Baer, 'Ende der Privatautonomie oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?' 35 *Zeitschrift für Rechtspolitik* 290 (2002)

29 לדיון מרתק בטיבו של הסובייקט בחוק ראו את אוסף המאמרים בתוך *Sexing the Subject of Law* (Ngaire Naffine and Rosemary J. Owens eds., 1997); Nicola Lacey, *Unspeakable Subjects* part I (1998)

30 החוק למניעת אפליה מינית בהודו התבסס לעתים על צניעות, תפיסה קרובה לכבוד האדם בפן האינדיווידואליסטי שלו. ראו את חיבורה של Martha Nussbaum בכרך זה [הכוונה לספר שמתוכו לקוח המאמר של באר. המאמר של נוסבאום אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)].

מגדרית. ניסיונות להגדיר פגיעה שלא בהקשר קבוצתי נראים מתאימים יותר למודל האינדיווידואלי-ליברלי של הסובייקט המשפטי מלגישת התאוריה הפמיניסטית או לגישת התאוריה הביקורתית כלפי גזע (CRT), המציבות את הפגיעה עקב אפליה בהקשר החברתי, ועל כן גם בהקשר האינדיווידואלי וגם בהקשר הקבוצתי. תאורטית, התייחסויות לחופש בחירה, לאי-התקבלות ברצון, ליחסי מין בהסכמה, להגדרה עצמית וגם – בסופו של דבר – לחירות, מצביעות על מגמה כזו. במשפט, הפנייה לכבוד האדם באה במקום חוקים למניעת אי-שוויון ואפליה. בטרם ארון בדוקטרינה, ברצוני להתייחס בקצרה למניעים לשינוי המגמה המתואר.

### סיבות לשיבה לאחור

החלפת דיני השוויון בניתוח המבוסס על הזכות לכבוד היא אטרקטיבית מכמה טעמים. אחרי הכול כיום נלווית סטיגמה ל'מכסות', ל'העדפה מתקנת', לחוקים 'מיוחדים' לנשים או לקבוצות מקופחות מימים ימימה וכן למהלכים אחרים לקידום שוויון הננקטים משנות החמישים של המאה העשרים ואילך. הפנייה לנורמה ישימה ומקובלת על רבים נראית מבטיחה מבחינה פוליטית ואסטרטגית על מנת להימנע מן הסטיגמה.<sup>31</sup>

זאת ועוד, אפשר בנקל למקם את המעבר משוויון לכבוד בתחום ההתמקדות, האטרקטיבי מבחינה תאורטית, של בנייה ופירוק של העצמי. ניתוח האפליה המינית על בסיס כבוד האדם נסמך על קטגוריה אוניברסלית, שהיא בסופו של דבר גם קטגוריה מוסרית.<sup>32</sup> ניתוח כזה מבטיח מציאת דרך ניטרלית ואובייקטיבית להגדרת אי-צדק, ובו בזמן מותיר לכאורה די מרחב להבדלים בין בני האדם. על כן

31 Cornell, לעיל הערה 5, עמ' 194 ('אכיפה חד-צדדית'). באירופה הדיון מתמקד בבחינת ההשלכות המגדריות (gender mainstreaming) שלעיתים קרובות מכינים אותו – ולא פעם מנצלים אותו לרעה – כתחליף לאסטרטגיות של שוויון. כפי שבא לידי ביטוי בסעיף 3, חלק 2 לאמנה לכינון הקהילה האירופית, בחינת ההשלכות המגדריות היא האמצעי המבני להוציא את השוויון מהכוח אל הפועל.

32 ראו John Rawls, *A Theory of Justice* (1971). לגישה דומה ולהגנה מרשימה על אוניברסליות המבוססת על רעיון קנטיאני של הנושא ראו Renata Salecl, *The Spoils of Freedom* (1994)



נראה שעקרון הכבוד אינו מאפיל על האינדיווידואליות של האדם, כפי שמציינים הקונסטרוקטיביסטים, בהנחה שיש אי-שוויון מובנה.<sup>33</sup> נראה גם שהגישה המבוססת על כבוד האדם מתחמקת מהדילמה הכרוכה בצורך להגדיר מחדש מהו קרבוני על בסיס מגדר באמצעות מתן שם לתופעה וניסיון לחוקק חוק נגדה.<sup>34</sup>

לבסוף, ניתוח אפליה על סמך כבוד האדם – ולא על סמך שוויון – עשוי להתאים יותר למסתמכים על חוויות שהגורם המרכזי בעיצובן לא היה אי-שוויון. ליתר דיוק, הבולטים שבפרשנים ובתאורטיקנים המשפטיים נוטים שלא להתבטא במונחים המרמזים על דירוג מעמדי. הטרוסקסואליות, האדם הלבן, המסורת היהודית-נוצרית ומה שאפשר לכנותו 'התמקדות בזכר' עדיין קובעים את הסטנדרטים במשפט ובפילוסופיה. לפיכך קרוב לוודאי שאי-שוויון מתמשך לא ישמש מקור עיקרי לפרשנות ולהבנה, אולם שלילת הערכה או פגיעה בכבוד הן התנסויות שאפילו אנשים מקבוצות חברתיות דומיננטיות מסוגלים להבין. יתרה מזו, התמקדות בזכות לכבוד אינה מסכנת זכות יתר שיש מי שמבקש לשמר.<sup>35</sup>

עם זאת, ובייחוד מנקודת ראותם של מי שאינם בעלי זכויות יתר, שאינם זוכים לכבוד ושעדיין אינם נהנים משוויון – נראה שמחיר הרווחים שהופקו משינוי התאוריה יקר מדי. לשינוי התאורטי, המונע משיקולים אסטרטגיים ופילוסופיים, יש השלכות מסוכנות – הן בהיבט הדוקטרינרי והן בפועל.

- 33 Cornell, לעיל הערה 5, עמ' 225 (מתייחסת ל-Judith Butler).
- 34 ראו באופן כללי, Martha Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law* (1990); Susanne Baer, 'Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot: Der Abschied von Thelma und Louise,' 28 *Kriminologisches Journal* 242 (1996)
- 35 מעניין לציין שבדרום אפריקה, שבה גברים ונשים שותפים להיסטוריה של דיכוי על רקע גזעני ואשר בה דיכוי גזעני היה לעתים קרובות בעל אופי מיני, החוק מעניק ערובה רצינית לזכויות שוויוניות והגנה חזקה על הכבוד האישי. הדבר מצביע על מודל של זיקה הדדית בין השניים ולא על מודל ההתנגשות המסורתי. מכל מקום, כפי שמתברר מדיווחים על ההשפעה הפוחתת של נשים בפוליטיקה, ההיררכיה המגדרית נמשכת והיא תומכת בנטייה להדגיש את כבוד האדם ולא את השוויון.

### מציאויות שיש לשקול: היבטי הניתוח ההשוואתי

הדמיון בהוויה החברתית של בעיית ההטרדה המינית של נשים עוברות ברחבי העולם מאפשר השוואה ישירה של הפתרונות המשפטיים. כשבוחנים אותן לפרטיהן, אין ספק שיש הבדלים במשמעות התרבותית ובשיח הנוגעים למילים ולפעולות שהן בבחינת הטרדה, אך באופן כללי נראה כי החוויות דומות. עם זאת התגובות המשפטיות להן שונות למדי. דיני ההטרדה המינית באירופה ובארצות הברית שונים באופן שממחיש את ההבדל בין גישה לאפליה מינית המבוססת על כבוד לבין גישה לאפליה מינית המבוססת על שוויון. ובדומה למפנה התאורטי לעבר כבוד האדם גם התגובות המשפטיות מתבססות על מודל ההתנגשות בין כבוד לשוויון, ולא על מודל הזיקה ההדדית.

בדין האירופי והגרמני הטרדה מינית במקום העבודה נתפסת כפגיעה בכבוד האישי.<sup>36</sup> מבחינה תרבותית יש בכך היגיון רב. אם תשאלו מה אופי הפגיעה הנגרמת בעטייה של הטרדה מינית, הגרמנים ייטו לסבור שכבוד האדם הוא הזכות של נשים שהופרה במקרים מסוג זה. הדבר עולה בקנה אחד עם הבנת מושג ה'נזק' אצל האירופים, ובייחוד עם הבנת מושג ה'הנזק' שהתפתחה באירופה אחרי 1945, תקופה שמתייחסים לרמיסת כבוד האדם בה כמייצגת נזק מהסוג הגרוע ביותר. אמנם חוקים שתאמו את האידאולוגיה הנאצית התייחסו לכבוד – ככל שמצאו לנכון להזכירו – כאלמנט מבחין בין גזעים, שיוחס לארים בלבד, ואמנם האידאולוגיה הפשיסטית לשוויון פירשה את השוויון באופן שייחס זכויות לאנשים על סמך ההבדלים ביניהם, שהוגדרו במונחים גזעניים; אך הדין שלאחר המלחמה ובייחוד המשפט החוקתי הגרמני הגדיר את כבוד האדם כזכות הראשונה במעלה של כל פרט בלא קשר ליכולותיו ולמאפייניו השונים.<sup>37</sup> כיום הזכות לכבוד האדם היא קנה המידה האוניברסלי להפרות בוטות של זכויות

36 לעניין התפתחויות חדשות יותר ראו הערה 1.

37 הדיון בין אנשי אקדמיה העוסקים בתחום החוקתי במשמעות של המושג 'כבוד' הושפע זה זמן רב מאירועים אלה. בשנות החמישים והשישים של המאה העשרים היו מי שטענו שיש לזכות בכבוד באופן אישי ולפיכך אין לייחס לאדם כבוד אך ורק משום היותו בן אנוש. כבר מתחילת הדרך החליטו בתי המשפט שכבוד האדם הוא זכות למניעת התייחסות משפילה אל מאן דהו, כאל אדם שערכו נחות. לדיון נוסף בנושא ראו Baer, לעיל הערה 4, עמ' 217-219.

הפרט. לעומת זאת כששואלים אנשים בארצות הברית איזו זכות הופרה עקב הטרדה, הם נוטים לציין את הזכות לשוויון. בעיני רבים העובדה שנשים סובלות מהטרדה מינית במקום העבודה מצביעה על אי-שוויון במעמדן, ונראה שיש בכך כדי להפר את הזכות לשוויון ההזדמנויות להתפרנס. הדבר עולה בקנה אחד עם הבנת מושג ה'נזק' שביססה התנועה האמריקנית לזכויות האזרח באמצעות השימוש בשוויון בתביעות למען הזכות להיעדר אלימות, הטרדה ואי-שוויון בנגישות למתקנים ציבוריים. בארצות הברית השוויון הוא אפוא קנה המידה להפרת זכויות.

מלבד ההיבטים התרבותיים המעצבים את התפיסות השונות של הטרדה, יש הבדל גם במסגרות החוקתיות שבהן ממוקמים דיני הטרדה באירופה ובארצות הברית.<sup>38</sup> בנקודה זו ההבדל התרבותי הופך להבדל דוקטרינרי. בחוקה הגרמנית כבוד האדם הוא זכותו הראשונית, הבסיסית ולרוב היסודית ביותר של הפרט. באירופה זהו חלק מהקונסנזוס החוקתי, שכן רבות מהמדינות החברות באיחוד האירופי כללו את הזכות לכבוד האדם בחוקה שלהן,<sup>39</sup> והיא מתנוססת גם בראש האמנה האירופית החדשה לזכויות האדם.<sup>40</sup> בגרמניה הזכות הבסיסית לכבוד כערך אוניברסלי נתפסת כמענה מפורש לשואה – ה'לעולם לא עוד' במשפט

38 לדיון בתורות משפט ברחבי העולם ראו את הפרק שלי על כבוד האדם, הגדרה עצמית ופרטיות בתוך Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó, and Susanne Baer, *Comparative Constitutionalism* (forthcoming, 2003) [פורסם בינתיים בהוצאת West, 2003]

39 Belg. Const. art. 23; Greece Const. art. 2; Italy Const. arts. 2, 41; Port. Peter Häberle, ראו Const. art. 1; Spain Const. art. 10; Swed. Const. art. 2 'Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft' in I *Handbuch des Staatsrechts* 20 n. I (Josef Isensee and Paul Kirchhof eds., 1998)

40 מגילת הזכויות נוסחה בהשפעה גרמנית חזקה, בין היתר משום ש-Roman Herzog, איש אקדמיה גרמני בתחום המשפט החוקתי, עמד בראש הוועדה לניסוחה מחדש. את התהליך המלא ותוצאותיו אפשר למצוא באתר האינטרנט [www.consilium.eu.int](http://www.consilium.eu.int) (נבדק ב-1 ביולי 2001). לנושא החשיבות של מגילת הזכויות ראו Susanne Baer, 'Grundrechtecharta ante portas,' 33 *Zeitschrift für Rechtspolitik* 361 (2000)

החוקתי – והיא נקבעה בפסיקה כאיסור על יחס משפיל ולא אנושי. אמנם גם בדיני השוויון יש תגובה משפטית חזקה על השואה, אך הדאגה העיקרית במסורת החוקתית הגרמנית היא כלפי הפגיעה בעצם האינדיווידואליות.<sup>41</sup> אפשר להבין זאת כרחיית האידאולוגיה הקבוצתית הפשיסטית וכניסיון לבסס מחדש את כבודו של הפרט בלי קשר למסגרות השתייכותו. כפי שינסחו זאת עורכי דין גרמנים למשפט חוקתי, יחס משפיל אסור אם הוא הופך בני אדם לאובייקטים, מתייג אותם או מונע מהם חירויות בסיסיות.<sup>42</sup> כאן אנו מוצאים קווי דמיון מסוימים בין הפרשנות החוקתית הגרמנית לבין ההתפתחויות התאורטיות בהבנת האפליה, שתוארו לעיל.

לעומת זאת החוקה האמריקנית אינה מזכירה את כבוד האדם. תוצאה אחת של חסר זה היא ריבוי המקרים הנתפסים כבעיות של התיקון הראשון לחוקה.<sup>43</sup> יש בכך היגיון, שכן כבוד האדם יכול להתפרש כהיבט של הזכות לחירות. אולם כאשר אנו שוקלים את הזכות לשוויון, חסרים בה היבטים חשובים של כבוד האדם. כפי שטענו ברהיטות רבים מאנשי האקדמיה,<sup>44</sup> בארצות הברית השוויון נתפס בעיקר כזכות סימטרית ופורמלית ולא כהוראה מהותית ואנטי-היררכית. לפיכך כבוד

41 בפרק 3, סעיף קטן 3 Grundgesetz נקבע: 'אין להפלות או להעדיף אדם בשל מין, הורות, גזע, שפה, מולדת וארץ מוצא, אמונה, דת או דעה פוליטית. אין לקפח אדם בגין מוגבלות.'

42 ראו באופן כללי Ingo v. Münch and Philip Kunig eds., 4<sup>th</sup> ed. 1996) Grundgesetz-Kommentar art. 1

43 בהשוואה לכך, תורת המשפט של התיקון הראשון לחוקה נוטה לכסות מקרים רבים שאפשר היה להתווכח עליהם לאור הוראות חוקתיות אחרות, לו עמדה לרשותנו סכמה מפורטת יותר של זכויות הפרט. למשל במחלוקת המפורסמת בעניין סקוקי (Skokie) אפשר היה לדון לא רק כסוגיה של חופש הביטוי, אלא כהפרה פוטנציאלית של כבודם של ניצולי שואה או, לצורך העניין, כהפרת זכותם לחיות בקהילה כשוויים בעלי זכות שווה לכבוד. ראו Skokie v. Nationalist Socialist Party of America, 366 N.E.2d 347 (1977); Collin v. Smith, 578 F.2d 1197 (7<sup>th</sup> Cir.), aff'g 477 F. Supp. 676 (N.D. Ill. 1978). אולם עצם קיום הזכות לכבוד האדם בתוך חוקה אינו יכול להעיד על השפעתה בפועל. בהודו למשל נעשה שימוש תכוף בזכות החוקתית לכבוד כדי להרחיב את כוחות הפררציה יותר מאשר כדי להגן על פרטים מפני פגיעה.

44 לפרשנות מרחיקת הלכת ביותר ראו MacKinnon, לעיל הערה 10.

האדם אינו חלק מתורת המשפט של השוויון אפילו במרומו, כשם שהחירות אינה נתפסת כבעלת זיקה לשוויון. אפשר אפוא לומר שתורת המשפט האמריקנית מיישמת במשתמע את מודל ההתנגשות, ולא את מודל הזיקה ההדדית.

בחוקה הגרמנית הערוכה לכבוד האדם לא רק כתובה במפורש, אלא היא גם הוראה אוניברסלית, אינדיווידואליסטית וניטרלית מבחינה מגדרית. מאחר שכבוד האדם מופיע בראש רשימת זכויות היסוד הגרמניות, ה-*Grundrechte*, הוא משמש *tertium comparationis* (נקודת השוואה) לשוויון, אמת מידה למדידת מהותו של יחס לא שוויוני. בנקודה הזאת החוקה הגרמנית פותחת צוהר לגישה של זיקה הדדית בין כבוד, חירות ושוויון. הזכות לכבוד מספקת דרך לפרש את השוויון פירוש א-סימטרי, פירוש שונה מזה של תורת המשפט האמריקנית. אולם בחינת הדין הגרמני למניעת הטרדה מינית מראה כי צוהר זה טרם נפתח במלואו. אמנם מבחינה חוקתית נראה שזיקה הדדית היא הדרך שיש לנקוט, אך המחוקק ובתי המשפט עדיין מיישמים את מודל ההתנגשות, לפחות ככל שמדובר באפליה על בסיס מין. הדבר יוצר בעיה מיוחדת משום שהוא מנוגד לשינויים שהוכנסו לחוקה לאחר איחוד גרמניה, שהפכו את הזכות לשוויון מיני מזכות להיעדר הבחנות לא הוגנות לזכות להיעדר קיפוח על בסיס מגדר, וסטו בכך מגישה השוויון הסימטרי והפורמלי לעבר שוויון במובנו המהותי.<sup>45</sup> מכל מקום גם הוראת שוויון מהותי ישימה רק כאשר הבעיה נתפסת כבעיה של אי-שוויון. אם הטרדה מינית או כל ביטוי אחר של אפליה מינית אינם נתפסים כפגיעה בשוויון, הוראות חזקות של שוויון לא יסייעו לנשים במקרים אלה. כאן גובר מודל ההתנגשות ברמה האפיסטמולוגית, ויש לכך השלכות דוקטרינריות קשות.

### פרטים דוקטרינריים

בגרמניה, שלא כמו בארצות הברית, הטרדה מינית לא הוגדרה בחוק כאי-שוויון. כאן תפיסות תרבותיות דומיננטיות הפכו לחקיקה, שכן כמו בנציבות האירופית

45 סעיף 3, סעיף קטן 2 ל-*Grundgesetz* תוקן ב-1994. לפני השינוי היה הנוסח: 'נשים וגברים הם שווים'. נוסח המשפט השני החדש: 'המדינה תקדם את היישום החברתי של שוויון בין נשים לגברים ותפעל להסרת הפגיעות הקיימות'.

גם בגרמניה נאבקו הנשים למען גישה המבוססת על שוויון אך לא הצליחו לגבור על הגישה, המבוססת בעיקרה על הזכות לכבוד, לדינים למניעת הטרדה במקום העבודה.<sup>46</sup> החלטת המחוקק לבחור בזכות לכבוד בהתבסס על מודל ההתנגשות, שאינו מתחשב כלל בהנמקות המבוססות על שוויון, הביאה לידי בעיות דוקטרינריות כבדות משקל. חלקן מוכרות מההתפתחויות המשפטיות בארצות הברית. אמנם אין בארצות הברית הגדרה מחייבת להטרדה מינית בחוק, אך יש בפסיקה אנלוגיות לכל המאפיינים של החקיקה האירופית. ואולם ההלכה הפסוקה מגדירה הטרדה כאי־שוויון. מלבד זאת, ואף שהדבר אינו מחייב מבחינה משפטית, הנציבות האמריקנית לשוויון הזדמנויות בעבודה (EEOC) מתארת הטרדה מינית כבעיה שכיחה של אפליה במקום העבודה.<sup>47</sup> כשכתי המשפט בארצות הברית מפרשים את הפרק השביעי לחוק זכויות האזרח, הם מצביעים על כך שבהטרדות מסוג קווי־פרו־קו או מסוג סביבה עוינת במקום העבודה יש משום הפרת הערובה לשוויון זכויות. המצב באירופה שונה. החקיקה למניעת הטרדה מינית ברחבי העולם כוללת כמה מאפיינים דוקטרינריים ספציפיים: הגדרת הבעיה, הרלוונטיות של הלך הרוח הסובייקטיבי

46 Evelyn Collins, 'European Union Sexual Harassment Policy' in ראו *Sexual Politics and the European Union* 23 (Amy Elman ed., 1996).  
Husbands מתעלם מהשוני היסודי כשהוא משבץ את המלצת הנציבות האירופית בקרב חוקי שוויון ההזדמנויות, שכן הנציבות הייתה מעוניינת בכבוד לגברים ולנשים כאחד. ראו Husbands, לעיל הערה 21, עמ' 546. לדין של הנציבות האירופית ראו את המלצתה EEC/92/131 מ-27 בנובמבר 1991 בעניין ההגנה על כבוד הנשים והגברים במקום העבודה (L 049) art. 3, 1992 O.J. (להלן: המלצת הנציבות בעניין ההגנה על זכות הכבוד של נשים וגברים במקום העבודה) ('הואיל והתנהלות לא רצויה בעלת אופי מיני או התנהלות אחרת המבוססת על מין והמשיעה על כבודם של נשים וגברים במקום העבודה, לרבות התנהלותם של ממונים או עמיתים, אינה מקובלת ועלולה בנסיבות מסוימות להיות מנוגדת לעקרון היחס השוויוני כמשמעו בסעיפים 3, 4 ו-5 של צו המועצה EEC/76/207 מיום 9 בפברואר 1976 בעניין היישום של עקרון היחס השוויוני לגברים ולנשים בכל הנוגע לנגישות לעבודה, להכשרה מקצועית וקידום ולתנאי עבודה').

47 29 C.F.R. § 1604.II(a) (1992)

של המטריד, הגדרת פגיעה, הרלוונטיות של החוויה הסובייקטיבית של המוטריד, הערכת האחריות לפגיעה שנגרמה, ההגנות המותרות, הסנקציות, וההליכים שבהם מעריכים כל זאת. הדין הגרמני<sup>48</sup> מגדיר הטרדה מינית כפעולה מכוונת, בהכרח בעלת אופי מיני, שלפחות בחלקה ניכר שנדחתה או הוכחה כלא רצויה, המפרה את כבוד האדם של הפרט במקום העבודה. הסטנדרט שלפיו ייבחן המעשה הנתון במחלוקת ולפיו תוערך מידת הפגיעה הוא הסטנדרט של כבוד האדם, הניטרלי מבחינה מגדרית. הדין מתייחס לכבוד האדם מבלי להגדיר אותו, ועל כן זהו מושג פתוח לפרשנות החוקתית שתוארה לעיל. בחינה מדוקדקת יותר של חלק מיסודות אלה של הדין הגרמני ושל ההסדרה המשפטית האירופית<sup>49</sup> חושפת את הבעיות המתעוררות עקב כך. בחינה זאת חושפת את ההנחה שמוטב להמשיג את החוקים למניעת הטרדה מינית דרך מודל הזיקה ההדדית בין כבוד האדם לשוויון, ולא דרך מודל ההתנגשות, וגם לא, כפי שנעשה במקרה זה, רק דרך הזכות לכבוד.<sup>50</sup>

- 48 התרגום שלי לחוק הפדרלי להגנה על עובדים (Beschäftigtenschutzgesetz). גישות נוספות המבוססות יותר על שוויון אפשר למצוא בחוקים המדינתיים בגרמניה (German Länder) כגון בהסה ובברלין. אוסף מתומצת של חוקים אלה נמצא ב- *Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder: Kommentar für die Praxis* (Dagmar Schiek et al. eds., 1996).
- 49 אלמנט נוסף הוא אחריות. בדין הגרמני נדיר שרואים במעבידים אחראים, ואילו בדין האמריקני (ואף יותר בקנדי ובבלגי) זה המצב לרוב, ומוטלת אחריות רבה יותר על המעביד, והוא נדרש לנקוט אמצעי מנע ולכוון מערכת של קבילות וענישה. אלמנטים נוספים הם טענות הגנה וענישה: בדין הגרמני אנו מוצאים תגובות בנוסח המקובל בחוקי עבודה של מעביד הנוזף במטריד, לרבות חשש מפטרנליזם. שיטות משפט אחרות שבהן הטרדה מינית מסווגת כהפרה של הסכם העסקה ושל חובות (ולא של זכויות) כוללות את שיטות המשפט בבלגיה, באיטליה, בפורטוגל ובשווייץ. ראו גם Husbands, לעיל הערה 21, עמ' 547. אלמנט חשוב נוסף בדין ההטרדה הוא הפרוצדורה; החוק הגרמני אינו קובע נציגים מיוחדים, אך אנו מוצאים שבחלק מתכניות ההערפה המתקנת ממנים עובד שיטפל בתלונות. בנוגע לבלגיה ראו שם, עמ' 555. להתפתחויות חדשות יותר ראו הערה 1.
- 50 ראו גם את ההפניה לכבוד האדם בתורת המשפט הקנדית בעניין שוויון. לדוגמה *Miron v. Trudel* [1995] D.L.R. 693 (Can.)

ראשית, הדין הגרמני מגדיר הטרדה מינית כהתנהגות מכוונת. לפיכך הלך רוחו הסובייקטיבי של הפרט הפועל רלוונטי. כאן הדין הגרמני הולך בעקבות הזכות לכבוד האדם, שכן ההשפלה המכוונת היא הנחשבת להפרת זכות זו של הפרט. לעומת זאת גישת השוויון לאפליה מינית לא הייתה מייחסת חשיבות כזאת ליסוד הכוונה של הפרט הפועל. כידוע לנו מהמחקר הפמיניסטי על אפליה מינית, ההתנהגות המפלה טבועה עמוק באדם, היא שיטתית ונתפסת כנורמלית, ולכן לעתים קרובות אינה מלווה בכוונה במובנה המשפטי. מלבד זאת עקרון השוויון מחייב הנמקה המתייחסת לתוצאה יותר מלכוונה, לנזק בפועל יותר מלמחשבות, ולכן נוטה שלא להתייחס להלך רוחו של הפרט שביצע את המעשה. בית המשפט האירופי לצדק הכיר בכך במקרה שבו דן באפליה על בסיס הריון של מועמדות שביקשו להתקבל לעבודה, והצהיר שלצורך יישום הדין למניעת אפליה מינית יש להסיק את חבותו של אדם מעצם הפעולה מפלה, ואין כל דרישה להצביע על כוונה.<sup>51</sup> מכאן שאילו הוכנו הדינים למניעת הטרדה מינית כדינים למניעת אפליה, דרישת הכוונה שבדין הגרמני הייתה מפרה בכירור את הסטנדרט האירופי הזה. אך מאחר שהחוק הגרמני נועד להגן על זכות העובדים לכבוד, בשלב זה קשה לפחות באותה מידה להוכיח נקודה זאת. אפילו ההמלצה האירופית למניעת הטרדה, המבוססת על כבוד האדם, רואה כהטרדה רק את הפעולות שהעושה ידע, או שהיה עליו לדעת, שהן פוגעות בקרבן. גם גישה זו אינה נתפסת כהפרת הדרישות של בית המשפט בכל הנוגע לדיני האפליה המינית, שכן במקרה של הטרדה המוקד העיקרי הוא כבוד האדם.

שנית, החוק הגרמני דורש שההטרדה תהיה בעלת אופי מיני. נראה שהחוק מתכוון להוציא את המיניות ממקום העבודה, ולחזק בכך את ההבחנה המסורתית בין הציבורי (המוגדר אידאולוגית כ-מיני) לפרטי (המוגדר כמרחב אינטימי). אולם לא ברור בדיוק למה הכוונה ב'מיני' או היכן בדיוק עובר הגבול בין השניים. וחשוב לדעת זאת, שכן רבים ממקרי ההטרדה של נשים במקום העבודה הם בעלי אופי מגדרי, אך לא כל הטרדה מתייחסת לנשים במפורש כאל אובייקט מיני. זאת ועוד, בלי הסבר נוסף על אופי ההתנהגות ה'מינית' ההסדרה של ההתבטאות המינית בחוק נוטה להפוך למכשיר לאכיפת ציוויים מוסרניים,



ולאו דווקא למנגנון למאבק באפליה. לדוגמה תורת המשפט הגרמנית בעניין כבוד האדם רואה במופעי חשפנות (Peep show) הפרה של זכות חוקתית, בה בעת שצורות אחרות של זנות נחשבות לחוקיות.<sup>52</sup> בחוק הפלילי הגרמני חלק מסוגי הפורנוגרפיה חוקיים, ואילו אחרים אינם חוקיים. כלומר בתי המשפט והמחוקקים מגדירים היבטים שונים של מיניות כ'טובים' או כ'רעים' במקום לנסות לתת מענה שיטתי לאפליה. בהחלטה הנוגעת למופעי חשפנות השתמשו בזכות לכבוד כזכות למנוע דחף מיני חסר עכבות של גברים, ולא כדי להגן על נשים מפני ניצול בשעת מעשה.<sup>53</sup> שוב, הגישה המבוססת על כבוד מובילה לכיוון זה בדיוק, ואילו גישת השוויון נוטה לפעול אחרת.

באופן דומה הגדירה הנציבות האירופית 'הטרדה מינית' כ'התנהגות לא רצויה בעלת אופי מיני או התנהגות אחרת המבוססת על מין, המפרה את כבודם של עובדים, נשים וגברים. יכולה להיכלל בכך התנהגות פיזית, מילולית או לא מילולית שאינה רצויה'.<sup>54</sup> לנוכח ההגשת האופי המיני של ההתנהגות המפלה, העניין העיקרי בדין האירופי, כמו בגרמני, מופנה אל הרכיב המיני. הטרדה נתפסת אפוא כבעיה רק כשהיא בעלת אופי מיני, מפורש או משתמע. בבתי המשפט, ובהיעדר ניתוח פמיניסטי של מיניות ושל משמעותה בהבניה המגדרית, ההטרדה המינית נתפסת כחטא מוסרי במקום שיכירו בה כבעיה הנטועה בהייררכיה מגדרית על בסיס מיני. ראוי לציין שההגדרה של הטרדה בגישת הנציבות האירופית מדגישה את המיניות, ולא זו בלבד אלא שהיא גם קושרת בין התנהגות מינית כחטא מוסרי לבין כבוד האדם כזכות הנדונה. הנציבות האירופית נמנעה מהכרה מפורשת בקשר בין הטרדה למגדר – רעיון

Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Federal Administrative Court) (BVerwGE) 64, 274 (Peep-show I); BVerfGE 84, 314 (Peep-Show II). אנשי אקדמיה העוסקים בתחום המשפט החוקתי מתחו ביקורת על החלטות אלה, על שהיה בהן משום כפיית ערכים ולא הענקת זכויות.

53 אותו הדבר קורה במשפט הפלילי, שם התנהגות 'מינית' הנחשבת לפלילית היא התנהגות המעוררת גברים ולא התנהגות הפוגעת בנשים. להמשך דיון ראו Baer, לעיל הערה 4, עמ' 252.

54 המלצת הנציבות בעניין ההגנה על זכות הכבוד של נשים וגברים במקום העבודה, לעיל הערה 46, סעיף 3.

שמוצאים בגישה השוויונית לדיני ההטרדה המינית בצפון אמריקה.<sup>55</sup> לפיכך הנציבות בחרה במודע בגישה המבוססת על כבוד האדם, עיצבה אותה לפי מודל ההתנגשות כנבדלת מהזכות לשוויון – ובאמצעות הגדרה מוסרנית של ההטרדה חשפה מיד את בעיותיה.

שלישית, הדין הגרמני מכיר בהטרדה רק כשנשים מתנגדות לה. בהגדרה שבסעיף 2, סעיף קטן 2(2) נדרש שמעשים מיניים או הזמנה לבצעם, נגיעות בעלות אופי מיני, הערות מיניות ופורנוגרפיה במקום העבודה יידחו בכירור – או שיוכח שאינם רצויים – כדי שייחשבו להטרדה מינית במובן המשפטי. דרישה זו מבוססת על מגוון של הנחות בעייתיות: היא מניחה שנשים שנמצאות בעמדת נחיתות בהייררכיה של מקום העבודה ובהייררכיה המגדרית מסוגלות לומר 'לא'; היא מניחה שהפגיעה נגרמת רק לאחר דחייה כזו; והיא מניחה שאלמלא דרישת הדחייה, נשים היו תובעות גברים ללא כל סיבה.<sup>56</sup> דרישת הדחייה אינה מאפשרת הכרה בהשפעה המנטרלת של ההטרדה עצמה, הכוללת בחלקה את השתקת הצד שהוטרה. יתרה מזו, לפי החוק על נשים לדחות את ההתנהגות 'בצורה ברורה'. יש בכך העדפת נקודת ראותו של המבצע, שכן בתי המשפט נוטים לשאול אותו אם התשובה 'לא' הייתה ברורה לו כשלילה. אם המטריד אינו מזהה שהתנהגותו אינה רצויה, אנו ניצבים לפני הבעיה המבנית המוכרת מדיני האונס, שבהם מצבו הנפשי של האנס קובע את שאירע.<sup>57</sup> כך גם המוטרה

55 Victoria A. Carter, 'Working on Dignity: EC Initiatives on Sexual Harassment in the Workplace,' 12 *Northwestern Journal of International Law and Business* 431 (1992); Anthony B. Haller, 'Sexual Harassment: An Import from America?' 4 *Business Law Review* 229 (1983). בצרפת החוק רואה בהטרדה שימוש לרעה בסמכות; מאחר שהוא מתעלם מהייררכיה מגדרית, אי-אפשר לתבוע על הטרדה מצד עמיתים לעבודה.

56 בשימועים הצהיר חבר פרלמנט שמרני שיש נשים המעוניינות שיטרידו אותן, אך אין מטרידים אותן, והן מבקשות לזכות בתשומת לב באמצעות תלונה חסרת שחר. *Focus*, 8 בנובמבר 1993, עמ' 53 (ציטוט דבריו של חבר הבונדסטאג von Stetten ('Kein Herz fuer Machos').

57 לדין נוסף בהוראות החוק הפלילי הגרמני בעניין אונס ראו Baer, לעיל הערה 4, עמ' 146-119; על זכויות הקרבנות ראו Alexandra Goy, 'The Victim-Plaintiff in Criminal Trials and Civil Law Responses to Sexual Violence,' 3 *Cardozo Women's Law Journal* 335 (1996).

מוצג כסובייקט עם כוח המוגדר לפי הנורמה האפיסטמולוגית הגברית. שוב, את הבעיה של דרישת הרחייה כחלק מההגדרה המשפטית של הטרדה מינית אפשר לייחס לגישה הננקטת ולמודל המיושם.

הפרטים הדוקטרינריים מגלים, בקיצור, שהגישה המבוססת על כבוד האדם בדין הגרמני והאירופי נוטה לבחון את ההתנהגות מזווית הפרט;<sup>58</sup> להעדיף את נקודת הראות של המבצע; לאפיין אנשים כגורמים אוטונומיים בלי להתחשב בהייררכיות החברתיות במקום העבודה; ולהתעלם מתפקיד המיניות באפליה המגדרית. לעומת זאת גישה שיטתית המבוססת על שוויון תכיר בפגיעה הנגרמת מאפליה בהקשר החברתי, תכיר בכך שהפיכה לאובייקט מיני היא אמצעי לאפליה על רקע מיני, תשתמש בסטנדרטים אובייקטיביים הרגישים לקרבנות, ולא תסתמך על נקודת ראותו של המבצע.<sup>59</sup>

שלושת היסודות הללו יחדיו הופכים את הדינים למניעת הטרדה מינית במקום העבודה בגרמניה ובאירופה לחסרי יכולת להתמודד עם הבעיה. בבסיס הבעיות הדוקטרינריות נמצאת הפרספקטיבה שממנה נבחנת האפליה, שעוצבה לפי נקודת הראות הנורמטיבית.<sup>60</sup> רבים ממעשי ההטרדה אינם חד-משמעיים באופיים. מטרידים מצדיקים אותם כפעולות לא מזיקות שנעשו מתוך כוונות טובות, בה בעת שלצד המוטרד נגרם נזק. משמע שההטרדה הופכת לרוב כאולם בית המשפט למקרה מובהק של התנגשות בין נקודות ראות שונות.<sup>61</sup> לפיכך אם חוק מבוסס על כבוד האדם כמו בגרמניה או על כבוד עצמי כמו אצל קורנל, הפגיעה והמעשה שבעטיו נגרמה נבחנים כמקרים פרטניים, נקודת הראות של המבצע זוכה לעדיפות, והאינטראקציה החברתית נשפטת מנקודת ראות

- 58 הקורלציה בין כבוד האדם – שאופיין כהוקרה – לבין אינדיווידואליזציה נדונה בראשונה על ידי 2, bk. 3, *Alexis de Toqueville, Democracy in America*, ch. 18 (Phillips Bradley ed., 1945)
- 59 לדיון בסטנדרטים של אי-התקבלות ברצון בדין האמריקני ולביקורת על 'סטנדרט האישה הסבירה' שאולי ראוי יותר לאפיין כ'נקודת ההשקפה של אישה בת-דעת' ראו Baer, לעיל הערה 4, עמ' 159, 179.
- 60 ראו Cornell, לעיל הערה 5, עמ' 175; Baer, לעיל הערה 4 עמ' 159.
- 61 Cornell, לעיל הערה 5, עמ' 199.

מוסרנית.<sup>62</sup> מבחינה מבנית, הדין הגרמני מגדיר הטרדה כמעשה פלילי, ולא דווקא כתופעה חברתית על רקע נחיתות מינית מובנית. כחלופה, הגישה למניעת אפליה מינית המבוססת על שוויון מכירה בהטרדה מינית כהפרת הזכות להיעדר יחסים הייררכיים על בסיס מגדרי וכאינטראקציה המתקיימת בהקשר מפלה ומזיק, והיא דורשת מהחוק לשים קץ למעשיו של המבצע, תהיינה כוונותיו אשר תהיינה. מבחינה מבנית, חוק כזה אינו מגדיר הטרדה כמעשה פלילי, אלא כהתנהגות פוגענית. במקרה כזה מעשה ההטרדה הפוטנציאלי נדון מנקודת ראות חברתית ראויה, יחסית, ממוקדת בשוויון ורגישה ליחסי הכוחות.

### סיכום

הדינים למניעת הטרדה מינית במקום העבודה באירופה ובגרמניה מבוססים על כבוד האדם כזכות העומדת על הפרק, ואילו הדין בארצות הברית התפתח מתוך בחינת ההטרדה כגורם מפלה ולפיכך כהפרה של הזכות לשוויון בין המינים במקום העבודה. מאחר שהפילוסופיה הליברלית נוטה להציג את שתי הגישות במודל של התנגשות, ראוי להתייחס להבדלים הדוקטרינריים שנובעים מהן. שלושה מאפיינים חשובים של דיני הטרדה המינית באירופה חושפים את חוסר היכולת של הגישה המבוססת על כבוד האדם להתמודד כראוי עם בעיית האפליה. כך גם בנוגע לניסיונות תאורטיים לאפיין אפליה מינית במושגים דמויי כבוד שניטרליים למגדר.

לעומת זאת, גישה המבוססת על שוויון מאפשרת הערכה ראויה יותר של הבעיה הנדונה. מכל מקום כשעוברים ממודל ההתנגשות למודל הזיקה ההדדית, עקרון השוויון ייתן מענה לצורך בסטנדרט נורמטיבי במקרים של אפליה רק אם השוויון כשלעצמו יאופיין כזכות מהותית להיעדר הייררכיה. שילוב כזה של כבוד ושוויון, כשהכבוד משמש כנקודת ייחוס לבחינת השוויון, אפשר למצוא במשפט החוקתי הגרמני וכן בחלקים מסוימים – שטרם זכו להכרה הראויה – של המסורת הליברלית של הפילוסופיה המשפטית.

62 שם, עמ' 186, 202 (בהתייחסות ל'תפיסה של בושה מינית').

בדיקה משווה של חקיקה למניעת הטרדה מינית מגלה את קווי הדמיון והשוני בין חוק למניעת אפליה המבוסס על כבוד לחוק כזה המבוסס על שוויון, וכן את יתרונותיהם וחסרונותיהם.<sup>63</sup> היא חושפת גם שהבנות תרבותיות מקבלות ביטוי בחוק, ומסורות משפטיות שונות – ובייחוד חוקתיות – נוטות לעצב אף את התגובות הדוקטרינריות הפעוטות על העולם החברתי. עם זאת אחדות ממסקנות ההשוואה ניתנות להכללה.<sup>64</sup> כדי שחוק למניעת אפליה מינית יהיה יעיל, יש צורך בכמה מאפיינים: מבנה החוק למניעת אפליה מינית צריך להיות שונה מהוראות דיני העונשין או הנזיקין, ועליו לפעול לפי מודל של זכויות האזרח; דרישת כוונה מנוגדת לכל מה שאנו יודעים על טיבה של האפליה; המיניות היא גורם חשוב באפליה מינית, אך אופי מיני אינו מספיק כדי להגדיר כיצד היא מתרחשת; יש להכיר בכך שנשים במקומות העבודה הן סובייקטים היודעים בדיוק מה רצונם, אך לא ראוי לדרוש מהן להיאבק ולעמוד על שלהן בסטואציה של הטרדה מינית. לפיכך גם דרישת הדחייה איננה ראויה.

63 מנקודת מבט השוואתית עליי לציין שלמרות גישת השוויון בדין האמריקני, יש בו גם כמה היבטים בעייתיים ביותר. אחד מהם הוא טענת ההגנה מפני תביעה של הטרדה מינית המתבססת על הזכות לחופש הביטוי. בכל הקשור להטרדה מינית, חופש הביטוי אינו נושא שיש להתחשב בו באירופה. ייתכן שמדובר ברגישות מושהית, אך אולי הדבר מבטא נכונות להיאבק בהפרות של חירות אישית ושוויון בכל צורה שהיא, לרבות כאלה שנעשו בהטרדה מילולית. כמו כל זכות אחרת המובטחת בחוקה, חופש הביטוי מוגבל על ידי זכויות הזולת. ולראיה, הדוגמה של פורנוגרפיה. לדיון נוסף ראו, Susanne Baer, 'Violence: Dilemmas of Democracy and Law,' in *Freedom of Speech and Incitement against Democracy* 63 (David Kretzmer and Francine Kershman Hazan eds., 2000). לחופש הביטוי. למסקנות דומות ראו Cornell, לעיל הערה 5, עמ' 187.

64 ההבדל בין שתי הגישות – הגישה המבוססת על כבוד האדם והגישה המבוססת על שוויון – ברור גם במקרה של פורנוגרפיה. בגרמניה, כמו בשיטות משפט רבות אחרות, פורנוגרפיה מוסדרת בחוק כתועבה שהיא לגיטימית בסייגים של הגנה על מוסר וכבוד האדם. למעשה הפורנוגרפיה זמינה. החוק מתעלם מפגיעה בצורת אפליה מגדרית ואלמות מינית, ומאפיין כפלייליים ביטויים מיניים שמחוץ לנורמה ההטרודסקסואלית, בייחוד ביטוי מיני של הומוסקסואלים ולסביות. אף שאין להשתמש בהזדהות עם הומוסקסואלים ולסביות כדי להכשיר אלימות מינית, גישה המבוססת על שוויון לפורנוגרפיה הייתה מתמקדת בפגיעה ולא בשימור סוג מסוים של מוסריות מינית. הדבר ממקם את הפורנוגרפיה בהקשר של אי-שוויון, ולא בהקשר של טעם רע.

בארצות הברית נאבקו למען חקיקה למניעת הטרדה מינית נשים שראו עצמן כמטרות לאפליה, שנפגעה לא רק זכותן לשלמות הגוף והנפש אלא גם זכותן כנשים (או אצל חלק מהגברים, זכותם כגברים הומוסקסואליים), ושנפגעו בגלל המגדר שלהן. בארצות הברית, כתרבות הנסמכת על המשפט המקובל, נוטים להעריך התפתחות משפטית שבה דוקטרינות מעוצבות בבתי המשפט. באירופה ובגרמניה, הדינים למניעת הטרדה מינית התפתחו אחרת. הם נחקקו על ידי גופים מנהליים, הנציבות האירופית וזרוע של הממשלה הפדרלית בגרמניה. בהקשר האירופי החקיקה באה כמענה לדרישות הנשים באיגודי עובדים ובארגוני הנשים, שעברו בעצמן במוסדות האירופיים. גם בגרמניה באה החקיקה כמענה לדרישות הללו, אבל הדבר נעשה בראש ובראשונה בתגובה לדרישה המחייבת על פי הדין האירופי לנסח חקיקה לפי צווי הנציבות. אמנם גם למען החוקים באירופה נאבקו נשים, אך בתהליך החקיקה דוללו הדרישות הפמיניסטיות לכדי הצהרות ניטרליות למגדר. הנשים בגופים המחוקקים שדורשות חקיקה למניעת הטרדה מינית, הן בדרך כלל לא אלה שנפגעות ממנה, ואילו בבתי המשפט אלה הן דווקא הנשים שנפגעות שמעצבות את הבנת הטרדה בדין. אמנם חקיקה עשויה להסדיר סוגיה באופן מלא וודאי יותר, אך לעתים קרובות ההלכה הפסוקה קרובה יותר למציאות.

לסיום, אם נחזור לנקודת המוצא הפילוסופית, עלינו להתמודד עם שאלת היחס הראוי בין עקרונות הכבוד והשוויון ולהבין מה משמעות הבחירה בין מודל ההתנגשות למודל הזיקה ההדרית בעולם הממשי של זכויות האזרח. מודל ההתנגשות המסורתי הוכח כמענה לא מספק לאפליה, הן כשהוא מבוסס כולו על כבוד האדם, כמו בגרמניה ובאירופה, והן כשהוא מבוסס כולו על גישת השוויון המסורתית, שבה שוויון הוא זכות סימטרית ופורמלית ליחס שווה לשווים. לחלופין אפשר ליישם את מודל הזיקה ההדרית בין כבוד לשוויון בהתמודדות המשפטית עם אפליה מינית.<sup>65</sup> במקרה כזה שוויון הוא זכות א-סימטרית ומהותית למניעת הייררכיות הנקבעות על פי מין העובד, ואילו כבוד האדם הוא נקודת

65 זה הדין בישראל. ראו את חיבורה של אורית קמיר בקובץ זה 'Dignity, Respect, and Equality in Israel's Sexual Harassment Law'. המאמר מופיע בעמ' 561-581 בספר שמתוכו לקוח מאמרה של סוזן באר, אך אינו מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת).

הייחוס הנורמטיבית המבטיחה כבוד שווה לכל פרט. גישה כזו דורשת מהחוק להכיר בבני אדם כגורמים במסגרת חברתית. החוק נדרש לפי גישה זו להגיב על המתח שבין ייחוס אוטונומיה שניתן לגזור מהזכות לכבוד האדם לבין האי-שוויון החברתי שבני האדם חווים בפועל, שמבסס את הפנייה לזכות לשוויון. לפי גישה זו, החוק יכול להכיר באופי השיטתי – ולא השרירותי או המכוון – של האפליה המינית. אין די בקריאה לאוטונומיה, לחופש בחירה או למרחב מחיה של הפרט כדי לקלוט מה פירושה של אפליה וכיצד חש אדם מופלה. דרישה לכבוד שווה או לשוויון מכובד עשויה לשמש קו מנחה למי שרוצה להיאבק באפליה. מנקודת מבט השוואתית ההתייחסות לדינים למניעת הטרדה מינית נדמית כטובה ביותר כשהיא מבוססת על גישה זו של זיקה הדדית. השאלה איננה של 'כבוד או שוויון?', אלא אילו מאפיינים צריכים להיות לחוק כדי שיבטיח את כבוד האדם על בסיס שוויוני לכול.

## הערך המוגן: הטרדה מינית כפגיעה בשוויון האישה ו/או בכבוד האדם

אורית קמיר

סעיפיו הראשונים של פרק זה מצביעים על חלק מן הבעייתיות בשימוש במושג השוויון בכלל, ובהקשר של הטרדה מינית בפרט. שני הקשיים העיקריים הם הזיהוי הליברלי הרווח של השוויון עם החירות (ה'שליילית'), והשימוש הנפוץ בנוסחת השוויון האריסטוטלית. סעיפיו הבאים של הפרק מציעים את הכבוד הסגולי וכבוד המחיה כבסיסים חלופיים להמשגת ההטרדה המינית. הסעיף האחרון מציג את הדרת-הכבוד, שהיא סוג כבוד שונה ונבדל מן הכבוד הסגולי וכבוד המחיה.

בעקבות התאוריה הפמיניסטית האמריקאית, המשפט האמריקאי מכיר בהטרדה מינית של אישה בעבודה כפגיעה בזכותה לשוויון בעבודה. החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית אימץ גישה זו, אך הוא מדגיש גם ובעיקר את הפגיעה שההטרדה המינית פוגעת בכבוד האדם: זה של הנפגעת, זה של ציבור הנשים כולו וזה של הקהילה בכללותה (ראו סעיף 1 לחוק). החוק הישראלי בחר בגישה זו משני טעמים: ראשית, מפני שמושגית נכון להגדיר את ההטרדה המינית כפוגעת בכבוד האדם, ושנית מפני שבמציאות החברתית, התרבותית והמשפטית של ישראל, כבוד האדם הוא ערך הליבה שראוי לקשור אליו את נזקה של ההטרדה המינית. במקומות אחרים פיתחתי טענות אלה בפירוט ובהרחבה.<sup>1</sup>

גרסה מלאה של הפרק העשירי 'הערך המוגן: הטרדה מינית כפגיעה בשוויון האישה ו/או בכבוד האדם', בתוך: אורית קמיר, זה מטריד אותי: לחיות עם החוק למניעת הטרדה מינית, תל אביב וירושלים: הקיבוץ המאוחד וקרמל, 2009, עמ' 170-189.

1 הצגתי גישה זו בפירוט מלא בספרי (2007), כבוד אדם וחווה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי, כרמל, בפרק הראשון והתשיעי [מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)]



הערך המוגן: הטרדה מינית כפגיעה בשוויון האישה ו/או בכבוד האדם

בפרק זה אציג את עיקרי הדברים בניסוח ובהדגשים שונים מעט. הפרק עוסק בערכים, והוא פילוסופי ומופשט יותר מן הפרקים האחרים.

## א. ביקורת כללית של השימוש במושג השוויון

רבים מאתנו מאמינים ש'כל בני האדם שווים' ושכולם 'זכאים לשוויון'. אבל כשמתחילים לחשוב על אמונות אלה לעומק, יש תחושה שהן מתמוססות. במה שווים כל בני האדם? בגובהם? משקלם? חכמתם? יכולותיהם? מדוע הם זכאים לשוויון, בזכות מה? ולאיזה שוויון הם זכאים: הזדמנויות? זכויות? משאבים? מה קודם למה ומה מוליד את מה: האם עובדת השוויון בין בני אדם מולידה את זכותם לשוויון, או שמא הזכות לשוויון היא המכוננת את השוויון? האם השוויון הוא גם עובדה וגם זכות, או רק אחד מן השניים?

כל השאלות הללו הן מורכבות וקשות, ולרובן אין 'תשובה נכונה'. בחינה מדוקדקת מעלה שאצל רבים מאתנו 'אינטואיציות השוויון', זו אשר גורמת לנו להחזיק בדעות מסוימות בסוגיות הקשורות בשוויון, מכילה מספר רכיבים שלרוב איננו מודעים להם, ובוודאי שאינם מנוסחים אצלנו במושגים פילוסופיים. כדי להבין על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על שוויון, ומה מסתתרת מתחת לכותרת זו, חשוב לפרק את ה'אינטואיציה' הערכית, התרבותית הזו ולהות את רכיביה. אציג תחילה את שלושת הרכיבים המרכזיים של 'אינטואיציות השוויון הליברלית', שהיא דומיננטית בעולם האנגלו-אמריקאי ובהשקפות העולם שהוא מניב. היחס הפמיניסטי האמריקאי וזה המשפטי האמריקאי להטרדה מינית

---

ובסדרה של מאמרים, בהם (2008), 'מדוע עדיף (שוויון) כבוד האדם על שוויון החירות? משמעויותיה החברתיות של הבחירה הישראלית בכבוד האדם הסגולי כערך יסודי', המשפט י"ג, עמ' 263, וכן במאמר שבו הוצעה הצעת החוק למניעת הטרדה מינית 'איוז מין הטרדה', משפטים כ"ט, עמ' 317 [מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)]. להפניות למראי מקום ראו במאמרים הללו. לגישה המבקרת בחריפות את בחירתו של החוק הישראלי לקשר את ההטרדה המינית עם ההגנה על כבוד האדם, ומצדדת בגישה האמריקאית המתמקדת בפגיעה בשוויון האישה, ראו נויה רימלט (2006), 'על מין מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית במבחן התאוריה הפמיניסטית והמציאות המשפטית', משפטים ל"ה, עמ' 601 [מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)].

מושתתים על 'אינטואיציית שוויון' עמוקה זו. שלושת הרכיבים המרכזיים של תפיסת שוויון זו הם נוסחת השוויון האריסטוטלית, שילוב השוויון והחירות, וזיהוי החירות עם הפן ה'שילי' שלה. בהמשך אציג 'אינטואיציית שוויון' אחרת, חלופית, המושתתת על כבוד האדם.

## 1. נוסחת השוויון האריסטוטלית ('שוויון מושתת על דמיון')

אחד מאשכולות השאלות שמושג השוויון מעורר כולל את השאלות: 'מי שווה למי? על פי איזה קריטריון? במה מתבטא השוויון? למה הוא מגיע לפלוני ביחס לאלמוני?' אחת התשובות המקובלות ביותר לשאלות הללו, הנתפסת אצל רבים כמובנת מאליה, היא 'דמיון' (במובן של 'זה דומה לזה'). לפי גישה זו, מי שדומים זה לזה – שווים זה לזה; הקריטריון הוא הדמיון; השוויון ביניהם מתבטא בזה שהם דומים, והדמיון ביניהם מחייב שהם יקבלו יחס דומה, כלומר יחס שווה, שוויוני.

זוהי תשובתו העתיקה של אריסטו, שהוריש לנו את הנוסחה הקובעת ש'שוויון הוא הענקת יחס דומה לדומים ויחס שונה לשונים'. תשובה זו מקובלת זה אלפי שנים כטבעית, הגיונית, נכונה ומובנת מאליה, ושיטות המשפט בעולם המודרני מחילות אותה ללא התלבטות.

**למעשה, נוסחה אריסטוטלית זו מעוררת יותר קשיים מפתרונות. במה דומים מי שאנחנו מוכנים להכיר בהם בתור 'דומים'? איך נקבע 'דמיון'? מתי נחליט שדמיון הוא רלוונטי לסוג מסוים של שוויון? במקרה של חילוקי דעות – מי יקבע? על סמך מה? כלומר, אם ראובן דורש יחס שווה לזה ששמעון מקבל בהקשר כלשהו – האם נבדוק את 'דומותם' זה לזה בהתייחס לגובהם? למשקלם? לגילם? למנת המשכל שלהם? להשכלתם? לעושרם? לצבע עורם? נטייתם המינית? לאומיותם? כיצד נבחר אילו גורמים להביא בחשבון ואילו לא? מה נעשה אם חלקנו ירצה להביא בחשבון את גילם או את צבע עורם או את נטייתם המינית או את מנתם משכלם – וחלקנו יראה תכונות אלה כ'לא רלוונטיות' לנושא הנדון ואת ההתייחסות אליהן כבסיס לאפליה לרעה?**

קושי עמוק לא פחות הוא שאלת תקפותה של הנוסחה, כלומר למה ראוי להעניק לדומים יחס דומה? התחבטות בשאלה זו מובילה להבנה שהנוסחה האריסטוטלית אינה לוגית, ניטרלית ואובייקטיבית, אלא היא ערכית, מוסרית,

אידאולוגית. היא קובעת קביעה רעיונית, שזה הוגן וישר וטוב להתייחס לדומים באופן דומה ולשונים באופן שונה. אבל עמדה ערכית זו אינה מובנת מאליה, ולמעשה היא מעוררת תהיות רבות שלא זה המקום להיכנס אליהן.

הנוסחה האריסטוטלית היא בעייתית במיוחד לגבי מי ששייכים לקבוצות מוחלשות. קתרין מקינן, משפטנית פמיניסטית, הראתה שבמציאות החברתית התרבותית הקיימת, אישה לעולם אינה נתפסת בתור 'דומה' אלא תמיד 'שונה' (הדמיון והשוני הם ביחס לגבר, שמשמש אותנו בתור אמת המידה ל'תקני', ל'רגיל', ל'סטנדרטי'). לטענת מקינן, נוסחת השוויון האריסטוטלית אינה יכולה לפעול באמת לטובת נשים ולהעניק להן שוויון, מכיוון שמי שנתפסות מלכתחילה, באופן עמוק, מושרש ובלתי מודע בתור 'שונות' מטבען, נתפסות בהכרח גם כמי שראויות לקבל 'יחס' שונה' (מזה שמקבלים גברים), כלומר יחס 'לא שווה'. דרישה ל'שוויון מגדרי', טוענת מקינן, מתפרשת כדרישה להעניק יחס דומה לשונות, ולכן היא נתפסת כמופרכת.<sup>2</sup> טענה זו יפה, כמובן, גם לחבריהן של קבוצות נוספות שאינן מגדירות את הסטנדרט: שחורים (בעולם לבן), קשישים (בעולם צעיר), 'אנשים עם מוגבלויות' (בעולם 'בריא').

למרות ביקורת נוקבת זו, נוסחת השוויון האריסטוטלית ממשיכה לשמש את מרבית החברות, התרבויות ושיטות המשפט המודרניות. היא בבחינת המובן מאליו המובלע של רובנו.

## 2. שילוב השוויון והחירות ('שוויון החירות')

אם דמיון הוא הקריטריון שעל פיו נקבעים השוויון והזכות לשוויון, השאלה המתבקשת היא 'דמיון במה?'

בעולם המודרני, הליברלי, האדם מוגדר בראש ובראשונה כחופשי, בן חורין, אוטונומי. האדם מוגדר כיצור הבוחר ומגדיר את עצמו ואת גורלו. זו נחשבת התכונה האנושית היסודית. לא בכדי נקראות זכויות אזרחיות יסודיות 'חירויות'

2 לפירוט הטעון של מקינן ראו מאמרי (2006), 'הפמיניזם (המשפטי) הבלתי מוגבל של קתרין מקינן', בתוך דרכים לחשיבה פמיניסטית: מבוא ללימודי מגדר, ניצה ינאי, תמר אלזור, אורלי לובין וחנה נוה (עורכות), האוניברסיטה הפתוחה, עמ' 393.

‘civil liberties’): בעולם הליברלי, זכויות האדם הבסיסיות והחשובות ביותר הן החירויות לחשוב, להאמין, להתבטא, להתאגד, ללמוד, להתפרנס. במסגרת השקפה זו, הרמיון העמוק והחשוב ביותר בין בני אדם הוא חירותם הטבועה. כלומר, השוויון המשמעותי ביותר בין בני האדם הוא שוויון החירות. זוהי הנחה ליברלית מובלעת שהפכה להתניה עמוקה כל כך עד שעבור מי שגדלו בעולם הליברלי ‘שוויון’ הוא בעצם, בראש ובראשונה, ‘שוויון החירות’. שילוב גישה זו והנוסחה האריסטוטלית מוליד קו מחשבה זה: ‘בני האדם דומים זה לזה בכך שהם יצורים אוטונומיים; מכיוון שלאנשים דומים מגיע יחס דומה – לכל בני האדם מגיעה הזכות לממש את חירותם הטבועה. זהו השוויון, שהוא שוויון החירות.’<sup>3</sup>

### 3. זיהוי החירות עם הפן ה‘שלילי’ שלה (במושגי ישעיהו ברלין)

התפיסה הליברלית הקלאסית מקדשת אך ורק את חירותו של הפרט מפני התערבות חיצונית של הזולת, של החברה ושל המדינה; היא אינה נוגעת בתכניה המהותיים של חירות האדם, בנסיבות האופפות אותה או ביכולתו לממשה. תפיסה זו מכירה בחירות מן הזולת (לרבות מן המדינה), ולא בחירות להגשים או לממש מטרות מסוימות ומוגדרות (כמו אושר, התפתחות אישית, פריחה תרבותית כלשהי, אידאולוגיה חברתית מסוימת או שוויון במשאבים). בנוסף, זו תפיסה שאינה מתייחסת לנקודות המוצא של הפרטים בחברה (למשל, בהקשר של חלוקת המשאבים והכוח ביניהם), ולא לתוצאות של פעולותיהם (למשל, בהקשר של השגת שוויון בהקצאת המשאבים או כוח חברתי).

ישעיהו ברלין טבע את ההבחנה בין ‘חירות חיובית’ ו‘חירות שלילית’.<sup>4</sup> החירות “החיובית” היא החירות להשיג או להגשים דבר מה, והיא מחייבת התייחסות לנסיבות האופפות את הסובייקט החופשי. החירות ‘השלילית’ היא החופש מכפייה, מהתערבות, מפלישה חיצונית אל תוך האוטונומיה של הפרט.

3 חשוב לזכור ששני חלקי המשפט הם ערכיים ולא עובדתיים: גם הקביעה שבני אדם הם בני חורין, וגם הקביעה שהם זכאים לממש את חירותם.

4 ישעיהו ברלין (1987), ארבע מסות על חירות, רשפים.

הגישה הליברלית הטהורה מקדשת את החירות 'השלילית', ואותה בלבד. למעשה, בעולם הליברלי, 'חירות' היא 'חירות שלילית'.

בעולם הליברלי, 'שוויון' הוא 'שוויון החירות השלילית בשילוב הנוסחה האריסטוטלית'. 'שוויון החירות השלילית' ביחד עם הנוסחה האריסטוטלית משמעו "כל בני האדם נולדים חופשיים באותה מידה, ולכן כל אחד מהם זכאי שהחברה והמדינה לא יגבילו אותו יותר מאשר את האחרים'.

לפי גישה זו, אם אדם שחור בחברה לבנה בעלת היסטוריה מפלה דורש שוויון בהשכלה או בתעסוקה, משמעות דרישתו היא כזו: כיוון שהוא אנושי ואוטונומי כבני האדם האחרים (הלבנים), ובכך הוא דומה להם, יש לשחרר אותו מכל מגבלה שהוטלה רק עליו (ולא עליהם) בהתמודדות על קבלה למקומות השכלה ולמקומות עבודה.

קסמו של שוויון החירות הליברלי (הוא שוויון החירות ה'שלילית') נעוץ ב'ניקיון' המושגי ובמינימליזם שלו. הוא מאפשר למעט ככל האפשר בהגבלת חירותו (ה'שלילית') של הפרט, ואינו כופה ערכים מהותיים כלשהם. ולכן מנקודת מבט ליברלית קלסית הוא אופטימלי. ואולם מנקודות מבט אחרות חסרונותיו של שוויון החירות כערך המרכזי והיסודי ביותר – רבים. מבין הביקורות הרבות שניתן להעלות כלפי גישה אידאולוגית זו אציין רק אחת, שהיא בעיניי מן המרכזיות.

במציאות החברתית הקיימת, לרשותם של פרטים שונים עומדים משאבים שונים למימוש חירויותיהם. תפיסת שוויון החירות הליברלית הקלסית מתעלמת מעובדת יסוד זו לחלוטין ומתייחסת אליה כאל בלתי רלוונטית. התעלמות זו הופכת את תפיסת שוויון החירות לשמרנית ורגרסיבית, שכן היא בעצם מעודדת הנצחה של המצב החברתי הקיים. במילים פשוטות, לפי גישת שוויון החירות הליברלית, אם לפלוני יש מיליונים ולאמוני אין דבר, די שהחברה תעניק לשניהם אותה חירות, ולא תפריע לאחד מהם יותר מאשר לאחר. אם החברה מעניקה לשניהם אותה חירות אזרחית, ואינה מציבה בפני האחד יותר מכשולים מאשר בפני האחר – אזי מתקיים בחברה שוויון מלא ('שוויון הזדמנויות', 'שוויון זכויות'). מובן שבפועל משמעות הדבר היא שפלוני ישתמש במיליונים שלו כדי לצבור מיליונים נוספים, בעוד שאלמוני יגווע ברעב או ימכור את עצמו בזול לאלמוני. אך תוצאה חברתית זו ורווחתם של פלוני ואלמוני אינם

נתפסים כקשורים בשוויון או בחירות (ה'שליילית') או בשוויון החירות. לפי גישת שוויון החירות הליברלית הקלסית, פלוני ואלמוני נהנים שניהם משוויון מלא. כך גם לגבי האדם השחור בדוגמה שהבאתי קודם. למעשה, ייתכן שהוא לא יוכל להתקבל למוסדות השכלה מעולים מכיוון שידו לא תשיג לשלם את שכר הלימוד, משום שהשכלתו היסודית לא הייתה טובה דיה ומפני שהוא לא קיבל מעולם את הדחיפה והעידוד להשקיע בהשכלה. אבל כל אלה אינם רלוונטיים לגישת שוויון החירות הליברלית הטהורה.

התוצאה היא שפרטים שהם בעלי משאבים ו/או דחף חזק לממש את חירותם על ידי ניהול, השתררות או צבירת משאבים, יכולים, בחסות תפיסה זו, לממש את חירותם כמעט ללא הגבלה על חשבון רווחתם של כל האחרים. אם תוצאה זו מניחה את דעת החשיבה הליברלית – הרי שתפיסת שוויון החירות ה'שליילית' מקבלת ללא סייג את הסדר החברתי הנוהג, מטבענת את חלוקת המשאבים שלו (כלומר מתייחסת אליה כאל 'טבעית' ולכן כאל עובדה, הכרחית, לא ניתנת לשינוי), ומחילה את ערכיה מכאן ולהבא, ולא לשם בחינת יסודותיו של המבנה החברתי.

גישה כזו תשרת את מי ששייכים לקבוצות חברתיות חזקות, שהסדר החברתי כבר העניק להן זכויות יתר; היא אינה יכולה לשפר את מצבם של מי שהסדר החברתי מבנה אותם כשייכים למעמדות המופלים והמוחלשים. היא מכילה יסודות לא מפורשים שעלולים לחזק שמרנות חברתית ולהנציח את הסדר החברתי הקיים תוך התעלמות ממבנים חברתיים מושרשים המכילים אפליה ומייצרים אותה.

### ב. מה זה אומר בהקשר הפמיניסטי?

מהצגת התפיסה הליברלית הקלסית של שוויון החירות עולה ששוויון זה מבטיח לכל בני האדם חירות אחידה מן המדינה והחברה; הוא מתעלם מחלוקת הכוח והמשאבים בחברה, ולכן בהכרח משרת טוב יותר את מי שמשתייכים לקבוצות השליטות ולא את מי שמשתייכים לקבוצות שהוחלשו בדיהן. שוויון כזה אינו יכול לשרת נשים כקבוצה מגדרית, כי קבוצה זו נשלטת בידי קבוצת הגברים ומוחלשת על ידיה. שוויון כזה בוודאי אינו יכול לשרת את הפמיניזם, שמטרתו

לשנות את חלוקת הכוח בחברה, ולפזר את הכוח באופן אחיד יותר מבחינה מגדרית, כלומר – באופן שוויוני יותר בין חברי שתי הקבוצות, זו של הגברים וזו של הנשים. שוויון החירות הליברלי אינו פועל לקדם או אפילו לעודד חלוקה מחודשת של הכוח החברתי, כיוון שהוא מסתפק בכך שאף אחד, גם אם הוא חזק במיוחד, לא יוגבל יותר מן האחרים, גם אם הם חלשים הרבה יותר ממנו. והרי כדי לשנות את חלוקת הכוח בחברה, מן ההכרח להגביל את החזק יותר מאשר את החלש, ולעודד את החלש יותר מאשר את החזק. וְלֹא – החזק יישאר חזק והחלש – חלש, וחלוקת הכוח לא תשתנה. בהגדרה, שוויון החירות הליברלי הקלסי אינו שוויון המקדם או מעודד שינוי חברתי יסודי כמו הפמיניזם.

אם נשלב את ביקורתה של מקינון על הנוסחה האריסטוטלית ואת הביקורת שהוצגה כאן ביחס לשוויון החירות הליברלי הקלסי, נקבל שתי תובנות פמיניסטיות חשובות.

**ראשית**, החברה הפטריארכלית מעולם לא תפסה (או הבנתה) גברים ונשים כ'דומים' מבחינת האוטונומיה שלהם. למעשה, אחד 'ההבדלים בין המינים' שהחברה הפטריארכלית יצרה והנציחה כהצדקה לקיומה הוא שנשים מוכשרות פחות מגברים לקבוע את גורלן בעצמן; היא קיבעה את האמונה שנשים הן באופן 'טבעי', טבוע, פחות אוטונומיות. גברים הם מי שהוגדרו מאז ומעולם על ידי התרבות והחברה הפטריארכלית כאוטונומיים; נשים הוגדרו כ'שונות' בהקשר זה (מן הגברים). הן הוגדרו כתלותיות וכמי שזקוקות להגנה, להכוונה, להגדרה. המחשבה שנשים הן אוטונומיות ממש כמו גברים היא חדשה מאוד, וטרם נקלטה במלואה במרבית רובדי החברה והתרבות.

לכן, כשאישה דורשת זכות שוויונית שהיא חירות אזרחית, והחברה והמשפט שומעים את דרישתה דרך הנוסחה האריסטוטלית, הם שומעים דרישה שאינה יכולה להיות תקפה ומוצדקת. הם שומעים אדם שהוא שונה מזולתו במידת חירותו הטבועה, דורש לעצמו יחס דומה לשל זולתו בהכרה בזכותו לממש את חירותו. לפי הגישה האריסטוטלית, אם נשים שונות מבחינת האוטונומיה שלהן אזי הן אינן זכאיות ליחס דומה לזה של גברים בהקשר זה, כלומר הן אינן זכאיות לחופש דומה לזה של גברים מהתערבות החברה והמדינה. בפשטות: הן אינן זכאיות לזכויות אזרחיות שוות.

לשם דוגמה, משום שרבים מאמינים עדיין שנשים פחות אוטונומיות ופחות מוכשרות מגברים להגדיר את חייהן, הם סבורים שיש להגן על נשים באמצעות

המדינה והחוק מפני בחירות לא נכונות שהן עלולות לבחור, ושעלולות לפגוע בהן. כזו היא למשל הבחירה להיות לוחמות קרביות (שעלולות ליפול בשבי ולהיפגע מידי האויב). כשאישה דורשת את הזכות האזרחית לבחור להיות לוחמת קרבית, היא דורשת לעצמה אותה מידה של חירות שיש לגבר מן המגבלות שהמדינה מטילה, כלומר היא דורשת הכרה דומה באוטונומיה הטבועה שלה. נכון להיום, רבים סבורים שאין הצדקה לתת לה, בהקשר זה, אותה חירות מהתערבות המדינה, כלומר אותה זכות אזרחית כמו לגבר, ובכך הם מעידים שהם אינם מכירים בשוויון האוטונומיה/החירות הטבועה שלה.

**שנית**, הבה נניח שהצלחנו לשכנע את המחוקק והשגנו עבור נשים את החירות האזרחית להתמודד על תפקידים שבעבר נמנעו מהן. במצב כזה, נשים תוכלנה להתמודד בלא מגבלה חוקית רשמית על זכייה בתפקידים שקודם לכן נתפסו 'גבריים', לרבות תפקידים של לוחמות קרביות, של רמטכ"ל, של מנהלות מחלקות וחברות, של חברות כנסת, של שרות, של נשיאות, של רבנים ראשיים. ואולם האומנם הסרת המגבלות הפורמליות מעל חירותן של נשים תעניק להן את היחס השוויוני שהן מייחלות לו ומאמינות שהן זכאות לו? המדינה תבטיח את חירותן השלילית ולא תמנע מהן להתמודד; אך הדעות הקדומות, התפיסות החברתיות הפטריארכליות, ההרגלים והפחד מן השונה והלא מוכר ימשיכו להכתיב את דפוסי הבחירה של הבוחרים. נשים יוכלו להתמודד על מקום בבית הנבחרים או על תפקיד נשיא המדינה או רב ראשי, אך הבוחרים לא יבחרו בהן, כי הם לא יאמינו שהן מתאימות לתפקידים הללו כמו גברים. נשים יוכלו להציג מועמדות למשרות ניהול שונות – אך ועדות החיפוש ימשיכו להעדיף גברים, הנתפסים כאחראים, סמכותיים ומנהיגותיים יותר. בהיעדר מגבלה חוקית, נשים תדרושנה לעצמן אותו שכר שגבר מקבל בעבור אותו תפקיד; אך מעסיקים ימשיכו לחשוב שעבודתה של אישה שווה, בהגדרה, פחות מעבודה של גבר, ולשלם להן שכר פחות או לא להעסיקן.<sup>5</sup>

5 על פי עדותו של נציב שירות המדינה לשעבר, פרופ' יצחק גלנור, מחקר שנערך במשרדי הממשלה העלה שכאשר גבר ואישה בעלי כישורים מקבילים התמודדו על תפקיד, כ-95% מן המקרים הגבר זכה במקרו. זאת על אף שנשים בשירות המדינה רשאיות להתמודד על כל תפקיד ואמורות לזכות ביחס זהה לזה שמקבלים גברים. (גלנור מעיד עוד שתוצאות המחקר 'נעלמו').



במילים אחרות, אין בשוויון החירות ה'שלילית' והנוסחה האריסטוטלית כדי לעזור לנשים להתגבר על הדעות הקדומות המושרשות אשר גורמות להפלייתן בכל תחומי החיים. כדי להתמודד באמת עם גורמי האפליה הללו, מה שנחוץ אינו חירות שווה מהתערבות המדינה בענייניהן של נשים כמו בענייניהם של גברים, אלא דווקא ההפך: התערבות פעילה של המדינה על רשויותיה וחוקיה בענייניהן של נשים, והגבלה פעילה של המדינה את כוחם העודף של גברים. חוק הפוגע בחירות המעביד ומחייב אותו לשלם לאישה אותו שכר שהוא משלם לגבר; חוק הפוגע בחירות המעביד ומחייב אותו לאפשר לאישה עובדת לצבור אותן זכויות פנסיה כמו גבר עובד; חוק הפוגע בחירות המעביד ואוסר עליו לפטר אישה הרה; חוק הפוגע בחירות המפלגה ומחייב אותה לשריין לנשים מקומות ראליים, וחוק הפוגע בחירות הצבא ומחייב אותה למנות נשים לתפקידי פיקוד – רק חוקים כאלה, הפוגעים בחירות החזקים יותר מאשר בחירות הנשים המופלות, עשויים לשנות את חלוקת הכוח בחברה ולשרת את החזון הפמיניסטי. רק התערבות יתר של המדינה בחירות הפרטים החזקים תקדם את שוויון המהותי של נשים בחברה.

מקינן מציעה לשנות את משמעות מושג השוויון, ולוותר על הגישה האריסטוטלית, ששוויון הוא יחס דומה לדומים ויחס שונה לשונים. במקום המבחן האריסטוטלי, מקינן מציעה בהקשר המגדרי להגדיר שכל מה שמנציח את הדיכוי הפטריארכלי ואת מעמדן הנחות והמוחלש של נשים בחברה – הוא אפליה על בסיס מין. לפי גישה זו, שוויון הוא כל מה שמקדם נשים בחברה ומשחרר אותן מן הדיכוי הפטריארכלי. בלא להצהיר על כך, הגדרתה של מקינן מבטלת את הזיהוי המלא של שוויון עם חירות, ושל חירות עם חירות 'שלילית', ומציעה, בעצם, ששוויון הוא 'חלוקת כוח מחודשת והוגנת יותר בחברה'.

אין לי ספק שהגדרת השוויון של מקינן מועילה יותר למאבק הפמיניסטי מתפיסת השוויון המקובלת. עם זאת, אני סבורה שהיא אינה פותרת את הבעיה באופן מלא במישור התאורטי ובוודאי לא במישור המעשי. זאת בעיקר משום שעבור רובם המכריע של החברים בעולם המודרני, 'שוויון' הוא 'שוויון החירות ה"שלילית" על פי הנוסחה האריסטוטלית', ושום דבר אחר אינו נתפס כשוויון. כדי להשתחרר מבלעדיות שוויון החירות ה'שלילית' והנוסחה האריסטוטלית – אין מנוס מוויתור על השימוש במושג שוויון, והמרתו בערך יעיל אחר, שאינו מביא עמו אותה כמות של משקעים מכבידים ומעכבים.

לכן אני מאמינה שאין זה נכון להשתית את הפמיניזם באופן בלעדי על דרישת השוויון לנשים. כדי שהפמיניזם יהיה יעיל, ולא ישוב ויפול לעד למלכודות הנצחיות ששוויון החירות והנוסחה האריסטוטלית טומנים לו, הכרחי להשתיתו על ערכים נוספים, שאפשר 'לנקותם' ביתר הצלחה ממשקעים בעייתיים כמו אלה שהוצגו ביחס לשוויון. הערך המרכזי שעשוי למלא תפקיד זה הוא כבוד האדם, וליתר דיוק – כבוד אדם וחיה. לכן אני מציעה להמיר את הפמיניזם המתבסס בראש ובראשונה על השוויון – בפמיניזם המתבסס בראש ובראשונה על כבוד האדם: פמיניזם כבוד אדם וחיה.

### ג. השימוש ב'שוויון' ככבוד האדם' כחלופה טובה

#### 1. (שוויון) הכבוד הסגולי

עד כה הצגתי את הטענה שאחת מ'אינטואיציות השוויון' המקובלות והרווחות ביותר בעולם המודרני היא 'אינטואיציות השוויון הליברלית', המזהה שוויון עם חירות 'שלילית' ועם נוסחת הדמיון האריסטוטלית. ואולם בעולם המודרני רווחת גם גישה חלופית, חשובה לא פחות, המקשרת את השוויון לא רק עם החירות אלא בעיקר עם 'כבוד האדם', וליתר דיוק עם מה שמכונה באנגלית respect ו־dignity, ואני מכנה בעברית 'כבוד סגולי' ו'כבוד מחיה'.

לפי גישה זו, תכונתו המשמעותית ביותר של האדם אינה החירות אלא ערכו המוחלט כיצור אנושי, כ'חבר במשפחת האדם'. 'תכונה' מהותית זו אינה מתיימרת להיות עובדתית, אמפירית, 'טבעית'; היא ערכית, אידאולוגית, רעיונית, מוסרית. ככזו, היא מעוצבת בתור מוחלטת ואוניברסלית. בתוך כך היא גם אחידה ביחס לכל בני האדם – גברים ונשים, עניים ועשירים, שחורים ולבנים, חשובים ודחויים: לכל בני האדם ערך אנושי אחד, 'צלם אדם' אחד. כולם 'חברים במשפחת האדם'. למעשה, הם כולם חולקים יחדיו בערך האנושי שהוא משותף לכולם, וכולם 'נוטלים בו חלק' באופן זהה.

במסגרת השקפת עולם זו, ערך האנושיות, 'צלם האדם', 'החברות במשפחת האדם', הם הם 'כבודו הסגולי' של האדם, ה־dignity שלו. והשוויון המהותי ביותר הוא בהכרח שוויון הכבוד הסגולי. משמעותו שכל בני האדם שווים בכבודם

הסגולי, כלומר בערכם האנושי, ב'צלם האדם' שלהם, ב'חברותם במשפחת האדם'. מכיוון שהכבוד הסגולי, בהגדרה, זהה בכל בני האדם, הרי שכבוד זה בהכרח מכיל את ערך השוויון. אין משמעות לכבוד הסגולי ללא השוויון המלא והמוחלט בין כל בני האדם. השוויון הוא כה מרכזי לכבוד הסגולי, שאין צורך להשתמש בצירוף 'שוויון הכבוד (הסגולי)'; כשאומרים 'כבוד (סגולי)' – הכוונה היא בהכרח ל'כבוד סגולי השווה בכל בני האדם'. גם החירות היא חלק חשוב ומרכזי מאוד בכבוד הסגולי. אולם חירות זו אינה בהכרח רק 'שלילית'; היא מכילה גם יסודות 'חיוביים'.<sup>6</sup>

עבור המאמינים בכבודו הסגולי של האדם, כל אדם נולד עם כבוד סגולי ואינו מאבדו עד יום מותו. לא ניתן לקחת אותו ממנו אפילו מענים אותו, מרעיבים אותו וכולאים אותו במחנות מוות. אפשר לקחת מאדם הכול – למעט את 'צלם האדם' שלו, את ערכה של אנושיותו, כלומר את כבודו הסגולי. אין זה מפתיע שהעולם, באמצעות ארגון האומות המאוחדות, בחר בערך זה כערך היסוד שלו לאחר מלחמת העולם השנייה. בתגובה לניסיון הפשיסטי להשמיד את הכבוד הסגולי, כלומר לבטל את ערכו של האנושי, אימצו האומות המאוחדות את ההכרזה לכל באי עולם ברבר זכויות היסוד של האדם, אשר פותחת בהצהרה החגיגית שכל בני האדם שווים בכבודם הסגולי. זו נקודת המוצא של ההכרזה ושל התפיסה הערכית של העולם החדש.<sup>7</sup>

האמונה בכבודו הסגולי של האדם מכילה את האמונה שלכל אדם יש זכות מלאה ומוחלטת שאיש לא ימנע ממנו לחיות כבן אדם ולממש את אנושיותו; שכל אדם זכאי לזכויות המבטיחות לו קיום בכבוד סגולי. מזכות עקרונית זו, קובעת ההכרזה לכל באי עולם, נגזרות כל זכויות האדם הבסיסיות. או בניסוח נוסף: זכויות האדם הבסיסיות נועדו להבטיח שכל אדם יוכל לחיות חיים

6 למשל: מקום שמגינים בו רק על חירות 'שלילית', אין סיבה שלא להניח לאדם למכור את עצמו לעבדות, לשימוש מיני, לסחר באיברים. בעולם הכבוד הסגולי אי אפשר להניח לאדם לעשות דברים אלה. משמעות הדבר היא שהחירות הכרוכה בכבוד הסגולי מכילה יסוד 'חיובי', הקשור בערכה של האנושיות.

7 Universal declaration of human rights, resolution 217 A (III) of 10 December 1948. Adopted and proclaimed by General Assembly, [www.un.org/Overview/rights.htm](http://www.un.org/Overview/rights.htm)

אנושיים בעלי ערך, כלומר חיים הנותנים ביטוי לכבודו הסגולי. זכויות האדם הבסיסיות הן אלה שבלעדיהן חיים אינם 'אנושיים'. הן כוללות את הזכויות לא להיות מורעב, לא להיות מעונה, לא להיאנס, לא להיכלא, לא להיות מושתק. כבודו הסגולי של האדם מקנה לו את הזכויות הבסיסיות לחשוב, להאמין או לא להאמין, לממש את מיניותו, לרכוש לעצמו השכלה, להתפרנס, להשתתף בחיים החברתיים והתרבותיים ועוד. לפי גישה זו, חירויות רבות הן זכויות יסוד בסיסיות, כי ללא החירות לחשוב, להתבטא, לרכוש השכלה, להתפרנס – חיינו של אדם אינם 'אנושיים'; כבודו הסגולי אינו מכובד. (שוויץ) כבודו הסגולי של האדם מכיל בחובו חלופה לנוסחת השוויץ האריסטוטלית, על הבעייתיות הטבועה בה. זכויות האדם הנגזרות מ(שוויץ) כבוד האדם הסגולי אינן מכילות, מחייבות או מאפשרות שימוש בהשוואות בין בני אדם, או בדיקת הדמיון ביניהם. בעולמו של הכבוד הסגולי אין מקום לכרוך אם פרט א' דומה לפרט ב' כדי לקבוע את זכויותיו. זכויותיו של כל פרט נגזרות ישירות מכבודו הסגולי שלו עצמו, שהוא הכבוד האנושי האוניברסלי כפי שהוא מתגלם באותו אדם. השאלה הרלוונטית היחידה היא 'האם זכות כלשהי נחוצה לפלוני או לאלמוני כדי לחיות חיים אנושיים; לכבד את ערכו המוחלט של האדם; לבטא את החברות במשפחת האדם?' אין צורך להסתבך בשאלות הבלתי פתירות: מי דומה למה? במה? למה? לפי אילו קריטריונים? מי יכריע?

בעולם של (שוויץ) כבוד האדם הסגולי, אם פלוני דורש שמדינתו תאפשר לו חיים תחת קורת גג, בגדים לגופו ומזון להשביע את רעבונו, יש לגזור זכות זו מכבודו הסגולי בלא קשר לשאלות אם הוא דומה לאלמוני ואם אלמוני נהנה מזכות דומה. כך גם אם פלונית דורשת הגנה חברתית ומשפטית אפקטיבית מפני אונס או מפני הטרדה מינית, יש לגזור זכות זו מכבודה הסגולי בלא קשר לשאלות אם היא דומה לאלמוני, ואם היא זקוקה לזכות דומה, מבקש אותה או נהנה ממנה. השאלה הקריטית לכל הכרעה במסגרת השקפת עולם זו היא 'מהו קיום אנושי המכבד את ערך האדם', כלומר מהו קיום בעל כבוד סגולי. האם קיום כזה מחייב שהחברה תספק לכל אדם תרופות למחלות קשות? האם הוא מחייב את החברה לספק לכל פרט השכלה על תיכונית? האם הוא מחייב את החברה לאפשר לכל אדם ביקור בהצגה, סרט או משחק כדורגל פעם בחודש? אלה השאלות שחברה המקדשת את הכבוד הסגולי חייבת להתחבט בהן.

## 2. כבוד מחיה

הכבוד הסגולי הוא מינימליסטי ביותר. הוא מתייחס לתמצית ערכו של האדם כאשר הוא אדם. הוא המכנה המשותף לכל בני האדם. הזכויות הנגזרות ממנו הן זכויות יסוד בסיסיות בלבד; רק אלה הדרושות לקיום אנושי. לכן, במסגרת השקפת העולם ההומנית, לצד הכבוד הסגולי קיים סוג כבוד נוסף, הוא כבוד המחיה, respect. כבוד זה הוא הכבוד שיש לכל פרט עקב (ההכרה החברתית ב) ערכן של התכונות האנושיות המיוחדות אותו לעומת בני האדם האחרים; בזכות ערכם של כישוריו, כוחותיו, סגולותיו, תכונותיו ושאיפותיו, ניסיון חייו והיכולות שהוא קנה לעצמו במרוצת חייו על ידי פעילותו האנושית והמקצועית. אם הכבוד הסגולי מתייחס לערכו של המכנה האנושי המשותף, כבוד המחיה מתייחס לערך השונות והייחוד האנושיים; למימוש ומיצוי מרבי של הפוטנציאל האנושי הייחודי הגלום בכל פרט.

ביחד, הכבוד הסגולי וכבוד המחיה מתייחסים לכלל אנושיותו של כל אדם. הכבוד הסגולי מבטא ומעניק ערך מוחלט לחלק המרכזי והמצומצם ביותר של האדם, אנושיותו, וכבוד המחיה מבטא ומעניק ערך למרבית מרכיביו של כל פרט – אלה הייחודיים רק לו.

ההכרה החברתית בכבוד המחיה מבטיחה לכל אדם את ה'מרחב' (space), במובן האנושי והחברתי, הנחוץ לו כדי לממש את מלוא הפוטנציאל האנושי שלו כרצונו ולהגיע לפריחה ולשגשוג המיוחדים רק לו. לכן הזכויות שניתן לגזור מכבוד המחיה הן בהכרח רחבות הרבה יותר מאלה שניתן לגזור מן הכבוד הסגולי. הן מכונות לרוב 'זכויות חברתיות וכלכליות' (לעומת 'הזכויות האזרחיות' הבסיסיות הנגזרות מן הכבוד הסגולי). אם הכבוד הסגולי אוסר להרעיב, לענות, לאנוס, לכלוא ולהשתיק (כדי להגן על קיומו האנושי של האדם), כבוד המחיה מצריך זכויות שיאפשרו לאדם ללמוד, להתפתח, להתנסות, לחוות, להשתתף, לייסד, ולהיות מי שהוא יכול ורוצה להיות. זכויות אלה יקרות (כלכלית) הרבה יותר מן הזכויות הנגזרות מן הכבוד הסגולי, ואין חברה היכולה להרשות לעצמה להעניק לכל אדם את כולן. לכן על כל חברה המכירה בכבוד מחייתם של חבריה לבחור על פי אילו קריטריונים לאפשר לפרטים לממש את כבוד מחייתם.

'שוויון כבוד המחיה' משמעו שהחברה שואפת לאפשר לכל חבריה לממש את כבוד מחייתם במידה שווה. אם אחד מחברי הקבוצה הוא בעל משאבים המאפשרים לו לממש את כבוד מחייתו בכוחות עצמו, וחבר אחר אינו בעל

משאבים כאלה, ייתכן ששוויון כבוד המחיה מצדיק להעניק משאבים חברתיים רק למי שאיננו יכול לפתח את כבוד מחייתו בכוחות עצמו. ייתכן שזו הדרך להתקרב לשאיפה לשוויון כבוד המחיה.

מימוש הזכות לשוויון כבוד המחיה מחייב, אם כן, התייחסות משווה בין פרטים והפעלה של שיקול דעת. עם זאת, ההשוואה בין הפרטים אינה מתייחסת לדמיון ביניהם, אלא לדמיון במידת ההכרה, ההתחשבות, ההגנה והמימון של מימוש כבוד מחייתו של כל אחד מהם. אם פלוני, המוכשר ואוהב ללמוד שפות, דורש מן החברה שתממש את זכותו ללמוד שפות – כלומר שתקצה משאבים לצורך כך – ניתן להשוות את זכותו למימוש כבוד מחיה זה לזכותו של אלמוני, המוכשר במשחק, לקבל מידה דומה של משאבים חברתיים לשם מימוש זכותו ללמוד משחק. זהו שוויון שאיננו מושתת על דמיון תוכני מהותני בין פרטים, אלא רק על דמיון במשאבים המוקצים להם לפתח את ייחודם האנושי. שיקול הדעת הכרחי לשם מימוש זכויות הנגזרות מכבוד המחיה, שכן על החברה להחליט, כאמור, האם להעניק משאבים ציבוריים גם למי שיכול לממן בעצמו את מימוש הזכויות הנגזרות מכבוד מחייתו. באופן דומה על החברה להכריע גם האם להשקיע משאבים גם במימוש כישוריו של מי ששאיפותיו חריגות, ולכן יקרות לאין שיעור מאלה של פרטים אחרים (אם רק פרט אחד מבקש ללמוד שומרית עתיקה – אזי אפילו מימוש מזערי של זכותו זו יקר לאין שיעור ממימוש מלוא זכויותיהם של מי שמבקשים ללמוד מחשבים או לשחק כדורגל).

גם כבוד המחיה מכיל, בהגדרה, את החירות. כדי שאדם יוכל להתפתח, לשגשג ולפרוח על פי מיטב כישוריו ושאיפותיו – יש לאפשר לו לבחור ולבצע את החלטותיו על פי רצונו ואמונתו. החירות הכרוכה בכבוד המחיה היא יותר 'חיובית' מזו הליברלית הקלאסית.

### 3. פמיניזם כבוד אדם וחווה

פמיניזם כבוד אדם וחווה הוא פמיניזם המושתת על הכבוד האנושי הסגולי ועל כבוד המחיה של נשים. הוא דורש עבור נשים את הזכויות הנחוצות להן כדי להגן על כבודן הסגולי ולפתח את כבוד מחייתן. הוא אינו מתמקד בהשוואה בין נשים וגברים (כדי להוכיח דמיון או שוני ביניהם), ולא בחירויותיהן של נשים מהתערבות המדינה. הוא מתמקד בנשים: בצורכייהן, ביכולותיהן, במצוקותיהן ובכישוריהן, ומגדיר את זכויותיהן ביחס לכל אלה. כדי להגן על כבודן הסגולי,

הערך המוגן: הטרדה מינית כפגיעה בשוויון האישה ו/או בכבוד האדם

פמיניזם זה דורש הגנה מלאה ומוחלטת מפני אונס, אלימות מינית לסוגיה, אפליה בוטה (מניעת השכלה, ביטוי, תנועה וכו') ופגיעות מגדריות אחרות. כדי להגן על כבוד מחייתן של נשים, פמיניזם זה דורש מן החברה להשתחרר מן הדעות הקדומות והסטראוטיפים אשר מגבילים נשים ופוגעים באפשרותן לממש את יכולותיהן הייחודיות. ההכרה בכבוד מחייתן של נשים מחיבת הקצאת משאבים חברתיים. לפירוט ראו ספרי **כבוד אדם וחווה**.

#### ד. כבוד האדם בהקשר הישראלי

הפנייה (שוויון) כבוד האדם כחלופה לשוויון (החירות השלילית) משכנעת, לדעתי, מבחינה תאורטית בכל הקשור לזכויות אדם חברתיות ומדיניות – וגם בהקשר הפמיניסטי. יותר מכך, היא הולמת במיוחד את המציאות החברתית והמשפטית של ישראל. אין ספק שהשוויון הוא ערך חשוב מן המדרגה הראשונה; ואולם החברה והמשפט הישראליים לא אימצו אותו כערך ליבה. הערך שהחברה והמשפט כן אימצו כערך ליבה הוא כבוד האדם. כך נקבע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992, אשר נתפס כמגילת זכויות האדם של ישראל. חוק יסוד זה גוזר את זכויות האדם בישראל מכבוד האדם וחירותו, ואינו מזכיר את ערך השוויון. מאז חקיקת חוק היסוד, כבוד האדם השתגר בחברה הישראלית על מגזריה השונים. הוא אומץ כערך הליבה של 'רוח צה"ל', של מערכת החינוך הממלכתית, של משטרת ישראל ושאר גופי המדינה ומוסדותיה. הוא נתפס אצל מרבית הישראלים כערך הנכון והראוי לבטא את האתוס הישראלי. [להרחבה ראו ספרי **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** (הוצאת כרמל, ירושלים, 2004)].

ה. ואיך כל זה קשור להטרדה מינית?

#### 1. הטרדה מינית כפגיעה בשוויון על פי הפמיניזם האמריקאי

לשיטתה של מקינון, הטרדה מינית כתופעה חברתית היא כלי שבאמצעותו גברים מדכאים נשים ומנציחים את שלטונה הפטריארכלי של קבוצת הגברים בקבוצת הנשים. לפי גישה זו, כל הטרדה מינית מחזקת דפוס התנהגות אשר

מבטא ומשרת את המבנה הפטריארכלי המשעבד נשים ומפלה אותן לרעה. לכן כל הטרדה מינית, יהיו מבצעה וקרבנה אשר יהיו, מבטאת ומחזקת שיטה המפלה נשים ומשתתפת בכך בהנצחתה של אפליה מערכתית על בסיס מין. לכן כל הטרדה מינית פוגעת בשוויון המגדרי.

שיטתה של מקינן פותחה בעולם ליברלי שבו השוויון הוא הערך החוקתי המרכזי שהכול מכירים בו ומחויבים לו (לפחות מן השפה ולחוץ). במקור, הזכות לשוויון אזרחי הוחלה בארצות הברית על גברים לבנים בלבד. לאחר מאבקים רבים היא הורחבה גם על גברים שחורים, ולבסוף – גם על נשים. מקינן עיצבה את תפיסתה בדבר פגיעת הטרדה המינית בשוויון של נשים במציאות משפטית שאין בה חוק האוסר על הטרדה מינית, אך יש איסור מפורש להפלות אנשים בעולם העבודה, כלומר לפגוע בשוויונם התעסוקתי על בסיס גזע או מין. בעולם זה, קו המחשבה של מקינן הוא הגיוני ומעשי ביותר. יתרה מכך – הוא קוהרנטי ואף משכנע למי שמקבלו על כרעיו וקרביו. הוא מונע את הצורך לבחון האם כל מקרה של הטרדה מינית אכן מכונן אפליה על בסיס מין, וקובע באופן גורף כי כל הטרדה מינית באשר היא משתתפת באפליה המערכתית של קבוצת הנשים לעומת קבוצת הגברים.

## 2. הטרדה מינית כפגיעה בשוויון בפסיקה האמריקאית

ואולם מערכת המשפט האמריקאית לא אימצה את הפילוסופיה של מקינן או את תפיסת השוויון החדשנית שלה; היא הסתפקה באימוץ טענתה כי הטרדה מינית של אישה יכולה להיות אפליה על בסיס מין, והחילה על טענה זו את תפיסת השוויון המקובלת, התופסת את השוויון כשוויון החירות (ה'שליילית'), ומחילה את הנוסחה האריסטוטלית. כלומר, בתי המשפט האמריקאיים קובעים שהטרדה מינית היא אפליה אסורה על רקע מין רק כאשר גבר מטריד מינית אישה שיכולה להוכיח שההטרדה הגבילה את חירותה (למשל – להתקדם במקום העבודה), ושאלו הייתה גבר – היא לא הייתה מוטרת (כלומר – היא לא הייתה סובלת מהגבלת חירותה). לשיטתם של בתי המשפט האמריקאים, גבר ואישה 'דומים' מבחינת חירויותיהם (ה'שלייליות') במקום העבודה; לכן אם חירותה של אישה מוגבלת על ידי הטרדה מינית – מקום שחירותו של גבר לא הייתה מוגבלת כך – הרי זו אפליה אסורה של האישה בשל היותה אישה, כלומר פגיעה בשוויון על בסיס מין.



מבחן זה שהפסיקה האמריקאית מחילה הוא אישי (ולא קבוצתי) במהותו; הוא מאפשר למערכת המשפט לטפל במקרים של הטרדה מינית שבהם ניתן לזהות במובהק אפליה אישית על בסיס מין של פלוגנית לעומת אלמוני, אך לא במקרים של הטרדה מינית שנסיונותיהם המסוימות אינן מצביעות על אפליה ברורה על בסיס מין של אישה לעומת גבר. הקושי בגישה זו אינו רק מושגי ומופשט. קל להמחישו בדוגמאות מעשיות. חשבו על מקרה שמעסיק פונה בהערות מיניות בוטות הן לעובדת והן לעובד הכפופים לו (נניח שהוא נהנה להתייחס באוזניהם ובאוזני הסובבים אותם למעשים מיניים שהוא מדמה שהם מקיימים ביניהם, דורש מהם לקיים יחסים כאלה או אף מתנה את המשך העסקתם בהיענות לדרישה זו). או חשבו על מקום שהמעסיק נוהג לפגוע בכל עובדיו ועובדותיו באמצעות התייחסויות מיניות מעליבות (נניח שהוא מכנה את כולם כאחד 'נקבה פחדנית וקלת דעת' או שהוא פונה אל הנשים כ'זונות' ואל הגברים כ'מסורסים'). על פי המבחן האריסטוטלי שהפסיקה האמריקאית מחילה, איש מן הנפגעים לא הוטרד מינית (במובן המשפטי) ואינו זכאי לסעד. זאת מכיוון שהמטרד הטריד אותם (ופגע בחירויותיהם) בלי להפלות ביניהם על בסיס מין. איש מהם אינו יכול לטעון כי לו עמד בנעליו עובד בן המין השני הוא לא היה סובל מן ההטרדה. על פי ההיגיון האריסטוטלי של מערכת המשפט האמריקאית, ההגנה היעילה ביותר עבור מי שנטען נגדו כי הטריד מינית אישה היא להטריד מינית גם גבר.

כיוון שהמבחן האריסטוטלי המוחל הוא אישי ולא קבוצתי, הוא מונע את זיהויה של האפליה הקבוצתית שבבסיס התופעה ככלל.

### 3. פתרון אפשרי: שינוי נוסחת השוויון

פתרון קוהרנטי אחד לבעיה זו הוא, כפי שהציעה מקינון, החלפתה של נוסחת השוויון האריסטוטלית באחרת, שתהיה פחות פורמלית ויותר ערכית, ותאפשר התייחסות לאפליה קבוצתית ולא רק לאפליה אישית של פלוגנית לעומת אלמוני. כאמור, בתי המשפט האמריקאים לא השתכנעו לנקוט דרך זו. מרבית מערכות המשפט בעולם המערבי, לרבות הישראלית, משתמשות במבחן שוויון החירות (ה'שילית') האריסטוטלי בדומה לאופן שעושה זאת המערכת האמריקאית. הן נוהגות כך מזה עשרות ואף מאות שנים, ואין סיבה לחשוב שתסטינה מהרגל זה

באופן משמעותי. לכן הצמדת ההטרדה המינית לערך השוויון מכילה בחובה את הבעייתיות המתוארת של הכפפת תלונות על הטרדה מינית למבחן שאינו הולם את המטרה.

בנוסף, יש לציין כי ההתייחסות להטרדה מינית במושגים של שוויון מגדרי אינה אינטואיטיבית לציבור הרחב ואינה משכנעת אותו. גם לאחר למעלה משלושה עשורים, מרבית הציבור האמריקאי אינו מבין מדוע הטרדה מינית מוגדרת כסוג של אפליה, וכיצד התייחסות מינית לעובדת במקום העבודה פוגעת דווקא בזכותה לשוויון. אנשים מתקשים מאוד לראות בהתייחסות מינית של גבר לאישה משום "הגבלת חירותה", ולכן הם מתקשים לראות בה פגיעה בזכות האישה לשוויון (החירות). בין שהדבר מוצא חן בעינינו ובין שלא – זוהי המציאות, ואי הבנה זו מקשה על רבים להזדהות עם שלילת התופעה.

#### 4. פתרון אפשרי: המשגת ההטרדה המינית כפגיעה בכבוד האדם

פתרון קוהרנטי אחר לבעייתיות האינהרנטית לטיפולה של שיטת המשפט האמריקאית בתופעת ההטרדה המינית הוא להמשיג את ההטרדה המינית לא מתוך פמיניזם השוויון, אלא מתוך פמיניזם כבוד אדם וחווה; לא (רק) כאפליה על בסיס מין, אלא (גם) כפגיעה בכבוד אדם וחווה: בכבוד המחיה, ולעתים גם בכבוד הסגולי.

**ההכרה בכבודו הסגולי של האדם ובכבוד מחייתו משמעותה שכל אדם, כאשר הוא אדם, זכאי שלא יטרדו אותו מינית אם הטרדה כזו פוגעת בקיומו האנושי או בפריחתו ושגשוגו.** זאת בין שהוא גבר ובין שהוא אישה, בין שהוא צעיר או מבוגר, שחור או לבן, עשיר או עני. גזרת האיסור להטרד מינית מכבודו הסגולי של האדם ומכבוד מחייתו משמעותה שהאיסור חל בכל מקום, בכל הקשר, בכל זמן וביחס לכל אדם – אם ההטרדה המינית עלולה לפגוע בכבודו הסגולי של האדם או להצר את כבוד מחייתו.

יש הטרדות מיניות אשר פוגעות בכבודו הסגולי של האדם. הן מבטאות התייחסות אל האדם כאל חפץ מיני לשימוש של המטריד, ומערערות בכך על ערכו האנושי של המוטריד – ולכן על ערך האדם בכלל. יש גם הטרדות מיניות שחומרתן אינה עולה כדי פגיעה בכבוד הסגולי, ואולם הן פוגעות בכבוד מחייתו של הקרבן. הן מונעות ממנו או מקשות עליו לממש את עצמו על פי מיטב

הערך המוגן: הטרדה מינית כפגיעה בשוויון האישה ו/או בכבוד האדם

הכנתו, מגבילות אותו ומצרות את צעדיו. הן מפריעות לו לפרוח ולהביא לירי מיצוי את ייחודו האנושי. מרבית ההטרדות המיניות, גם אם אינן חמורות דיין כדי לפגוע בכבודו הסגולי של האדם, פוגעות בכבוד המחיה שלו. לכן קל לגזור את האיסור על הטרדה מינית מן ההגנה על כבוד המחיה.

כדי לקבוע שהטרדה מינית פוגעת בכבוד אדם וחווה (בכבוד המחיה או בכבוד הסגולי) אין צורך להראות שההטרדה המינית פגעה דווקא בחירותו של הנפגע: די בכך שהיא פגעה בפרטיותו, בתחושת ערכו, בביטחונו העצמי, בהעזתו. כדי לקבוע שהטרדה מינית פוגעת בכבוד אדם וחווה אין צורך לבחון בכל מקרה ומקרה אם אישה הוטרה רק בגלל שהיא אישה, והאם לא הייתה מוטרדת אילו הייתה גבר. כשגוזרים הטרדה מינית מכבוד אדם וחווה אפשר לקבוע שהתנהגות מטרידה מינית בין שהיא מכוונת לגבר, בין שהיא מכוונת לאישה, ובין שהיא מכוונת גם לגבר וגם לאישה. בעולם ערכי זה, אין שום בעיה לומר שמעביד – או כל אדם אחר – פגע בהתנהגותו המטרידה גם בכבוד האדם של אישה וגם בכבוד האדם של גבר. עם זאת, קל גם לראות שבמציאות החברתית הנוהגת, הטרדה מינית פוגעת בעיקר בכבוד המחיה ובכבודו הסגולי של נשים; לכן ההגנה על כבוד אדם וחווה מפני הטרדה מינית, והאיסור על הטרדה מינית כדי להגן על כבוד אדם וחווה מקדמים את מעמד האישה ואת שוויונה בחברה. בנוסף, הקביעה שהטרדה מינית פוגעת בכבוד האדם היא אינטואיטיבית לאנשים רבים, והם יכולים להבינה ולקבל אותה. גזרת האיסור על הטרדה מינית מכבודו הסגולי של אדם וחווה ומכבוד מחייתם אפשרית והגיונית לא פחות – אם לא יותר – מגזרתו מעקרון השוויון, אשר נתפס כשוויון החירות (ה'שליטית'), נמדד בנוסחה האריסטוטלית, ולוקה בקשיים ערכיים בעייתיים. כך בכלל, ובישראל – בפרט.

## 5. החוק הישראלי: הטרדה מינית פוגעת בכבוד האדם

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992 נועד להעניק מעמד חוקתי עליון לנורמות הנגזרות מן הכבוד הסגולי וכבוד המחיה בחברה הישראלית.<sup>8</sup> שש שנים

8 כפי שהוזכר קודם, החירות כמו השוויון, היא חלק בלתי נפרד הן מן הכבוד הסגולי והן מכבוד המחיה. ואלם חירות זו, הנספחת לכבוד האדם בחוק היסוד, אינה בהכרח החירות הליברלית ה'שליטת' בלבד.

מאוחר יותר, החוק למניעת הטרדה מינית הצטרף אל חוק היסוד ופירט אותו בהקשר של הטרדה מינית: הוא נועד למנוע הטרדה מינית כדי להגן על הכבוד הסגולי וכבוד המחיה של כל פרט ושל הנשים כקבוצה. סעיף המטרה של החוק למניעת הטרדה מינית מבטא מטרה זו במוצהר ובמפורש, תוך הדגשת מרכזיותו של כבוד האדם – וגם קישורו עם ערכי החירות, הפרטיות, והשוויון בין המינים: 'חוק זה מטרתו לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים'.

דברי ההסבר הכלליים שנלוו להצעת החוק מפרטים ומדגישים גישה זו:

במדינת ישראל, כמו במקומות אחרים בעולם, הטרדה מינית היא תופעה חברתית נפוצה הפוגעת באנשים רבים ובמיוחד בנשים. הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד האדם, בחירותו, בפרטיותו ובזכותו לשוויון. היא פוגעת בכבודו העצמי ובכבודו החברתי של המוטred. היא משפילה ומבזה את אנושיותו, בין השאר על ידי התייחסות אל האדם כאל אובייקט מיני לשימוש של המטריד. הטרדה מינית שוללת את האוטונומיה של המוטred ואת שליטתו בגופו ומיניותו, פוגעת בזכותו להגדרה עצמית ופולשת לפרטיותו, וכן מפלה אותו לרעה לעומת אנשים אחרים. הטרדה מינית כלפי נשים גורמת להשפלתן ביחס למינן או למיניותן ומקשה עליהן להשתלב כחברות שוות בעולם העבודה וביתר תחומי החיים, ובכך היא פוגעת בשוויון. [...]

החוק המוצע נועד להוקיע את ההטרדה המינית בכל הקשר שהוא ולגבי כל אדם. הצעת חוק זו באה להגביר את המודעות הציבורית לחומרת התופעה, תוך חינוכו של הציבור הרחב לכיבוד הזולת. החוק אינו מתיימר לאכוף מוסר או להתערב ביחסים חברתיים מרצון, אלא למנוע מאדם לכפות את עצמו על מי שאינו מעוניין בכך, ובמיוחד כשהדבר נעשה תוך שימוש לרעה בעמדת כוח. [...]

החוק למניעת הטרדה מינית נסמך אל חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. ככל שאחיותו של חוק היסוד במשפט ובחברה מצליחה להאדיר את הכבוד הסגולי וכבוד המחיה – כך מעמיקה גם אחיותו של החוק למניעת הטרדה מינית בחברה

הישראלית. וכן, ככל שהחוק למניעת הטרדה מינית מצליח להעמיק את אחיזתן של נורמות הכבוד הסגולי וכבוד המחיה בהקשר של הטרדה מינית – כך הוא תורם לפרויקט הערכי הרחב יותר של חוק היסוד.

### ו. 'הדרת-כבוד' – סוג כבוד שונה ונבדל מזן הכבוד הסגולי וכבוד המחיה

כאמור, החוק למניעת הטרדה מינית אוסר על הטרדה מינית כדי להגן על הכבוד הסגולי וכבוד המחיה ולקדם מערכת ערכית זו; הוא לא נועד להגן על הדרת-כבוד ולהנציח מערכת ערכית זו. כדי להבהיר הבחנה זו, אציג בקצרה סוג זה של כבוד.<sup>9</sup>

הדרת-הכבוד, honor, היא כבוד מעמדי הקשור בסטטוס חברתי, ביוקרה, בייחוס ובכוח. כבוד זה אינו מתייחס לאנושיותו של האדם כאדם או לפוטנציאל האנושי הייחודי שלו, אלא למיצובו ביחס לאנשים אחרים; למקומו בהיררכיה החברתית. הדרת-הכבוד נתפסת כרכוש סמלי; כנכס המגלם את מקומו של בעליו בפירמידה החברתית. כבוד זה הוא אישי במובן שכל אדם יוצר אותו לעצמו, ומצליח לקיים אותו במידה שונה בתקופות שונות על פי מצבו בעולם. הוא נוזל משום שהוא מושפע מרכיבים רבים ומשתנה בקלות. כאשר אדם 'על הסוס': הוא מצליח, מפורסם, מבוקש – הוא בעל הדרת-כבוד רבה; כאשר הוא לא פופולרי ולא מצליח – הדרת-כבודו בשפל. מוצאו של האדם, ייחוסו, מראהו, חכמתו, עושרו, תפקידים שהוא ממלא, אנשים שהוא קשור אליהם ובעיקר התנהגותו החברתית הם המעניקים לו הדרת-כבוד או שוללים אותה ממנו. לכן אנשים שהדרת-כבודם חשובה להם עושים הכול כדי לנהוג באופן שיקנה להם הדרת-כבוד ולהימנע מהתנהגויות שיגזלו מהם הדרת-כבוד, כלומר יכתימו את הדרת-

9 את ההבחנות בין כבוד סגולי, כבוד מחיה, הדרת-כבוד והילת כבוד פיתחתי במקומות רבים אחרים. לפיתוח שיטתי ומקיף ראו קמיר (2004), שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2004), כרמל, וכבוד אדם וחזה (המוזכר בהערה 1). למאמרים נוספים בהם מוצגת ההבחנה ומפותחת בהקשרים שונים ראו [http://sitemaker.umich.edu/orit\\_kamir/home](http://sitemaker.umich.edu/orit_kamir/home)

כבודם בכתם של קלון, כלומר – יביישו אותם. (בושה היא ההפך מהדרת-כבוד; היא היעדר הדרת-כבוד).

הדרת-כבוד היא סוג כבוד שונה מאוד מן הכבוד הסגולי וכבוד המחיה (ולכן אני מציעה להבחין ביניהם בעזרת שמות שונים, כפי שמקובל בשפות אחרות). כדי לסבר את האוזן: כאשר אדם דורש ומקבל כבוד בזכות תפקיד נכבד שקיבל, משכורת נאה, ציון טוב, מדליה או מכונית נחשקת – זהו כבוד מסוג הדרת-כבוד. כשאדם דורש כבוד משום ערכו האנושי המוחלט – הוא דורש הכרה בכבודו הסגולי. כשהוא מבקש כבוד בזכות יחסי האנוש הטובים שלו, הבנתו העמוקה בבעלי חיים, כישרון השירה שלו, או הכישורים המעולים שפיתח בכישול, בריצה, בחינוך או בהקשבה לזולת – הוא מבקש הכרה בכבוד מחייתו.

בשונה מכבוד סגולי וכבוד מחיה, הדרת-הכבוד מותנית בהכרח בתחרות של כל פרט מול כל הפרטים האחרים. כדי שלפלוני תהיה הדרת-כבוד רבה, עליו לדאוג לכך שהיא תהיה רבה יותר משל אלמוני. לשם כך הוא צריך להתאמץ להשיג יותר הדרת-כבוד משיש לאלמוני, וגם – לדאוג לכך שאלמוני לא יצבור הדרת-כבוד רבה או שהוא יאבד מהדרת-הכבוד שיש לו. כלומר, הדרת-כבוד היא רכוש סמלי במשחק חברתי של סכום אפס.<sup>10</sup>

הדרת-הכבוד היא ערך ותיק, נפוץ ומרכזי בחברות רבות מאוד. חברות אשר מייחסות חשיבות רבה להדרת-הכבוד של חבריהן מכונות 'חברות הדרת-כבוד' (honor societies). חברות אלה מפתחות כללים מפורטים מאוד מה צריך אדם לעשות כדי לזכות בהדרת-כבוד, ומתי הוא מאבד הדרת-כבוד וצובר בושה. חברי הקבוצה ערניים מאוד להתנהגותם של כל הסובבים אותם, ועסוקים ב'מדידה' ו'השוואה' של הדרת-הכבוד של כל פרט. הכללים כיצד לצבור הדרת-כבוד ולהימנע מבושה עשויים להיות שונים מחברה לחברה. בחברה אחת עושר הוא אמצעי לצבירת הדרת-כבוד, בחברה אחרת – תארים אקדמיים גבוהים ובחברה אחרת – כושר גופני והצטיינות בשדה הקרב. אך 'כללי המשחק' דומים בכולן: תחרות, משחק סכום אפס, ומדידה מתמדת של כולם כנגד כולם.

10 משמעות הדבר היא שהדרת-הכבוד נתפסת כמשאב בכמות מוגבלת, וכל פרט נאבק להשיג לעצמו ממנה על חשבון כל האחרים המשתתפים במשחק.

חברות מסורתיות הן בדרך כלל חברות הדרת-כבוד. חברות פטריארכליות מסורתיות הן כמעט תמיד חברות הדרת-כבוד, ודפוסי ההתנהלות שלהן דומים. בחברות כאלה, משחק הדרת-הכבוד הוא גברי: הגברים הם השחקנים, ויש זיהוי כמעט מוחלט בין הדרת-כבוד ו'גבריות'. ככל שאדם זוכה ביותר הדרת-כבוד – כך הוא נחשב 'גברי' יותר, וככל שהוא 'גברי' יותר – הוא בעל יותר הדרת-כבוד. הדרת-כבוד בחברות כאלה היא, בהגדרה, 'גברית'. איבוד הדרת-כבוד וצבירת בושה הם 'נשיים'.

בחברה פטריארכלית מסורתית שהיא חברת הדרת-כבוד, מקובל שגברים רוכשים לעצמם הדרת-כבוד בשתי דרכים: בהתנהגות 'גברית' שהיא אסרטיבית ואף מיליטנטית (פעילה, יוזמת, לוחמנית ו'כובשת'), ולצד זה – באמצעות 'השגת' נשים, והפגנת שליטה ב'נשותיהם' ובמיוחד בנגישות המינית אליהן ('נשותיהם' הן בנות זוג, בנות, אחיות ואף אמהות – הכול על פי כללי הדרת-כבוד המסוימים של החברה הנדונה). לכן, גברים בחברות הדרת-כבוד רבות מופקדים על שמירת 'צניעותן' המינית של 'הנשים שלהם'. פגיעה ב'צניעותה' של אישה מטילה כתם על הדרת-כבודו של האיש שחייב היה לשמור ולהגן עליה. היא מערערת את מעמדו ומקטינה אותו לעומת גברים אחרים.

הדרת-כבודה של אישה בחברה פטריארכלית מסורתית כזו נגזרת בדרך כלל מזו של הגבר שאליו היא משויכת (אביה, אחיה, 'בעלה', בנה). התייחסות מינית אל אישה מצד גבר זר פוגעת בהדרת-כבודו של הגבר אשר זכאי וחייב לשלוט בנגישות למיניותה ולשמור עליה; לכן, באופן נגזר, היא פוגעת גם בהדרת-כבודה של האישה. משום כך, התייחסות מינית לאישה ממיטה בושה הן על הגבר (הבעל, האב, האח, הבן) והן על האישה. מה שאנו מכנים היום הטרדה מינית נתפס בחברות אלה כבושה למוטרדת ולגבר שלה וכהדרת-כבוד למי שביצע את ההתנהגות.

בחברת הדרת-כבוד, פגיעות בהדרת-הכבוד הן חלק בלתי נפרד מן ההתנהלות החברתית הרגילה והתקינה. זו הדרך שאדם רוכש לעצמו הדרת-כבוד (על חשבון הסובכים אותו). לכן בחברה כזו ההתנהגויות שאנו מכנים היום הטרדה מינית הן חלק בלתי נפרד מן ההתנהלות החברתית הרגילה והתקינה. הן אמצעי לאהדרת הדרת-כבודו של המטריד על חשבון המוטרדת והגבר שלה. חברת הדרת-כבוד פטריארכלית, אם כן, מכילה דפוס טבוע של הטרדות מיניות של נשים. המאבק,

בחברה כזו, אינו נגד התופעה, אלא נגד מטריד מסוים שהצליח לפגוע בהדרת-כבוד משפחתית.

כאמור, הדרת-הכבוד אינה הערך שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נועד לקדם ולחזק, ולא הערך שהחוק למניעת הטרדה מינית נועד לקשור עם הפגיעה הנגרמת לאישה על ידי הטרדתה המינית. החוק למניעת הטרדה מינית נועד לחזק את הכבוד הסגולי של כל אדם ואת כבוד מחייתן של נשים. הוא מגדיר הטרדה מינית כפגיעה בכבוד המחיה ולעתים אף בכבוד הסגולי. מפרספקטיבה של סוגי הכבוד, החוק נועד להחליש, להוקיע ולאסור התנהגויות מקובלות ונפוצות בחברות הדרת-כבוד פטריארכליות רבות, בלא לתת לגיטימציה להדרת-הכבוד.<sup>11</sup> בשונה משפות אחרות, העברית כורכת את הכבוד הסגולי, כבוד המחיה והדרת-הכבוד יחדיו במילה האחת 'כבוד', אשר משמשת לציון כל סוגי הכבוד הללו. זהו קושי עמוק ומרתק, הבא לביטוי בכל תחומי החיים של הקהילה הישראלית דוברת העברית. תחום ההטרדה המינית הוא רק דוגמה לתחום כזה. בתחום זה, כבשאר תחומי החיים, יש מקום להקדיש מחשבה להבחנה בין סוגי הכבוד השונים, ללבן את משמעויותיהם, השלכותיהם ותוצאותיהם, ולהסיק מסקנות תאורטיות ומעשיות.

11 אפשר כמובן לפרש את החוק למניעת הטרדה מינית כמי שבא לאסור פגיעה בהדרת-כבודה של אישה. ואולם גישה זו מעניקה לגיטימיות לכללי המשחק של חברת הדרת-כבוד ומשתתפת בהם. היא מנסה לחזק את הדרת-כבודן של נשים, ובכך לשמר את עולם הדרת-הכבוד. לא זו כוונתו של החוק למניעת הטרדה מינית.



## פרק שישי השימוש במשפט הפלילי ככלי לשינוי חברתי

### האיסור הפלילי על הטרדה מינית:

#### קידוש האמצעי ומחירו

#### מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון

האיסור הפלילי על הטרדה מינית הוא יחודי למשפט הישראלי. ההצדקות לאיסור מושתתות על ההשלכות החברתיות של תופעת ההטרדה המינית, ובעיקר על האפקט המשמר והמטפח את הפערים החברתיים בין גברים לנשים שיש להטרדה המינית. הצדקות אלה מעוררות קשיים. הן מתעלמות מעקרונות יסוד של המשפט הפלילי: אזהרה, אשמה, מידתיות – ממנה נגזרים עקרונות של פרופורציה ושיוריות – והלימה לתודעת הציבור. הן מחייבות, מבחינה עקרונית, לאסור על כל התבטאות קבוצתית, באופן שיפגע פגיעה קשה בחופש הביטוי ובתחושת החירות. מעבר לכך, הגדרת הטרדה מינית בחוק מעוררת בעיות ישומיות – תחת רשתו של החוק יתפסו מקרים שאינם ראויים להיתפס תחתיה. המסקנה היא כי ההיזקקות לאיסור פלילי למניעת הטרדה מינית אינה רצויה, וכל עוד קיים איסור כזה, יש לנסות לצמצם את תחולתו, אם על ידי קריאת יסוד של תוצאה לעבירה (תוך הבאה בחשבון של החסרונות של פתרון זה) ואם על ידי פירוש

מרדכי קרמניצר וליאת לבנון, 'האיסור הפלילי על הטרדה מינית: קידוש האמצעי ומחירו', **שערי משפט** ב(3) (תשס"א): 285-305.

\* מרדכי קרמניצר הוא פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. ליאת לבנון מסיימת את לימודי התואר הראשון בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

דרישת החזרה על ההתייחסויות או ההצעות, בחלופות בהן היא קיימת, כדרישה לחזרה אינטנסיבית. מסקנה זו אינה מתנגשת עם שאיפה לצמצם את פערי הכוחות בין המינים. משמעותה היא כי יש לנסות להגשים שאיפה זו באמצעים אזרחיים.

1. האיסורים בחוק למניעת הטרדה מינית: ביטוי לשאיפה ליצירת שינוי ערכי. 2. יחודיות וחדשנות בקנה מידה עולמי בחוק למניעת הטרדה מינית. 3. ההצדקות המוצעות לאיסורי ההטרדה המינית. 4. הבעיות בהצדקות המוצעות; א. התעלמות מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי; ב. המשפט הפלילי אינו כלי ראוי להתמודדות עם התבטאויות קבוצתיות. ג. תפיסת מקרים שאין בהם אנטי-חברתיות. 5. האם יש פתרון? 6. האם ראוי לקרוא דרישת תוצאה לעבירה? 7. פרשנות דרישת החזרה. 8. סיכום: קווים כלליים לטיפול ראוי בהטרדה מינית.

## 1. האיסורים בחוק למניעת הטרדה מינית:<sup>1</sup>

### ביטוי לשאיפה ליצירת שינוי ערכי

החוק למניעת הטרדה מינית עוסק בשני סוגים של התנהגויות: סוג אחד מתבטא בהתנהגויות, אשר האיסורים עליהן כבר מעוגנים בחוק העונשין, ויש להם בסיס מוצק במוסר הנוהג: סחיטה באיומים, כאשר המעשה שהקורבן נדרש לעשות הוא בעל אופי מיני, ומעשים מגונים. מבחינת ההתנהגויות הללו, חשיבותו של החוק היא בעיקר בריכוז האיסורים תחת הכותרת של 'הטרדה מינית', באופן שיעזור להגברת המודעות הציבורית לקיומו של האיסור, הן בקרב מטרידים פוטנציאליים והן בקרב קורבנות, וכן בהפיכת ההתנהגויות גם לעוולות אזרחיות.<sup>2</sup> החוק אינו

1 החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

2 א' קמיר, 'איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?', משפטים כט (תשנ"ח) 317, 382.

מבטא כאן יומרה למהפיכה או לשינוי חברתי דרמטי. החשש העולה בעקבות החקיקה החדשה ביחס לאיסורים אלה הוא של הפחתה בחומרה המיוחסת להם בתודעה הציבורית. זאת, בעקבות כריכתם בחוק אחד ותחת כותרת אחת – בעלת משמעות טעונה, בלתי אחידה ובלתי חמורה – עם התנהגויות שחומרתן פחותה במידה רבה. הרשעה ב'הטרדה מינית' של מי שבצע מעשים מגונים יוצרת סטיגמה קלה מידי, ולכן פוגעת בתפקיד החינוכי וההצהרתי של החוק כמאשש ומחזק את הערכים החברתיים.<sup>3</sup> זה היה השיקול שעמד מאחורי ההחלטה לא להכניס את עבירת האונס אל גדר החוק למניעת הטרדה המינית,<sup>4</sup> והוא תקף גם באשר למעשים מגונים וסחיטה מינית.

לעומת האיסורים הלקוחים מחוק העונשין, החוק מתיימר להוביל לשינוי בתפישות הערכיות של הציבור בכל הנוגע להתנהגויות אחרות, הכוללות: 'הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות';<sup>5</sup> 'התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות';<sup>6</sup> 'התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית'<sup>7</sup> (להלן: הטרדות מילוליות<sup>8</sup>). במסגרת השינוי הערכי שהפוכנה התנהגויות כאלה לתופעה שהחברה אינה מוכנה להסכין עימה, ומוצאת לנכון לפצות את קורבנה ולהעניש בחומרה את החוטא בה. תפישה זו אינה מקובלת היום על רוב הציבור – המטרידים, בדרך-כלל, אינם מבינים את החומרה שבהתנהגותם, וחלק מן המוטרדות רואות בה 'חלק מהחיים'.

3 ראו Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* 90-91 (3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 1999)

4 קמיר, לעיל הערה 2, בה"ש 141.

5 סעיף 3(3) לחוק למניעת הטרדה מינית.

6 סעיף 3(4) לחוק למניעת הטרדה מינית.

7 סעיף 3(5) לחוק למניעת הטרדה מינית.

8 ההגדרה אינה מדויקת, שכן מדובר בהעברת מסרים באמצעים שונים, לאו דווקא מילוליים, אך נשתמש בה לשם נוחות הדיון.

## 2. יחודיות וחדשנות בקנה מידה עולמי בחוק למניעת הטרדה מינית

השימוש שנעשה באיסור הפלילי לשם קידום השינוי הערכי הוא חדשני ויחודי לחוק הישראלי. למיטב ידיעתנו לא קיימות הוראות פליליות מקבילות בשיטות משפט זרות. האיסורים הפליליים הבודדים על הטרדה מינית בעולם מבוססים על פגיעה בערכים המופנמים היטב בתודעה המוסרית החברתית. כך, למשל, האיסור הפלילי הצרפתי<sup>9</sup> מגן מפני סחיטה: ההתנהגות האסורה מוגדרת כציווי, איום או כפיה, תוצאתה – הטרדה, נדרשת נסיבה הכרחית של ניצול יחסי מרות, והיסוד הנפשי הוא של מטרה לקבל טובות הנאה בעלות אופי מיני. אף על פי שהמעשים האסורים חמורים במידה משמעותית מחלק מן המעשים שאוסר החוק הישראלי, העונש המירבי על הפרת האיסור הוא שנת מאסר וקנס (לעומת שנתיים מאסר שקובע החוק הישראלי). האיסור הפלילי האנגלי (אשר אינו מתייחס להטרדה מינית דווקא, כי אם להטרדה מכל סוג) מגן על הזכות לנהל חיים שלווים, שכן ההטרדה האסורה בו מאופיינת ב- 'course of conduct' ולא במעשה אחד (דוגמאות אפשריות הן: שיחות טלפון חוזרות ונישנות בשעות הלילה, מעקב בלתי פוסק), אשר הופכת את החיים לבלתי נסבלים.<sup>10</sup> העונש עליה הוא שישה חודשי מאסר או קנס. לא מפי שיטות משפט זרות בלבד אנו חיים. עם זאת, מתבקש לתהות שמא סיבה טובה הובילה אחרים להכרעה של הימנעות מהפללה, ושמה באמת אין נחיצות ואין הצדקה לשימוש בדין פלילי לצורך טיפול בהטרדה מינית. בהנחה שהמשפט משקף את התודעה החברתית, ניתן להסיק מהעדר חקיקה פלילית דומה לחוק הישראלי כי הטרדה מינית נתפשת אמנם כשלילית בעולם המערבי, אך לא במידה המצדיקה את הפללתה. תודעה אוניברסלית זו מעבירה את נטל השכנוע אל הטוענת להיפוכו של דבר, כלומר אל התומכת בהפללה.

9 סעיפים 222-223 לקוד הפלילי הצרפתי מגדירים הטרדה מינית כך (בתרגום לאנגלית):  
The fact of harassing anyone using orders, threats or constraint, in order to obtain favors of a sexual nature, by a person abusing the authority that functions confer on him....

10 למשל באנגליה: Protection From Harassment Act 1997 — sect 1,2. אין אנו טוענים כי ניסוח העבירה בחוק האנגלי ראוי לשמש דוגמה לחיקוי, וזאת בשל אי בהירותה והיקף השתרעותה הנרחב.

### 3. ההצדקות המוצעות לאיסורי הטרדה המינית

להטרדה מינית שני היבטים: ההיבט האינדיבידואלי מתבטא בפגיעה הממוקדת שגורמת הטרדה המסוימת לקורבנה. החוק מתאר את הפגיעה שגורמת הטרדה כפגיעה בחירות הקורבן, בפרטיותה ובכבודה. הגדרת הפגיעה כפגיעה בחירות מבוססת על ההנחה, לפיה האפקט המצטבר של הטרדות מיניות מביא להצרת צעדיה של האישה – היא תימנע מלבקר במקומות מסוימים, בהם צפויות לה הטרדות, ותשתדל להצניע את נוכחותה ולא למשוך תשומת לב. אולי יש בסיס להנחה זו, אולם אין היא מצדיקה את הגדרת הפגיעה כפגיעה בחירות. כל מיטרד מיצר את צעדיו של קורבנותו הפוטנציאליים. כך, זיהום אויר ימנע מאנשים מלעבור באיזור בו הוא אינטנסיבי, ואף עלול לגרום לתושבי האיזור להתרחק מבתיהם ככל האפשר, ובכל זאת עוולת המיטרד אינה מוגדרת – ואין הצדקה להגדירה – כעוולה שפוגעת בחירות. פגיעה נוספת בחירות מתבטאת בכך שבאותם איסורים המותנים בביטוי חוזר ונשנה אחרי שהקורבן הביעה חוסר עניין בביטוי כזה, יש בכך משום התעלמות מרצונה של הקורבן ומן החופש שלה לקבוע את סוגי השיח בהם היא מעוניינת להשתתף. ספק רב אם האינטרס של האדם שלא לשמוע דבר לאחר שהביע חוסר עניין לשומעו הוא אינטרס יסודי וכבד משקל, מסוג האינטרסים שחיוני להגן עליהם, ועוד באמצעות דין העונשין.

הגדרת הפגיעה כפגיעה בפרטיות משקפת תפישה נשית של פרטיות, לפיה המיניות היא עניין פרטי. זאת, בעקבות הפנמת מסרים לפיהם הפן המיני הוא פן הראוי לדיכוי, להצנעה ולהסתרה. לכן, עיסוק במיניות גורם לאישה תחושה של חוסר אונים על רקע חשיפה ברוטלית של פן אישי. לעומת זאת, לפי התפישה הגברית, אין בעיה במתן ביטוי פומבי לאספקט המיני. המסרים המועברים לגברים בחברה בסוגיה זו הם הפוכים מן המסרים המועברים לנשים. ועדיין יש להקשות: האם ראוי לעודד ולטפח תפישת פרטיות המבוססת על המסרים שהוזכרו לעיל? הפגיעה בפרטיות היא מקרה פרטי של פגיעה בכבוד, ואכן – החוק אינו מסתפק באפיון הפגיעה כפגיעה בפרטיות, וקובע כי הפגיעה שגורמת הטרדה היא פגיעה בכבוד, כמונח כללי.

הגדרת הפגיעה כפגיעה בכבוד מבוססת גם היא על נקודת מבט נשית. ההנחה היא, ככל הנראה, שכל ההטרדות המיניות פוגעות בכבוד האדם.<sup>11</sup> ההטרדה המינית פוגעת בכבוד האדם מכיוון שהיא 'משפילה ומבזה את אנושיותו על ידי התייחסות אליו כאל אובייקט מיני לשימושו של המטריד, כלומר: כאל גוף ללא נפש'.<sup>12</sup> לפעמים היא גורמת לתוצאות נפשיות קשות כמו דיכאון, חוסר שינה, תסכול ותחושת חוסר אונים. אולם בגלל נקודות המבט השונות של נשים ושל גברים, גם תפישת ההקשר של ההתייחסות המינית שונה ומקנה להתייחסות חומרה יתירה בעיני נשים. כך, למשל, התייחסות לפן המיני של אישה עלולה להתפש על ידה כמשקפת הסתכלות חד מימדית מצד המתייחס – רק כאל אובייקט מיני – ועל כן לפגוע עמוקות. לעומת זאת, גברים לא מעטים רואים בנשים, אליהן הם פונים, יצורים מורכבים, שההיבט המיני הוא פן אחד בלבד שלהן, אליו הם מתייחסים באותו רגע (בדיוק כשם שברגע אחר יתייחסו להיבט הרגשי או האינטלקטואלי), ועל כן אינם רואים שום מימד פוגע בהתייחסות. הם רואים אותה כאינטראקציה חברתית תמימה,<sup>13</sup> ולכל היותר – אם האישה נתנה לכך ביטוי – כבלתי רצויה במובן הפשוט והרגיל, בדומה להרבה דברים שאנו שומעים למרות רצוננו, אך בוודאי לא כבעלת השפעות רגשיות מרחיקות לכת. ככל שהתוצאות אשר גורמת ההטרדה המינית לקורבן הן מקוממות, אילו זה היה ההיבט היחיד, ספק אם היה מקום להתייחס לתופעה במסגרת המשפט הפלילי. העלבון האישי הנגרם על-ידי התופעות המוגדרות כהטרדה מינית הוא

11 החוק אינו מסתפק בהגדרת הטרדה מינית כפגיעה בכבוד על רקע מיני משום החשש שחלק מן השופטים לא ישכילו לזהות את הפוטנציאל של הפגיעה בכבוד הטמון בהתנהגויות שיש בהן פוטנציאל כזה, ועקב כך תצומצם תחולת ההוראה. טעם נוסף לכך הוא שהגדרה כזו אינה מעבירה מסר ברור מספיק לציבור המטרידים העיקרי – הגברים. החלופה שבסעיף 3(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, האוסרת על 'התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למינותו, לרבות נטיות המיניות', היא אם כן חלופת-הסל, המגדירה את המכנה המשותף לכל ההטרדות המיניות, אלה שהוגדרו באופן קונקרטי בחוק ואלה שלא הוגדרו כך.

12 קמיר, לעיל הערה 3, בעמ' 375.

13 ראו Ehrenreich, "Pluralist Myths and Powerless Men: The Ideology of Reasonableness in Sexual Harassment Law" 99 *Yale L. J.* 1177, 1207-1208 (1990).

קשה, אך תחושת ביזוי פוקדת כל אדם בצמתים כאלה ואחרים בחייו, ואין מי שטוען שהחברה צריכה להעמיד את המנגנון הפלילי לרשות כל מי שחש מושפל. מעביד עשוי לכנות את עובדו 'זבל', 'תת אדם', 'לא אדם', באופן חוזר ונשנה, והדבר אינו מהווה עבירה פלילית. לא ברור כלל שבמישור הפרט התבטאויות כאלה פוגעות פחות מהטרדה מינית מילולית – גם הן עלולות להביא לאותן תחושות ופגיעות נפשיות כאשר הן הופכות למציאות חייו של מושאן.

הסיבה בגללה דווקא ההטרדות המיניות מעוררות רצון להפעיל את כל האמצעים, ובכללם המשפט הפלילי, נעוצה דווקא בהיבט השני של ההטרדה המינית – ההיבט החברתי הכללי. עוצמתה של הפגיעה האינדיבידואלית נובעת לאו דווקא ממנה בלבד, אלא מהיקף התופעה, מן הדקירות הבלתי פוסקות באותה נקודה, ההתייחסות התמידית להיבט המיני כשמדובר בנשים בהקשרים בהם הדבר אינו ענייני. חזרה זו מקבעת את ראיית האישה בצורה חד מימדית כמושא לתשוקותיו המיניות של הגבר ותו לא, וכך משמרת ומחזקת את פערי הכוחות בין קבוצת הגברים לקבוצת הנשים. פרופ' מקינון ניתחה לראשונה את ההטרדה המינית באספקלריה חברתית.<sup>14</sup> היא הצביעה על שני סוגים של הטרדה מינית – הטרדה מסוג 'זה תמורת זה', אשר מתנה את תנאי העבודה של האישה בשיתוף פעולה מיני מצידה. התניות כאלה מבטאות את תפישת האישה כ'מספקת השרותים' של הגבר;<sup>15</sup> והטרדה מסוג 'כביבה עוינת', אשר משמעותה הערות והתנהגויות סקסיסטיות משפילות. התנהגויות אלה משרתות את המטרה של השבת הסדר החברתי הפטריארכלי, המופר על-ידי שילוב נשים בעמדות הנחשבות גבריות בעבודה, על כנו.<sup>16</sup>

על בסיס התאוריה של פרופ' מקינון נעשה בארה"ב ניסיון לבסס מבחינה עיונית איסור פלילי על הטרדה מסוג 'זה תמורת זה'.<sup>17</sup> הבסיס שהוצע במסגרת

- Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (New Haven, 1979) 14  
ראו אצל קמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 328. 15  
ראו שם. 16  
Carrie N. Baker, 'Sexual Extortion: Criminalizing Quid Pro Quo Sexual Harassment' 13 *Law & Ineq. J* 213 (1994) 17

ניסיון זה להפללת ההתנהגות הוא קריטריון הנזק. הדין הפלילי מכוון למנוע מהעושה מלהזיק לאחרים (כלומר – להפר את זכויותיהם). ההטרדה מסוג 'זה תמורת זה' פוגעת בציבור: היא פוגעת בנשים כקבוצה, משום שהיא משמרת מבנה חברתי של נחיתות נשים; במעסיקים של מטרידים, משום שהיא גורמת לבזבוז זמן של המטריד והמוטרדת, לירידה בתפוקת המוטרדת ולעזיבת מקום העבודה; ולכן יש לה גם עלות כלכלית גבוהה לחברה ככלל. לכך יש להוסיף כי בהטרדה מסוג 'זה תמורת זה' יש יסוד של סחיטה – כאשר המוטרדת תלויה באופן כלשהו במטריד, ההטרדה מלווה בדרישה (המלווה באיום משתמע) לשיתוף פעולה בצורת קיום מגע מיני. התגובה להעדר שיתוף פעולה עלולה להיות פגיעה במוטרדת – בתנאי עבודתה, בציוניה או בכל גורם אחר בו היא תלויה במטריד. על כן יש בהטרדה מסוג זה גם פגיעה בפרט.

ד"ר אורית קמיר מבקשת לראות בהטרדה מסוג 'זה תמורת זה' מקרה פרטי של הטרדה מסוג סביבה עוינת, וכן לנתק את ההטרדה המינית מעולם העבודה בלבד.<sup>18</sup> לדעתה, ההטרדות המילוליות – גם הן – מטפחות את הנחיתות של קבוצת הנשים: גם הן נתפשות על ידי הקורבן כמלוות בדרישה ואיום משתמע לשיתוף פעולה בדרך של קיום דיאלוגים בעלי אופי מיני או העמדת פנים שהערות סקסיסטיות משעשעות את המוטרדת, שאם לא כן – היחס אליה ישתנה לרעה. המסקנה המתבקשת היא שעל ההטרדות המילוליות חלות אותן הצדקות להפללה, אשר חלות על ההטרדות המתנות תנאי עבודה בשיתוף פעולה מיני.

#### 4. הבעיות בהצדקות המוצעות

##### (א) התעלמות מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי

ההבחנה האמריקאית בין הטרדות הכוללות יסוד מובהק של סחיטה, האסורות כבר היום בדין הפלילי, לבין הטרדות שמהותן היא העברת מסרים הגורמים הרגשה קשה, היא הבחנה מוצדקת. היא משקפת את השוני האמיתי בין איסור על הראשונות לבין איסור על האחרונות, אשר מקבל משנה תוקף כאשר האיסור הינו

18 קמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 358-359, 349-352.



איסור פלילי. הצמדת שני סוגי ההטרדות זו לזו תוך הפללתן מתעלמת מעקרונות בסיסיים של אזהרה, אשמה, מידתיות (ממנה נגזרים עקרונות של פרופורציה ושל חומרה), והלימה לתודעת הציבור.

אזהרה – מאחר שהאזרח אינו מבלה את זמנו, בדרך כלל, בקריאת ספר החוקים, מרכיב קריטי בהבטחת אזהרה הולמת הוא התאמת הדין העונשי לתפישות המוסריות המקובלות בחברה.<sup>19</sup> הבלם המוסרי של האדם מונע ממנו לבצע עבירות ביעילות רבה יותר מן המילים שבספר החוקים. התודעה המוסרית היא שאמורה לספק את האיתות הפנימי לפיו ההתנהגות שלילית ואסורה בטרם חציית הקו שאין ממנו חזרה. קו המיתאר של האיסורים העונשיים צריך להימצא בתוך התחום של התודעה המוסרית השוללת. מרכיב חשוב בהבטחת אזהרה הולמת בטרם ענישה מתבטא כך שהאיסורים המופיעים בחוק הפלילי אוסרים על התנהגויות הנתפשות כשליליות על-ידי המוסר האינטואיטיבי (מבלי לטעון שהאינטואיציה אינה ניתנת לשינוי). מכאן הנחת ידיעת החוק של הדין הפלילי. שימוש בדין הפלילי לצורך יצירת מהפכות תפישתיות שומט את הקרקע מתחת להנחה זו. הוא מניח את ההנחה ההפוכה, לפיה התודעה המוסרית של האזרח עדיין אינה תופשת התנהגויות מסוימות כבעלות אופי שלילי; ומבקש לשנות מצב זה בעזרת האיסור.<sup>20</sup> על כן תוצאתו היא ענישה ללא אזהרה מספקת. ליווי מעשה החקיקה במסע הסברה עשוי אמנם למתן את הפגיעה, אך לא לבטלה.

אשמה – החוק למניעת הטרדה מינית מתעלם ממושכלת היסוד, לפיה מושאו של הדין הפלילי הוא בראש ובראשונה העושה האינדיבידואלי, וזה רואה את מעשיו באופן מבודד, ולא חברתי-כללי כשם שהחוק מתיימר להשקיף עליהם. הכתמתו והענשתו ללא קשר לחומרת המעשה המסוים, אלא בגלל שהתנהגותו נפוצה ועולה עד כדי תופעה, וככזו היא בעלת השלכות על כלל החברה, הינה

19 ראו M. Kremnitzer, 'Constitutional Principles and Criminal Law' 27 *Is.L.R.* 84, 91 (1993)

20 במובן זה שונות הטרדות מיניות מתופעות אחרות אשר נאסרו במשך הזמן על ידי החוק הפלילי. כך, למשל, הכאת נשים נתפשה אולי בעבר כמותרת, אך לא כרצויה או ניטרלית מבחינה ערכית. לכל היותר, היא נתפשה כ'רע הכרחי', צורך 'לחנך' את האישה או 'להעניש' אותה.

בעייתית. העושה אינו יודע, טרם הפנים, את העובדה שהתנהגות כהתנהגותו עלולה לפגוע בערך חברתי כלשהו. אין הוא מבין שההערה שהעיר תורמת לקיבוע הנחיתות של קבוצת הנשים בכללותה (שהרי כדי להבין זאת יש לקבל הנחות יסוד פמיניסטיות, וככל הנראה יש עדיין אי אלו אנשים – ונשים – שאינם מקבלים אותן...).

אך מעבר לכך – המטריד אף אינו מודע לכך שהתנהגותו המבודדת עלולה לפגוע פגיעה עמוקה בכבוד האישה. כחוק המשקף חשיבה פמיניסטית רדיקלית, החוק למניעת הטרדה מינית מטפל בהתנהגויות שפגיעתן מגעת במלוא חומרתה לנשים בלבד, ועל כן גם מובנת באופן אמיתי על ידי נשים בלבד.<sup>21</sup> כאמור, הן תפישת הפרטיות המוצאת ביטוי בחוק והן תפישת כבוד האדם מבוססות על ראיית עולם נשית. על כן מרבית הגברים – אשר אווזים בתפישה שונה של פרטיות ושל כבוד – אינם מבינים באופן אינטואיטיבי ומיידית את העובדה שהתנהגותם עלולה לגרום לפגיעה בפרטיותה או בכבודה של אישה. גברים אינם מבינים את הביזוי הכרוך בהתייחסויות שהם אינם נאלצים לחוות, ובוודאי שאינם נאלצים לחוות אותן מעמדת הנחיתות, המשווה להן משמעות קשה לאין שיעור יותר.<sup>22</sup> ולא זו בלבד שהמטרידים נעדרים מודעות ממשית לפגיעה בפרטיות ובכבוד, כיום – על רקע החלחול העמוק והמקיף של תפישות פטריארכליות – גם קשה לתבוע מהם מודעות כזו. כאשר הפן המיני הגברי אינו נחשב ראוי לדיכוי ולהצנעה, וחשיפתו אינה מקור לביזוי (כי אם להפך), קשה לתבוע מגברים להבין את הפגיעה הכרוכה בהתייחסות מינית – הן הפגיעה בכבוד והן הפגיעה בפרטיות (שכן מעבר לכך שהעניין אינו נתפש כפרטי, ההתייחסות אליו בין שניים אינה נתפשת כחשיפתו).

- 21 אמנם החוק מתייחס לפגיעות בגברים ובנשים כאחד, אך הרעיון שמאחורי תחולתו הרחבה הוא שכל התייחסות לאדם לפי מיניותו – גבר או אישה – פוגעת בסופו של דבר בקבוצה המדוכאת על רקע מיניותה, היא קבוצת הנשים. אם ההתייחסות לאדם (באשר הוא) נקבעת על פי הקריטריון הנתפש נחות אצל קבוצה מסוימת, בני קבוצה זו הם שיסבלו מקיבוע התייחסות כזו. יש לציין שהתחולה הכללית של החוק עולה בקנה אחד עם העיקרון לפיו זהות הקורבן אינה אמורה לשנות לצורך החלת הענישה הפלילית.
- 22 *Ellison v. Brady* 924 F.2d 872 (9<sup>th</sup> Cir., 1991) (להלן: פס"ד אליסון).

אמנם הפגיעה שבהתייחסות המינית עשויה להיות מובנת אם המטריד הפוטנציאלי יקדים מחשבה רבה למילותיו, וידמה שאדם אחר מתנהג באותו אופן לכת־משפחתו (של המטריד). אולם ספק רב אם המטריד חושב לעומק (או יכול בקלות להביא את עצמו לחשוב לעומק) על התבטאויות אשר, למרכה הצער, הוא ורבים סביבו רגילים בהשמעתן באורח יום־יומי. לא ברור גם שמוצדק לתבוע ממנו חשיבה כזו, שכן רובנו מקדישים חשיבה ונותנים דין וחשבון לעצמנו רק בנוגע להתבטאויות שאינן שגורות, כאלה אשר התפישה המוסרית שכבר מופנמת אצלנו מעמידה אותנו על הפגיעה ולפחות על הבעייתיות שבהם. המעבר בתפישה מ'קרוב' (העושה, ההופך אחר לקורבן) אפשרי לקורבן אפשרי איננו נעשה, בדרך כלל, מעצמו. על כן, גם אם ניתן להסביר למטרידים את מהותה של הפגיעה הגלומה בהטרדה המילולית, קשה – בשלב ראשון לפחות – להאשים אותם על שהם אינם חושבים על ההסבר בעצמם. זאת ועוד, גם אם נעשה מעבר תפישתי שכזה, לא ברור כלל שראוי להסתמך על הבנה המבוססת על תפישת בת המשפחה כנכס של העושה וכמי שיש לדכא את הפן המיני שבאישיותה. הסתמכות כזו מעוררת תפישת עולם אשר יש לשרשה.

היכולת להפנים את הפגיעה בערכים חברתיים הכרוכה במעשה האסור היא תנאי לענישה. זאת, משום שבהעדרה חסר יסוד האשם העומד בבסיס הדין הפלילי ויוצר את ההצדקה המרכזית לקיומה.<sup>23</sup> כאשר לא ניתן לצפות מהעושה הבנה של האנטי חברתיות שבמעשהו, אין במעשהו קריאת תיגר מודעת על ערכי החברה. במצב דברים כזה, אין זה ראוי להענישו. העוול שנגרם לקבוצות מיעוט בגלל התפישות המוסריות הלוקות של הרוב אינו צריך להיפתר באמצעות עוול חדש. לאיסור המתעלם מעקרון האשמה שתי תוצאות אפשריות: אם מערכות האכיפה תמלאנה את תפקידן, נחזה בענישה סיטונאית שתעשה עוול לנענשים. נאשמים יספגו סנקציות פליליות מבלי להבין על שום מה. מאחר שלא רק עושה מסוים מתייחס לאיסור כאל מעוול, אלא גם רוב או חלק ניכר של הציבור, תהא לענישת המטרידים השפעה חמורה גם על אמון הציבור במערכת הפלילית

23 יש להדגיש כי בשלב בו שוקלים חקיקת חוק, ראוי לבחון את היכולת להפנים. שאלת קיום או העדר הפנמה היא חסרת נפקות כאשר כבר קיים איסור פלילי, והדיון הוא על השאלה האם היתה הפרה שלו.

ובהגינותה. איסור על התנהגות, אשר מזוית הראיה של חלק גדול מן האוכלוסיה אין בה כל רע, נתפש כאיסור שרירותי. אפשרות אחרת, בעייתית לא פחות, היא שבגלל תחושה של אוכפי החוק, שהחוק הוא בעייתית או בלתי צודק, לא תהיה אכיפה. התעלמות של רשויות האכיפה מן החוק מעבירה לציבור מסר הפוך מן הרצוי, לפיו אפילו המדינה מזלזלת באיסור ומוצאת שהוא בלתי ראוי לאכיפה.

מידתיות – עקרון המידתיות מכתוב התאמת אמצעי הטיפול המשפטיים בכלל והעונשיים בפרט לחומרת ההתנהגות כדי שלא תיווצר פגיעת יתר או פגיעת חסר בעושה. על הסנקציה להתאים לחומרת המעשה. קנה המידה של המשפט הפלילי לבחינת חומרת ההתנהגות שונה מקנה המידה הפמיניסטי לבחינתה. לפי קנה המידה הפמיניסטי, החומרה נבחנת לפי השלכותיה הכלל-חברתיות. חומרת ההטרדה המילולית אינה נעוצה בה, אלא בהצטרפותה לרבות כמותה, אשר מביאה לפגיעה במעמד הנשים בכלל. ואכן, מבחינת ההשפעה על פערי הכוחות בחברה, מילים יכולות לפגוע לא פחות ממעשים.<sup>24</sup> אך הדין הפלילי (במישור עצם הטלת האחריות הפלילית, להבדיל משאלת מידת האחריות, כלומר חומרת העונש) אינו אמור ואינו מתאים (בגלל פוגענותו) לטפל בהשלכות החורגות מעבר לאלה של המעשה המבודד של העושה המסוים, ועל כן קנה המידה לבחינת חומרת ההתנהגות במסגרתו שונה מקנה המידה הפמיניסטי, ומצמצם לבחינת ההשלכות של המעשה המבודד.<sup>25</sup> ולפי קנה המידה הזה, הטרדה מילולית אינה חמורה.

לטענת ד"ר קמיר, 'בחינה מהותית של מקרי הטרדה המסווגים כ-*quid pro quo* מעלה כי הם מקרים של hostile environment בעלי אפיונים עובדתיים מסוימים, שאינם בהכרח משמעותיים יותר מאפיונים אחרים של טיפוסים מקרים של הטרדה מינית מסוג hostile environment'.<sup>26</sup> מבחינת חומרת ההתנהגות

24 ולהיבט זה בלבד מתייחסת פרופ' מקינון בספרה *Only Words* (Cambridge, 1993).

25 המנגנון הפלילי אמנם מפקיע את הסכסוך מן הצדדים לו, והופך אותו לסכסוך בין החברה לבין העבריין. אולם אין בכך כדי לפגוע בעקרון היסוד לפיו הטלת האחריות על העבריין מוגבלת על ידי מעשהו האינדיבידואלי. אין זאת אומרת שאין מקום להתמודדות של המערכת המשפטית עם השלכות כלל חברתיות החורגות מההשלכה הפרטית של ההתנהגות. להפך. אלא שהטיפול בהן צריך להיעשות במסגרת חקיקה שאמצעי הכפיה שלה פחותים.

26 קמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 352.

של הטרדה מסוג *quid pro quo*, במובן שהוסבר לעיל, המאפיינים העובדתיים הללו הם משמעותיים ביותר. הם שהופכים את ההתנהגות לקשה, פוגענית וראויה לטיפול פלילי. האם דרישה למגע מיני זהה בחומרתה לדרישה לשיתוף פעולה עם בדיקות ו'חקירות' סקסיסטיות? וכן מעבר לכך – האם ביצוע מעשים מגונים אינו מעשה בעל מאפיינים משמעותיים המבחינים אותו, מבחינת חומרתו, ממשלוח פתקים או הודעות בעלי אופי מיני? האם נגיעות אינטימיות שקולות למילים, אפילו כאשר המילים הן פוגעות ומעליבות? נקל לחוש שלא. הסיבה לכך היא שההתנהגויות האסורות כבר במסגרת חוק העונשין כוללות, בנוסף לפגיעה בערך של כבוד האדם, המוגן גם על ידי החוק למניעת הטרדה מינית, גם יסודות של פגיעה בוטה באוטונומיה של האישה על גופה, אשר מקנים להן חומרה מיוחדת. מן ההיבט הפלילי ההבחנה בין מעשים למילים אינה מלאכותית. אי אפשר להתכחש לכך שפגיעה בערך מוגן חשוב נוסף (ולא חלופי) מקנה להתנהגות חומרה יתרה.

מעבר לכך, במעשי סחיטה מסוג 'זה תמורת זה' לא רק המעשים שנכפים הם חמורים במידה משמעותית, גם ניצול התלות הוא בעל חומרה מיוחדת, שכן הוא גורם לקורבן להימנע מלשים קץ להתנהגות העושה. הפללת כל הטרדה מינית מילולית (סחטנית ושאינה סחטנית) מתעלמת ממידת הפגיעה בפרט, שהיא חמורה מספיק רק כשמדובר בסחיטת שיתוף פעולה מיני, בה התלות יוצרת מעגל של חוסר יכולת להפסיק את ההטרדה ביחד עם פחד מהתנכלות שאינו מלווה הטרדות אחרות. אין ספק שיש התנהגויות שחסרות את יסוד הסחיטה, אך הן חמורות דיין גם בלעדיו. נגיעות, התקרבות פיזית מופרזת שיש לה מטרה מינית<sup>27</sup> וכיוצא באלה ראוי שיהיו התנהגויות פליליות, כפי שהינן גם ללא החוק החדש. אולם מה דינן של מחמאות, אפילו חוזרות כלפי מי שהביעה מורת רוח מהשמעתן, בקשר למראה? מה דינם של מבטים חוזרים ונשנים כאמור, מסוג המבטים הבלתי משתמעים לשני פנים? עם כל אי-הנעימות, שעלולה להיות באמת קשה, אשר כרוכה בהם, שאינה נופלת מזו שבביטויים מושמעים, האם מישוהו רוצה להטיל סנקציה עונשית בגלל מבטים? האם יש כלל מקום להכניס

27 התנהגות כזו עשויה לכונן ניסיון לביצוע מעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין.

סוגים נבדלים כל-כך של התנהגות תחת איסור פלילי אחד? נראה שהבדלים מובהקים אלה הם שהביאו להגבלת הניסיון האמריקני לבסס איסור פלילי רק להתנהגויות מסוג 'זה תמורת זה'.

מעקרון המידתיות נגזרים שני עקרונות. הראשון הוא עקרון הפרופורציה, לפיו יש להתאים רמות שונות של תגובה חברתית לרמות שונות של חומרת התנהגות, כך שהתנהגויות דומות בחומרתן (לפי קנה המידה הפלילי) תטופלנה באמצעים דומים, ואילו התנהגויות שונות בחומרתן – באמצעים שישקפו את השוני. אין מי שתגרוס כי עקרון זה אינו חל על התאמת סנקציה להתנהגות, ולא תסבור שיש לטפל בכל הצורות של הפגיעות המיניות באותם אמצעים.<sup>28</sup> טיפול בהתבטאות באותם אמצעים בהם מטפלים בהתנהגויות חמורות הרבה יותר יוצר דיספרופורציה בתגובה החברתית להתנהגויות שיש להן היבטים מבחינים בולטים. ביטוי ההבדלים בענישה בלבד מחטיא את מטרתו, שכן אין הוא מביא לשיקוף אמיתי ומלא שלהם. הצמדת הסטיגמה הפלילית, הנלווית לכל הרשעה בכל עבירה, היא שמבטאת את קפיצת המדרגה באמצעי הטיפול. אפילו בוחרים להשתמש בדין הפלילי, תמוה במיוחד הוא העונש של שנתיים מאסר הצמוד לעבירה של הטרדה מילולית, עונש שיוצר זהות בענישה המקסימלית בין הטרדה מילולית שאין עימה ניצול יחסי מרות והטרדה שיש עימה ניצול כזה, וכן גם בין הטרדה מילולית תוך ניצול יחסי מרות למעשים מגונים תוך ניצול יחסי מרות.<sup>29</sup> אפילו בהנחה שהעונש על העבירה האחרונה אינו חמור מספיק, עדיין משונה הקירבה בין העונש הראוי לעונש המצוי של הראשונה.

העיקרון השני הוא עקרון השיוויון, לפיו חקיקת איסור פלילי צריכה להיות אמצעי אחרון, שיעשה בו שימוש רק בהעדר אמצעים חמורים פחות.<sup>30</sup> זאת, כדי לא לפגוע בחירות היחיד מעבר למה שחיוני כדי להבטיח חיים בצוותא בשלום, כדי להימנע מטריויאליזציה ובאנאליזציה של הדין העונשי, וכן משום שלהטלת אחריות פלילית משמעות כה קשה, עד כי היא עלולה להיות לפעמים

28 גם החוק למניעת הטרדה מינית מקיים הבחנה, אם כי במישור הענישה בלבד, ועל כן במידה שאינה מספקת, בין התנהגויות שונות.

29 סעיף 348(ה) לחוק העונשין.

30 ראו קרמניצר, לעיל הערה 19, בעמ' 86-90.

מזיקה מבחינה חברתית.<sup>31</sup> החוק למניעת הטרדה מינית עושה שימוש בדין הפלילי במקום בו ניתן היה לפחות לנסות להשתמש באמצעים חמורים פחות. ניתן להניח שכוונת המחוקק היתה שכתב אישום יוגש רק במקרים הקיצוניים, והאמצעי המרכזי לטיפול בהטרדות מילוליות יהיה הדין הנזיקי. ואולם, כוונה כזו היא כוונה בעלמא, גרוע מזה – היא מסוג הכוונות הטובות שמביאות לעשייה מוטעית.

הטלת יישום עקרונות הפרופורציה והשיוריות על רשויות האכיפה מתעלמת מכך שעקרונות אלה מופנים בראש ובראשונה למחוקק. הטענה כי בישראל עקרון השיוריות אינו נשמר ברמת המחוקק אינה יכולה לשמש צידוק להוספת נדבך נוסף לרמיסתו. אין מקום לטענה כי חוק פלילי הוא האמצעי המרתיע היחיד. אין לזלזל בהרתעה הנזיקית, בעיקר בחברה שבה חשיבות הממון הולכת ומתעצמת, ולעומת זאת, התווית הפלילית איבדה מערכה הסטיגמטי. הטיפול בהטרדות מילוליות יכול היה להיעשות ביעילות בעזרת דין נזיקי בלבד, כפי שהדבר נעשה בארצות-הברית.

אכן, נשים עלולות להימנע מלהגיש תביעות בשל גורמים שונים, כגון: העדר מודעות, חשש מפני חשיפה ומפני ההליך המשפטי ותוצאותיו, חשש להעצמת הפגיעה בהן או תקווה שהבעיה תיפתר בדרכים אחרות. לכן, לשם הבטחת היישום של הדין הנזיקי (הן כמזור למקרים ספציפיים והן כגורם המשנה תפישות חברתיות), מן הראוי להקים מנגנון שתפקידו לסייע למוטרדות לפנות למעבידים (אם ישנם), להגיש תביעות במקרה הצורך, ולפעול פעילות של הסברה והעמקת המודעות בקרב הציבור (באמצעות הנחיות, ניירות עמדה, ארגון ימי עיון ושימוש בתקשורת המונים), בדומה ל-EEOC האמריקאי. מנגנון כזה גם היה מעביר מסר חזק לפיו המדינה רואה בהטרדות המילוליות תופעה מגונה ושלילית.

הלימה לתודעת הציבור – משפט פלילי נועד לטפל בהתנהגויות שמקובל על הרוב (לא הרוב כפי שהוא בא לידי ביטוי בהכרח בבית הנבחרים, אלא רוב הציבור) שהן אנטי חברתיות. מטרתו היא לדאוג לשימור הערכים שהם אושיות החברה, ושבלעדיהם לא ניתן לקיים חברה. ממילא מתבקש שערכים אלה אכן יהנו

31 מ' קרמניצר, 'מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני', גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, תשמ"ז) 326-327, 325.

מגיבוי חברתי רחב. גיבוי חברתי זה נחוץ הן כדי להבטיח ציות והן כדי להבטיח שהיחס החברתי להפרת החוק יהיה גיבוי, שהוא חלק חיוני ביכולת ההשפעה של המשפט הפלילי.<sup>32</sup> גם מי שאינה מקבלת את התודעה המוסרית הקיימת כתנאי הכרחי לקביעת איסור עונשי, ומוכנה להשתמש בדיני העונשין כאמצעי לשינוי התפישה המוסרית הרווחת, אינה פטורה מבחינה מקיפה וזהירה של צעד כזה. יש להביא בחשבון את מחיריו של שימוש כזה. איסור עונשי שהולך מעבר למוסר הנוהג נתקל בהכרח בקשיי אכיפה משמעותיים: מיעוט תלונות, העדר טיפול נאות בתלונות, יחס דו-ערכי מצד מערכת אכיפת החוק. בשל אלה, לא ברור כלל שהאמצעי יצלח לשם השגת מטרתו. יתירה מזו, הנזק שיגרם בעקבות העדר אכיפה עלול לעלות על התועלת שיביא החוק.<sup>33</sup> הקלת ראש באיסור מצד רשויות האכיפה עלולה לחזק את הלגיטימציה של הביטויים הנאסרים בחוק. נוסף לכך, החוק הפלילי בכללו, בעיקר קבלתו כמוצדק ונחוץ וזהיהוי שהוא מבקש ליצור בינו לבין אנטי חברתיות חד משמעית על ידי הציבור, נפגעים עקב מהלך כזה. מול הקשיים האלה, יש לשקול היזקקות לאמצעים אחרים לשם השגת אותו יעד, למשל – אכיפה אזרחית.

החוק למניעת הטרדה מינית אינו זוכה, למיטב התרשמותנו, לגיבוי חברתי מספיק. מובן שגברים אינם מבינים מראש ובאופן אינטואיטיבי על מה המהומה. חלקם אף היו מוחמאים אילו נשים היו מתייחסות למיניותם, ואף חוזרות ומתייחסות למיניותם לאחר שהביעו הסתייגות מכך; אך לא רק גברים אינם מבינים. אולי הדבר מצער, אך נשים רבות מקבלות הערות סקסיסטיות הכוללות התייחסויות בקשר למיניותן כמחמאות. ההתייחסויות גורמות להן להרגיש מושכות ונחשקות, גם אם בעיניים פמיניסטיות (או בעיני חלק מן הנשים, לאו דווקא פמיניסטיות) אין בהן אלא קיבוע דמותן כאובייקט מיני ותו לא. חלק ניכר מן ההסברה הפמיניסטית היא הסברה לנשים, פיתוח המודעות של נשים לקיומה של ההטרדה המינית ולאפקט הרגעי והמצטבר השלילי שלה. כל עוד ההסברה לנשים ולגברים כאחד לא הסתיימה בהצלחה, כל עוד אנו נמצאים בשלב של

32 ראו ש"ז פלד, 'יסודות בדיני עונשין' (כרך א', ירושלים, תשמ"ד), 51-52 וכן מרדכי קרמניצר, האלד גנאים, 'הסתה, לא המרדה' נייר עמדה מספר 7, המכון הישראלי לדמוקרטיה (ירושלים, 1997).

33 ראו קרמניצר, לעיל הערה 19, בעמ' 87, 88-89.



שינוי התודעה, אי המוסריות שבהטרדה מינית אינה בגדר הקונסנזוס. ולכן, התופעה אינה צריכה להיות בתחום השתרעותו של המשפט הפלילי.

**עקרונות היסוד של המשפט הפלילי ופמיניזם** – סוגיית ההטרדה המינית מעלה במלוא עוצמתה את הדילמה המוסרית הנשית, כפי שתארה אותה קרול גיליגן:<sup>34</sup> 'הניגוד בין האנוכיות לאחריות מקשה על הנשים בשאלת הבחירה, מותיר אותן תלויות בין אידיאל של חוסר אנוכיות לבין הנאמנות לעצמן ולצורכיהן'.<sup>35</sup> אם נשים רוצות למנוע מעצמן את עוגמת הנפש ולעקור את ההשלכות החברתיות של ההטרדה המינית, הן צריכות לפגוע בגברים המטרידים אותן – לפעמים עמיתים, חברים ואנשים שיקרים לליבן. הפגיעה באלה מנוגדת ניגוד חריף לאידיאל ההקרבה, אליו מחונכות הנשים בדרך-כלל. אין חולק כי בשקלול המוסרי על הנשים להביא בחשבון גם את הפגיעה בעצמן, ולא רק את הפגיעה באחרים. האינטרסים של עצמי הם אינטרסים לגיטימיים.<sup>36</sup> אך הם לא אינטרסים יחידים. אין לעבור מתפישה המבטלת את האינטרסים הנשיים, לתפישה המעמידה אותם כבלעדיים. שקלול מוסרי נכון יוביל לטיפול בהטרדה מינית, אך לא לטיפול הקיצוני ביותר, לדאגה לזכויות הנשים, אפילו עדיפות לזכויות הנשים (בגלל הפער ב'עמדות הפתיחה' בינן לבין גברים), אך לא להתעלמות מוחלטת מן הפגיעה בגברים. גם לפגיעה 'מתקנת' יש גבולות.

אנו מאמצים את ההנחות הבאות: התייחסות לסוגיית ההטרדה המינית כאל סוגיה של שוויון; התייחסות לשוויון כסוגיה של פערי כוחות קבוצתיים, ולא כסוגיה של מוסר בלבד; התייחסות לקידום השוויון כמתבטא בכל מעשה שמביא לצמצום הפער ביחסי הכוחות.<sup>37</sup> אולם, גם אם מאמצים את ההנחות הללו, אין זאת אומרת שצמצום הפערים (קידום השוויון) מקדש התעלמות מכל ערך אחר, כאשר ניתן לקדמו במידה בלתי מבוטלת גם תוך שמירה על הערכים האחרים או פגיעה מצומצמת יותר בהם. ענישה תוך התעלמות מהיבטים של אשמה, אזהרה וחומרה (שמשמעותה עלולה להיות סטיגמטיזציה ושליטת חירותו של אדם),

34 קרול גיליגן, בקול שונה: התאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האישה (תל אביב, 1995).

35 שם, בעמ' 154.

36 שם, בעמ' 163.

37 Catharine MacKinnon, 'Difference and Dominance: On Sex Discrimination,' *Feminist Unmodified* 435, 445-446. [כך במקור].

כאשר אפשר שניתן להשיג תוצאה דומה על ידי הגשת תביעה כספית הכרוכה בתוצאות ממשיות אך מתונות יותר (נזק כלכלי וסטיגמה מוגבלת), היא בלתי ראויה. המשמעות של שימוש בחוק כדי לקדם מטרות חברתיות אינה שימוש בלתי מובחן בחוק כדי להשיג את המטרה. היא שימוש בחוק בתבונה, במידה הראויה ותוך ראיית התמונה השלמה, כדי להשיגה.

זאת ועוד, טענה לפיה נדרשת אימת הדין הפלילי כדי להטמיע את העמדות הפמיניסטיות מניחה שהוא מיטיב עם קבוצת הנשים בלבד, ולכן אין אפשרות להסבירו בצורה משכנעת לקבוצת הגברים, והדרך היחידה היא לכפותו בכוח, ובכוח המירבי והכופה ביותר. לפי האלטרנטיבה הנכונה יותר לתפישה זו, המשטר הפטריארכלי מדכא במידה רבה גם גברים, כאשר הוא מכתיב להם את מודל הגבריות אליו הם צריכים לשאוף כדי להצליח – חזק, כוחני, לא מבטא רגשות. המחיר של הדגשת ההבדל בין גברים לנשים באופן שמבטיח שליטה גברית על עמדות המפתח בחברה הוא יצירת הבדלים מדומים בין גברים לנשים, תוך מתן לגיטימציה לנשים בלבד להביא לידי ביטוי מאפיינים שהם בעצם אנושיים כלליים.<sup>38</sup> על כן שינוי התפישות הרווחות יאפשר גם לגברים רבים (כנראה שלרוב הגברים) לבטא צדדים שצומצמו באישיותם מבלי לחוש כישלון, כלומר: שינוי התפישה אינו כרוך בהפסד בלבד עבור הגברים.

מעבר לכך, מאחר שהפגיעה הקשה הנגרמת על-ידי ההתנהגות לא הובנה לגברים עד עתה, יש לצפות שהסברה ופיתוח המודעות יפחיתו את ההטרדות, או (אם להיות ריאליים יותר) יפחיתו הוספת מטרידים חדשים למעגל. הבעיה המרכזית איננה כוונות רעות של גברים להשפיל ולהזיק. הבעיה היא של חוסר מודעות, שמטופח באופן מעגלי על ידי השתיקה הנשית (הנוצרת עקב הדיכוי), או דברי פרופ' מקינון: 'when you are powerless... a lot, you don't speak. Your speak is not just differently articulated, it is silenced'<sup>39</sup>. פריצת מעגל השתיקה, המתרחשת לאחרונה, מביאה להסבת תשומת הלב של הגברים

38 מובן שההגבלה פועלת בשני הכיוונים – נשים לא יביאו לידי ביטוי רגשות שנתפשים כגבריים, כמו זעם.

39 מקינון, לעיל הערה 37, בעמ' 441.

למה שמפריע לנשים, ולכן גם מונעת את ההתנהגות הפוגעת לפחות אצל מי שחונך להימנע מגיל צעיר.

מובן שפתרון של הסברה בלבד עשוי שלא לעלות יפה. ההרגל והנטיה לשמרנות הם כוחות חזקים, במיוחד כאשר הרווח הצפוי במישור האישיות כרוך בויתור ניכר על בלעדיות בעמדות השליטה בחברה. ההפסד מוחשי יותר מהרווח, גם אם ניתן לטעון שקטן ממנו. אולם בהתחשב בכך שיש גם אינטרסים גבריים, ואפילו הם נחזים כחלשים, לשינוי תפישה, נראה שדי באמצעי כופה פחות כמו הדין הנזיקי בצירוף הסברה מאסיבית.

(ב) המשפט הפלילי אינו כלי ראוי להתמודדות עם התבטאויות קבוצתיות

איסור ההשפלה על רקע קבוצתי עלול להתגלות ככדור שלג. כל חברה, והחברה הישראלית בפרט, היא חברה שסועה לקבוצות ותתי-קבוצות רבות מספור. עד כמה שהדבר מקומם, לא רק מקומן של נשים במערך החברתי מוכתב במידה מסוימת על-ידי השתייכותן הקבוצתית. הקושי של יוצאי עדות המזרח לפרוץ את תקרת הזכוכית שמנעה (ובמידה לא מבוטלת עדיין מונעת) מהם הגעה לעמדות משפיעות – יעיד. איסור השפלה מילולית על רקע קבוצתי של נשים מחייב כביטוי לעקרון של טיפול דומה במקרים דומים ולמחויבות לצמצום פערי הכוחות בחברה, ליצור גם איסור על השפלה מילולית של חרדים, דתיים ועוד, והתוצאה תהא הפללת מגוון רחב מאד של התבטאויות. כשם שהטרדה מינית מילולית גורמת לאישה לתגובה רגשית קשה, על רקע היות הנשים מיעוט (איכותי או מהותי) ביחס לגברים, כך גם פניה גזענית לעולה חדש מחבר המדינות מקבלת משמעות קשה מנשוא על רקע השתייכותו למיעוט ביחס לישראלים ה'צברים', ופניה גזענית המתייחסת לצבע העור מכאיבה מאד לעולה חדש מאתיופיה על רקע היותו מיעוט ביחס לתושבי הארץ. אם מוצדקת הגבלה פלילית של ההתבטאויות לגבי נשים, מוצדקת גם הגבלה כזו לגבי עולים חדשים. אין זה מתקבל על הדעת שמידת ההגנה על מיעוטים שונים תהא תלויה בכוחם הפוליטי בכנסת. בהקשר זה יש להבחין בין פרסומים גזעניים,<sup>40</sup>

40 סעיף 144ב לחוק העונשין אוסר על פרסום הסתה לגזענות. המושג 'פרסום' מוגדר בסעיף 34כך: (1) בדברים שבעל פה – להשמיע מלים בעל פה או באמצעים

אשר יש הצדקה לאסור אותם משום שההיסטוריה הוכיחה את הפוטנציאל שיש להם להביא לאלימות פיסית (בנוסף לגיבוש נחיתות חברתית), לבין ביטויים אחרים על רקע קבוצתי, שהשפעתם ההיסטורית מוגבלת לגיבוש נחיתות חברתית. התייחסויות משפילות על רקע קבוצתי אינן ראויות לעידוד. להפך – הן ראויות לגינוי והוקעה. אולם המשפט הפלילי לא נועד לטפל בהן. אין צורך להכביר מילים על הסכנה הטמונה בריבוי סיטוני של איסורים פליליים על התבטאויות. כל שיחה על קבוצתיות בנוכחות מי שמשתייך לקבוצת מיעוט עלולה לגלוש להתבטאויות פוגעות, כשם שפעמים רבות שיחות על 'גברים ונשים' גולשות להתבטאויות שהן בגדר הטרדה מינית לפי החוק. התוצאה תהיה אוריה של פחד להתבטא בחופשיות, ריסון עצמי מופרז, תחושת נרדפות אשר מקומה לא יכירנה במדינה המחוייבת לעקרון חופש הביטוי ולאירת החירות, שבלעדיהם האזרחים חדלים להיות חופשיים.

מלבד היות המשפט הפלילי פוגעני מדי לשם טיפול בהתבטאויות קבוצתיות, הוא עלול להתברר כבלתי יעיל ומחמיץ את המטרה. שפעת שאינה מטופלת עלולה להרוג, אבל לא ניתוח הוא הטיפול שימנע את המוות. יש התנהגויות שהן כל כך נפוצות ומקובלות, עד שכל כוחו הכופה של המשפט הפלילי לא יעמוד לו בהתמודדות איתן. שינוי המוסר הנוהג אינו יכול להעשות בכוח. הפחד אינו משתק

---

אחרים, בהתקלות ציבורית או במקום ציבורי או באופן שאנשים הנמצאים במקום ציבורי יכולים לשמוע אותם, או להשמיע בשידורי רדיו או טלוויזיה הניתנים לציבור או להפיצן באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציען לציבור באמצעות מחשב; (2) בפרסום שאינו דברים שבעל פה – להפיצו בקרב אנשים או להציגו באופן שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו, או למכרו או להציעו למכירה בכל מקום שהוא, או להפיצו בשידורי טלוויזיה הניתנים לציבור, או להפיצו לציבור באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציעו לציבור באמצעות מחשב'. לאור הגדרה זו מובן השוני בין איסור על פרסום, שיש בו יסוד מסוכן של פומביות (מסוכן) – לא רק בגלל התפוצה הרחבה, אלא גם בגלל העדר הפיקוח של המפרסם על קהל שומעיו, שהוא בלתי מוכר לו, ועלול לתרגם את אמירותיו למעשי אלימות). לבין איסור על ביטוי, אשר יכול להתרחש בין שניים.

סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 אוסר הוצאת לשון הרע על קבוצת בני אדם, אולם אינו יוצר עילה לקובלנה פלילית ואף לא לתובענה אזרחית. היועץ המשפטי לממשלה נמנע באופן עקבי מהגשת כתבי אישום לפי סעיף זה.

תפישות עולם, בעיקר כשהן נחלת הרוב, ולכן לא יכולה להיות אכיפה יעילה. מקום בו צפויים מראש קשיי אכיפה ניכרים, עד כדי סיכול מטרת החוק, זהו כשלעצמו שיקול העשוי להצדיק הימנעות מקביעת האיסור.<sup>41</sup> למילים, לשכנוע האמיתי, יש בהקשרים כאלה יותר כוח מאשר להפחדה. משום שמאחורי המאבקים הקבוצתיים עומדים ערכים אנושיים בסיסיים ומקובלים (כמו כבוד האדם), ניתן להצליח ביצירת הרגישות וההבנה הדרושות בקרב הרוב כלפי המיעוט ומאפייניו המיוחדים. השינוי הנדרש בגישה חייב להעשות בעיקר בשכנוע ובהסברה, כאשר ההרתעה ממלאה תפקיד של 'כינור שני' בלבד. גם מן הטעם הזה, אין זה נכון להשתמש בטרם ננקט מאמץ הסברתי אינטנסיבי באמצעי המרתיע ביותר, שהוא הדין העונשי.

### (ג) תפיסת מקרים שאין בהם אנטי-חברתיות

הבעיה היישומית בהתייחסות לתופעה על-ידי המשפט הפלילי נעוצה בכך שגם מקרים שאינם ראויים לענישה עלולים ליפול ברשת. קיים קושי להגדיר באמצעות כלל משפטי אילו תופעות הן בגדר הטרדה מינית. הסיבה לקושי היא היותה של ההטרדה (או לפחות – היותן של חלק מהמוטרדות) תלוית-נסיבות אשר קשה להביאן לידי ביטוי בחוק – נסיבות רגשיות של המטריד והמוטרדת. אותה התנהגות יכולה להטריד או להיתפש כידרודית, לבזות או להחמיא, והכל תלוי באופיה של מערכת היחסים שקיימת או שהיתה קיימת בין הצדדים, ברגשות שלהם זה כלפי זה, בתפקידים שהם ממלאים זה בחייו של זה (ידיד, חבר לשעבר, מעביד וידיד, רק מעביד), במידת ההתאמה בין האופנים בהם הם תופשים זה את זה, ולפעמים – ברצונם (או חוסר רצונם) המשותף או החד צדדי לפתח קשר בהמשך. גם האופי המיני של ההתנהגות עשוי להיות מעורפל. כדברי השופט זמיר: 'מחמאה, שיחה על נושא מיני, מגע גופני, ואפילו חיבוק או נשיקה, לא בהכרח יש להם אופי מיני. הכל תלוי בטיב היחסים שבין שני הצדדים, בנסיבות ובהקשר'.<sup>42</sup> עצם הקושי לנסח איסורים שהם מוגדרים די הצורך, שיש בהם משום שרטוט תמונה ברורה של ההתנהגות האסורה, הוא

41 ראו Krennitzer, לעיל הערה 19.

42 עש"מ 6713/96 מ"נ' זהר בן אשר, (ניתן ביום 9.3.98), פסקה 24 לפסה"ד.

איתות ברור נגד ההיזקקות לדין העונשין, שיש לו מחוייבות מובהקת, ראשונה במעלה, לעקרון החוקיות המשמיע אזהרה מובנת מראש. זאת ועוד אחרת, תחושות של ביזוי והשפלה – שהן המשקפות את הפגיעה במוטרת – הן קשות להוכחה, ועל כן המונחים 'ביזוי' ו'השפלה' הופכים בהכרח למונחים נורמטיביים, אשר בית המשפט יוצק לתוכם תכנים שאינם מתארים את המציאות כפי שהיתה בעת האירוע – לא מבחינת המתלוננת ובוודאי שלא מבחינת תודעת הנאשם. התוצאה עלולה להיות הרחבת יתר של תחום האיסור.<sup>43</sup>

גם יצירת עבירת התנהגות אשר מגדירה מהן הטרדות מיניות עלולה להביא לתפיסת מקרים הנעדרים אנטי-חברתיות. החוק למניעת הטרדה מינית אוסר על התנהגויות קונקרטריות המאופיינות בו.<sup>44</sup> עבירת התנהגות מגדירה את ההתנהגות עצמה כאסורה, בלי לדרוש יסוד נוסף של שינוי מציאות הנפרד ממנה. זאת, מתוך הנחה שההתנהגות עצמה היא חמורה ביותר וגלום בה נזק מספיק גם ללא התקיימות תוצאה חיצונית כלשהי. אין זה המצב בכל הנוגע להטרדה מינית, מאחר שההתנהגות עצמה, כפי שהיא מוגדרת בחוק, איננה אנטי-חברתית במובהק, ומה שמקנה לה את האופי השלילי הוא דווקא התוצאה של תחושת ההטרדה, חוסר הנוחות, המבוכה והפגיעה באישה – מושא ההתנהגות. גם אם ההתנהגות אינה רצויה, אך אינה יוצרת תחושות שליליות, היא אינה אנטי חברתית.<sup>45</sup> במקרה כזה, היא חסרה את היסוד המדכא, היא אינה משתקת, אינה

43 כאמור, יכולה להתקיים גם אפשרות של צמצום יתר מאחר שהאיסור אינו הולם את תודעת הציבור.

44 מרבית החלופות מגדירות צורה מסוימת של התנהגות, כגון הצעה או התייחסות. סעיף 3(5) אוסר על כל התנהגות המקיימת את הנסיבה של 'מבזה או משפילה' (כאפיונים של ההתנהגות).

45 בניגוד למעשים מגונים, למשל, בהם התנהגות שאינה רצויה מלווה בהכרח וללא קשר לפגיעה ברגשות (אשר היא וודאית כשמדובר במעשים מגונים ללא רצון, ואינה וודאית כשמדובר בהתייחסויות מיניות ללא רצון) גם בפגיעה באוטונומיה של האישה. מעבר לכך, במעשים מגונים אמנם אין רישת תוצאה, אך ההנחה לגבי מי שעושה מעשים מגונים היא שהוא יודע שהמעשה בלתי ראוי, אנטי חברתי ופוגעני (ואם אינו יודע, אנו מוכנים להתעלם מכך, משום שבחוסר הידיעה יש כשל חמור שלו), בעוד שמטריד עשוי בהחלט, בשלב זה של ההפנמה החברתית, להיות תם לב.

מביאה לשיתוף פעולה המלווה בתחושות אשמה – התגובה הנפוצה להטרדות מיניות – ולכן אינה מקבעת תפישות בלתי רצויות של הנשים את עצמן ושל הגברים את הנשים. רק התוצאות הרגשיות הקשות, המאבנות, הן שיוצרות את המחוסם חברתי, הן שמונעות מנשים להתמודד ביעילות עם הטרדות, ולכן הן יסוד חיוני בהגדרת הטרדה מינית.

מאחר שעבירת התנהגות אינה מתייחסת לתוצאה של פגיעה פנימית בקורבן, אשר היא שמקנה להתנהגות את האופי האנטי חברתי שלה, היא תופסת ברישתה מקרים שאין בהם אנטי חברתיות. ללא מנגנוני ניפוי כלשהם השתרעותה של העבירה רחבה הרבה יותר מן הרצוי (החוק מתיימר ליצור מנגנון ניפוי באמצעות דרישת הסירוב, אשר עליה עוד ידובר להלן). הדבר בולט במיוחד בכל הנוגע למקרים המתרחשים במסגרת יחסי מרות, שאז לא נדרש סירוב. כך, למשל, במסגרת יחסי מרות מספר מחמאות על המראה, אשר יכולות להאמר בהקשר חברי, הן בגדר הטרדה מינית גם אם לא זכו לכל תגובה עויינת. 'הצעות חוזרות בעלות אופי מיני'<sup>46</sup> עלולות להטריד. אך, טלו למשל מצב בו היתה מערכת יחסים קודמת, שבמסגרתה היו הצעות כאלה מקובלות בין בני-הזוג. במקרה כזה, הגבול בין ניסיון לחדש או להמשיך את הקשר (אשר כרוך לפעמים בתהליך של הצעות וסרובים, שקילה מחדש, הבשלה נפשית ולבסוף שינוי עמדה) לבין הטרדה מינית אינו ברור. אפשר גם שלפחות בחלקים של האוכלוסיה הצעות כאלה מקובלות כדרך חיזור. לגבי 'התייחסויות חוזרות... המתמקדות במיניותו...'<sup>47</sup> – כאשר המושג 'התייחסות' מוגדר ככולל התייחסות בכתב, בעל-פה, באמצעות מוצג חזותי או שמיעתי, וכן בהתנהגות<sup>48</sup> – כאן כבר אין מדובר בהצעות, כי אם בהתייחסות כלשהי, ועל-כן הסכנה של שטחים אפורים של חפיפה בין הטרדה מינית לחיזור או לסתם הערות ידידותיות היא בלתי מבוטלת. 'התייחסויות', בהגדרתן המאוד כללית המופיעה בחוק, יכולות להיות רצויות במערכת יחסים, ואפילו בשלב החיזור.

איסור החזרה אחרי סירוב עלול גם הוא להביא לתפישת מקרים שאין בהם אנטי חברתיות. בחינה חוזרת של עמדת האישה אינה תמיד (או אפילו ברוב

46 סעיף 3(3) לחוק למניעת הטרדה מינית.

47 סעיף 4(3) לחוק למניעת הטרדה מינית.

48 סעיף 2 לחוק למניעת הטרדה מינית.

המקרים) אנטי חברתית. אין כל רע בכדיקה חוזרת בחלוף זמן, כאשר היא נעשית ברגישות ובעדינות – שוב – נסיבות שלא ניתן להביאן לידי ביטוי בחוק. להפך – בדיקה כזו עשויה להביא למיצוי מלוא הפוטנציאל של מערכות יחסים אפשריות. איסור החזרה מניח שנשים אינן משנות את עמדתן, או לפחות שאם עמדתן משתנה, הן תמיד מספיק בטוחות בעצמן כדי לתת לה ביטוי בעצמן, הנחות שהן מן המציאות והלאה. הנחה לפיה רגשות הם קבועים וסטטיים היא הנחה פשטנית. העולם הרגשי הוא מורכב ומסובך, משתנה ומתחלף, לפעמים ללא כל סיבה חיצונית. התיאור שתארה פרופ' מקינון את השתיקה הנשית מבהיר עד כמה יקשה על נשים לזום הבהרה כי שינו את דעתן וכי הן מעוניינות בקשר.<sup>49</sup> ברור גם כי המשפט הפלילי אינו אמצעי ראוי לשנות תפישות אישיות וחברתיות מן הסוג הדרוש על מנת לעודד נשים ליטול יוזמה לאחר סירוב מוקדם בעקבות שינוי ביחס שלהן.

לרוחב המוגזם של השתרעות האיסור עלולות להיות תוצאות קשות. במיוחד נכון הדבר בנוגע להטרדות במסגרת יחסי מרות, בהן מטפל החוק על ידי הרחבה נוספת של תחולתו. החוק מטפל ביחסי מרות כמקרה מיוחד, כפי שראוי לעשות לאור הקושי של מוטרדות במסגרת יחסי מרות לטפל בעצמן בבעיה. עם זאת, צורת הטיפול שמציע החוק מרחיקה לכת בקיצוניותה. כך, בין היתר, מוותר החוק על הבהרה כי המוטרד אינו מעוניין בפניות או בהתייחסויות. לויתור כזה יכולות להיות השלכות קשות על האינטראקציות בין מעבידים או ממונים לבין עובדות או כפופות עד כדי שימת קץ למערכות יחסים שמתפתחות במסגרת עבודה. מי יעז להיכנס למערכת יחסים אינטימית עם עובדת, כשהוא יודע שזו יכולה להגיש נגדו תלונה בכל רגע אם הדברים לא יתפתחו בכיוון חיובי או אם מערכת היחסים תסתיים באווירה לא נעימה? אמנם החשש מתלונות שווא קיים ביחס לכלל עבירה פלילית, אך הוא מתגבר כשמדובר בעבירה שמתקיימת בין שניים בלבד וללא הותרת סימנים כלשהם במציאות החיצונית, ומעבר לכך – חלוף הזמן והשתנות הנסיבות הרגשיות עלולים לשנות את ההסתכלות של המתלוננת על מערכת היחסים. בעקבות סיום לא נעים שלה, היא עלולה להרגיש מושפלת ולראות בדיעבד את כל התמונה באופן אחר, כתמונה של ניצול יחסי מרות. גם אם בית

49 ראו הטקסט הסמוך להערה 35.



האיסור הפלילי על הטרדה מינית: קידוש האמצעי ומחירו

המשפט מסוגל להבחין בין אפיזודות של חיזור רצוי (בשעתו) לבין הטרדה, החשש מגרירה למשפט (על פומביותו והתגובה המשפחתית והחברתית הכרוכה בהאשמה המועילה בו) עלול למנוע התפתחות של מערכת יחסים אינטימית בין מי שמתקיים ביניהם יחס של מרות.

שאלה חשובה שמעורר החוק היא מהו ניצול יחסי מרות. האם ניצול מחייב שתהיה הפעלת סמכות או מרות בהקשר ישיר להצעה או להתייחסות המינית – שאז יש פתח לחיזור שנעשה שלא מתוך הפעלת מרות, למשל, במסגרת ארוע חברתי – או שמא כל פניה במסגרת של יחסי מרות כרוכה בניצול, בגלל התחושה הסובייקטיבית העלולה להיווצר אצל הכפופה של חשש מהתנכלות? ואם נדרש הקשר ישיר – מתי הוא מתקיים? האם פניה בפגישת עבודה בעלת אופי 'חצי חברתי' (ארוחת ערב) מחוץ לשעות העבודה ולמקום העבודה (כאשר המעביד הוא שמכתיב את המקום והזמן) היא פניה תוך הפעלת סמכות ישירה?

## 5. האם יש פתרון?

### (א) מסרים שמעבירה המוטרדת

המשפט האמריקאי ניסה להתמודד עם רוחבו המוגזם של האיסור על-ידי מבחן-שולל-איסור של קבלה בכרכה של ההתנהגות על-ידי המוטרדת. מן הראוי להקדים ולומר כי האיסור האמריקאי הוא איסור נזיקי, ולכן המבחנים שעוצבו במסגרתו מטילים אחריות רחבה מן האחריות הרצויה במסגרת איסור פלילי. אולם גם כמבחן נזיקי 'זכה' המבחן האמריקאי לביקורת רבה בגלל מיקוד הדיון בתגובת הקורבן ולא בהתנהגות המטריד. הפתרון של החוק למניעת הטרדה מינית הוא דרישה מן האישה להראות שאינה מעוניינת בהתייחסויות. אלא שפתרון זה מותיר את הבעיה על כנה, מאחר שהסירוב יכול שיהיה גם משתמע,<sup>50</sup> אפשרות המחזירה לדיון את פרשנות תגובתה של המתלוננת. אין מנוס מלשאול

50 סעיפים (3), (4)3 לחוק למניעת הטרדה מינית קובעים נסיבה לפיה המוטרד 'הראה למטריד כי אינו מעוניין...'. סעיף 2 לחוק מגדיר 'הראה' – במילים או בהתנהגות, ובלבד שלא היה ספק סביר לגבי משמעות ההתנהגות'.

האם המתלוננת הראתה או לא הראתה בתגובתה באופן חד משמעי כי אינה מעוניינת. זאת ועוד, מה כאשר אישה מעוניינת בחיזור, אך לא בהתייחסויות המסוימות שהופנו אליה? התייחסות שתבוא אחרי אמירות כמו 'תפסיק להגיד לי שאני נראית טוב' או 'תפסיק להסתכל עלי ככה' עלולה ליפול בגדר הטרדה מינית. בנוסף, דחייה אינה מלמדת כי הפניה הבאה תגרום לפגיעה בתחושת הכבוד של האישה או ברגשותיה. לפעמים זו תהא התוצאה, ולפעמים התוצאה תהיה הטרדה במובן הרגיל של המילה (ולא במובן הרגשי הטעון של הטרדה מינית) או העדרה של הטרדה מכל סוג שהוא.

### (ב) מבחן של סבירות

אמצעי אחר של המשפט האמריקאי לסינון המקרים הבלתי מתאימים הוא מבחן של סבירות: הטרדה מינית תכונן כאשר מדובר בהתנהגות 'which a reasonable woman would consider sufficiently severe or pervasive to alter the conditions of employment and create an abusive working environment'<sup>51</sup>. הבחינה היא של חומרת ההתנהגות, ולא של תוצאתה בפועל. אין דרישה לנזק נפשי ממשי. כל עוד 'האישה הסבירה' הייתה מעריכה את ההתנהגות ככזו שיש בה חומרה או אפקטיביות מספקת ליצירת סביבה עוינת, ההתנהגות ענישה. ראשית, האפשרות להיווצרות סביבת עבודה עוינת איננה כלל רלבנטית לאיסורים שלנו שאינם מוגבלים לתחום יחסי העבודה. שנית, אין לשכוח שהדין האמריקאי הוא דין נזיקי, אשר אינו כרוך בתוצאות קשות במיוחד עבור העושה. על כן יכול הוא, ברמה העקרונית, 'לחיות' עם מבחן אובייקטיבי, אשר במסגרתו אין זה משנה מה חשב העושה על התנהגותו וכיצד הבין אותה.<sup>52</sup> במסגרת דיני העונשין, לעומת זאת, דורשות מרבית העבירות (וגם עבירת הטרדה המינית) מודעות בפועל לטיב ההתנהגות ולנסיבות. אין מי שמציע ברצינות ליצור עבירת רשלנות של הטרדה מינית (ועל ידי כך להעלות את הערך המוגן על ידי עבירת הטרדה המילולית למדרגה

51 פס"ד אליסון, לעיל הערה 22.

52 בישראל נעשה צעד נוסף, והמבחן האובייקטיבי מצא מקום במסגרת העבירה המשמעתית. ראו פס"ד בן אשר, לעיל הערה 42.

בה נמצאים ערכים כמו חיי אדם ושלמות גופו, אשר למען הגנתם אנו נכונים להסתפק ביסוד נפשי של רשלנות).

### (ג) טענה של פגיעה בכבוד האדם

הפתרון המוצע על-ידי ד"ר קמיר הוא כי טענת ההטרדה תהיה טענה של פגיעה בכבוד האדם וחירותו, וטענה זו 'יכול בית-המשפט לבחון בעזרת מומחיות המצטברת, ולאור העמדות הערכיות שהוא משקף, מבטא, מחזק ויוצר. הוא יכול לפסוק בה בלא להיזקק למבחן המסוכן של "האדם הסביר", "האישה הסבירה" או כל יצור סביר אחר'.<sup>53</sup> לא ברור מה פירוש 'טענה של פגיעה בכבוד'. אפשר שהכוונה היא לאפיון של ההתנהגות ככזו שבאופן טיפוסי פוגעת בכבוד, אפיון אשר מתווסף ליסודות העבירה. נראה שגם מבחן זה אינו דורש תוצאה של פגיעה בכבוד, אלא מתמקד בהתנהגות עצמה ובוחן אותה באופן נורמטיבי-ערכי (וללא קשר לתוצאותיה האמיתיות או למה שחשב המטריד על אפשרות הגרימה שלהן). השאלה היא האם להוספת השלב של פגיעה בכבוד האדם יש משמעות מרחיקת לכת, מעבר לשינוי בטרמינולוגיה, והיא שתמלט אותנו ממבחן אובייקטיבי של סבירות. האם 'המומחיות המצטברת והעמדות הערכיות של בית-המשפט' אינן בדיוק הקריטריונים לבחינת תשובתו של האדם הסביר לשאלות המוצגות בפניו? האדם הסביר מתיימר להיות בדיוק אותו 'מושג נורמטיבי, המגלם את הסטנדרט הראוי בעיני בית המשפט'.<sup>54</sup> על כן המבחן המוצע, של מומחיות מצטברת ועמדות ערכיות של בית המשפט, זהה למעשה למבחן אובייקטיבי של סבירות. כאשר השופטים ישאלו את עצמם האם לפניהם פגיעה בכבוד, הם ישאלו את עצמם בדיוק את אותן שאלות שהם שואלים כאשר הם בוחנים האם אותו 'אדם סביר' היה רואה כאן פגיעה בכבוד, לפחות ככלי ראייתי בעל משקל רב. מתווסף גם הקושי של פענוח המושג 'פגיעה בכבוד האדם', שאיננו עניין פשוט כלל ועיקר; והוא קשה יותר לקביעה מאשר פוטנציאל ההשפעה של התנהגות נתונה על יצירת סביבת עבודה עוינת.

53 קמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 376.

54 פס"ד בן אשר, לעיל הערה 42, סוף פסקה 24 לפסק דינו של השופט זמיר.

## 6. האם ראוי לקרוא דרישת תוצאה לעבירה?

פתרון שניתן לשקול, אם כי גם הוא לוקה בקשיים לא מבוטלים, הוא החדרה פסיקתית של הדרישה לתוצאה של פגיעה סובייקטיבית בכבוד האדם כיסוד מיסודות העבירה, על המשמעות הנובעת מכך – דרישת מודעות של העושה להתקיימותה. היסוד הנוסף הוא יסוד של תוצאה פוגענית בפועל, ולא של פוטנציאל הגלום בהתנהגות לגרימת פגיעה. כבוד האדם לא יבחן בעזרת עמדותיו הערכיות של בית המשפט, אלא בבחינה סובייקטיבית: האם המתלוננת חשה שכבודה נפגע? כלומר, האם היא חשה מבוזה ומושפלת, כאילו היא אובייקט מיני לשימוש של המטריד? ובנוסף – האם העושה היה מודע לאפשרות הריאלית של פגיעה כזו בעת ההתנהגות? תשובה חיובית לשאלה הראשונה לא תספיק. מי שהציע לאישה שהוא מחבב לבלות איתה שוב ושוב למרות סירובה, עקב תקווה שהיא תשנה דעתה, מתוך חוסר הבנה שהצעותיו עלולות לפגוע בתחושת הכבוד שלה, לא יורשע בהטרדה מינית. רק כך תובטח הגבלת הענישה למי שנגוע באנטי חברתיות, ותצומצם הפגיעה בעקרון האשמה. בגלל הקשיים המיוחדים הגלומים בו (רוחב ההשתרעות המוגזם והעדר הפנמה) מהווה החוק למניעת הטרדה מינית דוגמה למצב בו מתחייב שימוש בתכלית ככלי פרשני המצמצם את תחולת האיסור.<sup>55</sup> השימוש בתכלית במקרה זה אינו ספקולטיבי, שכן יש לו אחיזה של ממש בלשון החוק (סעיף המטרה), ועל כן הוא לא יוצר חוסר וודאות.<sup>56</sup>

55 ראו Kremenitzer, 'Interpretation in Criminal Law', 21 *Is.L.R* 358, 378 (1986).

56 מעניין לציין כי בהצעת החוק כללו החלופות הפליליות יסוד של תוצאה, או לפחות יסוד של שליליות לשמה בהתנהגות (ולכן גם מודעות של העושה לשליליות). כך, למשל, איסור ההצעות נוסח בסעיף 9 להצעת החוק: 'העושה אחת מאלה באדם לאחר שאותו אדם הראה לו כי הדבר אינו רצוי לו... מטרידו בהצעות בעלות אופי מיני', כלומר (כפירוש אפשרי) – על העושה להיות מודע לאפשרות שהתנהגותו תגרם לתוצאה של הטרדה (אם כי הטרדה אינה בדיוק הפגיעה בתחושת הכבוד וברגש, אשר מפניה רוצים להגן, ועל כן גם נוסח זה הוא בלתי מספק). איסורי ההתייחסויות נוסחו: 'מתייחס אליו כאל אובייקט מיני' ו'מתייחס באופן בוטה לנושאים מיניים

לפירוט ההתנהגויות במסגרת החוק, בתוספת הפרסום המלווה לחוק באמצעי התקשורת וחובת פרסום התקנונים על ידי המעבידים, יש חשיבות כראיה למודעות העושה לאפשרות גרימת התוצאה במקרים בהם התנהגותו היא אחת ההתנהגויות המנויות בחוק. המהלכים ההסברתיים שהחוק מחייב אמורים להבהיר לגברים מהן ההתנהגויות הפוגעניות.<sup>57</sup> זאת, מאחר שקשה לצפות מהם שיהיו מודעים בעצמם לפוטנציאל הפגיעה ברגשות בהתנהגותם, אשר עד היום נחשבה להתנהגות מקובלת. מהלכים אלה נועדו לפתור את בעיית העדר המודעות לאפשרות גרימת התוצאה על ידי פיתוחה של מודעות כזו. אם הובא לידיעתו של אדם במסגרת הפרסום הרב לו זכה החוק ובמסגרת תקנוני ההתנהגות במקומות העבודה כי הצעות חוזרות ונישנות בעלות אופי מיני או התייחסויות חוזרות למיניותה של האישה הן התנהגויות בעלות פוטנציאל פגיעה, ניתן לראות במידע שהגיע אליו ראייה לכך שהיה מודע לאפשרות הפגיעה.

פתרון זה אכן פוגע באופי הרדיקלי של החוק: דרישה של פגיעה עלולה להקשות מאד על החלתו. במקרים רבים, למרות הפרסום, לא יהיה המטריד מודע לכך שהתנהגותו החוזרת ונשנית עלולה לפגוע, לפחות לא בעת ההתנהגות, מאחר שהידע עדיין לא הפך לאינטואיטיבי. לכל היותר המטריד ירגיש ש'משהו לא בסדר'. ירגיש, אך בדרך כלל לא יאתר (ברמת ההכרה) את מקור ההרגשה – הפגיעה בתחושת הכבוד של המוטרת. לכן איסור המכיל תוצאה של פגיעה בכבוד יהיה בעל תחולה מצומצמת, וכך ראוי שיהא. הפער בין תפישות נשיות לתפישות גבריות של התנהגויות יוצר בעיה בלתי פתירה מבחינת היכולת להתמודד באופן שיהא גם ממוקד וגם יעיל עם תופעת ההטרדה המינית בעזרת המשפט הפלילי. משפט פלילי אינו יכול להיות רדיקלי – המחיר הכרוך בשימוש בו לצרכים רדיקליים גבוה מידי. עם זאת, הפגיעה באפקטיביות של המסר שמעביר החוק אינה אנושה: המסר שמעביר החוק בדבר קיומה של תופעת ההטרדה המינית ושליליותה בעינו עומד.

---

בנוכחותו (שם), כלומר – העושה צריך להיות מודע להתייחסותו למוטרדת כאל אובייקט מיני, או לבוטות שבהתנהגותו – מאפיינים ההופכים אותה לשלילית (לפחות במידה מסוימת) גם בתודעתו שלו.

57 וניתן באמצעות הפרסום והתקנונים לחדר ולהבהיר את הפוטנציאל של פגיעה בכבוד על-ידי המעשים המוגדרים אסורים.

אך גם בפתרון זה אין מזור מוחלט לחולי בו לוקה החוק למניעת הטרדה מינית: המעשים הגוררים ענישה נותרים בדרגת חומרה נמוכה ביחס למעשים בהם אמור חוק פלילי לטפל (לפחות כמעשים אינדיבידואליים). הטיפול של החוק בהטרדה במסגרת יחסי מרות מעלה קשיים. מתעורר קושי מעשי ביחס לאפשרות לבחון מבחוץ קיומה של פגיעה סובייקטיבית בתחושת הכבוד, אשר היא תחושה נפשית פנימית. זאת ועוד, ספק רב אם ראוי שתוצאות עונשיות (מקרה הנופל בגדר איסור או מחוצה לו) תהיינה מותנות במידת הרגישות הפנימית של הקורבן, כלומר: שהתנהגויות זהות תהיינה פליליות במקרים מסוימים ובלתי פליליות באחרים. לא זו אף זו: זיכויים של נאשמים בשל אי התקיימות היסוד הנפשי עלולה להעביר מסר מוטעה של לגיטימציה למעשי ההטרדה, שעשוי לבלבל, עקב כך, את הציבור.

זאת ועוד אחרת, גישה פרשנית כזו מעדיפה לטובה את קהי החושים, המגלים אטימות כלפי הזולת וזלזול כללי ברגשותיו, אשר מתוך עמדה כזו אינם מודעים לאפשרות הפגיעה בקורבן.

## 7. פרשנות דרישת החזרה

אמצעי אחר, בעייתי פחות, לצמצום מספר המקרים הנתפשים ברשת שלא בצדק הוא אפיון דרישת החזרה על ההצעות או ההתייחסויות (בחלופות בהן היא מופיעה) כחזרה אינטנסיבית – מספר רב של פעמים על פני פרק זמן קצר – כדי לזהות הטרדה מינית. אם הנחת החוק היא שיש סוגים של התבטאויות שהן פוגעניות רק כאשר הן חוזרות, מן הראוי לתת לדרישת החזרה משמעות כזו שעשויה לכונן פגיעה בדרגת חומרה מספקת. רק חזרה אינטנסיבית על התייחסויות או הצעות מיניות יוצרת תמונה ברורה (הן לעיני נשים והן לעיני גברים) של הפיכת האישה לאובייקט בעיני הגבר (אובייקט אשר לרצונו אין משמעות) ושל יחס משפיל כלפיה. רק חזרה כזו פוגעת בקורבן פגיעה משמעותית היכולה להצדיק איסור עונשי. דרישת האינטנסיביות אף תביא להוצאה מגדרי החוק של המקרים בהם גבר שניסה בעבר ללא הצלחה לפתח מערכת יחסים עם אישה מבקש לברר אם היא שינתה את דעתה בחלוף זמן, אשר אין כל הצדקה לראותם כהטרדה מינית.

## 8. סיכום: קווים כלליים לטיפול ראוי בהטרדה מינית

תפישות שוביניסטיות מחלחלות במספר אפיקים. בעיקר בעקבות חינוך במובן הרחב של המילה, המתרחש בתחום הלימודים, העבודה, מסרים שמועברים בתרבות ובתקשורת, ותכנים של חוקים אזרחיים. יש לטפל בשינוי דווקא בעזרת המערכות האלה. אין ספק שהמדינה צריכה לנקוט עמדה ביחס לתופעת הטרדה המינית, אולם הדרך הראויה לעשות זאת היא חינוך והסברה, בתוספת הרתעה לא מופרזת. על כן, ראוי להשקיע מאמצים ניכרים באמצעים לא משפטיים, כמו הקמת סוכנויות רשמיות או וולונטריות, הקצאת משאבים להסברה באמצעי תקשורת המוניים ובימי עיון והרצאות. ההסברה צריכה להתמקד לא רק בפיתוח מודעות לתופעה, אלא גם בחינוך נשים להבעה חדה וברורה של אי רצון (לאו דווקא מתחשבת, רגישה ומנומסת). כן יש להשתדל לחזק את הביטחון בערך האדם של האישה כאדם מלא, באופן שיאפשר לנשים להסתכל על מטרידים כבוז, כמי שהתבטאותם מעידה על נחיתותם. כך תובן השלילה שבהטרדה, אך השפעותיה הרגשיות הקשות והבלתי רצויות יצומצמו.

האמצעי המשפטי המתאים לטיפול בהטרדה מינית הוא דין נזיקי (כפי שנעשה במידה לא מבוטלת של הצלחה בארה"ב) או דינים משמעתיים. טיפול משולב כזה מכבד את אזרחי ואזרחיות המדינה, ועשוי להביא לשינוי חברתי אמיתי, להבדיל מחוק פלילי, שיוצר בעיקר תמריץ של כפיה ופחד. אולי אין לשלול לחלוטין את השימוש בחוק הפלילי כמכשיר לקידום שינוי, אולם הוא צריך להיות מכשיר אחרון, שנעשה בו שימוש באופן מינימלי, תוך הגדרה זהירה מאד של הטרדה מינית – רק ביחס להתנהגויות בעלות ביטוי אינדיבידואלי פוגעני מספיק, ורק אחרי שהשינוי כבר הוטמע בהשקפות הציבור הרחב והפך לחלק אינטואיטיבי של עמדותיו המוסריות. המסקנה היא שהיזקקות בשלב זה לחוק הפלילי לשם מניעת הטרדה מינית מילולית איננה מוצדקת. הכללה ב'הטרדה מינית' של התנהגויות אחרות, הנפלות בגדר איסורים עונשיים קיימים, אינה נחוצה מבחינת החוק הפלילי ועלולה אף לגרוע מחומרתן של אותן התנהגויות.<sup>58</sup>

58 הכללת התנהגויות כאלה בהגדרת הטרדה מינית נחוצה לצרכים מסוימים, שאינם פליליים, כמו קביעת זכות לפיצויים נזיקיים בשל עצם ההטרדה או בשל התנכלות בעקבות העדר שיתוף פעולה מצד הקורבן.

## תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?'

אורית קמיר

נתבקשתי להגיב בקצרה למאמרם של פרופ' מרדכי קרמניצר וליאת לבנון 'האיסור הפלילי על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחירו', המתפרסם בחוברת זו [מופיע גם בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)]. התגובה הקצרה שלהלן איננה, לכן, בבחינת מאמר העומד בפני עצמו, ובוודאי לא מאמר אקדמי מלומד, אלא משום ראשי פרקים תמציתיים בלבד. במסגרת זו אתייחס אך למקצת דבריהם של פרופ' קרמניצר וגב' לבנון, משום שקוצר היריעה אינו מאפשר לי להגיב לכל אחת מטענותיהם הרבות. אשתדל לגעת באותן נקודות השזורות כחוט השני לכל אורך המאמר, כדי לאפשר לקוראי לשוב ולבחון בעצמם את מאמרם של קרמניצר ולבנון לאור הערותיי הכלליות. הצגה מקיפה וכוללת של סוגיית ההטרדה המינית (לרבות הנמקה ופרשנות שיטתית ומדוקדקת של החוק) הצעתו במאמרי המוזכר בדברי הכותבים, ואליו אני מפנה את הקורא/ת המבקש/ת תשובה מלאה יותר.<sup>1</sup>

### הגינני וההמלצה

אפתח בהצטרפות לגינני תקיף שמגנים קרמניצר ולבנון את תופעת ההטרדה המינית, ולקריאתם לחיזוק המאבק הציבורי והמשפטי להדברתה. כך, למשל, הם סבורים כי

גרסה מלאה של המאמר: 'תגובה: בחזרה אל "כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?"', **שערי משפט** ב(3) (תשס"א-2001): 307-319.

1 אורית קמיר, תשנ"ח. 'איוז מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?', **משפטים** כט: 317. [חלקים ממאמר זה מופיעים בעמ' 149-104 בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)].



תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?'

מן הראוי להקים מנגנון שתפקידו לסייע למוטרדות לפנות למעבידים (אם ישנם), להגיש תביעות במקרה הצורך, ולפעול פעילות של הסברה והעמקת המודעות בקרב הציבור (באמצעות הנחיות, ניירות עמדה, ארגון ימי עיון ושימוש בתקשורת המונים), בדומה ל-EEOC האמריקאי. מנגנון כזה גם היה מעביר מסר חזק לפיו המדינה רואה בהטרדות המילוליות תופעה מגונה ושלילית.

אני סומכת ידי בכל לב על המלצה זו, ומקווה כי הכותב והכותבת יצטרפו למאבק למען הקמתו של גוף כזה. (מובן כי אחד הקשיים הקשים ביותר הוא כלכלי, ובשלו לא הוכללה הקמתו של מוסד פיקוח ממלכתי בחוק למניעת הטרדה מינית). ההערות הבאות תוקדשנה למספר קטן מן הנקודות בהן עמדתי שונה משל הכותב והכותבת.<sup>2</sup>

### ההנחה העובדתית לגבי תפיסת הציבור את ההטרדה המינית

הכותב והכותבת מתייחסים למוסר הנוהג בקרב גברים בחברה הישראלית בהקשר של הטרדה מינית כאל נתון עובדתי גלוי וידוע להם ולקהל הקוראים; מתוך דבריהם עולה כי מרבית הגברים בחברה הישראלית אינם מזהים ולא שוללים התנהגויות שהן בבחינת הטרדה מינית, ואינם מוצאים בהן פסול.<sup>3</sup> על סמך הנחה עובדתית מובלעת זו מסיקים הכותבים כי כיוון שרוב הציבור אינו תופס הטרדה מינית כפסולה – אין לאסור עליה במסגרת הדין הפלילי.

ראשית, אני חולקת על הנחתם העובדתית של הכותבים, אשר איננה מבוססת ואינה מוכחת בשום צורה שהיא. בשנים האחרונות הרביתי להופיע

2 עלי לציין כי אני חולקת על מרבית קביעותיהם של הכותב והכותבת ברשימה, ועל מרבית הצעותיהם הפרשניות לחוק. שתיקתי ביחס למרבית הנקודות השנויות במחלוקת נובעת אך ורק מקוצר היריעה.

3 ראו למשל: 'החוק למניעת הטרדה מינית אינו זוכה, למיטב התרשמותנו, לגיבוי חברתי מספיק. מובן שגברים אינם מבינים מראש ובאופן אינטואיטיבי על מה המהומה. חלקם אף היו מוחמאים אילו נשים היו מתייחסות למיניותם, ואף חוזרות ומתייחסות למיניותם לאחר שהביעו הסתייגות מכך.'

בפני קהלים בסוגיית ההטרדה מינית, ולקיים עמם שיחות מעמיקות. המדובר בקהלים מגוונים בכל רחבי הארץ, המורכבים מנשים וגברים, עובדים, מעבידים, תלמידים, יהודים, ערבים, אנשים משכילים יותר ומשכילים פחות, אמידים יותר ואמידים פחות. על סמך מדגם בלתי מייצג זה, אני מעידה כי חלקים נכבדים מאוד באוכלוסיה שוללים התנהגויות המהוות הטרדה מינית. נשים רבות, רבות מאוד, אשר את קולן בסוגיה זו שמעתי, שוללות את התופעה מכל וכל, וחלקן הגדול במעורבות רגשית רבה מאוד. ונשים מהוות, כידוע, יותר ממחצית האוכלוסיה. יתרה מזאת, חלק גדול מאוד, ואולי רוב הגברים אשר שמעתי בנושא זה, אף הם מבינים היטב מהי הטרדה מינית ומה הפסול בה. מניסיוני, כאשר מבקשים מגבר, הטוען שאינו מבין את הסוגיה, לחשוב מה לא היה רוצה שגבר אחר יאמר או יעשה לאמו, אחותו, חברתו, אשתו או בתו, מתברר כי הוא יודע היטב מהן ומדוע הוא שולל התנהגויות שהן בבחינת הטרדה מינית. המדגם אשר עמו באתי אני במגע איננו מייצג, ואולם הכותבים אינם מביאים כל ראיה לכיסוס הנחתם כאילו רוב הציבור הישראלי (או לפחות רוב הציבור הגברי) איננו מבין או שולל הטרדות מיניות. יתרה מזאת, בזכות הענותן האמיצה של נשים לחוק החדש, החלו סוף כל סוף פרשיות של הטרדות מיניות להגיע למודעות הציבורית, למערכת המשפטית ולתקשורת. בעקבות הטיפול המקיף והאינטנסיבי שהעניקה התקשורת הישראלית למספר אירועים בולטים, והעניין הרב שגילה הציבור, דומני כי ניתן לומר במידה רבה של ודאות שרוב רובו של הציבור הישראלי במחצית שנת 2001 כבר יודע היטב מהי 'הטרדה מינית', כי היא פוגעת בנשים ולכן פסולה ולא ראויה. קשה להאמין כי לאחר פרשת יצחק מרדכי יש עדיין רבים בחברה הישראלית אשר אינם יודעים כי סוג זה של התנהגות אסור באיסור פלילי.<sup>4</sup>

4 צודקים הכותבים בציינם כי 'פריצת מעגל השתיקה, המתרחשת לאחרונה, מביאה להסבת תשומת הלב של הגברים למה שמפריע לנשים, ולכן גם מונעת את ההתנהגות הפוגעת לפחות אצל מי שחונך להימנע ממנה מגיל צעיר'. ואולם הם שכחו לציין כי 'פריצת מעגל השתיקה המתרחשת לאחרונה' בהקשר של הטרדה מינית הנה תוצאה ישירה, מיידית וברוכה של החוק החדש ויישומו. אם פריצת מעגל השתיקה ראויה בעיניהם, כיצד זה ילינו על החוק שגרמה?

ואולם מעבר לשאלה העובדתית, עמדתם הערכית של הכותבים, לפיה אין לאסור על הציבור התנהגות שרבים אינם שוללים, הנה בעייתית ביותר. אם נאמץ כלל מנחה זה לגבי חקיקת עבירות פליליות, נסיק כי בחברה בה רווחת האנטישמיות, ומרבית חבריה אינם מוצאים פסול בהתבטאויות ובהתנהגויות אנטישמיות, אין לאסור באיסור פלילי על הסתה גזענית-אנטישמית. בחברה בה רוב הציבור אינו מאמין בהתרחשות השואה – אסור לקבוע איסור פלילי על הכחשתה. ובחברה בה חלקים נכבדים אינם רואים פסול בכך שבן זוג נשוי יכפה את עצמו על בת זוגו – אין לאסור באיסור פלילי על אונס בידי בן זוג. לפי גישתם של הכותבים, ככל שקבוצה מופלית יותר, וככל שחבריה סובלים מפגיעות קשות יותר – כך גדלה המניעה לחוקק איסורים פליליים כנגד אפליה שיטתית זו. מסקנה זו מבטאת השקפת עולם ערכית שמרנית, הדורשת להנציח מצב נתון רק משום שהוא נוהג. גישה זו מחזקת תמיד, בהכרח, את הקבוצה החזקה, השלטת, אשר הנהיגה את הנורמה המצויה ונהנית ממנה, ופוגעת בקבוצה החלשה.

מעניין, בהקשר זה, להזכיר שתי עבירות פליליות הקבועות בחוק העונשין הישראלי, אשר הכותבים אינם מוצאים לנכון לפסול, ואינם טוענים כי הן פוגעות בכללי היסוד של הדין הפלילי. כוונתי לאיסור פרסום הסתה גזענית, הקבוע בסעיף 144ב לחוק העונשין, ולאיסור על פגיעה ברגשי דת, הקבוע בסעיף 173. האיסור הראשון קובע עונש של חמש שנות מאסר על מי שמפרסם דבר במטרה להסית לגזענות, כלומר, בין השאר, על מי שמפרסם דבר כדי להביא להשפלה, לביזוי, או להבעת איבה כלפי ציבור כלשהו, בשל השתייכותו של אותו ציבור למוצא לאומי-אתני. האיסור השני קובע מאסר שנה על מי ש'משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מילה או קול שיש בהם כדי לפגוע בפגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים'. האם לפני שנחקק האיסור על הסתה לגזענות נערכה, או צריכה היתה להערך בדיקה אמפירית, כדי לוודא כי רוב רובו של הציבור הישראלי מאמין שאסור לפרסם דבר שיביא לביזוי הציבור הערבי במדינת ישראל? האם בטרם חקיקת איסור על פגיעה ברגשי דת נערכה, או צריכה היתה להערך בדיקה אמפירית כדי לוודא כי רוב רובו של הציבור הישראלי מאמין שאסור להשמיע באוזני אדם מוסלמי או נוצרי מילה או קול שיפגעו בפגיעה גסה ברגשותיו הדתיים? לשיטתם של הכותבים, אם לא ברור ומוכח שרוב הציבור הישראלי אינו מאמין באיסורים אלה, אזי יש למחוק אותם מיד מחוק העונשין,

להותיר את המצב העובדתי-הנורמטיבי על כנו, רק משום שהוא נוהג, ולהתעלם מן הפגיעה במיעוט. בשונה מעמדתם זו, החברה הישראלית החליטה, באמצעות בית המחוקקים שלה, כי, בהקשרים רגישים במיוחד, פגיעה חמורה ברגשותיהם של חברים בקבוצות מסוימות היא בלתי נסבלת, וכי יש הצדקה לעשות שימוש בחוק הפלילי לשם הגבלת חופש התנהגותם וחופש הביטוי של מי שמבקשים לבצע פגיעות אלה. במסגרת זו, כשם שהחברה הישראלית החליטה להשתמש בדין הפלילי כדי להגן על אנשים החשופים לפגיעה חמורה על בסיס השתייכות דתית או לאומית, כך היא החליטה להשתמש בדין הפלילי גם כדי להגן על אנשים החשופים לפגיעה חמורה בשל השתייכות לקבוצה מגדרית, או לקבוצה המוגדרת על בסיס נטייה מינית של חבריה. זוהי החלטה ערכית, המביעה מודעות חברתית לפגיעות באנשים על פי השתייכותם הקבוצתית, ומחויבות להגנה על קבוצות בסיכון. מובן כי כל שימוש בדין הפלילי צריך להיעשות בזהירות מירבית, כדי למעט ולפגוע בחירות הפרט. החוק למניעת הטרדה מינית עומד בדרישה זו.

הדיון המשפטי-התיאורטי בשאלות של מוסר נוהג מתעורר על פי רוב בהקשר של עבירות 'כנגד המוסר בלבד', כלומר: עבירות הנתפסות כ'נטולות קורבן'; כמי שאינן פוגעות בקורבנות אנושיים ספציפיים, ואינן באמת גורמות נזק וסבל משמעותיים לחברי הקבוצה המוגנת. מדיונם של קרמניצר ולבנון עולה שהטרדה מינית היא בעיניהם, בסופו של דבר, פגיעה ב'מוסר פמיניסטי', ולא פגיעה ממשית, רצינית, חמורה בנשים בשר ודם. בחוק למניעת הטרדה מינית קבע המחוקק הישראלי כי הטרדה מינית אינה רק פגיעה מופשטת על פי תפיסה מוסרית ספציפית, אלא פגיעה של ממש בקורבנות הראויים להגנה. מעבר לפרטי טיעוניהם, זוהי העמדה עליה חולקים הכותב והכותבת, וזוהי השאלה הערכית עליה צריכים קוראותיהם וקוראיהם לתת את דעתם.

### הסטנדרט הכפול

זה ההקשר להזכיר, ולו ביעף, את הסטנדרט הכפול שמרביתנו מחילים ומחילות, בלא משים, על אפליית נשים לעומת אפלייתן של מגזרים חברתיים אחרים. למרבה הצער, מסיבות היסטוריות הקשורות בהתפתחותו של הליברליזם בעולם המערבי, רובנו קהים הרבה יותר ביחס לאפליית נשים, ורגישים הרבה יותר

תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?'

לאפליה על רקע עדתי, לאומי, גזעי או דתי. קרמניצר ולבנון, כמו כותבים רבים אחרים, בוודאי לא היו מעלים על דעתם לומר, בהקשר של פגיעה על רקע דתי, לאומי או גזעי, את שהם אומרים ללא היסוס בהקשר של פגיעה בנשים. בהתייחסו לקלות הבלתי נסבלת בה אנו משלימים עם הפלייתן של נשים, הציע פעם כבוד השופט גבריאלי בכך לא להכריע אם עמדה או התבטאות ג'נדריאלית מסוימת מפלה נשים או לא עד אשר נעתיק אותה להקשר עדתי. כך, למשל, לפני שנקבע כי הוצאתן של נשים (בשונה מגברים) לפנסיה בגיל 60 הנה 'סבירה', עלינו לשאול את עצמנו כיצד היינו מגיבים לו הוחלה קביעה כזו על בני העדה המרוקאית או התימנית (בשונה מאשכנזים).

כיוון שאינני יכולה, במסגרת מצומצמת זו, לנתח משפט משפט את מאמרם של קרמניצר ולבנון, אני מציעה לקוראת ולקורא המעוניינים לרדת באמת לשורש הבעיה שבהתייחסותם ל'מוסר הגברי הנהוג', לשוב ולקרוא את מאמרם, ולהעתיק את אמירותיהם למגזר אחר: גזעי, לאומי או דתי. טלו, לדוגמא, את הפיסקה הטיפוסית הבאה:

מרבית הגברים – אשר אוחזים בתפישה שונה של פרטיות ושל כבוד – אינם מבינים באופן אינטואיטיבי ומידי את העובדה שהתנהגותם עלולה לגרום לפגיעה בפרטיותה או בכבודה של אישה. גברים אינם מבינים את הביזוי הכרוך בהתייחסויות שהם אינם נאלצים לחוות, ובוודאי שאינם נאלצים לחוות אותן מעמדת הנחיתות, המשווה להן משמעות קשה לאין שיעור יותר. ולא זו בלבד שהמטרידים נעדרים מודעות ממשית לפגיעה בפרטיות ובכבוד, כיום – על רקע החלחול העמוק והמקיף של תפישות פטריארכליות – גם קשה לתבוע מהם מודעות כזו. כאשר הפן המיני הגברי אינו נחשב ראוי לדיכוי ולהצנעה, וחשיפתו אינה מקור לביזוי (כי אם להפך), קשה לתבוע מגברים להבין את הפגיעה הכרוכה בהתייחסות מינית – הן הפגיעה בכבוד והן הפגיעה בפרטיות (שכן מעבר לכך שהעניין אינו נתפש כפרטי, ההתייחסות אליו בין שניים אינה נתפשת כחשיפתו). [...]

אמנם הפגיעה שבהתייחסות המינית עשויה להיות מובנת אם המטריד הפוטנציאלי יקדים מחשבה רבה למילותיו, וידמה שאדם אחר מתנהג באותו אופן לכת-משפחתו (של המטריד). אולם ספק רב אם המטריד חושב לעומק (או יכול בקלות להביא את עצמו לחשוב לעומק) על התבטאויות אשר, למרבה הצער, הוא ורבים סביבו רגילים בהשמעתן באורח יום-יומי. לא ברור גם שמוצדק לתבוע ממנו חשיבה כזו, שכן רובנו מקדישים חשיבה ונותנים דין וחשבון לעצמנו רק בנוגע להתבטאויות שאינן שגורות, כאלה אשר התפישה המוסרית שכבר מופנמת אצלנו מעמידה אותנו על הפגימה ולפחות על הבעייתיות שבהם.

חישבו ומיצאו, אם היו הכותבים מעלים על דעתם לטעון, באותה מידה של החלטיות, טענה כזו: כיוון שמרבית היהודים הישראלים אינם נאלצים לחוות את הנחיתות, ההשפלה והפגיעה שחשים אזרחים ערבים מוסלמים במדינת ישראל, אזי אין הם צריכים לנסות להבין לרחשי לבם של אותם אזרחים ערבים מוסלמים. יתרה מזאת: אין לצפות מהם להשתדל שלא לפגוע באזרחים מוסלמים ולהעמיק את תחושת אפלייתם, ולכן אין לדרוש מהם להימנע מהתנהגות או התבטאות שנתפסת על ידי ערבים מוסלמים כמשפילה ופוגעת בהם. האם היו הכותבים יכולים להיתפס כנאורים וליברליים – בעיני עצמם ובעינינו, קהל קוראותיהם וקוראיהם – לו יצאו כנגד סעיף 173 לחוק העונשין בטענה כי אין לצפות מיהודי ישראלי שיבין עד כמה ציור דיוקנו של הנביא מוחמד רכוב על חזיר על בית תפילה מוסלמי יכול לפגוע באזרח מוסלמי, ולכן אין לאסור עליו התנהגות זו?<sup>5</sup>

5 תנו דעתכם על משפט מפתח נוסף: 'יש להבחין בין פרסומים גזעניים, אשר יש הצדקה לאסור אותם משום שההיסטוריה הוכיחה את הפוטנציאל שיש להם להביא לאלימות פיסית, לבין ביטויים אחרים על רקע קבוצתי, שהשפעתם ההיסטורית מוגבלת לגיבוש נחיתות חברתית'. האם ההיסטוריה לא הוכיחה שלפרסומים סקסיסטיים ושובניסטיים יש פוטנציאל להביא להכאת נשים, רציחתן, סרסור בהן, אונס, סחר וסתם דיכוי הפגוע באיכות החיים ובתוחלת החיים? האם כל אלה אינם בבחינת 'אלימות פיסית'? האם היו הכותב והכותבת מתעלמים באותה קלילות מגילויי אלימות חמורים כנגד יהודים או שחורים?

## הדינמיקה של החברה, המוסר הנוהג והמשפט הפלילי

עמדתם של הכותבים, לכל אורך מאמרם, מתייחסת אל החברה, אל המוסר הנוהג, ואל הדין הפלילי כאל נתונים עובדתיים, סטטיים ובלתי תלויים. למעשה, החברה, מוסרה הנוהג והדין הפלילי (על הוראותיו הספציפיות ועקרונות היסוד שלו כאחד) כולם מתפתחים ללא הרף, מתוך דינמיקה ערכית-פוליטית של השפעה הדדית מתמדת. כך, המוסר הנוהג המקובל היום, לא רק שהוא משפיע על הנורמות הפליליות, אלא הוא גם מושפע במידה רבה מאוד מן הנורמות הפליליות, כפי שנקבעו לאורך ההיסטוריה. אחת הסיבות שבעילת קטינה, ביגמיה והכאת נשים על ידי בני זוג נתפסות כיום כשליליות ומגוננות היא שהתנהגויות אלה נאסרו באיסורים פליליים. האם, כשנאסרו לראשונה בעילת קטינה, ביגמיה ואלומות בתוך המשפחה, הזדהה רוב רובו של הציבור עם האיסורים? ייתכן מאוד שלא. יש לזכור כי בעילת קטינות, ביגמיה והכאת בת נתפסו בחברות רבות בתקופות רבות לא רק כ'רע הכרחי' אלא כסדר העולם, וכמובן מאליו שאין מהרהרים אחריו. האם משום כך לא היה ראוי לאסור על בעילת קטינה, ביגמיה ואלומות במשפחה? אילו נחקק האיסור על הטרדה מינית לפני עשרים, חמישים או מאה שנה, ייתכן כי היום היה כה מובן מאליו, עד שהכותבים לא היו מעלים על דעתם לטעון כי אינו משקף את הלך הרוח הציבורי. על פי היגיון זה, עלינו לחכות חמישים, או מאה, או מאתיים שנה, והאיסור הפלילי על הטרדה מינית יהיה מוצדק ו'טבעי' ומובן מאליו ממש כמו האיסורים האחרים.

## עמדות המחוקקים

הכותבים מתייחסים לחוק הפלילי, כפי שהוא כיום, כאילו אין הוא מכיל עמדות אידיאולוגיות, אינו משקף תפיסות סקטוריאליות, ואין לו משמעויות פוליטיות. למעשה, העבירות הפליליות נחקקו תמיד על ידי קבוצות חזקות ושולטות, ולכן הביעו את השקפות עולמן, והגנו על האינטרסים שלהן. בחברות הפטריארכליות, העבירות הפליליות נקבעו תמיד על ידי גברים, בעוד שנשים הודרו מן הזירה, וקולן לא נשמע בחקיקה הפלילית. קיבוע הדין הפלילי כמות שהוא משמעו הנצחת ההגמוניה הפטריארכלית, והמשך הדרתן של נשים מקביעת הדין הפלילי.

כדי שהדין הפלילי, ככל חלקי המשפט, יהיה דמוקרטי, מן ההכרח שיחוקקו גם עבירות הנתפסות ככאלה על ידי נשים, מתוך חוויות חייהן ונקודות מבטן. אומר מספר מילים נוספות אודות נקודת המבט. כדי להיות שיוויוני ביחס לכל חלקי האוכלוסיה, חוק העונשין, ככל שאר חלקי החוק, צריך לשאוף לבטא את נקודות המבט של מירב חלקי האוכלוסיה. אחרת הוא משרת חלקים מסוימים ומדכא אחרים. הכותבים מתעלמים מנקודה זו לחלוטין, ומעניקים מעמד מועדף ובלעדי לנקודת המבט הגברית-הסקסיסטית-הפטריוארכלית, כאילו היא זו הרווחת בפועל בציבור, ולכן ראויה להכרה בלעדית על ידי חוק העונשין. חישובו, למשל, שוב, עתה בהקשר של נקודת מבט, על אמירתם שהובאה למעלה:

המטריד אף אינו מודע לכך שהתנהגותו המבודדת עלולה לפגוע פגיעה עמוקה בכבוד האישה. כחוק המשקף חשיבה פמיניסטית רדיקלית, החוק למניעת הטרדה מינית מטפל בהתנהגויות שפגיעתן מגעת במלוא חומרתה לנשים בלבד, ועל כן גם מובנת באופן אמיתי על ידי נשים בלבד. כאמור, הן תפישת הפרטיות המוצאת ביטוי בחוק והן תפישת כבוד האדם מבוססות על ראיית עולם נשית. על כן מרבית הגברים – אשר אוחזים בתפישה שונה של פרטיות ושל כבוד – אינם מבינים באופן אינטואיטיבי ומיידי את העובדה שהתנהגותם עלולה לגרום לפגיעה בפרטיותה או בכבודה של אישה. גברים אינם מבינים את הביזוי הכרוך בהתייחסויות שהם אינם נאלצים לחוות, ובוודאי שאינם נאלצים לחוות אותן מעמדת הנחיתות, המשווה להן משמעות קשה לאין שיעור יותר. ולא זו בלבד שהמטרידים נעדרים מודעות ממשית לפגיעה בפרטיות ובכבוד, כיום – על רקע החלחול העמוק והמקיף של תפישות פטריוארכליות – גם קשה לתבוע מהם מודעות כזו. כאשר הפן המיני הגברי אינו נחשב ראוי לדיכוי ולהצנעה, וחשיפתו אינה מקור לביזוי (כי אם להפך) קשה לתבוע מגברים להבין את הפגיעה הכרוכה בהתייחסות מינית – הן הפגיעה בכבוד והן הפגיעה בפרטיות (שכן מעבר לכך שהעניין אינו נתפש כפרטי, ההתייחסות אליו בין שניים אינה נתפשת כחשיפתו).



תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?'

במילים אחרות, טענת הכותבים היא, בעצם, זו: משום עמדתו החברתית המועדפת, גבר אינו יכול להבין את מלוא עוצמת הפגיעה שנפגעת אישה מהטרדה מינית; לכן, על חוק העונשין לאמץ את נקודת מבטו של הגבר בלבד, להתעלם מנקודת מבטה של האישה, ולהימנע מלהתערב במקום בו האישה נפגעת אך הגבר אינו מסוגל לראות זאת מנקודת מבטו שלו – אף שהחוק מסביר לו זאת במילים מפורשות. טענה זו שקולה לטענה כי אין לאסור על אדם שאיננו יהודי להסית לאנטישמיות, מפני שהוא לעולם לא יוכל להבין עד תום את עוצמת פגיעתה של הסתה אנטישמית ביהודי.

למעשה, החוק למניעת הטרדה מינית פונה אל ציבור הגברים ואומר להם: אף אם אינכם יכולים לחוות עד תום את עוצמת הפגיעה של הטרדה מינית כפי שחוה אותה אישה, דעו לכם כי עוצמה זו היא רבה, ולכן – הימנעו נא מהתנהגות פוגענית זו. במילים אחרות: החוק למניעת הטרדה מינית מכיר גם בנקודת מבטה של האישה כנקודת מבט לגיטימית, הזכאית לבוא בגדר השיח הפלילי והערכים המוגנים על ידו. הכותבים דורשים לבטל התקדמות זו, ולהנציח את המצב המוכר, על פיו משקפים האיסורים הפליליים את נקודת המבט הגברית-הפטריארכלית בלבד.

חוסר מודעותם של הכותבים לכך שהם מבטאים ומנציחים את נקודת המבט הגברית-הפטריארכלית בא לידי ביטוי לכל אורך מאמרם. חישבו למשל על קביעתם הבאה: 'האם נגיעות אינטימיות שקולות למילים, אפילו כאשר המילים הן פוגעות ומעליבות? נקל לחוש שלא'. למי 'נקל לחוש שלא'? על סמך מה? מתוך איזו נקודת מבט? מזה עשרות שנים נכתבת ספרות פמיניסטית עשירה המבטאת השקפות שונות ואף הפוכות משל הכותבים. הכותבים מבטלים ספרות זו בהינף קולמוס, בלא לשים לב כי בכך הם משרתים עמדה אידיאולוגית שמרנית וחד צדדית. באותה דרך ממש הם מבטאים ומשרתים עמדה אידיאולוגית זו בקביעותיהם הרבות המנוסחות בלשון 'מקצועית', 'ניטראלית', ונחרצת. חישבו למשל על קביעתם כי: 'קנה המידה של המשפט הפלילי לבחינת חומרת ההתנהגות שונה מקנה המידה הפמיניסטי לבחינתה'. בהינף קולמוס קובעים כאן הכותב והכותבת כי המשפט הפלילי קנה מידה ייחודי, שהוא שונה מזה הפמיניסטי, ומניחים כי 'קנה המידה של המשפט הפלילי', שאיננו פמיניסטי, הוא ניטראלי מבחינה אידיאולוגית, מוכר, ברור וידוע, מוחלט, סטאטי, לא

שנוי במחלוקת, לא ראוי לביקורת ציבורית ערכית, וצריך, כמובן, לגבור על גישה אידיאולוגית פמיניסטית. אני, ורבות כמוני, חולקות, כמובן, על כל אחת מן העמדות הללו. ואולם הכותב והכותבת מציגים אותן כקביעות 'מקצועיות' שאינן מצריכות בדיקה, ומונעים בכך דיון גלוי, שעשוי להביא לחשיפת העמדות האידיאולוגיות, הפטריארכליות שהם קוראים מבלי משים, כמובן מאליו, אל תוך החוק הפלילי. בכך הם מתעלמים לא רק מקוראות וכותבות פמיניסטיות, אלא גם מכל הגישות התיאורטיות הביקורתיות שפותחו במהלך מאה השנים האחרונות. אני מזמינה את הקוראת והקורא לשוב ולקרוא את מאמרם של קרמניצר ולבנון בעיון ובקפידה, ולהיווכח כיצד דיונם, הלבוש באיצטלה של מקצועיות נטולת פניות, רווי כולו בעמדות אידיאולוגיות מוכחשות ומוסוות היטב.<sup>6</sup>

### באשר להשוואות למדינות זרות

גם כאשר מדינת ישראל דרשה מנשותיה לשרת בצבאה, וקבעה איסור פלילי על השתמטותן משירות צבאי, היו שטענו כי הדבר אינו מקובל במדינות אחרות. האמנם זהו טיעון מוחץ? יתרה מכך, ראוי להזכיר כי השוואות לשיטות משפט שונות הן מהלך רטורי שיכול תמיד לשרת כל טיעון נורמטיבי, ולכן ראוי

6 חישובו, למשל, כדוגמא נוספת, על המשפט בו קובעים הכותב והכותבת כי האיסור הפלילי על הטרדה מינית מביא לתוצאה של 'אווירה של פחד להתבטא בחופשית, ריסון עצמי מופרז, תחושת נרדפות אשר מקומה לא יכירנה במדינה המחויבת לעקרון חופש הביטוי ולאווירת החירות, שכלעדיהם האזרחים חדלים להיות חופשיים'. שוב, ללא משים, הכותב והכותבת מאמצים את נקודת מבטו של המטריד הסקסיסטי, וקובעים קביעה נחרצת ו'מקצועית' – ללא כל הנמקה – כי התבטאותו הפוגענית ראויה להכרה ולהגנה משפטית בכל חברה 'המחויבת לעקרון חופש הביטוי ולאווירת החירות, שבלעדיהם אזרחים חדלים להיות חופשיים'. זאת לאחר שקבעו קודם לכן, באותה מידה של נחרצות בלתי מנומקת, שהפגיעה במוטרדת מינית איננה עולה כדי פגיעה בחירות המצדיקה התערבות משפטית. מדוע? מדוע פגיעה ב'חירותו' של גבר להטריד מינית היא כזו המונעת מאזרחים להיות חופשיים, בעוד שהטרדה מינית איננה מונעת מאזרחיות להיות חופשיות? מדוע לאמץ באופן אוטומטי ומוחלט נקודת מבט גברית-פטריארכלית?

תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?'

להתייחס אליו בעירבון מוגבל. כלומר: גם אילו היה המצב המשפטי במדינות זרות הפוך, גם אז היו הכותבים יכולים, באותה מידה של היגיון, להשתמש בהשוואה כדי לחזק את טענתם. אילו הקדימו צרפת, יפן וארצות הברית ואסרו על הטרדה מינית בחוקי העונשין שלהן, יכלו הכותבים לטעון שטעו מחוקקיהן של מדינות אלה, ולהזהיר כי אין להיגרר אחרי אופנות זרות.

אני מציעה להתגאות בכך שהחקיקה הישראלית בהקשרים מסוימים נועזת, דינמית ומתקדמת יותר מאשר במדינות שמרניות יותר, בהן מוגנים ערכים פטריארכליים עתיקי יומין מכל משמר, וחוקי העונשין משרתים אליטות שולטות וחסומים בפני מיעוטים מופלים. אפשר אף לקוות ולהאמין כי מדינות העולם ילמדו מן המודל הישראלי, שישמש 'אור לעמים'.

ואוסיף נקודה נוספת בהקשר זה. השוואות בין שיטות משפט חייבות לקחת בחשבון הבדלים תרבותיים בין חברות. כך, למשל, בארצות הברית נפסקים פיצויים גבוהים מאוד, במיוחד על ידי מושבעים, כתביעות נזיקין וכתביעות בגין הפגיעה בזכות לשיוויון בתעסוקה. לכן, ההגנה מפני הטרדה מינית בעזרת תביעות אזרחיות כאלה היא אפקטיבית ומשמעותית ביותר, והובילה למוביליות חברתית של ממש. בישראל, לעומת זאת, אולי גם בהעדר מושבעים, לא נפסקים פיצויים גבוהים אף על נזקים חמורים ביותר, ולעומת זאת רק התנהגות הנאסרת בחוק הפלילי כעבירה – נתפסת בחברה כחמורה ושלילית. זוהי תופעת ה'פליליזציה' היתרה שרבים מלינים עליה. בהינתן מצב חברתי-תרבותי זה, כדי להבהיר את חומרתה של ההטרדה המינית בישראל – מן הראוי להגדירה כעבירה פלילית, אף אם בחברות אחרות ישנם כלים יעילים אחרים. (וכאשר יום אחד תשתנה הנורמה הנוהגת, והחוק הפלילי שוב לא ישמש כקובע הבלעדי לשליליותן של התנהגויות – אזי יגיע הרגע לבחון מחדש את פליליותה של ההטרדה המינית). הכותבים טוענים כי טיעון זה איננו טיעון, אך, כמו לגבי קביעות נחרצות רבות שהם מציגים לכל אורך מאמרם, אין הם רואים לנכון להסביר, לנמק, לפרט או לשכנע מדוע.

### ה'מידתיות'

בהתייחסם לסוגיית ה'מידתיות' דואגים הכותבים לעקרונות ה'פרופורציונליות' ו'השיוויוניות', וחוששים שמא הטרדות מיניות קלות תישקלנה בחומרה מעבר

לראוי להן, וכי משום כך ייפגע מעמדן של עבירות חמורות יותר, ויפחת אמון הציבור במחוקק ובמערכת המשפט כולה. אינני שותפה לחששם זה, ואינני רואה לו כל בסיס. אין כל סיבה לחשוב שדווקא בכואם לטפל בהטרדות מיניות ישכחו המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט מושכלות יסוד, וימהרו לפתוח תיקים, לנהל התדיינות ולהטיל עונשים חמורים בעבירות קלות ערך. זהו עניין יומיומי, ברור ומוכר לעוסקים בחוק הפלילי. לדוגמא: סעיף 379 לחוק העונשין קובע כי 'התוקף שלא כדין את חברו, דינו מאסר שנתיים'. תקיפה מגודרת בסעיף 378 כ'המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית [...] ולעניין זה, הפעלת כוח – לרבות הפעלת חום, אור, חשמל, גז, ריח או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי-נוחות'. האם הכאת אדם קטן על ידי אדם גדול וחזק חמורה באותה מידה כמו הפעלת ריח במידה הגורמת אי-נוחות (נאמר באמצעות 'פצצת סירחון')? האם דחיפה קלה בתור דינה כהפעלת חום על אדם במידה שיש בה כדי לגרום נזק? מובן שלא. מדוע אין המחברים מתרעמים כנגד ליקוטן של העבירות הללו יחדיו תחת גג אחד? מדוע אין הם חוששים שמא יחמירו המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט עם הדוחפים בתור משום סמיכות העבירה לעבירת ההכאה, ומדוע אין הם חוששים מאבדן אמון הציבור במערכת המשפט? ממש כשם שהמשטרה, הפרקליטות, בתי המשפט והציבור הרחב משכילים להתמודד היטב עם מגוון ההתנהגויות בדרגות החומרה השונות המכונות כולן 'תקיפה' ומקובצות בסעיף אחד, כך ישכילו ללא ספק להתמודד גם עם התנהגויות שונות ומגוונות של הטרדה מינית. יתרה מזאת, המשטרה, הפרקליטות ובית המשפט, כולם אמונים על עקרון ה-*de minimis*, שהוא מעקרונות היסוד הבסיסיים של המשפט הפלילי, המונע העמדה לדין והרשעה במקרים קלי ערך, בהם בוצעה הפרה טכנית של החוק – אך במידה שאינה מצדיקה התערבות חברתית וענישה של אדם בחברה מתוקנת. עקרון ה-

*de minimis* חל, כמובן, גם על החוק למניעת הטרדה מינית. אציין עוד כי לכל אורך המאמר מביעים הכותבים חששות עמוקים מפני פרשנויות קיצוניות ובלתי סבירות בעליל של החוק למניעת הטרדה מינית, כך, למשל, הם חוששים שהחוק יפורש באופן שיפליל פנייה מינית נשנית לאישה גם תקופה ארוכה לאחר סירובה הראשון. כלומר, הם חוששים כי שופטי ישראל

תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?'

ירשיעו בהטרדה מינית וישלחו לכלא אדם שאישה סירבה להצעותיו המיניות, ומקץ שנים הוא שב והציע לה הצעה כדי לבחון האם שינתה את טעמה כלפיו. תמהתני מה עשו שופטי ישראל כדי להקפיץ עליהם אי אמן כה עמוק של הכותבים. השופטים מצטיירים ממאמרם של הכותבים כנטולי בינה, מידתיות, סבירות ושכל ישר. אינני שותפה להערכה זו. יודגש עוד כי עד כה השכילו בתי המשפט בישראל להתמודד עם החוק הנדון בהגינות ובסבירות, והוכיחו כי אין כל ממש באי האמון שמביעים בהם הכותבים. יתרה מזאת, פסיקותיהם זוכות לתהודה ציבורית חיובית ומעודדת. די להזכיר שוב את פסק דינם המוכר לכל של שופטי בית משפט השלום בירושלים, השופטים יעקב צבן, רבקה פרידמן-פלדמן ורפי כרמל, בעניין יצחק מרדכי כדי להיווכח ששופטי ישראל מסוגלים אף מסוגלים לטפל אף באישומים מורכבים ומסובכים ביותר ברגישות אנושית, אמפטיה, תבונה וחכמת שכל ורגש. יודגש כי כוונתי לפסק דינם ולא לגזר דינם.

### לגבי סוגיית ההטרדה המינית תוך ניצול יחסי מרות

כותבים פרופ' קרמניצר וגב' לבנון: 'מי יעז להיכנס למערכת יחסים אינטימית עם עובדת, כשהוא יודע שזו יכולה להגיש נגדו תלונה בכל רגע אם הדברים לא יתפתחו בכיוון חיובי או אם מערכת היחסים תסתיים באווירה לא נעימה? אמנם החשש מתלונות שווא קיים ביחס לכל עבירה פלילית, אך הוא מתגבר כשמדובר בעבירה שמתקיימת בין שניים בלבד וללא הותרת סימנים כלשהם במציאות החיצונית...'. אומר בקצרה: כן, החוק למניעת הטרדה מינית דורש מבעל מרות לחשוב היטב בטרם ינצל את מעמדו כדי להיכנס למערכת יחסים אינטימית עם מי שכפופה לו. המצב העובדתי כיום הוא שבעל מרות יכול להרשות לעצמו לפתוח במערכת יחסים 'אינטימית' או מינית גרידא עם עובדת הכפופה לו, והיא לכדה נושאת בנטל החרדה למשרתה. החוק למניעת הטרדה מינית נועד לשנות את מאזן האימה, ולהטיל חלק מן החרדה על בעל המרות, וכך ראוי. (חישבו, שוב, על פרשת מרדכי, והדברים המופשטים מובנים מיד לכל קוראת וקורא). באשר להפחדה שמפחדים הכותבים מפני תלונות שווא, זוהי ההפחדה הנפוצה והמופרכת ביותר, המושמעת כנגד כל ניסיון להעניק קול, מעמד וכוח לעדויותיהן של נשים על הנזקים הנגרמים להן. היא נשמעת בהקשר של אונס –

ובוודאי אונס על ידי בן זוג, בהקשר של גילוי עריות, ובכל הקשר שעשוי להוציא לאור מעשי תוקפנות נגד נשים שקשר השתיקה החברתי מגונן ומסוכך עליהם. היא מבטאת ומנציחה את אי האמון העמוק כלפי נשים – המביע ומשרת היטב את המבנה הפטריארכלי. למעשה, מחקרים סטטיסטיים הוכיחו שוב ושוב כי אחוז תלונות השווא ב'עבירות מין' אינו עולה על זה שבכל הקשר אחר. נשים אינן נחפזות להתלונן, ובוודאי שלא להעליל עלילות שווא. ההיפך הוא הנכון: הנתונים מלמדים כי נשים ממעטות להתלונן, ורק אחוז מזערי מן העבירות נגדן מדווח ומטופל. במציאות החברתית הקיימת, הרוויה סטריאוטיפים סקסיסטיים, אישה המתלוננת על פגיעה מינית נדרשת לשלם מחיר חברתי כה כבד – שנדירות הנשים המוכנות לשלמו. אישה השוברת את 'קשר השתיקה' הנוח כל כך ומתלוננת על פגיעה מינית, נחשדת בפרובוקטיביות, ב'פריצות', בחוסר אמינות, בגאוותנות, בחוסר התחשבות בנילונים ובסביבה כולה; רק נשים חזקות מאוד, שנפגעו פגיעה של ממש, שוקלות לשלם מחיר כבד זה לשם הגשת תלונה. חשדנותם המושרשת של שלטונות האכיפה, התביעה והשיפוט כלפי נשים גורמת לכך שגם הנשים המעטות שכן מתלוננות – אינן זוכות ליחס רציני, ואחוזי פתיחת התיקים, ניהולי המשפטים וההרשעות – נמוכים ביותר. העונשים המוטלים על פגיעות חמורות בנשים מגוחכים, ודי להזכיר בהקשר זה את גזר דינו של יצחק מרדכי. הדברים גלויים כיום וידועים לכל, והציבור הרחב מביע את התמרמרותו בכלי התקשורת כל אימת שאשה נרצחת על ידי בן זוגה לאחר הגשת תלונת אינספור על אלימותו כלפיה.

חשוב להדגיש כי מערכות החקיקה, האכיפה, התביעה והשיפוט עושות מאמצים לשנות את נורמות החשדנות כלפי עדויות נשים. מתוך מתן אמון יתר בעדויות נשים, ביטל המחוקק הישראלי כבר לפני כעשרים שנה את דרישת הסיוע לעדות יחידה על אונס; המשטרה משנה את סדרי עדיפויותיה ודורשת מאנשיה יחס רציני ואף מחמיר לעבירות נגד נשים, ואף בית המשפט העליון מורה למערכת השיפוטית ללמוד להתייחס ברצינות הראויה לתלונות נשים על פגיעות בהן. כך, למשל, עשו השופטים בפרשת אונס שומרת, וכך עשה השופט יצחק זמיר בעניין זוהר בן-אשר. עמדת הכותבים חותרת תחת התקדמות איטית וחשובה זו. לבסוף אציין כי בשנתיים שחלפו מאז כניסתו של החוק לתוקף אין כל סימן לשימוש לרעה, או לשימוש יתר של נשים בכלי המשפטי שניתן להן.

תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?'

ההיפך הוא הנכון: התביעות המוגשות הן מועטות מאוד ביחס להטרדות המיניות המתרחשות במציאות, והן מתייחסות למקרים שחומרם רבה. קשה, לכן להבין על מה מתבססת חרדתם של הכותבים מפני השימוש לרעה שיעשה בחוק.

### 'הפתרונות' המוצעים על ידי המחברים

החוק למניעת הטרדה מינית קובע כי 'סחיטה מינית' ו'מעשה מגונה' נתפסים מעתה כסוגים של הטרדה מינית אסורה.<sup>7</sup> בנוסף, החוק אוסר על התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או מיניותו, לרבות נטייתו המינית. עוד קובע החוק כי הצעות מיניות חוזרות, או התייחסויות חוזרות, המתמקדות במיניותו של אדם, אסורות כאשר האדם אליו מופנות ההצעות או ההתייחסויות המיניות הראה למטריד, במילים או בהתנהגות (ובלבד שלא היה ספק סביר לגבי משמעות ההתנהגות), כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות.<sup>8</sup> לגבי התנהגויות אסורות אחרונות אלה, כאשר ההצעות או ההתייחסויות המיניות הנשנות מושמעות לקטין, למטופל במסגרת טיפול נפשי או רפואי, או לעובד במסגרת יחסי עבודה או שירות, תוך ניצול יחסי המרות, הכוח וההיררכיה בין המטריד והמוטרד, אזי העבירה מתגבשת אף אם לא הראה המוטרד למטריד כי אינו מעוניין. זאת משום שבסיטואציות אלה קשה – עד כדי בלתי אפשרי – למוטרד לעמוד מול מטרידו ולסרב לו, וכיוון שחזקה על בעל שררה שאל לו לנצל את מעמדו לשם סיפוק צרכים מיניים על חשבון זולתו הכפוף לו. עוד מפליל החוק התנהגות שהיא בכחינת התנכלות הנובעת מהטרדה מינית או מתלונה עליה. החוק קובע כי התנהגות המוגדרת על פי חוק כהטרדה מינית מהווה פגיעה המצדיקה לכשעצמה הן סנקציה פלילית והן הליך אזרחי, ואף

7 בשונה מטענת הכותבים, קביעה 'טרמינולוגית' זו הנה בעלת משמעות ערכית ומשפטית רבה. כך, למשל, על פי הגישה החדשה שקובע החוק, 'מעשה מגונה' איננו 'מגונה' משום גישה מוסרנית, שמרנית, המגנה על ערכי 'צניעות' ארכאיים ונטולי קרבן של ממש – אלא מפני שהוא מטריד מינית. הערך המוגן, מעתה, איננו מוסרנות שמרנית, אלא כבוד האדם ושיווינו הנפגעים על ידי הטרדה מינית מסוג המוכר לנו כ'מעשה מגונה'.

8 הנוסח שהבאתי הוא נוסחו המדויק של החוק, וראו סעיפים 2 ו-3.

פיצוי ללא הוכחת נזק (סעיף 6(ב) לחוק). החוק קובע מפורשות כי אין צורך להוכיח כל 'פגיעה מוחשית וממשית' מעבר להתקיימות ההתנהגות האסורה, וזאת משום שכל התנהגות שהיא חמורה דיה כדי להיתפס כהטרדה מינית, פוגעת, באשר היא, בכבוד האדם ובזכותו לשוויון. כמו עבירת התקיפה, זוהי עבירת התנהגות, שאינה מחייבת הוכחת תוצאה מעבר לעצם התרחשותה של ההתנהגות האסורה.

דומה שלא למותר לציין כי, ככל חוק, החוק למניעת הטרדה מינית מניח פרשנות שיפוטית שפויה ו'סבירה', אשר לוקחת בחשבון את כל 'עקרונות היסוד של המשפט הפלילי' (לרבות 'אזהרה', 'אשמה', 'מידתיות' ו'הלימה את תודעת הציבור'), כמו גם עמדות חברתיות ראויות, לרבות השאיפה לקידום מעמד האשה בחברה, ונסיבות ספציפיות של כל מקרה ומקרה.

אציין כי האיסור על הצעות מיניות חוזרות, לאחר שהמוטרד הביע את סירובו, נוסח בקפידה ובתשומת לב מרובה. מטרת ההסדר המשפטי שאומץ היא להטיל על המוטרד חובה להביע את עמדתו, ולהזהיר את המטריד כי עליו לחדול מהתנהגותו. עם זאת, הוחלט שלא לאפשר למטריד, הבוחר לעצום עיניים, ומתעקש שלא להבין את הסירוב, ליהנות מטענת אטימות. על כן נקבע כי אם הסירוב הובע באופן ש'לא היה ספק סביר' לגבי משמעותו – חזקה שהמטריד הבינו. כלומר: מקום שבית המשפט יקבע כי המוטרד הביע את סירובו באופן שאינו מותיר מקום לטעות סבירה בהבנתו – שם לא יועיל לנאשם לטעון כי הוא בכל זאת לא הבין את מסר הסירוב.

קרמניצר ולבנון מציעים כי בית המשפט, בפסיקותיו, יתקן מצב משפטי זה, שאינו ראוי, בעיניהם. בין השאר הם מציעים כי מעבר לדרישת החוק, שהמוטרד הראה שהתייחסויות המיניות החוזרות אינן רצויות לו, בית המשפט יוסיף מבחן נוסף, ויבדוק האם נאשם היה מודע בפועל ל'אפשרות הריאלית' כי פניותיו החוזרות יפגעו בכבודו של המתלונן. והם מנמקים: 'מי שהציע לאישה שהוא מחבב לבלות אתו שוב ושוב למרות סירובה, עקב תקווה שהיא תשנה דעתה, מתוך חוסר הבנה שהצעותיו עלולות לפגוע בתחושת הכבוד שלה, לא יורשע בהטרדה מינית'. מדבריהם עולה כי הם מציעים להחיל 'פרשנות' זו גם על רופאים, הורים ומעבידים הנאשמים בהטרדה מינית תוך ניצול יחסי מרות וכוח. ראשית, 'מי שהציע לאשה לבלות אתו', כלומר לאכול ארוחת ערב, לצפות בסרט או ללכת למשחק כדורגל יחדיו – כלל אינו בא בגדר החוק למניעת



תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?'

הטרדה מינית. לשון החוק ברורה: מדובר במי שהציע הצעות נשנות בעלות אופי מיני. שנית, הצעתם של הכותבים היא אפשרית ומעניינת, ואולם, אף שנשקלה בכובד ראש על ידי המחוקק, הוא בחר, בצדק, ובלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, שלא לאמצה.

מה שהכותבים מציעים הוא כי, בניגוד מפורש לעמדת החוק, גבר שמסרב לקבל 'לא' כתשובה, ומסרב להפנים את הנורמה המשפטית והחברתית המבטאת בחוק למניעת הטרדה מינית, יהיה חסין מפני הרשעה בביצוע הטרדה מינית. לשיטת הכותבים, ובניגוד מפורש לכוונת החוק, כל גבר יכול לטעון כי למרות קיומו של החוק, למרות השיח החברתי העשיר, למרות שהמוטרדת דחתה אותו שוב ושוב ואף הסבירה לו כי אינה מעוניינת בהצעותיו המיניות, למרות כל אלה הוא בכל זאת 'לא הבין' שהצעותיו עלולות לפגוע בתחושת הכבוד שלה'. טענה זו תשחררו מאחריות פלילית. כלומר, המחברים מציעים להנציח את זכותו של הגבר שלא להקשיב ולא להבין, זכות שהובעה כה יפה בפזמון המוכר: 'כשאת אומרת לא – למה את מתכוונת?'. וככל שגבר 'קשה הבנה' יותר – כך יקל עליו להשתחרר מן החובה שמטיל עליו החוק להקשיב לאישה אליה הוא פונה ולכבדה. הכותבים מזמינים, אם כן, את ציבור המטרידים הפוטנציאליים להיות אטומים, קהים וסרבנים, ולהימנע מהקשבה והבנה.<sup>9</sup> יתרה מזאת, נדמה כי הם מציעים להחיל גישה זו גם על אנשים המטרידים מינית תוך ניצול יחסי מרות. החוק למניעת הטרדה מינית קובע כחזקה כי כשאישה אומרת 'לא' – בדיוק לכך היא מתכוונת, וכי גבר המסרב להפנים עמדה זו – יאלץ לשלם את המחיר. לא 'כל מחיר', כפי שרומזים הכותב והכותבת, אך בהחלט 'איזשהו מחיר', בשונה מ'שום מחיר' שהיה עליו לשלם קודם לחוק. (אגב, החוק חל, כמובן, על נשים וגברים במידה זהה. גם גבר האומר 'לא' זכאי, כמובן, על פי החוק, לאותם כבוד והגנה להם זכאית אישה).<sup>10</sup>

9 הם עצמם מודעים במוצהר למשמעות זו, אך רואים בה מחיר בלתי נמנע.  
10 הצעתם הפרשנית החלופית של הכותבים היא מובנת מאליה: בוודאי שבית משפט שפוי בדעתו יקח בחשבון את מספר החזרות על הצעה או פנייה ואת תכיפותן וצפיפותן, ומובן מאילו שיתחשב בכל אלה – ובגורמים רלבנטיים נוספים רבים – כדי לקבוע אשם, פליליות, מידת חומרה ודרגת ענישה. בדיוק משום כך אין שום שחר חרדות הרבות המובעות שוב ושוב כאילו יטיל בית משפט כלשהו עונש מירבי מיידית על כל גבר שיעז להציע משהו תמים בהקשר בלתי מזיק. והאם הזכרתי כבר את פסק דינו של מרדכי?

החוק למניעת הטרדה מינית נחקק על ידי כנסת ישראל במסגרת סמכותה הריבונית. החוק, על עמדתו המתקדמת המובהקת, נחקק לאור יום, בקולותיהם של חברי כנסת רבים, יחסית (רובם, כמובן, גברים) ובהשתתפותם הפעילה של משפטני המחלקה הפלילית של משרד המשפטים. במסגרת הצעתם ה'פרשנית' (האקטיביסטית מאוד) קוראים קרמניצר ולבנון לבתי המשפט בישראל 'לפרש' את החוק בניגוד מפורש, גלוי ומובהק ללשונו, לרוחו, לכוונת המחוקק, לדברי ההסבר, ובעיני – גם בניגוד לפירוש הראוי וההולם את החוק. הצעתם אינה רק 'לעקר' את היסודות ה'מהפכניים' של החוק, כדבריהם, אלא להפוך על פיהן את הוראותיו הברורות, שנתקבלו בהליך חקיקה דמוקרטי, מקצועי, ממושך ופומבי.

# מותק רוצי לאבא

## ארנה קזין

© כל הזכויות שמורות לעיתון הארץ בע"מ.

אין להעתיק ו/או להפיץ פרסום זה או חלק ממנו בכל צורה ואופן – ללא קבלת אישור מראש לכך, בכתב, מהוצאת עיתון "הארץ"

חלשה, קלה לניצול, חסרת אונים, מיניותה היא לה הנכס היקר ביותר – כך מונצחת דמות האשה בה"א הידיעה, למרות החוק למניעת הטרדה מינית ובגללו. ברובד הסמלי מעמד הנשים בישראל אינו יוצא נשכר ממנו. כל זמן שזו הנשיות שעל כבודה וחירותה מבקש החוק להגן – הפרויקט הפמיניסטי שלו נידון לכישלון.

המקרים שהתפרסמו בהקשר של החוק, מאז נכנס לתוקף בספטמבר 1998, מנציחים דימוי חלש ופגוע של נשים, גם אלה שמתקוממות. שתי תמונות חקוקות בתודעה: אשה שהתקוממה על הטרדה, והיא עלומת שם ומסתתרת מפני המצלמה כאשמה (אחת המתלוננות נגד השר יצחק מרדכי); ואשה שהתקוממה על הטרדה, והיא מתייפחת לעיני המצלמה כמובסת (הקצינה דנה מועד, שהתלוננה כי מפקדה יהודה שפר הטרידה, ועניינה נדחה באחרונה בבג"ץ). אין בתודעה הציבורית דימוי של אשה חזקה או מחוזקת בהקשר הזה.

גם ברובד הממשי המצב רע: רוב המתלוננות מתפטרות או שמעמדן המקצועי מתערער מרגע שמחו על הטרדה. בשנת 2000 פנו לארגון נעמת 135 נשים בעניין הטרדה מינית, מהן שליש המשיכו להליך משפטי, פלילי או אזרחי; ל-80% מהתלוננות התלוותה התנכלות במקום העבודה, כך לדברי עו"ד מיכל ברון וגלי עציון, יועצות משפטיות בארגון. בסופו של תהליך, המתלוננות מפסידות כסף וחסרות גיבוי חברתי. מקצתן מצליחות לקבל פיצוי כספי – בהסדר מחוץ לבית משפט – אבל אחרי שאיברו את משרתן. מצבן דומה לזה

ארנה קזין, 'מותק רוצי לאבא', הארץ, 4 בינואר 2002.

של חושפי שחיתויות בארגון. החברה זקוקה לשכמותם, אבל הם משלמים מחיר אישי גבוה על תרומתם.

'החוק עוזר בהגברת המודעות', אומרת עו"ד ברון, 'נשים יודעות כיום לזהות הטרדות והחוויה אינה סוד אפל. אבל בדרך כלל, התלונה אינה משפרת את מצבה של המתלוננת'. גם כאשר מנגנון מסודר בא לאכוף את החוק, כמו הממונה על קידום ושילוב נשים בנציבות שירות המדינה, והמתלוננות מצליחות לשמור על מקומן – ההישג הזה כרוך במאבק מתיש. התחושה הרווחת של העוסקות בתחום היא, ש'בכל מקרה, אם הן מתלוננות ואם לאו, המטרדות נדפקות'.

### מכתב מעו"ד

מקרה מובהק של הטרדה מינית, שקרה לפני חודשים אחדים ומצוי כעת בהליכים לפני הגשת תביעה, מדגים היטב את חיוניות החוק ואת הבעייתיות המובנית בו: הבוס ישב עם עובדת לשיחה על ענייני עבודה. בעוד הם מדברים על העניין שלשמו התכנסו, התפשט הבוס ועשה 'מעשה מגונה' לפני העובדת. העובדת ישבה מולו ולא זזה. 'הייתי בהלם, ישבתי שם קפואה, ברתיעה מוחלטת. זה מבזה ברמה שקשה לתאר', היא אומרת. את העובדת מייצגת עו"ד מיה צחור, המתמחה בדיני עבודה ובהטרדה מינית. הפרטים חסויים משום שעוד לא הוגש כתב תביעה. המעביד של השניים בירר זה כבר את הפרטים וחיבר דו"ח, אבל עדיין לא הגישו לצדדים. 'החוק משפיע נורמטיבית בעיקר על הגברים שמתלוננים נגדם', מציינת צחור. היא מאמינה כי 'מי שמקבל מכתב התרעה מעורכת דין על הטרדה מינית – לא יעז לבטא תחושות מיניות ליד עובדת הכפופה לו'. ואולם, השאלה היא מה קורה למתלוננות. העובדת, סטודנטית משכילה המתנסחת בבחירות ובלשון ביקורתית, התפטרה זמן מה אחרי המקרה. היא הרגישה כי אינה יכולה עוד לעבוד עם הבוס שביזה אותה. 'בשעת האירוע', היא אומרת, 'קרה לי משהו שקורה לרבים. ברגעי לחץ יש שמחצינים את הרגשות, אבל אני מהסוג שמפנים. נכנסתי לתוכי פנימה ונעשיתי חיצונית לאירוע, כצופה שאינה משתתפת בו'. לכן לא הגיבה בשעה שביצע את זממו, אלא נאלמה דום. מאוחר יותר, כשהתקשרה לחבר לספר מה קרה, 'נתתי בפעם הראשונה שם למעשה. הבנתי שזו הטרדה מינית. וכשהתעמתתי עם הבוס בטלפון והודעתי שאני מתפטרת –

כבר חדלתי להיות קורבן. ידעתי שהוא הבזוי ולא אני'. החוק למניעת הטרדה מינית מאפשר לעובדת בסיטואציה כזאת לבחור בשלושה מסלולים של פעולה: להתלונן אצל המעביד, להתלונן במשטרה או לתבוע פיצויי נזיקין בבית משפט אזרחי. היות שמדובר ביחסי מרות, היא אינה צריכה להוכיח שהתנגדה למעשה (החוק מביא בחשבון את תגובת השיתוק של עובדת מול בעל מרות). העובדת הרגישה שתלונה במשטרה היא 'מעשה מז'ורי מדי' בשבילה. היא רצתה להחזיר לעצמה תחושה של שליטה – וההליך הפלילי בהכרח היה מוציא את הטיפול מידיה. ואולם תביעה בבית משפט, גילתה, היא עניין יקר. 'זה עולה 150 דולר לפגישת ייעוץ ראשונה. וזו רק ההתחלה. באמצעות נעמת אפשר לקבל סיוע משפטי זול יחסית, אבל בכל מקרה זו הוצאה כספית ניכרת. לא מצאתי עבודה מכניסה חדשה מאז שזה קרה. ההפסדים עדיין נגרמים לי'. בעניין זה היא מבקשת להדגיש: 'ראוי להקים מנגנון של סיוע משפטי חינם למתלוננות. רוב המתלוננות הן עובדות זוטרות. עניין הכסף מנציח את מיקום הנשים בתחתית ההיררכיה. מפתיע אותי עד כמה חזקה תחושת הבדידות', היא מוסיפה. 'גם כשיש קבוצת תמיכה, אני נשארת לבד – אם אפלט ממקום העבודה אני זו שאסבול מעוני, אם אעמוד על דוכן העדים אני זו שאספוג גסות. המשפחה לא מעודדת: "תעזבי את זה, מה את צריכה את כל הבלגן". ובכל זאת, אם לא היה חוק, היה יותר גרוע.' כי למרות כל הקשיים, המתלוננת הזאת – חריגה בין מתלוננות, לדברי עורכות דין – מרגישה שהחוק דווקא העצים את כוחה: 'מבחינה מוסרית ופוליטית לא יכולתי להמשיך לשתוק. לא יכולתי לסבול את המחשבה שבחורות נוספות יעברו את זה אתו בקלות כזאת. אני מרגישה חזקה יותר מרגע שהתלוננתי: כי הוא יודע שהוא לא היה צריך להתעסק אתי. אני לא מתיימרת להניח שזה יפסיק את השימוש הכוחני שהוא עושה בנשים. אבל לפחות הוא ייאלץ לחשוב עלי בכל פעם שהוא רוצה לנצל אשה'. היא מוסיפה כי בחרה 'לא לחיות בפחד. סביבת העבודה וקבוצת ההתייחסות שלו יודעת מה עשה. זה בכלל לא נעים בשבילי'.

### פוליטיקה של זהות

בדיון המתנהל באקדמיה הפמיניסטית על החוק למניעת הטרדה מינית מתגלה פער תרבותי מהותי בין ארצות הברית, מולדת המושג 'הטרדה מינית', לבין

החברה בישראל. האופן שבו נוסח החוק ונקלט בשתי החברות שונה במידה רבה. בארצות הברית, הבסיס החוקי לטיפול בתופעה הוא 'הוראת סעיף 7 לחוק הזכויות האזרחיות, משנת 1964, האוסרת על אפליית עובד או עובדת על בסיס מין', כפי שהסבירה הד"ר אורית קמיר, במאמר שהציג את הגרסה הישראלית שניסחה לחוק (והתפרסם ב-1998 בכתב העת משפטים, של האוניברסיטה העברית). בתי המשפט בארצות הברית קבעו כי הטרדה מינית במקום העבודה היא מקרה פרטי של אפליה על בסיס מין. היא נתפשת כמכשיר נוסף בידי בעלי הכוח לקבע את מעמדה החלש של האשה בארגון ולמנוע את קידומה. החוק קשור אפוא בניסיון למנוע ניצול של שררה ולחזק את מעמד הנשים העובדות (והוא קיבל תוקף על רקע עבודה פמיניסטית בשטח – בקבוצות של העלאת מודעות לנשים – מה שלא קרה בישראל).

לדברי קמיר, במשך השנים התרחב מושג ההטרדה המינית בארצות הברית, באמצעות פסיקות של בתי משפט, לזירות שמחוץ למקום העבודה. למשל, ליחסים שבין שוכרת למשכיר או בין סטודנט למרצה – כי גם שם רווחת התופעה. כשבאה לנסח חוק ישראלי, בסוף שנות התשעים, ביקשה קמיר להפיק את לקחי הניסיון האמריקאי ולנסח חוק שחל מראשיתו על כל סוגי המפגש בין נשים לגברים. החוק הישראלי אינו רואה אפוא בהטרדה מינית מקרה פרטי של ניצול שררה או אפליה במקום העבודה. 'הטרדה מינית מוגדרת בחקיקה ראשית כפגיעה בכבוד האדם ובחירותו (בצד היותה פגיעה בזכות לשוויון)', הסבירה קמיר במאמרה. יש הרואים בהרחבה הזאת את עיקר הבעיה. לטענת מבקרות פמיניסטיות אחדות, 'פוליטיקה של זהות', הבאה לקדם אינטרסים של קבוצות על בסיס של זהות משותפת – זהות מגדרית במקרה של הטרדה מינית – מסכלת את 'הפוליטיקה של המעמד', הבאה לחזק עובדים מול מעסיקים ובעלי הון. וכן, היא מקבעת מאפיינים מסוימים של קבוצת הזהות – נשים במקרה הזה (שחורים, מזרחיים במקרים אחרים) – ונקודת המוצא לפעילותה היא מעמדה השולי של הקבוצה. האיסור על הטרדה מינית באמריקה מצטרף לשורה של הגנות על עובדים מפני בעלי השררה. במקרה הישראלי, לעומת זאת, מניחים כי גברים הם תמיד בעלי שררה על נשים. ובדיבור על החוק בישראל נזנחת סוגיית שוויון ההזדמנויות וניצול השררה בארגון.

קמיר אינה מסכימה עם הביקורת הזאת. בדומה למורתה הרוחנית, הפרופ' קתרין מקינון, המשפטנית שניסחה את ההגדרה הרחבה להטרדה מינית בארצות

הברית, קמיר סבורה כי 'מאבק מעמדי אינו פועל לטובת נשים. בהיסטוריה התברר כי מאבק על שוויון זכויות לשחורים, או למעמד הפועלים – אף פעם לא פעל לטובתן. נשים לא מרוויחות דבר אלא אם הן נאבקות בלעדית לטובת עצמן'.

### בעיטה באשכים

כך או כך, חוגים אחדים באקדמיה הפמיניסטית האמריקאית מתעמקים כיום באופן שבו החוק, בהחלה הגורפת והרחבה שלו, הוא פטרוני כלפי נשים ומנציח נשיות קורבנית. הביקורת הזאת רלוונטית גם לישראל. לשיטתם, אפילו במקרה שתואר – מעשה מגונה של בוס מול עובדת בזמן שיחה על ענייני עבודה – תביעה בבית משפט אינה בהכרח המכשיר המוצלח ביותר להעצמת האשה. תגובה ראויה של אשה בסיטואציה כזאת היא גיחוך, בוז, הוקעה או בעיטה – מטאפורית לפחות – באשכי הבוס המטריד. לפי גישה זו, חברה ראויה ושוויונית היא חברה שבה לנשים יש כוח למנוע הטרדה, או להגיב עליה, או לא להיות מוטרדות, בלי שכבודן ייפגע מהמעשה או מהדיבור. כי ההתבטאות המינית או האוננות או הגהירה – אינן בעלות ערך, שלילי או חיובי, לעצמן, אלא רק לפי ההקשר. 'נשים עושות שימוש בחוק, אבל בדרך כלל אני לא רואה שהוא מחזק את ביטחונן וכבודן', אומרת עו"ד צחור. 'כנראה מה שלא בא מבפנים, מהחינוך בבית, לא יכול לייסד תחושת כבוד בסיסית לאדם'.

הפרופ' כריסטינה נהרינג מאוניברסיטת יו-סי-אל-אי כותבת, כי (נשים) אינן זקוקות ליחס פטרוני של חוק, המתייחס אליהן כמו שגברים המתייחסו אל נשים במאה ה-16; כשנשאו אותן מעבר לסף הדלת ועוררו אותן מעילפון בעזרת מלחי הרחה. היא מבקרת את התקנות המחמירות למניעת הטרדה מינית הנהוגות כיום באוניברסיטאות האמריקאיות, ובהן שורה של איסורים על קשרים רומנטיים, וסגנונות דיבור והתנהגות (במאמרה 'The Higher Yearning' שהתפרסם בגיליון סתיו של הירחון הארפר'ס).

'תנועת הפמיניזם בקמפוס', מדגישה נהרינג, 'יצאה לדרך ככוונה להעניק כוח לנשים – לאפשר להן להאמין בתושייתן, ליהנות מעצמאות, מיניות ושחרור – אבל כיום היא דווקא מתייחסת אל נשים כאל תינוקות. היא מרגילה אותן לתפוש את עצמן כקורבנות חסרות אונים של גברים בעלי און; לרוץ לאבא ולפחד

מהחושך'. גם מרצות פמיניסטיות בישראל מתמודדות עם הביקורת הזאת. ואולם הן מצביעות על ייחודיות המקרה הישראלי. הד"ר סיגל בן פורת, מרצה לפילוסופיה של חינוך באוניברסיטת תל אביב, העושה השנה באוניברסיטת פרינסטון בארצות הברית, מסכימה כי 'בעיקרון, החוק למניעת הטרדה מינית מניח כי הנשים חסרות אונים'. אכן, היא אומרת, זו בעיה מהותית. 'יש כיום נטייה לשים דגש מוגזם על מין, כשבאים לבחון יחסי כוח בין פרטים בארגון או בחברה. הנטייה הזאת מעניקה כוח מעוות לסוגיה המינית, ובו בזמן היא מסיטה את תשומת הלב והביקורת מההקשר הרחב של הדברים – יחסי כוח מעמדיים, מקצועיים, פוליטיים ואחרים, החורגים מהקשרים של מין ומחלישים את כוחם של עובדות ועובדים'. בן פורת משוכנעת, כי 'מרצות וסטודנטיות, למשל, בוודאי מסוגלות להתמודד עם התבטאויות מיניות מגוחכות של מרצים גסים ויהירים. אנחנו מסוגלות לבזוז להם, להוקיע אותם, או לנהוג בהם אדישות, בלי שייפגע כבודנו – זו בוודאי דרך טובה יותר להציג את העניין מאשר להניח כי תמיד הערה מינית היא טראומה לאשה'. אבל, היא מסייגת: 'החברה הישראלית מפגרת מבחינה פמיניסטית יחסית לקמפוסים האמריקאים. בצבא ובזירה הציבורית בישראל, המושפעת מהצבא ומהמסד הדתי, עדיין מנציחים את עמדת הנשים כנחותות, כמעניקות שירותים וכחלשות. לכן יש חשיבות רבה לחוק המבקש להגן עליהן'.

מירי רוזמרין, מרצה בחוג לפילוסופיה ובתוכנית ללימודי נשים באוניברסיטת תל אביב, מוסיפה, כי 'בישראל רווחת בורות גמורה לגבי מה שאסור ביחסים בין בני אדם, בין גברים ונשים. חשוב להבחין: החוק הוא טוב או רע, מעצים או מדכא, בעיקר לפי האופן שבו הוא מופעל במערכות השונות, ובכלל זה בתקשורת. הביקורת צריכה להתמקד במשמעות שניתנת לחוק בדיון הציבורי. נכון להיום, החוק מסמן את הנורמות הראויות. הוא מאפשר לאשה לדעת שאינה חייבת לסבול התנהגות כזאת כלפיה. הוא אמצעי לדור המדבר – עד שיגדלו כאן ילדים שיפנימו את הערכים החדשים'.

### הזירה האינטימית

ואולם לפי אחת הגישות, הכישלון טמון בעצם הניסיון להשתמש בחוק ככלי לשינוי חברתי. 'החקיקה מעצם טבעה היא כלי גמלוני, המתקשה להגיב בגמישות



לשינויים תרבותיים, אומרת הד"ר בן פורת. 'החוק בא לידי שימוש תמיד לאחר מעשה – בשלב הענישה, כשהעוול כבר נעשה. בכוחו של החוק להרתיע ולעורר מודעות, אבל הוא לא כלי יעיל לרפורמה, או למהפכה'.

על כך מסכימות הוגות פמיניסטיות ומשפטניות, ובכלל זה הד"ר קמיר. 'אם הייתי יודעת איך לעורר את התודעה בישראל שלא באמצעות משפט הייתי בוחרת בדרך אחרת', היא אומרת. 'כי חוקים הם חלק מהמערכת המדינית הפטריארכלית, הם כוחניים ופטרונניים'. לשיטתה, הלקח הזה חורג מגבולות העניין המגדרי: בישראל שבה 'הכל שפיט' – הדיבור על ערכים ונורמות מוגבל ללשון החוק וכמעט שאינו מתקיים בזירות אחרות – קשה מאוד לקדם שינויים בתרבות. בן פורת מציעה לשמור על זירה שלישית, 'הזירה האינטימית', כהגדרתה – מחוץ לזירה הפרטית ולזירה הציבורית, מעבר ליחסים המוסדרים בחוק בין אזרח לשלטון, עובד ומעביד – זירה שבה לא תהיה דריסת רגל לחוק, וללשון האיסור הפלילי. זירה שבה נשים וגברים יהיו חופשיים לייסד מגוון של מערכות יחסים ומאזני כוח וזהויות אישיות, על פי בחירתם. לדבריה, חברה המבקשת להגן על חירות האדם וכבודו, ובכל זאת מבקשת להשפיע על הזירה האינטימית – על מגוון הזהויות, האינטראקציות, ההתנהגויות וסגנונות הדיבור – תיטיב להשתמש בכלים חברתיים ותרבותיים.

'בתחומים אחדים זה כבר נעשה', היא אומרת. 'לדוגמה, בניסיון למנוע התפשטות של מחלת האיידס, ממשלות ברחבי העולם לא בחרו לאסור בחוק על קיום יחסי מין לא בטוחים', היא אומרת. 'כדי להבטיח שאנשים יעשו סקס בטוח, משתמשים בקמפיין חינוכי. מפיצים ברבים את יתרונות הקונדום, מפיצים מידע על ההידבקות ומשקיעים משאבים במציאת תרופה. ההשפעה של זה חזקה מכל איסור פלילי'. לשיטתה, אם חברה רוצה למנוע פגיעה בכבודן של נשים באשר הן, מוטב שתשתמש באמצעים חברתיים ותרבותיים – הוקעה, חינוך מגיל רך, טיפוח מגוון רחב של סוגי נשיות וגבריות, טיפוח מיניות נשית שאינה מקושרת לחולשה. כך יוכלו נשים להשתתף בעיצוב מעמדן ובחיזוק כבודן, כפרטים וכקבוצה, בלי שיוגבלו חירותן וזהותן.

'הטרדה מינית', מדגישה הד"ר קמיר, 'היתה צריכה להיפתר בסולידריות בין נשים. כמו רוב הבעיות, הדרך הכי חזקה היא להתארגן ולהחרים, לצאת להפגנות, לפעול כקבוצה. אבל היחידים שעושים זאת בארץ בצורה אפקטיבית הם החרדים.

וזו הבעיה. אנחנו נמצאים בנקודת זמן שבה רוב הנשים בישראל עדיין לא עברו שנים של טיפול והעצמה, לא רכשו השכלה פמיניסטית, לא השיגו עצמאות כלכלית, מרוויחות 60% מגברים ושבויות במערכת של סטריאוטיפים. כשנעצים את כוחן של נשים באמצעים תרבותיים אחרים לא נידרש לחוק. עכשיו הוא חיוני מאין כמותו'.

© כל הזכויות שמורות לעיתון הארץ בע"מ.  
Copyright HA'ARETZ Daily Newspaper LTD

## פרק שביעי

# הטרדה מינית מילולית וחופש הביטוי

### היבט הדיבור של ההטרדה המינית

פרדריק שאואר

אמנם במקרים רבים הטרדה מינית נעשית בלי מילים, אך במקרים רבים יותר נעשה בהן שימוש. בין שהמילים משמשות להצעת קוויד-פרו-קוו (*quid pro quo*) המאפיינת את ההטרדה המינית הקלסית בנוסח 'אם תשכבי אתי לא יפטרו אותך' ובין שאלה קריאות גנאי או קריאות התגרות אחרות היוצרות את הסביבה העוינת הטיפוסית – חלק גדול ממה שבלא ספק נחשב להטרדה מינית בעיני החוק נעשה באמצעות מה שמכונה 'דיבור' במובנה הרגיל של המילה, במובן הלא טכני, הלא משפטי של המילה, ולא במובן של 'דיבור' בתיקון הראשון לחוקת ארצות הברית. בחמש עשרה השנים הראשונות להתפתחות דיני ההטרדה המינית קיומו של דיבור במעשה ההטרדה המינית – למעט חריגים נדירים ביותר – לא הזמין התייחסות לחופש הדיבור שבתיקון הראשון לחוקה, כשם שהדבר לא נעשה במעשים אסורים אחרים שמלווים בדיבור, כגון תיאום מחירים לא חוקי, הימורים לא חוקיים או הונאות בניירות ערך. אולם בעשור האחרון מקובל מאוד – בעיקר בשיח הפופולרי ובאמצעי התקשורת – להסתמך על התיקון הראשון בכל פעם שבמעשה שנטען שהוא הטרדה מינית מעורבות מילים או תמונות. אנו עדים היום לגיוס הרטוריקה של התיקון הראשון כדי להגן על אותה התנהגות מטרידה שעד לפני עשור איש לא היה חושב ברצינות להגן עליה באמצעות טיעונים המבוססים על התיקון הראשון. רק בעשור האחרון, ולא קודם לכן, הטרדה מינית

Frederick Schauer, 'The Speech-ing of Sexual Harassment,' in: Catharine A. MacKinnon and Reva B. Siegel (eds.), *Directions in Sexual Harassment Law*, New Haven and London: Yale University Press, 2004, pp. 347-364.

מילולית – שער אז לא נחשבה כלל ל'דיבור' במובנו בתיקון הראשון – החלה להיתפס בעיני רבים, בין כותלי בית המשפט ומחוצה להם, כמצריכה התייחסות לתיקון הראשון בדרכים חדשות שבעבר איש לא העלה אותן על דעתו.

בניסיון להסביר את השינוי שבעקבותיו הפכה באחרונה ההטרדה המינית המילולית לדיבור במובנו בתיקון הראשון, נוכל לסבור ששינוי זה איננו מייצג אלא התפתחות דוקטרינרית טבעית, שבה תוקן סוף-סוף תוקן הליקוי הדוקטרינרי שמנע מן ההטרדה המינית המילולית את ההגנת התיקון הראשון. לפי השקפה זו, החוק הולך ומשתפר במרוצת הזמן, ולא מפתיע לראות שמצב העניינים הנוכחי מתקדם בכיוון הנכון, כיוונו של התיקון הראשון. לפי השקפה זו אפשר לתלות את המצב בעבר רק בגורמים כגון בורות, נאיביות או קיומם של כוחות מזיקים של תקינות פוליטית שמנעו מהתיקון הראשון למלא את תפקידו: להגביל את היקף תחולתם של דיני ההטרדה המינית כאשר הטרדה מינית, בין בהצעת קוויד-פרוקו ובין ביצירת סביבה עוינת, מתרחשת תוך שימוש במילים – שהן 'דיבור' לא רק במובנו הרגיל בשפה, אלא גם במובנו בתיקון הראשון לחוקה.

ההשקפה שבחינה מדוקדקת של תחום ההטרדה המינית המילולית היא מתפקידו הראוי של התיקון הראשון נשענת על ההנחה שיש מלכתחילה סטנדרטים דוקטרינריים או תאורטיים ידועים ושימים המאפשרים לקבוע את היקף תחולתו של התיקון הראשון. אך מתברר שלא כך הוא. אף שברור עתה שלחלק ניכר מן ההתנהגות המילולית או הלשונית אין ולא כלום עם התיקון הראשון,<sup>1</sup> הגבול בין התבטאות שחוסה תחת התיקון הראשון להתבטאות שאיננה

1 באביב 1997 דיברתי בראשונה על נושאי מאמר זה, בקורס שלי על התיקון הראשון לחוקה בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרוורד. סטודנטית בכיתה, Laura A. Rosenbury, הגישה בסיום הקורס חיבור שנעזרתי בו רבות בכתיבת מאמר זה. כן נעזרתי בשיחות רבות שניהלתי עם Dick Fallon. Frederick Schauer, 'Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts,' 31 *Vanderbilt Law Review* 265 (1982); Frederick Schauer, 'Codifying the First Amendment: *New York v. Ferber*,' 1982 *Supreme Court Review* 285; Frederick Schauer, 'Speech and "Speech" – Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language,' 67 *Georgetown Law Journal* 899 (1979) ראו גם Catharine A. MacKinnon, *Only Words* (1993)

חוסה תחתיו נקבע על ידי ההיסטוריה, הסוציולוגיה, התרבות והפוליטיקה לא פחות משהוא נקבע על ידי דוקטרינה חוקתית נוקשה או תאוריה פילוסופית של חופש הביטוי. ברגע שנבין שהן דוקטרינה חוקתית והן תאוריה מופשטת של חופש הביטוי אינן יכולות להסביר מדוע צו איסור מכירת דברי תועבה כהגדרתם בחוק נתפס כהגבלה (לא רצויה) מראש<sup>2</sup> אך לא כן 'הצורך לקבל רשות להתבטא' הנחשב לעניין מרכזי בחוק ניירות ערך מ-1933,<sup>3</sup> או מדוע פרסום הוראות כיצר לממש חוזה רצח עשוי להוביל לדעת אחדים לידי מעורבות התיקון הראשון<sup>4</sup> אך לא כן פרסום הוראות שימוש (לרעה) במסור חשמלי,<sup>5</sup> נבין שלא נוכל להתעלם מהתפקיד שיש לפוליטיקה, לתרבות, לכלכלה ולכוחות חברתיים רבים אחרים בקביעה אילו צורות של התנהגות מילולית מצריכות את הרטוריקה ואת הסטנדרטים של התיקון הראשון ואילו מהן אינן מצריכות אותם.

המעבר מתפיסת ההטרדה המינית כנושא שעניינו שימוש לרעה בסמכות במקום העבודה לתפיסתה כנושא הנוגע לתיקון הראשון לחוקה הוא מקרה בוחן אידיאלי של הנושא, ובמאמר זה אנסה בראש ובראשונה לנתח שינוי זה ולהתחקות על עקבותיו. שכן ברגע שאנו רואים שההחלה (או האי-החלה) של התיקון הראשון איננה בעיקרה תולדה של דוקטרינה משפטית פורמלית, אנו

*Vance v. Universal Amusement Co.*, 445 U.S. 308 (1980) 2

בעקבות חקיקת סעיף 5 לחוק ניירות ערך מ-1933 נאסר על מנפיק להשתמש בחומר כתוב, לרבות פרסומות והצהרות עובדתיות אחרות, בנוגע למכירת נייר ערך אלא אם כן הוא נברק על ידי רשות ניירות ערך האמריקנית – סוכנות ממשלתית – והרשות החליטה שתוכן החומרים הוא שלם ואיננו כוזב או מטעה. בכל הקשר אחר, מנגנון כזה של בדיקת התבטאות על ידי גורם רשמי לפני שיוותר פרסומו ייחשב לאב-טיפוס של הגבלה לא רצויה מראש, אולם בהקשר של ניירות ערך, הסדרה כזאת איננה נבחנת לפי הסטנדרטים של התיקון הראשון. *Dun & Bradstreet, Inc., v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749, 762 n. 5 (1985) 3

הישום הבסיסיים בדניני ניירות ערך לבדיקה קפדנית של התיקון הראשון ראו Aleta Estreicher, 'Securities Regulation and the First Amendment,' 24 *Georgia Law Review* 223 (1990); Nicholas Wolfson, 'The First Amendment and the SEC,' 20 *Connecticut Law Review* 265 (1988) 4

*Rice v. Paladin Enterprises, Inc.*, 128 F.3d 233 (4th Cir. 1997) 4

Frederic Schauer, 'Mrs. Palsgraf and the First Amendment,' 47 *Washington and Lee Law Review* 161 (1990) 5

נמצאים בעמדה המאפשרת לנו להיטיב להבין את הכוחות החברתיים המפקחים ולכן גם שולטים בקביעת גבולות התיקון הראשון.

### המבנה של התיקון הראשון לחוקה

כמו לכל כלל משפטי, גם לתיקון הראשון יש תחום תחולה והוראות שמסדירות את מה שאמור לקרות באותו תחום. כשם שהוראות חוק ניירות ערך מ-1933 נוגעות רק למכירות מסוימות של ניירות ערך מסוימים, ולא לכל העסקאות מכל הסוגים, וכשם שתקנות המוסד לבטיחות ולגהות בעבודה חלות על עסקים אחדים ולא על אחרים, כך גם הוראות התיקון הראשון חלות רק על תחום התנהגות מוגבל ולא על כל מרחב פעילותו של האדם.

הדברים ברורים, וברורה גם העובדה שתחום התחולה של התיקון הראשון – היקף הפריסה שלו<sup>6</sup> – איננו חופף לקבוצת צורות ההתנהגות הנחשבות ל'דיבור' בשפה רגילה ולא טכנית. התיקון הראשון מתפרס על פעילויות שאינן בגדר דיבור: ריקוד, פנטומימה, מוזיקה, ציור בצבעי שמן, תהלוכות, סרטי מחאה לזרוע, הנפת דגלים, שרפת דגלים וכן הלאה. ולא זו בלבד אלא גם, וחשוב מכך, הוא איננו מתפרס על פעילויות רבות מספור שהן כן בגדר דיבור. נפתח בדוגמאות המובהקות ביותר: ההתבטאות המשמשת לניסוח חוזים, למתן אחריות, להורשת רכוש או לביצוע כל סוג אחר של עסקאות משפטיות אינה נתונה להגנה החוקתית של התיקון הראשון בשל היותה מילולית. מגוחך לחשוב שאדם יוכל להתחמק מהתחייבויותיו החוזיות משום שהמילים שבאמצעותן קיבל את ההצעה חסינות מפני חבות משפטית בזכות התיקון הראשון לחוקה, ואין תמה שלא דווח ולו על מקרה אחד שבו היה צורך לשקול את האפשרות הזאת.

6 על ההבחנה בין היקף הפריסה – השאלה הראשונית אם בחינה מדוקדקת תהיה ישימה – לבין הגנה – השאלה העוקבת אם אכן בחינה מדוקדקת כזו בוצעה בהצלחה – ראו Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982); Frederick Schauer, 'Can Rights Be Abused?' 31 *Philosophical Review* 225 (1981)

דרך אחת להגיב על כך היא לומר שבכל הדוגמאות שהובאו לעיל המילים הן פרפורמטיביות,<sup>7</sup> הן יוצרות תוצאה משפטית מעצם אמירתן – כמו חתן האומר בטקס נישואיו 'הרי את מקודשת לי' או שופט האומר 'אני דן אותך לעשר שנות מאסר' – ומשום כך אין כל קשר בינן לבין מה שהתיקון הראשון נועד להגן עליו. אבל להסכין להוצאה של התבטאויות מילוליות, אפילו פרפורמטיביות, מתחום הפריסה של התיקון הראשון פירושו להסכין להנחה הבסיסית שהתיקון הראשון איננו חל על כל סוגי השימוש במילים, הגם שבתיקון עצמו אין כל הבחנה בין ביטויים מילוליים פרפורמטיביים לביטויים אחרים. יתרה מזו, תחום ההתבטאות שהתיקון הראשון איננו חל עליו אינו מוגבל לתחום הפרפורמטיבי. ביטויים מילוליים לא פרפורמטיביים רבים נמצאים אף הם מחוץ להיקף הפריסה של התיקון הראשון, כגון תיאורים על גבי תוויות, מצגים למכירת ניירות ערך או המידע המדויק שמתחזרה נותן למתחזרה אחר על כוונתו להעלות מחירים. אכן אפילו ההוראות שבעגת התיקון הראשון אפשר לכנותן 'הגנה על עמדה' אינן נכללות ברוב המקרים בגדר התיקון הראשון. אפשר ליישם את התיקון הראשון לשמע נאום של קלרנס ברנדנבורג (Clarence Brandenburg) שבו הוא קורא לחסידיו 'לנקום' ביהודים ובאפרו-אמריקנים (לא הכינויים שברנדנבורג השתמש בהם),<sup>8</sup> אך לא כשמנהיג ארגון פשע קורא לתומכיו 'לנקום' בחברי ארגון פשע מתחזרה.<sup>9</sup> ואמנם התיקון הראשון איננו חל על כל ביטויי ההגנה על עמדות פוליטיות. כאשר מטעמים פוליטיים או אידאולוגיים מובהקים קרא טום מצגר (Tom Metzger) לתומכיו בקבוצת המחותרת הנאו-נאצית (White Aryan Resistance) לבצע פעולות של אלימות גזענית,<sup>10</sup> או כאשר נקראו אנשים

7 J. L. Austin, *How to Do Things with Words* (J. O. Urmson and ראו  
Mariniv Sbisà eds., 1962); J. L. Austin, 'Performative Utterances,' in  
*Philosophical Papers* 233, 233-252 (3d ed. 1979)

8 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969) (per curiam)

9 בלא ספק הניסיון הטוב ביותר להתמודד עם נושאים אלה של גבולות הכיסוי של  
התיקון הראשון הוא של R. Kent Greenawalt, *Speech, Crime, and the Uses*  
R. Kent Greenawalt, 'Speech מוקדמת יותר היא *of Language* (1989)  
and Crime,' 1980 *American Bar Foundation Research Journal* 645 (1980)

10 *Berhanu v. Metzger*, 850 P.2d 373 (Or. Ct. App. 1993). לתיאור העובדות  
Multnomah County Circuit Court (Portland, כפי שהוצגו ב-

בראשונה לפוצץ את מרכז הסחר העולמי בניו יורק,<sup>11</sup> תגובת בית המשפט לא הייתה שמקרים אלה של הגנה על עמדה עמדו במבחן הסכנה הברורה והמידית שנקבע בעניין *Brendenburg v. Ohio* [הכוונה למבחן הסכנה הברורה והמידית להפרת הסדר הציבורי, החל על ביטויים שמוגנים על ידי התיקון הראשון (הערת העורכת)], אלא שהלכת *Brandenburg* וכל יתר המנגנון של התיקון הראשון לא יחולו כלל.

האמירה האחרונה הזו היא למעשה לב העניין. עניין אחד הוא לומר שהתיקון הראשון חל, אך המקרה עומד בסטנדרטים הגבוהים הנדרשים. זה מסביר מה קורה כשפקיד ציבור או דמות ציבורית מקיימים את התנאים להגשת תביעה בגין זדון ממשי, העונה על הסטנדרטים הגבוהים מאוד של הלכת *New York Times Co. v. Sullivan*,<sup>12</sup> וזה מה שקורה כאשר – במקרים נדירים עוד יותר – הסתה לפעולה לא חוקית היא מפורשת כל כך ומאופיינת כסכנה ברורה ומידית כל כך, שהיא עומדת אפילו בסטנדרטים של הלכת *Brandenburg*. לעומת זאת בכל המקרים שהזכרתי החלת התיקון הראשון נדחתה במפורש או במשתמע, כך שהיכולת להסדיר מבחינה משפטית את הפעולה המילולית כלל אינה נבחנת בסטנדרטים של התיקון הראשון. בהרבה מאוד סוגים של התנהגות המתבטאת במילים, בלשון ובתמונות התיקון הראשון פשוט איננו חלק מהתמונה. אמנם מבקרי ההצעות להגביל במידת מה פעולות לשוניות נוהגים להתלונן על כך שאין להרשות לקבוע חריגים לתיקון הראשון, אך האמת היא שהתיקון הראשון בעצמו הוא חריג, גם אם חיוני, לעיקרון שלפיו התנהגות לשונית – דיבור במוכנו הרגיל בשפה – נתונה לפיקוח לפי הסטנדרטים החלים על כל התנהגות אחרת.<sup>13</sup> על כן עיקרון מרכזי במבנהו של התיקון הראשון הוא שהשאלה הראשונית

---

Oregon) בשנת 1990 ראו *National Law Journal*, November 5, 1990; שם, 26 בספטמבר 1994.

11 ראו *United States v. Salameh*, 152 F.3d 88 (2d Cir. 1998)

12 376 U.S. 254 (1964) [מדובר בדרישת הוכחה של זדון ממשי מצד איש הציבור בנוגע לפרסום שגוי, כוונה שקשה מאוד להוכיחה, ולכן הדרישה מצמצמת את האחריות בגין הפרסום השגוי ומגנה על חופש הדיבור (הערת העורכת)].

13 ראו Frederick Schauer and Richard Pildes, 'Electoral Exceptionalism and the First Amendment,' 77 *Texas Law Review* 1803 (1999)



שעלינו לשאול היא אם התיקון הראשון והכללים, הסטנדרטים, המבחנים, הגורמים, התאוריות, העיקרים, המטפורות והשיקולים שלו בכלל חלים, ושזוהי שאלה נפרדת ובלתי תלויה בשאלה אם ההתנהגות הנדונה היא מה שאדם מהרחוב היה רואה כ'דיבור'.

אף על פי שצריך להיות מובן מאליו שחיפוש נוכחותם של מילים, תמונות וסמלים לא יסייע בהתוויית הגבולות של התיקון הראשון, ממש לא ברור מה כן יסייע בכך. כצעד ראשון נוכל לומר שהיקף הפריסה של התיקון הראשון נקבע בהתאם לתכליתו, אך התכליות הרבות שהוצבו – לסייע בגילוי האמת, לעודד חילוקי דעות, לחשוף ניצול לרעה של כוח, להקל על קיומו של דיון דמוקרטי, לאפשר ביטוי עצמי של הפרט ועוד<sup>14</sup> – מנוגדות למדי זו לזו, ועל כן הניסיונות להסביר באמצעותן את היקף הפריסה של התיקון הראשון יצרו תוצר שנוי במחלוקת. אינני טוען שהדברים לא היו יכולים להיות אחרת או שקיומם של חילוקי דעות מצביע בבירור על כך שפשוט אין תכלית. קיום חילוקי הדעות מוכיח רק את ההנחה שבמרכז מאמר זה – שהתיקון הראשון איננו כולל בתוכו עיקרון דוקטרינרי שבעזרתו נוכל לקבוע אילו מקרים הם מענייניו של התיקון הראשון ואילו מקרים אינם מענייניו. ובהיעדר עיקרון דוקטרינרי מוסכם כזה, ההחלטה בדבר התחולה או האי-תחולה על אופני התנהגות שונים אינה עניין דוקטרינרי, אלא פרי השפעה הדדית מורכבת בין כוחות היסטוריים, פוליטיים, תרבותיים וכלכליים. כפי שמומחש בדוגמאות שהובאו לעיל לחריגים השונים לתחולת התיקון הראשון לחוקה, ההחלטה מדוע התיקון הראשון חל על חלק מההגבלות הנקבעות מראש ולא על אחרות, מדוע חלק מהתבטאויות ההגנה על העמדה התומכת בפעולות לא חוקיות מפעילות את מבחן הלכת *Brandenburg* ואחרות אינן מפעילות אותו, ומדוע חלק מהפגיעות שנגרמו עקב דיבור מזכות בעילת תביעה אזרחית ואחרות אינן מזכות בה, היא בבירור ברובה החלטה חברתית בטיבה, ולא דווקא דוקטרינרית (גם אם לא היה זה הכרחי שכך יהיה). ההתוויה של גבולות התיקון הראשון אולי איננה עניין פוליטי בלבד, אך היא רחוקה מלהיות עניין של היגיון או של עיקרון משפטי.

14 לסקירה ולניתוח ביקורתי של צידוקי חופש הדיבור המסורתיים ראו Schauer, *Free Speech*, לעיל הערה 6.

## הטרדה מינית כהתנהגות מילולית שאינה נכללת בהיקף הפריסה

לנוכח ההכרה בעולם עצום הממדים של התבטאויות החורגות מתחום הפריסה של התיקון הראשון, לא פלא שנוכחותן של מילים לא הייתה מספקת כדי לעודד אדם לטעון שעל המילים שהן חלק מהטרדה מינית שגרתית מסוג קוויד-פרו-קוו תחול הגנת התיקון הראשון. אמנם מעסיק המבטיח קידום תמורת מין או מרצה המציע ציון גבוה יותר תמורת מין מבטאים את ההצעה שלהם במילים, אך מכאן ועד הטענה שדיבור זה שייך לסוג ההתבטאויות שסביר שהתיקון הראשון יחול עליהן יש עוד מרחק רב. בין מפאת החשש מסנקציה שתוטל לפי חוק 11 (Rule Eleven) עקב הגשת תביעה לא מבוססת ובין מפאת החשש הפשוט מאי-אמון מצד בית המשפט, עדיין לא קם האדם שהטריד מינית בהצעה מילולית של קוויד-פרו-קוו וההיין לטעון שהמילים שהשתמש בהן נהנות מהגנת התיקון הראשון.

כך החלה גם התפתחות טענת ההטרדה המינית באמצעות יצירת סביבה עוינת. כשפרסמה בראשונה נציבות שוויון ההזדמנויות בתעסוקה (EEOC) את תקנות הסביבה העוינת ב-1980, וכשאימץ בראשונה בית המשפט העליון את המושג 'הטרדה מינית באמצעות סביבה עוינת' ב-1986 בעניין *Meritor* *Savings Bank v. Vinson*,<sup>15</sup> איש לא העלה על דעתו שהתיקון הראשון רלוונטי לכך בדרך כלשהי, אף שברוב המכריע של מקרי הסביבה העוינת יש למילים ולתמונות חלק נכבד בנסיבות היוצרות את הסביבה העוינת. אמנם יש מקרים רבים שבהם הסביבה העוינת נוצרת אך ורק בעקבות צביטה, ליטוף או מגע גופני לא רצוי אחר, אולם מניתוח סוגי האירועים המביאים לידי תביעות בגין סביבה עוינת עולה שברובם הסביבה העוינת נוצרת בעקבות השמעת עלבונות, בדיחות, התגרירות, הערות וצורות אחרות של הטרדה שהיא בלא ספק מילולית. אף שההתנהגות המילולית הזו היא דיבור במובנו הרגיל, נראה שבמהלך שנות השמונים שררה הבנה רחבה כי התיקון הראשון איננו רלוונטי לכך, וכי אין להתייחס ברצינות לטענת הגנה של מטריד או של מעסיקו המתבססת על התיקון הראשון. העובדה שבמהלך השימוע בעניין מינויו של השופט קלרנס ת'ומס

15 477 U.S. 59 (1986)

(Clarence Thomas), ובעת שאישר הסנט את המינוי, איש לא העז להעלות את הטענה שהתנהגותו לכאורה לא הייתה אלא מימוש זכויותיו על פי התיקון הראשון מצביעה על כך שבמהלך שנות השמונים הקשר בין הטרדה מינית לבין חופש הדיבור נתפס כמו הקשר בין ספחת לתיקון החמישי: כל אחד מהם חשוב בפני עצמו, אך אין כל קשר בין השניים. כמו בעניין *Meritor* עצמו, ברוב המקרים התיקון הראשון לא הוזכר כלל אף שחלק מההתנהגות היה מילולי.<sup>16</sup> במקרים הנדירים שבהם ניסו להסתמך על התיקון הראשון כטענת הגנה בתביעות של סביבה עוינת, הטענה נדחתה על הסף.<sup>17</sup>

### היבט הדיבור של ההטרדה המינית

ארבע עשרה שנה לאחר עניין *Meritor* המצב נראה שונה בתכלית. בתביעות כגין יצירת סביבה עוינת משתמשים היום בטענות הגנה המסתמכות על התיקון הראשון באופן שגרתי, ועצם הרעיון של הטרדה מינית באמצעות סביבה עוינת נחשב – גם אם לעתים רחוקות יותר בבתי המשפט, אזי לעתים קרובות אצל פרשנים ומלומדים – כהפרת הזכויות על פי התיקון הראשון של מנהלים ועובדים שהתנהגותם, במילים או בתמונות, יצרה את הסביבה העוינת.<sup>18</sup> שוב ושוב תלונות

16 ראו גם *Price, Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1988). בערכאות נמוכות יותר הרוגמאות כוללות את *Tunis v. Corning Glass Works*, 747 F. Supp. 951, 955, 959 (W.D.N.Y. 1988); *Snall v. Suffolk County*, 611 F. Supp. 521, 531-32 (E.D.N.Y. 1985)

17 ראו למשל *Jew v. University of Iowa*, 749 F. Supp. 946 (S.D. Iowa 1990); *EEOC v. Sage Realty Co.*, 507 F. Supp. 599, 610 (S.D.N.Y. 1981); *Gilbert v. Board of Police and Fire Commissioners of Madison*, 384 N.W. 2d 366 (Wis. Ct. App. 1986)

18 ראו למשל Jeffrey Rosen, *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America* 107-127 (2000); Nadine Strossen, 'Regulating Workplace Sexual Harassment and Upholding the First Amendment – Avoiding a Collision,' 37 *Villanova Law Review* 757 (1992)

על סביבה עוינת המבוססות על מה שנאמר לנשים או על נשים במקום העבודה נתקלות בתגובה שמה שנאמר לנשים או על נשים במקום העבודה הוא ביטוי של השקפה פוליטית או אידאולוגית, ולכן הוא חלק מהחירויות המוגנות באמצעות התיקון הראשון ובאמצעות המושג הרחב יותר של חופש הביטוי.<sup>19</sup>

אם נחפש את נקודת המפנה – מהתפיסה שאין ולא כלום בין חופש הדיבור להטרדה מינית מילולית לתפיסה הגורסת שדיני ההטרדה המינית מסכנים את התיקון הראשון – מקום טוב להתחיל בו יהיה עניין *Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc.*<sup>20</sup> במקרה זה הסביבה העוינת שבה עבדה לואיס רובינסון (Lois Robinson) כרתכת כללה 'תמונות של נשים בעירום מלא או חלקי שהיו פזורות במקום העבודה בדמות כתבי עת, פוסטרים תלויים על הקיר ותצלומים שנתלשו מכתבי עת'.<sup>21</sup> הנתבעת בעניין *Robinson* העלתה במפורש טענות הגנה המבוססות על התיקון הראשון, בית המשפט התייחס לטענות אלה ברצינות מספקת כדי לדון בהן באריכות בחוות דעתו,<sup>22</sup> ואחרי ויכוח מר בסניף שלו בפלורידה האיגוד האמריקני לחירויות האזרח (ACLU) הגיש כידיד בית המשפט חוות דעת בהשראת התיקון הראשון, נגד תביעת רובינסון ובתמיכה במעביד.<sup>23</sup> יתרה מזו, עניין *Robinson* עמד במרכזם של כמה מאמרים שהתפרסמו בכתבי עת משפטיים זמן קצר לאחר מכן, שבכולם ההתייחסות לטיעוני התיקון הראשון הייתה רצינית יותר מזו של השופט שדן במקרה, ובכולם נטען שבדרך כלל, ולא

19 משום שבמובן הדוקטרינרי התיקון הראשון דורש פעולה מצד המדינה, אין לו היקף תחולה בלתי מוגבל, אך במקרים רבים שבהם התיקון הראשון אינו ישים בהם כעניין דוקטרינרי, נהוג להשתמש בארצות הברית במונח 'התיקון הראשון' כדי לציין שלדעת המשתמשים בו מדובר בהגבלת חופש הדיבור גם אם ההגבלה איננה בת תביעה.

20 760 F. Supp. 1486 (M.D. Fla. 1991)

21 שם, עמ' 1493.

22 שם, עמ' 1536-1539.

23 על עניין *Robinson* כקו פרשת המים לתחילת השימוש בטיעוני הגנה מכוח התיקון הראשון בתביעות עקב סביבה עוינת ראו Judith Resnik, 'Changing the Topic,' 8 *Cardozo Studies in Law and Literature* 339 (1996)

רק בעניין *Robinson*, תביעות בגין סביבה עוינת תוקפות במישרין את התיקון הראשון.<sup>24</sup>

אבל זיהוי עניין *Robinson* כנקודת המפנה הוא רק תחילתו של הסיפור. עניין *Robinson* היה בלא ספק חשוב, אולם גם חשוב להבין מדוע הפך עניין *Robinson* למקרה שגרם לאיגוד האמריקני לחירויות האזרח לפעול, לשופט לדון ברצינות בטענות הגנה שהתבססו על התיקון הראשון (גם אם בסופו של דבר לא קיבל אותו) ולפרשנים רבים להגיב.

כדי לענות על שאלה זו נוכל להיעזר במקרים שקדמו לעניין *Robinson*, ואם נבחן מקרים אלה, נבחין בניצנים הראשונים של ההתייחסות לתיקון הראשון במקרים של סביבה עוינת – מקרים שבהם הסביבה העוינת נוצרה בין השאר בגלל פריט שבהקשר אחר היה נחשב לראוי להגנת התיקון הראשון. בין שזה אסיר שטען שהתגרותו באחד הסוהרים באמצעות שיר בעל תוכן מיני מפורש נהנית מהגנת התיקון הראשון משום שאמצעי ההתגרות הוא שיר,<sup>25</sup> ובין שזו שורה של מקרים שבהם תמונות וכתבי עת היו במרכז התרחיש של ההטרדה

24 Kingsley R. Browne, 'Title VII as Censorship: Hostile-Environment Harassment and the First Amendment,' 52 *Ohio State Law Journal* 481 (1991); Wayne Lindsey Robbins, Jr., 'When Two Liberal Values Collide in an Era of "Political Correctness": First Amendment Protection as a Check on Speech-Based Title VII Hostile Environment Claims,' 47 *Baylor Law Review* 789 (1995); Eugene Volokh, 'How Harassment Law Restricts Free Speech,' 47 *Rutgers Law Review* 563 (1995); Eugene Volokh, 'Freedom of Speech and Workplace Harassment,' 39 *UCLA Law Review* 1791 (1992). לפחות שופט פרדלי חשוב אחד תהה מדוע נדרש זמן רב כל כך כדי להכיר בהשפעות התיקון הראשון על פעולות היוצרות סביבה עוינת. 982 *United States v. X-Citement Video, Inc.*, 982 F.2d 1285, 1296 n.7 (9<sup>th</sup> Cir. 1992). (כנגד דעתו החולקת של J. Kozinski). להצעה מוקדמת יותר, שזכתה להתעלמות, בנושא הרלוונטיות של התיקון הראשון במגוון מקרים של סביבה עוינת ראו John B. Attanasio, 'Equal Justice Under Chaos: The Developing Law of Sexual Harassment,' 51 *University of Cincinnati Law Review* 1, 21-23 (1982).

25 *Gomes v. Fair*, 738 F.2d 517 (1<sup>st</sup> Cir. 1984)

המינית,<sup>26</sup> אין זה בלתי סביר להניח שהתמריץ לעירוב התיקון הראשון היה פריט שמעצם טיבו נחשב למעורר את קו החשיבה של התיקון הראשון. אם אלה הם פני הדברים, ברור במה מתבלט עניין *Robinson*. במקרה זה היו אלה מילים ותמונות שיצרו את הסביבה העוינת שבה נאלצה לואיס רובינסון לעבוד, ולא זו בלבד אלא שחלק מאותן תמונות היו תמונות עירום מעמוד האמצע של כתב העת 'פלייבוי' ושל כתבי עת אחרים. ואם יש משהו שמעורר תגובה רפלקסיבית של מעורבות התיקון הראשון, הרי זהו כתב העת 'פלייבוי'. אולי זו הגזמה להציע שהתיקון הראשון יועלה כטענת הגנה מצד נהג משאית שהוביל עותקים של כתב העת 'פלייבוי' וגרם ברשלנותו לתאונה או במקרה של תקיפה שהתבצעה באמצעות עותק מגולגל של 'פלייבוי' – אך זו איננה הגזמה פרועה. אנו מבחינים באותה תופעה בגרסה שונה שלה גם במקרים אחרים של תביעות בגין סביבה עוינת. כיוון שבתי ספר, מכללות ואוניברסיטאות נחשבים מאז ומעולם למעוז מיוחד של התיקון הראשון, וכיוון שטענות בדבר חירות אקדמית בהשראת התיקון הראשון משמשות תכופות להגנה אף שאלמלא כן היו תרופות משפטיות מוחללות בלא סייג נגד מוסדות אלה,<sup>27</sup> לא מפתיע שבתביעות שגרתיות עקב סביבה עוינת – המתעוררות בהקשר של מוסד חינוכי – הגנות המתבססות על התיקון הראשון, שלא היו נשקלות ברצינות בשום מצב אחר, נשקלות ברצינות רבה.<sup>28</sup> לפיכך כאשר סטודנטים או חברי סגל מעורבים בהתנהגות מילולית שלא הייתה מעוררת את טיעוני התיקון הראשון בכל מקום עבודה אחר, התנהגותם נתפסת כמעוררת אותם טיעוני התיקון הראשון כשזירת ההתרחשות היא בית ספר, מכללה או אוניברסיטה.<sup>29</sup> לפיכך זירה של התיקון הראשון כגון בית ספר,

- Andrews v. City of Philadelphia*, 895 F.2d 1469, 1482, 1485 (3d Cir. 26  
1990); *Rabidue v. Osceola Refining Co.*, 584 F. Supp. 419, 433 (E.D.  
Mich. 1984), *affirmed*, 805 F.2d 611 (6<sup>th</sup> Cir. 1986); *Arnold v. City of*  
*Seminole*, 614 F. Supp. 853, 858 (E.D. Okla. 1985)
- ראו למשל *University of Pennsylvania v. EEOC*, 493 U.S. 182 (1990) 27
- ראו ככלל *Mary Gray*, 'Academic Freedom and Nondiscrimination: 28  
Enemies or Allies?' 66 *Texas Law Review* 1591, 1594 (1988)
- ראו *Korf v. Ball State University*, 726 F.2d 1222 (7<sup>th</sup> Cir. 1984); *Doe v.* 29  
*University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989); *Fraser v.*  
*Bethel School District No. 403*, 755 F.2d 1356, 1370 (9<sup>th</sup> Cir. 1985)

מכללה או אוניברסיטה – בדיוק כמו 'פריט' של התיקון הראשון כגון 'פלייבוי' – מעוררת טיעונים ורטוריקה של התיקון הראשון בתרחיש הנתפס בכל הקשר אחר כלא קשור לתיקון הראשון.

אולם אינני טוען שמעלים את טיעון התיקון הראשון כשנראה שמאפיינים מסוימים של זירת ההתרחשות – על בסיס אסוציאציות היסטוריות – הופכים אותו לרלוונטי. זה נכון ואף מעניין במידת מה, אך חשוב הרבה פחות מההשלכות של האסוציאציה. משיצרו פריטי התיקון הראשון וזירות התיקון הראשון את הקשר בין דיני ההטרדה המינית בסביבה עוינת לבין התיקון הראשון, הקשר הזה נשמר גם בנסיבות שאין בהן לא פריט של התיקון הראשון ולא זירה של התיקון הראשון. לפני שעניין *Robinson* ומקרים אחרים שבהם פריטים וזירות של התיקון הראשון העלו את הרעיון שהטרדה מינית בסביבה עוינת היא נושא שיש להידרש אליו במסגרת התיקון הראשון, הטיעון לא הועלה במפורש. אולם מאז עניין *Robinson* אנו עדים להעלאת טענות הגנה המבוססות על התיקון הראשון – והן נשקלות ברצינות – אפילו כשאינן מדוברות לא בפריט ולא בזירה של התיקון הראשון.<sup>30</sup> הנקודה ההיסטורית החשובה היא שהקישור לתיקון הראשון – שהתעורר בהקשרים שהיה בהם מאפיין כלשהו של התיקון הראשון – גלשו להקשרים שבהם אין כל מאפיין מוכר. בעקבות זאת מצבים שלא היו מעוררים כל עניין של התיקון הראשון לפני עשור או יותר, נתפסים כיום – למעשה בראשונה – כמעוררים את סוגיות התיקון הראשון וכמצדיקים את הגנותיו.

אין בכך כדי לסתור את הנקודה שהעלתה ג'ודית רזניק (Judith Resnik), שהעתקת זירת הוויכוח מהטרדה מינית אל התיקון הראשון משרתת מטרת אסטרטגיות ופוליטיות של מי שאינם חשים בנוח עם מהותם של דיני ההטרדה המינית ושמהים את המקום הייחודי שתופסת הרטוריקה של התיקון הראשון בפוליטיקה האמריקנית, המאפשרת לתביעות לחופש דיבור לגבור על תביעות

30 ראו למשל *DeAngelis v. El Paso Municipal Police Officers Association*, 51 F.3d 591 (5<sup>th</sup> Cir. 1995); *Black v. City of Auburn*, 857 F. Supp. 1540, 1549 (M.D. Ala. 1994); *Jenson v. Eveleth Taconite Co.*, 824 F. Supp. 847, 884 n.89 (D. Minn. 1993)

לשוויון כשהשתיים מתנגשות או כשנדמה שהן מתנגשות.<sup>31</sup> עם זאת שינוי הנושא יראה סביר רק כשיש לתיקון הראשון 'וו' להיתלות בו – הגם ששילוב הרצון לשנות את הנושא בקיומו של וו שהתיקון הראשון יכול להיתלות בו יגרום לעתים קרובות, כפי שניסיתי להראות, לשינוי אפקטיבי של הנושא גם בהיעדרו של וו כזה.

### עניין *Harris v. Forklift Systems* וכוחה של שתיקה

אחרי שנשלף מהכובע השפן של התיקון הראשון במקרי תביעה עקב סביבה עוינת, לא בנקל אפשר יהיה להחזירו. אמנם נראה שאין קשר בין התיקון הראשון לבין מקרים רגילים של סביבה עוינת שמקורה בהשמצות על בסיס מין, בקריאות גנאי, בבדיחות גסות, בהערות מרומזות ובתליית פוסטרים בעלי אופי מיני מפורש, כשם שאין קשר בינו לבין הימור מילולי, תיאום מחירים, מכירת ניירות ערך או כריתת חוזה, אך בפועל האסוציאציה בין מילות הסביבה העוינת לבין התיקון הראשון קנתה לה שביתה, בשיח הציבורי אף יותר מבכתי המשפט. משקנתה לה שביתה, לא קל לעקור אותה ממקומה גם אם, כאמור, אף אחת מהתכליות הסבירות של התיקון הראשון איננה רלוונטית.<sup>32</sup>

31 Resnik, לעיל הערה 23. על הקדימות הסוציולוגית של תביעות לחופש הדיבור לעומת תביעות לשוויון בחלק גדול מן התרבות המשפטית והפוליטית האמריקנית ראו Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified* (1987); Frederick Schauer, 'The Ontology of Censorship,' in *Censorship and Silencing: Practices of Cultural Regulation* 147-168 (Robert Post ed., 1998); Charles R. Lawrence III, 'If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus,' 1990 *Duke Law Journal* 431; Mari J. Matsuda, 'Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story,' 87 *Michigan Law Review* 2320 (1989)

32 אין בכך כדי להכחיש שהשמצות מעליבות במקום העבודה, למשל, מגלמות השקפה פוליטית, תרבותית ואידאולוגית. אולם כך גם הצעת קויד-פרוקו, צביטה, מישוש וכל צורה אחרת של מגע לא רצוי במקום העבודה. ההבנה שההבחנה בין תחולה של התיקון הראשון לבין היעדרה אינה מעוררת ואינה יכולה לעורר את ההבחנה



הבנת השיקולים הפוליטיים שבהבלטת היבט הדיבור בהטרדה המינית ממחישה כמה קשה יהיה להשיב את התהליך לאחור. עם זאת ייתכן מאוד שהחלטת בית המשפט העליון בעניין *Harris v. Forklift Systems, Inc.*<sup>33</sup> סכרה את השיטפון, ואף בדרכים לא צפויות. במובן זה מה שחשוב בעניין *Harris* הוא מה שבית המשפט העליון לא אמר, כלומר מה שאמר בכך שלא אמר דבר.

בעניין *Harris*, כמו ברוב התביעות עקב סביבה עוינת,<sup>34</sup> ההתנהגות הפוגענית הייתה ברובה מילולית ולכן לשונית, כלומר התבטאה בדיבור. ולנוכח התופעה שתיארתי לעיל, והסמיכות בין ההחלטה בעניין *Robinson* לבין הגשת כתבי הטענות ושלב הטיעונים בעל פה בעניין *Harris*, אין להתפלא שהנתבעים העלו את התיקון הראשון כטענת הגנה בכתב הטענות שלהם<sup>35</sup> ושהתובעת הגיבה על טענת הגנה זו בכתב הטענות שלה.<sup>36</sup> אף על פי שהתיקון הראשון הונח בבירור על שולחן הדיונים, אף אחד מהשופטים לא הזכיר את התיקון הראשון בדיון בעל פה. אולם חשובה הרבה יותר היא העובדה שבית המשפט לא הזכיר ולו במילה את התיקון הראשון בפסק דינו התומך בתביעתה של *Harris*. הנתבע חשב אולי שהתיקון הראשון רלוונטי, אך ברור שבית המשפט העליון לא חשב כך חרף העובדה שההתנהגות המטרידה התבטאה בעיקר במילים.

יהיה אולי מי שיטען שבית המשפט העליון היה יכול לצאת בהצהרה משמעותית יותר או להציע ניתוח טוב יותר, לו דן בטענת התיקון הראשון

---

בין התנהגות מילולית להתנהגות לא מילולית במובן הרגיל של המילה, ממחישה כי העובדה שהכינוי 'כלבה', הנזרק שוב ושוב לעבר עמיתה לעבודה, מגלם השקפת עולם איננה הופכת דיבור זה לנושא של התיקון הראשון, כשם שהיא אינה הופכת את המישוש של אותה עמיתה לעבודה לנושא של התיקון הראשון משום שהוא מגלם אותה השקפת עולם.

33 510 U.S. 17 (1993)

34 *Franklin v. Gwinnett County Public Schools*, 503 U.S. 17 (1992) נוספת ראו

35 *Harris v. Forklift Systems, Inc.* 510 U.S. 17 (1993) (No. 92-1168), 33-31 עיקרי הטענות מטעם המשיב,

36 *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17 (1993) (No. 92-1168), 10-11 עיקרי הטענות מטעם העותרת בתגובה על טיעוני המשיב,

בפסק דינו,<sup>37</sup> אולם יש דעה אחרת שניתן לטעון כי היא טובה יותר. כידוע לנו מההתנהלות היום-יומית שלנו, לעתים קרובות הרבה יותר מעליב כשמתעלמים מאתנו מכשמתווכחים אתנו. יש הרבה יותר פגיעה וזלזול ב'נפנוף' – אם להשתמש בלשון המדוברת – משיש בהתייחסות, גם אם מי שמתייחס אלינו עושה כן רק כדי שלא להסכים עמנו. ואם זה כך בחיי היום-יום, ייתכן שזה כך גם בהירדיינות המשפטית. לכן דרך אחת להבין את פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין *Harris*, ולהבין את ההתעלמות המוחלטת מטיעוני התיקון הראשון שהועלו, היא לראות בו ניסיון של בית המשפט להציג גישה מבטלת כלפי טיעוני התיקון הראשון במקרים שבהם הקשר לעניינים שהוא נועד להגן עליהם קלוש ודחוק כמו בעניין *Harris*. במובן חשוב 'נפנוף' בית המשפט העליון את טיעוני התיקון הראשון של הנתבע, והוא עשה כן באמירה החזקה ביותר שהיה יכול לבטא, והיא שטיעוני התיקון הראשון של הנתבע היו טריוויאליים כל כך, שלא ראוי אפילו להזכירם בפרסום הרשמי של פסקי הדין של בית המשפט העליון. בית המשפט התכוון, כך אפשר לטעון, לעלוב בטיעוני התיקון הראשון של הנתבע, ובשתיקתו כלפי אותם טיעונים השמיע בית המשפט את העלבון בצורה הרועמת ביותר.<sup>38</sup>

אולי מוקדם מדי לדעת אם העלבון ישיג את מטרתו. אולם אף שהפרשנות הציבורית ממשיכה לקשר את התיקון הראשון להחלה של דיני ההטרדה המינית בסביבה עוינת, ואף שחלק מהפרשנים חושבים שבהכרה בסביבה העוינת יש משום איום על התיקון הראשון,<sup>39</sup> ראוי וחשוב לציין שנראה שהמגמה שהורגשה בבתי המשפט לסיפוח דיני ההטרדה המינית בסביבה עוינת לתיקון הראשון – ואולי גם לסיפוחם של היבטים אחרים של דיני ההטרדה המינית המילולית

Richard H. Fallon, Jr., 'Sexual Harassment, Content Neutrality, and the 37

First Amendment Dog That Didn't Bark,' 1994 *Supreme Court Review* I

אם המסר היה מרומז מכדי שיובן, ישנה גם הצהרת בית המשפט משנה קודמת שבה 38

נאמר שאין לראות בהחלטתו בעניין *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377

(1992) הגבלה בהחלת דיני ההטרדה המינית. שם, עמ' 389-390.

ראו מובאה מדברי הרשויות, לעיל בהערה 24, ובפרט את תרומתו של Eugene 39

.Volkh

בסופו של דבר – הולכת ומתמתנת, ולא מן הנמנע שהגישה המבטלת של בית המשפט העליון בעניין *Harris* תרמה רבות להתמתנות זו. אכן, הגם שפרשנים ממשיכים להביע דאגה לחופש הביטוי בהקשרי סביבה עוינת, בתי המשפט מתמידים בגישתם המבטלת כלפי חששות אלה, בדומה לגישתו של בית המשפט העליון בעניין *Harris*.<sup>40</sup>

כמובן, העובדה שבית המשפט העליון דחה נחרצות את טיעוני התיקון הראשון בעניין *Harris*, אין פירושה שהוא עשה את הדבר הנכון. אפשרות אחת, שהועלתה באופן הבולט ביותר בכתבי סינת'יה אסטלונד (*Cynthia Estlund*),<sup>41</sup> היא שעבור רוב האנשים מקום העבודה הוא מקום חשוב – אולי החשוב ביותר – לניהול שיח חברתי, תרבותי, אידאולוגי ופוליטי, שיח שנמצא בבסיס הדמוקרטיה ובבסיס הטיעונים המשכנעים ביותר למען חופש הביטוי. לדעת אסטלונד ואחרים, ההוצאה המסורתית של מקום העבודה מתחום הפריסה של נורמות התיקון הראשון מבטאת הערכה לא נכונה של תפקידו של הדיבור במקום העבודה בעולם השיח. מנקודת ראות זו, עניין *Harris* אך ורק מחזק את דחיקת מקום העבודה לשוליים של מה שנתפס בעינינו כחופש הביטוי, מחזק את תפיסת 'חדר האורחים' של התיקון הראשון, שלפיה אמירות חשובות מובעות בסביבה אקדמית ואינטלקטואלית מובהקת, ומוציא מכלל התיקון הראשון את מה שהוא אולי הפורום הציבורי החשוב ביותר לאדם הפשוט. אולם חשוב להגדיר כראוי את המטרה של אסטלונד. אם הטענה שלה היא נגד מי שהיו מוציאים את מקום העבודה בכללותו מתחום דוקטרינת

40 לחילופי דברים בשלב מאוחר יותר, אחרי עניין *Harris*, ראו Suzanne Sangree, 'Title VII Prohibitions Against Hostile Environment Sexual Harassment and the First Amendment: No Collision in Sight,' 47 *Rutgers Law Review* 461 (1995); Kingsley R. Browne, 'Workplace Censorship: A Response to Professor Sangree,' 47 *Rutgers Law Review* 579 (1995); Suzanne Sangree, 'A Reply to Professors Volokh and Browne,' 47 *Rutgers Law Review* 595 (1995)

41 ראו Cynthia Estlund, 'Freedom of Expression in the Workplace and the Problem of Discriminatory Harassment,' 75 *Texas Law Review* 687 (1997)

חופש הביטוי,<sup>42</sup> הביקורת שלה אכן במקומה, שכן גם טיעוניה התאורטיים וגם הדוקטרינה הקיימת מערערים על ההשקפה שאין למקום העבודה ולא כלום עם חופש הביטוי.<sup>43</sup> העמדה שסביבות עבודה עוינות שנוצרו באמצעות הטרדה מילולית נמצאות לגמרי מחוץ להיקף הפריסה של התיקון הראשון היא, כפי שקבע בית המשפט העליון בעניין *Harris*, עמדה סבירה, אולם היא סבירה לא משום שמקום העבודה כשלעצמו נמצא כולו מחוץ לגדרי התיקון הראשון. לפיכך אם צדק בית המשפט העליון בעניין *Harris*, הרי שחסר דבר מה נוסף בטיעון. הדבר החסר נראה כשילוב בין שני גורמים: ראשית, אנו נתקלים פחות ופחות במצב שבו דוקטרינת התיקון הראשון איננה רגישה להבדלים בין המסגרות המוסדיות שבהן התקשורת מתקיימת. אמנם היבט חשוב של התיקון הראשון אכן מתעלם במכוון מההבדלים בין המסגרות המוסדיות לאור הגישה מבוססת הכללים המובנית בתיקון הראשון,<sup>44</sup> אך אנו נתקלים יותר ויותר במקרים שבהם דוקטרינת התיקון הראשון הפכה במידת מה למותאמת לייחודו של כל מוסד, והיא מחילה על חלק מהמוסדות עקרונית, קטגוריות, דוקטרינות, גישות וכללים שונים מאלה שהיא מחילה על מוסדות אחרים.<sup>45</sup> העמדה שיש תיקון ראשון אחד שהביקורות הכלליות שלו חלות באותה דרך ובאותה עוצמה על המרחב הציבורי, על בתי ספר, על מערכות בחירות, על החלטות מימון ועל זירות רבות אחרות, חדלה להיות עמדה בת קיימא. אם כך, יהיה זה פשטני מדי

- 42 Rodney Smolla, 'Rethinking First Amendment Assumptions About Racist and Sexist Speech,' 47 *Washington and Lee Law Review* 171, Robert C. Post, 'Racist Speech, Democracy, and the First Amendment,' 32 *William and Mary Law Review* 267, 289 (1991) המכיר בהגנה מסוימת של התיקון הראשון לדיבור במקום העבודה אך טוען שבמקום העבודה 'תמונה של דיאלוג בין אזרחים אוטונומיים היא בלא ספק איננה במקומה'.
- 43 *Rankin v. McPherson*, 378 (1987) [כך במקור]; *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138 (1983); *Givhan v. Western Line Consolidated School District*, 439 U.S. 410 (1979)
- 44 Frederick Schauer, 'The Second Best First Amendment,' 31 *William and Mary Law Review* I (1989)
- 45 Frederick Schauer, 'Principles, Institutions, and the First Amendment,' 112 *Harvard Law Review* 84 (1998)

להניח שיש זירת התבטאות שזוכה ל'הגנה חוקתית מלאה'<sup>46</sup> ושהעובדה שהיא נתונה לפיקוח על בסיס תוכן במקום העבודה מעוררת לפיכך קשיים רציניים עבור התיקון הראשון. הסדרה של תכנים היא רכיב הכרחי בכל אחת מהמסגרות שמבוססות על דיבור: אין ספק שהתיקון הראשון מאפשר למרצים באוניברסיטה ממלכתית לתת ציונים נמוכים יותר לחלק מהסטודנטים על בסיס תוכן הדברים שלהם, שהוא מאפשר לממן אמנות על סמך התוכן האמנותי,<sup>47</sup> שהוא מאפשר לממן צורות אחרות של התבטאות מילולית על סמך השקפה,<sup>48</sup> שהוא מאפשר לספרנים לבחור ספרים מסוימים ולא אחרים בגלל התוכן ואף ההשקפה שבאה לידי ביטוי באותם ספרים, ושהוא מאפשר להביא בחשבון תכנים והשקפות בדרכים שלא יורשו לצורכי ההסדרה המשפטית של עברות פליליות בתחום הציבורי. לפיכך חלק מההצדקה לדחייה המוחלטת שדחה בית המשפט העליון את טיעוני התיקון הראשון בעניין *Harris* מבוסס על העובדה שגם אם התיקון הראשון רלוונטי למקום העבודה הפרטי, רב המרחק בין עצם הרלוונטיות של התיקון הראשון לבין החלת כללים שלו, המתאימים לתחום הציבורי, על מקום עבודה פרטי.

מכאן לגורם השני המסביר את התוצאה בעניין *Harris*. אם מקום העבודה איננו מקום ציבורי וגם לא זירה שאין לתיקון הראשון כל זיקה אליה, אזי יש חשיבות רבה לצורה ולהקשר של ההטרדה המילולית. לכן חשוב להבחין בין המקרה ההיפותטי שבו תקנה פדרלית תאפשר לפקח על עובדים המשמיעים ביקורת על מדיניות החוץ האמריקנית במקום העבודה, לבין המקרה שבו תקנה פדרלית תאפשר פיקוח על עובדים המשנים את תנאי העבודה של עמיתיהם לעבודה. המקרה השני מאפיין את הסוגיה טוב בהרבה מהראשון, ולכן נראה שהדיבור שאנו עוסקים בו כאן שייך לתחום העסקאות (transactional) הרבה

Eugene Volokh, 'What Speech Does "Hostile Work Environment" 46  
Harassment Law Restrict?' 85 *Georgetown Law Journal* 627, 629 (1997)

כפי שעורכן באתר [www.law.ucla.edu/faculty/volokh/harass/breadth.htm](http://www.law.ucla.edu/faculty/volokh/harass/breadth.htm)

*National Endowment for the Arts v. Finley*, 118 S. Ct. 2168 (1998) 47

אפילו טענת בית המשפט בעניין *Finley* שאין להתיר הבחנות המבוססות על נקודת השקפה בהקשר זה – אינה ניתנת להגנה. Schauer, לעיל הערה 44, עמ' 92-97.

*Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991) 48

יותר מלתחום ההיגדים (propositional) – במובנים חשובים הוא קרוב לחוזה, לכתב אחריות או לתשקיף ניירות ערך הרבה יותר מאשר להצהרה פוליטית במרחב הציבורי.

אמנם נכון שחלק מהעסקאות האלה הן בו בזמן היגדים פוליטיים, חברתיים או אידאולוגיים, ושלו היו מתקיימות במרחב הציבורי, היו היבטי ה'היגד' של פעולת הדיבור גוברים, כעניין של דוקטרינה המשפטית, על היבטי ה'עסקה' שבהם. אף שדיבור של אדם במרחב הציבורי עשוי לשנות את תנאי השתתפותו של אדם אחר במרחב הציבורי,<sup>49</sup> הדוקטרינה המשפטית האמריקנית מתעלמת בעקיבות מן השני כדי להגן על הראשון. נכון יותר להבין העדפה זו של ממד ה'היגד' על פני ממד ה'עסקה' (או הממד הפרפורמטיבי) כתוצר לוואי של המרחב הציבורי מלהבינה כמאפיין פולשני של התיקון הראשון, שכן הממדים ההיגדיים – אפילו הממדים ההיגדיים הפוליטיים – של הדיבור הפרפורמטיבי, לא יחלצו מהסדרה ביטוי שההסדרה שלו התבססה על מאפייניו הפרפורמטיביים בשום הקשר אחר. שביתות עובדים, תשקיף ניירות ערך, תיאום מחירים (האמירה 'מה דעתך שאתה ואני נמכור את הסחורה שלנו באותו מחיר כדי להנחית מכה לטובת הקפיטליזם הקואופרטיבי ונגד התקנות הממשלתיות שהותקנו בהשפעה מרקסיסטית' איננה אמירה פוליטית ברוב ההקשרים,<sup>50</sup> אלא הדרך להגיע לכלא פדרלי), ופעולות רבות אחרות אינן נחלצות מהסדרה משום שהיבט כלשהו של אותן פעולות הוא גם היגד פוליטי, חברתי, תרבותי או אידאולוגי. לכן ההסדרה של האופן שבו חלק מהעובדים – בעיקר מנהלים, אך לא רק הם – יכולים לשנות את תנאי ההעסקה של עובדים אחרים, מחוץ לזירת המרחב הציבורי,

49 אני מתייחס לכך בקווים כלליים במאמר Frederick Schauer, 'The Ontology of Censorship,' in *Censorship and Silencing: Processes of Cultural Regulation* (Robert Post ed., 1999)

50 דוגמה מנוגדת אפשרית היא עניין *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982); *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 492 (1988); *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492 (1988); *International Longshoremen's Association v. Allied International, Inc.*, 456 U.S. 212 (1982)

תואמת את הנושאים המרכזיים שבדוקטרינת התיקון הראשון יותר משאיננה תואמת אותם.

מנקודת ראות זו, הדיבור שבבסיס רוב התביעות בגין הטרדה מינית בשל סביבה עוינת יכול להיותפס גם כדיבור שהוא עצמו חלק מהעבודה ועל העבודה של הדוברים, ולא רק של האנשים המושפעים ממנו. כך שאם אפשר לפטר בני אדם מעבודתם עקב נשיאת נאומים פוליטיים כשהיה עליהם לעשות משהו אחר, אם אפשר להעמידם לדין משמעותי משום שגילו סודות מסחריים למתחרים, אם אפשר להעבירם מתפקידם משום שקראו לקיים או היו קשורים באופן אחר כלשהו לשביתה לא חוקית, ואם אפשר לטפל בהם בדרכים אחרות רבות מספור כבבני אדם שהדיבור שלהם – לא חשוב עד כמה היה מוגן לו נאמר במרחב הציבורי – הוא חלק מיחסי העבודה כשהוא נאמר במהלך העבודה, אזי אין להתפלא על כך שדיבור שבהטרדה המינית באמצעות סביבה עוינת, כמו הדיבור בהצעה מטרידה מינית מסוג קויד-פרו-קוו, מתיישב עם הדוקטרינה הקיימת כחלק מרכזי ולא מוגן מהעבודה עצמה.<sup>51</sup>

האמור לעיל לא נועד להציג טיעון מלא לתמיכה בהחלטת בית המשפט העליון להתעלם מטיעוני התיקון הראשון בעניין *Harris*, אלא להראות שאי-התייחסותו של בית המשפט העליון לטיעוני התיקון הראשון – שקדמה לו ובישרה אותו אי-התייחסותו של השופט סקאליה (*Scalia*) לטיעוני התיקון הראשון בעניין *R.A.V. v. City of St. Paul*,<sup>52</sup> – עולה בקנה אחד עם ההתייחסות האמריקנית המסורתית לתיקון הראשון, שלפיה ההנחה שחוקים מיוחדים המיועדים לתחום הציבורי ולשיח הציבורי חלים על בתי ספר, מכללות, ספריות, דיני ניירות ערך, דיני עבודה, תקנות מסחר ושורה מרשימה של דברי חקיקה אחרים היא הנחה שגויה. בסופו של דבר הימנעותו של בית המשפט העליון מאזכור טיעוני התיקון הראשון בעניין *Harris* הייתה דרך להראות שהשימוש

51 על ההבחנה בין התבטאות במקום העבודה, התבטאות שלא במקום העבודה והתבטאות במקום העבודה אך לא בשעות העבודה ראו Frederick Schauer, 'Private Speech and the Private Forum: *Givhan v. Western Line Consolidated School District*,' 1979 *Supreme Court Review* 217  
505 U.S. 377 (1992) 52

בתיקון הראשון נגד דיני ההטרדה המינית באמצעות סביבה עוינת הייתה תוצר של ההתפתחויות החברתיות שהזכרתי כאן, ולא דווקא של הבנה סבירה ועקיבה של דוקטרינת התיקון הראשון. השתיקה הרועמת של בית המשפט בנוגע לתיקון הראשון בעניין *Harris* הייתה דרכו לומר שכל עוד המרחב הציבורי ממשיך להיות זירה פתוחה ולא מוגבלת בעיקרה, הרי שבמקום העבודה יכולת העובדים והמנהלים לשנות לרעה את תנאי העבודה של עמיתיהם לעבודה ושל הכפופים להם, אפילו באמצעות מילים, היא היבט חשוב הרבה יותר של הדיבור מהיבט ההבעה העצמית של הפרט המתנכל. במובן רחב יותר הביע בית המשפט קוצר רוח לנוכח חוסר הסבירות שבראיית כל מעשה של דיבור, אפילו כל מעשה של דיבור היגדי, כמעורר טענות רציניות על בסיס התיקון הראשון. מאז ומעולם שואב התיקון הראשון את רוב כוחו מהיקף תחולתו המצומצם, שכן אם יוחלו טיעוני התיקון הראשון בהרחבה כפי שהיו רוצים מבקרי עניין *Harris* – הסבירות שהתיקון הראשון ישמור על כוחו הנוכחי בנושאי הליבה של דיבור היגדי פוליטי במרחב הציבורי תקטן במידה ניכרת.<sup>53</sup> אי-הבעת העמדה של בית המשפט בעניין *Harris* היא הבעת עמדה על העובדה שמבחינת התיקון הראשון ומסיבות של שוויון מגדרי, דיני ההטרדה המינית באמצעות סביבה עוינת אינם תחום שבו הגבלות התיקון הראשון הן רציניות, אלא הם תחום נפרד כמעט לחלוטין מתחומי העיסוק ומהדוקטרינה של התיקון הראשון. וכך צריך להיות.

53 זוהי כמובן טענה אמפירית בדבר השפעות המבנה הדוקטרינרי של התיקון הראשון, אולם זוהי טענה אמפירית שפיתחתי בהרחבה במקום אחר. Frederick Schauer, 'Commercial Speech and the Architecture of the First Amendment,' 56 *University of Cincinnati Law Review* 1181 (1988); Frederick Schauer, 'Codifying the First Amendment: *New York v. Ferber*,' 1982 *Supreme Court Review* 285; Frederick Schauer, 'Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts,' 34 *Vanderbilt Law Review* 265 (1981)



## דיבור חופשי וסביבה עוינת

ג'ק מ' בלקין

האם דיני ההטרדה המינית סותרים את התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית? היום יש פרשנים הטוענים שהם אכן סותרים אותו.<sup>1</sup> ככלל, הטענות שלהם מתמקדות באחריותם של מעסיקים לסביבה עוינת הנוצרת במקום העבודה. איש אינו רואה פסול בהתערבות במקרים של הטרדה מינית מסוג קוויד-פרו-קוו: מעסיק האומר לעובדת שלו משפט בנוסח 'אם לא תשכבי אתי, את מפוטרת', משמיע איום שאינו מוגן בתיקון הראשון.

אולם סביבה עוינת אינה נוצרת רק בעקבות השמעת איומים. היא נובעת מפעולות אינדיווידואליות של אפליה בדיבור ובהתנהגות אחרת מצד כל סוגי האנשים המאכלסים מקומות עבודה, ובהם מנהלים, עובדים ולעתים אפילו

Jack M. Balkin, 'Free Speech and Hostile Environments,' in: Catharine A. MacKinnon and Reva B. Siegel (eds.), *Directions in Sexual Harassment Law*, New Haven and London: Yale University Press, 2004, pp. 437-454.

1 ברצוני להודות מקרב לב ל-Dan Kahan, Sandy Levinson, Catharine MacKinnon, Vicki Schultz, Reva Siegel ו-Eugene Volokh על הארותיהם לטיטות הקודמות. גרסה מוקדמת יותר של המאמר הופיעה ב-*Columbia Law Review* 2295 (1999), והיא מתפרסמת באישורו של Jack M. Balkin ו-*Columbia Law Review*. Kingsley R. Browne, 'Title VII as Censorship: Hostile-Environment Harassment and the First Amendment,' *52 Ohio State Law Journal* 481, 548 (1991); Eugene Volokh, 'Freedom of Speech and Workplace Harassment,' *39 UCLA Law Review* 1791, 1846 (1992); Eugene Volokh, 'How Harassment Law Restricts Free Speech,' *47 Rutgers Law Review* 563, 567 (1995); Eugene Volokh, 'What Speech Does "Hostile Work Environment" Harassment Law Restrict?' *85 Georgetown Law Journal* 627, 647 (1997)

לקוחות או צרכנים. סביבה נחשבת לעוינת כש'מקום העבודה חדור כולו "איומים, לעג ועלבונות מפלים", שהם "חמורים או מקיפים דיים כדי להביא לשינוי בתנאי העסקתו של הקרבן וליצור אווירה פוגענית במקום העבודה".<sup>2</sup> חלק מהתנהגות זו עשוי להיות מופנה כלפי עובדים מסוימים; היבטים אחרים שלה לא בהכרח יופנו כלפי אדם מסוים, אך הם עשויים לסייע ביצירת סביבה עוינת. גם אם כל פעולה בנפרד אין בה כדי ליצור סביבה עוינת, כשהן מבוצעות יחדיו הן עשויות להפוך בנות תביעה. המבחן הוא אם ההתנהגות כולה, כמכלול, תיצור סביבה שסביר שעובד יראה אותה כפוגענית.<sup>3</sup>

תיתכן הטלת אחריות על המעסיק לסביבה עוינת השוררת במקום העבודה גם אם איש מהנהלה לא היה מעורב אישית אף באחד מן המעשים הנדונים. בעניין *Burlington Industries, Inc. v. Ellerth*<sup>4</sup> ובעניין *Faragher v. City of Boca Raton*<sup>5</sup> קבע בית המשפט העליון שהמעסיק אחראי להטרדה מצד אנשי דרג הפיקוח, בכפוף לטענת הגנה שההטרדה לא הביאה לידי פגיעה מוחשית בהעסקה כגון פיטורין או הורדה בדרגה.<sup>6</sup> טרם הוחלט על מידת האחריות השילוחית למעשי עובדים שאינם נמנים עם דרג הפיקוח (כגון עמיתים לעבודה), אך נכון להיום רוב בתי המשפט רואים במעסיק אחראי אם ידע או אם היה עליו לדעת על ההטרדה ולא נקט פעולות מידיות לתיקון המצב.<sup>7</sup>

מעסיק המבקש למזער את אחריותו ליצירת הסביבה העוינת לא יכול להסתפק במניעת מעשי הטרדה מזדמנים. עליו להגביל גם כל התנהגות שבשילוב עם אופני התנהגות אחרים עלולה לתרום ליצירת הסביבה העוינת. בצורה כזאת נוצר תמריץ למעסיקים להנהיג כללים למניעת כל הרכיבים העלולים ליצור סביבה עוינת, ובהם התקרבות פיזית לא רצויה, תקיפה וסוגי התעללות; רכיבים אחרים

*Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 21 (1993) (quoting *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 65, 67 (1986)) 2  
*Harris*, 510 U.S. at 21, 21-23 3  
524 U.S. 742 (1998) 4  
524 U.S. 775 (1998) 5  
ראו *Burlington Industries, Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742, 765 (1998) 6  
ראו *Sexual Harassment*, 29 C.F.R. § 1604.11(d) (1996). ראו גם *Faragher v. City of Boca Raton*, 524 U.S. 775, 799-800 (1998) (collecting cases) 7

יהיו ביטויים מילוליים בעיקרם, כגון בדיחות ורמיזות על רקע מיני, התגרורות ואיומים, קריקטורות ותמונות בנושאי מין ופורנוגרפיה. חלק מן ההטרדות המילוליות עשוי אף להתעטף באצטלות פוליטיות או עובדתיות: עמיתים לעבודה, למשל, עלולים להתנגד לתכניות למען נשים או לצטט מחקרים מדעיים הטוענים שנשים כשירות פחות לכצע תפקידים מסוימים. הואיל ולמעסיק אין עניין רב בשימור זכויות הביטוי של העובד כשאינן קשורות ביעילות העבודה, הוא יאכוף כללים רחבי היקף ככל שנדרשים, לדעתו, כדי לפטור אותו מכל חבות.<sup>8</sup> זהו מקור התלונות החשובות ביותר בעניין החוקתיות של דיני ההטרדה המינית – התמריץ להטיל צנזורה על דברי עובדים העלולים לתרום לסביבה עוינת.

### הבעיה הניכרת לעין: צנזורה עקיפה

החשש שדיני ההטרדה המינית מביאים לידי צנזורה על התבטאויות עובדים הוא היבט אחד של בעיה כללית יותר בדיני חופש הביטוי – צנזורה עקיפה.<sup>9</sup> צנזורה עקיפה מתרחשת כשבכוחו של צד פרטי א' לשלוט בדיבורו של צד פרטי ב', הממשלה מאיימת לראות בצד א' אחראי להתבטאויות צד ב', וצד א' מצנזר את ההתבטאויות של צד ב' כדי להימנע מאחריות זו. ההתבטאות המעליבה יכולה להתבטא בהשמצה, בקללות, בהונאה או בהפרת זכויות יוצרים. ברוב המקרים לצד א' יש עניין רב יותר לצנזר את צד ב' משיש לצד ב' לצנזר את עצמו. לכן יש לצפות שצד א' יצנזר את ההתבטאויות של צד ב', בלי תשומת לב של ממש לערך ההתבטאויות של צד ב' – לצד ב' עצמו או לחברה בכלל. מפתה אך שגוי לטעון שצנזורה עקיפה לעולם אינה מנוגדת לחוקה כי אין בה משום פעולה שלטונית. למעשה בכל צנזורה עקיפה יש משום פעולה שלטונית,

8 המעסיקים אינם חופשיים כמובן לגמרי לצנזר את התבטאויות העובדים, הם גם כפופים לדיני הפיטורין הלא הוגנים, לכללי האיגודים המקצועיים ולתקנות שירות המדינה.

9 את המונח הזה שאלתי מ- Michael I. Meyerson, 'Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the "Speaker" Within the Media,' 71 *Notre Dame Law Review* 79, 116, 118 (1995)

שכן הממשלה יצרה את התנאים המעודדים את הגופים הפרטיים לצנזר זה את זה, והיא מצפה שתוצאת תנאים אלה תהיה צנזורה. עם זאת צנזורה עקיפה לא בהכרח מנוגדת לחוקה. למשל, החשש מתביעות לשון הרע עשוי להביא עורכים ומו"לים לידי סירוב לפרסם מאמרי כתבים שלהם או לידי עריכתם במידה ניכרת, גם אם המאמר עוסק באמירה פוליטית במהותה ואף אם הכתב יתקש שכל פרטיו מדויקים. כתבים המתעקשים לכתוב על נושאים שהעורך או המו"ל אסרו עליהם ייזפו, ואולי אף יפוטרו. אולם אין בהגבלות אלה של התבטאויות העובר משום הפרת התיקון הראשון לחוקה. אמנם בפרשות כגון *New York Times Co. v. Sullivan*<sup>10</sup> ו-*Gertz v. Robert Welch, Inc.*<sup>11</sup> הוגבלה אחריות המו"לים בכל הנוגע ללשון הרע כדי שלא ליצור מצב של אי-פרסום התבטאויות בעלות ערך, אך לא נעשתה בהן הבחנה בין זכויות העורכים לזכויות העובדים שלהם. למעשה, בעניין *Cantrell v. Forest City Publishing Co.* אישר בית המשפט הנחיה שניתנה לחבר מושבעים שעל פיה הורשה חבר המושבעים להטיל אחריות על מו"ל משום שידע שיש מרכיבים שקריים במאמר של אחד הכתבים שלו, הגם שבכך התמצתה כל אשמתו.<sup>12</sup> ברור שהאחריות השילוחית מתמרצת מאוד את המו"ל לצנזר את התבטאויות עובדיו, אך בית המשפט לא ראה בכך כל בעיה חוקתית.

באותו אופן חוק ניירות ערך הפדרלי דורש מבתי השקעות, מחברות ברוקרים, מיועצי השקעות ואפילו מנושאי משרה בתאגידים להימנע מהצהרות העלולות להוליך שולל בכל הנוגע לרווחי חברה, לניירות ערך ולהשקעות הקשורות בהם. החברות נדרשות לציית לכללים קפדניים הקובעים מה מותר להם לומר בנושאים אלה, בפרט בהליכים הנתונים להסדרה פרטנית מאוד, כגון מחלוקות בענייני ייצוג בהצבעה.<sup>13</sup> התבטאויות עובדיהם, אפילו ממניעים פוליטיים, עלולות להביא לידי חבות המעבידים. לכן חברות רציונליות לא פעם יגבילו מאוד את

376 U.S. 254, 283 (1964) 10

418 U.S. 323, 350 (1974) 11

419 U.S. 245, 253-54 (1974) 12

13 לדין כללי ראו Burt Neuborne, 'The First Amendment and Government Regulation of Capital Markets,' 55 *Brooklyn Law Review* 5 (1989)

סוג ההתבטאויות הפומביות של עובדיהן, וינזפו בעובדים שלא יישמעו להגבלות ואף יפטרו אותם. אבל כללים אלה אינם מפרים את התיקון הראשון לחוקה משום שהם מיועדים אך ורק להתבטאויות של עובדים.

גם במקרי לשון הרע וגם במקרי ההונאה בניירות ערך הצנזורה העקיפה מותרת כי היא הגיונית לנוכח מטרת משטר ההסדרה – להתייחס אל הפרט המצנזר ואל הפרט המתבטא כאל 'אותו דובר' למטרות התיקון הראשון לחוקה. בשני המקרים יש לפרט המצנזר (המעביד) זכות לפקח על תוכן דבריו של הפרט המתבטא (העובד), ולכן הוא אחראי להשפעות השליליות של אותה התבטאות. מדוע לאפשר הטלת אחריות על דובר אחד לנזקי דובר אחר? אחת הסיבות היא שהצנזור הפרטי והדובר הם חלק מאותו גוף האחראי לנזק שנעשה: או שהם מפקים יחדיו מוצר אחד הגורם לנזק (פרסום שיש בו משום לשון הרע) או שבמאמציהם המשותפים הם יוצרים נזק או סיכון לנזק (הטעיה או מתן מידע כוזב על השקעות). סיבה נוספת היא שהצנזור הפרטי נמצא בעמדה הטובה ביותר למנוע את הנזק. הדבר קורה כאשר הצנזור הפרטי ניחן ביכולת מיוחדת להבחין בין התבטאות מזיקה מוגנת להתבטאות מזיקה לא מוגנת, כאשר הוא יכול למנוע נזקים בקלות וביעילות רבה יותר מהמתבטא או כאשר יש לו עדיפות במידע על פני המתבטא.

לפיכך אנו יכולים לזהות שלושה גורמים המצדיקים לראות בצנזור הפרטי ובמתבטא 'דובר אחד': (1) זכותו של הצנזור הפרטי לפקח על התבטאויות הדובר; (2) יצירה משותפת או שיתופית של נזק או סיכון לנזק; וכן (3) יכולתו הטובה יותר של הצנזור הפרטי למנוע את הנזק. לא מפתיע שסיבות אלה דומות להצדקות המקובלות לאחריות שילוחית, כשכתי המשפט רואים במעביד ובעובד 'מעוול אחד' לעניין האחריות הנזיקית.<sup>14</sup> (כך אפשר גם להסביר גם מדוע בעניין *Cantrell* לא התקשה בית המשפט לראות במו"לים אחראים להתבטאויות כתבים אף שפסיקה זו פוגעת בבירור בחופש הביטוי של כתבים).

בנקל אפשר להבין מדוע ההצדקות לאחריות שילוחית רלוונטיות לחוקתיות של צנזורה עקיפה. מצד אחד אם נקבע שהפרט המצנזר אחראי להתבטאות

14 לצידוקים הרגילים לאחריות שילוחית ראו W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on the Law of Torts* 69, at 499-501 (5<sup>th</sup> ed. 1984)

המזיקה של הפרט המתבטא, הגיוני לצפות לצנזורה מצד הפרט המצנזר. מצד אחר אם איננו רוצים לעודד צנזורה מצד הפרט המצנזר (כי אנו מייחסים חשיבות להחלפת דעות חופשית), עלינו להבטיח שהפרט המצנזר לא ייחשב לאחראי להתבטאויות המזיקות של הפרט המתבטא. לפיכך הצנזורה העקיפה קבילה בהחלט מנקודת הראות של התיקון הראשון כאשר האחריות השילוחית קבילה בהחלט, והיא בהחלט איננה קבילה מנקודת הראות של התיקון הראשון כשהאחריות השילוחית בהחלט איננה קבילה.

הנמקה זו מסבירה גם למה צנזורה עקיפה מותרת אפילו כאשר המצנזר והדובר אינם מעביד ועובד ואינם משתייכים לאותו גוף עסקי. למשל, מו"לים של ספרים דורשים לא פעם מסופרים לשכתב קטעים משמיצים או אף להשמיט אותם, כתנאי להוצאת כתביהם לאור. ברור לכול שנהלים אלה משפיעים על יכולתו של הסופר לומר את דברו, אבל הצנזורה העקיפה הזאת אינה מפרה את הזכויות המוקנות לו בתיקון הראשון לחוקה, אף לא כשהנושא שלו הוא פוליטי בעליל. בדומה לעורכי עיתונים, גם למו"לים של ספרים יש זכות לערוך את סופריהם כתנאי להוצאה לאור של כתביהם, ולכן הם אחראים להתבטאויות של סופריהם העלולות להתפרש כלשון הרע.

לעומת זאת הצנזורה העקיפה בעייתית מאוד במקרים שבהם אין כל היגיון באחריות שילוחית. דוגמה לכך היא הטלת אחריות על מפיץ, על ספק הובלה ציבורי או על ספק אחר שאינו חלק מאותה חברה עסקית שאליה משתייך הדובר המצונזר, שאין לו זכות לערוך את דבריו ושאינו מודע לתוכן העובר באמצעותו. למעשה נראה שהמקרה האחד שבו בית המשפט העליון התקרב ביותר להכרה בבעיית הצנזורה העקיפה התבסס על הבחנה זו. בעניין *Smith v. California*<sup>15</sup> קבע חוק מדינתי שבעל חנות ספרים שמחזיק בספרים שבית המשפט מחליט מאוחר יותר שהם בגדר תועבה, מבצע פשע, גם אם לא היה מודע לתוכן הספרים. בית המשפט העליון ביטל את החוק בטענה ש'אם תוטל על המוכר אחריות פלילית בלי שהיה מודע לתכנים, [...] הוא ייטה להגביל את מלאי הספרים שיוצרו למכירה לספרים שברק; וכך תכפה המדינה הגבלה על הפצה הן של

ספרות שזוכה להגנה חוקתית והן של ספרות תועבה.<sup>16</sup> על כן 'הצנזורה העצמית של מוכר הספרים באילוץ המדינה תהיה צנזורה שתשפיע על הציבור כולו, והיא לא תהיה חמורה פחות רק משום שהוטלה על ידי אדם פרטי'.<sup>17</sup> מה שבית המשפט מכנה 'צנזורה פרטית' הוא למעשה צנזורה עקיפה.<sup>18</sup> בית המשפט העליון גרס שלא צודק להטיל אחריות על בעל חנות ספרים, שכן אין הוא מכיר את תוכנו של כל ספר וספר שברשותו. אין כאן רק עניין של הגינות כלפי מוכר הספרים, וגם לא רק חשש מפני סיווג שגוי. אם כל רצוננו היה להוציא התבטאויות מזיקות מחנויות ספרים, אפשר היה לטפל בכך בשיטת זבנג וגמרנו. אולם בתחום התיקון הראשון לחוקה עלינו לחשוש מ'טעויות חיוביות' (ספרים שאינם תועבה שיורחקו ממדפי הספרים בחנות) לא פחות משעלינו לחשוש מ'טעויות שליליות' (ספרי תועבה שיגיעו למדפי הספרים). אנו אמורים לחשוש מצד אחד מפגיעה באמצעי הביטוי של סופרים, ומצד אחר ממניעת מידע מקהל הקוראים. לכן מנקודת הראות של התיקון הראשון יהיה זה רעיון גרוע לערב בכך את המפיץ (כגון בעל חנות ספרים או ספק הובלה ציבורי). חוק איסור לשון הרע מכיר בבעיית הצנזורה העקיפה דרך מה שמכונה 'הגנת המפיץ'. בדרך כלל אדם החוזר על התבטאות שיש בה לשון הרע אחראי לפרסום שלה כמו המתבטא המקורי (בהנחה שגם הוא פועל בדרגת האשמה הנדרשת).<sup>19</sup> אולם על מפיץ מידע – כגון דוכן עיתונים או חנות ספרים – הסטנדרט הזה בדרך כלל לא יחול, אלא אם כן הוא מודע להשמצה הכלולה בפרסום.<sup>20</sup> החשש הוא שאם יתייחסו למפיצים כאל מו"לים, הם עלולים להגביל את סוגי הספרים וכתבי העת שימכרו ולצמצם מאוד את נגישות הציבור להתבטאות מוגנת.

16 שם, עמ' 153.

17 שם, עמ' 154.

18 ראו Meyerson, לעיל הערה 9, עמ' 118, הערה 259.

19 ראו *Restatement (Second) of Torts* § 578 (1977) ('Except as to those who only deliver or transmit defamation published by a third person, one who repeats or otherwise republishes defamatory matter is subject to liability as if he had originally published it'.)

20 ראו שם, §581 (One who [...] delivers defamatory matter published by a third person is subject to liability if, but only if, he knows or has reason to know of its defamatory character')

מפיץ אינו צריך להיות ספק הובלה ציבורי, המחויב לשרת את כל הלקוחות בלא יוצא מן הכלל, כדי ליהנות מהגנה זו במשפט המקובל. אמנם יש למפיצים שיקול דעת מסוים בדבר התכנים – למשל בבחירת הספרים או כתבי העת שיחזיקו במלאי – אך השליטה שלהם בעריכת התכנים שונה לחלוטין ומוגבלת בהרבה משליטת המו"ל של הספר או משליטת העורך של כתב העת.

בענף הטלקומוניקציה צנזורה עקיפה היא בעיה חוקתית חוזרת ונשנית: חברות כבלים וספקי שירותי אינטרנט פועלים דרך קבע כערוצים להעברת התבטאויות של צדדים שאין להם כל קשר אליהם. התייחסות אליהם כמו אל מו"לים או אל עורכים תעורר אותן בעיות שהטרידו את בית המשפט בעניין *Smith v. California*. לכן בחוק הטלקומוניקציה מ-1996 העניק הקונגרס הגנות מיוחדות לספקי שירותי אינטרנט שלקוחותיהם העלו לרשת תכנים מגונים, גסים או 'מעוררי התנגדות אחרת', וקבעו שלצורך החוק אין לראות אותם כמפרסמים של תכנים מסוג זה.<sup>21</sup>

חוק הסביבה העוינת מביא בלא ספק לידי צנזורה עקיפה, אך הוא אינו נוגע לקשר עם מפיץ או ספק. המעסיק המצנזר את עובדיו שמא תיווצר סביבה עוינת דומה יותר למעסיק המצנזר עובדים מחשש לאחריות ללשון הרע או להונאות בניירות ערך, ופחות לספק שירותי אינטרנט המצנזר את לקוחותיו או לבעל חנות ספרים המסרב למכור ספרים מסוימים כדי להימנע מאחריות.

שלא כמקרה של בעל חנות הספרים ומחבר הספר, במקרה של סביבה עוינת המעסיק והעובד משתייכים לאותו גוף עסקי. למעביד יש זכות חוזית לפקח על התבטאויותיו והתנהגותו של העובד, ואולי חשוב מזה: לחוק יש סיבות טובות לראות במעסיק אחראי למעשי עובדיו.

ראשית, המעביד מיטיב לראות את התמונה השלמה ולהבחין איזו התנהגות עלולה לתרום לאפליה מינית. סביבה עוינת עלולה להיווצר מצירוף של התנהגויות שלא כל העובדים ערים להן.

21 *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44, ראו § 230(c)(1) 47 U.S.C.; ראו 49-52 (D.D.C. 1998). למעשה החוק מ-1996 מעניק לספקי שירותי אינטרנט הגנה רבה יותר מן ההגנות שקיבלו המפיצים המסורתיים, שכן לא די בידיעת התוכן המשמיע כדי להטיל עליהם אחריות. ראו 129 F. 3d *Zeran v. America Online*, cert. denied, 524 U.S. 937 (1998), 327, 331-32 (4<sup>th</sup> Cir. 1997).



שנית, לעומת עובדים אינדיבידואליים, למעביד קל יותר למנוע היווצרות של סביבה עוינת, בעיקר כאשר מקורה בפעולות קולקטיביות שלא כל פרט מקרב העובדים יוכל או ירצה למנוע.

שלישית, דווקא משום שסביבה עוינת אינה תולדה של פעולה יחידה אלא של הרבה פעולות יחדיו, הגיוני לראות בפגיעה בשוויון ההזדמנויות במקום העבודה פגיעה אחת ויחידה. משום שבעיות של פעולה קולקטיבית עשויות לצמצם את התמריץ של העובד היחיד למנוע סביבה עוינת, אולי אף הגיוני לראות במקרה זה במעביד ובעובד 'דובר יחיד' המעורב בנוק אחד יותר מאשר במקרה של לשון הרע או הונאה בניירות ערך.<sup>22</sup>

רביעית, למעביד יש לעתים תמריצים להשלים עם הסביבה העוינת, ואין לכך מקבילה במצבים של לשון הרע או הונאה בניירות ערך. עובדה זו מחזקת עוד יותר את הצורך בהטלת אחריות על המעביד ואת הצורך לתת לו תמריצים לפיקוח על העובדים. הטרדה מינית היא צורה של אפליה מינית. היא מסייעת לשמור על הפרדה על בסיס מיני במשרות ובהזדמנויות תעסוקה לפי התפקידים המגדריים המסורתיים – למשל במניעת קידומן של נשים לתפקידי הנהלה נושאי שכר גבוה יותר והשארתן בתפקידים פקידתיים נושאי שכר נמוך יותר או בהערמת מכשולים לקידום נשים אפילו במקומות שכוח האדם בהם מעורב. מעסיקים עלולים להשלים עם אפליה מינית, לרבות הטרדה מינית (או להתעלם ממנה) מצד עובדיהם הגברים כדי שלא להפריע למהלך העבודה וכדי לשמור על רוח הצוות ועל הנאמנות של מעמד מסוים של עובדים (גברים) החשובים למפעל. בתאוריה יוכל המעסיק לחסוך כסף אם ימנה נשים תמורת שכר נמוך יותר משהיה משלם לגברים באותם תפקידים, אבל זה עלול לעורר שיבושים קשים

22 בדרכים מסוימות הטיעון בנוגע לחוקתיות של צנזורה עקיפה בתביעות של סביבה עוינת הוא חזק יותר מאשר בתביעות של לשון הרע והונאה בניירות ערך, כי רוב בתי המשפט מקבלים את הטיעון של אחריות המעביד רק אם המעביד ידע או צריך היה לדעת על ההטרדה ולא נקט אמצעים למניעתה. במילים אחרות, מעסיקים אינם מוחזקים כאחראים באחריות קפידה להתבטאויות העובד (כמו במקרים אחרים של אחריות שילוחית), והם אחראים רק כשהם אינם נוקטים צעדים הדרושים לעקירת הנגע ולשינוי הסביבה העוינת. לפיכך רמת הצנזורה העקיפה צריכה בתאוריה להיות פחותה במקרים אלה.

בעבודה אפילו בקרב עובדים שאינם מאורגנים באיגודי עובדים. בתנאים אלה יש בהשלמה משום פתרון שני במעלה למקסום רווחים. המעסיקים ישלימו עם כוח אדם המתאפיין בהפרדה מינית, עם כמה נשים סמליות בתפקידים 'גבריים' (הנתונות למגוון צורות של אפליה מינית, לרבות הטרדה), כפשרה עם עובדים גברים המעוניינים לשמור על שכר גבוה ועל מעמדם במקום העבודה.<sup>23</sup> בקיצור, התמריצים השונים בטיבם של מעבידים ועובדים עשויים לדחוק אותם לעבר אסטרטגיה משותפת שתיצור במקום העבודה תרבות שמחלקת את הזדמנויות ההעסקה על בסיס מיני ואוכפת חלוקה זאת בצורות מעודנות יותר או פחות של אפליה והטרדה.

זכותו של הקונגרס למנוע תוצאה זו. הפרק השביעי (Title VII) [לחוק זכויות האזרח האמריקני] מעניק לנשים ולמיעוטים שוויון זכויות בחיפוש עבודה ושוויון הזדמנויות בעבודה. באמצעות הפרק השביעי חייבו הקונגרס ובתי המשפט את כל המעסיקים להבטיח לעובדיהם מקום עבודה חף מאפליה ומהטרדה מינית, בין מצד מנהלים ובין מצד עמיתים לעבודה, כשם שתקנות OSHA [משרד הבטיחות והבריאות בתעסוקה] דורשות שמעסיקים ידאגו למקום עבודה חף מתנאים הפוגעים בבריאות או בבטיחות שמקורם בהנהלה או בעובדים עמיתים. למעשה דרש הקונגרס מהמעסיקים ליצור סוג מסוים של תרבות עסקית במקום העבודה. הדבר אושר בהחלטות בית המשפט העליון בעניין *Ellerth* ובעניין *Faragher*: המעסיקים מתבקשים לעצב מדיניות למניעת הטרדות ונהלים המתאימים לכך.<sup>24</sup> התבטאויות העובד והתנהגותו הן חלק מיצירת התרבות במקום העבודה, והמעסיק נמצא בעמדה הטובה ביותר לטפח אותה תרבות, כשם שטיפחו מעסיקים את התרבות העסקית גם לפני יישום החוקים למניעת אפליה.

לסיכום, צנזורה עקיפה היא בעיה רק כשאינן הצדקה לאחריות שילווחית להתנהגות העובד. יש שפע סיבות טובות לראות במעסיק אחראי לעובדים היוצרים סביבה עוינת, ולפיכך הצנזורה העקיפה שנוצרה בעקבות הפרק השביעי אינה פוגעת בתיקון הראשון לחוקה.

23 על טיעון זה תודתי נתונה ל-Vicki Schultz.

24 *Ellerth*, 524 U.S. at 763-64; *Faragher*, 524 U.S. at 807

## הבעיה האמיתית: קהל שבו

מבקרים עדיין יכולים להשמיע התנגדויות אחרות על סמך התיקון הראשון, משלושה סוגים: ראשית, הגדרת בית המשפט להתנהגות פוגענית מעורפלת יתר על המידה. שנית, דוקטרינות ההטרדה המינית כוללניות מדי, שכן הן אוסרות התבטאויות שלבטח היו זוכות להגנה מחוץ למקום העבודה. שלישית, דוקטרינות ההטרדה המינית עושות הבחנות על סמך תוכן והשקפה. אלא שבכחינה מעמיקה יותר, אף אחת מהתנגדויות אלה אינה ניצחת.

טיעון האי־בהירות רחב מכדי להשתמש בו להוכחה: הוא מתאים באותה המידה לרוב העוולות התקשורתיות פרי הפסיקה. למשל, התבטאות היא לשון הרע 'אם היא נוטה [...] לפגוע בהערכת הקהילה [לאדם] או להרתיע צד שלישי מלהתרועע עמו או מלקיים כל שיג ושיח עמו'.<sup>25</sup> לגרימה מכוונת של מצוקה נפשית נדרשות מילים או התנהגות 'פוגעניות כל כך באופיין וקיצוניות כל כך בדרגת החומרה שלהן, שיעברו את כל גבולות ההגינות וייתפסו כמרושעות ובלתי נסבלות בעליל בקהילה מתורבתת [...] [כאשר] תיאור העובדות לאחד מחברי הקהילה יעורר בו תרעומת רבה נגד המבצע ויגרום לו להזדעזע ולומר: "מחרירי!"'.<sup>26</sup> בהשוואה לעוולות אלה, סטנדרט שיפוטי של הטרדה מינית הדורש איום, לעג, עלבון והתעללות קשים או פולשניים לא נראה כלוקה באי־בהירות רבה מדי. בעצם נראה שחלק גדול מההתנגדות לאי־בהירות של דוקטרינת הסביבה העוינת מופנה לחשש שמעסיקים יצנזרו את העובדים צנזורה עקיפה. אין ספק שתחול צנזורה עקיפה, אך הדבר אינו הופך את חוק הסביבה העוינת ללא חוקתי, כשם שאינו הופך את חוק לשון הרע או את דיני ההונאה בניירות ערך ללא חוקתיים.

הטיעון השני – לפיו התבטאות הנחשבת להטרדה במקום העבודה תהיה מוגנת מחוצה לו – מבטיח יותר, אך מתברר שגם בו אין ממש. התבטאות שתהיה מוגנת במרחב הציבורי, לא פעם הופכת ללא מוגנת אם היא נאמרת במצבים חברתיים מסוימים הנוגעים לתפקידים חברתיים מיוחדים. אם מתמחה

*Restatement (Second) of Torts* § 559 (1977) 25

§46 cmt. d, שם, 26

בבית הלבן תחלוק את יצועה עם הנשיא ותכחיש זאת במסיבת עיתונאים, ההצהרה השקרית שלה מוגנת. אך אם היא תחזור על אותה הכחשה בתצהיר או על דוכן העדים, אפשר לתבוע אותה על מתן עדות שקר. אותן מילים הנאמרות בהקשר חברתי חדש כרוכות באחריות מסוג שונה וברמת הגנה אחרת של התיקון הראשון לחוקה.

הטרדה מינית מילולית שתהיה מוגנת מחוץ למקום העבודה, תהיה לא מוגנת במקום העבודה כי היא מתרחשת בהקשר של תלות כלכלית וחברתית – יחסי עבודה – ומשום שיש בה צורה מסוימת של אפליה מינית אשר: (1) משנה שינוי של ממש את תנאי העסקתן של נשים, (2) מנציחה את מעמדן הנמוך של נשים במעגל העבודה, וכן (3) משמרת את הריבוד המגדרי בשוק העבודה. בקיצור, התבטאות ההופכת מקום עבודה לסביבה עוינת אינה מוגנת בשל תוכנה, אלא משום שבהקשר החברתי שבו הושמעה – היא משמשת שיטת אפליה בתנאי ההעסקה.

חוק איסור אפליה בתנאי העסקה מונע פגיעה באינטרסים חומריים או כלכליים, כגון משכורת ותנאי עבודה, אך הוא נוגע גם למעמד החברתי של נשים, שחורים ומיעוטים אחרים. הוא נועד לבטל את הריבוד החברתי הלא הוגן, המסתמך על גזע או מין, שממנו סובלים עובדים במקומות עבודה. הפרק השביעי מגן גם מפני פגיעה חומרית וגם מפני פגיעה מעמדית, שכן יסודות חומריים ומעמדיים כרוכים זה בזה באופן בלתי נפרד במקום העבודה, וקשה להפריד ביניהם. זה לא אמור להפתיע אותנו: ההיגיון אומר שבעלי משרד פיננסי גדול לא ייאלצו לוותר לשם כך על שכרם הגבוה ועל סמכויותיהם, והיושבים בכור לא יפוצו על כך במשימות מעניינות או רווחיות יותר. אלא שאנשים בדרג בכיר יותר, הזוכים להערכה רבה, נהנים בדרך כלל גם ממשכורת גבוהה יותר וגם מתנאי עבודה טובים יותר, ולעומתם אנשים בדרג נמוך יותר עובדים בתנאים נוחים פחות ומקבלים תמורה נמוכה יותר.

משום שהטבה חומרית ומעמד חברתי כרוכים כל כך זה בזה במקום העבודה, פגיעה במעמדו של אדם בקבוצה, הפוגעת בפגיעה של ממש בתנאי עבודתו, יש בה משום אפליה לפי הפרק השביעי. לכן אין כל דבר יוצא דופן או מיוחד באחריות נזיקית לסביבה עוינת. מצבים של סביבה עוינת הם בסך הכול מקרה מיוחד של אפליה רגילה המתבטאת בהתייחסות שונה: אלה הן פגיעות במעמד

הקבוצתי של עובדים – המתבססות על השתייכותם לקבוצה – הפוגעות פגיעה של ממש בתנאי העבודה שלהם כפרטים.

התבטאות גזענית או המבטאת שנאת נשים שלא במקום העבודה עלולה אף היא להביא לידי בידול מעמדי של קבוצה ולפגוע במעמדו של אדם. אבל התיקון הראשון אינו מאפשר בדרך כלל פיצוי על פגיעה במעמדו של אדם כחלק מקבוצה.<sup>27</sup> אמנם הוא מאפשר הגשת תביעת לשון הרע, אולם בראש ובראשונה על פגיעה בשמו הטוב של אדם כפרט.<sup>28</sup> אך בהקשר המיוחד של מקום עבודה, התיקון הראשון מאפשר פיצוי על פגיעה במעמד הקבוצתי כאשר (ורק כאשר) פגיעה זו במעמד מביאה לידי שינוי כה ממשי בתנאי העבודה שאפשר לסווג זאת כאפליה לפי הפרק השביעי. כפי שהוסבר בעניין *Harris v. Forklift Systems* ובעניין *Meritor Savings Bank v. Vinson*, התובע צריך להימצא במקום עבודה 'המתאפיין ב"איומים, לעג ועלבונות מפלים", שהם "חמורים או מקיפים דיים כדי לשנות את תנאי העסקתו של הקרבן וליצור סביבה עוינת במקום העבודה", לפי דעתו של האדם הסביר.<sup>29</sup> כשם שאמירת שקר בפני מושבעים היא בת ענישה לא משום היותה שקרית, אלא משום שאמירת שקר במעמד זה היא בגדר עדות שקר, כך פגיעה במעמדו של אדם במקום העבודה היא בת

27 ראו *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 391-92 (1992); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 414 (1989). התיקון הראשון מאפשר אולי פיצוי על 'ניבולי פה' או גרימה מכוונת של מצוקה נפשית, ראו *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942), אבל הקטגוריות האלה מוגבלות מאוד ואינן כוללות את כל ההתבטאויות הגזעניות או אלה המבטאות שנאת נשים, ואף לא את רובן.

28 השוו *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 341 (1974) (הדן בחשיבות ההגנה על שמו הטוב של אדם) עם *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 263-64 (1952) (התומך בתקנון האוסר הכפשת קבוצות של בני אדם ועל בסיס גזע, מין, לאום וכדומה). פסק הדין בעניין *Beauharnais* מעולם לא בוטל, אך ערכו התקדימי נחשב למפוקפק, בפרט אחרי *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) וכן *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) ראו Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* §12-12, at 861 n.2, §12-17, at 921 n.9, §12-17, at 926-27 (2d ed. 1988)

29 *Harris*, 510 U.S. at 21 (quoting *Vinson*, 477 U.S. at 65, 67)

ענישה לא בשל הפגיעה, אלא משום שבמסגרת זו הפגיעה היא אמצעי המביא לידי אפליה בעבודה. זוהי התייחסות שונה העוזרת להנציח אפליה בתעסוקה במקום העבודה.

עובדים המועסקים בסביבה עוינת מוקפים בסביבה פוגענית שאין להם מנוס ממנה. דוקטרינות התיקון הראשון מאפשרות חקיקה המבוססת על תוכן כדי להגן על 'קהל שבוי'. במילים אחרות, אדם הלכוד בסביבה עוינת הוא 'קהל שבוי' מבחינת התיקון הראשון בכל הנוגע להתבטאות או להתנהגות הגורמת לאפליה. סביבה עוינת מביאה לידי אפליה במקום העבודה כי היא הופכת את העובדים לקהל שבוי. אמנם דוקטרינת הקהל השבוי שפיתחו בתי המשפט נועדה במקורה למצבים אחרים, אך היא הגיונית יותר בהקשר של מקום העבודה.<sup>30</sup>

ככלל אנשים הם קהל שבוי כשמאלצים אותם בחוסר הגינות להאזין, ואין ביכולתם להימנע מכך. לפי גישת בית המשפט העליון, המקרה המייצג של קהל שבוי הוא של התבטאות פוגענית המכוונת לכיתו של אדם.<sup>31</sup> הדוגמה המייצגת האחרת של בית המשפט הייתה של נוסעי אוטובוס ציבורי שאינם יכולים להימנע מלראות כרזות פוליטיות.<sup>32</sup>

פרשנות רחבה מדי של דוקטרינת הקהל השבוי תעניק למדינה כוח עצום להשתיק אנשים בהתבסס על המושג המעורפל 'שבוי'.<sup>33</sup> לכן לא מפתיע שחוקרי התיקון הראשון ניסו לצמצם את הדוקטרינה להתבטאות המכוונת לעבר בית,

30 J. M. Balkin, 'Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment,' 1990 *Duke Law Journal* 375, 424 (1990)

31 ראו למשל *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474, 487 (1988) (התומך באיסור לקיים אספות מחאה המכוונות לביתו של יחיד); והשוו *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77, 87 (1949) (התומך באיסור להשתמש בטנדרים עם כרוז כדי להגן על התושבים).

32 ראו *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298, 301-4 (1974) (plurality opinion) ובהיעדר דעת רוב, הדעה שזכתה לתמיכה בקרב יותר שופטים מהדעות האחרות) (התומך באיסור לפרסם פרסומות פוליטיות באוטובוסים ציבוריים על סמך הטענה שהנוסעים הם בגדר 'קהל שבוי').

33 *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 21 (1971)

מקום שבו החשש מפני פגיעה בפרטיות נמצא, לפי השקפת בית המשפט, בשיאו. כלומר לפי גישה זו, דוקטרינת 'הקהל השבוי' אינה נוגעת כלל לקהל שבוי, אלא לאופי המיוחד של מקומות מסוימים כגון הבית.

תפיסה זו של דוקטרינת הקהל השבוי היא שגויה. היא לוקה בה בעת בהכללת יתר ובהכללת חסר. אנשים אינם בגדר קהל שבוי רק משום שהם נמצאים בכיתם. הם יכולים להשליך לפח דואר זבל, לשנות את מספר הטלפון שלהם, לחסום תכנים בטלוויזיה, להפעיל את אפשרות חסימת הערוצים בכבלים, להתקין תכנות סינון במחשב או – בלית בררה – להתנתק משרות הכבלים, לסגור את הטלוויזיה ולשים קץ להתקשרות עם ספק אינטרנט.

הבית גם אינו דוגמה מובהקת ל'פרטיות'. בעידן המידע אנו מקבלים מידע בבית יותר משאנו מקבלים מחוצה לו. טכנולוגיות חדשות, כגון האינטרנט, מסרטטות מחדש את הגבולות – ואפילו ממוטטות אותם – בין המרחב הציבורי לפרטי. אנשים יכולים להשתתף בדיון ציבורי ובשיח ציבורי באינטרנט כשהם ישובים בביתם בבגדיהם התחתונים. ברוב המקרים הגנה על הילדים היא הצדקה טובה בהרבה לרגולציה על תכנים מדוקטרינת הקהל השבוי.<sup>34</sup>

לעומת זאת, צמצום מצבי הקהל השבוי לתחום הבית מחמיץ את הנקודה המרכזית של מטפורת השבי – שאדם חייב להאזין להתבטאות משום שלמעשה אין ביכולתו לעזוב את המקום. ילדים אולי כפופים למשמעת בבית, אבל אצל רוב המבוגרים המקום שבו הם כפופים למשמעת ושמןנו אינם יכולים להיחלץ כרצונם הוא מקום העבודה. אילוצים כלכליים מונעים מעובדים רבים את האפשרות להימנע מחשיפה להתבטאות פוגענית. עובדים במקום עבודה הם דוגמה טובה הרבה יותר לקהל שבוי מהמקרה הפרדיגמטי כביכול, של אדם היושב בביתו ושומע פתאום התבטאות מגונה בטלוויזיה.

המצב של 'שבי' הוא שאלה מעשית יותר משהוא שאלה של כורח. הוא נוגע לזכות שלא להיות חייב לכרוח יותר משהוא נוגע לאי-היכולת לכרוח. בית המשפט העליון סבר שנוסעי אוטובוס הנחשפים לכרזות פוליטיות הם קהל שבוי; אבל אין ספק שאנשים אלה יכלו לבחור אמצעי תחבורה חלופי, אף

34 J. M. Balkin, 'Media Filters, the V-Chip, and the Foundations of Broadcast Regulation,' 45 *Duke Law Journal* 1131, 1137-39 (1996)

כי במחיר גבוה יותר ובאי-נוחות רבה יותר. גם אנשים בכתיים אינם מנועים פיזית מלצאת מהבית. אך הנקודה המרכזית בדוקטרינת הקהל השבוי היא שאין להעמיד אותם בפני בררה כזאת. הכפייה במצב שהם נמצאים בו אינה הוגנת. באופן דומה, עובדים בשכר מינימום ייאלצו אולי לעבור ממקום עבודה אחד למשנהו כדי להימנע מהטרדה. אך השאלה איננה אם יוכלו למצוא תפקיד אחר בשכר מינימום. השאלה היא מדוע עליהם לעזוב את מקום העבודה כדי להימנע מהטרדה מינית.<sup>35</sup> הטענה שאיננו מעניק לעובדים את הזכות להישאר במקום עבודה שיהיה חף מהטרדה מינית חותרת תחת המטרה המרכזית של הפרק השביעי. יתרה מכך, כפי שצוין לעיל, סוג האפליה התעסוקתית הנדון כאן מעודד בידול מגדרי בהזדמנויות עבודה בעצם הקפת התובע בסביבה עוינת במלל ובהתנהגות. אם התרופה היחידה הנתונה לתובע היא לעזוב את מקום העבודה, מנגנוני הבידול התעסוקתי ימשיכו בפעולתם בלא הפרעה.

דוקטרינת הקהל השבוי אינה צריכה להתמקד במקומות מסוימים כגון ביתו של אדם. עליה להתערב במצבים מסוימים שבהם אנשים נתונים במיוחד להטרדה לא הוגנת ובלתי נסבלת. דוקטרינת הקהל השבוי, כמו דוקטרינות הפרטיות של התיקון הרביעי לחוקה, אמורה להגן על אנשים מפני מצבים – ולא מקומות – של כפייה.<sup>36</sup> 'מקום העבודה' איננו מקום, הוא מסגרת של קשרים חברתיים, של כוח וזכויות יתר עם או בלי מיקום גאוגרפי מוגדר. אם מנהל במקום העבודה מתקשר מביתו כדי לקיים שיחת זימה בטלפון עם עובדת כפופה לו הנמצאת בחדר במלון, התנהגות לא רצויה זו יכולה וצריכה להיחשב לחלק מסביבת עבודה עוינת גם אם האחראי והעובדת הכפופה לו רחוקים מרחק רב מהמשרד.

35 ויקי שולץ תיארה את תופעת 'הדלת המסתובבת' בתפקידי נשים בשכר נמוך הנאלצות להחליף כל הזמן מקום עבודה בשל אפליה או הטרדה מינית. ראו Vicki Schultz, 'Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument,' 103 *Harvard Law Review* 1749, 1826, 1839 (1990). נשים אלה מוצאות את עצמן מחליפות מקומות עבודה בתפקידים שיש עוד אלף כמותם'. אך התופעה של נטישה מאולצת זו אינה טיעון נגד החלתה של דוקטרינת הקהל השבוי על דיני ההטרדה, אלא טיעון בעד החלתה.

36 השווה *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967) (טוען שהתיקון הרביעי לחוקה 'מגן על אנשים ולא על מקומות').



הצורך המעשי להתפרנס והאילוץ הכלכלי – שהוא חלק בלתי נפרד מהקשרים החברתיים במקום עבודה – יוצרים מצבים של קהל שבוי; אך אין פירוש הדבר שיש לראות במקום העבודה "אזור חופשי" מהתיקון הראשון. למעשה, מקום העבודה צריך להיות זירה שיש בה הגנה מיוחדת על חופש הביטוי, ולא הגנה פחותה עליו. דווקא משום שאנשים מבליים זמן רב כל כך מחייהם בעבודה, מקום העבודה הוא אתר חשוב לקיום שיח ציבורי.<sup>37</sup> רבות משיחות העובדים במקום העבודה אינן – ולא צריכות להיות – על נושאים 'מנהליים', 'אינסטרומנטליים' או 'אישיים'. שם יותר מאשר בבית אנו עשויים לרכל, לדבר על עניינים ציבוריים, על ספורט, על פוליטיקה ועל ענייני היום. הבעיה עם דיני התעסוקה הקיימים היא שהם מעניקים למעביד כוח רב מדי לפקח על התבטאויות עובדיו בכל נושא, ולא דווקא בנושאי מין ומיניות.

דרך אחת להצדיק את אחריות המעסיק להטרדה מינית במקום העבודה היא להבחין בכירור בין עולם השיח הציבורי ובין עולם מקום העבודה. כך נוכל לטעון שיש לחוק סיבות טובות לראות באדם ישות עצמאית בהקשר של שיח פוליטי, אבל יש לחוק סיבות טובות לא פחות לראות באדם ישות לא עצמאית במקום העבודה.<sup>38</sup> מכל מקום, משום שמקום העבודה הוא גם זירה חשובה לשיח ציבורי, החוק אינו יכול פשוט להתעקש לראות בעובד ישות לא עצמאית בכל אינטראקציות השיח שלו במקום העבודה. לו כך היה, הקונגרס היה יכול להסדיר למעשה את כל סוגי השיח במקום העבודה. בשפת הדוקטרינה של קהל שבוי, עובדים היו נחשבים תמיד לקהל שבוי.

לכן חשוב לזכור שבבסיס דוקטרינת הקהל השבוי נמצאים קשרים חברתיים ולא דווקא מקום גאוגרפי. הטרדה מינית עוזרת לשמר את הריבוד המיני במקום

37 Cynthia Estlund, 'Freedom of Expression in the Workplace and the Problem of Discriminatory Harassment,' 75 *Texas Law Review* 687, 717-718 (1997). אכן, קן גרינוולט טוען שעובדים הם 'קהל שבוי', כי מן הסתם אין להם הרבה מקומות אחרים להבעה עצמית, ומשום ש'כאשר אנשים עובדים, המקום היחיד שהם יכולים להביע בו את עצמם הוא מקום העבודה'. Kent Greenwalt, *Fighting Words* 86 (1995) (ההדגשה הושמטה).

38 Robert C. Post, 'The Perils of Conceptualism: A Response to Professor Fallon,' 103 *Harvard Law Review* 1744, 1746 (1990)

העבודה תוך ניצול תלותו הכלכלית של העובד כמנוף רב עוצמה. לכן החוק יכול להתייחס לעובדים כגורם תלוי ולא עצמאי בכל הקשור להתבטאויות המזינות ריבוד מסוג זה, אך לא בנוגע להתבטאויות אחרות.

המבקרים את הטלת האחריות לסביבה עוינת מחמיצים לדעתי את הנקודה הזאת כשהם טוענים ש'דיני ההטרדה, אם מתייחסים אליהם כאל ניסיון להגן על קהל שבוי, [...] לוקים בהכללת חסר' שכן ניתן להחילם רק על התבטאות ה'יוצרת סביבה עוינת על בסיס גזע, מין, דת או לאום'.<sup>39</sup> העניין טמון בדיוק בכך שאנשים כמעט אף פעם אינם קהל שבוי, אפילו לא במקום העבודה. הם קהל שבוי רק כשמדובר במצבי אילוף לא הוגנים מסוימים, המנצלים את תלותם הכלכלית במעביד כקרח קפיצה. אפליה מינית היא אחד מאותם מצבים. מצב אחר הוא ניצול האילוף הכלכלי למנוע או לעכב החלטות בדבר התאגדות באיגוד מקצועי, כפי שהודגם במקרים הנוגעים לדיני עבודה כגון *NLRB v. Gissel Packing Co.*<sup>40</sup> בעניין *Gissel* תמך בית המשפט העליון בדרישת NLRB [הוועד הלאומי ליחסי עבודה – שהוקם על פי חוק יחסי עבודה להסדרת היחסים בין מעבידים לארגוני עובדים במגזר הפרטי (הערת העורכת)] שהמעביד ינהל משא ומתן עם איגוד עובדים שהפסיד בבחירות. נקבע שנפל בבחירות פגם בגלל הודעת (אמת) של המעביד שבחירת איגוד עובדים עלולה להביא לידי סגירת המפעל שלו או – אם יחליט האיגוד להכריז שביתה – להעברת אתר הפעילות שלו. קינגסלי בראון (Kingsley Browne), מבקר המתנגד להטלת אחריות לסביבה עוינת, עומד על כך ש'ההנמקה בעניין *Gissel* אינה תומכת בזכות ממשלתית כללית לפקח על התבטאויות במקום העבודה'.<sup>41</sup> אני נוטה להסכים אתו. הקביעה בעניין *Gissel* היא שכאשר נוהלי העסקה לא הוגנים מנצלים את גורם האילוף הטבוע בקשרי העבודה, הממשלה רשאית להתערב ולפקח על ההתבטאויות במקום העבודה כדי לקדם ערכים של שוויון וכדי להגן על זכויות העובדים להתמקח על שכרם בחופשיות. באופן דומה, דוקטרינת הקהל השבוי ישימה רק במקרים שבהם שילוב של התבטאות והתנהגות יסייע להנצחת הריבוד התעסוקתי או לצורות אחרות של אפליה תעסוקתית.

39 Volokh, 'Freedom of Speech', לעיל הערה 1, עמ' 1843.

40 U.S. 575 (1969) 395

41 Browne, לעיל הערה 1, עמ' 514.

בקיבור, אל לנו לבלבל בין תלותם הכלכלית של עובדים ובין יכולתם להשתתף בשיח ציבורי בנושאים החשובים להם. דווקא בשל תלותם הכלכלית של עובדים במקום העבודה שבו הם עשויים גם לנהל שיח ציבורי, ירצה אולי הקונגרס להעניק להם עצמאות רבה יותר במרחב מקום העבודה ולהבטיח להם אי אלו זכויות להתבטא נגד המעבידים שלהם. פירוש הדבר למשל שיש מקום לפטור מעסיק מאחריות לסביבה עוינת בשל התבטאות פוליטית של עובד המכוונת לנושאים של עניין ציבורי, כעניין של פרשנות החוק, ושהקונגרס ירצה אולי אף לנקוט צעדים אקטיביים כדי להגן על התבטאויות פוליטיות ולהוציאן מכלל ההתבטאויות שמעסיקים יכולים לאסור.

ודאי שיש התבטאויות פוליטיות העשויות לתרום לריבוד המיני במקום העבודה, לפחות בשוליים, אך ברוב המקרים הן לא יהיו הגורם המכריע. בבדיקת העובדות של מקרים שאירעו בפועל, סביר יותר שנגלה תעלולים, הקנטות, הצעות מיניות ועלבונות אישיים ולא תעמולה פוליטית כדרך הבסיסית ליצירת סביבה עוינת. משום שיש ערך להתבטאות פוליטית ומשום שהיא תורמת רק באופן שולי לריבוד המיני, על בית המשפט לפטור מעסיקים מאחריות לה.<sup>42</sup>

יש פרשנים הטוענים שיש להבחין בין התבטאות מכוונת לבין התבטאות לא מכוונת: רק התבטאות המכוונת לאדם מסוים או לקבוצה מסוימת (כגון עלבונות המוטחים בפניו של אדם) תשמש בסיס להטלת אחריות לסביבה עוינת, ואילו התבטאות כללית ולא מכוונת תהיה פטורה מאחריות. לדעתי הבחנה טובה יותר היא בין התבטאות 'גלויה' להתבטאות 'נסתרת'. הראשונה היא התבטאות התורמת בבירור לשימור הריבוד המיני – כלומר שמה את הנשים במקומן. האחרונה היא התבטאות שנועדה לאזוני מי שרוצה לשמוע אותה או הנאמרת בשיחה פרטית בין אנשים המעוניינים להשתתף בה. ניקח את הדוגמה של פורנוגרפיה, הדוגמה הקלסית להתבטאות לא מכוונת. עלינו להבחין בין עובדים המחזיקים חומר פורנוגרפי חבוי במגרה, לבין עובדים המציגים לראווה את החומר הפורנוגרפי

42 Richard H. Fallon, Jr., 'Sexual Harassment, Content Neutrality, and the First Amendment Dog That Didn't Bark,' 1994 *Supreme Court Review* I, 47 (הטוען לפטור מצומצם מעט יותר להתבטאות ש'עוצבה או נועדה לתרום לוויכוח מנומק בנושאים שיש בהם עניין לציבור) (ציטוט הטיטה של קווים מנחים בעניין הטרדה מינית שהוציאה אוניברסיטת הרוורד).

בסביבת העבודה באופן שעמיתיהם לעבודה יראו אותו. עלינו להתייחס לעובדים ממין זכר המספרים זה לזה בדיחות גסות שלא נועדו לאוזני עמיתות לעבודה באופן אחר מהתייחסותנו לעובדים העושים זאת בגלוי כדי להטרד ולהעליב את הנשים העובדות עמם. לא כל התבטאות נועדה לאוזני כול, בפרט התבטאות הנאמרת שלא בציבור והרחק מעמיתים אחרים לעבודה. עובדים יכולים למנוע חשיפה להתבטאות כזאת במעט מאוד מאמץ מצדם, והנטל צריך להיות מוטל עליהם לעשות כן. לפיכך כעניין של פרשנות החוק, בתי המשפט אינם צריכים לראות בהתבטאות 'נסתרת' או 'לא ציבורית' בין שותפים מרצון לשיחה גורם היוצר סביבה עוינת, גם אם באופייה אין היא התבטאות פוליטית לגמרי. גישה זו צריכה לחול גם על התבטאויות ורכילויות 'לאחר שעות העבודה' בין שותפים מרצון לשיחה, התבטאויות שלא נועדו לאוזני עמיתים לעבודה.<sup>43</sup>

ההבחנה בין התבטאות גלויה לסמויה חשובה יותר מההבחנה בין התבטאות מכוונת ללא מכוונת כי היא תואמת יותר את מטרות הטלת האחריות לסביבה עוינת. כשלעצמה, הערה או התבטאות של עובד אולי לא תיצור סביבה עוינת, אבל הצטברות של הערות רבות עשויה לעשות כן. מנקודת הראות של עובדת או של עובד שחור, העוינות בסביבה נחוות כמכלול ולא כפיסות בודדות. הסביבה כמכלול – והתחושה המחלחלת שנשים או בני מיעוטים נחשבים לנחותים או ללא רצויים במקום העבודה – היא המשמרת או המזינה את הריבוד על רקע מין או גזע. ההבחנה בין התבטאות גלויה לסמויה מנבאת את ההשפעה המצטברת של התבטאויות מנקודת הראות של קרבן הסביבה העוינת, החווה זאת כמכלול. לעומת זאת ההבחנה בין התבטאות מכוונת להתבטאות לא מכוונת מתייחסת לסוגיית הסביבה העוינת מנקודת הראות של העבריין היחיד, שאולי לא יבין כיצד התבטאותו הלא מכוונת תורמת לתחושה הכללית שהעובד אינו רצוי או שהוא אזרח מדרגה שנייה.

ההתנגדות האחרונה מן ההיבט החוקתי לחוק הסביבה העוינת היא שהדוקטרינות שלו, שנקבעו בפסיקה, מבוססות על תוכן ועל השקפה. שוב, הטענה רחבה מכדי שתשמש להוכחה: אותה האשמה אפשר להטיח בעולת לשון

43 עם זאת, התבטאות כזאת עשויה להעיד על אפליה מינית, או על התבטאות או התנהגות אחרת שתיצור סביבה עוינת.

הרע, בעולות ההונאה וברוב העוולות התקשורתיות. מושבעים במשפטי לשון הרע נדרשים להתבסס בהחלטתם על תוכן הדברים – אילו אמירות יביישו או ישימו ללעג אנשים בעיני הקהילה – ולהעריך את שיעור הפיזיויים המגיע על סמך דרגת הפגיעה במוניטין. יתרה מכך, חבות בגין לשון הרע תלויה בהכרח בהשקפה. אם נתבעת תשמיע את המשפט השקרי 'סמית' הוא נוכל', היא עלולה להימצא אחראית, אך לא כן אם תשמיע את המשפט השקרי 'סמית' הוא אדם הגון'. הפרק השביעי מגן על עובדים מפני סוג מסוים ומוגבל של פגיעות במעמד כדי להבטיח שוויון במקום העבודה. כמו במקרה של לשון הרע, אם ראוי בכלל להגן על פגיעה במעמד, יש הכרח ליצור כמה הבחנות בהתבסס על התוכן או ההשקפה. לכן הגיוני מאוד שהשלט 'שרה היא עובדת החרודש' לא יביא לידי חבות בגין לשון הרע, ואילו השלט 'שרה היא אישה מטומטמת'<sup>44</sup> עשוי לשמש חלק מעילת תביעה בגלל סביבה עוינת. הבחנות המבוססות על תוכן מסוג זה נעוצות בעצם הסיבה לכך שדיני האפליה התעסוקתית מגנים על עובדים מפני פגיעה במעמדם או בכבודם.<sup>45</sup>

### הבעיה החמורה יותר: שליטת המעביד

יש אירוניה מסוימת בתלונות ליברטריאניות על חופש הביטוי של עובדים. בארצות הברית המדינה הציעה בדרך כלל מעט מאוד הגנה על חופש הביטוי

44 ראו *Harris*, 510 U.S. at 19

45 השוו עניין *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 389 (1992) (שבו נקבע שאפליה המבוססת על תוכן המסווגת כהתבטאות לא מוגנת היא מוצדקת כשהיא מקדמת את המטרה שבגללה ההתבטאות אינה מוגנת). לא מפתיע שאפילו יוג'ין וולוך מוותר על התנגדותו להגבלות המוטלות על הטרדה, המבוססות על תוכן ועל השקפה, כשההטרדה מכוננת לאדם מסוים. ראו *Volokh, 'Freedom of Speech'*, לעיל הערה 1, עמ' 1866-1867. יתרה מזו, שימו לב שלפי ההיגיון שבעניין *R.A.V.* אי-אפשר לטעון שהפרק השביעי מבוסס על תוכן באופן לא חוקתי, שכן הוא אינו מכסה את כל תחומי הטרדה אלא רק הטרדה על בסיס גזע, מין, לאום ודת. הקונגרס רשאי להחליט שיש יותר אי-צדק באפליה על בסיס שיקולים אלה, ושנגרמת בגינם פגיעה רצינית או קשה יותר בקרבן או בעיה חברתית קשה יותר מבסוגי אפליה אחרים שהוא החליט שלא לאסור. ראו *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476, 487-88 (1993)

של העובר. הכלל במשפט המקובל המסורתי היה שאפשר לפטר עובד לפי רצון המעביד, כל עוד אין תנאי חוזי הקובע אחרת. אם אין לעובדים מספיק כוח מיקוח כדי לדרוש הכללת סעיפי 'עילה צודקת לפיטורין' בחוזה שלהם, המעביד יכול להטיל עליהם סנקציות או לפטר אותם מכל סיבה שהיא, לרבות אי-נחת לשמע דברים שהם משמיעים ואפילו בגין התבטאות פוליטית.<sup>46</sup> משטר המשפט המקובל הוא עדיין בררת המחדל הנהוגה כיום, והוא מעניק למעבידים את אחד הכלים רבי העוצמה ביותר לעיצוב תרבות מקום העבודה והתנהגות העובדים. החוק האמריקני מנוגד בכך ניגוד מוחלט לחוק ברבות מהמדינות האחרות. באירופה למשל העובדים נהנים לא פעם מזכויות מהותיות יותר המגנות עליהם מפני פיטורים שרירותיים.<sup>47</sup>

דוקטרינות של הטרדה מינית אינן מציבות אפוא קונפליקט קל ופשוט בין החופש של עובדים אחדים לבין השוויון של עובדים אחרים. השאלה איננה אם ייהנו העובדים מחופש ביטוי, אלא כיצד ישלוט המעביד בהתבטאויות עובדיו – אם יעשו זאת המעבידים בעקבות התמריצים שבפרק השביעי או ממניעים משלהם.

האשמת הפרק השביעי בהטלת צנזורה על העובדים מסיחה את דעתנו מנושא נרחב יותר: המעביד נהנה משליטה רבה ולעתים רודנית על התנהגות עובדיו ועל התבטאויותיהם. לכל אורך ההיסטוריה שלה גילו המעבידים בארצות הברית עניין רב בשליטה על תרבות מקום העבודה. הם מעוניינים, לא פחות מהממשלה, להשריש נורמות חברתיות הולמות להתבטאות ולהתנהגות נאותה. לא פעם הם מרשים לעצמם אפילו לכפות על העובד קוד לבוש וכללי נימוסים והליכות בחברה. למעשה חוקים נגד אפליה הם משקל הנגד החשוב ביותר לכווח של המעביד לעצב את תרבות מקום העבודה באמצעות החלטותיו לשכור או לפטר עובדים. בהיעדר התמריצים של דיני הטרדה המינית יוכפפו העובדים לשליטה הכלכלית והחברתית של המעבידים. במילים אחרות, הטענה שדיני

46 Cynthia L. Estlund, 'Free Speech and Due Process in the ראו Workplace,' 71 *Indiana Law Review* 101, 116-117 (1995)

47 Frances Raday, 'Individual and Collective Dismissal – A Job ראו למשל Security Dichotomy,' 10 *Comparative Labor Law Journal* 121 (1989)

ההטרדה המינית סותרים את התיקון הראשון לחוקה אינה אלא הגנה על זכויות המעביד המוצגת במסווה של הגנה על חירויות העובד.

לטווח ארוך, המעסיקים לא בהכרח יפסידו הרבה משליטתם על מקום העבודה בגלל דיני ההטרדה המינית. להפך, הציות לתקנות הממשלה אין בו לרוב משום סכנה אלא משום הזדמנות. מעבידים ינצלו את דיני ההטרדה המינית כאמצעי חדש לשליטה בכפופים להם, על ידי שילוב הציות לחוק במטרות בירוקרטיות וכלכליות אחרות. הרבה סיפורים של נוהלי ציות לא הוגנים אפשר להבין בדיוק בדרך זו. תירוץ החובה להישמע לחוק ההטרדה המינית מאפשר למעסיקים לאכוף על העובדים אמצעי שליטה חדשים בהתנהגותם, בעידן שבו העובדים מבלים זמן הולך ורב בעבודה ונוטים יותר ויותר להכיר את בני זוגם במקום העבודה.

כשמנצלים את התיקון הראשון לחוקה כדי לקרוא תיגר על דיני ההטרדה המינית, אל להם לתומכים בזכויות האזרח לסטות מנושאים חשובים יותר כגון שליטת המעביד וחירויות העובד. כדי להיטיב ולהגן על התיקון הראשון לחוקה אין אלא לציית לחוק ככתבו – בהענקת פיצויי נזיקין רק כשהטרדה חמורה או עמוקה פוגעת פגיעה של ממש בתנאי ההעסקה. אך אל לנו גם לשכוח להגן על העובדים – על כל העובדים – בכך שנפעל להענקת זכויות ביטוי רבות יותר נגד המעבידים ממה שמצא לנכון להעניק להם החוק האמריקני. לעובדים רבים אלה הן זכויות הביטוי החשובות באמת.

## הפגיעה הקולקטיבית שבהטרדה מינית

דורות'י רוברטס

הטרדה מינית מסכה פגיעה קולקטיבית. לפני עשרים וחמש שנה הסבירה קת'רין מקינאן (Catharine MacKinnon) בספרה החלוצי *Sexual Harassment of Working Women* שהטרדה מינית היא סוג של אפליה על בסיס מין, שכן היא נובעת מהאי-שוויון של נשים במקום העבודה ובחברה בכלל ומסייעת להנצחתו.<sup>1</sup> מקינאן ומלומדים נוספים הגדירו הטרדה מינית ככוללת יחסי מרות מיניים וצורות התנהגות אחרות המקדמות נורמות של גבריות ונשיות וכופות חלוקת תפקידים מגדרית בעבודה.<sup>2</sup> הנזק הנגרם בעטייה של הטרדה מינית הוא קולקטיבי משום שהיא משפיעה על מעמדן של כל הנשים במקום העבודה שבו היא מתרחשת, בשוק העבודה ובחברה בכלל. אמנם הטרדה מינית גורמת נזק אישי לקרבן, אך 'היא עוולה חברתית ונזק חברתי המתרחשים ברמה האישית'.<sup>3</sup> היבט זה של הטרדה מינית – האפליה על בסיס מין – הוא שמכניס אותה לגדרי התחולה של הפרק השביעי [לחוק זכויות האזרח האמריקני (הערת העורכת)].

Dorothy Roberts, 'The Collective Injury of Sexual Harassment,' in: Catharine A. MacKinnon and Reva B. Siegel (eds.), *Directions in Sexual Harassment Law*, New Haven and London: Yale University Press, 2004, pp. 365-381.

1 ברצוני להודות ל-Sara Buehler מבית הספר למשפטים סטנפורד, מחזור 1998, על עבודתה המעולה כעוזרת מחקר.

Catharine A. MacKinnon, 1979. *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven and London: Yale University Press  
חלקים מספר זה מופיעים בקובץ שלפנינו (הערת העורכת).

2 Katherine M. Franke, 'What's Wrong with Sexual Harassment?' 49 *Stanford Law Review* 691 (1997); Vicki Shultz, 'Reconceptualizing Sexual Harassment,' 107 *Yale Law Journal* 1683 (1998)

3 MacKinnon, לעיל הערה 1, עמ' 173.



בחיבור זה אני מבקשת לשוב ולהדגיש את חשיבות ההכרה בפגיעה הקולקטיבית שבהטרדה המינית, בייחוד במסגרת השאלה אם הטרדה מילולית מוגנת בתיקון הראשון לחוקה. אתמקד בתביעה הנפוצה ביותר של הטרדה מינית במקום העבודה – הטרדת נשים על ידי גברים. הנזק הנגרם לנשים מתמוסס לא פעם בפולמוס הלמדני סביב התיקון הראשון לחוקה. מצד אחד על הטיועונים השוללים מתן הגנה חוקתית להטרדה מילולית נוטה להשתלט הדיון המופשט בדבר הגבולות הדוקטרינריים של חופש הביטוי.<sup>4</sup> מצד אחר טיועונים התומכים במתן הגנה חוקתית להטרדה המילולית מחזקים את דימוי האישה כטיפוס חריג ורגיש מדי המעכיר את האווירה במשרד.<sup>5</sup> נקודת ראות זו מציבה את תלונתה של אישה יחידה מול זכותם של כל האחרים להתבטא בחופשיות, והיא מגמדת את האינטרס של המדינה למנוע הטרדה מילולית ומפריזה בחשיבות אינטרס החירות של המטרידים. התגובה העיקרית לקושי שהתיקון הראשון לחוקה מציב לפני רגולציה ממשלתית של התבטאות גזענית פוגענית הייתה להסביר לפרטיו את טיב הפגיעה שהתבטאות מסוג זה מסבה.<sup>6</sup> הבנת הנזק הנגרם לקרבתות של ביטויי שטנה הובילה מצדה אנשי אקדמיה לשקול מחדש כיצד כללי התבטאות משתלבים במסגרת חוקתית רחבה יותר, המבטיחה הן חופש ביטוי והן שוויון. דיני הטרדה המינית מחייבים כעת בחינה דומה.

4 Richard H. Fallon, 'Sexual Harassment, Content Neutrality, and the First Amendment Dog that Didn't Bark,' 1994 *Supreme Court Review I*; וכן חיבורו של Frederick Schauer בספר זה [מופיע בקובץ שלפנינו (הערת העורכת)].

5 Kingsley R. Browne, 'Title VII as Censorship: Hostile Environment Harassment and the First Amendment,' 52 *Ohio State Law Journal* 481 (1991); Eugene Volokh, Comment, 'Freedom of Speech and Workplace Harassment,' 39 *UCLA Law Review* 1791 (1992)

6 ראו באופן כללי *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment* (Mari J. Matsuda et al. eds., 1993); Laura J. Lederer and Richard Delgado, *The Price We Pay: The Case Against Racist Speech, Hate Propaganda, and Pornography* (1995)

היבט מאיר עיניים של יוזמה זו הוא התפקיד המושרש היטב של סוגיית הגזע בתולדות דיני ההטרדה המינית. המטרה הכפולה של הפרק השביעי היא לשרש את שני סוגי האפליה – על בסיס גזע ועל בסיס מין. בתי המשפט ועורכי הדין פירשו הטרדה מינית כאפליה על בסיס מין באמצעות חקר האפליה כלפי שחורים על בסיס גזעם.<sup>7</sup> נשים שחורות היו הראשונות שהגישו תביעות על הטרדה מינית כהפרה של הפרק השביעי, והתנסותן במהלך השנים בהשפלה במקום העבודה, שהתבססה על הגזע והמין שלהן כאחד, סייעה לעצב את דוקטרינת ההטרדה המינית. בחינת המוצא הגזעני של דיני ההטרדה המינית מבהירה את הפגיעה הקולקטיבית שההטרדה המינית מסבה. אפשר ללמוד מכך גם שבדיון החוקתי עלינו להעריך את האינטרסים המתחרים המונחים על הכף במושגים של מחויבות מוסרית וחוקית לצדק חברתי, מחויבות המתחשבת במאבקי כוח במקום העבודה. אמנם גישה זו דוחה את רעיון ההגנה החוקתית על הטרדה מילולית במקום העבודה, אך היא גם מזוהירה מפני אפיון מקום העבודה כמרחב הפטור משיקולים של חופש ביטוי.

### טיב הפגיעה הקולקטיבית שבהטרדה המינית

נשים במקומות עבודה נפגעות אישית מהטרדה מינית: הן מרגישות פגועות, מושפלות ומאוימות. רבות מהן סובלות ממצוקה נפשית, מפגיעות פיזיות ומהפרעות לעבודתן, ההופכות את ההישארות במקום העבודה לקשה אם לא בלתי אפשרית. רבות אחרות מפוטרות אחרי שהן מתלוננות על אווירה פוגענית או אחרי שהן דוחות הצעות בעלות אופי מיני. קרבנות ההטרדה המינית במקום העבודה משלמות מחיר כבד במושגים כלכליים, גופניים ורגשיים. אך הנזק מהטרדה מינית הוא לא רק אישי, ובכמה מובנים הוא גם קולקטיבי. ראשית, הטרדה מינית במקום עבודה פוגעת בדרך כלל ברבות מהנשים המועסקות בו, אם לא בכולן. כשההטרדה מתבטאת בהתנהגות רווחת או בחשיפה בפרהסיה

7 ראו למשל MacKinnon, לעיל הערה 1, עמ' 133; *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 67 (1986)

של חומר בעל אופי מיני – כגון פוסטרים פורנוגרפיים המודבקים על הקירות – נוצרת אווירה המשפיעה על כולם.<sup>8</sup> גם אם ההטרדה מכוונת לעובדת מסוימת, ייתכן שתהיה לה השפעה שלילית על עובדות אחרות. היות שהקרבתן הישיר היא יעד להטרדה עקב מינה, גם נשים אחרות עלולות לחוש כיעדים פוטנציאליים להתנהגות עוינת או כמושאי המסר המפלה. הן מבינות מכך שכנשים הן נשפוטות על פי קנה מידה סקסיסטי המפחית מערך עבודתן, ושהן עלולות להיות קרובות להתעללות הבא. במושגי הפרק השביעי הטרדה מינית כופה על כלל הנשים במקום העבודה – ולא רק על התובעת – תנאי העסקה נחותים מהתנאים המוצעים לגברים.

חוקרים מאוניברסיטת אילינוי הציעו באחרונה את המושג 'הטרדה מינית מקיפה' לתיאור החשיפה העקיפה להטרדה מינית של כלל הנשים העובדות עם הנפגעת – נשים שהן ערות להתנהגות, שומעות עליה או מודעות לה.<sup>9</sup> המחקר האמפירי שלהם – על עובדות בחברה למתן שירותים ציבוריים ובמפעל לעיבוד מזון – אישר את הסברה שהטרדה מינית מקיפה השפיעה לרעה על עבודתן ועל בריאותן הפיזית והנפשית באופן דומה להשפעות על נשים שהיו יעד ישיר להטרדה. נשים הנחשפות להטרדה מינית מקיפה במקום העבודה 'מדווחות על שיעורים גבוהים יותר של היעדרות מהעבודה ועל כוונה להתפטר, וצפוי שייסימו מוקדם את יום העבודה, יצאו להפסקות ממושכות ויחמיצו פגישות'.<sup>10</sup> כפי שהגדירה זאת אחת החוקרות, לואיז פיצג'רלד (Louise Fitzgerald), הטרדה מינית המכוונת כלפי עובדת מסוימת מזהמת את מקום העבודה כמו עישון פסיבי.<sup>11</sup>

8 ראו *Daemi v. Church's Fried Chicken, Inc.*, 931 F.2d 1379, 1385 (10<sup>th</sup> Cir. 1991) ('אפילו לאישה שמעולם לא שימשה מטרה להטרדה מינית עשויה להיות עילת תביעה מכוח הפרק השביעי אם היא נאלצה לעבוד באווירה רוויה בהטרדה מסוג זה').

9 Theresa M. Glomb et al., 'Ambient Sexual Harassment; An Integrated Model of Antecedents and Consequences,' 71 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 309 (1997)

10 שם, עמ' 323.

11 הערות שהושמעו בסימפוזיון בנושא הטרדה מינית שהתקיים בבית הספר למשפטים באוניברסיטת ייל, 28 בפברואר 1998.

שנית, הפגיעה עקב הטרדה מינית היא קולקטיבית כי היא משמרת את מעמדה הנחות של האישה בשוק העבודה ובחברה בכלל. ההטרדה המינית משגשגת כשהעבודה מחולקת על פי גזע ומין, כך שנשים מודרות לתפקידים משתלמים פחות ומוערכים פחות, והנשים השחורות בתחתית הרשימה.<sup>12</sup> התנהגות פוגענית מצד גברים תורמת לביסוס הגבולות האלה, הפוגעים במידה זו או אחרת בכלל הנשים. כפי שמסבירה ויקי שולץ (Vicki Schultz), 'באמצעות הגנה על משרותיהם מפני פלישת נשים או באמצעות העסקת נשים רק בתנאים נחותים גברים משמרים את הרושם שעבודתם דורשת כישורים גבריים ייחודיים', ובכך 'מבטיחים לעצמם תחושה של זהות (ואף עליונות) כגברים'.<sup>13</sup> התבטאויות, התנהגות או חפצים האופפים את סביבת העבודה ומייצגים עליונות מינית ואחרת לגברים נועדו לסמן את המקום כמוגבל לגברים בלבד.

מאחר שהטרדה מינית נובעת מהחלוקה ההיררכית הזאת, התנסותה של אישה אחת בהטרדה לעולם אינה מקרה יוצא דופן. אם אישה אחת סובלת מהטרדה במקום העבודה, קרוב לוודאי שגם עמיתותיה סובלות מהטרדה, וכך גם נשים אחרות במקום העבודה. יכולת ההתפשטות של ההטרדה המינית היא הוכחה לכך שהיא מסבה פגיעה קולקטיבית. סקרים על נשים עובדות שנערכו בשנות השבעים הוכיחו שהטרדה הייתה דבר שבשגרה<sup>14</sup> ולכן תלויה במגדר, ואפשרו לפעילים בתחום להגדיר הטרדה מינית כאפליה על רקע מיני. זיהוי פגיעה זו במעמד הכלכלי הקולקטיבי של נשים עולה בקנה אחד עם התכלית של מניעת אפליה בפרק השביעי ובדיני הטרדה המינית.

- 12 ראו Teresa Amott and Julie Mattaei, *Race, Gender, and Work :A Multicultural Economic History of Women in the United States* (1991); Barbara A. Gutek, *Sex and the Workplace* 22-41 (1985).
- 13 ראו Shultz, 'לעיל הערה 2, עמ' 1691.
- 14 Elvia R. Arriola, "What's the Big Deal?" Women in the New York City Construction Industry and Sexual Harassment Law, 1970-1985,' *Columbia Human Rights Law Review* 21, 39 (1990). ראו גם Kara Swicher, 'Laying Down the Law on Harassment: Court Rulings Spur Firms to Take Preventative Tack,' *Washington Post*, February 6, 1994 (שמצטטת סקר שלפיו 60%-40% מהנשים חוות הטרדה מינית בעבודה).

צ'רלס לורנס (Charles Lawrence) מעלה נקודה דומה בנוגע להתבטאות גזענית. בטענו שהתבטאות גזענית והתנהגות מפלה כרוכות זו בזו לבלתי הפרד, הוא מציע להתייחס לפעולות גזעניות נפרדות כחלק ממכלול. היות שהתנהגות מפלה מקדמת רעיונות של עליונות האדם הלבן, השפעתה ברמה החברתית גדולה יותר מזו של סך הפעולות הגזעניות הנפרדות. 'הפעולות הגזעניות של מיליוני יחידים מצטברות זו לזו ומחזקות זו את זו, שכן הסטטוס קוו של עליונותו הממוסדת של האדם הלבן נותר בעינו זמן רב לאחר שוך הפעילויות הגזעניות המכוונות.<sup>15</sup> בדומה לכך הטרדה מינית שמבצעים מטרידים אינדיווידואליים מביאה לידי החרגה שיטתית של נשים מהשתתפות מלאה בשוק העבודה תוך שהיא מסייעת לקבע את מעמדן הכלכלי והחברתי הנחות.

לבסוף הטרדה מינית גורמת לפגיעה קולקטיבית שכן היא פוגעת בכבודן של נשים על בסיס המעמד הקבוצתי שלהן, כנשים וכחברות בקבוצות אחרות בעלות מעמד נמוך. בהטרדה מינית של אישה אחת יש מסר משפיל לכלל הנשים. הטרדה מינית מבטאת יחס קבוצתי לנשים כמתאימות אך ורק לביצוע תפקידים נחותים שנחשבים נשיים, וכמי שאינן כשירות לבצע עבודה גברית. יחס זה לנשים משתקף בהצהרתו של מנהל עבודה שאמר: 'אין בנמצא ולו אישה אחת שתצליח להסתדר עם דפי זהב!<sup>16</sup> זו ראייה לשיטה פוגענית נפוצה המתבטאת בהתייחסות מכלילה לנשים העובדות, הגם שחלקן נמצאות בעמדות בכירות יותר.<sup>17</sup> לדוגמה לא מן הנמנע שנשים בתפקידי ניהול יתבקשו, בדומה למזכירות, להגיש קפה או לצלם מסמכים. סטראוטיפים המבוססים על השתייכות קבוצתית משפיעים על מדיניות ועל גישות חברתיות המגבילות את יכולתן של כלל בנות הקבוצה להשתלב בחברה באופן שוויוני. הנצחת האמונה שנשים מטבע ברייתן אינן מתאימות לתפקידים חשובים ושראויותהינה כפופות לגברים – במשרד או במפעל – מציבה מכשול לפני מאבק הנשים לשוויון.

- Charles R. Lawrence III, 'If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist 15  
Speech on Campus,' in *Words that Wound*  
61, 53 עמ' 6, לעיל הערה 6, עמ' 53, 61.  
*Stacks v. Southwestern Bell Yellow Pages, Inc.*, 27 F.3d 1316, 1318 16  
(8<sup>th</sup> Cir. 1994)  
Schultz, לעיל הערה 2, עמ' 1711, הערה 130. 17

## חשיבות הפרספקטיבה של תביעות הנשים השחורות

נשים שחורות מילאו תפקיד מכריע בהכרת בתי המשפט בהטרדה מינית כביטוי לאפליה על בסיס מין.<sup>18</sup> כיצד הזהות הגזעית של התובעות השחורות שפכה אור על משמעות ההטרדה מינית? חוויית הפגיעה של אותן נשים במקום העבודה כפגיעה מורכבת סייעה להבהיר עד כמה חמורה ההתנהגות בעלת האופי המיני של הגברים שעבדו לצדן, התנהגות שפורשה בעבר כמחוות רומנטיות שלא במקומן. יתרה מזו, ההבנה של אמריקנים שחורים את תנאי העבודה הלא שוויוניים שלהם – לרבות ניצולן המיני של עובדות שחורות – כעוול קולקטיבי סייעה למקם את ההטרדה המינית בתחום ההגדרה של אפליה בתעסוקה. חוויה זו אף הראתה שעוינות המכוונת כלפי נשים עובדות אינה חייבת להיות בעלת אופי מיני כדי שתהיה בגדר אפליה.

### היקש מאפליה על בסיס גזע להטרדה מינית

ניסיונות מוקדמים להסתייע בפרק השביעי להגנה על הטרדה מינית נדחו בטענה שפניות בעלות אופי מיני מצד מנהל או עמית לעבודה שיקפו 'נטייה אישית' או 'יחסים אישיים לא הרמוניים' בין שני פרטים.<sup>19</sup> עורכי דין ובתי משפט פנו לדיני האפליה הגזענית להנחיה כיצד להגדיר מחדש אפליית נשים בעבודה וליצירת כללים בנושא הטרדה מינית. היבט מכריע של ההשוואה בין השתיים היה ההכרה בכך שבשני אופני ההתנהגות יש משום פגיעה המבוססת על השתייכות קבוצתית. מקינון ציינה שבמקרים של אפליה גזענית 'שחורים מקופחים באופן מצטבר, שיטתי וכבוצה, ולא סתם באופן מקרי, בדיד, אקראי ונבדל',<sup>20</sup> וטענה כי על בתי המשפט ליישם את רעיון הפגיעה המפלה גם כלפי הטרדה מינית של נשים בעבודה.

18 להלן הערה 26.

19 ראו *Corne v. Bausch & Lomb, Inc.*, 390 F. Supp. 161 (D. Ariz. 1975);

*Barnes v. Train*, 13 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 123, 124 (D.D.C.

1974) נהפך ב- *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 1983 (D.C. Cir. 1977)

20 *MacKinnon*, לעיל הערה 1, עמ' 133.

אפליה גזענית שימשה תקדים כדי להבין לא רק מהי הטרדה מינית אלא גם כיצד היא נראית. שיטות הפגיעה בעובדים שחורים עיצבו את התרחבות ההגדרה של הטרדה מינית מהצעת קווייד-פרוקו (זה תמורת זה) להכללת תביעות בגין סביבה עוינת. בתי המשפט השתמשו בניתוח ההטרדה הגזענית כדי לקבוע שאווירה הפוגעת בשוויון במקום העבודה, לרבות פגיעה מילולית והתנהגות שאינה מביאה לידי פגיעה מוחשית בעבודה, עשויה להיחשב להטרדה מינית. כאשר הגיע בית המשפט העליון לכלל מסקנה זו בעניין *Meritor Savings Bank v. Vinson*, הוא הסתמך במפורש על היקש זה בציינו כי 'בדרישה שאיש או אישה יעברו מסכת ייסורים של הטרדה מינית בתמורה לזכותם לעבוד ולהרוויח את לחמם יש לא פחות השפלה ותסכול משיש בכינויי הגנאי הגזעניים הקשים ביותר'.<sup>21</sup>

מדוע כבר היה ברור לשופטים שסביבה עוינת על רקע גזעני גורמת נזק קולקטיבי? אולי היה להם מובן מאליו שהטרדה גזענית נועדה לשמר את העליונות המתמשכת של לבנים על שחורים ועל מיעוטים אחרים. יתרה מזו, התבטאות גזענית מיועדת להשליט טרור ולהעליב באמצעות החייאת סמלים היסטוריים של דיכוי גזעני ושל סטראוטיפים קבוצתיים מקובלים. שרפת צלב בחצר ביתו של אדם שחור מטילה מורא בעצם האזכור המכוון של אלימות בת מאות שנים המבטאת עליונות גזענית לבנה. הפנייה לעובד בכינויים *nigger* או *boy* מגלמת במילה יחידה את כל השקפת העולם והפרקטיקה של ביזוי שחורים, בייחוד בתפקידים כמשרתים נקלים. בעניין *Snell v. Suffolk County*<sup>22</sup> הטרידו שוטרים לבנים עמית ממוצא לטינו-אמריקני, השוטר רמוס, כשהלכישו אסיר ממוצא לטינו-אמריקני בסדין ובכובע קש, הצמידו לגופו שלט ובו המילה *Spic* [כינוי גנאי ללטינו-אמריקנים (הערת העורכת)] וקראו לאסיר 'בנו של רמוס'. הטרדה זו קישרה בין השוטר רמוס לאסיר על בסיס הזהות הקבוצתית שלהם ועל בסיס הסטראוטיפ שלטינו-אמריקנים מועדים לבצע פשעים. שוו בנפשכם את הסמליות הגזענית שבאה לידי ביטוי בעניין *Vance v. Southern Bell Telephone and Telegraph Co.*, בתביעה של אישה שחורה

*Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 67 (1986) 21

*Henson v. City of Dundee*, 682 F.2d 897, 902 (11<sup>th</sup> Cir. 1982)

611 F. Supp. 521 (E.D.N.Y. 1985) 22

863 F.2d 1503 (11<sup>th</sup> Cir. 1989) 23

שבשתי הזדמנויות הגיעה לעבודה וגילתה חבל תלייה מעל פינת העבודה שלה. ברמזו לכנופיות לבנים שביצעו לינין' בשחורים בדרום ארצות הברית, העביר המטריד החמקמק מסר כפול, לפיו אותה אישה כפופה לעמיתיה הלכנים, ואם לא תתפטר היא עלולה להיפגע בגופה.

הפגיעה של הטרדה גזענית עשויה לנבוע מהזדהותו של אדם עם קבוצה מסוימת. עניין *Rogers v. EEOC*<sup>24</sup> עסק בשאלה אם תלונתה של ג'וזפין שאבו נגד מעסיקיה האופטומטריסטים על 'הבחנה' שערכו בין לקוחותיהם לפי גזעם הקימה עילת תביעה על סמך הפרק השביעי. שאבו לא טענה בתביעתה שהיא עצמה הופלתה לרעה; היא מחתה על אפליה שהפלו האופטומטריסטים את לקוחותיהם בני המיעוטים. השופט גולדברג, שכתב את פסק הדין בשם כל שופטי בית המשפט לערעורים של Fifth circuit, ציין ש'אמנם בערכאה הראשונה לא ראה בית המשפט מקום לייחס חשיבות רבה לקשר בין האפליה הנטענת של העותרים כלפי לקוחותיהם לבין הרגישויות של גב' שאבו, אך אני סבור שהקשר בין עובד לסביבת העבודה שלו הוא חשוב כל כך שהוא ראוי להגנת הדין'.<sup>25</sup> בעיניי, הפגיעה שהוסבה לגב' שאבו, יותר משהייתה עלבון אישי היה בה משום פגיעה קולקטיבית שהיא חלקה עם הלקוחות שלא זכו ליחס נאות. עמדתם המבוזה של מעסיקיה כלפי הלקוחות הדגישה את שפלות מעמדה שלה על יסוד שם המשפחה הספרדי שלה, ותנאי העסקתה הפכו מדכאים.

### הפגיעה המורכבת בנשים שחורות

תביעותיהן של נשים עובדות שחורות, חלוצות ההידיינויות המשפטיות המוקדמות בנושא הטרדה מינית, סייעו להבהיר את טיבה הקולקטיבי של הפגיעה שבהטרדה המינית.<sup>26</sup> נשים שחורות חוות לעתים קרובות צורה מורכבת של פגיעה

24 454 F.2d 234 (5<sup>th</sup> Cir. 1971), *cert.denied*, 406 U.S. 957 (1972)

25 שם, עמ' 237-238.

26 שתי תביעות בעלות ערך תקדימי שהגישו נשים שחורות הן עניין *Williams v. Saxbe*

413 F. Supp. 654 (D.D.C. 1976) ועניין *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983

(D.C. Cir. 1977). בעניין *Williams* חוללה ההחלטה הראשונה שקבעה שהטרדה

מינית היא אפליה 'על בסיס מין' כמשמעותה בפרק השביעי 'מפנה לטובת נשים

שהתלוננו על הטרדה מינית בעבודה'. *MacKinnon*, לעיל הערה 1, עמ' 60.



במקום העבודה – הן בשל הגזע והן בשל המין שלהן.<sup>27</sup> הכינוי 'תחת גדול' שהוצמד למאבטחת;<sup>28</sup> המשפט 'מוטב שתישארי בבית, תקבלי הבטחת הכנסה ותאספי בולים להקצבת מזון, כמו שאר ה-*spics*;<sup>29</sup> המופנה למזכירה אדמיניסטרטיבית; הקריאה הקולנית 'זו הפנטסיה המינית שלי בשבילך',<sup>30</sup> שמשמיע אדם כשהוא רודף עם שוט אחרי בוחנת מלשכת תעסוקה אזורית; והקללה 'כלבה שחורה זונה' תוך נעיצת מזלג בישבנה של סוהרת כדי לבדוק 'אם הבשר מוכן'<sup>31</sup> – כולם כוונו בה בעת גם לזהות הגזעית וגם לזהות המגדרית של הקרבן. כפי שמציינת קת'רין אברמס (Kathryn Abrams), כינויי גנאי כאלה 'מן הסתם לא יופנו לעבר גברים שחורים או לעבר נשים לבנות; הם מעבירים סוג של מסר המאופיין בעוינות מינית על רקע גזעני – או בעוינות גזענית על רקע מיני – שאי-אפשר לפרקו לרכיביו'.<sup>32</sup> כשהטרדה נתפסת בה בעת גם כגזענית וגם כמינית, קשה יותר לבטל אותה במחי יד כ'השתטות רומנטית' וקל יותר לזהותה כאפליה לשמה.<sup>33</sup>

- 27 ראו באופן כללי Kimberlé Crenshaw, 'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics,' 1989 *University of Chicago Legal Forum* 139; Peggie R. Smith, 'Separate Identities: Black Women, Work, and Title VII,' 14 *Harvard Women's Law Journal* 21 (1991); Judith A. Winston, 'Mirror, Mirror on the Wall: Title VII, Section 1981, and Intersection of Race and Gender in the Civil Rights Act of 1990,' 79 *California Law Review* 775, 797-800 (1991)
- 28 *Hicks v. Gates Rubber Co.*, 928 F.2d 966 (10<sup>th</sup> Cir. 1991)
- 29 *Torres v. Pisano*, 116 F.3d 625 (2d Cir. 1997)
- 30 *Braddy v. Florida Department of Labor and Employment Security*, 133 F.3d 797 (11<sup>th</sup> Cir. 1998)
- 31 *Stingley v. Arizona*, 796 F. Supp. 424 (D. Ariz. 1992)
- 32 Kathryn Abrams, 'Title VII and the Complex Female Subject,' 92 *Michigan Law Review* 2479, 2501 (1994)
- 33 Kimberlé Crenshaw, 'Whose Story Is It, Anyway? Feminist and Antiracist Appropriations of Anita Hill,' in *Race-ing Justice, En-gendering Power: Essays on Anita Hill, Clarence Thomas, and the Construction of Social Reality* 402, 412 (Toni Morrison ed., 1992); Audrey J. Murrell, 'Sexual Harassment and Women of Color: Issues, Challenges, and Future Directions,' in *Sexual Harassment in the Workplace: Perspectives, Frontiers, and Response Strategies* 51 (Margaret S. Stockdale ed., 1997)

ההטרדה של נשים שחורות במקום העבודה משתמשת לעתים בדימוי משפיל של נשים שחורות כמופקרות מטבען, דימוי שהוא גם גזעני וגם סקסיסטי.<sup>34</sup> במקרים רבים מספור השפילו גברים נשים שחורות שעבדו לצדם – במילים, בתמונות ובמחוות שהיו התגלמות הסטראוטיפ הזה של פריצותם המינית של שחורים. ביומה הראשון של מקסין מנפורד בתפקיד עוזרת מנהל גבייה שאל אותה המנהל 'אם תהיה מוכנה לעשות אהבה עם גבר לכן, ואם תסטור לו אם יתחיל אתה'.<sup>35</sup> לאחר פיטוריה משום שדחתה את חיזוריו, הוא אמר לה: 'אם תקיימי אתי יחסי מין שבעה ימים בשבוע, אולי אחזיר אותך לעבודה'. עמית לעבודה של הלן ברום, גבר לכן, הציג בפניה 'תמונה פורנוגרפית של מעשה סדום בין-גזעי', ו'אמר לה שהתמונה מציגה את "כישרונה" של אישה שחורה' ואף 'הצהיר שהיא התקבלה לעבודה למטרה הנרמזת בתמונה'.<sup>36</sup> נגישותן המינית של שפחות בעבר עדיין באה לידי ביטוי בפגיעה בנשים שחורות במקום העבודה. עובד שהטריד עמיתה שחורה הזכיר לא פעם סרט על עבדות ואמר 'הלוואי שתתחדש תקופת העבדות כדי שיוכל ללמד אותה פרק בקיום יחסי מין, והיא תהיה הפרוצה שלו'.<sup>37</sup> הסטראוטיפ המגדרי שעליו מבוססת לא פעם ההטרדה המינית – ההשקפה שנשים עובדות הן 'מטרה מינית לגיטימית' – מתמצה במיתוס הזה של האישה השחורה.

### התלונה הקולקטיבית של נשים שחורות

הפגיעה המורכבת בנשים שחורות במקום העבודה היא קולקטיבית, מלבד היותה חמורה. לנשים שחורות בארצות הברית יש ניסיון שלילי ממושך במיוחד בעבודה. בתקופה שבה הנורמות הוויקטוריאניות הגבילו את הנשים הלבנות לכיתן, השפחות נדרשו לבצע עבודה קשה ומאומצת. בעקבות האמנציפציה, מספר הנשים השחורות שהצטרפו למעגל העובדים מקבלי השכר היה רב לאין

34 ראו Crenshaw, לעיל הערה 27, עמ' 412.

35 מצוטט אצל MacKinnon, לעיל הערה 1, עמ' 30. ראו *Munford v. James T.*

*Barnes & Co.*, 441 F. Supp. 459 (E.D. Mich. 1977)

36 *Brooms v. Regal Tube Co.*, 881 F.2d 412, 417 (7<sup>th</sup> Cir. 1989)

37 *Continental Can v. Minnesota*, 297 N.W.2d 241, 246 (Minn. 1980)

ערוך ממספר הנשים הלבנות. בערי דרום ארצות הברית של תחילת המאה, לדוגמה, מספר הנשים השחורות הנשואות שעבדו מחוץ לבית היה גדול פי חמישה ממספר הנשים הלבנות הנשואות שעשו כן.<sup>38</sup> מקום העבודה לא היה מקום נעים או משחרר לנשים שחורות, אלא מקום משפיל ומסוכן. בתור שפחות, משרתות ופועלות שחורות, חיי העבודה שלהן היו היבט של נחיתות על רקע גזעי, ומקום העבודה שלהן היה הזירה המרכזית של כפיפותן ללבנים.

ניצול מיני היה מאפיין נפוץ של שעבוד מסוג זה. החוק התיר לאדונים לבנים לנצל מינית את השפחות שלהם כרצונם.<sup>39</sup> משרתות שחורות ששחררו מעול העבדות המשיכו להיות מנוצלות מינית בכתי מעסיקיהן הלבנים. ההטרדה המינית של עובדות שחורות באותם זמנים נשענה על ההיררכיה הגזעית בחברה הכללית ואף חיזקה אותה. אמנם שופטים דחו תלונות על רקע מיני בהתבסס על כך ש'קרבה מוגברת מביאה לקיום תכוף יותר של יחסי מין מרצון',<sup>40</sup> אך האינטימיות במקום העבודה שימשה זמן רב קרקע לשעבודן של נשים שחורות. שחורים התייחסו לפגיעה בנשים השחורות במקום העבודה כאל עוול קולקטיבי, והוא היה לחלק מהמאבק לשחרור. סיפורים על שפחות – כגון הסיפור של הרייט טובמן שנמלטה מעבדות והסיפור של הרייט ג'ייקובס שהתנגדה לניצול מיני מצד אדונה – היו למיתוסים.<sup>41</sup> בעקבות האמנציפציה הפכה ההתעמרות של אדונים לבנים במשרתות שחורות לסוגיה קהילתית בוערת. השחורים ראו בניצול המיני חלק מתנאי ההעסקה השגרתיים של נשים שחורות, מצב המצריך תיקון קולקטיבי של העוולה. כפי שציין משרת שחור בשנת 1912: 'אני חושב שכמעט כל הגברים הלבנים עושים ככל העולה על רוחם במשרתות השחורות שלהם או מצפים לעשות כן'.<sup>42</sup>

- Jacqueline Jones, *Labor of Love, Labor of Sorrow: Black Women, Work, and the Family from Slavery to the Present* 113 (1985) 38
- Dorothy Roberts, *Killing the Black Body: Race, Reproduction, and the Meaning of Liberty* 29-31 (1997) 39
- Nichols v. Frank*, 42 F.3d 503, 510 (9<sup>th</sup> Cir. 1994) 40
- ראו Roberts, לעיל הערה 39, עמ' 45-55. 41
- Gerda Lerner, *Black Women in White America* 156 (1973) 42

השפעת הניצול המיני של משרתות שחורות התבררה לקהילה כולה אחרי שרבות מהן נמלטו לערי הצפון בחיפוש אחר מקומות עבודה בטוחים יותר. פאני בארייר ויליאמס, שהייתה פעילה בשיקגו, ציינה: 'העובדה שאני ממשיכה לקבל בלא הרף מכתבים מנשים בדרום שעדיין אינן מוגנות, בתחינה שאמצא תעסוקה לבנותיהן [...] כדי להצילן מהשפלה וקלון היא מבישה ובעלת משמעות רבה'.<sup>43</sup> באותה עת טיפלו מועדוני נשים שחורות, שהתאגדו ב-1896 במסגרת הגג של 'האיגוד הארצי של נשים שחורות', בסוגיית הפגיעה במקומות עבודה באמצעות מתן סיוע לנשים עובדות וניודן.<sup>44</sup> ניצול מיני היה חלק בלתי נפרד מהתעלמותם הכללית של המעסיקים הלבנים מאנושיותם של עובדיהם שחורים, שהועסקו בעבודות בזויות. חוסר היכולת להפריד בין פגיעה בנשים שחורות על בסיס גזע לבין פגיעה בהן על בסיס מין מקביל לאזהרה לבתי המשפט לבל יפרידו התנהגות מינית מהתעמרויות מבוססות מגדר אחרות בבואם לשקול תביעות של נשים בגין הטרדה מינית.<sup>45</sup>

גישתם הקולקטיבית של השחורים להטרדה מינית השתקפה במאבק הסימולטני של עובדים שחורים שביקשו לפתח מודעות קולקטיבית לכל סוגי מדיניות ההעסקה המפלה על בסיס גזע. בתולדות הפעילות המאוגדת של העובדים השחורים נכלל גם מאבק נגד בתי המשפט על טיב המנדט של הפרק השביעי לפעול נגד אפליה. בתי המשפט פירשו את המשמעות של אפליה בעבודה ואת התרופות בגינה פירוש אישי, ואילו העובדים השחורים ביקשו לפרשן פירוש קולקטיבי.<sup>46</sup> השפלה במקום העבודה הייתה חלק מהמשמעות של להיות עובד שחור (גבר או אישה) בעולמו של האדם הלבן. הדבר סייע לשימור האידאולוגיה הגזענית שלפיה העובדים השחורים כפופים ללבנים. פגיעה של

43 מצוטט בתוך Paula Giddings, 'The Last Taboo,' in *Race-ing Justice*,

*En-gendering Power*, לעיל הערה 33, עמ' 441, 454.

44 Amott and Matthaie, לעיל הערה 12, עמ' 163-164.

45 ראו Schultz, לעיל הערה 2, עמ' 1720-1729.

46 ראו באופן כללי Elizabeth M. Iglesias, 'Structures of Subordination: Women of Color at the Intersection of Title VII and the NLRA. Not!'

28 *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 395 (1993)

מעסיק לא הייתה פגיעה רק בעובד יחיד, אלא פגיעה בכל הגזע. התייחסות קולקטיבית זו לסביבה גזענית עוינת במקומות עבודה מחזקת את התפיסה של הטרדה מינית כאמצעי לשימור זכויות היתר של גברים בשוק העבודה.

### פגיעה קולקטיבית וחופש הביטוי

ההכרה בפגיעה הקולקטיבית הנגרמת בעטייה של הטרדה מינית משליכה על המעמד החוקתי של התבטאות מסוג זה. אין ולו אחד שיטען שאיום של מעביד לפטר עובדת שתמאן לקיים עמו יחסי מין מוגן בתיקון הראשון לחוקה. אולם הטרדה מילולית היוצרת סביבה עוינת במקום עבודה לא פעם דומה יותר להבעת דעה משהיא דומה לאיום או לדברי הסתה ומדון. בעניין *Harris v. Forklift Systems*, למשל, כללו ההתבטאויות המפלגות משפטים כגון 'אנו זקוקים לגבר בתפקיד מנהל ההשכרה' וכן 'את סתומה בתחת'.<sup>47</sup> במקרה אחר מנע ממונה מהתובעת תפקיד בתחום הבנייה לאחר שצעק: 'נשים דפוקות, אני שונא כשיש לי נשים דפוקות במשרד!'.<sup>48</sup> ביטויי תרעומת בכל הנוגע לנחיתותן של עובדות ממחישים לא פעם שצורות אחרות של יחס לא הוגן – כגון מניעת קידום, מניעת הטבות או גרימת חבלה לציוד – מקורן במין העובדת. ביטויים אלה לא רק שאינם זקוקים להגנה נוספת, אלא שכבר כעת אינם נחשבים בעיני רוב השופטים כראיה להטרדה מינית מהטעם שאינם מיניים דיים.<sup>49</sup>

הפרק השביעי אוסר הטרדה מילולית בין השאר בגלל המסר שלה: המסר המועבר בביטויים כגון 'נשים אינן מתאימות לתפקיד הזה', 'נשים צריכות להיות זמינות לסקס' ו'האחריות כאן בידי הגברים' הוא שיוצר אווירה עוינת, שפוגע ביכולתן של נשים לבצע את תפקידן, ושמנציח הפרדה בכוח העבודה. כמה אנשי אקדמיה טענו באחרונה כי בכך שהוא מגביל התבטאויות במקום העבודה על בסיס המסר השלילי שבהן, הפרק השביעי מפר את דרישת התיקון הראשון

510 U.S. 17 (1993) 47

*Heim v. Utah*, 8 F.3d 1541, 1546 (10<sup>th</sup> Cir. 1993) 48

ראו *Schultz*, לעיל הערה 2, עמ' 1748–1755. 49

לניטרליות מצד השלטון.<sup>50</sup> ברצוני להסביר מדוע ההשפעה המזיקה של המסר הזה – הפגיעה הקולקטיבית שבהטרדה מינית – היא אחת הסיבות שבעטיין יש להוקיע הטרדה מילולית ולא להגן עליה.

### הקונפליקט בין חירות לשוויון

הכרה בכך שהפרק השביעי אוסר אפליה אינה מבטלת את הקונפליקט הנוגע לתיקון הראשון לחוקה, אלא מבהירה מדוע יש קונפליקט. ההגבלות המוטלות על התבטאויות פוגעניות יוצרות קונפליקט בין זכויות היסוד החוקתיות לחופש הביטוי ולשוויון. חוקים המגבילים הטרדות מיניות וגזעניות יוצרים מתח בין ההגנה של התיקון הראשון לחוקה על חופש הביטוי של המטריד לבין התיקון הארבעה עשר לחוקה המבטיח שוויון לנשים ולמיעוטים. בהגנה על זכות המטריד לחופש ביטוי המדינה מתירה גרימת נזק לנשים; בהגנה על נשים מפני הטרדה מילולית היא פוגעת בזכותם של עובדים גברים להתבטא בחופשיות. כיצד ניישב את ההתנגשות הזאת בין שתי זכויות היסוד החוקתיות כאשר 'הזכות שלה שלא לסבול מהטרדה מקבילה לזכות שלו להטריד?'.<sup>51</sup> עלינו למצוא דרך להסביר מדוע זכותו של אדם אחד גוברת על זכותו של אחר.

הקונפליקט החוקתי מסתבך עוד לנוכח העובדה שהטרדה מילולית פוגעת גם בחירות הנשים בנוסף לפגיעה בשוויון. סביבה עוינת במקום העבודה משפיעה על האופן שבו נשים מחליטות לתכנן את יומן, על החלטותיהן במה להשקיע

50 ראו למשל Browne, לעיל הערה 5; Volokh, לעיל הערה 5. כמה פסקי דין שניתנו באחרונה ביטלו הגבלות שהוטלו על התבטאות גזענית בנימוק של הפרת התיקון הראשון לחוקה. ראו למשל; *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Iota XI Chapter of Sigma Chi Fraternity v. George Mason University*, 993 F.2d 386 (4<sup>th</sup> Cir. 1993); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989)

51 Anita Bernstein, 'Treating Sexual Harassment with Respect,' 111 *Harvard Law Review* 445, 468 (1997). ראו גם Nancy Ehrenreich, 'Pluralist Myths and Powerless Men: The Ideology of Reasonableness in Sexual Harassment Law,' 99 *Yale Law Journal* 1177 (1990) (בטענה שמושגים של חופש ושל ביטחון הם בהכרח יחסיים).

בעבודה או אם להמשיך בכלל לעבוד באותו מקום. הטרדה מינית מביאה גם לידי השתקת נשים: נפגעות רבות חוששות להתלונן או חשות שהמעסיק יפקפק בדבריהן לנוכח גישתו הסובלנית לסביבה המשפילה. התרת הטרדה מינית במקום העבודה מעניקה למטרידים, מעסיקים ועמיתים לעבודה, כוח עצום להגביל את החירויות האישיות – לרבות חופש הביטוי – של הקרבנות שלהם. לפיכך השאלה איננה אם על הממשלה להגביל את החירות במקום העבודה, אלא את החירות של מי עליה להגביל.

כיצד נוכל אפוא למצוא את נקודת האיזון בין האינטרסים המונחים על הכף בלי להעדיף מראש את האחד על פני משנהו? אנו זקוקים לסטנדרט-על שיסביר את המחויבות הנורמטיבית היוצרת מלכתחילה את שתי ההגנות החוקתיות, ושיעריך את משקלם של האינטרסים של חופש הביטוי והשוויון ביחס למחויבות זו. חלק מהתאורטיקנים טוענים באופן משכנע שיש למקם את התיקון הראשון במסגרת הרחבה יותר של הדמוקרטיה.<sup>52</sup> התיקון הראשון לחוקה מגן על הערך של ביטוי עצמי כשלעצמו, אך אין בו הרשאה לפרט להתבטא בצורה משולחת רסן. לחופש הביטוי יש גם תפקיד אינסטרומנטלי – לאפשר לאזרחים לקחת חלק בשלטון באופן שוויוני, למתוח ביקורת על נבחרי ציבור, להביע התנגדות פוליטית ובאופן כללי להשתתף ב'צורות ציבוריות ופרטיות של כוח חברתי'.<sup>53</sup> לא כל הסדרה של התבטאות על סמך תכניה היא הפרה של התיקון הראשון לחוקה, שכן יש הגבלות על חופש הביטוי המקדמות למעשה את תפקידו הדמוקרטי של התיקון הראשון לחוקה.

הערכים של שוויון וחופש ביטוי צריכים לשאוב את משמעותם ואת חשיבותם ממחויבות לצדק חברתי – מחויבות לשינוי מבנים ארגוניים ששימו קץ ליחסי

52 ראו למשל Alexander Meiklejohn, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* (Greenwood Press ed. 1979) (1960); Cass Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (1995); Owen M. Fiss, 'Free Speech and Social Structure,' 71 *Iowa Law Review* 1405 (1986)

53 J. M. Balkin, 'Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment,' 1990 *Duke Law Journal* 375, 385

שליטה בדרכים שיעודדו את שיתופם של המשועבדים כיום.<sup>54</sup> האם יש בניסוח זה העדפה לא הוגנת של שוויון על פני חופש ביטוי? התשובה לכך שלילית, שכן הבטחת השתתפותם החופשית והשוויונית של אזרחים בחיים החברתיים, המדיניים והכלכליים של האומה היא מרכזית בשני הערכים האלה.

בלא השאיפה לקיים צדק חברתי הערובה החוקתית לחירות היא לא יותר מהגנה של הממשלה על זכות יתר. המגנים על ההטרדה המינית כביטוי מוגן בחופש הביטוי מבלבלים בין חירות לזכות יתר ומגייסים את התיקון הראשון לחוקה להצדקת השימוש שעושים המטרדים בחופש הביטוי כדי לשמר את מעמדם העדיף במקום העבודה. כפי שחווה סטודנטית חדת עין בביקורתה, 'אם השלב הבא של התפתחות דיני ההטרדה המינית יהיה לקרוא תגר על התנהגויות שנתבעים מעדיפים לשמר במקום לדחות, התיקון הראשון לחוקה צפוי לגלם תפקיד בולט יותר'.<sup>55</sup> ההמרה של חירות בזכות יתר היא הגורמת למתח בלתי נמנע בינה לבין עקרון השוויון, שכן הגנה על עמדות כוח מפריעה באורח בלתי נמנע להשגת היעד של יצירת מוסדות חברתיים שוויוניים יותר. ההשפעה האנטי-דמוקרטית הזאת אינה נראית לעין אם טועים לפרש את ההטרדה המינית כאמירה סקסית או כפגיעה אישית, אך היא הופכת ברורה כאשר אנו מבחינים בפגיעה הקולקטיבית שההטרדה המינית מסבה לנשים עובדות. ההחלטה אם לראות בהטרדה מינית התנהגות לא חוקית או ביטוי מוגן בחופש הביטוי קובעת כיצד יחולק הכוח הכלכלי והחברתי בין גברים לנשים.

התבטאות מבזה, משפילה ומעוררת פחד המכוונת כלפי נשים עובדות מכשילה את התהליך הדמוקרטי הן במקום העבודה והן בחברה בכללותה. התבטאויות מסוג זה לא פעם משתיקות נשים במקום העבודה ומצמצמות את אפשרויות הקידום שלהן או אף מונעות מהן להחזיק במשרתן. בכך שהיא תורמת לקיומו של שוק עבודה גזעני ומגדרי, ההטרדה המילולית גם משמרת את מעמדן הכלכלי הנחות של הנשים ומונעת מהן את היכולת להשתתף במאבקים פוליטיים

54 ראו Iglesias, לעיל הערה 46, עמ' 396-397.

55 Amy Horton, Comment, 'Of Supervision, Centerfolds, and Censorship: Sexual Harassment, First Amendment, and the Contours of Title VII,' 46 *University of Miami Law Review* 403, 416 (1991)



מחוץ למקום העבודה. הטרדה מילולית במקום העבודה נמצאת אפוא מחוץ לתחום המוגן בתיקון הראשון לחוקה.

### ההקשר של מקום העבודה

הניתוח של סוגיית חופש הביטוי צריך להתמקד במאפיינים המיוחדים למקום העבודה בנוסף לבחינת הנזק הנגרם מהטרדה מינית מילולית. אמנם ההתחשבות בתפקיד הדמוקרטי של הגנת התיקון הראשון לחוקה חשובה להכרעה בשאלת החוקיות של הטרדה מילולית בכל מקום, אך מאחר ש'דוקטרינת התיקון הראשון לחוקה היא תלויה הקשר',<sup>56</sup> ההערכה של טיעוני המטריד המבוססים על חופש הביטוי תלויה גם בעובדה שהם מתעוררים בעבודה. מאפיין מכריע של התבטאות במקום העבודה הוא כפיפותה החוקתית לסייגים מחמירים הרבה יותר מאלה שאליהם כפופה התבטאות בפורומים אחרים, ובייחוד בפורומים ציבוריים. השקפות על נשים שהיו מוגנות לו הובעו בעיתון, באספה של תושבי עיירה או בכיתה, עשויות להיאסר אם יבוטאו במקום העבודה. ההצהרה ש'אנחנו צריכים גבר לתפקיד הזה' עשויה להיות מוגנת בוויכוח ציבורי על התאמת נשים למקצועות שנחשבים לגבריים באופן מסורתי, אבל לא כשהיא חלק ממערכה להרחקת נשים ממקום עבודה שהוא גברי בעיקרו. גם מי שטוען שפורנוגרפיה היא ביטוי מוגן אמור לדעת להבחין בין צפייה בבית בסרט גרון עמוק למטרות בידור לבין הקרנת הסרט בפגישה עסקית למרבה הפתעתה של שותפה לעבודה.<sup>57</sup>

יתרה מזו, למעסיק פרטי יש זכות לאסור סוגים שונים של התבטאות במקום העבודה, לרבות התבטאות מזיקה הרבה פחות מזו שהפרק השביעי אוסר. המעביד בעניין *Robinson v. Jacksonville Shipyards*, שהפר את הפרק השביעי בכך שאפשר לעובדים לתלות בכל מקום תמונות עירום של נשים, אסר על אותם עובדים עצמם לקרוא עיתונים בשעות העבודה.<sup>58</sup> התיקון הראשון

56 Fallon, לעיל הערה 4, עמ' 21.

57 ראו Olivia Young, 'A Weapon to Weaken: Pornography in the Workplace,' in Lederer and Delgado, לעיל הערה 6, עמ' 18.

58 F. Supp. 1486, 1494 (M.D. Fla. 1991) 760

לחוקה נכנס לתמונה רק כאשר הממשלה אוכפת את הפרק השביעי כדי לאלץ מעביד להגביל את ההתבטאות במקום העבודה. ואמנם מקצת החוקרים דוחים את טיעוני המטרירים המבוססים על התיקון הראשון לחוקה בציינם שבפועל בשעות העבודה אין לעובדים כל זכות להתבטא.<sup>59</sup> לדעתי עמדה זו שגויה משתי סיבות, ששתיהן נוגעות לפגיעה הקולקטיבית שההטרדה המינית מסבה.

מטרת התקנות המסדירות את ההתבטאות במקום העבודה

ראשית, בהתעלמות המוחלטת משאלות של התבטאות במקום העבודה מתעלמים מקיומם של כללי התבטאות המסדירים את יחסי הכוחות במגזר הפרטי. תיאור מדויק יותר של דוקטרינת ההתבטאות במקום העבודה הוא שלעובדים יש זכות להתבטא רק במקום שיש מטרה ממשלתית רחבה יותר הנוגעת למקום העבודה. אמנם למעסיקים פרטיים יש כוח רב לפקח על התבטאויות עובדיהם, אך מערכת המשפט והקונגרס גם יחד מתערבים כשהם קובעים ששיקולי מדיניות או חובות סטטוטוריות גוברים על זכויות המעסיקים.<sup>60</sup> בתי המשפט מתירים לגורמים ממשלתיים לצנזר התבטאויות פוליטיות של עובדיהם הפוגעות בפעילותם הרשמית; הם מגנים על חופש הביטוי רק בנושאים בעלי עניין ציבורי, כדי לאפשר את התקשורת הנחוצה למעורבות אזרחית.<sup>61</sup> האינטרס של המעסיק הפרטי והציבורי כאחד לנהל מקום עבודה יעיל עשוי לגבור על זכות העובד לחופש הביטוי.

בית המשפט העליון היה קשוב לחוסר האיזון ביחסי הכוחות במקום העבודה כשהכריע בסכסוכים הנוגעים לתיקון הראשון לחוקה. בעניין *NLRB v. Gissel Packing Co.*<sup>62</sup> הותיר בית המשפט על כנן הגבלות על חופש הביטוי של

59 ראו למשל *29 University*, 'How Free is Speech at Work?' Mary Becker, *of California at Davis Law Review* 815, 862 (1996) ('אין דבר כזה חופש ביטוי בהעסקת עובדים בשוק הפרטי'). אך ראו Cynthia L. Estlund, 'Freedom of Expression in the Workplace and the Problem of Discriminatory Harassment,' *75 Texas Law Review* 687 (1997) (שמפתחת תפיסה של מקום העבודה כ'פורום נלווה לשיח ציבורי').

60 Horton, לעיל הערה 55, עמ' 431.

61 שם, עמ' 428-429; Fallon, לעיל הערה 4, עמ' 36.

62 395 U.S. 575 (1969)

מעסיק בעת התארגנות עובדים במקום העבודה כדי להגן על זכותם להתאגד מפני פעולות כפייה מצד המעסיק. בהבחינו בין התבטאות במקום העבודה לבין התבטאויות בפורומים ציבוריים הסתמך בית המשפט במפורש על 'התלות הכלכלית של עובדים במעסיקהם' ועל ההבדלים הנובעים מכך בכוח המיקוח של כל צד. אמנם התיקון הראשון לחוקה מגן על חופש הביטוי של עובדים כשיש בכך כדי לקדם מטרות רחבות יותר של השתתפות פוליטית ושל זכות העובדים להתאגד ולהתמקח באופן קולקטיבי, אך אין הוא מגן על התבטאות הפוגעת באינטרס של המדינה לשים קץ לאפליה על בסיס מין וגזע במקום העבודה. יש חשיבות רבה למקום שבו מתרחשת ההטרדה המילולית, אך לא משום שמקום העבודה שולל מהאזרח את כל זכויות הדיבור. תחת זאת ההקשר של ההעסקה הופך נשים לפגיעות יותר שכן פרנסתן עלולה להיפגע, והוא הופך את הפגיעה לקולקטיבית שכן היא משפיעה השפעה של ממש על מעמדן הכלכלי של נשים.

#### התבטאות ופעולה קולקטיבית נגד הטרדה

שנית, תפיסת ההטרדה המינית כפגיעה קולקטיבית פירושה שעובדים רשאים להתמודד עמה באמצעות פעולה קולקטיבית, הדורשת הגנה על חופש הביטוי. הטרדה מינית תומכת במשטר שמתבסס על 'נכונות הנשים להיכנע לגבריות בלי לשאול שאלות, בלי להיאבק באי-צדק, בהתרפסות מוחלטת', והאיום הגדול ביותר עליה הוא התלכדות הנשים כדי לשים לה קץ.<sup>63</sup> כשם שגישה של צדק חברתי מכירה בכך שחופש הביטוי של העובדים אינו מוחלט, כך היא מכירה בכך שזכות המעסיקים להגביל אותן אינה מוחלטת. איסור הטרדה מילולית במקום העבודה הוא חוקתי משום שהתבטאות כזו גורמת לפגיעה הקולקטיבית של הגבלת החופש של הנשים לעסוק במשלח ידן ושל הנצחת מעמדן הלא שוויוני. ואולם הגבלת התבטאויות של עובד עלולה גם להפר את הסמכות לפעול להגשמת צדק חברתי שביסוד התיקונים הראשון והארבעה עשר לחוקה. לדוגמה, עד העת האחרונה הכריזו בתי המשפט הפרדליים ו- EEOC [הוועדה לשוויון ההזדמנויות בעבודה (הערת העורכת)] שכללים

המחייבים עובדים לדבר אנגלית בלבד במקום עבודתם מפלים על פניהם על בסיס מוצא לאומי.<sup>64</sup>

למעשה, עובדים עשויים להזדקק להגנה על חופש הביטוי שלהם כדי לסייע למאמציהם הקולקטיביים לשנות את הסביבה העוינת במקום העבודה. שחורים מודעים היטב לחשיבות השמירה על חופש הביטוי להשגת צדק חברתי, שכן 'המסורת הפוליטית שלנו תרה אחר "המילה", אחר הכוח המוסרי שבדעות, כדי להביא לידי שינוי השיטה כאשר כוח ההצבעה וכוח הרובה לא עמדו לרשותנו'.<sup>65</sup> בל נשכח שתביעות מכוח הפרק השביעי אינן האמצעי הבלעדי העומד לרשות עובדים כדי למחות על תנאי עבודה מפלים.

בספרה *Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress* רג'ינה אוסטין (Regina Austin) בוחנת דרכים לסייע לקריאת תיגר משותפת של עובדים על ניצולם על ידי מעסיקים.<sup>66</sup> נדהמתי מהתפקיד הבולט שיש בהצעותיה להתבטאויות מרדניות של עובדים. לטענתה, לעתים עובדים מתנגדים לפגיעה באמצעות תגובת נגד מילולית: 'רטוריקה מחוצפת וחוש לסגנון קוראים תיגר על הסטטוס קוו ומשחררים את הנפש. זה סוג המנגנונים התרבותיים שעובדים רבים משתמשים בהם – אם לא כדי לשים קץ לדיכוי במקום העבודה, לפחות כדי ליצור רגעי התנגדות ושחרור משליטת המעסיק'.<sup>67</sup> אוסטין מסיימת את דבריה בתמיכה בכך שהעובדים ירחיבו את 'ההתקוממות התרבותית הנמרצת במקום העבודה' לכדי 'תנועה חברתית בולטת' המתנגדת לכל צורת הטרדה מצד ממונים, לרבות הטרדות שאינן מוכרות כהפרות של הפרק השביעי.

כאשר נשים עובדות אינן מרוצות מהדרכים המקובלות לתיקון עוול – כגון ייצוג מטעם ארגון עובדים והידיינות משפטית על בסיס הפרק השביעי – הן

64 EEOC Guidelines on Discrimination Because of National Origin, ראו 29 C.F.R. 1606.7(a), (b) (1997); *Gutierrez v. Municipal Court*, 838 F.2d 1031 (9<sup>th</sup> Cir. 1988).

65 Lawrence, לעיל הערה 15, עמ' 56.

66 Regina Austin, 'Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of Emotional Distress,' 41 *Stanford Law Review* 1 (1988).

67 שם, עמ' 2-3.

מתלכדות כדי למחות על הפגיעה במקום העבודה. דוגמה לכך היא פעולתן של ארבע פועלות חלוצות בענף הבניין בניו יורק, שייסדו את איגוד 'נשים חשמלאיות' וקיבלו לשורותיו כל אישה שהייתה חברה בסניף מספר שלוש של איגוד החשמלאים הבין-לאומי.<sup>68</sup> המשימה המידית של האיגוד הייתה לסלק מאתרי עבודה את שפע הסממנים הפורנוגרפיים, תלונה שהאיגוד הגברי ברובו התעלם ממנה. לעובדות מתריסות – כמו 'נשים חשמלאיות' ואלה שתוארה אוסטין – החופש לדבר עשוי להיות חשוב לא פחות מההגנה המשפטית מפני הדיבור הפוגעני. ואולם ההבחנה בין התבטאות עובדים לקידום השוויון לבין הטרדה מילולית הפוגעת בו היא קריטית.<sup>69</sup>

### סיכום

הפגיעה הקולקטיבית שהטרדה מינית מסבה נובעת מתפקיד ההטרדה המינית בשימור מעמדן הנחות של נשים בכוח העבודה. כללים המסדירים התבטאויות במקומות עבודה משפיעים באופן בלתי נמנע על יחסי כוחות מסוג זה. מי שמגן על הטרדה מינית באמצעות התיקון הראשון לחוקה רוצה שנאמין שכדי להגן על חירות העובדים להשתתף במיזמים בעלי חשיבות חברתית עלינו להגן על חירות הגברים להשפיל נשים עובדות בהתגרריות, בעלבונות ובפורנוגרפיה, הפוגעים ביכולתן לבצע את עבודתן. לדעתי לא נתקשה להבחין בין השניים.

68 ראו Arriola, לעיל הערה 14, עמ' 58.

69 אני אסירת תודה ל-Catharine MacKinnon על שהציעה הבחנה זו.

## מקום העבודה המושתק: צנזורה של מעסיקים על סמך הפרק השביעי קינגסלי ר' בראון

בעשרים השנים האחרונות – ובייחוד מאז החלטת בית המשפט העליון ב־1986 בעניין *Meritor Savings Bank v. Vinson*<sup>1</sup> – מעסיקים נוטים להטיל צנזורה חמורה על התבטאויות עובדיהם מחשש שיימצאו אחראים להטרדה מן הסוג של סביבה עוינת.<sup>2</sup> עד היום רק פסקי דין מועטים הכירו בכך שהדרישה ממעסיקים להטיל צנזורה כזאת מעוררת סוגיות של התיקון הראשון לחוקה.<sup>3</sup> ההגדרה של הטרדה מסוג סביבה עוינת, הדורשת את התערבות המעסיקים, היא גם רחבה וגם מעורפלת. ההגדרה כוללת 'התנהגות מילולית או פיזית' שהיא 'חמורה או פולשנית מספיק כדי להביא לידי שינוי בתנאי ההעסקה [של הקרבן] וליצור סביבת עבודה פוגענית'.<sup>5</sup> במקרים שבהם החילו את הסטנדרט

Kingsley R. Browne, 'The Silenced Workplace: Employer Censorship Under Title VII,' in: Catharine A. MacKinnon and Reva B. Siegel (eds.), *Directions in Sexual Harassment Law*, New Haven and London: Yale University Press, 2004, pp. 399-416.

- \* הפרק השביעי לחוק הזכויות האזרחיות הפדרלי מ־1964, האוסר על אפליה במקום העבודה (הערת העורכת).
- 1 477 U.S. 57 (1986)
- 2 Kingsley R. Browne, 'Title VII as Censorship: Hostile-Environment Harassment and the First Amendment,' 52 *Ohio State Law Journal* 481, 495-96 (1991)
- 3 ראו למשל *DeAngelis v. El Paso Municipal Officers Association*, 51 F.3d 591, 596 (5<sup>th</sup> Cir. 1995)
- 4 29 C.F.R. § 1604.II(a)(3)
- 5 *Meritor Savings*, 477 U.S., at 467 [ולא ציטוטים ואזכורים פנימיים].

הזה בתי המשפט קבעו שאין בו דרישה לכוונה מצד החשוד בהטרדה<sup>6</sup> או לכך שההתבטאות תכוון כלפי המתלוננת.<sup>7</sup> ואכן היו מקרים שבהם בית המשפט אפשר לתובעות להסתמך על התבטאויות שרק הגיעו לאוזניהן בעקיפין.<sup>8</sup>

אמנם תומכי הגישה הזאת מצדיקים בדרך כלל את הסדרתו המשפטית של התחום באמצעות ציון המקרים הקיצוניים ביותר של התבטאויות מגונות ופוגעניות שהשמיעו עובדים,<sup>9</sup> אך ההסדרה אינה חלה רק על המקרים השערורייניים. לא רק הצעה מינית מגונה נחשבת להטרדה מינית, גם הצעה מינית לא מגונה עשויה להיתפס כהטרדה. ואכן בית המשפט הפדרלי לערעורים של Ninth Circuit העלה את האפשרות שאפילו מחמאה תמימה תוכל להיחשב להטרדה.<sup>10</sup> יתרה מזו, חומר מיני שאין בו משום חיזור – כגון כרזות, לוחות שנה ואיורים בעלי אופי מיני – יכול להיחשב גם הוא להטרדה.<sup>11</sup> הדין מסדיר לא רק מיניות, אלא גם סקסזום, ולפיכך רמיזות על כך שאין לנשים מה לחפש במקום העבודה או בתפקידים מסוימים עלולות לשמש אינדיקציות להטלת אחריות<sup>12</sup>

- 6 ראו למשל *Ellison v. Brady*, 924 F.2d 872, 879-80 (9<sup>th</sup> Cir. 1991); *Vaughn v. Pool Offshore Co.*, 683 F.2d 922, 925 n.3 (5<sup>th</sup> Cir. 1982)
- 7 ראו למשל *Waltman v. International Paper Co.*, 875 F.2d 468, 477 (5<sup>th</sup> Cir. 1989)
- 8 ראו למשל *Schwapp v. Town of Avon*, 118 F.3d 106, 110-112 (2d Cir. 1997); *Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc.*, 760 F. Supp. 1486, 1526 (M.D. Fla. 1991)
- 9 ראו למשל Deborah Epstein, 'Can a "Dumb Ass Woman" Achieve Equality in the Workplace? Running the Gauntlet of Hostile Environment Harassing Speech,' 84 *Georgetown Law Journal* 399 (1996); Suzanne Sangree, 'Title VII Prohibitions Against Hostile Environment Sexual Harassment and the First Amendment: No Collision in Sight,' 47 *Rutgers Law Review* 461 (1995)
- 10 924 F.2d 872, 880 (9<sup>th</sup> Cir. 1991)
- 11 ראו למשל *Andrews v. City of Philadelphia*, 895 F.2d 1469 (3d Cir. 1990); *Waltman v. International Paper Co.*, 875 F.2d 468 (5<sup>th</sup> Cir. 1989)
- 12 *Smith v. St. Louis University*, 109 F.3d 1261 (8<sup>th</sup> Cir. 1997); *Lipsett v. University of Puerto Rico*, 864 F. 2d 881 (1<sup>st</sup> Cir. 1988)

לא פחות מפנייה בכינויים לא מכבדים כגון 'מותק',<sup>13</sup> 'חמודה'<sup>14</sup> ו'כובה'.<sup>15</sup> אמנם בדרך כלל אין בכינויים אלה כשלעצמם כדי להצדיק חבות אחריות של מעביד, אך לעצם שקילתם במהלך חקירת הסביבה העוינת יש השפעות כבדות משקל בהקשר של התיקון הראשון לחוקה.

הטענה העיקרית של המאמר היא שההסדרה המשפטית הנוכחית מאפשרת למעסיקים לצנזר כאוות נפשם באופן שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונותיו המבוססים של התיקון הראשון לחוקה. שני היבטים בהסדרה המשפטית של ההטרדה מעוררים סוגיות חמורות במיוחד בעניין התיקון הראשון: ראשית, לעתים קרובות מטילים סנקציות על התבטאויות בגין ההשקפות המובעות בהן; ושנית, הסטנדרט להטלת אחריות מעורפל כל כך שמעסיקים אינם יודעים מה בדיוק עליהם לצנזר, והם נאלצים אפוא להטיל צנזורה מוגזמת.

### החלת התיקון הראשון על הסדרת הסביבה העוינת

הפרק השביעי דורש ממעבידים למנוע מעובדיהם להטריד עובדים אחרים. כשההטרדה היא מילולית – כפי שקורה לעתים קרובות – המעביד צריך למנוע מעובדיו לדבר. חובה זו שהממשל מטיל, להגביל התבטאויות מילוליות, מעוררת חששות כבדים מנקודת הראות של התיקון הראשון.

אמנם התיקון הראשון לחוקה מגביל רק את כוחו של הממשל להסדיר התבטאויות, אך קיימת חקיקה מדינתית מתאימה לתכתיבי הפרק השביעי, והיא נאכפת בבתי המשפט. התקנות הדורשות ממעסיקי המגזר הפרטי (והציבורי) להסדיר התבטאויות כפופות לתיקון הראשון, ממש כשם שתקנות 'מינהל הרכבות הפדרלי' (FRA), שדרשו מחברות רכבת פרטיות לבדוק שימוש בסמים בקרב

- |                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Bales v. Wal-Mart Stores</i> , 1998 U.S. App. LEXIS 9008 (8 <sup>th</sup> Cir. 1998)        | 13 |
| <i>Russell v. Midwest-Werner &amp; Pfleiderer, Inc.</i> , 949 F. Supp. 792, 799 (D. Kan. 1996) | 14 |
| <i>Smith v. St. Louis University</i> , 109 F.3d 1261, 1263 (8 <sup>th</sup> Cir. 1997)         | 15 |



העובדים שלהן, היו כפופות לתיקון הרביעי.<sup>16</sup> בשני המקרים כאשר המעביד ממלא את חובתו, הוא 'עושה כן באילוץ הסמכות הריבונית'.<sup>17</sup>

במקום אחר תיארתי לפרטיה את הטענה הדוקטרינרית שאי־אפשר להצדיק הסדרה משפטית של תחום הסביבה העוינת לפי החוק הקיים,<sup>18</sup> ולא אחזור על כך כאן, אולם ראוי להתייחס לטיעוניהם של כותבים אחרים שמאמריהם כלולים בכרך זה וכרך המאמרים המקורי (הערת העורכת), שטענו שהתיקון הראשון אינו חל על מקום העבודה או לפחות שאינו חל שם באותה דרך שבה הוא מוחל מחוץ למקום העבודה.

לדברי פרדריק שאוואר (Frederick Schauer), הסדרת התבטאויות במקום העבודה אינה מעוררת, ולו בסבירות מסוימת, את סוגיית התיקון הראשון.<sup>19</sup> אין הוא טוען שההתבטאות מוצאת – בשל תוכנה – מגדרי הקטגוריה של 'ביטוי' שקבע בית המשפט העליון, כפי שמוצאים ממנה גידופים או דברי הסתה ומדון, אלא שמקום העבודה אינו זירה שהתיקון הראשון לחוקה חל עליה.

הרעיון שהתיקון הראשון אינו ישים במקרים של הטרדה במקום העבודה דחוק למדי. בשורה של מקרים, שהראשון שבהם הוא *Pickering v. Board of Education*,<sup>20</sup> בית המשפט היה סבור שהתבטאויות עובדי המגזר הציבורי מוגנות בתיקון הראשון לחוקה.<sup>21</sup> על פי הפסיקה במקרים אלה, נטל ההוכחה

- Skinner v. Railway Labor Executives Associations*, 489 U.S. 602, 614-616 (1989) 16
- Kingsley R. Browne, 'Workplace Censorship: A Response to Professor Sangree,' 47 *Rutgers L. Rev.* 510-11 (1995) 17
- Jules B. Gerard, 'The First Amendment in a Hostile Environment: A Primer on Free Speech and Sexual Harassment,' 68 *Notre Dame Law Review* 1003 (1993); Eugene Volokh, 'Freedom of Speech and Workplace Harassment,' 39 *UCLA Law Review* 1791 (1992) 18
- Frederick Schauer, 'Too Hard: Unconstitutional Conditions and the Chimera of Constitutional Consistency,' 72 *Denver University Law Review* 989 (1995) 19
- 391 U.S. 563 (1968) 20
- Connick v. Myers*, 461 U.S. 138 (1983) 21

המוטל על הממשל הוא כבד אם ברצונו להטיל עונש בגין התבטאות של עובד הנוגעת לעניין ציבורי, ו'אפילו כאשר התבטאות של עובד ציבור אינה נוגעת לנושא ציבורי, היא איננה "נעדרת כל הגנה של התיקון הראשון" <sup>22</sup>.

כוחו של הממשל להסדיר בחקיקת משנה התבטאויות של עובדי ציבור מתבסס על העובדה ש'לממשל כמעסיק [...] יש סמכויות נרחבות בהרבה משיש לממשל כריבון', <sup>23</sup> שכן 'האינטרס שלו להשיג את מטרותיו באופן אפקטיבי ויעיל ככל האפשר הופך מאינטרס חלש יחסית בתפקידו כריבון לאינטרס חזק בתפקידו כמעסיק'. <sup>24</sup> לפיכך אם התיקון הראשון מגביל את הממשל כשהוא בגדר מעסיק, לא ייתכן שהוא יגביל את הממשל פחות כשהוא בגדר מחוקק משנה.

אם נקבל את הטיעון שהתיקון הראשון אינו מעניק הגנה על התבטאויות לעובדים במגזר הפרטי, ייווצר מצב פרדוקסלי שבו הממשל בתפקידו כמחוקק משנה יכול להסדיר יותר התבטאויות מהממשל בתפקידו כמעביד. כעניין תיאורי, זאת הייתה למעשה התוצאה של התעלמות בית המשפט מזכויות התיקון הראשון של עובדי המגזר הפרטי, אבל זה קרה בהיסח הדעת ולא כפסיקה עקרונית. למשל בעניין *Rankin v. McPherson* <sup>25</sup> סבר בית המשפט שהתיקון הראשון אוסר על שוטר מחוז לפטר עובד שחור שאמר – אחרי ששמע שניסו להתנקש בחייו של הנשיא רייגן – 'אם ינסו שוב להתנקש בחייו, אני מקווה שיצליחו'. לעומת זאת, הממשל בתפקידו כמחוקק משנה היה למעשה רשאי לדרוש שיענישו עובד לכן על המשפט 'צריך לירות בשחורים כמו שירדו בו [בוורנון ג'ורדן]'. <sup>26</sup> באופן דומה, ביקורת גסה על העדפות גזעיות מפי עובד ציבור נתפסה כמוגנת בחוקה, <sup>27</sup> ואילו ביקורת על העדפות גזעיות מפי עובד המגזר הפרטי עשויה להיחשב לתורמת ליצירת סביבה עוינת. <sup>28</sup> קשה להבין למה הממשל בכובעו כמחוקק משנה יכול

<i>Rankin v. McPherson</i> , 483 U.S. 378, 386 n.7 (1987)	22
<i>Waters v. Churchill</i> , 511 U.S. 661, 671 (1994)	23
שם, עמ' 675.	24
483 U.S. 378 (1987)	25
<i>Moffett v. Gene B. Glick Co.</i> , 621 F. Supp. 244 (N.D. Ind. 1985)	26
<i>Department of Corrections v. State Personnel Board</i> , 59 Cal. App. 4 <sup>th</sup>	27
131 (1997)	
<i>Joseph v. Publix Super Markets, Inc.</i> , 983 F. Supp. 1431 (S.D. Fla. 1997)	28

לא לץ מעביד במגזר הפרטי להעניש עובד על אותה התבטאות שמעביד במגזר הציבורי בכובעו כמעסיק יהיה מנוע מבחינה חוקתית מלהגביל. רוברט פוסט (Robert Post) טוען שהגנה מלאה על התבטאויות יש רק בתחום 'השיח הציבורי', מונח שהוא הגדיר כ'מקיף את התהליכים התקשורתיים הנחוצים לגיבוש דעת קהל, בין שאותה דעה מכוונת ובין שהיא איננה מכוונת כלפי עובד ממשלתי, החלטה ממשלתית או מדיניות ממשלתית ספציפיים'.<sup>29</sup> אמנם נראה שההגדרה של פוסט מכוונת לתוכן ההתבטאות יותר משהיא מכוונת למקום שבו השמיעו אותה, אך הוא דוחה את התפיסה שבמקום העבודה מתנהל שיח ציבורי נרחב. הוא טוען שבמקום העבודה 'ספק רב אם נראה דיאלוג המתקיים בין אזרחים כפרטים אוטונומיים ועצמאיים'.<sup>30</sup> אולם לא ברור למה זה צריך להיות כך. בהתייחסה לתפיסה שלפיה קיימת הבחנה ברורה בין חיי העבודה לחיים הפרטיים של אדם, הסוציולוגית בת' שניידר (Beth Schneider) מעירה: 'הגם שמערך הרעיונות הזה עדיין מאפיין את החשיבה הסוציולוגית והיום-יומית, הוא לא בהכרח עולה בקנה אחד לא עם דעות הפרט ולא עם המציאות של עבודת יומו או של חיי המין שלו. סוציולוגים רואים כבר עשרות שנים שהיחסים בעבודה אינם מתמקדים רק בעבודה, אלא שמקום העבודה הוא מקור לקשרי ידידות ולקשרים חברתיים לא רשמיים, ויש לכך השפעות גם על העובדים וגם על מקום העבודה שלהם'.<sup>31</sup> עבור רבים מקום העבודה הוא הזירה המרכזית לדיונים בנושאים חברתיים ופוליטיים; החדשות ששודרו בטלוויזיה בערב הקודם הן נושא השיחה בעבודה למחרת.<sup>32</sup> הוצאת

Robert Post, 'Free Speech and Religious, Racial, and Sexual Harassment: Racist Speech, Democracy, and the First Amendment,' 32 *William and Mary Law Review* 267, 288 (1991)

שם, עמ' 289. 30

Beth E. Schneider, 'The Office Affair: Myth and Reality for Heterosexual and Lesbian Women Workers,' 27 *Sociological Perspectives* 443, 444 (1984) 31

Geeta Sharma-Jensen, 'Scandal Heats up Workplace Banter,' 32 *Milwaukee Journal Sentinel*, February 9, 1998; Lillian Lee Kim, 'Clinton Woes Provide Break from Political Correctness,' *Atlanta Journal and Constitution*, February 5, 1998

מקום העבודה מגדרי ההגנה החוקתית מונעת ממיליוני עובדים הזדמנות יקרת ערך להביע את עצמם בלי לחשוש מהסנקציות המוטלות על פי דרישת הממשל. בית המשפט העליון טרם הכריע בשאלה הספציפית אם יש בהסדרת המשפטית של הסביבה העוינת משום הפרה של התיקון הראשון, והרמזים שהשמיע עד כה אינם חד־משמעיים. מצד אחד פסק בית המשפט – בעניין *R.A.V. v. City of St. Paul*<sup>33</sup> – שאף כשמגבילים התבטאויות שבדרך כלל אינן מוגנות, כגון 'דברי הסתה ומדון', אל לה למדינה לעשות כן באופן מפלה. מצד אחר אמרת אגב של בית המשפט עוררה אחדים להאמין שההסדרה של הסביבה העוינת היא מוגנת. בהתייחסו במפורש לפרק השביעי אמר בית המשפט ש'ת־קטגוריה מסוימת, המבוססת על תוכן, של התבטאות מסוג שיש להוקיעו, עשויה לפעמים להיסחף כבדרך אגב אל תחום תחולתו של דבר חקיקה המכוון להתנהגות יותר מלהתבטאות'.<sup>34</sup> אמנם אפשר לטעון שאמרת האגב שבעניין *R.A.V.* יכולה לחול על הטרדה שנעשתה באמצעות התבטאות שיש להוקיעה כניבולי פה ודברי הסתה ומדון, אך טענה זו לא תסייע בידי מי שיבקשו לפקח על התבטאויות אחרות.

שאואר מציג טיעון חדשני שלפיו למעשה בית המשפט העליון כבר הכריע בעניין התיקון הראשון לחוקה. לדבריו, ההתעלמות של בית המשפט מהנושא בפסק הדין בעניין *Harris v. Forklift Systems, Inc.*<sup>35</sup> – הגם שהוא נדון קודם לכן בכמה מכתבי הטענות – מביעה את ההתנגדות החזקה ביותר שבית המשפט היה יכול להביע כלפי יישומו של התיקון הראשון במקרי הטרדה.<sup>36</sup> לדברי שאואר, 'בהנחה שהצהרות מניחות מראש את סבירות שלילתן, ההצהרה הברורה ביותר בדבר אי־סבירות שלילתה של הצהרה היא אי־השמעתה של ההצהרה'.<sup>37</sup> מי שאינו מסכים לדעתו של שאואר עשוי לשאוב עידוד מהדעה, שזכתה לתמיכה

33 505 U.S. 377 (1992)

34 שם, עמ' 389 (ההדגשה הוספה).

35 510 U.S. 17 (1993)

36 Schauer, לעיל הערה 19, עמ' 992.

37 שם.

הרבה ביותר בקרב שופטי ההרכב בעניין *Waters v. Churchill*,<sup>38</sup> שאין לפרש מקרים 'כסותמים את הגולל על טיעון שמעולם לא התמודדו אתו'.<sup>39</sup>

### הסדרת סביבה עוינת מפרה את הסטנדרטים של התיקון הראשון

#### ההסדרה איננה ניטרלית כלפי נקודת ההשקפה

לפי עיקרון מרכזי בדוקטרינת התיקון הראשון, אין להתיר הגבלת התבטאויות על סמך נקודת ההשקפה בהיעדר נסיבות מחייבות. לפי פסיקת בית המשפט העליון, 'מובן מאליו שנאסר על ממשל להגביל התבטאות על סמך התוכן או המסר שלה', ו'כאשר הממשל מתמקד לא בתוכן ההתבטאות אלא בהשקפות הדוברים בנושא מסוים, ההפרה של התיקון הראשון בוטה עוד יותר'.<sup>40</sup> בני משפט ופרשנים זיהו כמה סיבות הקשורות לנקודות ההשקפה לאיסור על ביטוי שהוגדר כהטרדה. למשל בעניין *Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc.*,<sup>41</sup> הצדיק בית המשפט את אחריות המעביד שהתבססה ברובה על הימצאותם של חומרים המתאפיינים ברמיזה מינית כדלקמן:

חומר פורנוגרפי הנמצא על הקיר או על שולחן המעסיק מעביר מסר על התייחסותו לנשים, המנוגדת לחלוטין לאופן שבו נשים רוצות להיתפס במקום העבודה. בכפוף לטיב החומר שעל הפרק, הוא עלול להעביר מסר שנשים נועדו להיות אובייקט לתוקפנות מינית, שהן שפחות כנועות הנעתרות לתשוקות הגברים, או שהתכוונות

38 511 U.S. 661, 678 (1994)

39 נושא התיקון הראשון לא עמד לנגד עיניו של בית המשפט בעניין *Harris*, והשאלה שם הייתה 'אם כדי שאפשר יהיה לתבוע על הטרדה "בסביבת עבודה פוגענית" [...] על ההתנהגות "לפגוע קשות ברווחתו הנפשית [של עובד]"'. 510 U.S. at 20. השאלה הזאת מתמקדת במצבו הנפשי של התובע יותר משהיא מתמקדת בהתנהגותו של הנתבע.

40 *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819, 828-29 (1995)

41 *Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc.*, 760 F. Supp. 1486 (M.D. Fla. 1991)

הבולטות והנחשקות ביותר אצלן הן תכונותיהן המיניות. כל אחד מדימויים אלה עלול להעביר לגברים, העמיתים לעבודה, את המסר שאין כל פסול בהתייחסות לנשים בעיקר בהיבט מיני.<sup>42</sup>

כך ביטוי שהוא מיני באופיו עלול להעביר את המסר שיש להתייחס לנשים כאל יצורים מיניים.

לעתים קרובות המסר שבגיננו מענישים במקרים של הטרדה מינית איננו המסר שיש להתייחס לנשים באופן מיני, אלא המסר שאין להן מה לחפש במקום העבודה או שאל להן למלא תפקידים מסוימים. למשל הצהרות שנשים אינן אמורות להיות שוטרות<sup>43</sup> או רופאות<sup>44</sup> נתפסו כתומכות בממצאים לביסוס סביבה עוינת. בהקשר של הטרדה על בסיס גזע, התייחסות אל בני מיעוטים כאל מי שבאמצעות העסקתם יצא המעסיק ידי חובתו ופוטורים בנוסח 'הקר-קלאקס-קלן חי וקיים' או ענידת סיכות כגון 'ואלאס לנשיאות' תרמו גם הם לממצאים לביסוס סביבה עוינת.<sup>45</sup> אמנם יש מקרים שבהם ביטוי כזה יקשה על נשים ועל בני מיעוטים לבצע את עבודתם בשל תגובתם עליו, אך אין פירוש הדבר שהסדרה של הביטוי על סמך עובדה זו היא ניטרלית מבחינת נקודת ההשקפה. בית המשפט העליון הדגיש חזור והדגש שהשפעת ביטוי על קהל השומעים איננה מהווה בסיס ניטרלי בתוכנו להסדרה.<sup>46</sup>

במקרים שתוארו לעיל, ויש עוד רבים כאלה,<sup>47</sup> האחריות הוטלה בגין ביטויים שהוגדרו כאסורים דווקא בשל נקודת ההשקפה שלהם: אפשר לתבוע על הצהרות

42 שם, עמ' 1526 : מצטט את Kathryn Abrams, 'Gender Discrimination and the Transformation of Workplace Norms,' 42 *Vanderbilt Law Review* 1183, 1212 n.118 (1989)

43 *Arnold v. City of Seminole*, 614 F. Supp. 853 (N.D. Okla. 1985)

44 *Lipsett v. University of Puerto Rico*, 864 F.2d 881 (1<sup>st</sup> Cir. 1988)

45 *United States v. City of Buffalo*, 457 F. Supp. 612, 633 (W.D.N.Y. 1978), *modified and aff'd*, 633 F.2d 643 (2d Cir. 1980)

46 ראו למשל *Reno v. America Civil Liberties Union*, 117 S. Ct. 2329, 2343 (1997); *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312-21 (1988)

47 ראו *Browne*, לעיל הערה 17, 'What Speech Does "Hostile Environment" Law Prohibit?' 85 *Georgetown Law Journal* 627 (1995)

שלפיהן נשים מתאפיינות בעיקר בתכונות מיניות ושאל להן למלא תפקידים מסוימים,<sup>48</sup> אבל לא על הצהרות שהשקפתן הפוכה. אפשר לתבוע על הצהרות המרמזות ששחורים המתקבלים לעבודה בעקבות אפליה מתקנת אינם כשירים לעבודה,<sup>49</sup> אבל לא על הצהרות הפוכות. אולם ברור שאלה דעות, ואם הממשל מתיר לבטא מערכת דעות אחת אך אוסר לבטא את היפוכה, הוא מפר את החובה המוטלת עליו – בהפעלת כוחו כמחוקק – לשמור על ניטרליות בשוק הרעיונות. בתי המשפט לא חששו לומר במפורש מה הם דורשים ממעבידים. בית המשפט הפדרלי לערעורים של Sixth Circuit הצהיר:

הפרק השביעי [...] דורש ממעסיק לפעול מיד כדי למנוע [...] מקיצוניים להביע את דעתם באופן שיטריד את עמיתיהם לעבודה או יפגע בהם. יש לקוות שאחרי שיובהר לאנשים שאל להם להביע בציבור דעות גזעניות או סקסיסטיות, הם ילמדו שהשקפות אלה אינן רצויות גם בדלת אמות. כך הפרק השביעי עשוי לקדם את המטרה שיושם קץ לדעות קדומות ולדעות מוטות בחברה שלנו.<sup>50</sup>

כלומר החוק דורש ממעבידים לעקוב אחר התבטאויות עובדיהם כדי לוודא שלא יביעו דעות קיצוניות, ולא זו בלבד אלא שהדבר נעשה במטרה מפורשת לרתום את כוח הממשל לצנזר התבטאויות בתקווה האורגונית ששינוי צורת ההתבטאות של אנשים יביא גם לידי שינוי אורח מחשבתם.

סטנדרט הסביבה העוינת מעורפל מדי ומביא לידי צנזורת יתר מצד מעסיקים

חלק מהביטויים המוסדרים בדיני ההטרדה זכאים למעט הגנה של התיקון הראשון. חלקם עשויים להיות ניבולי פה; חלקם דברי הסתה ומדון. ביטויים

ראו *Lipsett v. University of Puerto Rico*, 864 F.2d 881 (1<sup>st</sup> Cir. 1988) 48

ראו *Joseph v. Publix Super Markets, Inc.*, 983 F. Supp. 1431 (S.D. Fla. 1997) 49

*Davis v. Monsanto*, 858 F.2d 345, 350 (6<sup>th</sup> Cir. 1988) *cert. denied?*, 490 U.S. 1110 (1989) 50

כאלה ניתן להסדיר בלי הגבלה באמצעות חוקים שמחוקקים במיוחד, לפחות כל עוד ההסדרה איננה מבוססת על נקודת השקפה.<sup>51</sup> אך הסדרת ביטויים באמצעות דיני ההטרדה חורגת מאוד מצורות ההתבטאות האלה, שבכירור ניתנות להגבלה, והסטנדרט המבחין בין מה שיש להתיר למה שאין להתיר הוא מעורפל ללא תקנה. בית המשפט העליון חזר ושוב על דעתו שהסדרת התבטאויות צריכה להיות ברורה מספיק כדי למנוע את 'האפקט המצנן' על התבטאויות, שגורם לאנשים זהירים להתרחק ת"ק פרסה מקו גבול שקשה לזהותו.<sup>52</sup> סטנדרט הסביבה העוינת אינו עונה על דרישה זו של התיקון הראשון. באיסור שקבע על 'התנהגות מילולית או פיזית בעלת אופי מיני, היוצרת סביבת עבודה מאיימת, עוינת או פוגענית'<sup>53</sup> אין כדי להגדיר למעביד אילו ביטויים עליו לאסור ואילו מהם להתיר. כפי שציין השופט Scalia בפסק דינו המצטרף לדעת הרוב בעניין *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, הסטנדרט הזה מאפשר 'למעשה למושבעים שלא תודרכו להחליט אם התנהלות בעלת אופי מיני של מעביד, או שהותרה על ידי מעביד, היא בוטה דייה כדי להצדיק פסיקת פיצויים'.<sup>54</sup> גם אם 'סטנדרט נטול סטנדרטים' כזה אינו מפר בהכרח את כללי ההליך הנאות כשמחילים אותו על התנהגות לא הבעתית, התיקון הראשון מחייב שיהיה מוגדר בצורה מפורטת יותר. לכל הסדרת התבטאויות שאיננה חד-משמעית עלול להיות אפקט מצנן, שכן הדובר הפוטנציאלי ישקול את הסיכונים הכרוכים בהתבטאותו. מכל מקום, האפקט המצנן של ההסדרה המשפטית של ביטויים מטרידים מוחמר מאוד בגלל שני מאפיינים של משטר האחרייות: אחריות המעביד וסטנדרט מכלול הנסיבות. השיטה שבה מטילים את האחרייות על המעביד יותר מאשר על העובד המטריד, מגדילה מאוד את כמות הביטויים הכפופים לדיכוי. כשהתבטאויותיו של אדם הן בנות ענישה במישרין, רצונו של הדובר להביע את עצמו מאזן במידה זו או אחרת את רצונו להימנע מעונש. הדובר עשוי להחליט שייטול סיכון ויבחן את גבולות האיסור. אולם כשצד שלישי אחראי לפקח על הדובר ועלול להיענש

<i>R.A.V. v. City of St. Paul</i> , 505 U.S. 377 (1992)	51
<i>Reno v. American Civil Liberties Union</i> , 117 S. Ct. 2329, 2344 (1997)	52
29 C.F.R. § 1604.11(a)(3)	53
510 U.S. at 24 (Scalia, J., concurring)	54



בחומרה על פיקוח רופף מדי, התמריצים סימטריים הרבה פחות. המעביד אינו מפיץ הנאה רבה מהתבטאויות עובדיו, אך הוא נחשף לסיכון כספי בגינן, ולכן כף התמריצים נוטה בלא ספק לצד ההגבלה. פיקוח יתר לא יגבה אפוא מהמעביד מחיר כבד, ואילו פיקוח חסר עלול לעלות לו ביוקר רב.

גם המבחן של מכלול הנסיבות מחזק את התמריצים לפיקוח יתר. מעביד אינו יכול לדעת אם ביטוי נתון עלול בסופו של דבר לשמש בסיס לחבות, שכן אין הוא יודע אילו דברים נוספים ישמיעו הדובר ועמיתיו לעבודה. עליו לטפל בביטויים אחד אחד ולשאול את עצמו לא אם הביטוי הנדון כשלעצמו יגרום לחבות, אלא אם הביטוי עלול – בצירוף ביטויים אחרים שאולי טרם נאמרו – לתרום בסופו של דבר לביסוס סביבה עוינת.

קחו לדוגמה מקרה של מעביד היודע שביטוי מסוים לא ייחשב לחמור או פולשני דיו' אלא אם כן יחזרו עליו חמש פעמים. עובד משמיע את הביטוי פעם אחת לעמיתה שלו, והיא מתלוננת בפני הממונה. האם ממונה רציונלי יגיד לעובד שמותר לו לחזור על הביטוי עוד שלוש פעמים ואחר כך עליו להפסיק או שיוורה לו שלא לחזור יותר על הביטוי כלל? התשובה ברורה. מאחר שבכל הידיינות משפטית שתפתח בעקבות זאת ייאלץ המעביד לתת את הדין על כל הביטויים ששמעה התובעת – ויישפט על סמך התגובה שלו – התגובה הצפויה שלו תהיה להשתיק את העובד. וזאת עצתם של עורכי הדין ללקוחותיהם.<sup>55</sup> המדיניות שמרבים להתפאר בה של 'אפס סובלנות' שמאמצים המעבידים היא הגיונית מאוד לנוכח כללי האחריות, וקשה להאשים את המעבידים שמאמצים אותה או את עורכי הדין שממליצים עליה.

### תגובת המעסיקים על משטר האחריות

רוב הפרשנים המתנגדים להחלת ההגנה של התיקון הראשון מתמקדים במקרים שנפסקו, בטענה ששופטים ומושבעים מסוגלים להבחין בין מקרים בוטים

55 ראו Beverly W. Garofalo, 'Lessons from Torres: How to Avoid Liability,' 12 *Corporate Counsellor* 9 (June 1997), לעיל הערה 18, עמ' 638-643.

למקרים לא בוטים. יתרה מזו, הם טוענים כי במקרים רבים אין מדובר רק בדיבור, אלא גם בהתנהגות פוגענית כגון נגיעה בעלת אופי מיני.<sup>56</sup> לכן לטענתם אין בדיני הסביבה העוינת משום צנזורה מהותית לא הולמת.

עורכי דין רבים נוטים לשפוט בצורה מוטעית את השפעותיו של כלל על סמך הזוכים והמפסידים בהדיינות, במחשבה שאם האנשים הראויים זוכים, פירוש הדבר שהחוק פועל כהלכה. אולם מטרת החוק בכלל, ומטרת דיני ההטרדה בפרט, היא בראש וראשונה להשפיע על ההתנהגות מחוץ לכותלי בית המשפט, ושם, במקום העבודה, יש לבחון את תוצאותיו.

כשכבת המשפט העליון נתן את הגושפנקה על תאוריית הסביבה העוינת בעניין *Meritor Savings*, הוא גרס שמדיניות אפקטיבית כלפי הטרדה מינית עשויה להעניק הגנה מסוימת למעבידים.<sup>57</sup> מאז עניין *Meritor* עורכי דין מייעצים דרך קבע ללקוחותיהם לאמץ ולאכוף מדיניות מחמירה כלפי הטרדות, ורוב המעבידים – או לפחות המעסיקים הגדולים – נשמעים לעצתם.

אמנם נכון שההשפעות הגלויות ביותר של דיני ההטרדה הן מקרי הטרדה שהגיעו לדיון משפטי, אך זהו רק קצה הקרחון. המקרים המדווחים הם סמן מטעה להשפעות החוק, והם נובעים בעיקרם מהתמוססות מדיניות ההטרדה המינית של מעביד או מהיעדר אינטרס מצדו לציית לחוק. מידע רלוונטי יותר, שלרוב מתעלמים ממנו, הוא התנהגות המעבידים המבקשים לציית לחוק. לשם כך יש לבדוק את האכיפה בפועל של מדיניות ההטרדה מצד המעביד.

עיקר היישום של מדיניות ההטרדה המינית מצד המעביד אינו נחשף לעיני מערכת המשפט. ברובם המכריע של המקרים עובדים פשוט מציינים להוראות שקיבלו. כשיש טענה של הפרה, מורים לעובד הפוגע שלא לחזור על כך, והוא נשמע להוראה, והאירוע אינו מתועד בשום מרשם ציבורי.

מקרים מדווחים הנוגעים ליישום מדיניות ההטרדה המינית על ידי מעביד מוגבלים לרוב למקרים שבהם העובדים זכאים לסוג כלשהו של הגנת 'הסביבה המוצדקת' |הגנה שמונעת במקרים מסוימים פיטורים שרירותיים של העובד –

Deborah Epstein, 'Free Speech at Work: Verbal Harassment as Gender-Based Discriminatory (Mis)Treatment,' 85 *Georgetown Law Review* 649, 653 (1997)

477 U.S. 57, 72-73 (1986) 57

הערת העורכת), שכן לעובדים שניתן לפטרם לפי רצון המעביד אין בדרך כלל סעד כנגד צעדים משמעותיים או פיטורין בגין הפרה לכאורה של מדיניות מסוג זה. עד כה הוגשו תביעות ספורות מצד עובדים שפוטרו בגין הפרת מדיניות ההטרדה המינית של מעסיקהם. היו גם הרבה בורריות שהתבקשו בשם עובדים מאוגדים באיגודים מקצועיים שננטו כלפיהם צעדים משמעותיים או שפוטרו בגין הפרת מדיניות כזאת, והליכים מנהליים ביוזמת עובדי מדינה על אותו רקע. עמדת המעבידים שהוצגה בכל המקרים המדווחים הללו מתיישבת עם הייעוץ המשפטי שקיבלו: כדי להימנע מלהימצא אחראי להטרדה מינית, מוטב ללכת על בטוח, וללכת על בטוח פירושו לצנזר הרבה התבטאויות. שימו לב למקרים אלה:

- מנהל ב-Miller Brewing Company תיאר בעבודה קטע מפרק בסדרה 'סיינפלד', שבו הגיבור לא הצליח להיזכר בשמה של בחורה שיצא אתה; הוא זכר רק ששמה מתחרו עם כינוי לאיבר מין נשי. התברר ששמה של הבחורה היה דולורס. כשאחת מנשות המשרד לא הבינה את הבדיחה, הצביע המנהל על עמוד במילון ובו המילה 'קליטוריס' [=דגדגן] (החרוז לא מושלם כמובן). האישה הגישה תלונה פנימית על הטרדה מינית, והגבר פוטר מהעבודה.<sup>58</sup>
- שוטר באריזונה שלח לעמיתתו במחלקה דואר אלקטרוני, אחרי ששמע שהצליח במבחני הקצונה, בזו הלשון: 'האם עכשיו, אחרי שהצטרפתי לשורת הקצינים, תסכימי לשכב אתי?' העמיתה לעבודה השתעשעה מכך ולא נעלבה כלל, אך לרוע מזלו היא סיפרה על כך למישהו שדיווח על כך לממונים. שמו של השוטר נמחק מרשימת הקצינים.<sup>59</sup>
- מפעיל מחשב הביא לעבודה גיליון של כתב העת *National Lampoon*. עמיתה לעבודה מצאה אותו ומסרה אותו לידי אחד המנהלים. המנהל החליט

58 ראו 'Sexual Harassment: Jury Awards \$26 Million to Executive Fired after Discussing "Seinfeld" Episode,' *Daily Lab. Rep.* (BNA) No. 137, at D-24 (July 17, 1997)

59 *Olive v. City of Scottsdale*, 969, F. Supp. 564 (D. Ariz. 1996) (בית המשפט סירב לבקשת הנתבע לקיים דיון בסדר דין מקוצר בדרישה להליך הוגן).

- שתמונות הנשים המעורטלות למחצה שבכתב העת הפרו את מדיניות ההטרדה המינית של החברה, והעובד פוטר.<sup>60</sup>
- ראש מחלקה במפעל ייצור באורגון עלעל בצנעה בחברת כמה עובדים ממין זכר בגיליון של כתב העת 'פנטהאוז', שכלל תצלומים של הידוענית המקומית טוניה הארדינג. אחד העובדים הזכיר באוזני עמיתה את הגיליון, והיא הביאה זאת לידיעת המנהלים. העובד הורחק מהעבודה לשלושה ימים.<sup>61</sup>
  - אישה היספנית חבשה לראשה צעיף עם הדפס אפריקני. כמה עובדים שחורים נפגעו מהעובדה שהיא חבשה לראשה צעיף אפריקני, והגישו תלונה. נאמר לה להסיר את הצעיף כי הוא פוגע בעמיתה לעבודה, אך היא סירבה. היא פוטרה בגין אי-ציות.<sup>62</sup>
  - מפקח בסניף שירותי הדואר האמריקניים פנה לכפופה לו 'יותר מפעם אחת' בכינוי 'מותק'. הוא הורד בדרגה לתפקיד דוור.<sup>63</sup>
  - מכונאי, מנהל עבודה, נשלח למקום שעבדה בו מתלמדת, קשר עמה שיחה ובמהלכה אמר לה שהוא 'מהדור הישן', שלדעתו מספנה איננה מקום לנשים, שתכנית ההכשרה היא 'בדיחה', ושמוטב היה לו הלכה לעבוד בתור 'קלדנית'. אמנם המכונאי לא היה ממונה עליה, אך הוא בכל זאת הורד לדרגת מכונאי מן השורה.<sup>64</sup>
  - סמוך לחג ליל כל הקדושים מצא פקח טיסה פיסת חבל באזור שהיה בשיפוצים במגדל הפיקוח של אינדיאנפוליס. הוא קשר אותו כחבל תלייה,

60 בעניין *RMS Technologies, Inc.*, 94 Lab. Arb. (BNA) 297 (1990) (בורר הפך את ההחלטה)

61 בעניין *American Mail-Well Envelope*, 105 Lab. Arb. (BNA) 1209 (1995) (בורר קבע שההשעיה של שלושה ימים הייתה מוגזמת).

62 בעניין *USCP-WESCO, Inc.*, 109 Lab. Arb. (BNA) 225 (בורר ביטל את הפיטורין).

63 *Dubiel v. United States Postal Service*, 54 M.S.P.R. 428 (1992) (שופט בהליך מנהלי אישר את האישום ואת ההורדה בדרגה; ה-MSPB הפחית את העונש לשלושים ימי השעיה).

64 *Curry v. Department of the Navy*, 13 M.S.P.R. 326 (1982) (ה-MSPB אישר את ההורדה בדרגה).

ותלה אותו מעל הווילון שהסתיר את אזור השיפוף. איש לא ראה זאת, אך הוא הודה שהוא עשה זאת לאחר שהתגלה חבל תלייה אחר (שאליו לא היה לו כל קשר) שעורר מהומה בקרב העובדים השחורים. אף שלא נטען למניע גזעני מצדו (והבורר הגיע לכלל מסקנה שלא פעל ממניע כזה), העובד הושעה ליומיים.<sup>65</sup>

• מנהל עבודה במחסן במחלקה שביצעה עבודת כפיים קשה ומפרכת אמר בכעשר הזדמנויות במהלך ארבע שנים 'שלדעתו נשים אינן מסוגלות לבצע את העבודה [במחסן] ושהוא לעולם לא יעסיק אישה'. אף שלא נמצאו עדויות למעשים מפלים מצדו, הוא הורד בדרגה לתפקיד של מטעין מטוסי תובלה בגין הפרת מדיניות החברה בנושאים של הטרדה ואפליה.<sup>66</sup>

המשותף לכל המקרים האלה הוא שהביטויים שבגינם הוענשו העובדים או פוטרו לא היו חמורים דיים כשלעצמם כדי להטיל על המעביד אחריות להטרדה, ובכל זאת ההתנהגות התפרשה כהפרה של מדיניות החברה. לכן יש הטוענים שאין לאפיין מקרים מסוג זה כמקרים שנגרמו בשל דיני ההטרדה; במקום זאת המקרים מייצגים תגובות חריגות – 'תגובות מוגזמות' של מעסיקים פרנואידיים.<sup>67</sup> לפי טיעון זה אל לו למעביד להעניש עובד אלא אם כן הביטוי הפוגע חמור או פולשני כל כך שיש בו משום הפרת החוק. אך זו בלא ספק תפיסה לא מציאותית של המצב שבו נתון המעביד. הסטנדרט של מכלול הנסיבות דורש למעשה מהמעביד לפעול לפני שהתבטאותו של עובד תחצה את הסף של 'חמור או פולשני', לא רק משום שלא ברור היכן נמצא אותו סף, אלא גם משום שהמעסיק יידרש להצדיק את תגובתו לא רק להתבטאותו של אותו עובד, אלא גם להתבטאויות

65 בעניין *Federal Aviation Administration, 109 Lab. Arb.* (BNA) 699 (1997) (בורר החליף את ההשעיה בנויפה בכתב).

66 *Holland v. Department of the Air Force, 31 F.3d 1118* (Fed. Cir. 1994) (ה-MSPB אישר את ההורדה בדרגה; בית המשפט לערעורים של המחוז הפדרלי הפך את ההחלטה וקבע שהעובד לא הפר את התקנות, שכן הוא לא ביטא במעשהו את דעותיו ולא יצר סביבה עוינת).

67 Epstein, 'לעיל הערה 56, עמ' 652; *Suzanne Sangree, 'A Reply to Professors Volokh and Browne,' 47 Rutgers Law Review* 595, 595 (1995)

של כל יתר העובדים. עובדה זו גרמה לבתי משפט ולגופים מנהליים להגיע לכלל מסקנה שמעבידים מגיבים הרבה לפני שיש הפרה של הפרק השביעי. כפי שציין ה-MSPB | Merit Systems Protection Board – סוכנות עצמאית מעין שיפוטית שהוקמה בווישינגטון כחלק מן הרשות המבצעת ומשמשת משגיחה על מערכות המינוי של עובדים לשירות הציבורי וקידומם – הערת העורכת: אף אם 'מקרה יחיד' של הטרדה 'סקסיסטית' אינו מהווה הפרה של הפרק השביעי, 'אי-אפשר לעבור לסדר היום על התנהגות כזאת מצד עובד בתפקיד ניהולי, שמא יגידו שהסוכנות מוחלת לעובדים המשמיעים הערות מסוג זה. יתרה מזו, אם התנהגות כזאת לא תיחשב לבת תביעה, עלול לצוץ דפוס התנהגות מפלה, והסוכנות כמעבירה עלולה להיתפס כאחראית לפי הפרק השביעי'.<sup>68</sup> מובן שמעסיקים המתמודדים עם עובדים שניתן לפטרם לפי רצון המעביד אינם נדרשים אפילו לשכנע נציגות מנהלית או בורר שפעולת המנע שלהם – עוד בטרם התמלאו הדרישות של סטנדרט ההטרדה – הייתה מוצדקת, שכן גם תגובה מוגזמת בכירור לחשש מפני הטלת אחריות להטרדה כרוכה בסיכון משפטי קטן מאוד.

אם המקרים שתוארו לעיל אכן מצביעים על תגובה מוגזמת, הרי שהיא באה לידי ביטוי בעונש שהעניש המעביד את העובד יותר מבעצם הטלת הצנזורה. כלומר גם אם נסבור כי העונש שהטיל המעביד היה מופרז, אין להניח שעורך דין כלשהו העוסק בדיני עבודה יחשוב שהייעוץ לעובדים שלא לחזור על ההפרות שביצעו הוא תגובה מוגזמת. באווירה השוררת כיום, עורך דין טוב לא יגיד למעבידים שהם יכולים להתיר לעובדים לדבר בשפת רחוב או לספר בדיחות בעלות אופי מיני, גזעני או אתני כל עוד אינן מעליבות מאוד; עורך דין טוב גם לא יגיד למעבידים שעליהם להתיר לעובדים לבטא דעות מעוררות מחלוקת בנושאי מין או גזע. כפי שנכתב בעלון שפרסמה הוועדה ליחסי אנוש (Commission on Human Relations) במרילנדר, 'משום שגבולות החוק הוגדרו בצורה גרועה כל כך, מוטב להימנע במקום העבודה מכל התנהגות מינית שיש בה משום פגיעה'.<sup>69</sup>

68 *Curry v. Department of the Navy*, 13 M.S.P.R. 326 (1982). ראו גם *Pope v. United States Postal Service*, 114 F.3d 1144, 1148 (Fed. Cir. 1997)

69 Jonathan Rauch, 'Offices and Gentlemen,' *New Republic* (June 23, 1997), at 22

## שינויים פוטנציאליים שיצמצמו את בעיות התיקון הראשון

הואיל והסטנדרטים הנוכחיים המגדירים סביבה עוינת אינם עומדים בדרישות התיקון הראשון לחוקה, השאלה היא אם אפשר להוסיף כמה תיקונים לדוקטרינת הפרק השביעי כדי לפתור את הבעיה או שיש לנקוט צעדים מחמירים יותר. נראה שהוספת תיקונים לא תסייע במידה רבה.

### דרישת המטרה

יש פרשנים שמקבלים את הטענה שהסטנדרטים הנוכחיים של ההטרדה מגבילים ביטויים שלא לצורך, אולם טוענים שאפשר להימנע מהבעיות שהעליתי באמצעות הוספת דרישת מטרה: שההתבטאות 'תכוון' אל קרבן מסוים כדי שתהיה בת תביעה.<sup>70</sup> כך לא תוכל מתלוננת להסתמך בתלוננתה על בדיחות ששמעה באקראי או על דברים מעוררי מחלוקת המוצגים בפרהסיה. סטנדרט כזה ישפר ללא ספק את הסטנדרט הנוכחי. הוא ישים קץ לאחריות 'לאווירת' הטרדה ויצמצם מאוד את מספר התובעים שאינם ראויים לפסיקה לטובתם. אך אמונה בסטנדרט החדש הזה משקפת את הגישה שתוארה לעיל – את ההשקפה שלפיה חוק פועל כהלכה אם הצד שראוי שיזכה הוא הזוכה בהידיינות המשפטית. אולם השאלה הרלוונטית היא אם סטנדרט ה'מטרה' יצמצם במידה מהותית וניכרת את בעיית המפתח של הסדרת הסביבה העוינת, כלומר את הטלת הצנזורה בידי מעבידים בשל חששם מפני אחריות. נראה שהתשובה על כך שלילית.

לפי כל פירוש הגיוני של סטנדרט ה'מטרה', התבטאויות שהושמעו בכוונה בנוכחות התובעת יספיקו גם אם הן לא כוונו אליה באופן רשמי. כלומר אם במקרה אישה שומעת בדיחה או הערה סקסיסטית ומחליטה שנאמרו משום שהיא הייתה נוכחת, המושבעים יהיו אלה שיכריעו אם היא הייתה 'מטרת' ההתבטאות. באופן דומה אם אישה טוענת שתמונות עם רמיזה מינית נתלו במיוחד כדי לפגוע בה, היא עשויה לשכנע את המושבעים בצדקת תביעתה. אם התמונה נתלתה לפני שהחלה לעבוד במקום העבודה, ברור שיהיה קשה לבסס טענה

70 ראו למשל Volokh, לעיל הערה 18, עמ' 1871.

כזאת, אולם אם היא התלוננה על התמונה עם כניסתה למקום העבודה, ולאחר מכן נתלו תמונות נוספות, יש היגיון בטענה שהתמונות הנוספות כוונו אליה כדי להתנקם בה על תלונתה.

הוספת דרישת ה'מטרה' לא תספק למעסיק את הכלים הדרושים כדי להבחין בין התבטאות שיש להגביל להתבטאות שאפשר להתירה. אפשר לאפיין רבים מן המקרים שתוארו בקטע הקודם כהתבטאויות שכוונו ל'מטרה'. גם אם כשלעצמן אין בהן כדי להקים אחריות, ההתבטאות בכל אחד מן המקרים הללו יכולה להצטרף להתבטאויות אחרות ולתמוך יחדיו בממצאים המבססים סביבה עוינת. לפיכך המעסיק ימשיך להרגיש שמחובתו לצנזר את הביטויים, וגם סטנדרט 'מטרה' ידרוש מן המעסיק להטיל הגבלות על ביטויים שתלויות בנקודת השקפה.

#### אחריות אישית

שום שיטה של אחריות מעבידים לפי הפרק השביעי לא תצמצם במידה ניכרת את הבעיה של צנזורה מוגזמת מצדם. הלחץ לבצע צנזורה מוגזמת טבוע בשיטת הטלת האחריות על צד שלישי, שאליה מצטרף סטנדרט שהוא מעורפל במהותו. הבעיה איננה שאין שיטה של אחריות מעבידים שתהיה מושלמת; אלא שאין שיטה של אחריות מעבידים שיכולה להימנע מהגבלת ביטויים רבים בהרבה ממה שהתיקון הראשון יכול לשאת.

דרך טובה יותר להסדרה משפטית של ההטרדה – לפחות ההטרדה המילולית – תהיה אולי ביטול אחריות המעביד לפי הפרק השביעי והסתמכות על דיני הנזיקין, שלפיהם העובדים הפוגעים ייתפסו כאחראים אישית למעשיהם, אולי לפי התאוריה של גרימה מכוונת של מצוקה נפשית.<sup>71</sup> גם הסטנדרט הזה – הדורש 'התנהגות שערורייתית' מצד הנתבע – מעורר בעיות לא פשוטות של התיקון הראשון לחוקה. בעניין *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*<sup>72</sup> –

71 Stuart Taylor, 'Real Sexual Harassment,' *Legal Times*, May 6, 1996, at 23

72 U.S. 46, 55 (1988) 485



ללא ספק מקרה של 'דמות ציבורית' – בית המשפט העליון דחה את סטנדרט 'השערורייתית' בדיוק בשל תוכנו הלא אובייקטיבי.

למרות הקשיים הנותרים של התיקון הראשון, שיטה של אחריות אישית תבטל כמה מהרעות העיקריות של משטר האחריות הנוכחי. היא תצמצם את הלחץ על המעבידים לאכוף כללי התבטאות נוקשים. המצנזר לא יהיה עוד אדם שונה מהמתבטא עצמו, וצד אחד לא יישא עוד באחריות להתבטאויותיהם של כמה דוברים. שיטה של אחריות אישית גם תביא תועלת בכך שתטיל את החבות על המבצע העיקרי של המעשה העוולתי. כך ייווצר תמריץ גדול יותר לעובדים שלא להתנכל לעמיתיהם לעבודה, לנוכח הידיעה שהבתים שלהם – ולא רק מקום העבודה שלהם – מוטלים על הכף.

אמנם אפשר לטעון שדי בהוספת רכיב של חבות אישית לפרק השביעי לפתרון הסוגיה,<sup>73</sup> אך הרעיון הזה לא טוב מכמה סיבות: ראשית, חבות אישית לפי הפרק השביעי תהיה פשוט נספחת לחבות המעביד; אם עדיין תיתכן הטלת אחריות על המעביד, הלחצים לצנזורה מוגזמת יוותרו בעינם. שנית, משום שמשטר של אחריות אישית לפי הפרק השביעי יקים חבות לא רק למטרידים אלא גם לממונים עליהם – שלא נקטו את הצעדים הדרושים למניעת ההטרדה – הלחץ לצנזורה מוגזמת יגבר למעשה. במקום שהמפקח יסכן את כספי המעביד שלו אם יחליט שלא לצנזר התבטאות, כעת הוא מסכן את כספו שלו. מאחר שהמפקח אינו מפיק תועלת אישית של ממש מחיזוק המורל בקרב עובדים שאין מצנזרים עוד כל הערה סקסיסטית מטופשת שלהם, המצב מן הסתם רק יחמיר.

משטר נזיקי של אחריות אישית יגרום מן הסתם למושבעים להתייחס למקרי ההטרדה לאור החובה להגן על חופש הביטוי. משטר כזה עשוי לצמצם את ההטיה של המושבעים לטובת התובעת בתביעות של הטרדה מינית, שכן המושבעים יראו משני עברי המתרס אנשים בשר ודם, ולא תובעת מעוררת אהדה מצד אחד ותאגיד מעסיק בעל כיס עמוק מצד אחר. ביטול האפשרות להפיק רווח קל מתביעות של הטרדה מינית יכול להיות רק טוב. הסבירות שתוטל אחריות

73 לפי הפרק השביעי רוב בתי המשפט היו בדעה שאין להחיל חבות אישית על אדם פרטי המפלה. ראו גם *Wathen v. General Electric Co.*, 115 F.3d 400, 404-406 (6<sup>th</sup> Cir. 1997)

בגין התבטאות מעליבה – אך לא שערורייתית – תקטן, כשם שתקטן הסבירות שהאחריות תתבסס על נקודת ההשקפה שבוטאה, להבדיל מאופן ביטויה. יהיו שיטענו שבדיוק מכך יש להימנע. אחריות מעבידים מפעילה לחץ על הצד שבכוחו לפקח טוב יותר במקום העבודה. אמנם זה היה אולי טיעון טוב בתחילת ההתנסות שלנו עם חבות בגין הטרדה מינית, אך הניסיון מלמד שחבות מעבידים גורמת לצנזורה מוגזמת במידה ניכרת. הכוח לפקח לצד אחריות מהותית לפיקוח לא מספק יצרו משטר שאסור לעודדו לאור התיקון הראשון לחוקה.

גם אם נבטל את אחריות המעביד, לא ייפגעו התמריצים המניעים אותו למנוע הטרדה שערורייתית. רוב המעבידים ימנעו את הביטויים הבוטים ביותר מתוך דאגה לביצוע יעיל של העבודה במקום העבודה. אולם מן הסתם תפחת רגישותם המוגזמת של המעבידים, והם יעתיקו את קו הגבול בין המותר לאסור למקום אחר מזה שהם נאלצים לקבוע כעת.

יש הטוענים – לנוכח מיעוט קטן של מעבידים המתיר התנהגות שערורייתית מאוד אף במצב המשפטי הנוכחי – שהדבר מוכיח שלא רק שהחוק איננו מרחיק לכת מדי, אלא שאף לא די בו. לכן, כך יטענו, אין זה הזמן לצמצום תחולתו. אמנם נכון שאפילו בשיטה של אחריות המעבידים הנוכחית יש מעבידים שאינם מונעים התנהגות דוחה מאוד, אך אין בכך כדי לשלול את ההשפעה המתמרצת של החוק, משום שיש מעבידים שכנראה אינם רגישים במיוחד לחוקי המדינה. רבים רואים בהמשך קיומן של הטרדה ואפליה מכל סוג נימוק טוב להחמרת החקיקה, האכיפה והענישה, אבל משום מה אנחנו סלקטיביים מאוד בהתעקשותנו לקבוע סטנדרט של 'אפס סובלנות'. רוב האנשים חושבים שרצח גרוע מהטרדה מינית, אבל איש איננו טוען שהעובדה ששיעור הרציחות הוא הרבה מעל לאפס מעידה על כך שהחוקים שנועדו למניעתו או אכיפתם לוקים בחסר. למה לא? מן הסתם משום שאנשים מבינים שאף על פי שרצח הוא מעשה רע, יש משהו בטבע האדם שהופך את הרצח לבלתי נמנע. אנחנו משקיעים משאבים רבים במלחמה בפשע ואנחנו שבעי רצון כשיש ירידה בשיעורי הפשיעה, אבל איננו שומעים קריאה להחמרת החקיקה בעקבות כל רוח חדש על רצח או שוד. מנגד נראה שההנחה היא שאפשר לשרש לחלוטין תופעות כגון הטרדה מינית ואפליה בעזרת מעט חינוך ו'תיקון הגישה'. אך סביר להניח שהטרדה מינית, לא פחות

מכל צורות ההתנהגות האנטי-חברתית האחרות, היא תוצאה של נטייה מובנית להתנהגות כזו, ולא דווקא של חינוך לקוי.<sup>74</sup> אם כן שירוש מוחלט של ההטרדה המינית והאפליה אינו אלא מטרה שנתקשה להשיגה לא פחות משירוש הפשע.

## סיכום

חששות בנוגע להגבלת חופש הביטוי בגין דיני ההטרדה עמדו עד היום בצל החששות הנוגעים לשוויון. די היה לסווג ביטוי כ'מפלה' כדי שאפשר יהיה להגבילו. אבל אם יש לתיקון הראשון משמעות כלשהי, הרי היא שיש ביטויים הנחשבים לרעים בעיני אנשים, אך הם מחוץ להישג ידו של החוק. למרבה הצער נדיר שהתיקון הראשון לחוקה נתפס כאילוץ על קביעת מדיניות. בפועל, נראה שתהליך קביעת המדיניות הוא כזה: 'האם זו מדיניות טובה? אם כן, הרי שאינה מפרה את התיקון הראשון'. למותר לציין שבגישה כזו נגיע לאותן תוצאות שהיינו מגיעים אליהן גם בהיעדר התיקון הראשון.

לדעתם של התומכים בהסדרה משפטית של התבטאויות, העולם יהיה מקום טוב יותר בלי הביטויים שהם מבקשים לצנזר, והם לעתים קרובות טוענים שהביטוי שהם מבקשים לצנזר הוא באופן כלשהו יוצא דופן, ולפיכך הסדרתו לא תביא לידי הטלת צנזורה על ביטויים אחרים שלדעתם אין לצנזר. אך הגיע הזמן להכיר בכך שדיני ההטרדה לפי השיטה הקיימת של אחריות מעבידים גובים מחיר כבד מדי בדיכוי חופש הביטוי.

Kingsley R. Browne, 'An Evolutionary Perspective on Sexual Harassment: Seeking Roots in Biology Rather Than Ideology,' 8 *Journal of Contemporary Legal Issues* 5 (1997)



## חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998<sup>1</sup>

### מטרת החוק

1. חוק זה מטרתו לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים.

### הגדרות (תיקון התשס"ד)

2. בחוק זה –

'בשירות' – בשירות בכוחות הבטחון, מקום שאין בינם לבין המשרת בהם יחסי עובד מעביד, או בשירות לאומי;

'הראה' – במילים או בהתנהגות, ובלבד שלא היה ספק סביר לגבי משמעות ההתנהגות;

'התייחסות' – בכתב, בעל פה, באמצעות מוצג חזותי או שמיעתי, לרבות באמצעות מחשב או חומר מחשב, או בהתנהגות;

'חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה' – חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988;

1 ס"ח 1661, התשנ"ח (19.3.1998), עמ' 166.  
 תיקון: ס"ח 1925, התשס"ד (9.2.2004), עמ' 294;  
 ס"ח 1934, התשס"ד (31.3.2004), עמ' 346;  
 ס"ח 2038, התשס"ו (8.12.2005), עמ' 54;  
 ס"ח 2078, התשס"ז (18.1.2007), עמ' 86. הצ"ח – כנסת 123, התשס"ז, עמ' 21;  
 ס"ח 2103, התשס"ז (12.7.2007), עמ' 387 [התשס"ז (מס' 2)]. הצ"ח – כנסת 139, התשס"ז, עמ' 110;  
 ס"ח 2109, התשס"ז (8.8.2007), עמ' 453 [התשס"ז (מס' 3)]. הצ"ח – כנסת 143, התשס"ז, עמ' 140;  
 ס"ח 2248, התש"ע (14.7.2010), עמ' 570. הצ"ח – כנסת 327, התש"ע, עמ' 176.

'חוק העונשין' – חוק העונשין, התשל"ז-1977;

'חסר ישע' – כהגדרתו בסעיף 368 לחוק העונשין;

'כוחות הבטחון' – צבא הגנה לישראל, משטרת ישראל, שירות בתי הסוהר וארגוני הבטחון האחרים של המדינה;

'מחשב' ו'חומר מחשב' – כהגדרתם בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995;

'מסגרת יחסי עבודה' – מקום העבודה, מקום אחר שבו מתנהלת פעילות מטעם המעביד, תוך כדי העבודה, או תוך ניצול מרות ביחסי העבודה בכל מקום שהוא;

'קבלן כוח אדם' – כהגדרתו בסעיף 1 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996;

'קטין' – אדם שטרם מלאו לו 18 שנים;

'שירות לאומי' – כמשמעותו בפסקה (3)(ב) להגדרה 'ילד' שבסעיף 238 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

הטרדה מינית והתנכלות [תיקונים: התשס"ד, התשס"ז (מס' 3), התש"ע]

3. (א) הטרדה מינית היא כל אחד ממעשים אלה:

- (1) סחיטה באיומים, כמשמעותה בסעיף 428 לחוק העונשין, כאשר המעשה שהאדם נדרש לעשותו הוא בעל אופי מיני;
- (2) מעשים מגונים כמשמעותם בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין;
- (3) הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות;
- (4) התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות;
- (5) התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית;
- (6) הצעות או התייחסויות כאמור בפסקאות (3) או (4), המופנות למי מהמנויים בפסקאות המשנה (א) עד (ז), בנסיבות המפורטות בפסקאות משנה אלה, גם אם המוטרד לא הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות;

- (א) לקטין או לחסר ישע – תוך ניצול יחסי מרות, תלות, חינוך או טיפול, ואם טרם מלאו לקטין 15 שנים – גם בלא ניצול יחסים כאמור, ובלבד שהמטריד אינו קטין;
- (ב) למטופל, במסגרת טיפול נפשי, בריאותי, רפואי או פארה-רפואי – תוך ניצול תלות של המטופל במטפל; בפסקת משנה זו, 'טיפול נפשי' – כהגדרתו בסעיף 347א לחוק העונשין;
- (ג) לעובד במסגרת יחסי עבודה, ולאדם בשירות במסגרת שירות – תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות.
- (ד) לתלמיד בכיתה י"ב, י"ג או י"ד, שאינו קטין, תוך ניצול יחסי מרות בלימודים;
- (ה) לתלמיד או לסטודנט, הלומד במוסד המקנה השכלה עיונית, דתית או מקצועית לבוגרים (בחוק זה – מוסד להשכלה לבוגרים), תוך ניצול יחסי מרות בלימודים;
- (ו) למשתקם כהגדרתו בחוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז-2007, במסגרת תעסוקה – תוך ניצול יחסי מרות בתעסוקה או ניצול תלות;
- (ז) לאדם – תוך ניצול יחסי מרות או תלות, במסגרת הדרכה או ייעוץ של כהן דת או של מי שמתחזה להיות כהן דת או של אדם הידוע או המציג את עצמו כבעל סגולות רוחניות מיוחדות.
- (ב) התנכלות היא פגיעה מכל סוג שהוא שמקורה בהטרדה מינית, או בתלונה או בתביעה, שהוגשו על הטרדה מינית.

#### איסור הטרדה מינית והתנכלות

4. לא יטריד אדם מינית את זולתו ולא יתנכל לו.

הטרדה מינית והתנכלות – עבירות (תיקון התשס"ו)

5. (א) המטריד מינית אדם כאמור בסעיף 3(א)(3) עד (6), דינו – מאסר שנתיים.

- (ב) המתנכל לאדם כאמור בסעיף 3(ב), דינו – מאסר שלוש שנים.
- (ג) הטריד אדם מינית אדם אחר כאמור בסעיף קטן (א) והתנכל לו כאמור בסעיף קטן (ב), דינו – מאסר ארבע שנים.
- (ד) הוראות סעיפים 2א ו-2ב לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, יחולו על חקירתו של מי שנפגע בעבירה לפי סעיף זה ועל עדותו בשל עבירה כאמור.
- (ה) הוראות סעיף 352 לחוק העונשין יחולו לענין פרסום שם של מי שנפגע בעבירה או שהתלונן כי נפגע בעבירה לפי סעיף זה.

**הטרדה מינית והתנכלות – עוולות אזרחיות [תיקון התשס"ז (מס' 2)]**

6. (א) הטרדה מינית והתנכלות הן עוולות אזרחיות, והוראות פקודת הנזיקין (נוסח חדש), יחולו עליהן בכפוף להוראות חוק זה.
- (ב) בית המשפט רשאי לפסוק בשל הטרדה מינית או בשל התנכלות פיצוי שלא יעלה על סך 50,000 ש"ח, ללא הוכחת נזק; סכום זה יעודכן ב-16 בכל חודש, בהתאם לשיעור עליית המדד החדש לעומת המדד הבסיסי; לענין סעיף קטן זה –
- 'מדד' – מדד המחירים לצרכן שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה; 'המדד החדש' – מדד החודש שקדם לחודש העדכון; 'המדד הבסיסי' – מדד חודש מרס 1998.
- (ג) לא יזרקק בית המשפט או בית הדין לעבודה, לפי הענין, לתביעה בשל עוולה לפי סעיף זה או לפי סעיף 7, שהוגשה לאחר שחלפו שלוש שנים מיום שנוצרה העילה והוראות סעיפים 18א ו-18ב לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, לא יחולו על תביעה כאמור.

**נקיטת אמצעים בידי מעביד (תיקון התשס"ד)**

7. (א) מעביד חייב לנקוט אמצעים סבירים, בנסיבות הענין, כדי למנוע הטרדה מינית או התנכלות במסגרת יחסי עבודה, על ידי עובדו, או על ידי ממונה מטעמו אף אם אינו עובדו, ולטפל בכל מקרה כאמור, ולשם כך עליו:



- (1) לקבוע דרך יעילה להגשת תלונה בשל הטרדה מינית או התנכלות ולבירור התלונה;
- (2) לטפל ביעילות במקרה של הטרדה מינית או התנכלות שידע אודותיהם, וכן לעשות כל שביכולתו כדי למנוע את הישנות המעשים האמורים וכדי לתקן את הפגיעה שנגרמה למתלונן עקב ההטרדה או ההתנכלות.
- (ב) מעביד המעסיק יותר מ-25 עובדים חייב, בנוסף לאמור בסעיף קטן (א), לקבוע תקנון שבו יובאו עיקרי הוראות החוק בדבר הטרדה מינית והתנכלות במסגרת יחסי עבודה ויפורטו בו דרכי הגשת התלונות שענינן הטרדה מינית או התנכלות והטיפול בהן, כפי שקבע המעביד (להלן – תקנון); המעביד יפרסם את התקנון בין עובדיו.
- (ג) מעביד שלא מילא את חובותיו לפי סעיפים קטנים (א)(1) ו-(2) ו-(ב) יהיה אחראי לעוולה אזרחית לפי סעיף 6, או לעוולה אזרחית בשל פגיעה כאמור בסעיף 7 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שעשה עובדו, או ממונה מטעמו אף אם אינו עובדו, במסגרת יחסי העבודה.
- (ד) שר המשפטים, בהסכמת שר העבודה והרווחה ובאישור הוועדה לקידום מעמד האשה של הכנסת, יקבע –
- (1) כללים לביצוע חובות המעביד על פי סעיף זה; כללים כאמור יכול שיהיו כלליים או לפי סוגים של מקומות עבודה, ענפי עבודה או מקצועות;
- (2) תקנון לדוגמה שישמש דוגמה למעביד (להלן – תקנון לדוגמה).
- (ה) לצורך קיום חובותיו של המעביד לפי סעיף קטן (ב), יערוך המעביד בתקנון לדוגמה את ההתאמות הנדרשות.
- (ו) לענין סעיף זה, 'התנכלות' – לרבות פגיעה כאמור בסעיף 7 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.
- (ז) הוראות סעיף זה יחולו, בשינויים המחויבים לפי הענין, גם על מוסד להשכלה לבוגרים, ולענין זה יראו את המוסד – כמעביד, את המורה או המרצה – כעובד או כממונה מטעם המעביד ואת התלמיד או הסטודנט – כעובד.

## אי פרסום תקנון – עבירה

8. לא פרסם מעביד תקנון כאמור בסעיף 7(ב), דינו – קנס, וקנס נוסף לכל שבוע שבו נמשכה העבירה, בשיעור הקנס הקבוע בסעיף 61(ג) לחוק העונשין.

## הרחבת תחולה

9. הוראות חוק זה לענין מעביד ועובד יחולו, בשינויים המחויבים ולפי הענין, גם על מי שמעסיק בפועל אדם באמצעות קבלן כוח אדם, ועל אדם המועסק כאמור.

## סמכות בית הדין לעבודה

10. (א) לבית הדין לעבודה תהא סמכות ייחודית לרון בהליך אזרחי לפי סעיפים 6, 7 ו-9 שענינו אחד מאלה –

(1) הטרדה מינית שעשה מעביד, או ממונה מטעמו, לעובדו, או שעשה עובד לעובד אחר, במסגרת יחסי עבודה;

(2) התנכלות של מעביד, או של ממונה מטעמו, כלפי עובד, או של עובד כלפי עובד אחר, במסגרת יחסי עבודה;

(3) אחריות מעביד כאמור בסעיף 7 בשל הטרדה מינית או התנכלות שעשה ממונה מטעם המעביד לעובדו, או עובד לעובד אחר, במסגרת יחסי העבודה.

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על הליך אזרחי שענינו הטרדה מינית או התנכלות שנעשו בשירות.

(ג) הוראות סעיפים 10, 10א, 12 ו-13 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה יחולו על הליכים לפי סעיף זה.

## דין המדינה

11. חוק זה חל על המדינה; לענין הוראות סעיפים 7 ו-8, יראו את כוחות הבטחון, מקום שאין בינם לבין המשרתים בהם יחסי עובד מעביד, כמעביד, ואת המשרת בהם כעובד.

## שמירת דינים

12. אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מהוראות כל דין.

## ביצוע ותקנות

13. שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי, באישור הוועדה לקידום מעמד האשה של הכנסת, להתקין תקנות בכל ענין הנוגע לביצועו.

## חובת התקנת תקנות

14. תקנות לענין סעיף 7 יוגשו לראשונה לאישור הוועדה לקידום מעמד האשה של הכנסת, בתוך חמישה חודשים מיום פרסומו של חוק זה.

15. (תיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988).<sup>2</sup>

## תיקון חוק בית הדין לעבודה – מס' 29

16. בחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, בתוספת השניה, בסופה יבוא 'סעיף 8 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998'.

## תיקון חוק בתי המשפט – מס' 24

17. בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, בסעיף 68(ב)(5), בסופו יבוא 'או בעבירה על פי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998'.

## תחילה

18. (א) תחילתו של חוק זה בתום שישה חודשים מיום פרסומו.  
(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), לא ייכנס לתוקף סעיף 7, אלא בתום חודש מיום פרסום התקנות לפיו.

עזר ויצמן	בנימין נתניהו	דן תיכון	צחי הנגבי
נשיא המדינה	ראש הממשלה	יושב ראש הכנסת	שר המשפטים



## ראו אור לאחרונה בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה

2011

אירועי אוקטובר 2000: האם כוכב עקרון השוויון לפני החוק?, לינא סאבא, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 86.

כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל?, מיכל קרמר, מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 85.

ממלכתיות ישראלית, אבי בראלי, ניר קידר, מחקר מדיניות 87.

2010

אלוהים, מדינה, טבע, אדם: הנס קלזן על פוליטיקה תאולוגית ומשפט טבעי, יצחק אנגלרד (עורך ומתרגם).

הבחירות בישראל – 2009, אשר אריאן, מיכל שמיר (עורכים) (קיים גם באנגלית).

היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית – פיצול מוסדי?, גר ברזילי, מחקר מדיניות 84. חברה אזרחית ומגזר שלישי בישראל, פורום קיסריה ה-18, יוני 2010, ניסן לימור (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום) (פרסום מקוון).

מדד הדמוקרטיה הישראלית 2010: ערכים דמוקרטיים בישראל הלכה למעשה, אשר אריאן, תמר הרמן, יובל לבל, מיכאל פיליפוב, הילה צבן, אנה קנפלמן (פרסומי מרכז גוטמן) (קיים גם באנגלית).

מדיניות המקרו בישראל לנוכח היציאה מן המשבר הכלכלי, פורום קיסריה ה-18, יוני 2010, נתן זוסמן (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום) (פרסום מקוון).

מחשבות על דמוקרטיה יהודית, בני פורת (עורך), בשיתוף אביעזר רביצקי (בשיתוף עם הוצאת עם עובד).

מיעוטים במדינה יהודית: היבטים הלכתיים, אליעזר חדר, בהנחיית ידידיה צ' שטרן, מחקר מדיניות 80.

מעברי ישן ליהודי חדש: רנסנס היהדות בחברה הישראלית, יאיר שלג.

ערכאות של גויים במדינת היהודים, יצחק ברנר, בהנחיית ידידיה צ' שטרן, מחקר מדיניות 83.

**צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות, ידידיה צ' שטרן (עורך) (בשיתוף עם מרכז זלמן שזר).**

**שוק העבודה בישראל לנוכח האתגרים בעתיד: הערכים אזרחי ישראל; חרדים; עובדים זרים, פורום קיסריה ה-18, יוני 2010, ראובן גרונאו (ראש המושב), יוסף ג'בארין (ראש צוות), יוסי תמיר (ראש צוות), צבי אקשטיין (ראש צוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום) (פרסום מקוון).**

**שיטות לבחירת בתי נבחרים דמוקרטיים, ניר אטמור, בהנחיית אשר אריאן, מחקר מדיניות 82.**

Liat Levanon

only a small number were chosen. It is my hope that this introduction to the sources will lead the reader to a broader consideration of this issue, which will be accomplished, *inter alia*, through the use of many additional sources of the same high caliber.

Liat Levanon  
February 2011

privileges for harassers rather than protecting the freedom of speech granted to all. She proposes utilizing the freedom of speech of women workers to come together and fight sexual harassment in a manner that promotes social justice.

Kingsley Browne, by contrast, is critical of American law, which has led, in his opinion, to employers imposing sanctions on speech due to the viewpoints expressed in it, for example, claims that women are unfit for certain positions. Brown argues that the ambiguity of the standard for imposing responsibility leads to excessive censorship on the part of employers, who in any case have no personal interest in the censored expression. He argues further that the constitutional protection of freedom of speech applies also to the workplace. Accordingly, he examines possible solutions to what he considers the excessive limitations on freedom of speech. He rejects the requirement that the speech be directed against a specific victim (as opposed to a conversation that takes place in the presence of the victim but is not directed against him or her). However, he supports eliminating the responsibility of the employer and placing individual responsibility for damages on the harasser for intentional infliction of emotional distress.

This collection contains original writing that reflects Israeli experience on the matter as well as translated material from abroad. It is easy to understand why I chose to present Israeli writing in a discussion of Israeli law. As for the articles from foreign sources, their importance lies in two areas: first, their past impact on Israeli thought and writing (whether as ideas that were adopted and imitated, or as a starting point for change and adaptation); and second, their potential to supplement Israeli writing on issues that have not yet been properly explored.

Of the plethora of sources – primarily from abroad – dealing with sexual harassment in general and verbal sexual harassment in particular,



damage – to censor speech that falls within their area of responsibility. He then demonstrates that in the case of sexual harassment, there are particularly strong justifications for such a system. Thus, for example, the employer is capable of seeing the overall picture of his employees' behavior, making it easier for him or her to prevent the creation of a hostile environment. Next, Balkin tries refuting the arguments that the prohibition against sexual harassment is vague and overly inclusive, and prohibits the expression of opinions. Among other points, he stresses that male and female employees in the workplace are a "captive audience," and American law facilitates the protection of such a group even when this entails establishing prohibitions based on the content of speech. In closing, he comments that more than prohibitions against harassment (supposedly) infringe on employees' rights of expression, they strengthen the employees as a whole, since they serve as an important counterweight to the power of the employer to shape the culture of the workplace as he or she sees fit.

Dorothy Roberts explores the collective harm caused by sexual harassment, as opposed to weighing the complaint of a lone woman against the right of others to express themselves. In her opinion, harassment generally harms not only the subject of the harassment but many of the women employed at the same workplace. She holds that harassment also perpetuates the inferior status of women in the labor market and in society in general, and that it carries a demeaning message for women as a whole. Roberts examines the analogy made in the U.S. between the issue of discrimination on the basis of race and the issue of sexual harassment. She argues that identifying sexual harassment as discrimination *per se*, much like racial discrimination, makes it clear that the constitutional protection of freedom of speech cannot be used to defend acts of harassment. According to Roberts, such a use would lay the groundwork for social injustice and establish

instrument for generating social reform. A better way of handling sexual harassment, in her opinion, would be to focus on education and social protest aimed, *inter alia*, at empowering women so that they can prevent harassment altogether or – if it does occur – can denounce it, without being condemned by society.

The next issue raised by the prohibitions against verbal sexual harassment is that of infringement upon free speech. Frederick Schauer analyzes the transition from a perception of sexual harassment as a matter involving the abuse of authority in the workplace to an issue that touches on freedom of speech (as enshrined in the First Amendment to the U.S. Constitution). He argues that the invoking of the First Amendment is not the result of a formal legal doctrine or a philosophical theory of free speech but the result of political, cultural, economic, and social forces. An examination of American law leads Schauer to conclude that early claims of excessive limitations on freedom of speech involved cases where the harasser made use of a medium that was considered to require constitutional protection (in this case *Playboy* magazine), or where the venue in question was deemed to require such protection (schools and universities). From here, in his view, the arguments spilled over into other contexts (such as sexual slurs, expressions of contempt, or crude humor). Schauer deals extensively with the halting of this process by the U.S. Supreme Court, which conveys the message that in the workplace, the ability to worsen working conditions through verbal abuse is a more important aspect of speech than the freedom of expression of the abuser.

Jack Balkin focuses on the problem of indirect censorship that arises when the government threatens to consider the employer responsible for the speech of potential harassers among the employees. Balkin explains the general justifications for a system of indirect censorship that allows private bodies – which are in the best position to prevent the

problem; and the use of criminal sanctions only for behaviors that the public considers negative and severe. We also indicate the problems of implementation raised by the law, in particular overcriminalization. Stated otherwise, in our opinion the law as formulated applies also to cases that should not be within its purview. Finally, we propose possible solutions, enumerating their key advantages and disadvantages. Our conclusion is that criminal law is not the proper instrument for handling verbal sexual harassment, and that the treatment of this offense should be left to civil law or disciplinary law.

Orit Kamir responds to this critique, taking issue with the perception of the prevailing morality presented in our article, and with the assumption that a behavior that the majority of the public does not consider immoral should not be prohibited. In her view, even if most men believe that the conducts enumerated in the law are not negative conducts, this does not justify revoking a criminal prohibition that challenges this perception. She further criticizes the treatment of verbal harassment as less grievous than physical harassment. She relies on the police and the prosecutor's office to refrain from conducting criminal proceedings for behaviors which are not sufficiently grave, and on the courts to not engage in extreme and unreasonable interpretations.

Orna Kazin also expresses criticism over the use of the Law to generate social change, but her critique is of a different nature. According to Kazin, the Law and the practice that developed around it are patronizing, and perpetuate the image of the weak, helpless, easily exploitable woman. Further, the Law, in her view, presents sexuality as a woman's most important asset. Kazin is also critical of the Law's inability to prevent severe consequences for the harassed woman, who frequently finds herself driven out of the workplace where the harassment occurred, suffering a financial loss, and without social support. In light of the above, Kazin argues that the Law is not a suitable

intervention to enforce it, is not sufficient theoretically, and moreover, is not practicable. Alongside her critique of the concept of equality, Kamir develops the concept of dignity (the common core shared by all mankind that contains within it the notion of equality) and of the respect (ensuring living conditions that allow every individual to realize his or her unique potential) as firmer theoretical foundations for protection against sexual harassment. Finally, she makes the point that the concept of human dignity to which she refers, which is enshrined in the Prevention of Sexual Harassment Law, is not the patriarchal notion of “honor,” which is utterly and completely different.

Notwithstanding the importance of the general theory, one cannot discuss the criminal prohibitions against verbal harassment without addressing the unique questions that they raise. Thus, the remainder of the third section deals with these issues, in particular the justification of the use of criminal law in this context to achieve social change, and the justification of limiting free speech via the prohibitions against verbal sexual harassment. Conducts referred to as “verbal” include various forms of expression and transmission of messages, not necessarily in words but through pictures, gestures, and the like.

In the article by Mordechai Kremnitzer and myself, we direct criticism at the criminal prohibitions against verbal sexual harassment, which are unique to the Israeli legal system. Our argument is that these prohibitions, which seek to make use of criminal law to effect a change in values, undermine basic principles of criminal law, for example, the demand that the state provide a clear warning before imposing a legal penalty; the principle that an individual who acts without a negative mental position that establishes his guilt should not be punished; the demand for proportionality between the nature of the prohibited conduct and the severity of the sanction; the use of criminal law solely as a last resort, in the absence of “softer” methods of handling the

law reflect a model of differentiation, even conflict, between the right to dignity and the right to equality. This model of conflict inevitably gives rise to shortcomings in the handling of sexual harassment. In particular, Baer emphasizes the failings in the German and European approaches, both of which focus on human dignity. In her opinion, these approaches consider behavior from the perspective of the individual, disregarding the social hierarchy and favoring the viewpoint of the harasser, in addition to ignoring the role of sexuality in gender discrimination.

Baer feels that reliance on the principle of equality can offer a response to these shortcomings. To this end, she believes, we must avoid a technical definition of equality as equal treatment of equals and instead characterize it as a fundamental, asymmetrical right to an absence of hierarchy. Sexual harassment would then be seen as enforcing the traditional hierarchy between men and women, and hence as a violation of the right to equality. What is more, the right to equality would not be severed from the right to human dignity; in fact, Baer proposes a model of interaction between the two. In keeping with her analysis, the system of laws that she deems appropriate for dealing with sexual harassment is not the civil or criminal system but the constitutional system of human rights.

Orit Kamir seeks to defend the notion of grounding protection against sexual harassment on the concept of human dignity against the above criticisms. In the chapter entitled “The Protected Interest: Sexual Harassment as Infringing on a Woman’s Equality and/or Human Dignity,” Kamir develops her criticism of the exercise of the right to equality, focusing on the extent to which the Aristotelian, symmetrical view of equality, and the perception of equality of freedoms as equality in the state’s non-intervention in the affairs of the individual, have been assimilated. In her opinion, the attempt to inculcate an approach based on fundamental, asymmetrical equality, and to demand government

screening of complaints and litigation. In conclusion, Kamir relates to the goals that have not yet been achieved and the instruments that have proved to be unsuccessful, among them over-use by complainants of criminal proceedings, and the rejection by law enforcement authorities of the new prohibitions against verbal harassment.

The third section continues with a rethinking of the overall theory of sexual harassment that developed in the wake of the Law's enactment and the experience accumulated with its implementation. This discussion revolves primarily around the question of whether to anchor the protection against sexual harassment in the concept of equality or that of human dignity. Noya Rimalt offers an extensive examination of Israeli law (legislation as well as rulings by the Supreme Court and lower courts) on the subject of sexual harassment. The thrust of her criticism is the emphasis on the harm to human dignity caused by harassment, thereby obscuring the harm to the principle of equality. In Rimalt's view, the law's focus on human dignity has led to rulings that treat sexual harassment as a phenomenon that has only individual implications while ignoring its group/gender aspects. Moreover, the emphasis on harm to human dignity has led to a paternalistic-moralistic understanding of the prohibition against sexual harassment. The result, according to Rimalt, is a narrow definition of sexual harassment that includes only conducts with a sexual component, and excludes other forms of harassment of women that could be classified as harassment on the basis of sex or gender.

The uncertainty over whether to anchor the protection against sexual harassment in the concept of equality or that of human dignity demands that we look outside the parameters of Israeli law. Susanne Baer compares the American legal system – grounded on equality – and the German and pan-European ones (at least in the early stages of the latter) – which are grounded on dignity. In her opinion, these bodies of

of the concepts proposed by MacKinnon and added others of its own. In Kamir's view, the conceptual analysis of sexual harassment, and the American rulings derived from it, are clearly the product of specific American philosophical and legal contexts. They do not fit the Israeli situation, and even in the U.S. they have led, in her opinion, to undesirable results. Kamir's article posits an alternative theoretical and legal foundation that served as the basis for the Prevention of Sexual Harassment Law as it was ultimately enacted in 1998. Her approach rests on the concepts of "human dignity" and "human liberty" – two central values in the cultural and legal ethos of Israel. She seeks to ban sexual harassment in every sphere of life, proposing that this be accomplished through a variety of legal means: criminal law, civil law, and labor law.

The third section of the book focuses on Israel's Prevention of Sexual Harassment Law and the theoretical discussion that evolved in its wake. The first two articles in this section, also written by Orit Kamir, deal with the details of the Law: The first of these is devoted to presenting its objectives, the conducts that it prohibits, and the prosecutorial options that it provides. The second piece is an assessment of the situation ten years after the Law's enactment. Kamir catalogues its achievements: contribution to a change in consciousness regarding relations between the sexes; education of the public in the implications and damages of sexual harassment; espousal of the Law by female and male complainants; acceptance by the legal system; and deterrent effect on potential harassers. Similarly, she enumerates those objectives and instruments of the Law whose success is "partial or unclear," including the limited use of the compensation mechanisms offered by the Law; the deficient treatment of complex labor relations; the infrequent linkage between sexual harassment and various aspects of the right to human dignity; and the absence of the concept of human dignity in the

harassment” (that keeps women out of traditionally male occupations). Among the distinctions that Kamir criticizes are the ones between the *quid pro quo* and “hostile environment” types of harassment, and between verbal and physical harassment.

In the second section, we turn to a more comprehensive legal-theoretical discussion of sexual harassment and the prohibition against it. It is not possible to discuss the prohibitions against verbal sexual harassment without understanding the theoretical basis of the prohibition against all forms of sexual harassment. Accordingly, in this section we offer a theory that conceptualizes and elucidates the phenomenon of sexual harassment as a whole.

The legal-theoretical foundation of the laws for the prevention of sexual harassment originated in the United States. Catharine MacKinnon was the first to propose a legal analysis of sexual harassment. As posited by her, sexual harassment is discrimination in employment (which is prohibited in the U.S. under Title VII of the Civil Rights Act of 1964). Harassment committed by an individual who is not the employee’s superior is also considered discrimination, and the workplace is considered responsible. MacKinnon also explores the relationship between the concept of equality and her proposed analysis of sexual harassment as well as the connection between such harassment and the inferior economic and social status of women. Further, she comes out strongly against approaches that treat sexual offenses as “regular” violent crimes, thereby ignoring their sexual aspect. In so doing, she suggests, they negate the possibility of viewing sexual offenses as a form of discrimination on the basis of sex.

Orit Kamir presents, and then critiques, American legal theory and practice in the area of sexual harassment. She opens with the theory proposed by Catharine MacKinnon and moves on to a detailed discussion of American jurisprudence, which has incorporated some



percent of female soldiers are exposed to sexual harassment over the course of their army service, but many of them do not identify it as such. Only one fifth of the women soldiers who reported being sexually harassed approached a formal body as a result of the harassment.

After describing the phenomenon and assessing its scale, we move on to conceptualizing it. Catharine MacKinnon proposes dividing sexual harassment into two categories: In the first group is *quid pro quo* harassment – placing the victim in a position in which she must choose between cooperating sexually and a penalty of some sort in the workplace (i.e., being fired or receiving a poor assessment), or alternatively, sexual cooperation in exchange for a promotion, a favorable report, etc. The second group of “hostile environment” harassment consists of behaviors that make the work environment intolerable, such as sexually suggestive glances, crude remarks, and unwanted physical contact. Those exposed to the second type of harassment are primarily women who fill traditional feminine roles as service providers (for example, preparing coffee or doing laundry) and are consequently perceived as offering services in all areas, including the sexual. The subjects of this harassment are expected to “play the game” and maintain an appearance of responsiveness and openness.

Orit Kamir proposes several distinctions that she considers useful in differentiating between various forms of sexual harassment; at the same time, she criticizes other distinctions that have been proposed in the professional literature and in case law. The key differences posited by Kamir are between sexual harassment that is prohibited under the Prevention of Sexual Harassment Law and harassing behaviors that are not prohibited; between “random harassment” (that takes place between persons who meet by chance) and “entrapping harassment” (that takes place between persons in an ongoing relationship); and between “grounding harassment” (intended to force women in traditionally female occupations to provide sexual services) and “exclusionary

that she experienced and the severe emotional harm that it caused. Orna Sasson-Levy analyzes cases of sexual harassment in the Israel Defense Forces, and explains how each of these establishes a gender hierarchy in the military system. In addition, she presents and assesses the reactions of those who experienced the harassment, which range from trivialization to ambivalence; in general, there is a lack of acknowledgment of the sexual harassment, which would entail adopting the status of victim – a status liable to hinder the victim’s ability to “fit in” in the army in the short term. In the long term, however, Sasson-Levy believes that this response on the part of those subject to harassment allows the incidents to continue in the army setting.

The article by Dafna Hacker, which was presented to the Knesset when the Prevention of Sexual Harassment Law was drafted, assembles statistics on sexual harassment in several countries. These figures indicate that the rate of occurrence differs from place to place, and is dependent on existing attitudes regarding the types of behavior that constitute sexual harassment. Thus, for example, only ten percent of men and women in France reported being sexually harassed, compared with eighty-four percent of working women in Spain. In all of the countries surveyed, the harasser is generally a man, who often (though not always) has greater power than the party being harassed. For the most part, the person suffering the harassment is a woman, generally young and not married. The consequences of the harassment are emotional distress (which is liable to be accompanied by physical symptoms); impaired functioning at work (to the point of leaving the workplace); financial damage; and perpetuation of women’s inferior status in society. This article served to clarify the notion of sexual harassment when it was still unfamiliar in Israel.

Inna Levy, Sarah Ben-David, and Sarit Amram-Katz shed light on the frequency of sexual harassment in the army. It emerges that eighty

example, have indictments been issued solely for repeated comments of a sexual nature.

The purpose of the present collection of articles is to generate discussion of the new criminal prohibitions against verbal sexual harassment. It should be emphasized that our discussion addresses only instances of verbal (as opposed to physical) harassment and criminal (rather than civil) prohibitions. The question at the heart of this work is: Are we speaking of justified prohibitions that are not enforced solely due to the conservatism of the legal system, or does the lack of enforcement stem from the absence of sufficient legal justification for these prohibitions – and it is this absence that causes these laws to be a “dead letter”? If the prohibitions are justified, we would gain by enforcing them. But if they are not justified, it would be to our benefit to annul them, for there is no room for empty prohibitions in a democratic state.

I have already expressed my position on these questions in an article co-authored with Mordechai Kremnitzer, which appears in full in this volume. Although my views remain unchanged, the objective here is not to persuade but to provide a platform for constructive discussion and to assist the reader in formulating a position. Accordingly, I have endeavored to the best of my ability to assemble a balanced collection that presents a variety of positions and highlights the many facets of this complex issue.

For purposes of our discussion, I have chosen to begin with an overview of sexual harassment and of Israel’s Prevention of Sexual Harassment Law and its underlying theory, and to gradually narrow the focus and sharpen the resolution, so to speak.

In the first section of the book, we attempt to identify and describe the phenomenon of sexual harassment (primarily verbal) as experienced by its victims; to assess its scope; and to engage in a preliminary classification. Orna Pitussi aptly describes a case of verbal harassment

# Issues on Verbal Sexual Harassment

Editor: Liat Levanon

## Introduction and Overview

The Prevention of Sexual Harassment Law, which was enacted in 1998, sought to revolutionize Israeli awareness and legal attitudes on this issue. The Law places several conducts under the rubric of “sexual harassment”; some of them were already defined as criminal or disciplinary offenses prior to the legislation (for example, indecent acts or blackmail by way of threats where the act demanded to be performed is of a sexual nature), while others were never addressed by any set of statutes, much less by criminal law (verbal sexual harassment). All of the conducts enumerated in the Law constitute civil wrongs and criminal offenses carrying penalties of imprisonment. Hence, the Law’s novelty lies in prohibiting verbal behaviors of a sexual nature, and in conjoining this element with the existing group of sexual offenses, within a new conceptual framework.

The impact of the Law is plain to see. The concept of sexual harassment has become well known, and the need to address it is recognized by both the public and law enforcement authorities. Nonetheless, an examination of the cases of sexual harassment is startling: While the prohibitions against conducts that have always been considered criminal are more strictly enforced, the new prohibitions against verbal harassment are almost never applied, certainly not when they stand alone (as opposed to being enforced in conjunction with the traditional prohibitions). In only a scant number of cases, for

\* Translated by Karen Gold

Copy Editors (Hebrew): Raya Cohen, Galia Daor  
Translated from English: Varda Azulai  
Language Editors (of Translated Essays): Daphna Schweppe, Galia Daor  
Typesetting: Nadav Shtechman  
Printed by Art Plus, Jerusalem

ISBN 978-965-519-085-4

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

To order books and policy papers published by The Israel Democracy Institute:  
Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-530-0800; Fax: (972)-2-530-0867  
e-mail: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il); website: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)  
The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4482, Jerusalem 91044

Copyright © 2011 by The Israel Democracy Institute (R. A.)  
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute is the recipient of the 2009 Israel Prize for Lifetime Achievement – Special Contribution to Society and State.

All policy papers and a selected chapter of every book may be downloaded for free at [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

# Issues on Verbal Sexual Harassment

Editor: Liat Levanon

