

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

מאת

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 הטרדה מינית ומגדיר את ההטרדה האסורה על פני במונחים מיניים מובהקים. המאמר בוחן את הסיבות שהניעו את מחוקקי החוק לגסס 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 ואיכף 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 פמיניסטים מקומיים שהיו שותפים לגיבוש תכניו הספציפיים. מפרספקטיבה פמיניסטית ישראלית מחייב אפוא החוק למניעת הטרדה מינית, כמו גם השיח המשפטי שנוולד בעקבותיו, דיון ביקורתי ביחס לאופן שבו תורם מאבק פמיניסטי לגיבושה של פרקטיקה משפטית נוהגת וכיחס לתוצאותיו של מאבק זה ננקדות ראותן של נשים.

א. מבוא. ב. החוק למניעת הטרדה מינית – תוכן, היקף ורציונל. ג. הטרדה מינית בראי השיח הפמיניסטי: עין תאורטי. 1. הטרדה מינית כפרקטיקה של אי-שוויון מגדרי: על שום מה ולמה?; 2. הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם: האנגם 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. עדכאות שיפוטיות אחרות; ה. סיכום.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה לאריאל בנרוד ולרונית הרמתי-אלפרן על שקראו והעידו, לסלי אייזנברג על העזרה הרבה באיסוף החומר ולמערכת בתביעה משפטית על התערות הקפדניות ומאידות העיניים.

א. מבוא

בשנת 1998 חוקקה הכנסת את החוק למניעת הטרדה מינית.¹ חקיקת החוק הושפעה במידה ניכרת מפעילותה של קואליציה של כוחות פמיניסטיים מהפרקטיקה ומהאקדמיה. קואליציה זו פעלה לצד גורמים במשרד המשפטים ובוועדה לקידום מעמד האישה 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 העכשורי שהשיח הפמיניסטי מנהל עם השיח המשפטי, וכן לסייע בגיבושן של תובנות 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, אבדוק אם לאור הפסיקה שניתנה 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 נוקה ופגיעתה של תופעת הטרדה מינית, וכן עיגונה של הגדרה מפורשת ומפורטת לתופעת הטרדה מינית במילותיו החוקיות 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 הטרדה מינית. בהקשר זה אבחן את תרומתו של עיקרון השוויון לניתוח הסוגיה, וכן את השאלה אם המשגת הפגיעה הסמונה 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

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

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 מניתוח 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 שהטרדו 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 נשכה – או שמא כלל לא הופנם – על ידי השיח השיפוטי. במקום זאת, השיח השיפוטי מזהה את עיקר נוקה של ההטרדה המינית כפגיעה בכבודן של הנשים המוטרדות. בהקשר זה, הדין 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 כמונחים א-מגדריים שבמרכזם "מטריד", "מוטרד" ו"פגיעה בכבוד האדם". יתרה מזו: הדגש הוא על הפגיעה האינדיבידואלית ב"מוטרד" הספציפי מבחינת ההשפלה וחוסר-הנחות שההטרדה גורמת. ההקשר הקבוצתי של פגיעה קשה במעמדן של נשים בכלל ובשוויון ההזדמנויות שלהן בשוק עבודה בפרט מודר אפוא מניתוח זה, וכך למעשה מועלם נדבך מרכזי של פגיעה בעלת מאפיינים מגדריים מובהקים, הסמון בהטרדה מינית. מנגד, בחלק מפסקי הדין, כאשר בית המשפט מכיר בהיבט המגדרי של התופעה, הוא ממשיג את הפגיעה בכבוד האשה או בכבוד הנשים הסמונה בתופעה כמונחים מוסרניים ופטרנליסטיים; היינו: בחלק מהמקרים, הנחות פטרנליסטיות ביהם לצורך חברתי לגונן על נשים מפני התנהגות מינית בוטה מנחות לבדן 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, היצור היבור הדוק בין מין, מיניות וכבודן של נשים, התגבשה גם הגדרה מצטמצמת של הטרדה מינית, התחמת את גבולותיה של התנהגות זו להתנהגות בעלת תכנים מיניים בלבד.

צורות אחרות של הטרדה עוינת נגד נשים – שניתן לסווגן כהטרדה על כביס מין – נותרו מחוץ למסגרת האכיפה של בתי המשפט. התוצאה היא אפוא כי לצד האכיפה המוגברת של האיטור 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 הסמונה בהטרדה מינית ובכך משטח ומגביל את הטיפול המשפטי בה, ומן הצד האחר הוא מנציח ואיכף עמדות פטרנליסטיות בלתי-ראויות ביחס לנשים. חשוב לציין, שחלקם של קשיים אלה נעוצים בתכנון 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 שנולד בעקבותיו – מחייב דיון ביקורתי ביחס לאופן שבו תורם מאבק פמיניסטי לגיבושה של פרקטיקה משפטית נהוגת 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 האיטור החוקי ביחס להטרדה מינית בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.² חוק זה תחם את היקפו של האיטור 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.³ במילים אחרות: החוק הטיל איטור 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

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

3 באופן ספציפי קבע האיטור 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 במשרת או בעקיפין על העובד, ולגבי דורש עבודה, מי שפועל מטעם המעביד לעניין קבלתו לעבודה". שם.

נעשה שלא בהסכמתו במפורש או מכללא".⁴ אם כן, בעוד חוק שוויון הזדמנויות בעבודה קשר בין סוגיית ההטרדה המינית לבין עיקרון השוויון, מעצם היותה של סוגיה זו מעוגנת בדלת אמותיו של חוק זה, התקש"ר כלל לא קישר באופן מפורש בין הטרדה מינית לבין שוויון על בסיס מק אלא הסתפק בהגדרת התופעה ככזו שפגיעתה הפוטנציאלית נעוצה בפגיעה בכבודו של העובד או בעצם הטרדתו.⁵

על פני הדברים, החוק החדש למניעת הטרדה מינית יצר סיגנון 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.⁶ גוסף על כך נמנע החוק מהגבלת האיסור ביחס להטרדה מינית למקום העבודה, אלא מרחיב את האיסור ומחיל אותו בעצם על כל תחומי החיים.⁷ 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.⁸

4 פסקה 43.422 (א) בתקש"ר דא. בפסקה 43.421 סיפא לתקש"ר בנוסחו דאן נקבע: "מעשה מיני – לרבות דיבור או רמיזה". הוראות אלה עוגנו בפרק-משנה 43.4 לתקש"ר בנוסחו דאן ופורסמו בהודעת נש"מ מ/21 ו - מ/41 על ידי נציב שירות המדינה דאן ע"ד מאיר גבאי. ראו רבקה שקד, "החוק למניעת הטרדה מינית ויישומו בשירות המדינה", בתוך רחשי אדק: מחקרים בפשיעה ובאכיפת חק בישראל – 2004, 161, 162 (בעריכת לוי ערן, אראלה שדמי וישראל קים, תשס"ד).

5 עם זאת, רבקה שקד, הטמונה 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 יסריר אדם מינית את זולתו ולא יתבכל לו".

8 סעיף 3 (א) לחוק קובע: "הטרדה מינית היא כל אחד ממעשים אלה: (1) חסיסה באוזניים, 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 למסריר כי אינו מעוניין בהצעות האמורות; (4) התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למסריר כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות; (5) התייחסות מבזה או משפילה

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 מעיקרון איסור ההפליה בעבודה, המעוגן בפרק 7 לחוק זכויות האזרח האמריקני (Title VII).⁹ מאוחר יותר איסור זה הוחל גם על פרקים נוספים באותו חוק, הקובעים את העיקרון בדבר איסור ההפליה גם בתחומי התינוך¹⁰ והדירה.¹¹ 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 האשה בכנסת, מעלה כי ההבדלים בין ההסדר המשפטי הישראלי ביחס להטרדה מינית לבין ההסדר האמריקני המקביל אינם מקדיים. הם מבוססים על הנחות פמיניסטיות ישראליות ביקורתיות, שהוצגו למחוקק הישראלי על ידי גורמים פמיניסטיים מסוימים שהיו מעורבים בניבוש החוק – ואומצו על ידו. הנחות אלה נגעו לאופן התפתחותה של עילת הטרדה 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

המופנית לאדם ביחס למינו או למינותו, לרבות נטייתו המינית; (6) הצעת או התייחסויות כאמור בפסקאות (3) או (4) המופנות למי מהמגורים בפסקאות המשנה (א) עד (ה), בניבות המפורסות בפסקאות משנה אלה, גם אם המוסרד לא הראה למסרד כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות; (א) לקטין או לחסר ישע – תוך ניצול יחסי מרות, תלות, תינוך או סיפול; (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"ג, 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".

9 Title VII of the Civil Rights Act, 42 U.S.C. § 2000e et seq.

10 Title IX of the Education Amendment of 1972 20 U.S.C. § 1681 et seq.

11 Title VIII of the Civil Rights Act of 1968 42 U.S.C. § 3610 et seq. חיקוק זה ידוע גם

בכינוי "The Fair Housing Act".

ומהמנסחות של החוק, ואף הקדישה מאמר להבהרת הרציונלים המיוחדים שבבסיס החוק הישראלי ולהצדקתם מפרספקטיבה פמיניסטית,¹² הציגה בהקשר זה סעמים פרגמטיים בעיקרם. בכל הנוגע להצגת הפגיעה הסמונה 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 כבעייתית, 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 הפגימה 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 – 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 סעמים 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 לעיקרון השוויון.¹³ תימוכין נוספים למסקנה זו נמצאו גם בעובדה שעל אף עיגונה של עילת ההטרדה בחוק שוויון הודמנויות בעבודה

12 אורית קמיר, "איוו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?", משפטים כט 317 (תשנ"ח) (להלן: "איוו מין הטרדה"). לגרסה מקוצרת של מאמר זה ראו: אורית קמיר, "הטרדה מינית במקום העבודה", בתוך נשים – הכוח העולה קיומם הנשים בעבודה – גיפוך 'חקרת הכוכבת' 100 (בעריכת ענת מאיר, 1997).

13 קמיר, "איוו מין הטרדה", שם, כעמ' 374; שקד, הערה 4 לעיל.

במשך שנים רבות והגדרתה שם כפרקטיקה של הפליה, חיבור זה בין הסדרה מינית לבין אי-שוויון על בסיס מין מעולם לא הובן ולא הופנם על ידי המחוקק ואף לא על ידי הציבור.¹⁴ ההנחה הפמיניסטית המעשית הייתה אפוא כי הן למחוקק הישראלי והן לציבור הרחב יהיה קל יותר להבין ולהפנים תיקוק המקשר בין הסדרה מינית לבין פגיעה בכבוד. בהסתמך על נימוקים אלה אימץ אפוא השיח הפמיניסטי עמדה שתמכה בדחיקתו של עיקרון השוויון ממרכזו של עילת ההסדרה המינית אל שוליה, והמירה אותו בערכים אחרים – במיוחד "כבוד האדם" – שיגדירו את מהות הפגיעה הטמונה בהתנהגות כזו באופן שונה. משמע, ההצעה להגדיר את משרתו של החוק למניעת הסדרה מינית ככזה שנועד להגן בראש וראשונה על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, ורק לבסוף על עיקרון השוויון בין המינים, לא הייתה מקרית אלא ביטאה בחירה פמיניסטית מכוונת ביחס לצורך ולצידוק שבהצבת "כבוד האדם" במרכז החוק למניעת הסדרה מינית.¹⁵ יתרה מזו: למרות שבחירה זו התבססה על טעמים פרגמטיים בעיקרם, עמדה מאתחוריה הנחה נורמטיבית כי ברמה המהותית ערך הכבוד מספק מסגרת ראויה לא פחות מערך השוויון להמשגת הפגיעה הטמונה בהסדרה מינית.¹⁶

מסקנות אלה אומצו על ידי המחוקק הישראלי ושימשו אמת-מידה מנחה בגיבוש נוסחו הסופי של החוק.¹⁷ בסעיף 1 לחוק עוגן אפוא החיבור בין הסדרה

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

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 להסמת הדיון בהסדרה מינית משוויון לכבוד, תוך הדגשה גדולה יותר של ממד הפגיעה בכבוד הטמונה בתופעה. ראו, בהקשר זה, Anita Bernstein, "Treating Sexual Harassment With Respect," 111 *Harv. L. Rev.* 445 (1997); Rosa Ehrenreich, "Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment," 88 *Geo. L.J.* 1 (1999).

17 כפי שניתן ללמוד מהפרדוקסולים של הוועדה למעמד האשה בכנסת, השינוי המהותי ביחס לתפיסה שצדיקה לעמוד ביסוד החוק וביחס לתכניו הספציפיים התרחש לאחר שהגיע לידיהם של המעורבים במלאכת הכנת החוק המאמר שכתבה בנושא אודית קמיר. אודית קמיר ועו"ד רחל בנומן, שהייתה היועצת המשפטית של שדולת הנשים, שותפו בצוות מצומצם שכינס משרד המשפטים לגיבוש נוסח מתוקן של הצעת החוק. כסופו של תהליך זה הוצגה לוועדה לקידום מעמד האשה הצעת חוק מתוקנת, שאימצה במידה רבה את תפיסתה של קמיר בנון. עו"ד גלוריה וויסמן, הממונה על החקיקה הפלילית במשרד המשפטים, שריכזה את העבודה על ניסוח מחדש של הצעת החוק, הבהירה עובדות אלו כשהסבירה את השינוי שחל בהצעת החוק: "אני חשבת שאולי לפני שנבדוק סעיף, סעיף ונשמע הערות ספציפיות לגבי הצעת החוק, אולי היה ראוי שגרויב את הדיבור על הרקע לשינוי. הגפנה בא, לגבי כולנו, בעקבות מאמר שכתבה ד"ר אודית קמיר. אולי ד"ר קמיר תאמר כמה מילים לגבי המאמר. יש משמעות לשינוי, למה זו לא אמליה, אלא פגיעה בכבודו של אדם."

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 עיקרון השוויון אחרון במסגרתו של סעיף זה – לאחר ערכי הכבוד, החירות והפרטיות – נתן אם כן ביטוי מעשי להתחלטה 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 פיזיות 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 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 מהמגויים בפסקאות המשנה (א) עד (ה), בניסבות 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

אני חושבת שהה מה שאיחד את כולנו את כל אלה שעבדו על הנוסח החדש". פרוטוקול ישיבה מס' 57 של הוועדה לקידום מעמד האישה 2 (17.6.1997) (ההדגשות העוסקות). בהמשך אותה ישיבה הוסיפה גלוריה ויסמן ואמרה: "...שני הגורמים, תוך ממסד המשפטים, שאיתם באנו במגע (פרט לד"ר קמיר ולעו"ד בנוימן) היו זה"ל, מערכת הביטחון, ומשרד העבודה והרווחה, אני יכולה להגיד שכל הגורמים ברכו על ההצעה. יש בעיות מסוימות שצריך ללבן אותן. גם לנו יש בעיות מסימות. לא בכל דבר אנחנו רואים עין בעין עם המציעות הראשיות, ד"ר קמיר ועו"ד בנוימן". שם, בעמ' 7.

בכיתה י"ב, י"ג, או י"ד, שאינו קסין 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.¹⁸

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.¹⁹ עמדה זו הייתה מקובלת גם על שאר הגורמים ששקדו על קידומו של החוק, והיא אכן קיבלה בו ביטוי מפורש.

יתרה מזו: עיון בפרוטוקולי 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 לבנה 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 לנסיבתו 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 ראוי 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 לשיה השיפוטי לזהות את ביטוייה השונים של ההטרדה המינית האסורה ולמגרם. לדעת, הנחות אלה ראויות לעיון ביקורתי והן במישור התאורטי הן במישור הפרקטי. באופן ספציפי הן מעוררות שלוש שאלות עקרוניות הטעונות בירור. ראשית, ברמה התאורטית נשאלת השאלה באיזה מידה השוויון צריך לעמוד במרכזו של איסור משפטי על הטרדה מינית, הניזון מתפיסת עולם פמיניסטית

18 סעיף 3(א) לחוק למניעת הטרדה מינית.

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

ונועד לקדם את מעמדן של נשים בחברה; שנית, יש לברר אם מושג "כבוד האדם" מספק מסגרת ראויה לניתוח תופעת ההטרדה המינית והמשגתה, ביחוד 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 לבהן באיזה מידה ההגדרה הספציפית של תופעת ההטרדה המינית מספקת מסגרת יעילה למיגור התופעה שאֵתה 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 ביישמו 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 השתייכות 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 בתורה, אלא הן היבטים של שיטה כוללת היוצרת היררכיה בין גברים לנשים ומשמרת את תוסר-השוויון החברתי והכלכלי של נשים.

הבעיה הספציפית של הטרדה מינית בעבודה החלה להעסיק את השיח הפמיניסטי החל במחצית שנות ה-70. ממדע זה ואילך ניתן למצוא בספרות הפמיניסטית התייחסות מפורשת למונח הטרדה מינית (sexual harassment), תוך ניסיון ליצור הגדרה מפורשת לבעיה ולהציגה כאחד המקורות לדיכויין של נשים בחברה.²⁰ ספרה של קת'רין מקינזון, "הטרדה מינית של נשים עובדות",²¹ 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 מקינזון הייתה להציג את הבעיה של הטרדה מינית כפרקטיקה של הפליה נגד נשים, ולגבש כלל משפטי ברור שיביא למיגורה של תופעה זו. לטענתה של מקינזון, 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 של נשים בעבודה. מקינזון 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 בספרה 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 כגבר ומעצימה את יחסי הכוח הלא-שוויוניים ביניהם. בספרה 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 בספרה הפרטית. באופן כזה, במקום שמקום העבודה ישמש פורום המאפשר העצמה של נשים, חיזוק האוטונומיה שלהן וקידום מעמדם השוויוני בחברה – הוא נהפך לחלק מהמנגנון המנציח את נחיתותן בהשוואה לגברים. הנצחה זו של נחיתות מתבצעת בשני אופנים הבאים לידי ביטוי בשני

20 לסקירה היסטורית של התפתחות המושג "הטרדה מינית" בשיח הפמיניסטי ראו Vicki Schultz, "Reconceptualizing Sexual Harassment," 107 *Yale L.J.* 1683, 1698-1701 (1998).

לסקירה של ספרות מוקדמת שעסקה בנושא ראו Kathrine M. Franke, "What's Wrong with Sexual Harassment?," 49 *Stan. L. Rev.* 691, 702 n. 35-38 (1997).

21 Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women* (1979)

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 מנחים 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 הווייתה 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 נמדדת 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: הטרדה מינית 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 לדיבורים בעלי תוכן מיני, הצעות מיניות, מגע פיזי וכו'.²² מכאנה של הטרדה מינית היוצרת סביבת עבודה עוינת הוא רחב יותר, שכן הוא מאפשר להגדיר את עצם חשיפתן של נשים עובדות לדיבורים או למעשים בעלי אופי מיני כהטרדה מינית, ולזהות את הפגיעה בסביבת העבודה של נשים כנזק עצמאי הנגרם מהטרדה כזו – גם כשהטרדה 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 בדיבורים; 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.²³ הטרדה מינית במקום העבודה היא אפוא פרקטיקה של הפליה נגד נשים משום שהיא לובשת מאפיינים מגדריים קבוצתיים ברורים, ומכאן מרכזיותו של עיקרון השוויון בביתחם 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 מתוויה 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 וקרבתו להטרדה הן לרוב כמה נשים באותו מקום עבודה, שכלפיהן מכוונים דפוסיים דומים של הטרדה מינית.²⁴ אמנם לעתים הטרדה מינית מכוונת גם נגד גברים, אולם באחוז נמוך בהרבה מאחוז הנשים המוטרדות מינית.²⁵ הנתונים מראים כי היקפה של תופעת ההטרדה המינית הוא רחב ביותר.²⁶ הדגשת

23. שם.

24. Barbara A. Gutek, *Sex and the Workplace: The Impact of Sexual Behavior and Harassment on Women, Men, and Organizations* 66, 73 (1985); Barbara A. Gutek, "Sexual Harassment at Work: When an Organization Fails to Respond," in *Sexual Harassment in the Workplace: Perspectives, Frontiers, and Response Strategies* 272 (M. Stockdale ed., 1996).

25. במחקר שנערך בקרב 20,000 עובדי רשות הדואר ושירות המדינה בארצות-הברית בין השנים 1978-1980 התברר כי 48% מהנשים ו-15% מהגברים הוטרדו מינית. במחקר נוסף שנערך בארצות-הברית, כהשתתפות 1,700 עובדים ועובדות, דיווחו 54% כי הוטרדו מינית במקום העבודה. 90% מן המוטרדים היו נשים. במחקר שבדק הטרדה מינית במשרדים של עורכי-דין אמריקניים דווח כי 51% מהנשים הוטרדו מינית לעומת 6% מהגברים. מחקר משנת 1990 על הטרדה מינית בצבא האמריקני גילה כי 64% מהנשים סבלו מהטרדה מינית לעומת 17% מהגברים. מחקרים כרחבי 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 האישה בכנסת בעת דיוניה על החוק למניעת הטרדה מינית.

26. אחת הערכות ביחס להיקפה המקובל של ההטרדה המינית במקום העבודה היא כי היא פוגעת ב-42% עד 67% מכלל העובדים במקום העבודה, רובם נשים. Barbara A. Gutek, "Responses to Sexual Harassment," in *Gender Issues in Social Psychology* 197-216 (S. Oskamp & M. Constanzo ed., 1993). הערכה זו נתמכת על ידי מחקרים ספציפיים שבדקו את היקפה של התופעה במקומות עבודה מסוימים. בסקר שנערך בישראל בשנת 1986, במסדה 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 לבילוי משותף בניגוד לרצונן. ראו שדולת הנשים, "הטרדה מינית – ממדי ומאפייני התופעה", הערה 25 לעיל. מחקר פנימי שנערך במשטרת ישראל לפני

ההקשר הקבוצתי הגברי-נשי של סוגיית ההטרדה מינית אינה מתחייבת אפוא רק על סמך תפיסתה התאורטית של מקיגון, אלא היא מצדקת 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. המשגתה 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 ומשעקת את שוליותן הכלכלית של כל הנשים במקום העבודה, פוגעת בשוויון ההזדמנויות שלהן בתעסוקה, ומנציחה סגרגציה והיררכיה על בסיס מין בשוק העבודה.

זאת ועוד: למרות שמקיגון 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 התופשית במרחב הציבורי, מנציחה תפיסות סטראוטיפיות ביחס לנשים ולנשיות בכלל, והותרת 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 מקיגון מיקד את התופעה בגברים המטרדים נשים בלבד, ולפיכך נטה להציגה כהפליה על בסיס מין במובן הביולוגי של מונח זה,²⁷ 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 הטרדו במקביל נשים וגברים כאחד. קת'רין פרנקי, למשל, במאמר ארוך ניתחה מקרים של הטרדה מינית של גברים שנחשפו בפסיקה האמריקנית בשנים האחרונות.²⁸ מדובר היה בהטרדה מינית של גברים שלא באה על רקע של נטייה מינית הומוסקסואלית אלא נרעדה להעליב, לפגוע ולהשפיל גברים שהתנהגותם נתפסה של ידי חבריהם לעבודה

שנים אחדות וממצאיו פורסמו בעיתונות גילה כי 92% מן הנשים העובדות במסגרת סענו כי הטרדו מינית במקום עבודתן. ברוך קרא, "מחקר שערכה המשטרה: 92% מהשוטרות הטרדו מינית בעבודה", *הארץ*, 12.11.2000.

27 MacKinnon, הערה 21 לעיל, בעמ' 193.

28 Franke, הערה 20 לעיל.

כ"נשית", היינו: כזו שאינה תואמת אמות-מידה מסורתיות של התנהגות גברית.²⁹ פרנקי הציעה לנתח הטרדה כזו כאקט הממשטר וכופה התנהגות מגדרית. באופן ספציפי טענה 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 ומנצחות אותן. לפי פרנקי, הטרדה מינית היא "טכנולוגיה של סקסיום" 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 מכונן, אוכף וממשטר של זהות נשית וגברית.³⁰ מסקנותיה של פרנקי אינן ייחודיות בשיח הפמיניסטי; כותבות פמיניסטיות נוספות עסקו בקשר שבין הכפפה מינית של נשים לבין הטרדה מינית ופגיעה בגברים "נשיים".³¹

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

29 באופן ספציפי דובר בגברים שהיו חסרי ניסיון מיני, ביישנים, כאלה שלא גטלו בחלק בהחי הנברי של מקום העבודה שכלל דיבורים ובדיחות מיניות, וכיזא באלה. תבירה לעבודה של עובדים אלו כיוונו כלפיהם הפרות מיניות פוגעות, השפילו אותם, ולעתים אף עשו בהם מעשים מנוגים; ראו, למשל, *Goluszek v. Smith*, 697 F. Supp. 1452 (N.D. Ill. 1988); *Polly v. Houston Lighting & Power Co.*, 825 F. Supp. 135 (S.D. Tex. 1993); *McWilliams v. Fairfax County Board of Supervisors*, 72 F. 3d 1191 (4th 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, "The New Jurisprudence of Sexual Harassment," 83 Cornell L. Rev. 1169 (1998). אפילו קת'דין מקינן 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, במוצאם או בגנייתם המינית מהגבריות הנורמטיבית על פי אידאולוגיה זו. ראו, למשל, את נייר העמדה שהגישה קת'דין 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 U.S. 75 (1998) (No. 96-568). גייד עמדה זה חוגש 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.

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 המסורתי 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 לדברים 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 לעיקרון השוויון תפיסה מהותית, הבהנת את מימושו של עיקרון 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־שוויון או הפליה 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 סוגיות הנוגעות לשוויון על בסיס מין.³² בעובדה זו יש כדי להסיל 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 לעיקרון השוויון. כאמור, תפיסת השוויון הישראלית שונה באופן מהותי מזו האמריקנית, ולפיכך ניתן להניח – לפחות כנקודת מוצא – שאיסור משפטי ישראלי על הטרדה מינית, המתבסס על עיקרון השוויון, היה בעל סיכוי להניב דיון וניתוח משפטי שונים בסוגיה בהשוואה לשיח הקיים בארצות־הברית. יתרה מזו: עיקרון 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 עיקרון השוויון בשיח

32 לדיון המחשה של היבט זה של שיח השוויון בישראל זו ראו נויה רימלט, "הפמיניזם המשפטי בישראל מנין ולאן? הדורות על שונות, כבוד ושוויון בעקבות ספרה של אודית קמיר 'פמיניזם, וכוח ומשפט'", עיני משפט כו 857, 865-866 (תשס"ד).

המשפטי הישראלי. כמו כן, כיום מסתמנת האפשרות כי השוויון – או לפחות היבטים מרכזיים שלו – יעוגנו בדרך של פרשנות בתוך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כגובך מסוים אחד של עיקרון כבוד האדם.³³ בנסיבות אלה אין זה ברור כי הגדרתה של הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית במונחים 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, 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 עיקרון 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 שכזה. 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 ואיברסלי;³⁴ אולם מכיוון שפגיעה בכבוד מזוהה באופן לשוני ואינסואיטיבי עם

33 ראו, למשל, פסק דינה של השופטת דורנר בבג"צ 4541/94 מילד נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94.

34 אורית קמיר הסבירה, למשל, בהקשר זה: "הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד האדם וחירותו, מכיוון שהיא פוגעת בכבודו העצמי ובכבודו החברתי של האדם המטרד, 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 אונייט מיני לשימוש של המטרד, כלומר כאל גוף ללא נפש. היא פוגעת בזכותו להגדרה עצמית משוחררת מסטריאוטיפים מיניים סטריארכליים או אחרים שאינם רצויים לו. הטרדה מינית

עלבון, השפלה ופגיעה ברגשות,³⁵ הרי שההתמקדות בכבודן של נשים כערך המרכזי שנפגע כשהן מטרדות מינית עלולה להביא להצבת רגשותיהן של הנשים במרכז העיסוק בהטרדה מינית – תוך אכיפתן של תפיסות סטריאוטיפיות ופטרנליסטיות ביחס לרגשותן של נשים וביחס לצורך להגן ולגונן על רגשותן.³⁶

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 – פגיעה בכבוד האדם.³⁷

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 פזיזים 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,

פוגעת בפרטיותו העמוקה ביותר של האדם המטרד. היא חושפת אותו לאינטראקציה הנוגעת בעל כורחו, בתחומים האינטימיים והאישיים שהוא זכאי להגן עליהם מפני פלישה גסה ובלתי מזומנת. היא חותרת תחת ביטחונו העצמי ומזנעת ממנו הנאה ושלוות נפש.³⁷ קמיר, "איזו מין הטרדה", הערה 12 לעיל, בעמ' 375-376.

35 על מרכזיותו של יסוד הרגש בהגדרת המושג "כבוד" ניתן ללמוד, למשל, מהגדרתו המילוגית 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".

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

37 ראו, למשל, שרון רבין-טרגליות, "מי מטרד מהטרדה מינית כעבודה", שנתון משפט העבודה: בטאון האגודה למשפט ולביטחון סוציאלי ז' 153, 159-161 (תשנ"ט). להזניחת ביקורתית מסיימת לסוגיה זו מן העת האחרונה ראו שקר, הערה 4 לעיל.

המעמידה במרכזה רק התנהגות או ביסוי 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, ויהה בין הטרדה על בסיס מין לבין הטרדה מינית; היינו: הטענה הייתה שההטרדה שאליה נחשפות נשים (בעיקר) במקום העבודה היא הטרדה בעלת 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.³⁸ 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 מוזהים 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 תכלה בעבודתן של עובדות, השמעת הערות מעליבות נגדן, נידוץ התברתי על ידי עובדים אחרים – במיוחד במקומות שבהם הן מהוות מיעוט מבוטל, ניסיונות מכוונים להכשילן כשהן מגסות להשתלב בעיסוקים חדשים 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.³⁹ נתונים אלו שהציגה שולץ, ביחס לטיבה ולהיקפה האמיתי של ההטרדה 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 מתמת מין או מגדר" אינו סמנטי בלבד אלא מהותי ביותר. מסקנתה של שולץ היא אפוא כי הדין בנוגע

38 ראו Schultz, הערה 20 לעיל.

39 ראו שם, בעמ' 1756-1761.

להטרדה מינית צריך 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 עמיתה לעבודה "בהמה טיפשה" או "מטומטמת", מוכפפת לכאורה למערכת סטראוטיפים פטריארכליים המנציחה את מעמדן של נשים כשונות וכעובדות גתותות – 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 מזבהקת 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 בספירה הציבורית. במשך מאות שנים האשה נתפסה והוצגה בשלל טקסטים – משפטיים, פוליטיים ופילוסופיים – ככזו שיכולתיה נופלות לאין ערוך מאלו של הגבר,⁴⁰ ודימויים אלה של שונות ונחותות נשית הינו והצדיקו מבנה משפטי ותברתי בעל מאפיינים היררכיים מגדריים מובהקים. "בהמה טיפשה" אינו אפוא כינוי מעליב סתם כשהוא מכון באופן תדיר לאשה המבקשת לבסס את מעמדה בספירה 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 התברתית שיש לפרקטיקות הללו, מהמוטיבציות שביסודן, ומהיכולת להגדיר את התוצאות שהן כופות במזנחים של אי-שוויון והפליה. לא אופייה או תוכנה המיני של 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 סדירה 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 משלות נשיות סטראוטיפיות שאינן

40 לניתוח מקיף ומאיר עיניים של הזיכסטים המיסוגנים של המחשבה הפילוסופית המערבית ראו Susan Moller Okin, *Women in Western Political Thought* (1979).

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.⁴¹

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 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 הטרדה שראוי לאסור בחוק, ויסוד התוכן המיני של ההטרדה מופיע שוב ושוב בסעיפי ההגדרות השונים.⁴²

41 מעניין לציין שמקינזון 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 כותני של הכפפה על בסיס מין. ראו Catharine A. MacKinnon, "Letter to the Editor," *The New Yorker* 23.2.1998 & 2.3.1998, 28. המכתב הזה למערכת נכתב בתגובה למכתבה שפורסמה בניו-יורקר ועסקה בהטרדה מינית. הכתבה עסקה בהרחבה במאמר של ויקי שולץ בעניין הטרדה מינית, ויחסה למקינזון בהסתמך על מאמר זה את העמדה כי "there is no sex without harassment...and no harassment without sex." ראו J. Toobin, "The Trouble with Sex: Why the Law of Sexual Harassment Has Never Worked," *The New Yorker* 9.2.1998, 48. במכתב התגובה שלה הכחישה מקינזון עמדה זו ותבהירה כי אינה טוענת שכל ביטוי מיני בעבודה מהווה הטרדה או כי התנהגות שאינה בעלת תכנים מיניים אינה יכולה להיות הטרדה על בסיס מין.

42 רק תחסיניף אחר לסעיף ההגדרות התיר מקום להגדרה רחבה יותר של הטרדה על בסיס מין, כשקבע כי הטרדה מינית היא גם "התייחסות מבוזה 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 להעדפתו של הערך האחד על האחר, ביחס לשאלת תכניה של ההטרדה שיש לאסור בחוק אין ביטוי – לפחות לא בפרוטוקולים הרשמיים – למורעות דומה לעצם קיומה של דילמה בהקשר זה.

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 המטרדה שאותה גועז החוק גועז 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,⁴³ 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. 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

43 ע"מ 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד (1) 650.

הדין 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...⁴⁴

בהמשך הוסיף בית המשפט וקבע:

אכן במקרים רבים אפשר לראות הטרדה מינית ופגיעה גלויות בתנאי העבודה, כצורה של הפליה מהמת 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.⁴⁵

ולבסוף, לאחר שסקר את הדין החל על סגייית 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.⁴⁶

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 וניטרליים, 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 הדין ברמה היחידנית והניטרלית, 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. יתכן כי

44 שם, בעמ' 662.

45 שם, בעמ' 651.

46 שם, בעמ' 652.

ההטרדה המינית תהיה רק מכשיר המשמש אדם אחד כדי לפגוע באדם אחר, לאו דווקא בשל מניע מיני, אלא בשל 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 מגוהל 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.⁴⁷

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.⁴⁸

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 במרכזה. 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:

47 שם, בעמ' 651 (ההדגשה הוספה).

48 שם, בעמ' 664.

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 בטאינו 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.⁴⁹

אם כן, עינינו רואות כי את מהות הפגיעה השמונה בהטרדה מינית תיאר בית המשפט במונחים אינדיבידואליים-ניטרליים מובהקים, שעניינם הכפייה המינית או ההתייחסות המשפילה לכל "אדם" ברמה האישית. הגדרה זו מבהירה ומדגישה את ממד הפגיעה בכבוד האדם השמונה בהתנהגות זו – אך לא את ממד ההפליה על בסיס מין, שאזכרו בהקשר זה נותר תלוש ובלתי-ברור.

היסוד השלישי שאפיין את תפיסת הטרדה 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 הנראים אופי של חיזור"⁵⁰ ו"בקשות או הצעות על רקע מיני"⁵¹ – 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."⁵² משמע, הובהר כי "התנהגות אינה מהווה הטרדה מינית אלא אם היא, כשמה, בעלת אופי מיני. מכאן שהתנהגות לא תיחשב הטרדה מינית, גם אם היא משרידה, אם אין לה אופי מיני או אין היא באה לידי ביטוי בדברים הקשורים למין",⁵³ ולפיכך נקבע כי השאלה המשפטית המרכזית שעמה צריך השיח המשפטי להתמודד כדי לאכוף באופן ראוי

49 שם, בעמ' 654.

50 שם, בעמ' 650.

51 שם.

52 שם, בעמ' 651.

53 שם, בעמ' 654.

את האיסור ביחס להטרדה מינית היא "מני עוברת התנהגות בעלת אופי מיני את הגבול מתחום המותר אל תחום האסור?".⁵⁴

פסק הדין בעניין בן אשר הוא פסק דין חשוב לא רק מפאת ראשוניותו, אלא בעיקר בשל העובדה שנהפך בהמשך לסקס מנחה בסוגיית ההטרדה המינית. עובדה זו ניכרת לא רק בעצם אוכורו 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 מדויק של שיח זה מגלה כי לצדם של שלושת אדנים אלה התבסס גם אדן רביעי, שעניינו יציקת תכנים מוסרים ולעתים פטרנליסטיים לניתוח השיפוטי של הסוגיה.

את ראשיתו של השיח המוסרי-פטרנליסטי בעניין הטרדה מינית ניתן לזהות בפסק הדין בעניין ניר גלילי.⁵⁵ 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 שמיחס צה"ל לכל הקשור לשמירת טוהר המידות בשורותיו ואת ההקפדה היתרה שהוא נוקט בתחום ההטרדות המיניות.⁵⁶

יתרה מזו: כדי להבהיר את מידת החומרה שבהתנהגות הנדונה ציטטה השופטת שטרסברג-כהן מפסק הדין בעניין בן אשר את הדברים הבאים:

בהטרדה מינית הנעשית מעמדה של מרות או השפעה מעבר לפמול שנעצם 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.⁵⁷

54 שם, בעמ' 663.

55 בג"ץ 1284/99 פלוגית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד (ג) 62 (להלן): "פרשת גלילי".

56 שם, בעמ' 66.

57 שם, בעמ' 72.

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 "הוסנו המוסרי של צה"ל",⁵⁸ ומכאן שלשם קבלת החלטה ראויה בדרך יש להביא בכלל חשבון, בין היתר, "את השיבות העליונה של טוהר המידות בצה"ל"⁵⁹ ואת הצורך לחוק את אמון הציבור בצה"ל כגוף "בעל רמת מוסר גבוהה".⁶⁰ הקצין, ניר גלילי, שביחס אליו טרח בית המשפט לציין כי "היה באותה עת נשוי ואב לשלושה",⁶¹ תואר על ידי בית המשפט ככזה שדבק בו "כתם מוסרי חמור"⁶² בשל "התנהגות נפסדת ובלתי מוסרית".⁶³ מכיוון שכך, הגיע בית המשפט למסקנה כי לא די בעונש שהשיתו עליו רשויות הצבא כדי להבטיח את "סיהור האווירה".⁶⁴ 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".⁶⁵ את מעשיו של המשיב הגדיר השופט טירקל כ"פסולים מעיקרם מן הבחינה המוסרית",⁶⁶ וציין כי הסכמתה של העותרת "אינה מטרת אותם".⁶⁷ "דומה שעל מעשים שכאלה",⁶⁸ הוסיף השופט, "אמר הכתוב בדברו בצבאות ישראל: 'כיתצא 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 מאחריך' דברים כג פסוקים י', טו".⁶⁹ בסכמו את הסוגיה הוסיף השופט וציין "והיה מחנכו טהור".⁷⁰

הנה כי כן, המילים "מוסר" ו"טוהר", על הסיותיהן השונות, תוזרות 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

58 שם, בעמ' 69.

59 שם.

60 שם.

61 שם, בעמ' 66.

62 שם, בעמ' 68.

63 שם, בעמ' 63.

64 שם, בעמ' 73.

65 שם, בעמ' 77.

66 שם, בעמ' 78.

67 שם.

68 שם.

69 שם.

70 שם.

העותרת הגדיר בית המשפט כ"חיילת צעירה חסרת ניסיון",⁷¹ 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".⁷² בהמשך הוסיף בית המשפט וקבע כי "על הציבור המפקיד את בנותיו בידי הצבא להאמין כי צה"ל ומפקדיו יעשו כל שביכולתם להכשחת שלומה של החיילת ושמידה על שלמותה הגופנית והנפשית. על החיילת לדעת שצה"ל הוא מקום בטוח לשרת בו".⁷³

מתברר אם כן, כי את עיקר הפגיעה הטמונה בהטרדה מינית ראה בית המשפט כמצוי בתחום המוסרי: 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 כנגור משאלות של שוויון בין המינים. בהתאם לכך, אכן אין כל אוכור בפסק הדין לשאלות הנוגעות למעמדן השוויוני של נשים בצבא ולקשר בין מעמד זה לבין תופעת ההטרדה המינית.⁷⁴

בהדרה זו של עיקרון השוויון מהדיון בהטרדה מינית בצבא יש יסוד מובהק של החמצה – כמיוחד 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 הטרדה המינית בהקשר זה. כך, למשל, במאמר המבוסס על ראיונות עומק עם חיילות שהצליחו להשתלב בתפקידים "קרביים" ויוקרתיים בצבא,⁷⁵ מתברר כי הטרדתן המינית הנמשכת של

71 שם, בעמ' 70.

72 שם, בעמ' 71.

73 שם, בעמ' 73.

74 לגינת מפורס ומאיר עיניים של ההיבט המוסרי בפרשת גלילי ושל המתח בינו לבין רציונלים פמיניסטיים ביחס לקשר בין הטרדה מינית לבין אי-שוויון מגדרי ראו גם יובל לבנת, "איוה מין פמיניזם? – הדוגרים בעקבות פרשת גלילי", מחקרי משפט 471 (תשס"א).

75 אורנה ששון-לוי, "חתרנות בתוך דיכוי: כינון זהויות מגדריות של חיילות בתפקידים 'קרביים'", בתוך התשמע קולי 277 (בעריכת יעל עצמון, 2001). תפקידים קרביים החלו להיפתח בפני נשים לאחר פרשת אלס מילר (הערה 33 לעיל) והתיקון לחוק שיווי זכויות

נשים בצבא⁷⁶ חותרת גם תחת מעמדן של נשים המנסות לקנות לעצמן עמדת כוח בצבא – ובכך מנציחה את קיומו של אי-שוויון מגדרי מובהק כמוסד זה.⁷⁷ פסק הדין בעניין גלילי, שניסה לשרטט מסגרת כללית לדין בסוגיית ההטרדה המינית בצבא, נכשל אפוא בשני הקשרים משמעותיים מפרספקטיבה פמיניסטית. ראשית, החיקתו של עיקרון השוויון סן הדין העלימה היבט מרכזי חשוב והכרחי לניתוח והבנת התופעה; שנית, לצד העלמתו של השוויון הוסיף פסק הדין ויצר היפוך מושגי בכל הנוגע להגדרת ההטרדה מינית ולהבהרת משמעותה ומידת

האשה וחוק שירות ביטחון שבאו בעקבותיה. ראו סעיף 6ד לחוק שינוי זכויות האשה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000 וכן סעיף 16 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשס"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 לעניני נשים (יזהל"ן), 80% מהחיילות נחשפות להתנהגויות מטרידות מינית במשך שירותן הצבאי. ראו "תופעת הטרדה המינית ומקומה בארגון הצבאי" (ענף מוקד ידע מגדרי ביוהל"ן). המחקר נערך על ידי גב' אינה לוי וד"ר שרה בן-דוד מאוניברסיטת בראלן וכן על ידי רס"ן שרית עמרם-כץ, ראש מדור מחקר בענף מוקד ידע מגדרי ביוהל"ן. ממצאי המחקר המפורטים מוצגים באתר האינטרנט של היוהל"ן: <http://www.aka.idf.il/yohalan/home/home.asp>.

77 דורית, שהייתה קצינת מטה באזור הדרום, תיארה באתר מאמר את התנהגותם של הקצינים הבכירים כלפיה במהלך ישיבת מטה: "כולם אמרו אתה מגיע לצבא אתה מתנוון. אני כל כך לא, ממש התפתחתי, מרמה של לנסח מודעה ועד מה להגיד למי הרגשתי שיש לי חצי עולם בידים. עד שהייתי מגיעה לשייבה. והיינו יושבים בישיבת מטה וזה הולך שהקצין מודיעין אומר, והקצין אג"ם אומר והקצין זה אומר, ואנ מניעים לדורית, והיו מתייחסים אליה כחור לא ילדה, אבל אשה, מפרטטים אותה, מנסים להתחיל אותה, כותבים לה מכתבים... הגה יש לי כאן קטע שכותבים לי שלושת המח"טים של הגזרה [היא מראה לי את המכתב] את הייבת לקחת החלטה, זה גומר אותנו החוסר החלטיות, נוגס ביכולתנו, מפריע לנו בריכוז, אנו סבוקשים שתחליטי כבר" [ותבחרי באחד מאיתנו]; ראו שחקן-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 גובע 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 וכישרוניה הסקציוניים חותרת תחת מעמדה, פוגעת ביכולתה לבסס ולהפגין את סמכותה המקצועית, מדגישה את מינותה 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 לתכנון ולאופיו של הדין המציקים בו.

פגיעתה בנשים. אם פסק הדין בעניין בן אשר החל מהלך של התרחקות מהרציונל הפמיניסטי המקורי בדרך של יציקת תוכן אינדיבידואלי וניטרלי למושג הכבוד, תוך הפרדה היררכית בינו לבין מושג השוויון בכל הגוגע למידת הרלבנטיות שלהם להטרדה המינית, הרי פסק הדין בעניין גלילי הוסיף לכך מהלך נורמטיבי, שבו עוקר מושג הכבוד מכל משמעות מדרגית-ליברלית ובמקומה נוצקה לו משמעות שניתן להגדירה מפרספקטיבה פמיניסטית כמוסרנית-פטרנליסטית.

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. ביסודי לדברים הללו ניתן למצוא בדברים שאמרה השופטת ביניש בפני שופטים בנוה-אילן, בהרצאה שהוקדשה לחוק למגיעת 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.⁷⁸

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 עיקרון השוויון מהשיח הרלבנטי והמדרתי 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 בשוויון – נתפסה והוצגה כעיקר הנזק והפגיעה החברתית של הטרדה מינית.

(ב) השלב השני: ביסוס מסגרת הניתוח והעמקתה

המחשה ברורה לאדני הניתוח המרכזיים שהתגבשו בפרשות בן אשר וגלילי ניתן

78 דורית ביניש, "התפתחויות בגישת בתי המשפט לעבירות מין ולהגנה על נשים – השפעות חברתיות" (הרצאה בנוה אילן, 27.5.02) (ההדגשות תוספו).

למצוא בפסיקת בית המשפט העליון שניתנה לאחר פרשות אלה והתבססה עליהן בגלוי ובמוצהר. בפרשת עמוס ברוכין⁷⁹ 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.⁸⁰ עניינו הגיע לבית המשפט בדרך של ערעור על גזר דינו של בית הדין למשמעת של עובדי המדינה,⁸¹ 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",⁸² ולכן בעצם השאלה העקרונית שעמה צריך בית המשפט להתמודד היא מהי "המדיניות שדאוי לבית משפט זה לנקוט כלפי מקרים של הטרדה מינית בשירות הציבורי?".⁸³ בהתאם לכך, פסק הדין רווי הצהרות ואמירות כלליות ביחס לסיבה ולמהותה של ההטרדה המינית – אמירות המחדדות ומעמיקות את מסגרת הדין בסוגיה, כפי שנובשה בפרשות בן אשר וגלילי. עיקרון השוויון והקשר בינו לבין ההטרדה מינית קיבל בפסק הדין אוכור עקיף אחד בלבד, כשבית המשפט ציטט מהסבוא להצעת החוק למניעת הטרדה מינית; מעבר לכך היה הדין בסוגיה נטול כל פרספקטיבה מגדרית קבוצתית, והדגיש את ההיבט האינדיבידואלי והנישרלי של פגיעה בכבוד הגלום בהטרדה. כך, למשל, לאחר שציטט מן המבוא להצעת החוק, המבהירה את הפגיעה הגלומה בהטרדה מינית גם במזונחים של פגיעה בשוויון של נשים, הוסיף השופט והביא ציטוט מפסיקה קודמת, האמור לשקף

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 הפרות 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 בכות. 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 יחיד בערכאת ערעור על החלטותיו של בית הדין למשמעת. לאחר חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית אימץ התקשי"ר בסגרת סעיף 43.421 את הגדרה של הטרדה מינית המפורטת בחוק במקום הגדרה 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 217(2) ו-17(3) לחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963.

82 עניין ברוכין, הערה 79 לעיל, בעמ' 703.

83 שם, בעמ' 707.

ולבטא את המענה שמערכת המשפט מנסה לתת לתופעה בשל החומרה המיוחדת הגלומה בה:

אין לסבול את התופעה, שלמרבה הצער נפוצה היא כי מעבירים 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 ירכיבו ראש ולמורת רוחם ישלימו עם התנהגות כזו שלא זו בלבד שיש בה פסול וטעם לפגם, אלא שיש בה כדי להשפיל את האדם בו מבצע המעשה ולפגוע פגיעה קשה בכבודו ובצנעת פרטיותו.⁸⁴

בהמשך הביא השופט זמיר גם מדבריו שלו עצמו בפרשת בן אשר:

כיום מן המוסכמות הוא בישראל כמו במדינות אחרות שהטרדה מינית מעבר לזק התומרי שהיא עלולה לגרום, פוגעת בכבוד האדם.⁸⁵

זאת ועוד: גם כשהזכיר בית המשפט במפורש כי מדובר בתופעה המכוונת בעיקר נגד נשים, הדיון במשמעותה של הטרדה זו נותר ברמה כללית וניטרלית 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 בו זמנית, 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

84 שם (ההדגשה 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 רפף במקום העבודה, או מחמת סיבה אחרת". שם, בעמ' 710.

מקירבה רגשית וחייבה נפשית, אלא כולה ביזוי של האדם כמכשיר לגירוי וסיפוק מיני.⁸⁶

מפרספקטיבה פמיניסטית ניתן כמובן להסכים למסקנה כי שיטה של הטרדה מינית נגד 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 מחודדת 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 בפגיעה 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 הטרדה, תוך שהחיל על הסיטואציה מדרג של חומרה המבחין בין הטרדה קלה (הטרדה מינית מילולית) לבין הטרדה חמורה (הטרדה מינית הכוללת יסוד פיזי). באופן כללי הטביר 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.⁸⁷

אם כן, על פי מדרג פנימי זה של חומרה סווגו מעשיו הפיזיים בעיקרם של ברוכין בצד המחמיר של הטרדה מינית, ומכיוון שכך החליט השופט כסיכום פסק הדין להתערב בעונש המקורי שהוטל על ברוכין ולהחמיר אותו על ידי פיטוריו מן השירות הציבורי, שכן העונש הקל נתפס ככזה ש"אינו מגן באופן ראוי על כבוד האדם, והוא אינו מרתיע באופן מספיק מפני פגיעה בכבוד".⁸⁸ מסגרת זו של גיתוח ראויה 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 הטרדה הפיזית היא קשה וחמורה, אין להתעלם מהעובדה שפוגעותה של הטרדה המינית היא רחבה יותר – הן במישור האינדיבידואלי וודאי במישור המגדרי-קבוצתי. הטרדה

86 שם, בעמ' 712.

87 שם, בעמ' 709.

88 שם, בעמ' 720.

מיניות הופכת לעתים את סביבת העבודה של נשים לבלתי-נסבלת; היא גורעת מיכולתן להתנהל באופן אוטונומי וחופשי במרחב הציבורי, ובתוצאה מכך פוגעת בזכותן ליהנות משוויון הזדמנויות אמיתי בעבודה. מפרסקטיבה זו של פגיעה באוטונומיה ובשוויון נראה כי עוצמת פגיעתה של ההטרדה אינה תלויה בהכרח בהיבטיה הפיזיים; יתרה מזו: מילים יכולות להשפיל, לבנות ולרמוס את האשה בעוצמה שאינה זניחה כלל ועיקר ואין להניח כי פגיעתן תמיד קלה ביחס למחוזות 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 המורדות 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 כאדם. הטרדה מינית מילולית אינה יכולה אפוא באופן אוטונומי 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 בחזקין, 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 הבוסה והמשמעותי ביותר, וכזו הפוגעת יותר מכל במוסר הציבורי. בהתאם לכך, הצורך לגונן על האשה מפני פגיעה כזו בכבודה נתפס כדחוף 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 פרסקטיבה 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 הפטיקה 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 טודלובסקי.⁸⁹ פרשה זו עסקה בעניינו של מי שהיה מנהל הלשכה להכוונת חיילים משוחררים, והתחזה בפני חיילות שהיו כפופות לו לסקסולוג תוך שהוא מעורר אותן לדבר על חי המין שלהן, מספר בפניהן בדיתות גסות ומתבטא באופן מיני. בית המשפט קבע

89 ע"מ 5771/01 טודלובסקי נ' נציב שיירות המדינה, פ"ד (1) 463, 478.

כי מעשיו של המערער "מהווים ללא ספק פגיעה בכבודן של החיילות",⁹⁰ 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".⁹¹ עוד הוסיף בית המשפט וקבע ש"יצירת מצג ותנאים שהביאו את החיילות לשותח עימו על חיי המין שלהן, כל אלה יצרו במשרד אוריה בוטה וגסה שפגעה בכבוד האדם של החיילות ששהו במחיצתו".⁹² חשוב לציין שהחיילות שהוטרו כונו על ידי בית המשפט לאורך פסק הדין גם "בנות",⁹³ "נערות" ו"נערות צעירות",⁹⁴ תוך שבית המשפט יוצר באופן כזה זיהוי משתמע דומה לזה שנעשה בפרשת גלילי - בין גילן הצעיר של המוטרות לבין עוצמת פגיעתה של ההטרדה המינית. שיקולים של שוויון מגדרי ושאלות הנוגעות למעמדן של נשים בצבא נותרו אפוא גם כאן לחלוטין מחוץ לדיון השיפוטי. יתרה מזו: כמו בפרשת ברוכין, גם בפרשה זו נותרה ההטרדה המינית תופעה אינדיבידואלית נגד חיילות מסוימות, שעיקר פגיעתה הייתה לפיכך "יצירת אוריה בוטה וגסה"⁹⁵ ש"פגעה בכבוד האדם"⁹⁶ 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 מהגדרה של הטרדה מינית המעוגנת בחוק "עולה כי המחוקק ביקש ליצור טווח רחב של מקרים בהם התייחסויות בעלות אופי מיני יחשבו להטרדה מינית".⁹⁷ 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.⁹⁸

90 ש.ם.

91 ש.ם, בעמ' 480.

92 ש.ם.

93 ש.ם, בעמ' 477.

94 ש.ם, בעמ' 478.

95 ש.ם, בעמ' 480.

96 ש.ם.

97 ש.ם, בעמ' 473.

98 בכך אימץ בית המשפט את מסקנתו של בית הדין למשמעת, שדן ראשון בעניינו של פודלובסקי וקבע:

"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 מיניים מובהקים המהווים הטרדה מינית, אינם עומדים בסקאלה העליונה של עבירות מין. מידת ונסיבות כישלוננו

לאור הדברים הללו גזר בית הדין המשמעתי על פודלובסקי עונש קל בהרבה מזה שנגזר על ברוכין. פודלובסקי ננזף, 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",⁹⁹ ולכן "אין להחמיר עם המערער במידה שהחמירו במקרים של מעשי הטרדה מינית שנלוו להם מעשים פיזיים".¹⁰⁰

תיקון מסוים לדברים הללו מצוי בפסק הדין בעניינו של שחר לוי,¹⁰¹ שם הצהירה השופטת ביניש על הצורך העקרוני להציב את ההטרדה המינית המילולית 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 שתורה מצה"ל, ואירועי ההטרדה כלפיה – שהשתרעו על פני כל תקופת עבודתה – כללו הן הטרדה בביתה והן הטרדה במשך שעות העבודה.¹⁰² בית הדין למשמעת הרשיע את לוי

של הנאשם בהתנהגותו האמורה נעוץ במיוחד בכך, שאלה נעשו כלפי או בנוכחות חיילות צעירות שהוצבו לשרת בלשכת ההכוונה מכוח צו, שלא על פי בחירתן והופשית, 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 ורזור ובין הנאשם דגן. – מעשיו של הנאשם קלים מאלה של השניים הנ"ל, באשר מעשיו של הנאשם לא עברו את המחסום המילולי, לעברם של מעשים פיזיים או הצעות מיניות". תיק בד"מ 99/00, סעיפים 9 ב' ו'ה' לגזר הדין (ניתן ביום 19.6.01).

99 עניין פודלובסקי, הערה 89 לעיל, בעמ' 480.
100 שם.

101 עש"מ 7113/02 מדינת ישראל ג' לוי, פ"ד נז(3) 817.

102 שחר לוי נהג להעיר לאותה עובדת הערות בעלות אופי מיני ולשאל אותה שאלות אינטימיות. כך, למשל, נהג לוי להתקשר אליה בעת שעבדה במשמרת לילה ולשאל אותה שאלות כגון: "מה את לובשת?", "האם את במישהו?" וכיוצא באלה. הערות דומות נהג להפנות אליה כשניסתה, בהתאם לתובה שהייתה מוטלת עליה, להעביר לו דיווח מסכם על המשמרת שעליה הייתה אחראית. בהודמנויות אחרות שאל הנאשם את המתלוננת על יחסיה עם התבר שלה ואף התקשר לביתה כשהייתה חולה והפנה אליה הערות והצעות מיניות. בין היתר שאל שחר לוי את המטורדת "מה היחסים עם החבר שלך?" ואמר לה "את נראית יפה מאד, לא נראה שעבדת 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 מאד רוצה להזמין לך 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

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 לבסוקה כי יש להחמיר בעונשו של המערער והורתה על פיטוריו משירות המדינה. חשובה במיוחד בהקשר זה מסקנתה ביחס 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 להטרדת 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 המילולית של המתלוננת, עיקרה השופטת מסקנה זו במידה מסוימת כשהוסיפה:

החמור מכל הוא שהמערער היה מודע לפגיעותה היתרה של א', נוכח המחלה עימה התמודדה בעברה, ובכל זאת לא נמנע מהפניית אמירות מיניות כלפיה.¹⁰³

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 הסמונה בהטרדה מילולית של עובדת זוטרה במקום עבודה גברי והידרכי – חומרה הגובעת בעיקר מחוסר-יכולתה לבסס את מעמדה במקום העבודה על בסיס כישוריה המקצועיים ולבנות לעצמה זהות

נדפס לו שאתה עובדת רוצה להתלונן נגדו ניסה להניא אותה מכך תוך שהפעיל עליה לחץ במישרין ובאמצעות עובדים אחרים שהיו כפופים לו, אותם רתם למשימה.

103 שם, בעמ' 845. במקום אחד בפסק הדין הוברר פשרה של אותה מחלה, כשבית המשפט ציין כי "א' סבלה בצעירותה ממחלת האנורקסיה, בגינה נזקקה לטיפול נפשי ותרופתי בגיל 14".

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 לדווח 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, ומכות שירותה הצבאי זוכה לעבודה נחשקת באותו מקום עבודה לאחר סיומו של השירות הצבאי ומכוחו – הסתיים אפוא כתהליך של הרחקה, שבמסגרתו לא רק שגרמסה זהותה המקצועית אלא היא אף איבדה את מקום העבודה, תוך שהפערים ביחסי הכוח המגדריים רק הלכו והתרחבו.

השופטת ביניש אמנם איזרה 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 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 עיקרון השוויון פעם אחת לאורך פסק הדין¹⁰⁴ אינו משנה מסקנה זו, שכן ללא הבהרה והסבר של מידת הרלבנטיות של המושג לדיון בפרשה, נותר האזכור לכרו תלרש ובלתי-מוכן.

אבדן דומה של היבט חוסר-השוויון המגדרי הגלום בהטרדה מינית ניתן לזהות גם בפרשת אליעזר זרור,¹⁰⁵ החוזרת ומסיטה את הדיון בסוגיה לאפיקים המוסרניים המסורתיים. זרור, 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.¹⁰⁶ בית הדין למשמעת גזר עליו עונש של פיטורים משירות המדינה והסכיד:

104 בשלב כלשהו בפסק הדין ציינה השופטת וקבעה: "אין ספק כי התבטאויותיו של המערער כלפי המתלוננת א' היו מבזות על פי סיבן, נוכח התייחסותן למתלוננת כאל אובייקט מיני באופן שפגע בזכותה לכבוד ולשוויון". שם.

105 עש"מ 309/01 זרור נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נה(2) 830.

106 על פי העובדות המפורסות בפסק הדין, "במהלך מסירת התלונה ניגש המערער אל המתלוננת, חיבק אותה, ליטף את גבה, נשק לה על לחיה, ושאלה האם היא רוצה לפתור עימו תשכזים ואם אפשר להתחיל אתה". שם, בעמ' 832.

במקום למלא את תפקידו באמונה ולברר את תלונת המתלוננת לגופה במסגרת זרוע אכיפת החוק של המדינה, עשה פלסטר את תפקידו ונתן דרור ליצור, תוך ביצוע מעשים בגופה של המתלוננת, אשר נחשבים כיום הטרדה מינית.¹⁰⁷

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.¹⁰⁸

בית המשפט העליון, מפי השופט זמיר, הביא דברים אלו של בית הדין כלשונום וללא ערעור בגוף פסק הדין, והצטרף למסקנה כי מקרה זה נמנה עם המקרים החמורים של הטרדה מינית שבהם יש לנקוט פיטורים. זרור נענש אפוא בעיקר על כך שנתן "דרור ליצור" 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 ומצגת 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 עיקרון השוויון בין המינים, והפגיעה הקשה ביכולתן של נשים לנוע בחופשיות ובאוטונומיה מלאה בספרה הציבורית כתוצאה ממקרים כאלה של הטרדה מינית, לא קיבלו שום התייחסות בפסק הדין. גם בהקשר זה התשובה שנתן פסק הדין לשאלה מדוע הטרדה מינית היא תופעה כה חמורה חושפת אפוא תפיסה מסורתית ביחס לקשר בין מין לבין מסר לבין כבודן של נשים.

מסגרת ניתוח דומה מצויה גם בפסק הדין בעניינו של אליעזר חמני, שהיה סגן החשב במשרד הדתות עד לפרישתו לגמלאות.¹⁰⁹ במשך שנים רבות נהג חמני להכפוף עובדת שהייתה תחת מרותו למעשים ולהתבטאויות בעלי אופי מיני, אולם בית הדין למשמעת קבע כי מדובר בהתנהגות שאינה מהווה הטרדה מינית

107 מצוטט בפסק דינו של בית המשפט העליון, שם, בעמ' 833 (ההדגשות הוספו).

108 שם (ההדגשה הוספה).

109 עש"מ 2168/01 חמני נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד נה(5) 949.

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 בעבירה של הטרדה מינית. היה זה אירוע שהתרחש בפרוודור בעת שהמתלוננת שוחחה עם עובדת אחרת. על פי תיאורו של בית המשפט העליון, חמני "תפס כידו 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".¹¹⁰ ביחס לאירוע הזה קבע בית הדין כי הוא היה "חריג ויצא דופן גם באותה מערכת יחסים קרובה".¹¹¹ בית המשפט העליון, שנדרש לפרשה בעקבות ערעורו של חמני, הותיר - אם כי לא בלי היסוס - את מסקנות בית הדין על כנן.¹¹² התוצאה היא אפוא כי עיקר הפסול בהתנגותו של חמני הוגדר במונחים 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 איריה בלתי הולמת את שירות המדינה... אף עדי ההגנה מסעם המערער העידו על סביבת העבודה החופשית ששררה במשרד ובללה שיחות על נושאי מין ובדיחות גסות. הגיעו הדברים כדי כך שמנהל המזגן זה שנים התבטא בעדותו כי "כמעט לא להאמין שזה משרד הדתות".¹¹³

מן הדברים הללו עולה ניהוח מטרים 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 ביטויה של המיניות במרחב הציבורי - ללא קשר לנסיבותיה - מדצגת ונתפסת כעיקר הבעיה. היינו: במקום לבחון באופן ביקורתי את יחסי הכוחות בין חמני - בכיר רכי"כוח במשרד הדתות - לבין אותה עובדת ווטרה, ובמקום לנתח את מהותם ואת תוצאתם של מעשי

110 שם, בעמ' 951.

111 שם, בעמ' 952.

112 בית המשפט ציין בהקשר זה כי גיתן היה להטיל ספק בהנחת ההסכמה שעליה התבסס הציתוח של חלק ניכר מאירועי ההטרדה, שכן המתלוננת עצמה העידה כי פחדה מהמטריד וכי תלונתה נגדו במשך השנים לא טופלו. שם, בעמ' 959.

113 שם, בעמ' 960.

ההטרדה בהקשר זה – הסתפקו בתי המשפט השונים בדיון על מין ומסר, 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, והאמידות שכאו בעקבות המגע, גם אם המגע היה קצר ותולף כתרף עין, ואף אם המגע היה מעל בגדיה של המתלוננת, בית הדין קובע כי לאותה פגיעה בגופה וכבודיה של המתלוננת שפגיעתם היתה בפרהסיא, לא נתנה המתלוננת הסכמה...¹¹⁴

אם כן, את יסוד החומרה המיוחד באירוע זה מצא בית הדין, בין היתר, בפומביותו 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 לבטא עמדה זו באת-כוח המדינה, שטענה בתשובתה לערעור בבית המשפט העליון כי האירוע של הנגיעה באיברים האינטימיים מהווה "הטרדה מינית" בצורתה הבוטה והמובהקת ביותר.¹¹⁵ היה זה אפוא יישום נוסף של מדרג החומרה שנקבע בפרשת ברוכין והוחל בהמשך גם בפרשות אחרות. חומרתה של ההטרדה נגזרה באופן בלעדי מהממד 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 ומחודדים את היבטיו הבעייתיים של החוק ושל הפרשנות שנוצקה לסעיפיו השונים. כך, למשל, אם בפרשת בן אשר ובפרשות הסמוכות לה עוד קיבל עיקרון השוויון התייחסות ואזכור כיסוד רלבנטי להבנה ולניתוח התופעה לצד מושג הכבוד, בפסיקה העכשווית יסוד זה נעלם לחלוטין ממסגרת הדין. אמנם, פה ושם בית

114 שם, בעמ' 957 (הודגשה חוספה).

115 מצוטט בפסק הדין, שם, בעמ' 953.

המשפט עוד מצטט את דברי ההסבר של החוק, הכוללים התייחסות גם לעיקרון השוויון, אך ברמה המהותית של הניתוח נותר מושג הכבוד יחידי בזירה שבה נדונה משמעותה ופגיעתה של ההטרדה המינית.¹¹⁶ זהו מצב הדברים בפרשת בצוק,¹¹⁷ וזהו המצב גם בעניינם של טאפיר,¹¹⁸ שמיאן¹¹⁹ וכחן¹²⁰ – 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 הייזו: 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 יותר העומדת ביסודה, או השפעתה ותוצאותיה של ההטרדה על סביבת העבודה של המוטרת. ביסודי מוקצן לכך ניתן למצוא למשל בפרשת בן דוד,¹²¹ 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 המכונית לכמה דקות, ולבסוף הסיע את המתלוננת לביתה. בית הדין זיכה את בן דוד מעבירה זו בנימוק "כי לאירוע לא הייתה משמעות מינית, ולכן גם אם התנהגות המערער ראויה לגינוי במישור הבין-אישי, הרי שאין היא מגעת כדי עבירת משמעת".¹²²

ביחס לאירוע אחר, שבו אמר בן דוד לעובדת "משומממת" ו"תעופי לי מהעניינים" 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

- 116 לאחרונה היטיבה לבטא עמדה זו השופטת ביניש: "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, 2.5.2005).
- 117 עש"מ 10088/02 בצוק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.2.2003).
- 118 עש"מ 1599/03 טאפיר נ' נציבות שירות המדינה (לא פורסם, 16.12.2003).
- 119 עש"מ 2868/04 שמיאן נ' נציבות שירות המדינה (לא פורסם, 4.7.2004).
- 120 עש"מ 6920/03 כחן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 16.2.2004).
- 121 עש"מ 882/03 בן דוד נ' נציבות שירות המדינה (לא פורסם, 8.7.2003).
- 122 שם (ההדגשות הוספו).

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 ההטרדה 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 הרחבת 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 בהבחרת משמעותה של פרקטיקה זו. משמע, דיון זה שולל מראש את האפשרות להגדיר גילויים שונים של עוינות כלפי נשים כהטרדה על בסיס מין, ומותיר 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.¹²³ העובדה שלצידו של

123 על פי נתונים שהוגשו לוועדה לקידום מעמד האשה בשנת 2002, שיעור הקצינות בצה"ל עמד בשנת 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. כצה"ל סרם הניעה אשה לדרגת אלוף ומעלה. סקירה מפורטת של תמונת מצב ביחס לשירות נשים בצה"ל בשנים 1997–2002 ניתן למצוא באתר היחל"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 נשים בצה"ל 42–49 (פרויקט צבא-חברה בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה וצבא הגנה לישראל, 2001).

גיר 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 ניוונה 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 בינן לבין גברים. יתרה מזו: היא גם מזמינה ניצול ודיכוי, שהטרדה מינית היא רק אחד הכיטויים 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 אתם גברים בגופן של אותן חיילות, וחירות הלשון שהפגינו כלפיהן תוך הכפפתן להערות מיניות וביטויים גסים, לא נבעו אפוא רק מאיזו סתבקות גברית, גם אם לא ראויה; מדובר היה בתחושת חירות שגולדת 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 בגרסתה המוכרת לנו.

חשוב לציין שמציאות כזו אינה מיוחדת למערכת הביטחון: בצבא ובמשרד הביטחון אנו מוצאים אמנם ביטוי קיצוני במיוחד שלה,¹²⁴ אולם הנתונים במשרדי הממשלה האחרים אינם מעודדים בהרבה. שירות המדינה אמנם עמוס נשים, אולם נוכחותן במערכת עומדת ביחס הפוך למידת בכירתם של הדרגה או התפקיד.¹²⁵ תמונה זו משקפת פחות או יותר את המציאות המגדרית המתקיימת בכל משרדי הממשלה, בכפוף לחריגים מעטים. הקשר בין מציאות זו של היררכיה מגדרית

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 סגן-ל"ם הראשי אגפים כיהנו 16 גברים ואשה אחת; בדרגת סגני ראשי אגפים כיהנו 32 גברים ושש נשים; בדרגת ראשי הטיבות כיהנו 137 גברים ו-37 נשים; בדרגת ראשי מערכות כיהנו 487 גברים ו-171 נשים. טבלת דרגות שכר ונתק נשים מהוות רק 16% מקרב אלה המצויים בארבע הדרגות הבכורות בדירוג המנהל. ראו רבקה שקד ורינה ברקת, האגף לקידום נשים ושילובן – דריח פעילות לשנת 2002 (אוקטובר 2003).

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.

העסוקתית לבין הטרדה מינית הוא קשר שיש אפוא לחפש – 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 זידי, 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 בצח, סחן 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-ניטרליים ביחס לחולשתו היחסית של המוטרד בסיטואציה כזו. חולשתן היחסית הקבוצתית של נשים בשוק התעסוקה והקשר בינה לבין הטרדתן המינית נעלמו אם כן לחלוטין מן הדין. השמטה זו של עיקרון השוויון המגדרי מהדין, והמרתה בשיח של פגיעה אינדיבידואלית בכבודה של מוטרדת כזו או אחרת, אינה איפוא סמנטית בלבד. היא יורדת לשורשו של העניין ומשנה את הדין 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 ההטרדה המינית לא יכול להתבצע ללא הכרה במציאות יחסי העבודה המגדרית-היררכית העומדת ביסודה של תופעה זו ומזינה אותה, שהרי עצם ההכרה במציאות זו וההוראה בקיומה היא תנאי ראשון למיגורה. לטוות הרחוק, מאבק בהטרדה מינית הממשיג תופעה זו במונחים אינדיבידואליים בלבד, הותר תחת הפרויקט הפמיניסטי בכללותו – שהרי במקום לחשוף ולקצקע 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. בכל 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 מזערי 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 שבמיגור התופעה. דומה כי תהליך זה התרחש עקב החיבור שנוצק לתוך החוק למגיעת הטרדה מינית בין מין, מיניות וכבוד. כאמור, החוק למגיעת 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 בהגדרתה 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 שכוונתו העיקרית הייתה לספק לנשים הגנה מפני הטרדה מינית, וכך גם הוכן החוק בברור. 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. הנעיה 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, שנוצ בין הקוטב הסטראוטיפי לקוטב האינדיבידואלי. לצד החיבור הטעון בין מיניות לכבוד האשה, הציע החוק – בקוטבו השני – ניתוח אינדיבידואלי ניטרלי-אמיגדרי 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 שימוטיות 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 גברים לנשים – 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 הגמוכות יותר עוסקת בעיקר במציאות תעסוקתית היררכית בעלת מאפיינים מגדריים מובהקים,¹²⁶ המשקפת נאמנה את יחסי הכוחות בין גברים לנשים בשוק העבודה באופן

126 כך למשל, בפרשת ריעם (ת"פ 1451/01 (אשדוד) מדינת ישראל נ' ריעם (לא פורסם, 26.1.2001)) דובר במנהל עבודה במפעל, שהטריד מינית חמש עובדות שהיו זוטרות ממנו ונתונות לפיקוחו. בעניינו של אגנן צברי (ת"פ 10349/00 (שלום-ת"א) מדינת ישראל נ' צברי (לא פורסם, 24.7.2003)) דובר בעובד בכיר בהוצאה 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 כפייתת החזרת הנשנית לסייע לו לאונן, התברר כי הנאשם איים עליה בפיטורין אם לא תיענה לדרישותיו המיניות. עובדת זו, ששיחפה 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, 29.12.2003)) היה זה מנהל סניף של רשת הקוראופ שהטריד את עובדת חברת השמירה שהייתה נתונה בפועל למרותו. בעניין מלכה (ע"פ (חיפה) 2596/02 מדינת ישראל נ' מלכה (לא פורסם, 7.11.2002)) היה זה עובד בכיר בחברת החשמל (מנהל כוח אדם בחטיבת ייצור החלכה צפון) שהטריד מינית נערה בת 16, תלמידת בית ספר לפקידות, שהועסקה בחברת החשמל כפקידה בעקבות המלצה של עובדת קודמת בבית ספרה שביקשה לסייע לה להתגבר על קשיים כלכליים ולקבל ארוחה חמה אחת ביום. בעניין ועקבין (ע"פ (י-ם) 7361/03 ועקבין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.10.2003)) היה זה מנהל חברה שהטריד עובדת בחברה. בעניין כץ (ת"פ (שלום-ת"א) 7140/02 מדינת ישראל נ' כץ (לא פורסם, 20.11.2003)) 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.

כללי.¹²⁷ 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 ואי-מגדרי של תופעת ההטרדה המינית לבין הגדרתה של הפגיעה הסמונה בה במונחים בעלי גוון סטראוטיפי מובהק.

כך, למשל, בנימה ניטרלית ואינדיבידואלית קבע בית המשפט בעניינו של משה רעם, מנהל עבודה במפעל, שהטריד חמש עובדות שהיו כפופות לו: "עבירות מסוג זה יש לשדש בענישה מרתיעה וכואבת, על מנת ליתן ביטוי לסלידת החברה ממעשים כאלה, הפוגעים בכבוד החולת על גופו ועל הרוחו ללא צד עם מי לתנות אהבים" (ההדגשות הוספו). בפרשת אפנון 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 מיומו וזמנו. הוא זכאי לעשות זאת באווירה נייטרלית ו"נקיה" מקונטרסיות מיניות. אין לכפות עליו השקפות והעדפות של אדם אחר, אשר מנסה להפיק מ"אווירה" שהוא עצמו יוצר סיטואציות של ניצול החולת ופגיעה בערכיו.¹²⁸

מנגד, בקוטב המוסרני-הסטראוטיפי ניתן למצוא פסיקה כמו זו שבעניינו של יצחק אילת.¹²⁹ אילו 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 לבין הפגיעה בכבודן של נשים. באופן ספציפי קבע בית הדין:

127 למרות שנשים מהוות היום כמהצית מכת העבודה ישראל, הן מצויות בעמדת נחיתות כרודה וכולטת 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, נשים כשוק העבודה של מדינת הרווחה בישראל (2001); Ruth Halperin Kaddari, *Women in Israel: A State of Their Own* (2004).

128 ע"פ (ת"א) 71609/03 צברי ג' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.9.2004) (ההדגשות הוספו).

129 ע 51/01 יצחק אילת ג' התובע הצבאי הראשי (כבית הדין הצבאי לערעורים) (לא פורסם, 5.4.2001) (ההדגשות הוספו).

נלאינו מלחזור ומלהשמיץ את קולנו אודות החומרה הרבה שיש לראות במעשי מפקדים המנצלים את מעמדם והשררה שניתנה להם כדי להשתלח בגופן של חיילות, נגדות או קצינות, בדרך שיש עמה פגיעה בכבוד האשה והדירה משפילה לתזומו של הפרט. אין לסבול את התופעה שמפקדים יתנו דרוך 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 בסובות הנאה מיניות. הכפפתן להטרדה מינית חתרה אפוא בצורה ברורה ביותר תחת מעמדם המקצועי של נשים אלו. נשללה מהן האפשרות להערכה מקצועית ולקידום על בסיס יכולתן המקצועית, כל הווייתן המקצועית בצבא רודדה למעמד של ספקיות שידותי מין, ובכך גם הונצחו תפיסות סטראוטיפיות ביחס לתפקידן הטבעי של נשים בתורה.¹³⁰

בפרשת חיים הרוש, שבה נדון עניינו של סמנכ"ל הקרן לעידוד הבנייה בישראל, הורשע הרש 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",¹³¹ והוסיף: "דווקא לאור תפקידו הבכיר של המערער היה עליו להימנע מלקרוא דרוך ליצירה, ולנצל את מעמדו במקום בעבודה באופן שפגע בכבודה של המתלוננת".¹³² בית המשפט הסתפק בקביעה זו ביחס לפגיעה בכבודה של המתלוננת, למרות שהתברר כי בעקבות אירועי ההטרדה נאלצה אותה מוסרת לעזוב את מקום העבודה. גם כאן, במקום דיון מורכב ביחס לקשר שבין ההטרדה המינית הספציפית לבין פגיעה במעמדה

130 יציקת תוכן דומה למושג הכבוד ניתן למצוא גם בפרשת כהן, שם דובר בעניינו של רב-סרן שהואשם בכך שצבט ביטבנה של פקודתו הישירה – קצינה בדרגת סגן-משנה. בסכמו את הפגיעה והנוק 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 ניוון אפוא הדין 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 לכוה שלכל היותר גרם לאישה "מבוכה" (ע 44/01 התובע הצבאי הראשי נ' כהן (לא פורסם, 6.5.2001)).

131 ע"פ (ת"א) 70618/01 הרוש נ' מרינת ישראל (לא פורסם, 16.12.2001).

132 שם.

של העובדת במקום העבודה, התמקד אפוא הדין השיפוטי בהשפלה שנגרמה לאשה כתוצאה מעצם חשיפתה לגילוי היצר המיני הגברי.

גם פלונית איבדה מקום עבודה בעקבות אירועים שונים של הטרדה מינית שבמהלכם נהג מעבידה להפנות כלפיה הערות בעלות גוון מיני מובהק.¹³³ 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 ל"הצעות חוזרות בעלות אופי מיני" ול"התייחסויות חוזרות המופנות לאדם המתמקדות במיניותו".¹³⁴

ה. סיכום

מאז חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית – לפני כשבע שנים – ועד היום ניתנו עשרות פסקי דין בתביעות שונות שהוגשו על פיו, בעיקר משמעותיות ופליליות. בחלק גדול מהמקרים מצאו בתי המשפט ו/או בתי הדין את המסרירים אתוראים בדין והטילו עליהם עונשים משמעותיים. במסגרת שירות המדינה פוטרו לא מעט עובדים, ובמסגרת הליכים פליליים הוטלו עונשי מאסר בפועל על נאשמים לא מעטים. זוהי תוצאה שאין להמעיט 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 בתקשיר ובחוק שוויון ההודמנויות 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 עיקרון השוויון מהדיון השיפוטי

133 ת"פ 2334/02 מדינת ישראל נ' פרידנברג (לא פורסם, 10.9.2003) מעבידה של פלונית נהג לכנותה "אשה זונה", "מירית המזויינת" וכיוצא בזה. כשהייתה בהריון אמר לה ש"התחת שלה גדול ושהחזה שלה תוסם לו את המעבר", וכשהגיעה לעבודה עם שיער סחור אמר שהיא נראית כמו "אחרי לילה של זוננים". לאחר אירוע שבו גם ספר לה המעביד, נטלה אותה עובדת חופשה מן העבודה, התלוננה במסגרת ואז פוטר.

בהטרדה מינית, אלא גם לצקת למושג הכבוד תוכן מובחן ונפרד ממושג השוויון. האפשרות שקיומם זה לצד זה של הכבוד והשוויון כחוק 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 והאי-מגדריים של מושג הכבוד. מן הצד האחר, העובדה שהפגיעה בכבוד קושרה במסגרת החוק למין ולמיניות באופן בלעדי הביאה לכך שגם כשניתנה הפסיקה להאיר את פניה המגדריים של התופעה, נרצקו 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 מסולה וראויה לגינוי משום שהיא פוגעת בכבוד "המוטרד", שאין לו זהות מגדרית מובחנת, 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 מדחיקה 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 למיגורה 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 בעיקרון השוויון בין המינים; במקום להדגיש את מרכזיותו ואת חשיבותו של הערך של קידום מעמד האשה כערך חברתי ראוי 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 ההטרדה המינית לבעיה פרטית של אנשים מסוימים בעבודה בלבד. לפיכך, הטיפול המשפטי הפרטני

במקרה ספציפי של הסרדה נהפך להיות לא רק הפרקטיקה הנהוגה בפועל, אלא גם ברמה הנורמטיבית - דרך ההתמודדות הראויה והמספקת מבחינתה של מערכת המשפט.

הצבתו של עיקרון 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 התברתי והמשפטי הרחב יותר שבמסגרתו מתקיימת ההטרדה על בסיס מין או מגדר. היינו: עצם ההכרה במציאות של אי-שוויון וההכרה 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 מזוהרת 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 לברה את גבולות הדיון השיפוטי במאפייניה של ההטרדה המינית ובטיב הפגיעה הטמונה בה, ולכן התוצאה היא השתקתו של דיון וטיפול תברתי ומשפטי רחב וראוי יותר בסוגיה.

גוסף 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 שהנתנו את המאבק הפמיניסטי בהקשר זה, ועם השיח המשפטי יש לברר את שלוש השאלות שנוצחו כשגובש החוק לראשונה: באיזו מידה יסוד השוויון צריך לעמוד במרכז האיסור משפטי על הטרדה מינית; האם מושג "כבוד האדם", כפי שפורש על ידי בתי המשפט בהקשרה של הטרדה מינית, 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 מין או מגדר". אני מקווה, כי בירורן המקיף של שאלות אלו יחליף 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 הטרדה המגדרית במרחב הציבורי.