

האיסור הפלילי על הטרדה מינית - קידוש האמצעי ומחירו

פרופ' מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון

האיסור הפלילי על הטרדה מינית הוא יחודי למשפט הישראלי. ההצדקות לאיסור מושתתות על ההשלכות החברתיות של תופעת ההטרדה המינית, ובעיקר על האפקט המשמר והמטפח את הפערים החברתיים בין גברים לנשים שיש להטרדה המינית. הצדקות אלה מעוררות קשיים. הן מתעלמות מעקרונות יסוד של המשפט הפלילי: אזהרה, אשמה, מידתיות - ממנה נגזרים עקרונות של פרופורציה ושיוויון - והלימה לתודעת הציבור. הן מחייבות, מבחינה עקרונית, לאסור על כל התבטאות קבוצתית, באופן שיפגע פגיעה קשה בחופש הביטוי ובתחושת החירות. מעבר לכך, הגדרת הטרדה מינית בחוק מעוררת בעיות ישומיות - תחת רשתו של החוק יתפסו מקרים שאינם ראויים להיתפס תחתיה. המסקנה היא כי ההיזקקות לאיסור פלילי למניעת הטרדה מינית אינה רצויה, וכל עוד קיים איסור כזה, יש לנסות לצמצם את תחולתו, אם על ידי קריאת יסוד של תוצאה לעבירה (תוך הבאה בחשבון של החסרונות של פתרון זה) ואם על ידי פירוש דרישת החזרה על ההתייחסויות או ההצעות, בחלופות בהן היא קיימת, כדרישה לחזרה **אינטנסיבית**. מסקנה זו אינה מתנגשת עם שאיפה לצמצם את פערי הכוחות בין המינים. משמעותה היא כי יש לנסות להגשים שאיפה זו באמצעים אזרחיים.

1 מרדכי קרמניצר הוא פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, ליאת לבנון מסיימת את לימודי התואר הראשון בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.

1. האיסורים בחוק למניעת הטרדה מינית: ביטוי לשאיפה ליצירת שינוי ערכי
2. יחודיות וחדשנות בקנה מידה עולמי בחוק למניעת הטרדה מינית
3. ההצדקות המוצעות לאיסורי ההטרדה המינית
4. הבעיות בהצדקות המוצעות
 - (א) התעלמות מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי
 - (ב) המשפט הפלילי אינו כלי ראוי להתמודדות עם התבטאויות קבוצתיות
 - (ג) תפיסת מקרים שאין בהם אנטי-חברתיות
5. האם יש פתרון?
6. האם ראוי לקרוא דרישת תוצאה לעבירה?
7. פרשנות דרישת החזרה
8. סיכום: קווים כלליים לטיפול ראוי בהטרדה מינית

1. האיסורים בחוק למניעת הטרדה מינית: ביטוי לשאיפה ליצירת שינוי ערכי

החוק למניעת הטרדה מינית עוסק בשני סוגים של התנהגויות: סוג אחד מתבטא בהתנהגויות, אשר האיסורים עליהן כבר מעוגנים בחוק העונשין, ויש להם בסיס מוצק במוסר הנוהג: סחיטה באיומים, כאשר המעשה שהקורבן נדרש לעשות הוא בעל אופי מיני, ומעשים מגונים. מבחינת ההתנהגויות הללו, חשיבותו של החוק היא בעיקר בריכוז האיסורים תחת הכותרת של "הטרדה מינית", באופן שיעזור להגברת המודעות הציבורית לקיומו של האיסור, הן בקרב מטרידים פוטנציאליים והן בקרב קורבנות, וכן בהפיכת ההתנהגויות גם לעוללות אזרחיות³. החוק אינו מבטא כאן יומרה למהפיכה או לשינוי חברתי דרמטי. החשש העולה בעקבות החקיקה החדשה ביחס לאיסורים אלה הוא של הפחתה בחומרה המיוחסת להם בתודעה הציבורית. זאת, בעקבות כריכתם בחוק אחד ותחת כותרת אחת – בעלת משמעות טעונה, בלתי אחידה ובלתי חמורה – עם התנהגויות שחומרתן פחותה במידה רבה. הרשעה ב"הטרדה מינית" של מי שביצע מעשים מגונים יוצרת סטיגמה קלה מידי, ולכן פוגעת בתפקיד החינוכי וההצהרתי של החוק כמאשש ומחזק את הערכים החברתיים⁴. זה היה השיקול שעמד מאחורי ההחלטה לא להכניס את עבירת האונס אל גדר החוק למניעת הטרדה מינית⁵, והוא תקף גם באשר למעשים מגונים וסחיטה מינית.

2 החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח – 1998.

3 א' קמיר, "איוו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?", משפטים כט (תשנ"ח) 382, 317.

4 ראו Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* 90-91 (3rd ed., Oxford, 1999).

5 קמיר, לעיל הערה 3, בה"ש 141.

לעומת האיסורים הלקוחים מחוק העונשין, החוק מתיימר להוביל לשינוי בתפישות הערכיות של הציבור בכל הנוגע להתנהגויות אחרות, הכוללות: "הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות"⁶; "התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות"⁷; "התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית"⁸ (להלן: הטרדות מילוליות⁹). במסגרת השינוי הערכי שהפוכנה התנהגויות כאלה לתופעה שהחברה אינה מוכנה להסכיך עימה, ומוצאת לנכון לפצות את קורבנה ולהעניש בחומרה את החוטא בה. תפישה זו אינה מקובלת היום על רוב הציבור – המטרידים, בדרך-כלל, אינם מבינים את החומרה שבהתנהגותם, וחלק מן המוטרדות רואות בה "חלק מהחיים".

2. יחודיות וחדשנות בקנה מידה עולמי בחוק למניעת הטרדה מינית.

השימוש שנעשה באיסור הפלילי לשם קידום השינוי הערכי הוא חדשני ויחודי לחוק הישראלי. למיטב ידיעתנו לא קיימות הוראות פליליות מקבילות בשיטות משפט ורות. האיסורים הפליליים הבודדים על הטרדה מינית בעולם מבוססים על פגיעה בערכים המופנמים היטב בתודעה המוסרית החברתית. כך, למשל, האיסור הפלילי הצרפתי¹⁰ מגן מפני חסיטה: ההתנהגות האסורה מוגדרת כציווי, איום או כפיה, תוצאתה – הטרדה, נדרשת נסיבה הכרחית של ניצול יחסי מרות, והיסוד הנפשי הוא של מטרה לקבל טובות הנאה בעלות אופי מיני. אף על פי שהמעשים האסורים חמורים במידה משמעותית מחלק מן המעשים שאוסר החוק הישראלי, העונש המירבי על הפרת האיסור הוא שנת מאסר וקנס (לעומת שנתיים מאסר שקובע החוק הישראלי). האיסור הפלילי האנגלי (אשר אינו מתייחס להטרדה מינית דווקא, כי אם להטרדה מכל סוג) מגן על הזכות לנהל חיים שלווים, שכן ההטרדה האסורה בו מאופיינת כ"course of conduct" ולא במעשה אחד (דוגמאות אפשריות הן: שיחות טלפון חוזרות ונישנות בשעות הלילה, מעקב בלתי פוסק), אשר הופכת את החיים לבלתי נסבלים¹¹. העונש עליה הוא שישה חודשי מאסר או קנס. לא מפי שיטות משפט זרות בלבד אנו חיים. עם זאת, מתבקש לתהות שמא סיבה טובה הובילה אחרים להכרעה של הימנעות מהפללה, ושמא באמת אין נחיצות ואין הצדקה לשימוש בדין פלילי לצורך טיפול בהטרדה מינית. בהנחה שהמשפט משקף את התודעה החברתית, ניתן להסיק מהעדר חקיקה פלילית דומה לחוק הישראלי כי הטרדה מינית נתפשת אמנם כשלילית בעולם המערבי, אך לא

6 סעיף 3(3) לחוק למניעת הטרדה מינית.

7 סעיף 4(3) לחוק למניעת הטרדה מינית.

8 סעיף 5(3) לחוק למניעת הטרדה מינית.

9 ההגדרה אינה מדויקת, שכן מדובר בהעברת מסרים באמצעים שונים, לאו דווקא מילוליים, אך נשתמש בה לשם נוחות הדיון.

10 סעיפים 222-23 לקוד הפלילי הצרפתי מגדירים הטרדה מינית כך (בתרגום לאנגלית): The fact of harassing anyone using orders, threats or constraint, in order to obtain favors of a sexual nature, by a person abusing the authority that functions confer on him...

11 למשל באנגליה: Protection From Harassment Act 1997 – SECT 1,2. אין אנו טוענים כי ניסוח העבירה בחוק האנגלי ראוי לשמש דוגמה לחיקוי, וזאת בשל אי בהירותה והיקף השתרעותה הנרחב.

במידה המצדיקה את הפללתה. תודעה אוניברסלית זו מעבירה את נטל השכנוע אל הטוענת להיפוכו של דבר, כלומר אל התומכת בהפללה.

3. ההצדקות המוצעות לאיסורי ההטרדה המינית

להטרדה מינית שני היבטים: ההיבט האינדיבידואלי מתבטא בפגיעה הממוקדת שגורמת להטרדה המסוימת לקורבנה. החוק מתאר את הפגיעה שגורמת ההטרדה כפגיעה בחירות הקורבן, בפרטיותה ובכבודה. הגדרת הפגיעה כפגיעה בחירות מבוססת על ההנחה, לפיה האפקט המצטבר של הטרדות מיניות מביא להצרת צעדיה של האישה - היא תימנע מלבקר במקומות מסוימים, בהם צפויות לה הטרדות, ותשתדל להצניע את נוכחותה ולא למשוך תשומת לב. אולי יש בסיס להנחה זו, אולם אין היא מצדיקה את הגדרת הפגיעה כפגיעה בחירות. כל מיטרד מיצר את צעדיו של קורבנותו הפוטנציאליים. כך, זיהום אויר ימנע מאנשים מלעבור באיזור בו הוא אינטנסיבי, ואף עלול לגרום לתושבי האיזור להתרחק מבתיהם ככל האפשר, ובכל זאת עולת המיטרד אינה מוגדרת - ואין הצדקה להגדירה - כעוולה שפוגעת בחירות. פגיעה נוספת בחירות מתבטאת בכך שבאותם איסורים המותנים בביטוי חוזר ונשנה אחרי שהקורבן הביעה חוסר עניין בביטוי כזה, יש בכך משום התעלמות מרצונה של הקורבן ומן החופש שלה לקבוע את סוגי השיח בהם היא מעוניינת להשתתף. ספק רב אם האינטרס של האדם שלא לשמוע דבר לאחר שהביע חוסר עניין לשומעו הוא אינטרס יסודי וכבר משקל, מסוג האינטרסים שחיוני להגן עליהם, ועוד באמצעות דין העונשין.

הגדרת הפגיעה כפגיעה בפרטיות משקפת תפישה נשית של פרטיות, לפיה המיניות היא עניין פרטי. זאת, בעקבות הפנמת מסרים לפיהם הפן המיני הוא פן הראוי לדיכוי, להצנעה ולהסתרה. לכן, עיסוק המיניות גורם לאישה תחושה של חוסר אונים על רקע חשיפה ברוטלית של פן אישי. לעומת זאת, לפי התפישה הגברית, אין בעיה במתן ביטוי פומבי לאספקט המיני. המסרים המועברים לגברים בחברה בסוגיה זו הם הפוכים מן המסרים המועברים לנשים. ועדיין יש להקשות: האם ראוי לעודד ולטפח תפישת פרטיות המבוססת על המסרים שהוזכרו לעיל? הפגיעה בפרטיות היא מקרה פרטי של פגיעה בכבוד, ואכן - החוק אינו מסתפק באפיון הפגיעה כפגיעה בפרטיות, וקובע כי הפגיעה שגורמת ההטרדה המינית היא פגיעה בכבוד, כמונח כללי. הגדרת הפגיעה כפגיעה בכבוד מבוססת גם היא על נקודת מבט נשית. ההנחה היא, ככל הנראה, שכל ההטרדות המיניות פוגעות בכבוד האדם¹². ההטרדה המינית פוגעת בכבוד האדם מכיוון שהיא "משפילה ומבזה את אנושיותו על ידי התייחסות אליו כאל אובייקט מיני לשימוש של

12 החוק אינו מסתפק בהגדרת הטרדה מינית כפגיעה בכבוד על רקע מיני משום החשש שחלק מן השופטים לא ישכילו לזהות את הפוטנציאל של הפגיעה בכבוד הטמון בהתנהגויות שיש בהן פוטנציאל כזה, ועקב כך תצומצם תחולת ההוראה. טעם נוסף לכך הוא שהגדרה כזו אינה מעבירה מסר ברור מספיק לציבור המטרידים העיקרי - הגברים. החלופה שבסעיף 53 לחוק למניעת הטרדה מינית, האוסרת על "התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית", היא אם כן חלופת - הסל, המגדירה את המכנה המשותף לכל ההטרדות המיניות, אלה שהוגדרו באופן קונקרטי בחוק ואלה שלא הוגדרו כך.

המטריד, כלומר: כאל גוף ללא נפש¹³. לפעמים היא גורמת לתוצאות נפשיות קשות כמו דיכאון, חוסר שינה, תסכול ותחושת חוסר אונים. אולם בגלל נקודות המבט השונות של נשים ושל גברים, גם תפישת ההקשר של ההתייחסות המינית שונה ומקנה להתייחסות חומרה יתירה בעיני נשים. כך, למשל, התייחסות לפן המיני של אישה עלולה להיתפש על ידה כמשקפת הסתכלות חד מימדית מצד המתייחס – רק כאל אובייקט מיני – ועל כן לפגוע עמוקות. לעומת זאת, גברים לא מעטים רואים בנשים, אליהן הם פונים, יצורים מורכבים, שההיבט המיני הוא פן אחד בלבד שלהן, אליו הם מתייחסים באותו רגע (בדיוק כשם שברגע אחר יתייחסו להיבט הרגשי או האינטלקטואלי), ועל כן אינם רואים שום מימד פוגע בהתייחסות. הם רואים אותה כאינטראקציה חברתית תמימה¹⁴, ולכל היותר – אם האישה נתנה לכך ביטוי – כבלתי רצויה במובן הפשוט והרגיל, בדומה להרבה דברים שאנו שומעים למרות רצוננו, אך בוודאי לא כבעלת השפעות רגשיות מרחיקות לכת.

ככל שהתוצאות אשר גורמת ההטרדה המינית לקורבן הן מקוממות, אילו זה היה ההיבט היחיד, ספק אם היה מקום להתייחס לתופעה במסגרת המשפט הפלילי. העלבון האישי הנגרם על-ידי התופעות המוגדרות כהטרדה מינית הוא קשה, אך תחושת ביזוי פוקדת כל אדם בצמתים כאלה ואחרים בחייו, ואין מי שטוען שהחברה צריכה להעמיד את המנגנון הפלילי לרשות כל מי שחש מושפל. מעביד עשוי לכנות את עובדו "זבל", "תת אדם", "לא אדם", באופן חוזר ונשנה, והדבר אינו מהווה עבירה פלילית. לא ברור כלל שבמישור הפרט התבטאויות כאלה פוגעות פחות מהטרדה מינית מילולית – גם הן עלולות להביא לאותן תחושות ופגיעות נפשיות כאשר הן הופכות למציאות חייו של מושאן.

הסיבה בגללה דווקא ההטרדות המיניות מעוררות רצון להפעיל את כל האמצעים, ובכללם המשפט הפלילי, נעוצה דווקא בהיבט השני של ההטרדה המינית – ההיבט החברתי הכללי. עוצמתה של הפגיעה האינדיבידואלית נובעת לאו דווקא ממנה בלבד, אלא מהיקף התופעה, מן הדקירות הבלתי פוסקות באותה נקודה, ההתייחסות התמידית להיבט המיני כשמדובר בנשים בהקשרים בהם הדבר אינו ענייני. חזרה זו מקבעת את ראיית האישה בצורה חד מימדית כמושא לתשוקותיו המיניות של הגבר ותו לא, וכך משמרת ומחזקת את פערי הכוחות בין קבוצת הגברים לקבוצת הנשים. פרופ' מקינון ניתחה לראשונה את ההטרדה המינית באספקלריה חברתית¹⁵. היא הצביעה על שני סוגים של הטרדה מינית – הטרדה מסוג "זה תמורת זה", אשר מתנה את תנאי העבודה של האישה בשיתוף פעולה מיני מצידה. התניות כאלה מבטאות את תפישת האישה כ"מספקת השרותים" של הגבר¹⁶; והטרדה מסוג "סביבה עוינת", אשר משמעותה הערות והתנהגויות סקסיסטיות משפילות. התנהגויות אלה משרתות את המטרה של השבת הסדר החברתי הפטריארכלי, המופר על-ידי שילוב נשים בעמדות הנחשבות גבריות בעבודה, על כנו¹⁷.

13 קמיר, לעיל הערה 3, בעמ' 375.

14 ראו Ehrenreich, "Pluralist Myths and Powerless Men: The Ideology of Reasonableness in Sexual Harassment Law" 99 *Yale L. J.* 1177, 1207-1208 (1990).

15 Catherine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (New Haven, 1979).

16 ראו אצל קמיר, לעיל הערה 3, בעמ' 328.

17 ראו שם.

על בסיס התאוריה של פרופ' מקינון נעשה בארה"ב ניסיון לבסס מבחינה עיונית איסור פלילי על הטרדה מסוג "זה תמורת זה"¹⁸. הבסיס שהוצע במסגרת ניסיון זה להפלת ההתנהגות הוא קריטריון הנזק. הדין הפלילי מכוון למנוע מהעושה מלהזיק לאחרים (כלומר - להפר את זכויותיהם). ההטרדה מסוג "זה תמורת זה" פוגעת בציבור: היא פוגעת בנשים כקבוצה, משום שהיא משמרת מבנה חברתי של נחיתות נשים; במעסיקים של מטרידים, משום שהיא גורמת לבזבוז זמן של המטריד והמוטרדת, לירידה בתפוקת המוטרת ולעזיבת מקום העבודה; ולכן יש לה גם עלות כלכלית גבוהה לחברה בכלל. לכך יש להוסיף כי בהטרדה מסוג "זה תמורת זה" יש יסוד של סחיטה - כאשר המוטרת תלויה באופן כלשהו במטריד, ההטרדה מלווה בדרישה (המלווה באיום משתמע) לשיתוף פעולה בצורת קיום מגע מיני. התגובה להעדר שיתוף פעולה עלולה להיות פגיעה במוטרדת - בתנאי עבודתה, בציוניה או בכל גורם אחר בו היא תלויה במטריד. על כן יש בהטרדה מסוג זה גם פגיעה בפרט.

ד"ר אורית קמיר מבקשת לראות בהטרדה מסוג "זה תמורת זה" מקרה פרטי של הטרדה מסוג סביבה עיונית, וכן לנתק את ההטרדה המינית מעולם העבודה בלבד¹⁹. לדעתה, ההטרדות המילוליות - גם הן - מטפחות את הנחיתות של קבוצת הנשים; גם הן נתפשות על ידי הקורבן כמלוות בדרישה ואיום משתמע לשיתוף פעולה בדרך של קיום דיאלוגים בעלי אופי מיני או העמדת פנים שהערות סקסיסטיות משעשעות את המוטרת, שאם לא כן - היחס אליה ישתנה לרעה. המסקנה המתבקשת היא שעל ההטרדות המילוליות חלות אותן הצדקות להפלה, אשר חלות על ההטרדות המתונות תנאי עבודה בשיתוף פעולה מיני.

4. הבעיות בהצדקות המוצעות

(א) התעלמות מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי

ההבחנה האמריקאית בין הטרדות הכוללות יסוד מובהק של סחיטה, האסורות כבר היום בדין הפלילי, לבין הטרדות שמהותן היא העברת מסרים הגורמים הרגשה קשה, היא הבחנה מוצדקת. היא משקפת את השוני האמיתי בין איסור על הראשונות לבין איסור על האחרונות, אשר מקבל משנה תוקף כאשר האיסור הינו איסור פלילי. הצמדת שני סוגי ההטרדות זו לזו תוך הפלתן מתעלמת מעקרונות בסיסיים של אזהרה, אשמה, מידתיות (ממנה נגזרים עקרונות של פרופורציה ושל חומרה), והלימה לתודעת הציבור.

אזהרה - מאחר שהאזרח אינו מבלה את זמנו, בדרך כלל, בקריאת ספר החוקים, מרכיב קריטי בהבטחת אזהרה הולמת הוא התאמת הדין העונשי לתפישות המוסריות המקובלות בחברה²⁰. הבלם המוסרי של האדם מונע ממנו לבצע עבירות ביעילות רבה יותר מן המילים שבספר החוקים. התודעה המוסרית היא שאמורה לספק את האיתות הפנימי לפיו ההתנהגות שלילית ואסורה בטרם

Carrie N. Baker, "Sexual Extortion: Criminalizing Quid Pro Quo Sexual Harassment" 13 *Law & Ineq. J* 18 (1994) 213.

19 קמיר, לעיל הערה 3, בעמ' 352-349, 358-359.

20 ראו M. Kremnitzer, "Constitutional Principles and Criminal Law" 27 *Is.L.R* 84, 91 (1993).

הצייתת הקו שאינו ממנו חזרה. קו המיתאר של האיטורים העונשיים צריך להימצא בתוך התחום של התודעה המוסרית השוללת. מרכיב חשוב בהבטחת אזהרה הולמת בטרם ענישה מתבטא כך שהאיטורים המופיעים בחוק הפלילי אוסרים על התנהגויות הנתפשות כשלייליות על-ידי המוסר האינטואיטיבי (מבלי לטעון שהאינטואיציה אינה ניתנת לשינוי). מכאן הנחת ידיעת החוק של הדין הפלילי. שימוש בדין הפלילי לצורך יצירת מהפכות תפישתיות שומט את הקרקע מתחת להנחה זו. הוא מניח את ההנחה ההפוכה, לפיה התודעה המוסרית של האזרח עדיין אינה תופשת התנהגויות מסוימות כבעלות אופי שלילי; ומבקש לשנות מצב זה בעזרת האיטור²¹. על כן תוצאתו היא ענישה ללא אזהרה מספקת. ליווי מעשה החקיקה במסע הסברה עשוי אמנם למתן את הפגיעה, אך לא לבטלה.

אשמה – החוק למניעת הטרדה מינית מתעלם ממושכלת היסוד, לפיה מושאו של הדין הפלילי הוא בראש ובראשונה העושה האינדיבידואלי, וזה רואה את מעשיו באופן מבודד, ולא חברתי-כללי כשם שהחוק מתיימר להשקיף עליהם. הכתמתו והענישתו ללא קשר לחומרת המעשה המסוים, אלא בגלל שהתנהגותו נפוצה ועולה עד כדי תופעה, וככזו היא בעלת השלכות על כלל החברה, הינה בעייתית. העושה אינו יודע, טרם הפנים, את העובדה שהתנהגותו כהתנהגותו עלולה לפגוע בערך חברתי כלשהו. אין הוא מבין שההערה שהעיר תורמת לקיבוע הנחיתות של קבוצת הנשים בכללותה (שהרי כדי להבין זאת יש לקבל הנחות יסוד פמיניסטיות, וככל הנראה יש עדיין אי אלו אנשים – ונשים – שאינם מקבלים אותן...).

אך מעבר לכך – המטריד אף אינו מודע לכך שהתנהגותו המבודדת עלולה לפגוע פגיעה עמוקה בכבוד האישה. כחוק המשקף חשיבה פמיניסטית רדיקלית, החוק למניעת הטרדה מינית מטפל בהתנהגויות שפגיעתן מגעת במלוא חומרתה לנשים בלבד, ועל כן גם מובנת באופן אמיתי על ידי נשים בלבד²². כאמור, הן תפישת הפרטיות המוצאת ביטוי בחוק והן תפישת כבוד האדם מבוססות על ראיית עולם נשית. על כן מרבית הגברים – אשר אווזים בתפישה שונה של פרטיות ושל כבוד – אינם מבינים באופן אינטואיטיבי ומיידי את העובדה שהתנהגותם עלולה לגרום לפגיעה בפרטיותה או בכבודה של אישה. גברים אינם מבינים את הביזוי הכרוך בהתייחסויות שהם אינם נאלצים לחוות, ובוודאי שאינם נאלצים לחוות אותן מעמדת הנחיתות, המשווה להן משמעות קשה לאין שיעור יותר²³. ולא זו בלבד שהמטרידים נעדרים מודעות ממשית לפגיעה בפרטיות ובכבוד, כיום – על רקע החלחול העמוק והמקיף של תפישות פטריארכליות – גם קשה לתבוע מהם מודעות כזו. כאשר הפן המיני הגברי אינו נחשב ראוי לדיכוי ולהצנעה, וחשיפתו אינה מקור לביזוי (כי אם להפך), קשה לתבוע מגברים להבין את הפגיעה הכרוכה בהתייחסות מינית – הן הפגיעה בכבוד והן הפגיעה בפרטיות (שכן מעבר לכך שהעניין אינו נתפש כפרטי, ההתייחסות אליו בין שניים אינה נתפשת כחשיפתו).

21 במובן זה שונות הטרדות מיניות מתופעות אחרות אשר נאסרו במשך הזמן על ידי החוק הפלילי. כך, למשל, הכאת נשים נתפשה אולי בעבר כמותרת, אך לא כרצויה או ניטרלית מבחינה ערכית. לכל היותר, היא נתפשה כ"רע הכרחי", צורך "לחנך" את האישה או "להעניש" אותה.

22 אמנם החוק מתייחס גם לפגיעות בגברים ובנשים כאחד, אך הרעיון שמאחורי תחולתו הרחבה הוא שכל התייחסות לאדם לפי מיניותו – גבר או אישה – פוגעת בסופו של דבר בקבוצה המדוכאת על רקע מיניותה, היא קבוצת הנשים. אם ההתייחסות לאדם (באשר הוא) נקבעת על פי הקריטריון הנתפש נחות אצל קבוצה מסוימת, בני קבוצה זו הם שיסבלו מקיבוע התייחסות כזו. יש לציין שהתחולה הכללית של החוק עולה בקנה אחד עם העיקרון לפיו זהות הקורבן אינה אמורה לשנות לצורך החלת הענישה הפלילית.

23 *Ellison v. Brady* 924 F.2d 872 (9th Cir., 1991) (להלן: "פס"ד אליסון).

אמנם הפגיעה שבהתייחסות המינית עשויה להיות מובנת אם המטריד הפוטנציאלי יקדים מחשבה רבה למילותיו, וידמה שאדם אחר מתנהג באותו אופן לכת־משפחתו (של המטריד). אולם ספק רב אם המטריד חושב לעומק (או יכול בקלות להביא את עצמו לחשוב לעומק) על התבטאויות אשר, למרבה הצער, הוא ורבים סביבו רגילים בהשמעתן באורח יום־יומי. לא ברור גם שמוצדק לתבוע ממנו חשיבה כזו, שכן רובנו מקדישים חשיבה ונותנים דין וחשבון לעצמנו רק בנוגע להתבטאויות שאינן שגורות, כאלה אשר התפישה המוסרית שכבר מופנמת אצלנו מעמידה אותנו על הפגיעה ולפחות על הבעייתיות שבהם. המעבר בתפישה מ"קרוב" (העושה, ההופך אחר לקורבן) אפשרי לקורבן אפשרי איננו נעשה, בדרך כלל, מעצמו. על כן, גם אם ניתן להסביר למטרידים את מהותה של הפגיעה הגלומה בהטרדה המילולית, קשה – בשלב ראשון לפחות – להאשים אותם על שהם אינם חושבים על ההסבר בעצמם. זאת ועוד, גם אם נעשה מעבר תפישתי שכזה, לא ברור כלל שראוי להסתמך על הבנה המבוססת על תפישת בת המשפחה כנכס של העושה וכמי שיש לדכא את הפן המיני שבאישיותה. הסתמכות כזו מעודדת תפישת עולם אשר יש לשרשה.

היכולת להפנים את הפגיעה בערכים חברתיים הכרוכה במעשה האסור היא תנאי לענישה. זאת, משום שבהעדרה חסר יסוד האשם העומד בבסיס הדין הפלילי ויוצר את ההצדקה המרכזית לקיומה²⁴. כאשר לא ניתן לצפות מהעושה הבנה של האנטי חברתיות שבמעשהו, אין במעשהו קריאת תיגר מודעת על ערכי החברה. במצב דברים כזה, אין זה ראוי להענישו. העוול שנגרם לקבוצות מיעוט בגלל התפישות המוסריות הלוקות של הרוב אינו צריך להיפתר באמצעות עוול חדש.

לאיסור המתעלם מעקרון האשמה שתי תוצאות אפשריות: אם מערכות האכיפה תמלאנה את תפקידן, נחזה בענישה סיסטמאית שתעשה עוול לנעששים. נאשמים יספגו סנקציות פליליות מבלי להבין על שום מה. מאחר שלא רק עושה מסוים מתייחס לאיסור כאל מעוול, אלא גם רוב או חלק ניכר של הציבור, תהא לענישת המטרידים השפעה חמורה גם על אמון הציבור במערכת הפלילית ובהגינותה. איסור על התנהגות, אשר מזוית הראיה של חלק גדול מן האוכלוסיה אין בה כל רע, נתפש כאיסור שרירותי. אפשרות אחרת, בעייתית לא פחות, היא שבגלל תחושה של אוכפי החוק, שהחוק הוא בעייתי או בלתי צודק, לא תהיה אכיפה. התעלמות של רשויות האכיפה מן החוק מעבירה לציבור מסר הפוך מן הרצוי, לפיו אפילו המדינה מזלזלת באיסור ומוצאת שהוא בלתי ראוי לאכיפה.

מידתיות – עקרון המידתיות מכתוב התאמת אמצעי הטיפול המשפטיים בכלל והעונשיים בפרט לחומרת ההתנהגות כדי שלא תיווצר פגיעת יתר או פגיעת חסר בעושה. על הסנקציה להתאים לחומרת המעשה. קנה המידה של המשפט הפלילי לבחינת חומרת ההתנהגות שונה מקנה המידה הפמיניסטי לבחינתה. לפי קנה המידה הפמיניסטי, החומרה נבחנת לפי השלכותיה הכלל – חברתיות. חומרת ההטרדה המילולית אינה נעוצה בה, אלא בהצטרפותה לרבות כמותה, אשר מביאה לפגיעה במעמד הנשים בכלל. ואכן, מבחינת ההשפעה על פערי הכוחות בחברה, מילים

24 יש להדגיש כי בשלב בו שוקלים חקיקת חוק, ראוי לבחון את היכולת להפנים. שאלת קיום או העדר הפנמה היא חסרת נפקות כאשר כבר קיים איסור פלילי, והדיון הוא על השאלה האם היתה הפרה שלו.

יכולות לפגוע לא פחות ממעשים²⁵. אך הדין הפלילי (במישור עצם הטלת האחריות הפלילית, להבדיל משאלת מידת האחריות, כלומר חומרת העונש) אינו אמור ואינו מתאים (בגלל פוגענותו) לטפל בהשלכות החורגות מעבר לאלה של המעשה המבודד של העושה המסוים, ועל כן קנה המידה לבחינת חומרת ההתנהגות במסגרתו שונה מקנה המידה הפמיניסטי, ומצטמצם לבחינת ההשלכות של המעשה המבודד²⁶. ולפי קנה המידה הזה, הטרדה מילולית אינה חמורה.

לטענת ד"ר קמיר, "בחינה מהותית של מקרי הטרדה המסווגים כ־quid pro quo מעלה כי הם מקרים של hostile environment בעלי אפיונים עובדתיים מסוימים, שאינם בהכרח משמעותיים יותר מאפיונים אחרים של טיפוסים מקרים של הטרדה מינית מסוג "hostile environment"²⁷. מבחינת חומרת ההתנהגות של הטרדה מסוג quid pro quo, במובן שהוסבר לעיל, המאפיינים העובדתיים הללו הם משמעותיים ביותר. הם שהופכים את ההתנהגות לקשה, פוגענית וראויה לטיפול פלילי. האם דרישה למגע מיני זהה בחומרתה לדרישה לשיתוף פעולה עם בדיחות ו"חקירות" סקסיסטיות? וכן מעבר לכך – האם ביצוע מעשים מגונים אינו מעשה בעל מאפיינים משמעותיים המבחינים אותו, מבחינת חומרתו, ממשלוח פתקים או הודעות בעלי אופי מיני? האם נגיעות אינטימיות שקולות למילים, אפילו כאשר המילים הן פוגעות ומעליבות? נקל לחוש שלא. הסיבה לכך היא שההתנהגויות האסורות כבר במסגרת חוק העונשין כוללות, בנוסף לפגיעה בערך של כבוד האדם, המוגן גם על ידי החוק למניעת הטרדה מינית, גם יסודות של פגיעה בוטה באוטונומיה של האישה על גופה, אשר מקנים להן חומרה מיוחדת. מן ההיבט הפלילי ההבחנה בין מעשים למילים אינה מלאכותית. אי אפשר להתכחש לכך שפגיעה בערך מוגן חשוב נוסף (ולא חלופי) מקנה להתנהגות חומרה יתרה.

מעבר לכך, במעשי סחיטה מסוג "זה תמורת זה" לא רק המעשים שנכפים הם חמורים במידה משמעותית, גם ניצול התלות הוא בעל חומרה מיוחדת, שכן הוא גורם לקורבן להימנע מלשים קץ להתנהגות העושה. הפללת כל הטרדה מינית מילולית (סחטנית ושאינה סחטנית) מתעלמת ממידת הפגיעה בפרט, שהיא חמורה מספיק רק כשמדובר בסחיטת שיתוף פעולה מיני, בה התלות יוצרת מעגל של חוסר יכולת להפסיק את ההטרדה ביחד עם פחד מהתנכלות שאינו מלווה הטרדות אחרות. אין ספק שיש התנהגויות שחסרות את יסוד הסחיטה, אך הן חמורות דיין גם בלעדיו. נגיעות, התקרבות פיזית מופרזת שיש לה מטרה מינית²⁸ וכיוצא באלה ראוי שיהיו התנהגויות פליליות, כפי שהינן גם ללא החוק החדש. אולם מה דינן של מחמאות, אפילו חוזרות כלפי מי שהביעה מורת רוח מהשמעתן, בקשר למראה? מה דינם של מבטים חוזרים ונשנים כאמור, מסוג המבטים הבלתי משמעים לשני פנים? עם כל אי-הנעימות, שעלולה להיות באמת קשה, אשר כרוכה בהם, שאינה נופלת מזו שבביטויים מושמעים, האם מישוה רוצה להטיל סנקציה עונשית בגלל מבטים? האם יש כלל מקום להכניס סוגים נבדלים כליכך של התנהגות תחת איסור פלילי אחד? נראה שהבדלים מובהקים אלה הם שהביאו להגבלת הניסיון האמריקני לבסס איסור פלילי רק להתנהגויות מסוג "זה תמורת זה".

25 ולהיבט זה בלבד מתייחסת פרופ' מקינון בספרה *Only Words* (Cambridge, 1993).

26 המנגנון הפלילי אמנם מפיק את הסכסוך מן הצדדים לו, והופך אותו לסכסוך בין החברה לבין העבריין. אולם אין בכך כדי לפגוע בעקרון היסוד לפיו הטלת האחריות על העבריין מוגבלת על ידי מעשה האינדיבידואלי. אין זאת אומרת שאין מקום להתמודדות של המערכת המשפטית עם השלכות כלל חברתיות החורגות מההשלכה הפרטית של ההתנהגות. להפך. אלא שהטיפול בהן צריך להעשות במסגרת חקיקה שאמצעי הכפיה שלה פחותים.

27 קמיר, לעיל הערה 3, בעמ' 352.

28 התנהגות כזו עשויה לכונן ניסיון לביצוע מעשה מגונה לפי סעיף 348ג לחוק העונשין.

מעקרון המידתיות נגזרים שני עקרונות. הראשון הוא עקרון הפרופורציה, לפיו יש להתאים רמות שונות של תגובה חברתית לרמות שונות של חומרת התנהגות, כך שהתנהגויות דומות בחומרתן (לפי קנה המידה הפלילי) תסופלנה באמצעים דומים, ואילו התנהגויות שונות בחומרתן – באמצעים שישקפו את השוני. אין מי שתגרוס כי עקרון זה אינו חל על התאמת סנקציה להתנהגות, ולא תסבור שיש לטפל בכל הצורות של הפגיעות המיניות באותם אמצעים²⁹. טיפול בהתבטאות באותם אמצעים בהם מטפלים בהתנהגויות חמורות הרבה יותר יוצר דיספרופורציה בתגובה החברתית להתנהגויות שיש להן היבטים מבחינים בולטים. ביטוי ההבדלים בענישה בלבד מחטיא את מטרתו, שכן אין הוא מביא לשיקוף אמיתי ומלא שלהם. הצמדת הסטיגמה הפלילית, הנלווית לכל הרשעה בכל עבירה, היא שמבטאת את קפיצת המדרגה באמצעי הטיפול. אפילו בוחרים להשתמש בדין הפלילי, תמוה במיוחד הוא העונש של שנתיים מאסר הצמוד לעבירה של הטרדה מילולית, עונש שיוצר זהות בענישה המקסימלית בין הטרדה מילולית שאין עימה ניצול יחסי מרות והטרדה שיש עימה ניצול כזה, וכן גם בין הטרדה מילולית תוך ניצול יחסי מרות למעשים מגונים תוך ניצול יחסי מרות³⁰. אפילו בהנחה שהעונש על העבירה האחרונה אינו חמור מספיק, עדיין משונה הקירבה בין העונש הראוי עליה לעונש המצוי של הראשונה.

העיקרון השני הוא עקרון השוויונות, לפיו חקיקת איסור פלילי צריכה להיות אמצעי אחרון, שיעשה בו שימוש רק בהעדר אמצעים חמורים פחות³¹. זאת, כדי לא לפגוע בחירות היחיד מעבר למה שחיוני כדי להבטיח חיים בצוותא בשלום, כדי להימנע מטריטוריאליזציה ובאנאליזציה של הדין העונשי, וכן משום שלהטלת אחריות פלילית משמעות כה קשה, עד כי היא עלולה להיות לפעמים מזיקה מבחינה חברתית³². החוק למניעת הטרדה מינית עושה שימוש בדין הפלילי במקום בו ניתן היה לפחות לנסות להשתמש באמצעים חמורים פחות. ניתן להניח שכוונת המחוקק היתה שכתב אישום יוגש רק במקרים הקיצוניים, והאמצעי המרכזי לטיפול בהטרדות מילוליות יהיה הדין הנזיקי. ואולם, כוונה כזו היא כוונה בעלמא, גרוע מזה – היא מסוג הכוונות הטובות שמביאות לעשייה מוטעית.

הטלת יישום עקרונות הפרופורציה והשוויונות על רשויות האכיפה מתעלמת מכך שעקרונות אלה מופנים בראש ובראשונה למחוקק. הטענה כי בישראל עקרון השוויונות אינו נשמר ברמת המחוקק אינה יכולה לשמש צידוק להוספת נדבך נוסף לרמיסתו. אין מקום לטענה כי חוק פלילי הוא האמצעי המרתיע היחיד. אין לזלזל בהרתעה הנזיקית, בעיקר בחברה שבה חשיבות הממון הולכת ומתעצמת, ולעומת זאת, התווית הפלילית איבדה מערכה הסטיגמטי. הטיפול בהטרדות מילוליות יכול היה להעשות בעילות בעזרת דין נזיקי בלבד, כפי שהדבר נעשה בארצות-הברית.

29 גם החוק למניעת הטרדה מינית מקיים הבחנה, אם כי במישור הענישה בלבד, ועל כן במידה שאינה מספקת, בין התנהגויות שונות.

30 סעיף 348(ה) לחוק העונשין.

31 ראו קרמניצר, לעיל הערה 20, בעמ' 87-86.

32 מ' קרמניצר, "מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, תשמ"ז) 327-326, 325.

אכן, נשים עלולות להימנע מלהגיש תביעות בשל גורמים שונים, כגון: העדר מודעות, חשש מפני חשיפה ומפני ההליך המשפטי ותוצאותיו, חשש להעצמת הפגיעה בהן או תקווה שהבעיה תיפתר בדרכים אחרות. לכן, לשם הבטחת היישום של הדין הנזיקי (הן כמזור למקרים ספציפיים והן כגורם המשנה תפישות חברתיות), מן הראוי להקים מנגנון שתפקידו לסייע למוטרדות לפנות למעבידים (אם ישנם), להגיש תביעות במקרה הצורך, ולפעול פעילות של הסברה והעמקת המודעות בקרב הציבור (באמצעות הנחיות, ניירות עמדה, ארגון ימי עיון ושימוש בתקשורת המונים), בדומה ל-BEOC האמריקאי. מנגנון כזה גם היה מעביר מסר חזק לפיו המדינה רואה בהטרדות המילוליות תופעה מגונה ושליילית.

הלימה לתודעת הציבור – משפט פלילי נועד לטפל בהתנהגויות שמקובל על הרוב (לא הרוב כפי שהוא בא לידי ביטוי בהכרח בבית הנבחרים, אלא רוב הציבור) שהן אנטי חברתיות. מטרתו היא לדאוג לשימור הערכים שהם אושיות החברה, ושבלעדיהם לא ניתן לקיים חברה. ממילא מתבקש שערכים אלה אכן יהנו מגיבוי חברתי רחב. גיבוי חברתי זה נחוץ הן כדי להבטיח ציות והן כדי להבטיח שהיחס החברתי להפרת החוק יהיה גיבוי, שהוא חלק חיוני ביכולת ההשפעה של המשפט הפלילי³³. גם מי שאינה מקבלת את התודעה המוסרית הקיימת כתנאי הכרחי לקביעת איסור עונשי, ומוכנה להשתמש בדיני העונשין כאמצעי לשינוי התפישה המוסרית הרווחת, אינה פטורה מבחינה מקיפה וזהירה של צעד כזה. יש להביא בחשבון את מחיריו של שימוש כזה. איסור עונשי שהולך מעבר למוסר הנוהג נתקל בהכרח בקשיי אכיפה משמעותיים: מיעוט תלונות, העדר טיפול נאות בתלונות, יחס דו-ערכי מצד מערכת אכיפת החוק. בשל אלה, לא ברור כלל שהאמצעי יצלה לשם השגת מטרתו. יתירה מזו, הנזק שיגרם בעקבות העדר אכיפה עלול לעלות על התועלת שיביא החוק³⁴. הקלת ראש באיסור מצד רשויות האכיפה עלולה לחזק את הלגיטימציה של הביטויים הנאסרים בחוק. נוסף לכך, החוק הפלילי בכללו, בעיקר קבלתו כמוצדק ונחוץ והזיהוי שהוא מבקש ליצור בינו לבין אנטי חברתיות חד משמעית על ידי הציבור, נפגעים עקב מהלך כזה. מול הקשיים האלה, יש לשקול היזקקות לאמצעים אחרים לשם השגת אותו יעד, למשל – אכיפה אזרחית.

החוק למניעת הטרדה מינית אינו זוכה, למיטב התרשמותנו, לגיבוי חברתי מספיק. מובן שגברים אינם מבינים מראש ובאופן אינטואטיבי על מה המהומה. חלקם אף היו מוחמאים אילו נשים היו מתייחסות למיניותם, ואף חוזרות ומתייחסות למיניותם לאחר שהביעו הסתייגות מכך; אך לא רק גברים אינם מבינים. אולי הדבר מצער, אך נשים רבות מקבלות הערות סקסיסטיות הכוללות התייחסויות בקשר למיניותן כמחמאות. ההתייחסויות גורמות להן להרגיש מושכות ונחשקות, גם אם בעיניים פמיניסטיות (או בעיני חלק מן הנשים, לאו דווקא פמיניסטיות) אין בהן אלא קיבוע דמותן כאובייקט מיני ותו לא. חלק ניכר מן הסברה הפמיניסטית היא הסברה לנשים, פיתוח המודעות של נשים לקיומה של ההטרדה המינית ולאפקט הרגעי והמצטבר השלילי

33 ראו ש"ז פלר, יסודות דיני עונשין (כרך א', ירושלים, תשמ"ד), 51-52 וכן מרדכי קרמניצר, חאלד גנאים, "הסתה, לא המרדה" נייר עמדה מספר 7, המכון הישראלי לדמוקרטיה (ירושלים, 1997).

34 ראו קרמניצר, לעיל הערה 20, בעמ' 87, 88-89.

שלה. כל עוד ההסברה לנשים ולגברים כאחד לא הסתיימה בהצלחה, כל עוד אנו נמצאים בשלב של שינוי התודעה, אי המוסריות שבהטרדה מינית אינה בגדר הקונסנזוס. ולכן, התופעה אינה צריכה להיות בתחום השתרעותו של המשפט הפלילי.

עקרונות היסוד של המשפט הפלילי ופמיניזם – סוגיית ההטרדה המינית מעלה במלוא עוצמתה את הדילמה המוסרית הנשית, כפי שתארה אותה קרול גיליגן³⁵: "הניגוד בין האנוכיות לאחריות מקשה על הנשים בשאלת הבחירה, מותר אותן תלויות בין אידיאל של חוסר אנוכיות לבין הנאמנות לעצמן ולצורכיהן"³⁶. אם נשים רוצות למנוע מעצמן את עוגמת הנפש ולעקור את ההשלכות החברתיות של ההטרדה המינית, הן צריכות לפגוע בגברים המטרדים אותן – לפעמים עמיתים, חברים ואנשים שיקרים לליבן. הפגיעה באלה מנוגדת ניגוד חריף לאידיאל ההקרבה, אליו מחונכות הנשים בדרך-כלל. אין חולק כי בשקלול המוסרי על הנשים להביא בחשבון גם את הפגיעה בעצמן, ולא רק את הפגיעה באחרים. האינטרסים של עצמי הם אינטרסים לגיטימיים³⁷. אך הם לא אינטרסים יחידים. אין לעבור מתפישה המבטלת את האינטרסים הנשיים, לתפישה המעמידה אותם כבלעדיים. שקלול מוסרי נכון יוביל לטיפול בהטרדה מינית, אך לא לטיפול הקיצוני ביותר, לדאגה לזכויות הנשים, אפילו למתן עדיפות לזכויות הנשים (בגלל הפער ב"עמדות הפתיחה" בינן לבין גברים), אך לא להתעלמות מוחלטת מן הפגיעה בגברים. גם לפגיעה "מתקנת" יש גבולות.

אנו מאמצים את ההנחות הבאות: התייחסות לסוגיית ההטרדה המינית כאל סוגיה של שוויון; התייחסות לשוויון כסוגיה של פערי כוחות קבוצתיים, ולא כסוגיה של מוסר בלבד; התייחסות לקידום השוויון כמתבטא בכל מעשה שמביא לצמצום הפער ביחסי הכוחות³⁸. אולם, גם אם מאמצים את ההנחות הללו, אין זאת אומרת שצמצום הפערים (קידום השוויון) מקדש התעלמות מכל ערך אחר, כאשר ניתן לקדמו במידה בלתי מבוטלת גם תוך שמירה על הערכים האחרים או פגיעה מצומצמת יותר בהם. ענישה תוך התעלמות מהיבטים של אשמה, אזהרה וחומרה (שמשמעותה עלולה להיות סטיגמטיזציה ושליטת חירותו של אדם), כאשר אפשר שניתן להשיג תוצאה דומה על ידי הגשת תביעה כספית הכרוכה בתוצאות ממשיות אך מתונות יותר (נזק כלכלי וסטיגמה מוגבלת), היא בלתי ראויה. המשמעות של שימוש בחוק כדי לקדם מסורות חברתיות אינה שימוש בלתי מובחן בחוק כדי להשיג את המטרה. היא שימוש בחוק בתבונה, במידה הראויה ותוך ראיית התמונה השלמה, כדי להשיגה.

זאת ועוד, טענה לפיה נדרשת אימת הדין הפלילי כדי להטמיע את העמדות הפמיניסטיות מניחה שהוא מיטיב עם קבוצת הנשים בלבד, ולכן אין אפשרות להסבירו בצורה משכנעת לקבוצת הגברים, והדרך היחידה היא לכפותו בכוח, ובכוח המירבי והכופה ביותר. לפי האלטרנטיבה הנכונה יותר לתפישה זו, המשטר הפטריכראלי מדכא במידה רבה גם גברים, כאשר הוא מכתוב להם את מודל הגבריות אליו הם צריכים לשאוף כדי להצליח – חזק, כוחני, לא מבטא רגשות. המחיר של הדגשת ההבדל בין גברים לנשים באופן שמבטיח שליטה גברית על עמדות המפתח

35 קרול גיליגן, בקול שונה: התאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האישה (תל-אביב, 1995).

36 שם, בעמ' 154.

37 שם, בעמ' 163.

38 Catherine MacKinnon, "Difference and Dominance: On Sex Discrimination", *Feminist Unmodified* 38.435, 445-446.

בחברה הוא יצירת הבדלים מדומים בין גברים לנשים, תוך מתן לגיטימציה לנשים בלבד להביא לידי ביטוי מאפיינים שהם בעצם אנושיים כלליים³⁹. על כן שינוי התפישות הרווחות יאפשר גם לגברים רבים (וכנראה שלרוב הגברים) לבטא צדדים שצומצמו באישיותם מבלי לחוש כישלון, כלומר: שינוי התפישה אינו כרוך בהפסד בלבד עבור הגברים.

מעבר לכך, מאחר שהפגיעה הקשה הנגרמת על-ידי ההתנהגות לא הובנה לגברים עד עתה, יש לצפות שהסברה ופיתוח המודעות יפחיתו את ההטרדות, או (אם להיות ריאליים יותר) יפחיתו הוספת מטרידים חדשים למעגל. הבעיה המרכזית איננה כוונות רעות של גברים להשפיל ולהזיק. הבעיה היא של חוסר מודעות, שמתופח באופן מעגלי על ידי השתיקה הנשית (הנוצרת עקב הדיכוי), או כדברי פרופ' מקינון: "when you are powerless... a lot, you don't speak. Your speak is not just differently articulated, it is silenced"⁴⁰. פריצת מעגל השתיקה, המתרחשת לאחרונה, מביאה להסבת תשומת הלב של הגברים למה שמפריע לנשים, ולכן גם מונעת את ההתנהגות הפוגעת לפחות אצל מי שחונך להימנע ממנה מגיל צעיר.

מובן שפתרון של הסברה בלבד עשוי שלא לעלות יפה. ההרגל והנטייה לשמרנות הם כוחות חזקים, במיוחד כאשר הרווח הצפוי במישור האישיות כרוך בויתור ניכר על בלעדיות בעמדות השליטה בחברה. ההפסד מוחשי יותר מהרווח, גם אם ניתן לטעון שקטן ממנו. אולם בהתחשב בכך שיש גם אינטרסים גבריים, ואפילו הם נחזים כחלשים, לשינוי תפישה, נראה שדי באמצעי כופה פחות כמו הדין הנוזקי בצירוף הסברה מאסיבית.

(ב) המשפט הפלילי אינו כלי ראוי להתמודדות עם התבטאויות קבוצתיות

איסור השפלה על רקע קבוצתי עלול להתגלות ככדור שלג. כל חברה, והחברה הישראלית בפרט, היא חברה שסועה לקבוצות ותתי-קבוצות רבות מספור. עד כמה שהדבר מקומם, לא רק מקומן של נשים במערך החברתי מוכתב במידה מסוימת על-ידי השתייכותן הקבוצתית. הקושי של יוצאי עדות המזרח לפרוץ את תקרת הזכוכית שמנעה (ובמידה לא מבוטלת עדיין מונעת) מהם הגעה לעמדות משפיעות - יעיד. איסור השפלה מילולית על רקע קבוצתי של נשים מחייב, כביטוי לעקרון של טיפול דומה במקרים דומים ולמחויבות לצמצום פערי הכוחות בחברה, ליצור גם איסור על השפלה מילולית של חרדים, דתיים ועוד, והתוצאה תהא הפללת מגוון רחב מאד של התבטאויות. כשם שהטרדה מינית מילולית גורמת לאישה לתגובה רגשית קשה, על רקע היות הנשים מיעוט (איכותי או מהותי) ביחס לגברים, כך גם פניה גזענית לעולה חדש מחבר המדינות מקבלת משמעות קשה מנשוא על רקע השתייכותו למיעוט ביחס לישראלים ה"צברים", ופניה גזענית המתייחסת לצבע העור מכאיבה מאד לעולה חדש מאתיופיה על רקע היותו מיעוט ביחס לתושבי הארץ. אם מוצדקת הגבלה פלילית של ההתבטאויות לגבי נשים, מוצדקת גם הגבלה כזו

39 מובן שההגבלה פועלת בשני הכיוונים - נשים לא יביאו לידי ביטוי רגשות שנתפשים כגבריים, כמו זעם.

40 מקינון, לעיל הערה 38, בעמ' 441.

לגבי עולים חדשים. אין זה מתקבל על הדעת שמידת ההגנה על מיעוטים שונים תהא תלויה בכוחם הפוליטי בכנסת. בהקשר זה יש להבחין בין פרסומים גזעניים⁴¹, אשר יש הצדקה לאסור אותם משום שההיסטוריה הוכיחה את הפוטנציאל שיש להם להביא לאלימות פיסית (בנוסף לגיבוש נחיתות חברתית), לבין ביטויים אחרים על רקע קבוצתי, שהשפעתם ההיסטורית מוגבלת לגיבוש נחיתות חברתית.

התייחסויות משפילות על רקע קבוצתי אינן ראויות לעידוד. להפך – הן ראויות לגינוי והוקעה. אולם המשפט הפלילי לא נועד לטפל בהן. אין צורך להכביר מילים על הסכנה הטמונה בריבוי סיטוני של איסורים פליליים על התבטאויות. כל שיחה על קבוצתיות בנוכחות מי שמשתייך לקבוצת מיעוט עלולה לגלוש להתבטאויות פוגעות, כשם שפעמים רבות שיחות על "גברים ונשים" גולשות להתבטאויות שהן בגדר הטרדה מינית לפי החוק. התוצאה תהיה איריה של פחד להתבטא בחופשיות, ריסון עצמי מופרז, תחושת נרדפות אשר מקומה לא יכירנה במדינה המחוייבת לעקרון חופש הביטוי ולאווירת החירות, שבלעדיהם האזרחים חדלים להיות חופשיים. מלבד היות המשפט הפלילי פוגעני מדי לשם טיפול בהתבטאויות קבוצתיות, הוא עלול להתברר כבלתי יעיל ומחמיץ את המטרה. שפעת שאינה מטופלת עלולה להרוג, אבל לא ניתוח הוא הטיפול שימנע את המוות. יש התנהגויות שהן כל כך נפוצות ומקובלות, עד שכל כוחו הכופה של המשפט הפלילי לא יעמוד לו בהתמודדות איתן. שינוי המוסר הנוהג אינו יכול להעשות בכוח. הפחד אינו משתק תפישות עולם, בעיקר כשהן נחלת הרוב, ולכן לא יכולה להיות אכיפה יעילה. מקום בו צפויים מראש קשיי אכיפה ניכרים, עד כדי סיכול מטרת החוק, זהו כשלעצמו שיקול העשוי להצדיק הימנעות מקביעת האיסור⁴². למילים, לשכנוע האמיתי, יש בהקשרים כאלה יותר כוח מאשר להפחדה. משום שמאחורי המאבקים הקבוצתיים עומדים ערכים אנושיים בסיסיים ומקובלים (כמו כבוד האדם), ניתן להצליח ביצירת הרגישות וההבנה הדרושות בקרב הרוב כלפי המיעוט ומאפייניו המיוחדים. השינוי הנדרש בגישה חייב להעשות בעיקר בשכנוע ובהסברה, כאשר ההרתעה ממלאה תפקיד של "כינור שני" בלבד. גם מן הטעם הזה, אין זה נכון להשתמש בטרם ננקט מאמץ הסברתי אינטנסיבי ומקיף באמצעי המרתיע ביותר, שהוא הדין העונשי.

41 סעיף 144ב לחוק העונשין אוסר על פרסום הסתה לגזענות. המושג "פרסום" מוגדר בסעיף 34כך: (1) "דברים שבעל פה – להשמיע מלים בעל פה או באמצעים אחרים, בהתקלות ציבורית או במקום ציבורי או באופן שאנשים הנמצאים במקום ציבורי יכולים לשמוע אותם, או להשמיע בשידורי רדיו או טלוויזיה הניתנים לציבור או להפיצן באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציען לציבור באמצעות מחשב; (2) בפרסום שאינו דברים שבעל פה – להפיצו בקרב אנשים או להציגו באופן שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו, או למכרו או להציעו למכירה בכל מקום שהוא, או להפיצו בשידורי טלוויזיה הניתנים לציבור, או להפיצו לציבור באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציעו לציבור באמצעות מחשב". לאור הגדרה זו מובן השוני בין איסור על פרסום, שיש בו יסוד מסוכן של פומביות (מסוכן – לא רק בגלל התפוצה הרחבה, אלא גם בגלל העדר הפיקוח של המפרסם על קהל שומעיו, שהוא בלתי מוכר לו, ועלול לתרגם את אמירותיו למעשי אלימות), לבין איסור על ביטוי, אשר יכול להתרחש בין שניים.

סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה – 1965 אוסר הוצאת לשון הרע על קבוצת בני אדם, אולם אינו יוצר עילה לקובלנה פלילית ואף לא לתובענה אזרחית. היועץ המשפטי לממשלה נמנע באופן עקבי מהגשת כתבי אישום לפי סעיף זה.

42 ראו Kremenitzer, לעיל הערה 20.

ג) תפיסת מקרים שאין בהם אנטי-חברתיות

הבעיה היישומית בהתייחסות לתופעה על-ידי המשפט הפלילי נעוצה בכך שגם מקרים שאינם ראויים לענישה עלולים ליפול ברשת. קיים קושי להגדיר באמצעות כלל משפטי אילו תופעות הן בגדר הטרדה מינית. הסיבה לקושי היא היותה של ההטרדה (או לפחות – היותן של חלק מההטרדות) תלויה-נסיבות אשר קשה להביאן לידי ביטוי בחוק – נסיבות רגשיות של המטריד והמוטרדת. אותה התנהגות יכולה להטריד או להיתפש כידידותית, לבזות או להחמיא, והכל תלוי באופיה של מערכת היחסים שקיימת או שהיתה קיימת בין הצדדים, ברגשות שלהם זה כלפי זה, בתפקידים שהם ממלאים זה בחייו של זה (ידיד, חבר לשעבר, מעביד וידיד, רק מעביד), במידת ההתאמה בין האופנים בהם הם תופשים זה את זה, ולפעמים – ברצונם (או חוסר רצונם) המשותף או החד צדדי לפתח קשר בהמשך. גם האופי המיני של ההתנהגות עשוי להיות מעורפל. כדברי השופט זמיר: "מחמאה, שיחה על נושא מיני, מגע גופני, ואפילו חיבוק או נשיקה, לא בהכרח יש להם אופי מיני. הכל תלוי בטיב היחסים שבין שני הצדדים, בנסיבות ובהקשר"⁴³. עצם הקושי לנסח איסורים שהם מוגדרים די הצורך, שיש בהם משום שרטוט תמונה ברורה של ההתנהגות האסורה, הוא איתות ברור נגד ההיזקקות לדין העונשין, שיש לו מחויבות מובהקת, ראשונה במעלה, לעקרון החוקיות המשמיע אזהרה מובנת מראש.

זאת ועוד אחרת, תחושות של ביזוי והשפלה – שהן המשקפות את הפגיעה במוטרדת – הן קשות להוכחה, ועל כן המונחים "ביזוי" ו"השפלה" הופכים בהכרח למונחים נורמטיביים, אשר בית המשפט יוצק לתוכם תכנים שאינם מתארים את המציאות כפי שהיתה בעת האירוע – לא מבחינת המתלוננת ובוודאי שלא מבחינת תודעת הנאשם. התוצאה עלולה להיות הרחבת יתר של תחום האיסור⁴⁴.

גם יצירת עבירת התנהגות אשר מגדירה מהן הטרדות מיניות עלולה להביא לתפיסת מקרים הנעדרים אנטי-חברתיות. החוק למניעת הטרדה מינית אוסר על התנהגויות קונקרטיטיות המאופיינות ב⁴⁵. עבירת התנהגות מגדירה את ההתנהגות עצמה כאסורה, בלי לדרוש יסוד נוסף של שינוי מציאות הנפרד ממנה. זאת, מתוך הנחה שההתנהגות עצמה היא חמורה ביותר וגלום בה נזק מספיק גם ללא התקיימות תוצאה חיצונית כלשהי. אין זה המצב בכל הנוגע להטרדה מינית, מאחר שההתנהגות עצמה, כפי שהיא מוגדרת בחוק, איננה אנטי חברתית במובהק, ומה שמקנה לה את האופי השלילי הוא דווקא התוצאה של תחושת ההטרדה, חוסר הנוחות, המבוכה והפגיעה באישה – מושא ההתנהגות. גם אם ההתנהגות אינה רצויה, אך אינה יוצרת תחושות שליליות, היא אינה אנטי חברתית⁴⁶. במקרה כזה, היא חסרה את היסוד המדכא, היא אינה

43 עש"מ 6713/96 מ"י נ' זהר בן אשר, (ניתן ביום 9.3.98), פסקה 24 לפסה"ד.

44 כאמור, יכולה להתקיים גם אפשרות של צמצום יתר מאחר שהאיסור אינו הולם את תודעת הציבור.

45 מרבית החלופות מגדירות צורה מסוימת של התנהגות, כגון הצעה או התייחסות. סעיף 5(3) אוסר על כל התנהגות המקיימת את הנסיבה של "מבזה או משפילה" (כאפיונים של ההתנהגות).

46 בניגוד למעשים מגונים, למשל, בהם התנהגות שאינה רצויה מלווה בהכרח וללא קשר לפגיעה ברגשות (אשר היא וודאית כשמדובר במעשים מגונים ללא רצון, ואינה וודאית כשמדובר בהתייחסויות מיניות ללא רצון) גם בפגיעה באוטונומיה של האישה. מעבר לכך, במעשים מגונים אמנם אין דרישת תוצאה, אך ההנחה לגבי מי שעושה מעשים מגונים היא שהוא יודע שהמעשה בלתי ראוי, אנטי חברתי ופוגעני (ואם אינו יודע, אנו מוכנים להתעלם מכך, משום שבחוסר הידיעה יש כשל חמור שלו, בעוד שמטריד עשוי בהחלט, בשלב זה של ההפנמה החברתית, להיות תם לב.

משתקת, אינה מביאה לשיתוף פעולה המלווה בתחושות אשמה - התגובה הנפוצה להטרדות מיניות - ולכן אינה מקבעת תפישת בלתי רצויות של הנשים את עצמן ושל הגברים את הנשים. רק התוצאות הרגשיות הקשות, המאבנות, הן שיוצרות את המחסום החברתי, הן שמונעות מנשים להתמודד ביעילות עם הטרדות, ולכן הן יסוד חיוני בהגדרת הטרדה מינית.

מאחר שעבירת התנהגות אינה מתייחסת לתוצאה של פגיעה פנימית בקורבן, אשר היא שמקנה להתנהגות את האופי האנטי חברתי שלה, היא תופסת ברישתה מקרים רבים שאין בהם אנטי חברתיות. ללא מנגנוני ניפוי כלשהם השתרעותה של העבירה רחבה הרבה יותר מן הרצוי (החוק מתיימר ליצור מנגנון ניפוי באמצעות דרישת הסירוב, אשר עליה עוד ידובר להלן). הדבר בולט במיוחד בכל הנוגע למקרים המתרחשים במסגרת יחסי מרות, שאז לא נדרש סירוב. כך, למשל, במסגרת יחסי מרות מספר מחמאות על המראה, אשר יכולות להאמר בהקשר חברי, הן בגדר הטרדה מינית גם אם לא זכו לכל תגובה עויינת. "הצעות חוזרות בעלות אופי מיני"⁴⁷ עלולות להטריד. אך, טלו למשל מצב בו היתה מערכת יחסים קודמת, שבמסגרתה היו הצעות כאלה מקובלות בין בני-הזוג. במקרה כזה, הגבול בין ניסיון לחדש או להמשיך את הקשר (אשר כרוך לפעמים בתהליך של הצעות וסרובים, שקילה מחדש, הבשלה נפשית ולבסוף שינוי עמדה) לבין הטרדה מינית אינו ברור. אפשר גם שלפחות בחלקים של האוכלוסיה הצעות כאלה מקובלות כדרך חיזור. לגבי "התייחסויות חוזרות... המתמקדות במיניותו..."⁴⁸ - כאשר המושג "התייחסות" מוגדר ככולל התייחסות בכתב, בעל-פה, באמצעות מוצג חזותי או שמיעתי, וכן בהתנהגות⁴⁹ - כאן כבר אין מדובר בהצעות, כי אם בהתייחסות כלשהי, ועל-כן הסכנה של שטחים אפורים של חפיפה בין הטרדה מינית לחיזור או לסתם הערות ידידותיות היא בלתי מבוססת. "התייחסויות", בהגדרתן המאוד כללית המופיעה בחוק, יכולות להיות רצויות במערכת יחסים, ואפילו בשלב החיזור.

איסור החזרה אחרי סירוב עלול גם הוא להביא לתפישת מקרים שאין בהם אנטי חברתיות. בחינה חוזרת של עמדת האישה אינה תמיד (או אפילו ברוב המקרים) אנטי חברתית. אין כל רע בבדיקה חוזרת בחלוף זמן, כאשר היא נעשית ברגישות ובעדינות - שוב - נסיבות שלא ניתן להביאן לידי ביטוי בחוק. להפך - בדיקה כזו עשויה להביא למיצוי מלוא הפוטנציאל של מערכות יחסים אפשריות. איסור החזרה מניח שנשים אינן משנות את עמדתן, או לפחות שאם עמדתן משתנה, הן תמיד מספיק בטוחות בעצמן כדי לתת לה ביטוי בעצמן, הנחות שהן מן המציאות והלאה. הנחה לפיה רגשות הם קבועים וסטטיים היא הנחה פשטנית. העולם הרגשי הוא מורכב ומסובך, משתנה ומתחלף, לפעמים ללא כל סיבה חיצונית. התיאור שתארה פרופ' מקינן את השתיקה הנשית מבהיר עד כמה יקשה על נשים ליזום הבהרה כי שינו את דעתן וכי הן מעוניינות בקשר⁵⁰. ברור גם כי המשפט הפלילי אינו אמצעי ראוי לשנות תפישות אישיות וחברתיות מן הסוג הדרוש על מנת לעודד נשים ליטול יוזמה לאחר סירוב מוקדם בעקבות שינוי ביחס שלהן. לרווח המוגזם של השתרעות האיסור עלולות להיות תוצאות קשות. במיוחד נכון הדבר בנוגע להטרדות במסגרת יחסי מרות, בהן מטפל החוק על ידי הרחבה נוספת של תחולתו. החוק מטפל

47 סעיף 3(3) לחוק למניעת הטרדה מינית.

48 סעיף 4(3) לחוק למניעת הטרדה מינית.

49 סעיף 2 לחוק למניעת הטרדה מינית.

50 ראו הטקסט הסמוך להערה 35.

ביחסי מרות כמקרה מיוחד, כפי שראוי לעשות לאור הקושי של מוטרדות במסגרת יחסי מרות לטפל בעצמן בבעיה. עם זאת, צורת הטיפול שמציע החוק מרחיקה לכת בקיצוניותה. כך, בין היתר, מוותר החוק על הבהרה כי המוטרד אינו מעוניין בפניות או בהתייחסיות. ליתור כזה יכולות להיות השלכות קשות על האינטראקציות בין מעבידים או ממונים לבין עובדות או כפופות עד כדי שימת קץ למערכות יחסים שמתפתחות במסגרת עבודה. מי יעז להיכנס למערכת יחסים אינטימית עם עובדת, כשהוא יודע שזו יכולה להגיש נגדו תלונה בכל רגע אם הדברים לא יתפתחו בכיוון חיובי או אם מערכת היחסים תסתיים באווירה לא נעימה? אמנם החשש מתלונות שווא קיים ביחס לכל עבירה פלילית, אך הוא מתגבר כשמדובר בעבירה שמתקיימת בין שניים בלבד וללא הותרת סימנים כלשהם במציאות החיצונית, ומעבר לכך - חלוף הזמן והשתנות הנסיבות הרגשיות עלולים לשנות את ההסתכלות של המתלוננת על מערכת היחסים. בעקבות סיום לא נעים שלה, היא עלולה להרגיש מושפלת ולראות בדיעבד את כל התמונה באופן אחר, כתמונה של ניצול יחסי מרות. גם אם בית המשפט מסוגל להבחין בין אפיוזדות של חיזור רצוי (בשעתו) לבין הטרדה, החשש מגרירה למשפט (על פומביותו והתגובה המשפחתית והחברתית הכרוכה בהאשמה המועלית בו) עלול למנוע התפתחות של מערכת יחסים אינטימית בין מי שמתקיים ביניהם יחס של מרות.

שאלה חשובה שמעורר החוק היא מהו ניצול יחסי מרות. האם ניצול מחייב שתהיה הפעלת סמכות או מרות בהקשר ישיר להצעה או להתייחסות המינית - שאז יש פתח לחיזור שנעשה שלא מתוך הפעלת מרות, למשל, במסגרת ארוע חברתי - או שמא כל פניה במסגרת של יחסי מרות כרוכה בניצול, בגלל התחושה הסובייקטיבית העלולה להיווצר אצל הכפופה של חשש מהתנכלות? ואם נדרש הקשר ישיר - מתי הוא מתקיים? האם פניה בפגישת עבודה בעלת אופי "חצי חברתי" (ארוחת ערב) מחוץ לשעות העבודה ולמקום העבודה (כאשר המעביד הוא שמכתיב את המקום והזמן) היא פניה תוך הפעלת סמכות ישירה?⁵¹

5. האם יש פתרון?

(א) מסרים שמעבירה המוטרדת - המשפט האמריקאי ניסה להתמודד עם רוחבו המוגזם של האיסור על-ידי מבחן-שולל-איסור של קבלה בברכה של ההתנהגות על-ידי המוטרדת. מן הראוי להקדים ולומר כי האיסור האמריקאי הוא איסור נזיקי, ולכן המבחנים שעוצבו במסגרתו מטילים אחריות רחבה מן האחריות הרצויה במסגרת איסור פלילי. אולם גם כמבחן נזיקי "זכה" המבחן האמריקאי לביקורת רבה בגלל מיקוד הדיון בתגובת הקורבן ולא בהתנהגות המטריד. הפתרון של החוק למניעת הטרדה מינית הוא דרישה מן האישה להראות שאינה מעוניינת בהתייחסיות. אלא שפתרון זה מותיר את הבעיה על כנה, מאחר שהסירוב יכול שיהיה גם משתמע⁵¹, אפשרות המחזירה לדיון את פרשנות תגובתה של המתלוננת. אין מנוס מלשאול האם המתלוננת הראתה או לא הראתה בתגובתה באופן חד משמעי כי אינה מעוניינת. זאת ועוד, מה כאשר אישה מעוניינת בחיזור, אך לא בהתייחסיות המסוימות שהופנו אליה? התייחסות שתבוא אחרי אמירות כמו

51 סעיפים 3(3), 4(3) לחוק למניעת הטרדה מינית קובעים נסיבה לפיה המוטרד "הראה למטריד כי אינו מעוניין...". סעיף 2 לחוק מגדיר "הראה" - במילים או בהתנהגות, ובלבד שלא היה ספק סביר לגבי משמעות ההתנהגות".

"תפסיק להגיד לי שאני נראית טוב" או "תפסיק להסתכל עלי ככה" עלולה ליפול בגדר הטרדה מינית. בנוסף, דחייה אינה מלמדת כי הפניה הבאה תגרום לפגיעה בתחושת הכבוד של האישה או ברגשותיה. לפעמים זו תהא התוצאה, ולפעמים התוצאה תהיה הטרדה במובן הרגיל של המילה (ולא במובן הרגשי הטעון של הטרדה מינית) או העדרה של הטרדה מכל סוג שהוא.

(ב) מבחן של סבירות - אמצעי אחר של המשפט האמריקאי לסינון המקרים הבלתי מתאימים הוא מבחן של סבירות: הטרדה מינית תכונן כאשר מדובר בהתנהגות "which a reasonable woman would consider sufficiently severe or pervasive to alter the conditions of employment and create an abusive working environment"⁵². הבחינה היא של חומרת ההתנהגות, ולא של תוצאתה בפועל. אין דרישה לנזק נפשי ממשי. כל עוד "האישה הסבירה" היתה מעריכה את ההתנהגות ככזו שיש בה חומרה או אפקטיביות מספקת ליצירת סביבה עוינת, ההתנהגות ענישה. ראשית, האפשרות להיווצרות סביבת עבודה עויינת איננה כלל רלבנטית לאיסורים שלנו שאינם מוגבלים לתחום יחסי העבודה. שנית, אין לשכוח שהדין האמריקאי הוא דין נזיקי, אשר אינו כרוך בתוצאות קשות במיוחד עבור העושה. על כן יכול הוא, ברמה העקרונית, "לחיות" עם מבחן אובייקטיבי, אשר במסגרתו אין זה משנה מה חשב העושה על התנהגותו וכיצד הבין אותה. במסגרת דיני העונשין, לעומת זאת, דורשות מרבית העבירות (וגם עבירת הטרדה המינית) מודעות בפועל לטיב ההתנהגות ולנסיבות⁵³. אין מי שמציע ברצינות ליצור עבירת רשלנות של הטרדה מינית (ועל ידי כך להעלות את הערך המוגן על ידי עבירת הטרדה המילולית למדרגה בה נמצאים ערכים כמו חיי אדם ושלמות גופו, אשר למען הגנתם אנו נכונים להסתפק ביסוד נפשי של רשלנות).

(ג) טענה של פגיעה בכבוד האדם - הפתרון המוצע על-ידי ד"ר קמיר הוא כי טענת הטרדה תהיה טענה של פגיעה בכבוד האדם וחירותו, וטענה זו "יכול בית-המשפט לבחון בעזרת מומחיותו המצטברת, ולאור העמדות הערכיות שהוא משקף, מבטא, מחזק ויוצר. הוא יכול לפסוק בה בלא להיזקק למבחן המסוכן של 'האדם הסביר', 'האישה הסבירה' או כל יצור סביר אחר"⁵⁴. לא ברור מה פירוש "טענה של פגיעה בכבוד". אפשר שהכוונה היא לאפיון של ההתנהגות ככזו שבאופן טיפוסי פוגעת בכבוד, אפיון אשר מתווסף ליסודות העבירה. נראה שגם מבחן זה אינו דורש תוצאה של פגיעה בכבוד, אלא מתמקד בהתנהגות עצמה ובוחן אותה באופן נורמטיבי-ערכי (וללא קשר לתוצאותיה האמיתיות או למה שחשב המטריד על אפשרות הגרימה שלהן). השאלה היא האם להוספת השלב של פגיעה בכבוד האדם יש משמעות מרחיקת לכת, מעבר לשינוי בטרמינולוגיה, והיא שתמלט אותנו ממבחן אובייקטיבי של סבירות. האם "המומחיות המצטברת והעמדות הערכיות של בית-המשפט" אינן בדיוק הקריטריונים לבחינת תשובתו של האדם הסביר לשאלות המוצגות בפניו? האדם הסביר מתיימר להיות בדיוק אותו "מושג נורמטיבי, המגלם את הסטנדרט הראוי בעיני בית המשפט"⁵⁵. על כן המבחן המוצע, של מומחיות מצטברת ועמדות ערכיות של בית המשפט, זהה למעשה למבחן אובייקטיבי של סבירות. כאשר השופטים ישאלו

52 פס"ד אליסון, לעיל הערה 23.

53 בישראל נעשה צעד נוסף, והמבחן האובייקטיבי מצא מקום במסגרת העבירה המשמעית. ראו פס"ד בן אשר, לעיל הערה 43.

54 קמיר, לעיל הערה 3, בעמ' 376.

55 פס"ד בן אשר, לעיל הערה 43, סוף פסקה 24 לפסק דינו של השופט זמיר.

את עצמם האם לפנייהם פגיעה בכבוד, הם ישאלו את עצמם בדיוק את אותן שאלות שהם שואלים כאשר הם בוחנים האם אותו "אדם סביר" היה רואה כאן פגיעה בכבוד, לפחות ככלי ראייתי בעל משקל רב. מתוסף גם הקושי של פענוח המושג "פגיעה בכבוד האדם", שאיננו עניין פשוט כלל ועיקר; והוא קשה יותר לקביעה מאשר פוטנציאל ההשפעה של התנהגות נתונה על יצירת סביבת עבודה עויינת.

6. האם ראוי לקרוא דרישת תוצאה לעבירה?

פתרון שניתן לשקול, אם כי גם הוא לוקה בקשיים לא מבוטלים, הוא החדרה פסיקתית של הדרישה לתוצאה של פגיעה סובייקטיבית בכבוד האדם כיסוד מיסודות העבירה, על המשמעות הנובעת מכך - דרישת מודעות של העושה להתקיימותה. היסוד הנוסף הוא יסוד של תוצאה פוגענית בפועל, ולא של פוטנציאל הגלום בהתנהגות לגרימת פגיעה. כבוד האדם לא יבחן בעזרת עמדותיו הערכיות של בית המשפט, אלא בבחינה סובייקטיבית: האם המתלוננת חשה שכבודה נפגע? כלומר, האם היא חשה מבוזה ומושפלת, כאילו היא אובייקט מיני לשימושו של המטריד? ובנוסף - האם העושה היה מודע לאפשרות הריאלית של פגיעה כזו בעת ההתנהגות? תשובה חיובית לשאלה הראשונה לא תספיק. מי שהציע לאישה שהוא מחבב לבלות איתה שוב ושוב למרות סירובה, עקב תקווה שהיא תשנה דעתה, מתוך חוסר הבנה שהצעותיו עלולות לפגוע בתחושת הכבוד שלה, לא יורשע בהטרדה מינית. רק כך תובטח הגבלת הענישה למי שנגוע באנטי חברתיות, ותצומצם הפגיעה בעקרון האשמה. בגלל הקשיים המיוחדים הגלומים בו (רוחב ההשתרעות המוגזם והעדר הפנמה) מהווה החוק למניעת הטרדה מינית דוגמה למצב בו מתחייב שימוש בתכלית ככלי פרשני המצמצם את תחולת האיסור⁵⁶. השימוש בתכלית במקרה זה אינו ספקולטיבי, שכן יש לו אחיזה של ממש בלשון החוק (סעיף המטרה), ועל כן הוא לא יוצר חוסר וודאות⁵⁷.

לפירוט ההתנהגויות במסגרת החוק, בתוספת הפרסום המלווה לחוק באמצעי התקשורת וחובת פרסום התקנונים על ידי המעבידים, יש חשיבות כראיה למודעות העושה לאפשרות גרימת התוצאה במקרים בהם התנהגותו היא אחת ההתנהגויות המנויות בחוק. המהלכים ההסברתיים

56 ראו Kremenitzer, "Interpretation in Criminal Law", 21 Is.L.R 358, 378 (1986).
57 מעניין לציין כי בהצעת החוק כללו החלופות הפליליות יסוד של תוצאה, או לפחות יסוד של שליליות לשמה בהתנהגות (ולכן גם מודעות של העושה לשליליות). כך, למשל, איסור ההצעות נוסח בסעיף 9 להצעת החוק: "העושה אחת מאלה באדם לאחר שאותו אדם הראה לו כי הדבר אינו רצוי לו... מטרידו בהצעות בעלות אופי מיני", כלומר (כפירוש אפשרי) - על העושה להיות מודע לאפשרות שהתנהגותו תגרום לתוצאה של הטרדה (אם כי הטרדה אינה בדיוק הפגיעה בתחושת הכבוד וברגש, אשר מפניה רוצים להגן, ועל כן גם נוסח זה הוא בלתי מספק). איסורי ההתייחסויות נוסחו: "מתייחס אליו כאל אובייקט מיני" ו"מתייחס באופן בוטה לנושאים מיניים בנוכחותו" (שם), כלומר - העושה צריך להיות מודע להתייחסותו למוטרת כאל אובייקט מיני, או לבוטות בהתנהגותו - מאפיינים ההופכים אותה לשלילית (לפחות במידה מסוימת) גם בתודעתו שלו.

שהחוק מחייב אמורים להבהיר לגברים מהן ההתנהגויות הפוגעניות⁵⁸. זאת, מאחר שקשה לצפות מהם שיהיו מודעים בעצמם לפוטנציאל הפגיעה ברגשות בהתנהגותם, אשר עד היום נחשבה להתנהגות מקובלת. מהלכים אלה נועדו לפתור את בעיית העדר המודעות לאפשרות גרימת התוצאה על ידי פיתוחה של מודעות כזו. אם הובא לידיעתו של אדם במסגרת הפרסום הרב לו זכה החוק ובמסגרת תקנוני ההתנהגות במקומות העבודה כי הצעות חוזרות ונישנות בעלות אופי מיני או התייחסויות חוזרות למיניותה של האישה הן התנהגויות בעלות פוטנציאל פגיעה, ניתן לראות במידע שהגיע אליו ראיה לכך שהיה מודע לאפשרות הפגיעה.

פתרון זה אכן פוגע באופי הרדיקלי של החוק: דרישה של פגיעה עלולה להקשות מאד על החלתו. במקרים רבים, למרות הפרסום, לא יהיה המטריד מודע לכך שהתנהגותו החוזרת ונשנית עלולה לפגוע, לפחות לא בעת ההתנהגות, מאחר שהידע עדיין לא הפך לאינטואטיבי. לכל היותר המטריד ירגיש ש"משהו לא בסדר". ירגיש, אך בדרך כלל לא יאתר (ברמת ההכרה) את מקור ההרגשה – הפגיעה בתחושת הכבוד של המוטרת. לכן איסור המכיל תוצאה של פגיעה בכבוד יהיה בעל תחולה מצומצמת, וכך ראוי שיהא. הפער בין תפישות נשיות לתפישות גבריות של התנהגויות יוצר בעיה בלתי פתירה מבחינת היכולת להתמודד באופן שיהא גם ממוקד וגם יעיל עם תופעת ההטרדה המינית בעזרת המשפט הפלילי. משפט פלילי אינו יכול להיות רדיקלי – המחיר הכרוך בשימוש בו לצרכים רדיקליים גבוה מידי. עם זאת, הפגיעה באפקטיביות של המסר שמעביר החוק אינה אנושה: המסר שמעביר החוק בדבר קיומה של תופעת ההטרדה המינית ושליליותה בעינינו עומד.

אך גם בפתרון זה אין מזור מוחלט לחולי בו לוקה החוק למניעת הטרדה מינית: המעשים הגוררים ענישה נותרים בדרגת חומרה נמוכה ביחס למעשים בהם אמור חוק פלילי לטפל (לפחות כמעשים אינדיבידואליים). הטיפול של החוק בהטרדה במסגרת יחסי מרות מעלה קשיים. מתעורר קושי מעשי ביחס לאפשרות לבחון מבחוץ קיומה של פגיעה סובייקטיבית בתחושת הכבוד, אשר היא תחושה נפשית פנימית. זאת ועוד, ספק רב אם ראוי שתוצאות עונשיות (מקרה הנופל בגדר איסור או מחוצה לו) תהיינה מותנות במידת הרגישות הפנימית של הקורבן, כלומר: שהתנהגויות זהות תהיינה פליליות במקרים מסוימים ובלתי פליליות באחרים. לא זו אף זו: זיכויים של נאשמים בשל אי התקיימות היסוד הנפשי עלולה להעביר מסר מוטעה של לגיטימציה למעשי ההטרדה, שעשוי לבלבל, עקב כך, את הציבור.

זאת ועוד אחרת, גישה פרשנית כזו מעדיפה לטובה את קהי החוששים, המגלים אטימות כלפי הזולת וזלזול כללי ברגשותיו, אשר מתוך עמדה כזו אינם מודעים לאפשרות הפגיעה בקורבן.

7. פרשנות דרישת החזרה

אמצעי אחר, בעייתי פחות, לצמצום מספר המקרים הנתפשים ברשת שלא בצדק הוא אפיון דרישת החזרה על ההצעות או ההתייחסויות (בחלופות בהן היא מופיעה) כחזרה אינטנסיבית – מספר רב של פעמים על פני פרק זמן קצר – כדי לזהות הטרדה מינית. אם הנחת החוק היא שיש סוגים של התבטאויות שהן פוגעניות רק כאשר הן חוזרות, מן הראוי לתת לדרישת החזרה

58 וניתן באמצעות הפרסום והתקנונים לחדד ולהבהיר את הפוטנציאל של פגיעה בכבוד על-ידי המעשים המוגדרים אסורים.

משמעות כזו שעשויה לכונן פגיעה בדרגת חומרה מספקת. רק חזרה אינטנסיבית על התייחסויות או הצעות מיניות יוצרת תמונה ברורה (הן לעיני נשים והן לעיני גברים) של הפיכת האישה לאובייקט בעיני הגבר (אובייקט אשר לרצונו אין משמעות) ושל יחס משפיל כלפיה. רק חזרה כזו פוגעת בקורבן פגיעה משמעותית היכולה להצדיק איסור עונשי. דרישת האינטנסיביות אף תביא להוצאה מגדרי החוק של המקרים בהם גבר שניסה בעבר ללא הצלחה לפתח מערכת יחסים עם אישה מבקש לברר אם היא שינתה את דעתה בחלוף זמן, אשר אין כל הצדקה לראותם כהטרדה מינית.

8. סיכום: קווים כלליים לטיפול ראוי בהטרדה מינית

תפישות שוביניסטיות מחלחלות במספר אפיקים. בעיקר בעקבות חינוך במובן הרחב של המילה, המתרחש בתחום הלימודים, העבודה, מסרים שמועברים בתרבות ובתקשורת, ותכנים של חוקים אזרחיים. יש לטפל בשינוי דווקא בעזרת המערכות האלה. אין ספק שהמדינה צריכה לנקוט עמדה ביחס לתופעת ההטרדה המינית, אולם הדרך הראויה לעשות זאת היא חינוך והסברה, בתוספת הרתעה לא מופרזת. על כן, ראוי להשקיע מאמצים ניכרים באמצעים לא משפטיים, כמו הקמת סוכנויות רשמיות או וולונטריות, הקצאת משאבים להסברה באמצעי תקשורת המונים ובימי עיון והרצאות. ההסברה צריכה להתמקד לא רק בפיתוח מודעות לתופעה, אלא גם בחינוך נשים להבעה חדה וברורה של אי רצון (לאו דווקא מתחשבת, רגישה ומנומסת). כן יש להשתדל לחזק את הביטחון בערך האדם של האישה כאדם מלא, באופן שיאפשר לנשים להסתכל על מטרידים בבזו, כמי שהתבטאותם מעידה על נחיתותם. כך תובן השלילה שבהטרדה, אך השפעותיה הרגשיות הקשות והבלתי רצויות יצומצמו.

האמצעי המשפטי המתאים לטיפול בהטרדה מינית הוא דין נזיקי (כפי שנעשה במידה לא מבוטלת של הצלחה בארה"ב) או דינים משמעתיים. טיפול משולב כזה מכבד את אזרחי ואזרחיות המדינה, ועשוי להביא לשינוי חברתי אמיתי, להבדיל מחוק פלילי, שיוצר בעיקר תמריץ של כפיה ופחד. אולי אין לשלול לחלוטין את השימוש בחוק הפלילי כמכשיר לקידום שינוי, אולם הוא צריך להיות מכשיר אחרון, שנעשה בו שימוש באופן מינימלי, תוך הגדרה זהירה מאד של הטרדה מינית – רק ביחס להתנהגויות בעלות ביטוי אינדיבידואלי פוגעני מספיק, ורק אחרי שהשינוי כבר הוטמע בהשקפות הציבור הרחב והפך לחלק אינטואטיבי של עמדותיו המוסריות. המסקנה היא שהיזקקות בשלב זה לחוק הפלילי לשם מניעת הטרדה מינית מילולית איננה מוצדקת. הכללה ב"הטרדה מינית" של התנהגויות אחרות, הנופלות בגדר איסורים עונשיים קיימים, אינה נחוצה מבחינת החוק הפלילי ועלולה אף לגרוע מחומרתן של אותן התנהגויות⁵⁹.

59 הכללת התנהגויות כאלה בהגדרת הטרדה מינית נחוצה לצרכים מוסוימים, שאינם פליליים, כמו קביעת זכות לפיצויים נזיקיים בשל עצם ההטרדה או בשל התנכלות בעקבות העדר שיתוף פעולה מצד הקורבן.