

איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?

מאת

אורית קמיר**

המשפט האמריקני מכיר את תופעת ההטרדה המינית מהזה כעשרים שנה. הבסיס החוקי לטיפול בתועה הוא הוראת סעיף 7 לחוק הזכויות האזרחיות, משנת 1964, האוסרת על הפליית עובד או עובדת על בסיס מין; הדוקטרינה הספציפית החלה על הטרדות מיניות פותחה בפסיקתם של בתי-המשפט במסגרת הוראת חוק זו. בתי המשפט בארצות הברית קבעו כי הטרדה מינית במקום העבודה היא אפליה פסולה של עובדת (או עובד) על בסיס מין, וכי היא יכולה ללבוש אחת משתי פנים: (1) התניית העסקה בשיתוף פעולה מיני של העובדת המוטרת עם הממונה המטריד (הטרדה מסוג "זה תמורת זה"), או (2) הטרדת העובדת (או העובד) תוך התייחסות למינה או מיניותה באופן חמור או מתמשך, הפוגע בתפקודה או בהנאתה מעבודתה (הטרדה מוג "סביבה עוינת").

רשימה זו מציגה את התפתחות הדוקטרינה המשפטית האמריקנית בסוגיית ההטרדה המינית, ומצביעה על ארבעה היבטים בעייתיים בדוקטרינה זו (הגדרת ההטרדה המינית כהפליה על בסיס מין, ההבחנה הקטגורית בין הטרדות מיניות מן הסוגים "זה תמורת זה" ו"סביבה עוינת", השימוש בדמות "האדם הסביר" בהקשר של הטרדה מינית והצמדת הדוקטרינה המשפטית של הטרדה מינית למאפייניה הייחודיים של התופעה בעולם העבודה). על רקע ניתוח המצב המשפטי בארצות-הברית, כמו גם המצב המשפטי ששרר בתחום זה בישראל בשנים 1988-1998, מפתחת הרשימה גישה משפטית חדשה להטרדה המינית, אשר ניצבת כיום בבסיס החקיקה הישראלית החדשה למניעת הטרדה מינית. על פי גישה זו, הטרדה מינית מוגדרת בחקיקה ראשית כפגיעה בכבוד האדם ובחירותו (ביחד עם היותה פגיעה בזכות לשוויון); מאפייניה המשפטיים רלוונטיים לכל סוגי ההטרדה המינית בכל תחומי החיים, ולא רק לאלה בתחום עולם העבודה; האיסור על ההטרדה המינית הוא אזרחי ופלילי גם יחד, והוראות החוק מוגדרות באופן שנועד למנוע שימוש שיפוטי בדמות "האדם הסביר" בתחום משפטי זה.

הצגת הנושא. חלק ראשון: הטרדה מינית במשפט האמריקני. 1. הולדת ההטרדה המינית כתופעה חברתית וכקטגוריה משפטית בארצות-הברית; (א) ההקשר המשפטי: Title VII; (ב) הבסיס התיאורטי: פמיניזם רדיקלי; 2. הטרדה מינית בפסיקה האמריקנית; **חלק שני: ביקורת הטיפול בהטרדה המינית במשפט האמריקני.** 1. קשיים הנובעים מהגדרות שונות של מושג השוויון; 2. הבעייתיות בהבחנה בין quid pro quo לבין hostile environment; 3. הבעייתיות בשימוש במבחן "הייצור הסביר" לקביעת חומרתה של הטרדה מינית; 4. תפירת ההטרדה המינית על-פי מידות התופעה בעולם העבודה; 5. חקיקה שיפוטית לעומת חקיקה ראשית; 6. סיכום ביניים; **חלק שלישי: הטרדה מינית במשפט הישראלי.** 1. יבוא ההטרדה המינית אל המשפט הישראלי; 2. ניתוח הליך חקיקת האיסור על הטרדה מינית בשנת 1988 והפקת לקחים; 3. סיכום ומסקנות: הצעה לחקיקה ראשית כללית, המגדירה הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם ובחירותו; 4. החוק החדש למניעת הטרדה מינית.

** מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

ה ב ה ר ה

כתב-העת מברך את המחברת עם חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. חוק זה מאמץ את הקונספציה שהוצעה על-ידי המחברת במאמרה, שהועבר במאי 1997 לכתב-העת, לוועדה לקידום מעמד האשה ולבית-המשפט העליון.

עקב סיבות שונות התעכבה יציאת הרשימה מעבר למצופה.¹ כך יצא שהרשימה, שבמקור נועדה להמליץ על אימוץ קונספציה משפטית חדשה, יוצאת לאור לאחר שקונספציה זו הפכה למציאות משפטית קיימת. לפיכך, נוקטת רשימה שפה של המלצה ושכנוע, אם כי בפועל היא מתארת את הדין הקיים.

כתב-העת מתנצל בפני המחברת והקוראים על כל אי בהירות בקריאת הרשימה בשל כך. שינויים הוכנסו במידת האפשר, אולם בשלב ההפקה המתקדם בו נמצאה הרשימה בשעת החקיקה, לא ניתן היה לשכתבה לחלוטין.

הצגת הנושא

התייחסויות מיניות לא רצויות, שהטרידו את מושאיהן והסבו להם ולהן נזקים כבדים, אירעו, מן הסתם, בכל מקום ובכל זמן, כמתועד בספרות. יוסף בן רחל ויעקב הוטרד כל כך מתביעותיה המיניות של אשת מעבידו פוטיפר, עד שנמלט מפניה כשרק עורו לגופו. התנכלותה של המטרידה המתוסכלת עלתה ליוסף בפיטורין, במחבוש וכמעט גם בחייו. שושנה אשת יהויקים הוטרדה מינית על-ידי שני זקנים תאוותניים, אשר פלשו לפרטיותה והציגו לה דרישות מיניות מלוות באיומים. סירובה להיענות לתביעותיהם המיניות הולידה אישום שווא נקמני בניאוף, ורק התערבותו של האל, באמצעות דניאל שליחו, הצילה את שושנה ממוות. דפנה, בת הנהר פנאוס, סבלה כל כך מתביעותיו המיניות של האל האולימפי אפולו, עד אשר בצר לה העדיפה להפוך לעץ, ובלבד שלא להוסיף ולשאת את ההטרדה המינית. אולם, רק בעשורים האחרונים של המאה ה-20 קובצו התרחשויות מגוונות כאלה תחת כותרת אחת, הועלו לדיון ציבורי, והפכו בכך לתופעה חברתית מתוחמת ובעלת שם: "הטרדה מינית". חוויות שבעבר נתפסו על ידי חוויה כפרטיות, ייחודיות וחד-פעמיות היו לביטוי של דפוס התנהגות חברתי מוכר, מוגדר ומתויג כשלילי. מעתה ניתן לסווג, לאפיין, לחקור ולהתווכח על מה שבעבר אולי היה "קיים", אך בהעדר שם מעניק משמעות לא ניתן היה לראותו כתופעה חברתית בעלת קיום מעבר לביטוייה הקונקרטיים המגוונים.²

¹ גרסה מקוצרת של הרשימה ראתה אור בנובמבר 1997 בספר **נשים הכח העולה: קידוש נשים בעבודה** – ניפוח "תקרת הזכוכית" (ענת מאור עורכת, התשנ"ז).

² בעשורים האחרונים נערכו במדינות רבות סקרים המעידים כי בין שליש לשני שלישים מאוכלוסיית הנשים מדווחות כי הוטרדו מינית. לסקרים אודות המצב בישראל ראו **מעמד האשה**, חוברת 16 (פרסומי לשכת יועצת ראש הממשלה למעמד האשה, נובמבר 1987); ע' פינטו בחינת הקשר בין התנסויות מיניות מטרידות לבין ההערכה הסובייקטיבית של מידת ההטרדה המינית אותה חווה האשה: בדיקה בקונטקסט הארגוני, עבודת גמר לקראת תאור מוסמך (הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל-אביב, 1989); ולאחרונה, מחקר שנערך בראשותה של פרופ' מרילין ספר הטרדה מינית של סטודנטיות באוניברסיטת חיפה על ידי סטודנטים, מתרגלים ומרצים (סיכום הנתונים הופיע בהודעה לעיתונות של אוניברסיטת חיפה מיום 16 במאי 1997). מתוך 699 הסטודנטיות שנסקרו בחיפה ענו 67.7% כי הוטרדו על ידי סטודנט, 34.5% השיבו כי הוטרדו על ידי מתרגל, ו-56.3% השיבו כי הוטרדו על ידי מרצה.

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

בשל עושרה הרב של הספרות המשפטית (האמריקנית) העוסקת בהטרדה מינית.³ חשוב להגדיר בפתח הדברים מהו ההיבט הספציפי של התופעה אליו אתייחס ברשימה זו ומה בכוונתי לחדש בה. מטרתי היא לבחון באורח ביקורתי את אופן טיפולו של המשפט האמריקני בהטרדה המינית, ולהפיק לקחים שיהוו בסיס לפיתוח קונספציה משפטית חדשה בתחום זה. התפיסה החדשה נועדה לפתור קשיים שהם אינהרנטיים לדוקטרינה האמריקנית, כמו גם להגדיר את הטרדה המינית ואת דרכי ההתמודדות עמה באופן שיהלום את מאפייני המשפט הישראלי.

³ ספר היסוד המשפטי אשר הגדיר את הטרדה המינית, על שני ראשיה, הוא ספרה של הפרופסור למשפטים Catherine A. MacKinnon (להלן: "מקינן"). *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (New Haven, 1979). ספר חלוצי זה מהווה עד היום נקודת מוצא והתייחסות לכל דיון משפטי בנושא הטרדה המינית. מאמרה של Martha Chamallas – *Writing About Sexual Harassment: a Guide to the Literature*, 4 *UCLA Women's L.J.* (1993) 37 – מוקדש כולו לסקירת הספרות המשפטית האמריקנית אשר עיצבה ופיתחה את תחום הטרדה המינית מאז פריצת הדרך של פרופ' מקינן ועד מחצית שנות התשעים. המאמר מציג שלוש תקופות מובחנות בהתרחשות זו, תוך ציון ואפיון הכתיבה האקדמית בכל אחת מן התקופות. ספרים המכילים קובצי מאמרים בנושא הטרדה המינית מלקטים, לרוב, מאמרים חשובים שפורסמו בכתבי-עת משפטיים ואחרים, אשר משקפים היבטים מגוונים של ההתייחסויות לסוגיה בתחומי חיים ומשפט שונים (כמו עבודה, חינוך, דיור וכיו"ב). שני ספרים טובים מסוג זה הם *Sexual Harassment: Confrontations and Decisions* (Buffalo, ed. By Edmund Wall, 1992); *Sexual Harassment* (San Diego, ed. By Bruno Leone, Bonnie Szumski, Carol Wekesser, Karin L. Swisher and Christina Pierce, 1992). ספרים אחרים העוסקים בהטרדה מינית מציעים נספחים ובהם רשימות ביבליוגרפיות מפורטות של פרסומים אקדמיים ואחרים המטפלים בתופעת הטרדה המינית ובהתמודדות עמה. שני ספרים המכילים נספחים כאלה הם *Back Off! How to Confront and Stop Sexual Harassment and Harassers* (Fireside, 1993); *Sexual Harassment: Know Your Rights* (N.Y., 1992) Martin Eskenazi & David Gallen; *Sexual Harassment & Social Change in American Society* (San Francisco, 1996) Morwitz. ספר עב כרס זה מציע סקירה היסטורית מפורטת ומדוקדקת של תופעת הטרדה המינית בחברה האמריקנית מאז המאה ה-19, דן בכל התחומים שבהם נתפסת הטרדה המינית כבעיה חברתית(לרבות בעבודה, במשפחה, בבתי-ספר, במוסדות השכלה, בדיור וברחוב), ומאזכר ספרות ענפה, משפטית ואחרת, המטפלת בהטרדה מינית. לניתוח הביקורתי המקיף ביותר של הטרדה המינית במשפט האמריקני, נכון לעת פרסום רשימה זו, ראו Katherine M. Franke, *What's Wrong with Sexual Harassment?*, 49 *Stanford Law Rev.* (1997) 691. לשם השוואה בין הטרדה מינית בחברה ובמשפט האמריקניים לבין הטרדה מינית בחברה ובמשפט בבריטניה, ראו Nicolle R. Lipper, *Sexual Harassment in the Workplace: a Comparative Study of Great Britain and the United States*, 13 *Camp. Lab. L.* (1992) 293. Patricia Hughes, *The Evolving Conceptual Framework of Sexual Harassment*, 3 *Cdn. Labour and Employment L.J.* 1

הטענה שאפתח במהלך הרשימה היא כי מאפייניה המקובלים של ההטרדה המינית נושאים את חותם ההקשר התרבותי-המשפטי האמריקני שבתוכו צמחה. קישור התופעה בעיקר עם מקום העבודה, הצגתה כפגיעה בזכותן של נשים לשוויון הזדמנויות, חלוקתה לשני הסוגים "quid pro quo" ו"סביבה עוינת", הגדרת מידת עוינותה של "הסביבה העוינת" באמצעות המבחן השיפוטי של "האדם הסביר" – כולם תוצרים ספציפיים של התפתחות ההטרדה המינית במסגרת הפסיקה וההגות המשפטית האמריקניות. מקצת המאפיינים הללו הם בעייתיים גם בהקשר האמריקני. יתרה מזאת: גם אותם מאפיינים שמתאימים אולי להקשר האמריקני, אינם בהכרח הולמים תפיסות מצויות, אפשריות ורצויות של הטרדה מינית בחברות אחרות ובשיטות משפט אחרות. אני סבורה כי בהקשר הישראלי (א) נכון יותר להגדיר הטרדה מינית בראש ובראשונה כפגיעה בכבוד האדם ובחירותו, ורק לאחר מכן כפגיעה בשוויון; (ב) אין צורך להגדיר הטרדה מינית כקשורה במקום העבודה דווקא; (ג) אין צורך לדבוק בהבחנה בין הטרדה מסוג "quid pro quo" והטרדה מסוג "סביבה עוינת"; (ד) אין צורך במבחן "האדם הסביר" לשם קביעת "סביבה עוינת". זאת ועוד: בהקשר הישראלי ראוי שנושא ההטרדה המינית יהיה מוסדר בחקיקה ראשית מפורשת, ואין להמתין לפיתוח שיפוטי של התחום, כפי שקורה במשפט האמריקני. חקיקה זו צריכה לקבוע נורמות שיקבלו ביטוי במשפט האזרחי, במשפט הפלילי ובדיני העבודה. לשם כך יש להגדיר את הערכים החברתיים הרלוונטיים באופן שיטתי ומקיף, ולא לשיעורין, כפי שהדבר מתרחש בארצות-הברית. החוק החדש למניעת הטרדה מינית עונה על כל אלה.

בחלקה הראשון של הרשימה אסקור את אופן התפתחותה של ההטרדה המינית כתופעה חברתית בתרבות ובמשפט האמריקניים. בחלקה השני אצביע על קשיים טבעיים בטיפול בהטרדה המינית בשיטת המשפט האמריקנית. בחלקה השלישי של הרשימה אבחן את התפתחות הטיפול בהטרדה המינית במשפט הישראלי. במסגרת זו אתייחס להבדל בין המציאות התרבותית-משפטית האמריקנית לבין זו הישראלית בהקשר זה, ואצביע על ההבדלים המתחייבים מהבדל זה בהתייחסות להטרדה המינית במשפט הישראלי. אסיים בהצעה קונספטואלית כיצד ראוי להגדיר את ההטרדה המינית בשיטת המשפט הישראלית, ובהצגת החוק החדש שנוסח ברוח הקונספציה הזו, החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166 (להלן – "החוק למניעת הטרדה מינית", או "החוק").

בהתאם למסגרת זו, אין בכוונתי להציע סקירה פנורמית של הספרות אודות הטרדה מינית, ולא להקיף את מכלול הנושאים הנדונים בספרות ביחס לתופעה זו. עם זאת, כיוון שאינני מניחה הכרות קודמת של קוראי עם ספרות זו, אציג ואפרש, אם גם על קצה המזלג, כל התפתחות, עמדה וטענה שאליהם אתייחס. קוראות וקוראים הבקיאים בנושא ההטרדה המינית, מתבקשים להתאזר בסבלנות (בעיקר בחלקה הראשון של הרשימה) ולדלג על הסברים בנקודות בסיסיות.

חלק ראשון: הטרדה מינית במשפט האמריקני

1. הולדת ההטרדה המינית כתופעה חברתית

וכקטגוריה משפטית בארצות-הברית⁴

שורשי הגדרתה של ההטרדה המינית כתופעה חברתית רצינית, המחייבת דיון והתייחסות, נעוצים בפריחתה של התנועה הפמיניסטית בארצות-הברית בעשורים השישי והשביעי של המאה ה-20.⁵ בפגישות תמיכה והעלאת מודעות שוחחו נשים אמריקניות בשנות השישים ובראשית שנות השבעים אודות אירועים בחייהן שגרמו להן עגמת נפש והצרו את צעדיהן בשבילי החברה. בדיוני "grass roots" אלה התלבנה התובנה כי נשים רבות מוטרדות מהתייחסויות מיניות שאינן רצויות להן וכי הטרדות אלה מקשות עליהן לממש את יכולותיהן, להגשים את עצמן ולהשתלב באופן מלא בחברה. במחצית שנות ה-70 קיבל שיח פמיניסטי זה שני ביטויים מקבילים, שלימים הפרו זה את זה הדדית. החל משנת 1974 הגיעו לבתי המשפט הפדרליים האמריקניים תביעות שהגדירו אירועים בחייהן המקצועיים של נשים כהטרדות מיניות. אף כי התביעות הראשונות נדחו כולן, בתי המשפט החלו נחשפים לטענות של נשים כי הטרדות אלה עולות להן בנזקים נפשיים וכלכליים, וכי הן פוגעות בזכותן לשוויון במקום העבודה. במקביל החלה פרופ' מקינון במחקר אקדמי שיטתי של התופעה. מחקרה, *The Sexual Harassment of Working Women*, שבחיבורו החלה במחצית שנות ה-70, יצא לאור בשנת 1979, והציע ניתוח קוהרנטי של התופעה החברתית ושל היבטיה המשפטיים.⁶ הספר ניתח וביקר את הפסיקה בתביעות שהוגשו בגין הטרדות מיניות בשנים 1974-1976, ובמקביל – העניק את הבסיס התיאורטי לתביעות נוספות רבות שהוגשו מאז פרסומו ואילך.

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

⁴ בסעיף זה ובבא אחריו אסקור בתמצות רב את התפתחותה של תפיסת ההטרדה המינית בחברה ובמשפט בארצות-הברית. לשם סקירות מקיפות ומפורטות ראו Martha Chamallas, Nicole R. Lipper, Katherine Franke, Beverley Earle and Gerald A. Madak (*Supra*, Note 3), and also Stephen Morewitz Ann C. Juliano, Did she ask for it?: the 'Unwelcome' Requirement in Sexual Harassment Cases, 77 *Cornell L. Rev.* (1992) 1558; Jane Selden, Employer Liability for 'Hostile Environment', *Sexual Harassment, Meritor Savings bank, FSB v. Vinson*, 31 *How. L. J.* (1988) 51; Susan Collins, Harris v. Forklift Systems: a Modest Clarification of the Inquiry in Hostile Environment Sexual Harassment Cases, *Wis. L. Rev.* (1994) 1515; Susan Estrich, *Sex at a Work*, 43 *Stan. L. Rev.* (1991) 813.

⁵ הספרות הפמיניסטית, ובמיוחד הספרות הפמיניסטית המשפטית, מייחסות חשיבות רבה לנושא ההטרדה המינית ומרבות לטפל בו, שכן ההטרדה המינית נתפסת כחום המשפטי המובהק – אם לא היחיד – שנוצר על ידי נשים, למען נשים, מתוך חוויית החיים הנשית וכדי להתמודד עם בעיות של נשים כפי שהן נתפסות על-ידן. לעניין זה ראו Catherine A. MacKinnon, *Sexual Harassment, its First Decade in Court*, in *Feminism Unmodified Discourses on Life and Law* (Cambridge, 1987) p. 103; Martha Chamallas (*Supra*, note 3), p. 37; Patricia Hughes (*supra*, note 3), p. 1; Kathryn Abrams, Gender Discrimination and the Transformation of Workplace Norms, 42 *Vand L. Rev.* (1982) 1183-1248; Katherine Franke (*supra*, note 3), p. 702.

⁶ ראו לעיל, הערה 3. לספרות פמיניסטית על הטרדה מינית במקום העבודה שקדמה לספרה של מקינון ראו Katherine Franke (לעיל, הערה 3), הערות 36-38.

Title VII (א) ההקשר המשפטי:

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

It shall be an unlawful employment practice for an employer to fail or refuse to hire or to discharge any individual or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.⁸

סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות עניינו שוויון הזדמנויות בשוק העבודה, ומטרתו היתה בראש ובראשונה להילחם בתופעה של הפליית עובדים שחורים (אי-קבלתם לעבודה, אי-קידומם, וקפוחם בתנאי עבודה לעומת עובדים לבנים). מלכתחילה לא נועד סימן 7 לקבוע את זכותן של נשים לשוויון הזדמנויות בעבודה. למעשה, הקטגוריה sex הוכנסה אל החוק על ידי מתנגדיו השמרניים, שביקשו להבהיר בדרך זו עד כמה מגוחכת ונלעגת החקיקה, ולטרפדה; אולם הכוחות הליברליים העדיפו להבטיח את זכויות(הגברים) השחורים גם אם הדבר כוך בהענקת זכויות לנשים (לבנות ושחורות כאחת). והתוספת שנועדה להכשיל את החקיקה כולה הפכה למקור זכותן המשפטית של נשים לשוויון הזדמנויות בעבודה.⁹

אחד ההישגים החשובים ביותר, מבחינה מעשית, של סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות, הוא הקמתו של גוף פדרלי, סטטוטורי, המופקד על יישום הוראות החוק. ושומו Equal Employment Opportunity Commission, המוכר בשם EEOC. בתיקון משנת 1972¹⁰ (אשר הרחיב את תחולת סמן 7 גם על המדינה ורשויותיה), הוענקו ל-EEOC סמכויות רחבות היקף, אשר אפשרו לו לקבוע מדיניות ולאכפה הלכה למעשה.¹¹ ה-EEOC מוסמך לקבל תלונות של עובדים הסובלים מהפליה במקום העבודה, ליזום חקירות עצמאיות, לבחון את השמירה על עיקרון השוויון במקומות עבודה, להורות למעסיקים לנקוט צעדים לתיקון מצבים הטעונים שיפור, ולתבוע בבתי משפט פדרליים מעסיקים סרבניים, המסרבים להיענות להנחיות. ה-EEOC מונחה, בחוק, לנסות לקדם את השוויון במקומות העבודה בראש ובראשונה על ידי בוררות בלתי פורמלית, אולם במקרי הצורך הוא מוסמך לנקוט גם צעדים חריפים וכופים (באמצעות בתי המשפט). ה-EEOC ממלא תפקיד נכבד ביישום הוראות סימן 7, ומשנות ה-80 גם במניעת הטרדה מינית במקומות העבודה.¹²

⁷ Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, Title VII, 78 Stat. 253-268, codified at 42

U.S.C. 2000e *et seq.*

42 U.S.C. 2000e-2(a)(1)⁸

⁹ לעניין ההיסטוריה החקיקתית ראו George B. Glenn, The Back Door: Legitimizing Sexual Harassment Claims, 73 *B.U.L. Rev.* (1993) 1, 4; Ann Juliano (*supra*, note 4), note 11 p. 1517; Susan Estrich (*supra*, note 4), p. 816; Beverley H. Earle and Gerald A. Madek (*supra*, note 3), p. 48 (and footnotes 33-36)

¹⁰ Equal Employment Opportunity Act of 1972, Pub. L. No. 92-261, 86 Stat. 103 (1972)

לסמכויות ה-EEOC ראו 42 U.S.C. 2000e-5(a)-(b)¹¹

¹² על הנחיות ה-EEOC בעניין הטרדה מינית ראו להלן, ליד הערה 26. לסקירה קצרה אודות ה-EEOC ראו Eskenazi & Gallen (*supra*, note 3), Chapter 4: EEOC Guidelines, pp. 159-189

יצוין, כי המחוקק הפדרלי דואג לעדכן, לתמוך ולחזק את הוראותיו של סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות. כך, בתיקון משנת 1991¹³ נקבעה זכותם של תובעים (ונתבעים) על פי סימן זה למשפט מושבעים.¹⁴ עוד קבע התיקון כי תובעים על פי סימן זה, אשר הוכיחו זדון או רשלנות פושעת של מעסיק, זכאים לפיצויים עונשיים מוגדלים עד לשיעור מרבי הקבוע בחוק.¹⁵

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

(ב) הבסיס התיאורטי: פמיניזם רדיקלי

שיטתה הפילוסופית של מקינון היא פמיניסטית-רדיקלית.¹⁶ במסגרת שיטה זו, הנסמכת על המתודולוגיה המרקסיסטית ועל גישות ביקורתיות בנות זמננו, לא ניתן לקבל כנתונים את מושגי היסוד של השיח החברתי, שכן מושגים אלה, אף שהם מתחזים כ"ניטרליים" ו"נטולי ערכים", ספוגים הם למעשה באידיאולוגיה שאותה הם משרתים. צורה חשיבה זו גורסת כי כל מערכת מושגים חברתית משקפת את האינטרסים של המעמדות השליטים, ומנציחה אותם על-ידי הצגתם כ"טבעיים" – ולכן כ"נכונים" וכבלתי נמנעים. משימתה של החוקרת הביקורתית היא, לכן, לחשוף את האינטרסים שמערכת מושגים נתונה משרתת, להסביר באילו אופנים משרתות המוסכמות המקובלות את המעמדות השליטים, ולהציע מושגים אלטרנטיביים, שיבטאו את נקודת מבטם של המעמדות המדוכאים, שיתנו להם קול ושיקדמו את האינטרסים שלהם.

¹³ Civil Rights Act of 1991, Pub. L. 102-166 [S. 1745] (1991).

¹⁴ שם, 102 (c).

¹⁵ שם, 102 (b). תקרות הפיצויים הקבועות בחוק מותאמות לגודלו של המעסיק: לגבי מעסיק של עד 101 עובדים התקרה היא \$ 50,000; לגבי מעסיק של עד 201 עובדים – \$ 100,000; לגבי מעסיק של עד 501 עובדים – \$ 200,000, ולגבי מעסיק גדול יותר – \$ 300,000. עד לתיקון זה היו תובעים על פי סימן 7 זכאים רק לצוים, לרבות צווי השבה לעבודה, תשלום הפסד השתכרות וסעדים נוספים מן היושר, כפי שנקבע בשנת 1972 ב-200e-5(g) U.S.C. 42, בתיקון שהוכנס ב-Equal Employment Opportunity Act of 1972, Pub. L. No. 92-261, 86 Stat. 103 (1972), Sc. 4 (a) Earle & Madek. (supra, note 3), pp. 67-69.

¹⁶ השיטה הפילוסופית המתוארת כאן באה לידי ביטוי כבר בספר משנת 1979 (ראו לעיל, הערה 3). במיוחד בפרק החמישי (עמ' 101-142), אך שוכללה במידה רבה במאמרים המקובצים בספר משנת 1987 (לעיל, הערה 5). בסקירה זו אני משלבת את האמור בשני המקורות, כמו גם בכתביה האחרים של מקינון ובהרצאותיה.

אחד המושגים אותם חוקרת מקינן בכתביה הוא מושג השוויון. היא מראה כיצד מושג השוויון האריסטוטלי, הוא מושג השוויון המשמש את החברה המערבית ואת שיטות המשפט שלה עד עצם היום הזה, מזהה את המושגים "שוויון" ו"הפליה" עם צמד מושגים נוסף: "דומות" ו"שונות". יחס שוויוני מוגדר במסגרת מושג השוויון האריסטוטלי כהתייחסות דומה ל"דומים", ויחס מפלה הוא התייחסות שונה ל"דומים". התייחסות שונה ל"שונים" איננה בבחינת הפליה, במסגרת חשיבה זו, שכן שוויון אינו מחייב התייחסות דומה לשונים אלא לדומים בלבד.¹⁷

נוסחה אריסטוטלית זו מתחזה כ"ניטרלית", "אובייקטיבית" ו"נטולת ערכים", ולכן איננו רגילים לבדוק בציזיותיה ולבחון מהם האינטרסים החברתיים אום הא משרתת. אולם, ההקשר התרבותי שופך אור חדש על תפיסת השוויון האריסטוטלית. בעולם פטריארכלי, שנבנה על ידי גברים מתוך חוויות חייהם ומשקף אך ורק את תפיסותיהם הן ביחס לעצמם והן כלפי זולתם, הגבר הוא נקודת המוצא המובנת מאלוה, ואילו האשה היא בראש ובראשונה ה"אחר", ה"שונה", כמו גם אובייקט מיני לתשוקה הגברית. זיהויה התרבותי של האשה כ"שונה" (מן הגבר) הוא כה עמוק, עד שמבלי משים אנו חושבים על מושגים שהם "שונים" מן הדימוי העצמי הגברי – כ"נשיים". כך, למשל, גברים תופסים את עצמם כ"רציונליים", ולכן "רגשות בלתי רציונלית" נתפסת כ"נשית", כלומר: כ"שונה" (מן הגברי, שהוא נקודת ההתייחסות הבלתי מפורשת). זיהויה התרבותי של האשה כאובייקט לתשוקה מינית (גברית), עמוק לא פחות, וזאת בשונה מתפיסת הגבר כסובייקט אנושי רב-ממדי.

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

¹⁷ משנתה של מקינן ביחס לשוויון, ביקורתה את השוויון האריסטוטלי והצעתה להגדרת שוויון חילופית נוסח באופן הרוט ביותר במאמרה *Difference and Dominance: On Sex Discrimination*, שבספר משנת 1987 (לעיל, הערה 5).

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

במסגרת תיאוריה זו לא יקשה לראות כי התופעה החברתית של הטרדה מינית מהווה דפוס התנהגות המשרת את המעמד השליט (קבוצת הגברים), על ידי דיכוי המעמד הנשלט (קבוצת הנשים), וזאת על ידי הנצחת מעמדן של נשים כ"שונות" וכ"אובייקטים מיניים" בעולם פטריארכלי. הטרדה מינית כופה על הנשים המוטרדות – ובאמצעותן על קבוצת הנשים כולה – דימוי של אובייקטים מיניים, המוגדרים ביחס לצורכיהם והשקפת עולמם של גברים. כך, מונעת הטרדה המינית מנשים להגדיר ולתפוס את עצמן באופן חופשי ועצמאי כיצורים אנושיים משוחררים מסטריאוטיפים, מדעות קדומות, ומההשוואה הפטריארכלית המתמדת לגברים. כך היא מהווה הפליה של נשים, ומונעת מהן את השוויון – שהוא אפשרי רק במסגרת חברה לא פטריארכלית.

מחקרה של מקינון, שהתמקד בעיקר בהטרדות מיניות של נשים עובדות, חשף כי ההטרדה המינית אינה עשויה מעור אחד, אלא מכילה סוגים שונים של הטרדות. לשיטתה, כל סוגי ההטרדה אמנם מפלים את הנשים העובדות על ידי הנצחת הערכים הפטריארכליים, אך התנהגויות שונות משרתות מטרה זו באופנים שונים. כך, למשל, במקומות עבודה המעסיקים נשים במקצועות המוגדרים באופן מסורתי כ"נשיים" (תופרות, כובסות, טלפניות), נוטים גברים, המועסקים בדרך כלל בתפקידי ניהול ופיקוח, לזהות את מקצועותיהן ה"נשיים" של הנשים העובדות עם "מקומן הטבעי" של נשים במסגרת הסדר הפטריארכלי. לפיכך, הם, כגברים, רואים עצמם זכאים ליהנות גם משירותיהן המיניים של הנשים העובדות תחתיהם, שכן גם שירותים אלה שייכים "מקומן הטבעי" של נשים במבנה חברתי פטריארכלי. במקומות עבודה כאלה, גברים בתפקידי ניהול ופיקוח מטרידים את הנשים העובדות תחת מרותם על ידי נגיעות פיסיות כמו גם על ידי דרישות לשיתוף פעולה מיני, כלומר: על ידי התניית מקום העבודה של האשה בשיתוף פעולה מיני מצדה (מקינון כינתה סוג זה של הטרדה "quid pro quo"). בכך מבטאים גברים אלה, ומנציחים, את הערכים הפטריארכליים לפיהם נשים הן אובייקטים מיניים לשימושם של גברים. הם מעוניינים בהמשך הימצאותן של הנשים במקום העבודה, ובלבד שתשמשה שם כ"נשים", כלומר – בתפקידים "נשיים" וגם כאובייקטים מיניים לצרכים גבריים.¹⁸

במקומות עבודה שבהם מועסקות נשים בתפקידים "גבריים" (ולכן יוקרתיים יותר, למשל הטסת מטוסים), גברים העובדים לצדן מרגישים לעתים קרובות כי עבודת הנשים מאיימת על הסדר החברתי הפטריארכלי (ומתוך כך גם עליהם עצמם), והם מנסים להשיב סדר זה על כנו ולחזקו באמצעות דחיקת רגלי הנשים העובדות והרחקתן מתפקידיהן ה"גבריים". מטרה זו מושגת פעמים רבות על ידי הטרדת הנשים באמצעות הערות והתנהגויות סקסיסטיות משפילות, המתייחסות אל הנשים המוטרדות עצמן או אל ציבור הנשים ככלל. הערות אלה מערערות את תחושת המקצועיות של הנשים העובדות, חותרות תחת ביטחונן העצמי, ממאיסות עליהן את ההימצאות במקום העבודה, פוגעות במוטיבציה שלהן ואף מבריחות אותן מן הסביבה העוינת. מקינון כינתה הטרדה מינית מסוג זה "hostile environment".¹⁹

¹⁸ מקינון (לעיל, הערה 3), בעמ' 32-9, במיוחד 32 ו-39.

¹⁹ שם, בעמ' 40 ואילך. מקינון מציינת כי גם נשי העובדות במקומות עבודה "נשיים" ובתפקידים "נשיים" סובלות מהטרדה מינית מסוג סביבה עוינת, מכיוון שגברים מסוימים סבורים כי השפלות מיניות הן חלק מן ההתייחסות לנשים כנשים. נשים בתפקידים "גבריים". לעומת זאת, סובלות פחות מהטרדות מיניות מסוג qui pro quo. יוצא כי אף שמקינון אינה מציעה חלוקה דיכוטומית, עולה מדבריה כי הטרדה מינית מסוג quid pro quo קשורה במקומות עבודה "נשיים", ומטרתה לשעבד נשים במקצועות "נשיים" גם לצרכיהם המיניים של גברים באותם מקומות עבודה; הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת טיפוסית למקומות בהם גברים מסוימים מנסים להרחיק נשים מתפקידים "גבריים".

ביחס לשני סוגי ההטרדה יש להוסיף כי הנשים העובדות, אשר גדלו ועוצבו, כמו הגברים, במסגרת התרבות הפטריארכלית, חשות מבעד להטרדות המיניות את הערכים הפטריארכליים ואת הסטריאוטיפים המפלים הגלומים בחובם, ומגיבות אליהם רגשית. משום כך, נשים שאינן מקבלות את הסטריאוטיפים הפטריארכליים ומסות להשתחרר מאחיזתם, חוות הטרדות מיניות כמשילות, כניסיונות להצר את צעדיהן ולכפות עליהן מערכת ערכים שאינה רצויה להן. אך מעבר לכך, נשים "פמיניסטיות" ו"בלתי פמיניסטיות" כאחת נוטות להיות גישות מאוד לכל התייחסות למיניותן. שלא כמו גברים, נשים מחונכות על ידי התרבות הפטריארכלית לשמור על מיניותן מפני כל נגיעה, והן לומדות לחוש בושה, אזלת-יד, איום ופגיעות כאשר אדם זר מתייחס אל מיניותן שלא לרצונן. התייחסויות מיניות בוטות מהוות, לכן, עבור מרבית הנשים פגיעה בנקודה רגישה, דבר המגביר את עצמת התגובה הרגשית, ומקשה עליהן להתמודד ולהדוף את היחס הבלתי רצוי להן.²⁰

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

²⁰ כותבות רבות מדגישות את השוני הגדול בין תגובותיהם של נשים וגברים להערות מיניות. לנקודה זו ראו, בנוסף לספריה של מקינן: Glenn George (*supra*, note 3), p. 42; Martha Chamallas (*supra*, note 3), p. 31; Patricia Hughes (*supra*, note 3), p. 17-18; Kathryn Abrams (*supra*, note 5), p. 1203-9; Nicolle R. Lipper (*supra*, note 3), p. 297. ניסוח קולע במיוחד לטענה כי נשים וגברים מגיבים אחרת להתייחסות למיניותם מביאה Hughes מאת Faraday: To remind a man of his sexuality is to remind him of his power; to remind a woman of sexuality is to remind her of her vulnerability (Hughes, *supra*, note 3, p. 6). לעמדות השוללות את ההבחנה בין נשים לגברים בנקודה זו ראו Susan Collins (לעיל, הערה 4), בעמ' 1540-1541 ו-Katherine Franke (לעיל, הערה 3), בעמ' 751. הגישה כי קיים שוני עמוק בתגובות גברים ונשים לפניויות מיניות ניצבת בבסיס יצירתו של מבחן "האשה הסבירה", כנבדל ממבחן "האדם הסביר". ראו להלן, חלק שני, סעיף 3.

האנלוגיה לכינויי גנאי גזעניים יכולה להבהיר גם את עמדתה של מקינון, שבמבט ראשון מעוררת תמיהה, לפיה כל הטרדה מינית, גם אם היא מבוצעת על ידי אשה או שהיא מופנית כלפי גבר, מהווה הפליה של קבוצת הנשים. כאשר מעסיק שחור מכנה עובד לבן "לבן טיפש" הוא פוגע באדם לבן מסוים, ופוגע בו במידה מועטה, שכן בחברה האמריקנית לא קיימים סטריאוטיפים המזהים את הגזע הלבן עם תפיסות גזעניות, ובוודאי שלא עם טיפשות. אולם, כינוי גזעני זה מבטא ומנציח את עצם הנורמות הגזעניות, שבמסגרתן ניתן לסווג ולהעליב אדם על פי השתייכותו הגזעית. במציאות האמריקנית, נורמות גזעניות אלה פוגעות בראש ובראשונה בקהילה השחורה, ולכן גם כשהפגיעה הקונקרטית היא של אדם שחור באדם לבן יש בכך הפליה של המיעוט השחור, שכן מחוזק דפוס חברתי המונע שוויון מקבוצה זו. באופן מקביל, גם הטרדה מינית של גבר על ידי אשה או על ידי גבר מנציחה מצב חברתי שבו אנשים מדוכאים על ידי התייחסות אליהם כאל אובייקטים מיניים, ומכיוון שבחברתנו הפטריארכלית נורמה חברתית זו מפלה, ככלל, נשים לעומת גברים, הרי שגם כאשר הנפגע הקונקרטי הוא גבר, ההפליה החברתית הרחבה היא של נשים.²¹

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

²¹ Patricia Hughes (לעיל, הערה 3), בעמ' 5, מציעה ניסוח דומה, אם כיל א זהה, לזה של מקינון: Viewed as a manifestation of gendered, as well as economic, power relations and as a form of sex discrimination, sexual harassment doctrine is properly applicable only to comments and conduct by men against women, and perhaps to similar treatment of gay men by straight men.

2. הטרדה מינית בפסיקה האמריקנית

גם הנשים שהגישו תביעות בבתי משפט בגין הטרדה מינית טענו כי ההטרדה הפלגתית אותן על בסיס מין, והן הגישו את תביעותיהן במסגרת סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות. התביעות הראשונות שהוגשו לבתי-המשפט נדחו כולן, ובתי-המשפט קבעו החלטית כי הטרדה מינית, חמורה ככל שתהיה, אינה הפליה על בסיס מין.²² השופטים הפדרליים בערכאות הראשונות קבעו כי כל הטרדה מינית היא אירוע פרטי, אישי, מבודד ויחיד במינו, שאינו חלק מתופעה חברתית רחבה, אלא הוא אירוע של משיכה מינית בין שני פרטים קונקרטיים ותו לא. משיכה מינית, הוסיפו השופטים וקבעו, היא תופעה טבעית, נורמלית ובלתי נמנעת, ובמקרים בהם היא מקבלת ביטויים שאינם נעימים לאחד הצדדים ניתן להצטער על כך, ואולי אף לגנות התנהגות לא מתחשבת ולא תרבותית של המטריד, אך בוודאי שלא ניתן לראות בכך ביטוי להפליה על בסיס מין. הטרדה של אשה פלונית איננה הטרדה כאשה ואינה מתבצעת לשם הפלייתה כאשה, אלא היא רק הטרדה של פלונית בשל מכלול מאפייניה האישיים; החוק, קבעו השופטים, אינו יכול ואף אינו צריך להגן על כל פרט מפני אנשים הנמשכים איו, אף אם הם נותנים משיכתם ביטוי שאינו נעים למושא המשיכה.

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

פסק-הדין בעניין *Saxbe*²³ משנת 1976 היה הראשון שקבע כי הטרדה מינית של עובדת מהווה הפליה אסורה על בסיס מין במסגרת סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות. עובדות המקרה היו כי העובדת – התובעת – נדרשה לקיים יחסי מין עם הממונה עליה, ומשסירבה להיענות לדרישה – פוטרה. פסק-הדין קבע כי אלמלא היתה התובעת אשה לא היה מוטרת, ולכן מינה הוא שהוליד יחס שונה כלפיה לעומת עובדים אחרים. הטרדת התובעת היא, לכן, הפלייתה על בסיס מין. ובלשונו של השופט Richey:

The conduct of the plaintiffs supervisor created an artificial barrier to employment which was placed before one gender and not before the other, despite the fact that both genders were similarly situated.²⁴

מכיוון שהממונה המטריד הטרד גם עובדות אחרות נוסף על התובעת, השאיר בית-המשפט בצריך עיון את השאלה האם היתה ההטרדה מהווה הפליה לו הטרדה רק התובעת לבדה.

²² פסקי-הדין הראשונים הם: *Barnes v. Train* 13 FEP Cases 123 (D.D.C. 1974); *Corne v.* *Bausch & Lomb* 390 F. Supp. 161 (D. Ariz. 1975); *Tompkins v. PSE – G* 422 F. Supp. 553 (D.N.J. 1976); *Miller v. Bank of America* 418 F. Supp. 233 (N.D. Cal. 1976).

²³ ואחרים מנותחים כבר בספרה של מקינון (לעיל, הערה 3), פרק רביעי, בעמ' 100-57.

²⁴ *Williams v. Saxbe* 413 F. Supp. 654 (D.C.Cir. 1976).

²⁴ שם, בעמ' 657-658.

כשנה לאחר שנקבעה הלכה *Saxbe* נסגר מעגל, כאשר השופט *Robinson* (מן ה-3rd Circuit) קיבל את ערעורה של הגברת *Barnes*, והפך את פסק-הדין הראשון שניתן בארצות-הברית שלוש שנים קודם לכן בסוגיית ההטרדה המינית.²⁵ בערכאה הראשונה, בשנת 1974, נדחתה תביעתה של *Barnes* מכל וכל, ואילו פסק-הדין בערעור קיבל את כל טענותיה. השופט רובינסון נקט קו דומה לזה של הלכת *Saxbe*, וקבע כי לשם ביסוס טענה כי הטרדתה המינית של עובדת היא הפליה אסור על בסיס מין, אין צורך להוכיח כי כל אשה היתה וטרדת אילו מילאה את תפקידה של התובעת, ודי להוכיח כי רק נשים (ולא גברים) הוטרדו או היו מוטרדות במקומה (במילים אחרות: רק אילו הטריד הממונה נשים וגברים כאחד היתה נשמטת טענת ההפליה על בסיס מין). השופט רובינסון קבע גם כי בנסיבות המקרה, בהן היה המעסיק מודע להטרדה, חלה עליו אחריות מלאה להתנהגות הממונה מטעמו. כדי להתגונן מפני אחריות בגין הטרדה מינית, קבע רובינסון, על המעביד לקבוע מדיניות האוסרת הטרדה מינית ולהציגה ברבים; עליו לכונן מנגנון יעיל לטיפול בתלונות על הטרדות מיניות, ועליו לטפל ביעילו בתלונה שהוגשה על ידי עובדת, תוך הפקדה על עילום שמה.

בעקבות פסיקות אלה נהפכה עמדתם הקודמת של בתי-המשפט בארצות-הברית, ובשנות ה-70 המאוחרות הכירו יותר ויותר בתי-משפט בהטרדה מינית במקום העבודה כהפליה אסורה על בסיס מין. ההטרדות המיניות הראשונות שהוכרו כפוגעות בשוויון היו מסוג "quid pro quo", כלומר: מקרים בהם נדרשו התובעות להעניק לממונים עליהן טובות הנאה מיניות, ומשסירבו לעשות כן – פוטרו. הטרדות מסוג "hostile environment" – כלומר: הטרדות המתבטאות בהתייחסויות סקסיסטיות מעליבות ומשפילות, הממררות את חיי העובדות ופוגעות בתנאי עבודתן – הוכרו רק בשלב מאוחר יותר. כמו השופטים בפסקי-הדין *Saxbe* ו-*Barnes*, כך גם השופטים הפדרליים האחרים בחנו את תביעות ההטרדה המינית במסגרת תפיסת השוויון האריסטוטלית, ומתוך גישה זו קבעו כי הטרדה מינית של עובדת היא הפליה על בסיס מין, שכן לו עבד גבר במקומה לא היה מוטרד. עובד ועובדת הוגדרו בפסיקה כ"דומים" לצורך תנאי העבודה, ולכן נקבע כי הטרדה מינית של האשה מכוננת יחס "שווה" כלפי "דומים" ומהווה הפליה על בסיס מין.

²⁵ *Barnes v. Costle* 561 F.2d 983 (D.C.Cir 1977).

בשנת 1980 פרסם ה-EEOC הנחיות,²⁶ בהן נקבע כי שלושה טיפוסים התנהגות מינית במקום העבודה מהווים הטרדה מינית, שהיא הפליה אסורה על-פי סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות: התנהגות מינית שאינה מתקבלת בברכה ("unwelcome"), בקשות לזכות הנאה מיניות והתנהגויות פיסיות או מילוליות אחרות שהן מיניות במהותן. התנהגויות אלה יהוו הטרדה מינית אם: (א) היענות להן מהווה תנאי להעסקה (גלוי או סמוי); או אם (ב) היענות או אי-היענות להן מהווה בסיס לקבלת החלטות תעסוקתיות הקשורות בעובד; או אם (ג) הן נועדו לגרום או גרמו בפועל להתערבות בלתי סבירה בתפקודו המקצועי של עובד או ליצירת אווירת עבודה מאיימת, עוינת או מעליבה.²⁷ ההנחיות קובעות כי בכל מקרה נתון יכריע ה-EEOC לגבי כל התנהגות נדונה לאור מכלול הנסיבות במקום העבודה.²⁸ באשר לאחריות המעביד, ההנחיות קובעות כי בהתאם לעקרונות הכלליים של סימן 7, המעביד אחראי אחראיות מלאה להטרדה מינית שביצעו הוא עצמו, ממונה מטעמו או שליח שלו, וזאת אף אם המעביד לא ידע אודות ההתנהגות האמורה ואף אם אסר עליה במפורש.²⁹ מעביד אחראי להטרדה מינית של עובד כלשהו (שאיננו ממונה או שליח בנסיבות העניין) אם ידע או צריך היה לדעת, הוא או אדם אחר מטעמו, אודות ההתנהגות. מעביד יכול להשתחרר מאחריות כזו אם נקט צעדים מיידיים והולמים לתיקון המצב.³⁰ עוד קובעות התקנות כי מניעה היא הכלי היעיל ביותר לחיסול תופעת ההטרדה המינית. אשר על כן, מעבידים צריכים לנקוט צעדים אופרטיביים להגברת המודעות לתופעה, להביע עמדה שלילית החלטית כלפיה, לקבוע סנקציות הולמות, לפתח מנגנונים להגברת רגישות לנושא, ולידע את עובדיהם בדבר זכותם להתלונן אודות הטרדות מיניות.³¹

EEOC Guidelines on Sexual Harassment, 45 Fed. Reg. 74, 674-677, to be codified at 29 C.F.R. 1604.11 (a)-(f).²⁶

"Harassment on the basis of sex is a violation of section 703 of Title VII. Unwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other verbal or physical conduct of a sexual nature constitute sexual harassment when (1) submission to such conduct is made either explicitly a term or condition of an individual's employment, (2) submission to or rejection of such conduct by an individual is used as the basis for employment decisions affecting such individual, or (3) such conduct has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual's work performance or creating an intimidating, hostile or offensive working environment (1604.11 (a))."²⁷

"In determining whether alleged conduct constitutes sexual harassment, the Commission will look at the record as a whole and at the totality of the circumstances, such as the nature of a sexual advances and the context in which the alleged incidents occurred. The particular action will be made from the facts, on a case by case basis (1604.11(b))."²⁸

1604.11(c).²⁹

1604.11(d). סעיף קטן (e) קובע אחריית מעביד דומה ביחס להטרדה מינית שבוצעה עובדו על-ידי צד ג'.³⁰

1604.11(f). סעיף קטן (g) קובע כי מתן טובות הנאה לעובד על בסיס מיני מהווה הפליה של העובדים האחרים.³¹

הנחיות ה-EEOC ביחס להטרדה מינית במקום העבודה אינן בעלות תוקף של חוק מחייב. עם זאת, בתי-משפט רבים אימצו את ההנחיות, חלקים מהם או פרשנויות מרחיבות או מצמצמות שלהן, ובכך הפכו אותן דה-פקטו למקור הנורמות המחייבות בתחום זה. בשנת 1982, שנתיים לאחר פרסום ההנחיות, השתמש בהן בית-המשפט הפדרלי של ה-11th Circuit בעניין *Henson*³² כבסיס למבנה התיאורטי שיצר לשם התייחסות שיפוטית לתביעה בגין הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת. מקובל לומר שמאותה שעה היו ההנחיות לבסיס ההסדר החוקי בנושא הטרדה המינית, מסוג סביבה עוינת בפרט.³³

בשנת 1986 נאות לראשונה בית-המשפט העליון ש ארצות-הברית לשמוע ערעור על פסק-דין בסוגיית הטרדה המינית, ובאמצעות פסק-הדין שכתב בעניין זה קבע את עמדתו המחייבת בסוגייה. בית-המשפט פסק כי גם הטרדה מיני מסוג hostile environment מהווה הפליה אסור העל-פי סימן 7 חוק הזכויות האזרחיות.

³² *Henson v. City of Dundee* 682 F.2d 897 (11th Cir., 1982)

³³ על בסיס הנחיות ה-EEOC קבע בית-המשפט בעניין *Henson* חמישה יסודות מצטברים שעל התובע להוכיח כדי לבסס טענת *prima facie* של הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת: (1) התובע משתייך לקבוצה מגוננת על-ידי סימן 7 (קבוצת הנשים הנה קבוצה כזו); (2) התובע חשוף (או היה חשוף) להתנהגות המהווה הטרדה מינית כהגדרתה בהנחיות ה-EEOC (הטרדה מינית על-פי ההנחיות היא בראש ובראשונה התנהגות מינית שלא נתקבלה בברכה, כלומר: "unwelcome"). בית-המשפט בעניין *Henson* קבע כי "unwelcome" משמעו התנהגות שהתובע לא הזמין אותה, ואשר אינה רצויה לתובע על-פי מבחן סובייקטיבי, כלומר: מנקודת מבטו כפי שהוא מציגה: In order to constitute harassment, this conduct must be unwelcome in the sense that the employee did not solicit it, and in the sense that the employee regarded the conduct as undesirable or offensive (p. 903). (3) ההטרדה המינית ארעה בשל מינו של התובע ("based on sex") כדרישת סימן 7. בית-המשפט קובע פורשות כי מקום שמעביד הטריד עובדים ועובדות כאחד לא יתקיים תנאי זה. **שם**. עמ' 904; (4) ההטרדה המינית היא או היתה נפוצה דיה כדי לשנות את תנאי העבודה (For sexual harassment to state a claim under Title VII, it must be sufficiently pervasive so as to alter the conditions of employment and create an abusive working environment" (p. 904). בית-המשפט אימץ את הנחיות ה-EEOC, לפיהן, כדי לקבוע באיזו מידה הטרדה ינית היתה נפוצה. יש לבחון את מכלול הנסיבות במקום העבודה: "the totality of the circumstances" (**שם**). עם זאת, בית-המשפט הדגיש כי התובעת אינה צריכה להראות נזק "ממשי" משום סוג שהוא; (5) המעביד אחראי להטרדה בנסיבות העניין (בנקודה זו סטה בית-המשפט מהנחיות ה-EEOC וקבע הוראה מצומצמת יותר, לפיה מעביד אחראי להטרדה מינית שביצעו ממונה מטעמו או כל עובד אחר שלו בעובד אחר שלו רק אם ידע או שהיה עליו לדעת אודות הטרדה. כלומר: בית המשפט לא קיבל את עמדת ה-EEOC כי ביחס להטרדה על ידי ממונה יהא מעביד אחראי אחריות מוחלטת, ובחר להתחיל על מעביד אחריות אחידה לגבי הטרדה של עובד והטרדה של ממונה. בית-המשפט פירט, כי ידיעת מעביד ניתנת להוכחה על-ידי תלונה שהגיש העובד למעביד או על ידי הוכחה כי הטרדה היתה נפוצה במקום העבודה (**שם**, בעמ' 905). יסודות אלה, בשינויים ובפרשנויות שונים, אומצו על ידי בתי משפט רבים, והיו הבסיס המשפטי להתייחסות להטרדות מיניות, וראו להלן. יצוין, כי בת-המשפט בעניין *Henson* הסתמך במידה רבה על שני פסקי-דין קודמים: *Bundy v. Jackson* 641 F. 2d 934, (D.C. Cir., 1981); *Rogers v. EEOC* 454 F. 2d 234 (5th Cir., 1971). עוד יצוין, כי הלכת *Henson* חלה בהטרדה מינית מסוג סביבה עוינת בלבד; בהטרדה מינית מסוג *pro quo* על התובעת להוכיח יסודות שונים: כי הוצעה לה הצעה מינית, כי היא סירבה לה, וכי הסירוב גרם לתוצאה שלילית במקום העבודה.

בפסק-הדין בעניין *Meritor*³⁴ משנת 1986 דן בית-המשפט העליון בתביעתה של עובדת אשר במשך ארבע שנים הניחה לממונה עליה לקיים עמה יחסי מין עשרות פעמי, מתוך חשש שאם תסרב לו תאבד את משרתה. העובדת לא הגישה תלונה למעסיק כנגד הממונה. לבסוף יצאה לחופשה ממושכת, וכשהתמהמה לשוב ממנה – פוטרה. בפסק-דין תקדימי של בית-המשפט העליון קבע השופט Rehnquist כי האירועים שתוארו בתביעה מהווים הטרדה מינית מסוג hostile environment, וכי הטרדה כזו מהווה הפליה על-פי סימן 7. השופט Rehnquist אימץ את הנוסחה שהוחלה על סוגייה זו ארבע שנים קודם לכן על-ידי בית-המשפט הפדרלי לערעורים של ה-11th Circuit בעניין *Henson*,³⁵ ופסק כי לשם כינונה של הטרדה מינית מסוג "סביבה עוינת" על התביעה להוכיח כי התנהגותו של המטריד היתה חמורה או מקיפה במידה המשנה את תנאי העבודה והופכת אותם ל"עוינים":

For sexual harassment to be actionable it must be sufficiently severe or pervasive to alter conditions of employment and create an abusive working environment.³⁶

מצומצמת יותר, לפיה מעביד אחראי להטרדה מינית שביצעו ממונה מטעמו או כל עובד אחר שלו בעובד אחר שלו רק אם ידע או שהיה עליו לדעת אודות ההטרדה. כלומר: בית-המשפט לא קבל על עמדת ה-EEOC כי ביחס להטרדה על-ידי ממונה יהא מעביד אחראי אחריות מוחלטת, ובחר להחיל על מעביד אחריות אחידה לגבי הטרדה של עובד והטרדה של ממונה. בית-המשפט פירט, כי ידיעת מעביד ניתנת להוכחה על-ידי תלונה שהגיש העובד למעביד או על ידי הוכחה כי ההטרדה היתה נפוצה במקום העבודה (שם, בעמ' 905). יסודות אלה, בשינויים ובפרשנויות שונים, אומצו על-ידי בתי-משפט רבים, והיו הבסיס המשפטי להתייחסות להטרדות מיניות, וראו להלן. יצוין, כי בית-המשפט בעניין *Henson* חלה בהטרדה מינית מסוג סביבה עוינת בלבד; בהטרדה מינית מסוג quid pro quo על התובעת להוכיח יסודות שונים: כי הוצעה לה הצעה מינית, כי היא סירבה לה, וכי הסירוב גרם לתוצאה שלילית במקום העבודה. נפסק, כי היענותה של העובדת לדרישת הממונה עליה לקיים עמו יחסי מין – כלומר: העובדה כי היחסים היו בבחינת התנהגות "לא כפויה" ("voluntary") מצדה – אינם מעידים כי העובדת נהגה מתוך רצונה החופשי. המבחן הנכון איננו אם הסכימה העובדת להיכנע לקשר המיני שנכפה עליה, אלא האם קידמה אותו בברכה (מבחן ה-"welcomeness"). נפסק, כי כאשר העובדת נעתרה אך לא קיבלה את הקשר בברכה, יצר הממונה תנאי עבודה עוינים המהווים הפליה על בסיס מין.³⁷ עם זאת קבע בית המשפט העליון כי סגנון הדיבור והלבוש הפרובוקטיביים של העובדת התובעת הם ראיות רלוונטיות לבחינת השאלה אם קיבלה העובדת את הפניות המיניות בברכה. בנקודה זו הפך בית-המשפט העליון את החלטתו של בית המשפט לערעורים, אשר סירב לשמוע את טענות המשיב אודות לבושה והתנהגותה של התובעת בהקשר זה.³⁸

³⁴ *Meritor Savings Bank v. Vinson* 477 U.S. 57 (1986).

³⁵ *Henson* (לעיל, הערה 32) אימץ את הנוסחה שנקבעה קודם לכן ביחס להטרדה גזעית במקום העבודה

בעניין *Rogers* (לעיל, הערה 33).

³⁶ *Meritor* (לעיל, הערה 34), בעמ' 67.

³⁷ "The gravement of any sexual harassment claim is that the alleged sexual advances were 'unwelcome'. The correct inquiry is whether respondent by her conduct indicated that the alleged sexual advances were unwelcome, not whether her actual participation in sexual intercourse was voluntary (*ibid*, p. 68) "

³⁸ "While 'voluntariness' in the sense of consent is not a defense to such a claim, it does not complainants sexually provocative speech or dress is irrelevant as a matter follow that of law in determining whether he or she found particular sexual advances unwelcome. To the country, such evidence is obviously relevant (*ibid*, p. 69) "

עוד נפסק בעניין *Meritor* כי אי-הגשת תלונה למעסיק אינה שוללת את זכותה של העובדת לתבוע אותו בגן הפליה אסורה על בסיס מין. עם זאת, בית-המשפט נמנע במוצהר מלהכריע בשאלה העקרונית מהו המבחן הנכון לקביעת אחריות מעביד כלפי הטרדה מינית מסוג hostile environment שבוצעה על-ידי ממונה מטעמו. בית-המשפט הסתפק בקביעה כי הטלת אחריות מוחלטת על מעביד להטרדה מינית שביצע ממונה מטעמו אינה צריכה להיעשות באופן אוטומטי בכל מקרה ומקרה, וכי על בתי-המשפט לבחון גם את כללי השליחות הרגילים. לכן, נקבע, טענה ערכאת הערעור בכך שהטילה על המעביד אחריות מוחלטת להטרדה מינית שבוצעה על-ידי ממונה מטעמו בלא לבחון כלל את כללי השליחות הרגילים.³⁹

ההכרעה העקרונית שנקבעה בהלכת *Meritor*, לפיה הטרדה מינית על שני סוגיה היא הפליה אסורה, היתה ללא ספק הישג חשוב בהתפתחות הענף המשפטי של הטרדה מינית; אולם היבטים רבים של פסק-הדין זכו לביקורות נוקבות, וחלק מן הכותבות אף סברו כי חסרונותיו של פסק-הדין מאפילים על תרומתו.⁴⁰ עיקר הביקורת המוטחת בפסק-הדין מתייחסת לנקודות אלה:

³⁹ "This debate over the appropriate standard for employer liability has a rather abstract quality about it given the state of the record in this case. We therefore decline the parties' invitation to issue a definitive rule on employer liability, but we do agree with the EEOC that Congress wanted courts to look to agency principles for guidance in this area. While such common law principles may not be transferable in all their particulars to Title VII, Congress' decision to define 'employer' to include any 'agent' as an employer, 42 U.S.C. 2000(b), surely evinces an intent to place some limits on the acts of employees for which employers under Title VII are to be held responsible. For this reason we hold that the Court of Appeals erred in concluding that employers are always automatically liable for sexual harassment by their supervisors (*ibid*, p. 72) "

יצוין, כי השופט Marshall, בדעת מיעוט, סבר כי אחריות המעביד להטרדה של ממונה מטעמו צריכה להיות מוחלטת, כשם שהיא בתביעות אחרות על-פי סימן 7 (שם, בעמ' 74-77). עוד יצוין, כי בחוות דעת שהגיש ה-EEOC לבית-המשפט העליון בעניין *Meritor* הוא סטה מעמדתו הרגילה ביחס לאחריות מוחלטת של מעביד להטרדה מינית של ממונה מטעמו, כפי שזו קבועה בהנחיות. בעניין *Meritor* הביע ה-EEOC את העמדה כי בטרם הטלת אחריות על מעביד יש לבחון אם היתה לתובעת אפשרות לפנות למעביד בתלונה אודות הטרדה. שופטי הרוב קיבלו עמדה זו באהדה (שם, בעמ' 71). במקרה הנדון הוטלה אחריות על המעביד מפני שהליכי

הגשת תלונות למעביד לא היו נגישים דיים. ראו 325-327 (Nicole R. Lipper (*supra*, note 3), pp. 325-327).⁴⁰ ראו, למשל, עמדתה של Ann Juliano (לעיל, הערה 4), בעמ' 1573: *Meritor*

Potentially represents a significant step forward for women in securing workplace free of sexual harassment. However, the decision also undermines that progress because, although the Court requires a showing that the conduct was unwelcome, it also allows evidence of the plaintiff's speech and dress in determining 'unwelcomeness.'

לעמדות דומות, ואף ביקורתיות יותר, ראו Wendy Pollack "Sexual Harassment: Women's Experience vs. Legal Definitions" 13 *Harvard Women's L.J.* (1990) 35 pp. 55-63 (especially pp. 61-62), Susan Estrich (*supra*, note 4), pp. 825-834; Glenn George (*supra*, note 9), pp. 13-16.

(א) התמקדותו של בית-המשפט במידה בה המוטרת "קיבלה בברכה" את הפניות המיניות ("welcomeness") מסיטה את תשומת הלב מן הנושא המרכזי שהוא התנהגותו המטרידה של המטריד ומפנה את הזרקור השיפוטי אל עבר המתלוננת והתנהגותה. הנחיית ה- EEOC שאזכר בית-המשפט בהקשר זה, לפיה תגובת התובעת צריכה להיבחן לאור "מכלול הנסיבות" במקום העבודה,⁴¹ מזמינה התייחסות שיפוטית לגורמים בלתי רלוונטיים שעלולים להסיח את הדעת מן ההתנהגות המטרידה עצמה. יתרה מזאת: הטלת החובה על התובעת להוכיח כי לא קידמה בברכה יחס מפלה, סוטה מן העקרונות הרגילים החלים על תביעות על-פי סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות, ומפלה לרעה תביעות בגין הטרדה מינית לעומת תביעות הפליה אחרות;⁴²

(ב) הקביעה כי אופן דיבורה ולבושה של התובעת הם ראיות רלוונטיות לשאלה האם "קיבלה בברכה" ("welcomeness") את הפניות המיניות, מזמינה התמקדות באישיותה של התובעת וב"מוסריותה" במקום בהתנהגותו של המטריד;⁴³

(ג) הדרישה כי הטרדה מינית תהיה "sufficiently severe or pervasive" היא חמורה מדי ולא ברורה דיה. היא פותחת פתח לפרשנות כי רק תובעת שיכולה להוכיח כי נגרם לה נזק נפשי חמור זכאית לטעון כי ההטרדה היתה "חמורה דיה". משמעות הדבר היא כי על מוטרת להיות לסבול עד שתתמוטטה נפשית, ורק לאחר התמוטטות העצבים תקום להן עילה משפטית. הדרישה המצטברת, כי ההטרדה החמורה צריכה לגרום ל"שינוי" בתנאי העבודה, אינה מוצדקת, שכן הטרדה מינית יכולה לכונן "סביבה עוינת" מלכתחילה, בלא לגרום ל"שינוי" כלשהו;⁴⁴

(ד) שלילת אחריותו המוחלטת של המעביד לגבי הטרדה מינית של ממונה מטעמו הופכת את ההטרדה המינית לבת חורגת של סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות, שכן בתביעות אחרות על-פי סימן זה אחריות המעביד היא מוחלטת. יתרה מזאת: התחמקותו של בית-המשפט מקביעת קריטריון מדויק לאחריות מעביד על התנהגות ממונה מטעמו מזמינה אנדרלמוסיה, וכל בית-משפט יקבע לעצמו כללים עצמאיים בסוגייה חשובה זו. בשאלת אחריותו של מעביד ביחס להטרדה מינית שבוצעה על ידי עובד שאיננו ממונה, לא נגע בית-המשפט כלל, והשאיר את הערכאות הנמוכות ללא כל הכוונה.⁴⁵

40 ראו הנחיית ה- EEOC (לעיל, הערה 26); כך ראו אזכור ב-*Meritor* (לעיל, הערה 34), בעמ' 40.⁴¹

42 Ann Juliano (*supra*, note 4), pp. 1574-1587; Mary Jo Shaney Perceptions of Harm; the Consent Defense in Sexual harassment Cases 71 *Lowa L.R.* (1986) 1093, at 1113-1120; Susan Estrich (*supra*, note 4), pp. 826-834; Wendy Pollack (*supra*, note 40), pp. 55-59; .Nicolle Lipper (*supra*, note 3), p. 320; Beverly Earle and Gerald Madek (*supra*, note 3), p. 53.⁴³

44 ראו הערה קודמת, וכן Ann Juliano (*supra*, note 4), pp. 1582-1587.⁴⁴ Wendy Pollack (*supra*, note 40), p. 59; Glenn George (*supra*, note 9), pp. 20-26.⁴⁵

45 Sara Needleman Kline "Sexual Harassment, Wrongful Discharge and Employer Liability: the Employers Dilemma" 43 *Am.U.L. Rev.* 191, 206-209; Susan Estrich (*supra*, note 4), pp. 853-858; Nicolle Lipper (*supra*, note 3), p. 326; The court's reluctance to impose a strict liability standard for this type of Harassment is remarkable when one considers that courts routinely hold employers strictly liable for other title 7 violations.

פסיקת הערכאות הנמוכות בשנים שלאחר *Meritor* אימתה את החששות שעורר פסק-דין של בית-המשפט העליון, והעצימה את הביקורת כלפי ההנחיה שניתנה על-ידו.⁴⁶ בתי-משפט רבים הפחיתו במידה ניכרת את אחריותו של המעביד להטרדה מינית מסוג סביבה עוינת של ממונה מטעמו, החלו לדרוש הוכחות לנזקים נפשיים ממשיים של תובעת כדי לקבוע כי הטרדה היתה חמורה דיה, והכבידו את הנטל המוטל על התובעת בבואה להוכיח כי התנהגותה העידה כי היא אינה מקבלת את הפניות המיניות בברכה. כבר בשנת 1986 עצמה הוציא בית-המשפט הפדרלי של ה-6th Circuit מתחת ידיו את פסק-הדין בעניין *Rabidue*,⁴⁷ שהביא לידי שלמות את כל ה"חטאים" השיפוטיים הללו ועורר זעם משפטי-אקדמי רחב.⁴⁸ בית המשפט קבע כי הממונה המטריד בעניינה של *Rabidue* היה איש גס רוח במידה קיצונית, וכי נהג לחרף ולהשפיל את כלל הנשים העובדות ואת התובעת בפרט.⁴⁹ מעט מן הפרטים מובאים בפסק-דינו של שופט המיעוט Keith:

...Computer Division Supervisor Hugo Denry regularly spewed anti-female obscenity. Henry routinely referred to women as 'whores', 'cunt', 'pussy' and 'tits'. Of plaintiff, Henry specifically remarked 'All that bitch needs is a good lay' and called her 'fat ass'.⁵⁰

התובעת, שנסוף על התייחסות מילולית זו אולצה לעבוד בצל תמונות פורנוגרפיות המציגות נשים בתנוחות משפילות, התלוננה על ההטרדות בפני ההנהלה, ואף ארגנה תלונות משותפות של כלל העובדות, שאף הן חשו כמותה. ההנהלה לא הגיבה לתלונותיה ובסופו של דבר פיטרה אותה מעבודתה.

⁴⁶ ארבעה מתוך חמישה פסקי-דין (שפורסמו) בנושא הטרדה מינית, שניתנו בשנה שלאחר פסק-הדין בעניין *Meritor* (לעיל, הערה 34) על ידי בתי-משפט פדרליים לערעורים, דחו את טענות התובעות בקבעם כי התובעות לא הרימו את נטל הראיות. ראה Morewitz (לעיל, הערה 3), בעמ' 200.

⁴⁷ *Rabidue v. Osceola Refining Co.* 805 F.2d 611 (6th Cir., 1986).
⁴⁸ להתייחסויות ביקורתיות נוקבות לפסק-הדין ראו: Glenn George (*supra*, note 9), pp. 18-19; Mary Joe Shaney (*supra*, note 42), pp. 1122-1123; Ann Juliano (*supra*, note 4), pp. 1579-1587; Sara Needleman Kline (*supra*, note 4), pp. 1522-1525; Susan Estrich (*supra*, note 4), pp. 843-847; Wendy Pollack (*supra*, note 40), pp. 62-69; Nicolle R. Lipper (*supra*, note 3), pp. 322-323; Earle & Madek (*supra*, note 3), p. 56.

⁴⁹ "Henry was an extremely vulgar and crude individual who customarily made obscene comments about women generally, and on occasion, directed such obscenities to the plaintiff. Management was aware of Henry's vulgarity" (*Rabidue* (*supra*, note 47), p. 615).
⁵⁰ שם, בעמ' 624.

בהתייחסו להנחיות שניתנו בעניין *Meritor* חידש בית-המשפט שדן בעניינה של *Rabidue* חידושים רבים, שהפכו תביעה בגין הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת משימה בלתי אפשרית.⁵¹ בית-המשפט קבע, כי במסגרת הוכחת יסוד ה-"unwelcomeness" על התובעת להתמודד עם כל היבט של חיי העבודה שהנתבע ימצא לנכון להציג כרלוונטי ("of circumstances) the totality"). סגנון דיבור בוטה של התובעת, או סגנון דיבור בוטה במקום העבודה ככלל, מחלישים את טענת התובעת כי לא "קיבלת בברכה" פניות מיניות בוטות. באותו אופן, נורמה סקסיסטית הנהוגה במקום העבודה יוצרת חזקה נגד התובעת, לפיה "קיבלה בברכה" את המצב הקיים, על בוטותו. במקום העיקרון שנפסק בעבר בהנחיית כללי ה- EEOC – לפיו על התובעת להוכיח כי ההטרדה יצרה עבורה תנאי עבודה עוינים או כי ההטרדה פגעה באורח בלתי סביר בתפקודה במקום העבודה – בית-המשפט שדן בעניין *Rabidue* קבע כי עליה להוכיח את שני התנאים הללו באופן מצטבר. יתרה מזאת: נקבע, כי על התובעת להוכיח כל אחד משני היסודות הללו על-פי שני מבחנים מצטברים. על פי המבחן ה"אובייקטיבי", עליה להוכיח כי "האדם הסביר" היה רואה בהטרדה המינית שהיא חוותה הרעה משמעותית בתנאי העבודה, וכן, כי לו עמד בנעליה היתה יכולת תפקודו המקצועית נפגעת במידה קשה עקב ההטרדה; נוסף על כך נקבע, כי עליה להוכיח על-פי המבחן הסובייקטיבי כי היא עצמה חוותה עקב ההטרדה הרעה משמעותית בתנאי העבודה, וכי יכולת תפקודה המקצועי נפגעה פגיעה של ממש. כדי להוכיח כי חוותה הרעה משמעותית בתנאי העבודה עליה להוכיח כי נגרם לה נזק נפשי קשה ובר-הוכחה. אשר לדרישת ה"הרעה" בתנאי עבודה, בית-המשפט קבע כי במקום עבודה שהיה רווי הטרדה מינית מאז ומעולם לא תצליח התובעת בתביעתה, וזאת מכיוון שלא תוכל להוכיח "הרעה".⁵²

⁵¹ כפי שניסח זאת Glenn George:

If proving a quid pro quo case is difficult, the legal obstacles placed in the hostile environment victims path are almost insurmountable in all but the most extreme cases – and sometimes not even then (*supra*, note 9), p. 18).

כן ראו Wendy Pollack, הסבורה כי:

The *Rabidue* court greatly reduces any hope that women will have their experiences acknowledged and treated seriously through its adherence to Rehnquist's flawed reasoning in *Meritor* (*supra*, note 40, p. 63).

⁵² למעשה, בית-המשפט ניסח מחדש את חמישה היסודות שנקבעו בהלכת *Henson* (לעיל, הערות 32-33). הוא קבע כי כדי להצליח בתביעה של הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת על התובעת להוכיח את חמישה היסודות המצטברים הללו: (1) כי היא שייכת לקבוצה מוגנת; (2) כי סבלה מהטרדה מינית שלא נתקבלה על-ידה בברכה; במסגרת הוכחה כי ההטרדה לא נתקבלה על-ידה בברכה יבחן בית-המשפט את סגנון **דיבורה ולבושה** של התובעת בתוך שאר מכלול הנסיבות בקומם העבודה: כאשר מקום העבודה רווי הטרדה מינית, ו/או כאשר התובעת עצמה נוהגת לדבר באופן בוטה, יקשה על התובעת להוכיח כי ההתנהגות המינית לא התקבלה על-ידה בברכה; (3) כי ההטרדה היתה מבוססת על מינה; (4) כי ההטרדה המינית הפריעה לעבודתה במידה בלתי סבירה, וגם יצרה סביבת עבודה מאיימת, עוינת או פוגעת שגרמה נזק חמור למצבה הנפשי של התובעת; במסגרת הוכחת יסוד זה על התובעת להוכיח הן כי ההטרדה פגעה בה עצמה במידה חמורה וגרמה לה נזק נפשי ממש, והן כי היתה פוגעת במידה חמורה גם באדם סביר, לו עמד בנעליה; גם כאן, העובדה כי מקום העבודה רווי הטרדה מינית תפעל נגד התובעת, שכן גם היא וגם האדם הסביר "מחוסנים" במקום כזה מפני פגיעה רגשית חמורה; (5) כי קיימת אחריות מעביד להתנהגות הממונה מטעמו. מבין חידושי פסק-דין זה, הפיסקה שזכתה, אולי, במרב הביקורת היא זו הקובעת כי סמן 7 לא התכוון לשנות את דפוסי ההתנהגות המטרידים והמפלים הרווחים במקומות עבודה:

It cannot seriously be disputed that in some work environments, humor and language are rough hewn and vulgar. Sexual jokes, sexual conversations and girlie magazines may abound. Title VII was not meant to – or can – change this (p. 430).

להצגה תמציתית ורהוטה של הלכת *Rabidue* ראו Susan Collins (לעיל, הערה 4), בעמ' 1522-1525.

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

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

והנה, בשנת 1991 הציג בית-המשפט הפדרלי של ה-9th Circuit את האלטרנטיבה ה"פרוגרסיבית" להלכת *Rabidue*, בדמות פסק-הדין שניתן בעניין *Ellison*.⁵³ בית-המשפט של *Ellison* קבע שתי קביעות העומדות בסתירה חזיתית להלכת *Rabidue*: ראשית, כי תובעת בהטרדה מינית אינה חייבת להוכיח נזק נפשי כלשהו, ושנית, כי "המבחן האובייקטיבי" לפיו יש לאמוד את חומרת ההטרדה אינו מבחן "האדם הסביר", אלא מבחן "האשה הסבירה". עם מתן פסק-הדין בעניין *Ellison* הוגדרו, זה כנגד זה, שני הזרמים הסותרים שהתפתחו בפסיקה האמריקנית מאז ההכרעה בעניין *Meritor*, והקרקה הוכשרה להתערבות נוספת של בית-המשפט העליון. ואכן, שנתיים לאחר ההחלטה בעניין *Ellison* הסכים בית-המשפט העליון לקבל ערעור נוסף בנושא הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת, וזאת כדי להביע את עמדתו ביחס למחלוקת השיפוטית המתוארת.

פסק-דין *Harris* משנת 1993⁵⁴ אישר את הלכת *Meritor*, ועליה הוסיף בית-המשפט את הקביעה כי מקום שעובדת סבלה מסביבה עוינת –

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

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

⁵³ *Ellison v. Brady* 924 F.2d 872 (9th Cir., 1991)
⁵⁴ *Harris v. Forklift Systems* 114 S.Ct. 367 (1993)

לכאורה, בחירתו של בית-המשפט העליון השתמש בביטוי "reasonable person" ולא בביטוי "reasonable woman" מעידה על הכרעה לטובת הלכת *Rabidue* בעניין זה; אולם, למעשה, בית-המשפט הקפיד למעט ולהשתמש בביטוי זה, העדיף לדבר אודות "סבירות" במונחים מופשטים וכלליים, ונמנע מהתייחסות לקיומן של מחלוקות סביב מבחן ה-"reasonable person". בחירות אלה פורשו על-ידי בית-המשפט הפדרליים, כמו גם על-ידי האקדמיה המשפטית, כהותרת הסוגייה בלתי מוכרעת.⁵⁵ בהתאם לכך, בתי-משפט שהעדיפו בעבר, לפני הלכת *Harris*, להשתמש במבחן ה-"reasonable person", מוסיפים לעשות כן גם אחרי פסק-הדין של בית-המשפט העליון, וכמותם, גם בתי-המשפט שבחרו במבחן ה-"reasonable woman" ממשיכים בשלהם. זהו הבסיס לדיון הער המתקיים בשנים האחרונות בספרות המשפטית בארצות-הברית בשאלה, האם הדמות הסבירה הראויה לבחון את מידת עוינותו של מקום עבודה היא the reasonable man (האיש הסביר), the reasonable person (האדם הסביר), או the reasonable woman (האשה הסבירה), או the reasonable victim (הקרובן הסביר).⁵⁶ אלה ממשיכים בתי-משפט שונים לפסוק על-פי קריטריונים שונים, והאקדמיה מוסיפה לבקר.⁵⁷

⁵⁵ לניתוח נקודה זו ראו Susan Collins (לעיל, הערה 4), בעמ' 1539.

⁵⁶ ראו לעניין זה בהמשך, חלק שלישי, סעיף 3.

⁵⁷ להצגה טובה וביקורת שיטתית של פסק-הדין ראו מאמרה של Susan Collins (לעיל, הערה 4), ראו גם Earle & Madek (*supra*, note 3), pp. 61-67.

בסקירה שסקרתי בסעיף זה את הפסיקה האמריקנית בנושא ההטרדה המינית התייחסתי אך ורק לפסיקה שעניינה הטרדה מינית במקום העבודה. זהו, אכן, הזרם המרכזי של הפסיקה האמריקנית בתחום ההטרדה המינית. עם זאת, בצדו של זרם מרכזי זה מתפתחת פסיקה גם בסוגיות נוספות של הטרדה מינית: הטרדה מינית בבת-הספר,⁵⁸ הטרדה מינית באוניברסיטאות,⁵⁹ הטרדה מינית בדיור⁶⁰ והטרדה מינית על רקע נטייה מינית,^{61, 62}. מכיוון שסימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות חל על מקומות עבודה בלבד, הפסיקה בכל אחד מן התחומים האחרים נסמכת על הוראות חקיקה אחרות, פדרליות ומדינתיות, וכך מתפתחים בכל תחום קריטריונים עצמאיים. בכל אחד מן התחומים מתגלים קשיים משפטיים שונים המצריכים פתרונות ייחודיים, וכך קורה כי הפסיקה בתחומים השונים של הטרדה מינית אומנם דומה, אך לא אחידה. ברשימה זו לא אגע בתחומים אלה, אולם ברצוני להדגיש כי תחום מרכזי אחד של הטרדה מינית איננו מכוסה, ככלל, במשפט האמריקני, והוא הטרדה מינית ברשות הרבים, כלומר: ברחוב. במאמרה מאיר העיניים "Street Harassment and the Informal Ghettoization of Women" מצביעה Cynthia Grant Bowman על מצב עניינים זה ומציגה אותו כבעייתי.⁶³ לטענתה, הרחוב הוא הזירה בה חוות מרבית הנשים את ההטרדות המיניות הראשונות ואולי הטראומטיות ביותר בחייהן, וזה המקום שבו הן זקוקות למירב ההגנה. ברוח זו היא מציעה חקיקה פלילית כללית שתאסור על הטרדה מינית במקום ציבורי.⁶⁴ ברוח דומה, Carrie N. Baker מציעה כי הטרדה מינית מסוג "quid pro quo" תיקבע כעבירה פלילית כללית.⁶⁵ Baker סוקרת את יחסן המשפטי של מדינות ארצות-הברית לתופעת ההטרדה המינית ומראה, כי בצד חקיקה אזרחית (נזיקית) רבה החלו בשנים האחרונות בכמה מדינות לאסור על הטרדות מיניות גם באמצעות החוק הפלילי.⁶⁶ Baker מברכת על מגמה זו, ממליצה לכל מדינה אמריקנית לנסח חוק פלילי ספציפי האוסר הטרדה מינית מסוג "quid pro quo" ואף מציעה נוסח לחקיקה פלילית כזו.⁶⁷

⁵⁸ להצגה עדכנית רחבה ראו Morewitz (לעיל, הערה 3), פרק 8: "Boys Will be Boys: Sexual Mischiefs in Elementary, Middle & Secondary Schools", בעמ' 291-324.
⁵⁹ שם, פרק 7: "Sexual Misconduct in Higher Education", בעמ' 233-290.
⁶⁰ שם, פרק 9: "Housing & Sexual Coercion", בעמ' 325-370.
⁶¹ שם, בעמ' 214-217. לספרות נוספת בנושא זה ראו הפניות במאמרה של Martha Chamallas (לעיל, הערה 3), בעמ' 54-55.
⁶² לספרות נוספת בכל הסוגיות הללו ראו הפניות במאמרה של Martha Chamallas (לעיל, הערה 3), בעמ' 56.
⁶³ Cynthia Grant Bowman "Street Harassment and the Informal Ghettoization of Women", 417 *Harv. L.R.* (1993) 106. ראו גם Morewitz (לעיל, הערה 3), פרק 11: "Street Hassles", בעמ' 403-430.
⁶⁴ שם, בעמ' 574-579.
⁶⁵ Carrie N. Baker "Sexual Extortion: Criminalizing Quid Pro Quo sexual Harassment" 13 *Law & Ineq. J.* (1994) 213.
⁶⁶ לדיון באיסורים הפליליים של מדינות Texas, Delaware, North Carolina, ראו שם, בעמ' 244-247.
⁶⁷ הנוסח המוצע מצוי שם, בעמ' 247-248.

התפתחותה של עילת ההטרדה המינית במשפט האמריקני השפיעה על שיטות משפט נוספות, ובראש ובראשונה על ארצות המשפט המקובל. בריטניה וקנדה יצרו הסדרים משפטיים מקבילים לזה האמריקני: בשתי מדינות common law אלה אומצה ללא קושי השיטה של הסדרת ההטרדה המינית ביצירה השיפוטית כסוגייה של שוויון בין המינים. בשתייהן גזרו בתי-המשפט את איסור ההטרדה המינית במקום העבודה מהוראות סטטוטוריות רחבות (כדוגמת סימ 7 האמריקני), האוסרות על הפליית נשים בעיקר בעולם העבודה, ובשתייהן מתמודדות הערכאות השיפוטיות עם הגדרת השדה המשפטי על-ידי עיצוב דינמי, אד-הוק, של היסודות שנסקרו למעלה (כמו "welcomeness" וגבולות אחריות המעביד להטרדה על-ידי ממונה ועובד אחר). בשנים האחרונות נוטים השלטון הפדרלי הקנדי והשלטון המקומי בפרובינציות השונות לקבוע הגדרות של הטרדה מינית בהוראות חקיקה, ולהותיר לבתי-המשפט את משימת פיתוח המשפט.⁶⁸ כך גם באוסטרליה: לאחר שנים ספורות של חקיקה שיפוטית בתחום ההטרדה המינית, בחרה שיטת המשפט האוסטרלית, מאז 1984, להתמודד עם תופעת ההטרדה המינית גם בדרך של חקיקה ראשית.⁶⁹ כיום מוגדרת הטרדה מינית בחוק האוסטרלי כהתנהגות שגרמה לתובע לחוש נפגע, מושפל או מאוים, כאשר אדם סביר בנעליו של המטריד היה צופה שהתנהגותו תגרום לתובע לחוות תחושות כאלה. איסור ההטרדה המינית באוסטרליה חל בעבודה, בחינוך,

⁶⁸ החוק האנגלי הממלא את התפקיד המקביל לסימן 7 האמריקני הוא United Kingdom Sex Discrimination Act of 1975, המכונה SDA, ושני התקדימים השיפטיים שהכירו בהטרדות מיניות מסוג quid pro quo וסביבה עוינת, הם: *Strathclyde Regional Council v. Porcelli* [1986], I.R.L.R. 134, והגוף האנגלי המקביל ל-EEOC האמריקני הוא ה-Equal Opportunities Commission, המוכר כ-EOC, והתרופות העומדות לרשות התובע כוללות חקירה, בוררות, צווים ופיצויים. לתיאור מפורט של המצב במשפט האנגלי ראו *Nicolle R. Lipper* (הערה 3), בעמ' 320-315, 332-336. *Lipper* מסכמת כי:

British courts confront the same conceptual and practical problems that American courts have struggled with and continue to struggle with in their attempts to develop a coherent approach to resolving sexual harassment claims (*ibid*, p. 320)

באפריל 1997 נחקק באנגליה חוק כללי להגנה מפני הטרדה, Protection from Harassment Act, 1997, Chapter 40. החוק אוסר על הטרדה של הזולת כאשר המטריד ידע או צריך היה לדעת, לפי מבחן "האדם הסביר", כי התנהגותו עולה כדי הטרדה. החוק קובע הטרדה כעוולה אזרחית וכעבירה פלילית שדינה ששה חודשי מאסר. החוק אינו מתייחס במפורש להטרדה מינית, אך ייתכן מאוד כי בעתיד יפורש כי הוא חל גם עליה. החוק כללי מדי, אינו מפורט ואינו מעורר תקוות להתמודדות רצינית עם תופעת ההטרדה בכלל וההטרדה המינית בפרט. תודה לרן אורנשטיין שהמציא לי את נוסח החוק.

הוראות חוק האוסרות על הפליה בין המינים, ואף הוראות ספציפיות לגבי איסור הטרדה מינית, מצויות בקנדה בראש ובראשונה בחוקי זכויות האדם של הפרובינציות השונות (ראו, למשל, Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 3(o); Human Rights Act, S.Y. 1987, c. 3, s. 13(3); The Newfoundland Human Rights Code, R.S.N. 1970, c. 262 as am. S. 10(2); Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 7(3)). החוק הפדרלי להסדרת יחסי עבודה מתייחס אף הוא להטרדה מינית במפורש, ומגדירה כי:

247.1 any conduct, comment, gesture or contact of a sexual nature (a) that is likely to cause offense or humiliation to any employee; or (b) that might, on reasonable grounds, be perceived by that employee as placing a condition of a sexual nature on employment or on any opportunity for training or promotion (Canada Labor Relations Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 247. 1).

התקדים המנחה של בית-המשפט העליון הקנדי הקובע את ההלכה בסוגיית ההטרדה המינית הוא *Janzen v. Planty Enterprises* [1989] 1 S.C.R. 1252. להצגה מפורטת של המצב המשפטי בקנדה ראו מאמרה של Patricia Hughes (לעיל, הערה 3).

⁶⁹ החוק הראשון שאסר על הטרדה מינית בעבודה, כסוג של הפליה על בסיס מין, היה ה-Sex Discrimination Act 1984. תיקונים מרחיבים לחוק זה נחקקו ב-Sex Discrimination Other Legislation Amendment Act 1992, והם נכנסו לתוקף ב-13 בינואר 1993. גם באוסטרליה קיים גוף פדרלי סטטוטורי כדוגמת ה-EEOC האמריקני, והוא אף נקרא באותו שם. תודה לרחל בנזימן שהמציאה לי את נוסח החוק. מעניין ציין כי בדרום אפריקה דווקא בול סעיף האוסר על הפליה על בסיס מין במקום העבודה, וזאת ב-Labor Relations Amendment Act of 1991, s. 1(a).

באספקת שירותים וסחורות, במועדונים, בעסקאות במקרקעין ועוד. מחוץ לעולם המשפט המקובל הסתפקו כמה מדינות (כמו צרפת ויפן) בחקיקה "סמלית" יותר בתחום ההטרדה המינית.⁷⁰ סקירה השוואתית של מצב החקיקה במדינות שונות בעולם מעלה, כי כמו בארצות-הברית, גם במדינות נוספות – ובמיוחד במדינות המשפט המקובל – הטיפול המשפטי בהטרדה מינית מצוי בהתהוות מתמדת.

⁷⁰ לשם סקירה בינלאומית ראו מאמרם של Earle & Madek (לעיל, הערה 3). להתייחסות לחוק הצרפתי ראו שם, בעמ' 79, ולהתייחסות לחוק היפני ראו שם, בעמ' 87.

חלק שני: ביקורת הטיפול בהטרדה המינית במשפט האמריקני

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

1. קשיים הנובעים מהגדרות שונות של מושג השוויון⁷¹

במסגרת שיטתה הביקורתית של מקינון, כל הטרדה מינית, באשר היא, מחזקת דפוס התנהגות המשרת את המבנה הפטריארכלי, אשר משעבד נשים לגברים ושולל את שוויון. לפיכך, כל הטרדה מינית – יהיו מבצעה וקרבנה אשר יהיו – נוטלת חלק בשיטה המפלה נשים, ומהווה במובן זה הפליה על בסיס מין. קו מחשבה זה הוא קוהרנטי ואף משכנע למי שמקבלו על כרעיו וקרבייו. הוא מונע את הצורך לבחון את נסיבותיה של כל הטרדה, וקובע באופן גורף כי כל הטרדה מינית היא הפליה ותו לא. אולם, מערכת המשפט האמריקנית לא אימצה את הפילוסופיה הביקורתית של מקינון, אלא הסתפקה בקבלת מסקנתה האחרונה בלבד – כי הטרדה מינית של אשה יכולה להוות הפליה על בסיס מין – ושתלה מסקנה זו מחדש בעולם המושגת על מושג השוויון האריסטוטלי. התוצאה היא שבמסגרת תפיסת השוויון האריסטוטלי של בתי-המשפט בארצות-הברית, הטרדה מינית יכולה להיות הפליה על בסיס מין רק אם פלוני סובל ממנה בנסיבות שאלמוני, השונה מפלוני רק במינו, לא היה סובל ממנה לו עמד במקומו.⁷² מרבית התביעות בגין הטרדה מינית שהגיעו ומגיעות לבתי-המשפט שייכות לקטגוריה זו, שכן הן מובאות על-ידי נשים, שמן הסתם לא היו מוטרדות לו היו גברים; כתוצאה מכך יכולים בתי-המשפט לקבוע במקרים רבים כי ההטרדה המינית שבוצעה הפלתה את התובעת על בסיס מינה. אולם, מבחינה קונספטואלית סובל מבנה זה, שיצרו בתי-המשפט, ממתח פנימי.

הקשיים מתעוררים כבר במקרים שבהם גבר, הנתבע בגין הטרדה מינית של אשה מסוימת, מעולם לא הטריד ולא סביר שיטריד אשה אחרת זולת התובעת. במקרה כזה נכון אומנם כי אף גבר בנעליה של התובעת לא היה מוטרד על-ידי המטריד, אך גם אף אשה אחרת זולת התובעת לא היתה מוטרדת. ציינתי למעלה, כי השופט רובינסון התמודד עם בעיה זו כבר בראשית הדרך, בהלכת *Barnes*,⁷³ וקבע כי הגדרתה של הטרדה כהפליה אינה מותנית בכך שבנסיבות העניין היתה פוגעת בכל אשה, אלא בכך שהיתה פוגעת בנשים בלבד. עמדה זו היא כמובן אפשרית, אולם היא איננה משכנעת. במקרה שבו פלוני מטריד אשה אחת ואתה בלבד, בולט לעין ההיבט האישי העומד בבסיס ההטרדה, והוא מאפיל על הנכונות ה"אינטואיטיבית-אריסטוטלית" לזהות בהטרדה היבט ציבורי של פגיעה בשוויון על בסיס מין.

⁷¹ מאמרה החדש של Katherine Franke (לעיל, הערה 3) מוקדש כולו לבחינת תפיסת השוויון בפסיקה האמריקנית בסוגיית הטרדה המינית. חלק מן הביקורת שמעלה Franke דומה לביקורת שתוצג להלן. אולם, בהניחה את סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות כנקודת מוצא הכרחית לטיפול בהטרדה מינית, עיקר טיעונה הביקורתי מתייחס לפרשנות השיפוטית שניתנה לביטוי "based on sex", ולא לעצם הקישור בין הטרדה מינית לעיקרון השוויון. יתרה מזאת: מסקנתה היא כי השיפור המתבקש בדוקטרינה השיפוטית האמריקנית הוא הגדרת הטרדה המינית כפגיעה בשוויון על בסיס gender ולא כפגיעה בשוויון על בסיס sex; מסקנת, המפורטת להלן, היא כי התפתחות זו, אף אם היא רצויה. אינה מעשית, ולפיכך יש לשקול מחדש את מרכזיות השוויון בהקשר הטיפול בהטרדה מינית. מאמרה של Franke הגיע לידי רק לאחר כתיבת רשימה זו, ולכן אין ההתייחסות אליו מופיעה בגוף הטקסט.

⁷² עיקרון זה בא לידי ביטוי, בהקשר של הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת, באלמנטים הראשון והשלישי מתוך חמישה האלמנטים שנקבעו בהלכת Henson (לעיל, הערה 30): על התובע להשתייך לקבוצה מוגנת במסגרת סימן 7, וההפליה צריכה להיות "על בסיס מין".
⁷³ ראו לעיל, הערה 25.

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

קשה הרבה יותר הוא מקרה שבו המטריד מטריד מינית (או עלול להטריד מינית) נשים וגברים כאחד. מבחינה מעשית קשה להניח כי מקרים רבים מסוג זה יציפו את בתי-המשפט. אך היה והגיע לבית-המשפט מקרה מסוג זה, אזי לא ניתן יהיה להעניק סעד לאף אחד מן המוטרידים, אף אם הוטרו בו במידה קשה ביותר ואף אם נגרמו להם נזקים חמורים, מכיוון שהמטריד הטריד את כולם בלא להפלות ביניהם על בסיס מין.⁷⁴ זוהי תוצאה בעייתית, שכן הן מתוך גישתה של מקינון והן על-פי השכל הישר, כל אחת מן ההטרדות וכולן ביחד מהוות הטרידה מינית פסולה, ותוצאה שיפוטית לפיה לא ניתן מנוע הטרדות אלה איננה סבירה. יתרה מזאת: על-פי ההיגיון האריסטוטלי בעניין זה, הדרך היעילה ביותר עבור גבר שהטריד מינית אשה להתגונן מפני תביעה בגין הטרידה מינית, היא להטריד מינית גם גבר. לטעמי, הקושי המתבטא בדוגמא זו חמור דיו כדי להצדיק בחינה מחודשת של הדוקטרינה השיפוטית כולה.

לשם איזון יש לציין כי מקרים שבהם אשה הטרידה מינית גבר – כמו גם מקרים שבהם גבר הטריד מינית גבר ואשה הטרידה מינית אשה – כולם יכולים לבוא בגדר הדוקטרינה האריסטוטלית. בכל אחד מן המקרים הללו המטריד לא היה מטריד והמטרידה לא היתה מטרידה עובד או עובדת מן המין שלא הוטרד בנסיבות המקרה. עם זאת, כאשר ממונה הוא הומוסקסואל המטריד גברים הומוסקסואלים בלבד, יכולה להיטען הטענה כי המוטרד לא הוטרד על בסיס מינו הגברי אלא על בסיס נטיותו המיניות, שהן היבט נבדל, שאינו נתפס בניסוח החוקי של "הפליה על בסיס מין" (טענה מקבילה ניתן, כמובן, להעלות כאשר אשה לסבית מטרידה אשה לסבית אחרת).⁷⁵

⁷⁴ בית-המשפט בעניין *Henson* (לעיל, הערה 32) קבע גישה זאת מפורשות, בהתייחסו לאלמנט "based on sex". ראו שם, בעמ' 904.

⁷⁵ בימים אלה ממש, ב-4.3.98, פסק בית-המשפט העליון האמריקני בעניינו של גבר הטרוסקסואל שסבל מהטרדה מינית קשה מסוג "סביבה עוינת" מצד מעסיקיו, גברים הטרוסקסואלים אף הם. *Oncale v. Sundowner Offshore Services Inc.*, No. 96-568, טרם פורסם. בית-המשפט העליון מפי השופט Scalia, קבע כי הטרידה מינית של גבר הטרוסקסואל אחד על-ידי גבר הטרוסקסואל אחר יכולה להיחשב כאסורה על-פי סימן 7 לחוק הזכויות האזרחיות אם היא חמורה דיה כדי ליצור "סביבה עוינת", ואם היא פוגעת בגברים בלבד ומפלה אותם לרעה לעומת נשים. הנמקה זו מדגימה ומחזקת את הטענה שהעלית בטקסט אודות קשייה של צורת חשיבה זו להתמודד עם הטרידה של נשים וגברים כאחד. כמו כן לא ברור כי ההחלטה פותרת את חוסר הבהירות ביחס להטרדה בין הומוסקסואלים או לסביות (תודה לדוד שור, אשר שלח לי את נוסח פסק-הדין מייד עם צאתו).

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

בהינתן הבעייתיות בזיווג בין הטרדה מינית לבין הזכות לשוויון (כפי שזו מוגדרת במערכת המשפט), דומני כי ראוי לעגן את ההטרדה המינית גם במסגרת ערך חברתי-משפטי נוסף. צעדים ראשונים בכיוון זה נעשו לא מכבר על-ידי הקהילה האירופית, אשר מועצתה הביעה בשנת 1991 את הדעה כי הטרדה מינית בעבודה פוגעת ב-"dignity" – כלומר: בכבודם של נשים וגברים – ולכן היא "unacceptable", כלומר: בלתי קבילה.⁷⁶ עמדת מועצת הקהילה האירופית אינה אלא המלצה למדינות החברות בקהילה לפעול למען הגברת מודעות לנושא הטרדה המינית, כלומר היא מהווה הצהרת עקרונות ולא כלל משפטי מחייב. אף על פי כן זהו כיוון חדש ומעניין. בהמשך אציע כי גם במסגרת המשפט הישראלי יש לעגן את הטיפול בהטרדה מינית במסגרת ערך כבוד האדם.

76 Commission Recommendation of 27 November 1991 on The protection of the dignity of women and me at work. סעיף 1 להמלצות קובע כי התהגות בעלת אופי מיני או התנהגות אחרת המבוססת על מין, המשפיעה על כבודם של נשים וגברים בעבודה, לרבות התנהגותם של ממונים וחברים לעבודה, איננה קבילה בהתקיים אחד התנאים הבאים: (1) היא אינה סבירה, אינה רצויה לנמען ומעליבה אותו; (2) דחייה או היענות לה יהיו בסיס להחלטות הקשורות בעבודה; (3) היא יוצרת עבור הנמען סביבת עבודה עוינת, מאיימת או משפילה.

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

ציינתי למעלה כי מחקרה של מקינון את תופעת ההטרדה המינית של נשים עובדות חשף את קיומם של דפוסי הטרדה שונים. בהקשר מחקרי-אקדמי הבחנות אלה הן משמעותיות ומעניינות, והן בוודאי תורמות למידת השכנוע של ההסבר הפמיניסטי את תופעת ההטרדה המינית. ההבחנה בין *quid pro quo* לבין סביבה עוינת מעניינת גם מבחינה היסטורית, שכן תביעות בגין הטרדות מיניות מסוג *quid pro quo* הוכרו על ידי בתי-המשפט ביתר קלות, וההכרה בהן היא שסללה את הדרך להכרה גם בתביעות בגין הטרדות מיניות מסוג סביבה עוינת. אולם, הפסיקה האמריקנית אינה מתייחסת להבחנה בין הסוגים כאל תובנה סוציולוגית ואף לא כאל שריד להתפתחות היסטורית; היא מעצבת את שני סוגי ההטרדה הללו כקטגוריות משפטיות מובחנות. נטלי ההוכחה, כמו גם אחריות המעביד, שונים במידה ניכרת לגבי כל אחד מסוגי הטרדה.⁷⁷ בכך מוציאה הפסיקה תובנה אקדמית מהקשרה ונאחזת בשלבים קדומים של התפתחותו ההיסטורית של התחום, שכן מבחינה עניינית לא ניתן להצדיק את ההבחנה הקטגורית בין שני הסוגים, ובוודאי לא את הכללים השונים המוחלים עליהם. לא בכדי נמנעו מנסחי ההנחיות מטעם ה-EEOC מהבחנה בין הקטגוריות, וחבל שבת-המשפט העדיפו לדבוק בהבחנותיהם ולהתעלם מן ההנחיות בנקודה זו.⁷⁸ עוד מעניין לציין, כי גם בית-המשפט העליון של קנדה בחר כבר בשנת 1989 לוותר על ההבחנה בין שתי הקטגוריות ולכלול בהגדרה אחת את כל סוגי ההטרדה המינית.⁷⁹ Susan Estrich טוענת כי שני סוגי ההטרדה המינית יוצרים רצף אחד מתמשך של אופני הטרדה מינית.⁸⁰ אני סבורה כי יש ללכת צעד נוסף, ולהגדיר *quid pro quo* כמקרה פרטי של הטרדה מסוג "סביבה עוינת", והתנהגות מסוג *quid pro quo* היא אחד מגילוייה הרבים.

⁷⁷ לניתוח מפורט של ההבדל בי הקטגוריות ראו Susan Estrich (לעיל, הערה 4), בעמ' 834-847; Glenn George (לעיל, הערה 9), בעמ' 14-19.

⁷⁸ למעשה, חלק מבתי-המשפט הרחיבו את הגדרת הטרדה מסוג *quid pro quo*, והם מחילים אותה גם במקרים שבהם לא נגרם נזק של ממש במקום העבודה אלא רק נוצרה למוטרדת תחושת איום מפני נזק עתידי כזה. (ראו, למשל, *karibian v. Columbia University* 14 F.3d 773, 778 (2nd Cir., 1994). למעשה, בכך מטשטשים בתי-משפט אלה את ההבחנה בין הטרדה מסוג *quid pro quo* לבין הטרדה מסוג סביבה עוינת. עם זאת, אין הם מוותרים על החלוקה העקרונית לקטגוריות. בתי-משפט אחרים מוסיפים לדרוש נזק מוחשי במקום העבודה כדי לבסס תביעה מסוג סביבה עוינת. עם זאת, אין הם מוותרים על החלוקה העקרונית לקטגוריות, בתי-משפט אחרים מוסיפים לדרוש נזק מוחשי במקום העבודה כדי לבסס תביעה מסוג *quid pro quo* (ראו, למשל, *Gary v. Long* 59 F3d 1391, 1396 (D.C. Cir., 1995).⁷⁹ Patricia Hughes (*supra*, note 3), p. 12.

In *Janzen*, the Supreme Court of Canada decided that it was time to dispense with the distinction between *quid pro quo* and 'hostile environment' forms of sexual harassment. The Chief Justice therefore defined sexual harassment inclusively as 'unwelcome conduct of a sexual nature that detrimentally affects the work environment or leads to adverse job-related consequences for the victims of the harassment'.

⁸⁰ לעיל, הערה 4, בעמ' 834.

המקרה הקלסי והמובהק ביותר של הטרדה מינית מסוג *quid pro quo*, כפי שהוכר בפסיקה האמריקנית, לובש צורה כזו: ממונה תובע מעובדת לקיים עמו קשר מיני (או אינטימי); הדרישה מכילה הבטחה (מפורשת או משתמעת) כי סירוב העובדת יגרור סנקציות במקום העבודה ואף פיטורין. העובדת דוחה את תביעת הממונה, והוא מתנכל לה ומביא לפיטוריה. הטרדה מינית מסוג *hostile environment*, כפי שהוכרה בפסיקה האמריקנית, מכילה התייחסות מתמשכת או חמורה לעובדת כאל אובייקט מיני, ו/או השפלתה באמצעות התייחסות סקסיסטית אליה או אל נשים אחרות, ו/או שימוש בסטריאוטיפים שובינסטיים המרמזים על אי-כשירותה המקצועית, ו/או דיבורים או מעשים מיניים המביכים אותה – והכל במידה העולה כדי יצירת סביבה עוינת או כדי פגיעה ביכולת העבודה או ההנאה ממנה. לכאורה, מתוך הצגה בסיסית זו של המקרים ה"טהורים", נדמה כאילו ניתן למתוח קו ברור בין שני סוגי ההטרדות. אולם, בפועל, מרבית המקרים המתרחשים במציאות ומוצאים דרכם אל בתי-המשפט מכילים יסודות של שני סוגי המקרים המובהקים גם יחד. כמו כן, גם בהתייחס למקרים ה"טהורים", קשה להגדיר קריטריון להבחנה ביניהם, שכן ניתן לתרגם כל אחד מהם למושגי הקטגוריה האחרת.⁸¹ קשה עוד יותר להצדיק התייחסות שונה למקרים הממוינים לסוגים השונים. אבהיר טענה זו.

דרישה מינית שמתלווה אליה איום – כלומר: הטרדה מסוג *quid pro quo* – בהכרח יוצרת עבור העובדת סביבת עבודה עוינת, ועלולה לפגוע בתפקודה המקצועי במקום העבודה. במקביל, במרבית ההטרדות מסוג סביבה עוינת, אם לא בכולן, קיים למעשה איום מפורש או סמוי, לפיו אי "היענות" להטרדה או אי "שיתוף פעולה" עמה יולידו תוצאות שליליות עבור המוטרת. שכן במסגרת יחסי עבודה, ממונה ה"מתבדח" עם עובדת בלשון מינית גסה או מתחקר אותה ביחס לחיי המין שלה מצפה לשיתוף פעולה מצדה; היה ונתקל בתגובה אחרת, הוא עלול לתת לתת לתסכולו ביטוי בהחלטות עתידיות ביחס לעובדת. אין ספק כי האירועים שגרמו לפיטוריהן של Barnes ו-Williams⁸², אף שהוגדרו כאירועים מסוג *quid pro quo*, יצרו עבורן סביבה עוינת, ואילו האירוע שהביא לפיטוריה של Vinson (התובעת בעניין *Meritor*⁸³), אף שטופל כהטרדה מינית מסוג סביבה עוינת, מכיל יסודות ברורים של דרישת טובות הנאה מיניות, איום משתמע, ופיטורין שנגרמו עקב הפסקת ההיענות לדרישה. מכיוון שכך, מדוע להטיל על תובעות בנעליה של Williams להוכיח "איום" וקשר סיבתי בין דחיית ההצעה המינית לבין הפיטורין, כאשר תובעות בנעליה של Vinson אינן נדרשות להוכיח יסודות אלה? מדוע להטיל על תובעות בנעליה של Vinson להוכיח כי הטרדה המינית היתה חמורה דיה כדי לשנות את תנאי עבודתה, וכי גם "האדם הסביר" או "האשה הסבירה" היו חשים כמוה, בשעה שנשים בנעליה של Williams אינן נדרשות להוכיח יסודות אלה? ויותר מכך: מה ההצדקה להטיל על מעבידה של Williams אחריות חמורה יותר להטרדה המינית שביצע הממונה מטעמו, מאשר על מעבידה של Vinson?

⁸¹ לדמיון הרב בין מקרים של *quid pro quo* לבין מקרים של סביבה עוינת ראו Eskenazi & Gallen (לעיל, הערה 3), בעמ' 162.

⁸² ראו לעיל, הערות 22, 23 ו-25.

⁸³ ראו לעיל, הערה 34.

בחינה מהותית של מקרי הטרדה המסווגים כ-quid pro quo מעלה כי הם מקרים של hostile environment. אם הטרדות מיניות מסוג quid pro quo נטות להיות חמורות יותר מאחרות – יש לפסוק בגין פיצויים גבוהים יותר, ואם סוג הנזק הנגרם במסגרתן נוטה להיות "מוחשי" וכלכלי יותר – יש להתאים את התרופה למכה. אך קשה להצדיק את ההבחנה הקטגורית בין הסוגים, וקשה עוד יותר להצדיק החלת נטלים שונים וכללי אחריות מעביד שונים בכל אחד מן הסוגים. דומני כי שיטת המשפט האמריקנית היתה מרוויחה יעילות וקוהרנטיות כאחת לו שעתה להנחיות ה-EEOC (או לדוגמה הקנדית), ויתרה על ההבחנה הקטגורית בין שני סוגי הטרדה המינית, והחילה על כל התביעות בגין הטרדה מינית כללים אחידים הן לעניין נטל ההוכחה והן לעניין אחריות מעביד. ודאי שהמשפט הישראלי, בבואו ללמוד מן הטיפול האמריקני בסוגיה, אינו צריך לאמץ הבחנה קטגורית שאין בה תועלת.

3. הבעייתיות בשימוש במבחן "היצור הסביר"⁸⁴

לקביעת חומרתה של הטרדה מינית

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

סקרתי כבר, במקום אחר, את התפתחותה של הדמות הבדיונית "האדם הסביר" במסגרת דיני הנזיקין של המשפט המקובל, ואת התפשטותה משם גם אל הדין הפלילי.⁸⁵ בראשית דרכו היה "האדם הסביר" הבדיוני גבר לכל דבר (הוא נקרא אז "the reasonable man"). הוא נוצר בשיטת משפט בעלת חבר מושבעים, במטרה להוות כלי נוח לשימוש של גוף שיפוטי זה, ותפקידו היה לסייע בהכרעה אם אנשים "טיפוסיים" בחוג החברתי שבמסגרתו נגרם הנזק הנדון (או, מאוחר יותר, שבמסגרתו התרחשה העבירה הנדונה), יכולים היו לנהוג כפי שנהג המעוול (או הנאשם). היגיון הדברים היה כי ההתנהגות "הטיפוסית", הרווחת בהקשר החברתי הרלבנטי, היא אמת-המידה הראויה להכריע בשאלה המשפטית אם על המעוול לשאת בתוצאות הנזק שגרמה התנהגותו (ובהקשר הפלילי – אם יש להוקיע את התנהגותו של הנאשם כסוטה מן המקובל ולכן כעבריינית). המושבעים הוחזקו כ"איש הסביר" בחברתם, ולכן כמי שיכולים וצריכים להכריע אם ההתנהגות הנשפטת היא "טיפוסית", "רגילה" או "רווחת" בחברתם. בהקשר זה היה "האדם הסביר" דמותם האלגורית המופשטת של המושבעים, והוא נועד לסייע להם להתחבט בשאלה כיצד היו הם נוהגים, בהתעלם ממאפייניהם האישיים, לו עמדו בנעליו של המעוול (או הנאשם). אם מצאו כי "האדם הסביר" – כלומר: דמותם האידיאלית – היה נוהג כפי שנהג המעוול, אזי נפסק כי אין המעוול צריך לשאת במחיר נזק נשגם (ובהקשר הפלילי, אם מצאו כי הנאשם פעל כפי שהיו הם כ"אדם הסביר" נוהגים, אזי נפסק כי אין מקום להוקיע את הנאשם כעברייני).

⁸⁴ בביטוי "יצור סביר" אני מתייחסת, בנשימה אחת, ל"איש הסביר", ל"האדם הסביר", ל"האשה הסבירה", ל"הקרבן הסביר" ולצאצאיהם העתידיים. אני אוהבת את המונח גם מפני שהוא נותן ביטוי ל... המלאכותיות של ציבור ה"סבירים".

⁸⁵ ראו אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה: חום דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית הסבירה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזולס" פלילים ו (תשנ"ח) 137. לסוגיית האדם הסביר ראו גם חיים שחר, "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט (תש"ן) 78; ולסוגיית האשה הסבירה ראו גם דפנה ברק-אראז "האשה הסבירה" פלילים ו (תשנ"ח) 115.

במהלך המאה הנוכחית מוטחים ב"אדם הסביר" תל-תלים של ביקורת.⁸⁶ משפטנים אנגליים ואמריקנים טוענים כנגדו, בין השאר, כי הוא "מושלם" מדי (זהיר מדי, מחושב מדי, רציונלי מדי) ואינו מייצג נאמנה את הציבור שאת התנהגותו נועד לבטא.⁸⁷ לטענתם, הוא מתיימר לייצג דבר ("אדם טיפוס, ממוצע") שכלל אינו בנמצא ואף אינו אפשרי במרבית ההקשרים החברתיים. הם תוקפים בטענות כי הוא אנוכי, תועלתני ובלתי אלטרואיסטי, ומשדר מסרים ערכיים שליליים אלה לציבור.⁸⁸ הליברלים והרדיקלים מוסיפים וטוענים (ובצדק) כי הוא מסייע בהנצחת ה"מצוי" (לכאורה), וכפייתו על ה"רצוי"; בכך הוא משרת אידיאולוגיה שמרנית ולא פרוגרסיבית.⁸⁹ ביקורת חריפות במיוחד הוטחו בזהותו המינית של "האדם הסביר" המסכן: מבקרים, ובעיקר מבקרות פמיניסטיות, טענו כי למרות יומרתו ל"מופשטות אידיאלית", שאמורה להיות משוחררת מתכונות אישיות קונקרטיות, הריהו, למעשה, בעל זהות מעמדית, גזעית, אתנית, גילית, ומעל לכל – מינית – מאוד ספציפית. "האדם הסביר", נטען, הוא גבר, ולכן מדידתה של "הסבירות" החברתית על-פיו מנציחה תפיסות וערכים גבריים ומפלה לרעה נשים. הדבר בולט במיוחד, כמובן, כאשר אשה מעוללת או נאשמת נאמדת ונשפטת ביחס ל"אדם הסביר" הגברי. אך גם ברמה המופשטת, השימוש ב"גבר הטיפוסי", בנקודת מבטו ובניסיון חייו לשם קביעת ערכיה הכלליים של החברה מהווה הפליה פסולה של נשים.⁹⁰

ביקורת אחרונה זו הותירה רושם עז והובילה לשינוי שמו של ה-"reasonable man" ל-"reasonable person". שמו החדש של היצור נועד להדגיש כי קה-המידה הוא "לא גבר ולא אשה" אלא "א-מיני". אולם, גם צעד זה לא הניח את דעת המבקרים והמבקרות, ואלה המשיכו לטעון כי על אף שינוי שמו לא עבר היצור הבדיוני ניתוח מקביל, אך משמעותי יותר, להסרת מינו, והוא נותר גבר, גם אם גבר המוסווה בשם "יוניסקס". בהמשך לביקורת זו דרשו חלק מן המבקרים והמבקרות שינוי אישיותי עמוק יותר בדמותו של "האדם הסביר"; אחרות דרשו לברוא ל"אדם הסביר" עזר כנגדו, "אשה סבירה", שתשמש בכל מקום בו מעורבת אשה בהליך המשפטי.⁹¹

⁸⁶ R.K.L. Collins "Language, History and the Legal Process: A Profile of the 'Reasonable Man'" 8 *Rutgers-Camden L.J.* [1976-1977] 311, 312.
⁸⁷ A.P. Herbert *Uncommon Law* (London, 1935) p. 4.

⁸⁸ O.M. Reynolds "The Reasonable Man of Negligence Law: A Health Report on the Odious Creature" 23 *Oklahoma L. Rev.* (1970) 410, 420.

⁸⁹ Caroline Forell "Essentialism, Empathy and the Reasonable Woman" *U.Ill.L.Rev.* (1994) 769, 771.

⁹⁰ Kim L. Scheppelle "The Reasonable Woman" *The Responsive Community* (1991) 45; Elizabeth A. Glidden "The Emergence of the Reasonable Woman in Combating Hostile Environment Sexual Harassment" 77 *Iowa L. Rev.* (1992) 1825; Nancy S. Ehrenreich *Pluralist Myths and Powerless Men: The Ideology of Reasonableness in Sexual Harassment Law* 99 *Yale L.J.* (1990) 1177; Carol Sanger "Gender, Race and the Politics of Supreme Court Appointments: The Imprt of the Anita Hill/Clarence Thomas Hearings: The Reasonable Woman and the Ordinary Man" 65 *S. Cal. L. Rev.* (1992) 1411.

⁹¹ מקינון אף מציעה, במהלך דיאלקטי, להשתמש במבחן "האשה הסבירה" במקום מבחן "האיש הסביר" בכל ההקשרים. כמו אריסטו והרמב"ם מצביעה מקינון, כי כאשר קיימת נטייה חזקה ב... מסוים יש להציג אידיאל הפוך, עד אשר מתוך דיאלוג בין השניים תושג "דרך האמצע" הרצויה.

הפסיקה האמריקנית אימצה, בהקשר מסוימים, את מבחן "האשה הסבירה". אחד המקרים המפורסמים ביותר הוא פסק-הדין בעניין *State v. Warnow*⁹² משנת 1977, בו הורשעה הנאשמת בערכאה הראשונה ברצח אדם שנטפל בעבר לילדיה, ושביארוע הנידון התקרב לעברה בהיותו שיכור שעה ששהתה עם ילדיה בבית שכנה, וגבס על גלה. ערכאת הערעור ביטלה את ההרשעה ברצח, בין השאר משום שהמושבעים הונחו על ידי שופט הערכאה הראשונה למדוד את התנהגותה של הנאשמת ביחס להתנהגותו של "האדם הסביר". ערכאת הערעור מצאה כי התקרבותו של המנוח השיכור לעבר הנאשמת וילדיה בנסיבות המקרה היתה מאיימת לאין שיעור מנקודת מבטה של "האשה הסבירה". לו עמדה במקומה של הנאשמת, מאשר מנקודת מבטו של "האדם/הגבר הסביר", ו עמד הוא באותו מקום. החלטתה של הנאשמת להתגונן בנשק חם היתה סבירה לחלוטין מנקודת מבטה של "האשה הסבירה" – אף אם לא מנקודת מבטו של "גבר סביר".

נשוב עתה לנושא הטרדה המינית, ולמקומה של שאלת "היצור הסביר" במסגרתה. כאשר קבע בית-המשפט העליון האמריקני בעניין *Harris*⁹³ כי השאלה האם הטרדה מינית יצרה "סביבה עוינת" צריכה להיבחן ב"מבחן כפול" – סובייקטיבי ו"אובייקטיבי" – הוא יבא בכך את "האדם הסביר", על כל הבעייתיות הכרוכה בו, אל תוך הדיון המשפטי בהטרדה מינית (מסוג "סביבה עוינת"). עם זאת, בית-המשפט נמנע מהכרעה חד-משמעית בשאלה אם "המבחן האובייקטיבי" יחיל את "האיש הסביר", את "האדם הסביר", את "האשה הסבירה" או את "הקרבן הסביר", ושתיקתו זו נתנה את האות להתפתחותו של מאבק אקדמי ושיפוטי בשאלה זו.⁹⁴ כך סיכמתי, במקום אחר, את עיקרי הוויכוח בין מצדדי "האדם הסביר" לבין מצדדי "האשה הסבירה":

המצדדות בשימוש ב'אשה הסבירה' בתביעות של הטרדה מינית מצביעות על מחקרים המורים כי גברים ונשים תופסים התנהגויות בעלות אופי מיני, או אינטימי, באופנים שונים במובהק, וזאת, בין השאר, משום ניסיון חיים חברתי קבוצתי שונה.⁹⁵ גם אם 'האדם/הגבר הסביר' עלול לחשוב כי התנהגות מסוימת במקום העבודה היא תמימה, לגיטימית, או משעשעת, 'האשה הסבירה' עלולה לראותה כהטרדה מינית פוגעת, משפילה, מאיימת ומשתקת. השימוש במבחן 'האדם/הגבר הסביר' עלול, לכן, להכשיר ולהנציח אותן התנהגויות שהחוק האוסר הטרדה מינית נועד לשרש. רק שימוש במבחן 'אשה סבירה' יכול לחשוף ולהוקיע את ההתנהגויות הגורמות לנזק כלפיו מכון החוק. השימוש במבחן 'האשה הסבירה', סבורות כותבות אלה, יבטא את השקפותיהן של נשים, שעד כה לא באו לידי ביטוי במשפט ובחברה, יגביר את רגישות הגברים לנקודת מבטן של נשים, ויאפשר יצירתם של סטנדרטים חברתיים חדשים, נקיים מהטרדה מינית.

⁹² 59 p. 2d 548 (1977).

⁹³ לעיל, הערה 54.

⁹⁴ ראו לעניין זה לעיל, מול הערה 54 ואילך.

⁹⁵ למאמרים המצדדים במבחן "האשה הסבירה" ראו לעיל, הערה 90, כמו גם Glenn George (לעיל, הערה 9), בעמ' 27-28 וכן Nicolle R. Lipper (לעיל, הערה 3), בעמ' 323.

הכותבים והכותבות השוללים את השימוש ב'אשה הסבירה' בהקש של הטרדה מינית מעלים טיעונים רבים ומגוונים.⁹⁶ יש הרואים בפיצול 'האדם הסביר' על-פי מין פגיעה בעקרונות השוויון והאחידות, שאמורים להחיל על כל אדם דין אחד, בלא הבדל מין. 'האשה הסבירה' פוגע, לפי גישה זו, בעמדתו האינדיבידואליסטית של המשפט האמריקני, ומחדירה לתוכו עקרונות של צדק קבוצתי, ולא אישי, שהם זרים לרוחו. יש הטוענים כי אין זה הוגן לדרוש מגברים לעמוד בסטנדרט ציפייתה של 'האשה הסבירה', ויש הסבורים כי מבחינה מעשית שופטים גברים אינם מסוגלים ליצור את דמותה הנכונה של 'האשה הסבירה'. יש המעלים את חשש המדרון החלקלק, ומראים כי השימוש ב'אשה הבירה' מחייב הכרה גם ב'אשה שחורה סבירה', בגבר מוסלמי הומוסקסואלי ובאינספור ישויות נוספות, פיצול שמשמעו, למעשה, ביטול המבחנים האובייקטיביים והמרתם במבחנים סובייקטיביים. כותבים וכותבות כאחד מוטרדים בשאלה מהי דמותה של 'האשה הסבירה', האם היא קיימת, כיצד ניתן לגלותה, ולהגדירה, ומי רשאי לעשות כן. חלקם חוששים וחוששות שהשימוש ב'אשה הסבירה' יבטא גישות מסורתיות א-סוציאליסטיות, וינציח סטריאוטיפים אודות נשים. מספר כותבות מזהירות כי טרמינולוגית 'האשה הסבירה' עלולה לאפשר לשופטים להציג נשים המלינות על הטרדה מינית כ'בלתי סבירות', ולחתור בכך תחת התפתחותה של עוולת הטרדה המינית.⁹⁷

⁹⁶ ראו Robert Unikel "Reasonable Doubts": A Critique of the Reasonable Woman Standard in American Jurisprudence" 87 *Nw. U.L. Rev.* (1992) 326; Robert S. Adler "The Legal, Ethical and Social Implications of the 'Reasonable Woman'" 61 *Fordham L. Rev.* (1993) 773; Walter Christopher Arbery "Note: A Step Backward for Equality Principles: The 'Reasonable Woman' Standard in Title VII Hostile Work Environment Sexual Harassment Claims" 27 *Ga. L. Rev.* (1993) 503; Saba Ashraf "The Reasonableness of the 'Reasonable Woman' Standard: An Evaluation of its Use in Hostile Environment Sexual Harassment Claims Under Title VII of the Civil Rights Act" 21 *Hofstra L. Rev.* (1992) 483; Naomi R. Cahn "The Reasonable Woman Standard in Theory and in Practice" 77 *Cornell L. Rev.* (1992) 1398; Jolynn Childers "Is There a Place for a Reasonable Woman in the Law? A Discussion of Recent Developments in Hostile Environment Sexual Harassment" 42 *Duke L.J.* (1993) 854; Paul B. Johnson "The Reasonable Woman in Sexual Harassment Law: Progress or Illusion?" 28 *Wake Forest L. Rev.* (1993) 619; Barbara A. Gutek & Maureen O'Connor "The Empirical Basis for the Reasonable Woman Standard" 51 *J. Soc. Issues* (1995) 151.

⁹⁷ קמיר (לעיל, הערה 85), בעמ' 179-180. טיעונים דומים לאלה שהועלו כנגד מבחן "האשה הסבירה" יפים גם כנגד מבחן "הקרנב הסביר", שאף הוא מוצע כתחליף ל"אדם הסביר" על-ידי שופטים וכותבים אקדמאים. ראו, למשל, *v. City of Philadelphia* 895 F.2d 1469, 1483 (3d. Cir., 1990) ...

כשלעצמי, אני מוצאת טעם במרבית הטיעונים המועלים על-ידי כותבות וכותבים משני עברי המתרס, ודומני כי אף אחד מן הצדדים אינו יכול לצאת מוויכוח זה כשידו על העליונה.⁹⁸ יתרה מזאת: נוסף על הטענות שמעלים תומכי "האדם הסביר" ומצדדי "האשה הסבירה" אלה כנגד אלה, אני שוללת את השימוש ב"יצורים סבירים" בכלל ובהקשר הנדון בפרט. אזכיר רק שלוש טענות בכיוון זה. ראשית, אינני אוהבת את הרעיון כי דגם מונוליטי אחד יגדיר "אנושיות סבירה", "גבריות סבירה" או "נשיות סבירה" וימנע את היווצרותם הלגיטימית של טיפוסים אנושיים, גבריים ונשיים חדשים ומגוונים במסגרת השיח המשפטי. שנית, אני סבורה כי כאשר המשפט מנסה לשנות נורמות חברתיות נוהגות, כמו בהקשר ההטרדה המינית, שימוש במודל "האדם המצוי" חותר תחת המטרה שהיא המרת ה"מצוי" ב"רצוי". דווקא בהקשרים משפטיים רפורמטוריים אסור לגזור את הנורמה הערכית שעל המשפט להבטיח מאופני התנהגות "נפוצים", "ממוצעים" או "רגילים", בין שהם נהוגים בקרב נשים ובין שהם מקובלים בקרב גברים. אופני התנהגות אלה הם בדיוק הרעה שהמשפט יוצא נגדה, ולא ניתן לצאת נגדה על-ידי הסתמכות עליהם כקנה מידה ראוי (היצור הסביר של המשפט הישראלי מוצג בטקסט השיפוטי כ"נורמטיבי" יותר מאשר אחיו בשיטות משפט אחרות. עם זאת, הוא מתיימר גם לשקף את המציאות החברתית הישראלית האמפירית, ויתרה מזאת: הוא משקף במידה רבה את "השופט הישראלי המצוי", כפי שזה תופס את עצמו. לכן האמור אודות היצור הסביר ככלל נכון גם לגבי היצור הביר (במשפט הישראלי).

באופן אישי אני מוטרדת במיוחד מנקודה (היא הטענה השלישית) שכותבים וכותבות אינם נותנים עליה את הדעת די הצורך, המתייחסת לאופן השימוש הייחודי ב"יצורים הסבירים" במסגרת ההטרדה המינית. אם בהקשרים משפטיים אחרים המעוול או הנאשם הוא שנחשף לבחינה האם הוא "סביר", נמצא כי בהקשר של הטרדה מינית דווקא התובעת המוטרדת – כלומר: בדרך כלל האשה שבסיפור – היא העומדת למבחן הסבירות (השאלה "האם יצור סביר היה חש מוטרד מהתנהגותו של המטריד" משמעה "האם המתלוננת חשה כפי שהיה יצור סביר חש בנעליה", ובמלים אחרות: "האם היא יצור סביר"). כך המתלוננת היא שנמצאה חשופה, חשודה, מצטדקת ובודקת את עצמה. בין שתזכה ובין שתפסיד, בין שהמטריד יוגדר כמפלה ובין שלא, היא זו שנמדדת בקפידה: האם סבירה היא או לא. קרבן ההטרדה מועמדת במקומו (המשפטי) של המעוול או הנאשם, והופכת בכך ל"מעין-עברייין". בהקשר של עבירת האונס מקובל לדבר על גישה כזו כלפי מתלוננת כעל "האונס השני" שהיא עוברת במסגרת ההליך המשפטי. הדבר חמור לא פחות בהקשר של הטרדה מינית, וכמו בהקשר האונס, יש בו כדי להרתיע נשים שהוטרו מלהתלונן.⁹⁹

⁹⁸ לניתוחים נוספים של הוויכוח בין מצדדי "האשה הסבירה" ושליליה, המדגישים את המעלות ואת החסרונות של הטיעונים בשני הצדדים, ראו Kathryn Abrams *The Reasonable Woman: Sense and Sensibility in Sexual Harassment Law* *Dissent* (1995) 48054; Susan Collins (*supra*, Note 4), pp. 1537-1543; Earle & Madek (*supra*, note 3), pp. 57-62; Katherine Franke (*supra*, note 3), pp. 750-752.

⁹⁹ Kathryn Abrams (שם) נוגעת בנקודה זו במידת מה, אולם מסקנתה היא כי הדרך לפתרון הבעיה היא המרת דמות "האדם הסביר" האמפירית ("האדם הממוצע") בדמות נורמטיבית ("האדם הנאור"). היא סבורה כי לאחר המרה זו, גם אם תגובת המתלוננת היא שתיבחן במבחן "האדם הסביר", תהיה זו בסופו של דבר התנהגות המטריד שתיתפס כ"בלתי סבירה", כלומר: כ"בלתי נאורה". אינני שותפה לעמדתה זו.

השורה התחתונה היא כי לא מבחן "האדם הסביר" ולא מבחן "האשה הסבירה" עומדים בביקורת, ולכן כל פרשנות להלכת בית-המשפט האמריקני העליון בעניין ¹⁰⁰Harris תהיה, בהכרח, גרועה. משמע: הרצוי הוא שלא להשתמש ב"מבחן האובייקטיבי" כלל, שכן יהא "היצור הסביר" שיקרא למלאו בתוכן אשר יהא, הוא לא יוכל לעמוד בביקורת החזקות שניתן להטיח בו.

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

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

לשם המחשת הטענה כי ההתמקדות בעולם העבודה עלולה להאפיל על הטיפול בהטרדות מיניות המתרחשות מחוץ להקשר זה קחו, למשל, שכן המתמיד בבקשותיו משכנתו לשכב עמו, מציף את תיבת הדואר שלה במכתבים בנושא זה, משאיר לה הודעות טלפוניות ומצביע עליה בפני חברים ברדתה במדרגות הבית המשותף. שכן כזה בוודאי מטריד מינית, אף שאין בין הצדדים יחסי עבודה כלשהם. התנהגות עלולה לגרום למוטרדת חשש לצאת מן הבית ולהיכנס אליו; היא עלולה לפחד לישון בביתה לבד; המתח הנפשי עלול לפגוע בתפקודה הכללי, והיא עלולה להרגיש מחויבת לעבור דירה, אף אם אין היא מעוניינת או שאינה יכולה לעשות כן מבחינה כלכלית. בעולם משפטי בו יסודות ההטרדה המינית מפותחים בעיקר בהקשר העבודה, הטרדה כזו עלולה שלא להיתפס כהטרדה מינית, ולא לזכות למלוא הטיפול ההולם.¹⁰¹

¹⁰⁰ לעיל, הערה 54.

¹⁰¹ יש לציין, כי במסגרת תפיסתה התיאורטית של מקינון, הטרדה מינית במקום העבודה אינה נבדלת, מהותית, מהטרדה מינית בכל הקשר אחר. מקינון סבורה כי העולם הפטריארכלי מכונן קשר היררכי בין נשים לגברים, ולכן כל הטרדה מינית של אשה על-ידי גבר מהווה דיכוי, כלומר: פעולה כוחנית של בעל עוצמה כלפי מי שנמצא בעמדת נחיתות מערכתית כלפיו. המציאות של עולם העבודה, שבו על פי רוב המטריד חזק מן המוטרדת גם בהיררכיה המקצועית, רק משקפת את ההיררכיה הפטריארכלית ומוסיפה עליה, אך אין היא משנה אותה בשום צורה מהותית. עם כל זאת, גם הכותבות הפמיניסטיות, כמו הפסיקה, תורמות לפיתוח הקטגוריה המשפטית של הטרדה מינית במקום העבודה יותר מכל הטרדה מינית. משום כך, מאמרים כמו מאמרה של Cynthia Grant Bowman (לעיל הערה 63) אודות הטרדה מינית ברחוב הם חשובים במיוחד.

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

5. חקיקה שיפוטית לעומת חקיקה ראשית

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

אולם, דומני כי סוגיית ההטרדה המינית היתה מטופלת באופן רחב, שיטתי, אחיד והחלטי יותר, לו הוסדרה בחקיקה ראשית מפורטת. ניתן בהחלט להצביע על יתרונות המסלול של חקיקה שיפוטית בהקשר מסוים זה. בתי-המשפט, שנוכחו בריבוי האירועים של הטרדה מינית ועמדו מקרוב על חומרתם, נפתחו עם הזמן להכיר ברצינות הנושא, והרחיבו בהתמדה את ההלכה ואת נפקויותיה. ייתכן כי המחוקק, לו נאות בכלל להתייחס לעניין זה, היה מסתפק בהגדרה מצומצמת יותר, וזו לא היתה יכולה להתפתח כשם שהתפתחה ההלכה בחקיקה השיפוטית. עם זאת, גם מגבלותיה של החקיקה השיפוטית ניכרות היטב בהיסטוריה הקצרה של יצירת התחום ועיצובו, כפי שהוצגה לעיל. די להזכיר את ריבוי ההלכות הסותרות – חלקן קשות ומזיקות – שנפסקו בתי-המשפט השונים, את הערפל המתמשך ביחס לסוגיות מרכזיות (כמו אחריות מעביד) ואת השימוש השיפוטי במבחן "האדם הסביר" שאינו הולם תחום זה.¹⁰²

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

6. סיכום ביניים

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

¹⁰² הלכת *Rabidue* (לעיל, הערה 47), שתוארה בפירוט היא הדוגמה המובהקת לפסיקה גרועה, שנעשה כבד וממושך.

מן הביקורת שהוצגה ביחס לדוקטרינה האמריקנית אני מסיקה כי הטרדה צריך שתטופל בחקיקה ראשית, מפורטת וכללית, שאינה ייחודית רק לעולם העבודה, שאינה מתמקדת בהבחנה הקטגורית בין הטרדה מסוג *quid pro quo* לבין הטרדה מסוג סביבה עוינת, שאינה מסתמכת לשם הגדרת הטרדה המינית על "יצורים סבירים" למיניהם, ואשר גוזרת את התייחסותה להטרדה מינית מבסיס ערכי רחב ולא מעקרון השוויון לבדו. אחריות המטריד (או המעביד, בהקשר של עבודה) צריכה להיות קבועה באופן החלטי וברור, ויש להימנע מניסוחים שיעמידו את המוטרת, התובעת, ל"מעין משפט" על אישיותה, סגנון לבושה ואופן התבטאותה.

חלק שלישי: הטרדה מינית במשפט הישראלי

בסעיפים 1 ו-2 לחלק זה אסקור ואנתח את ההיסטוריה הקצרה של הטיפול המשפטי בהטרדה המינית במשפט הישראלי בשנים 1988-1998. בסעיף 3 אקשר בין המסקנות והלקחים שהוסקו בחלקיה הקודמים של הרשימה לבן המציאות המשפטית הישראלית, ואציע קונספציה חדשה כבסיס להסדרת הטיפול בהטרדה מינית במשפט הישראלי. בסעיף 4 אציג את החוק החדש, המבטא את הקונספציה המתוארת בסעיף 3.

1. יבוא הטרדה המינית אל המשפט הישראלי

הטיפול בהטרדה מינית הוסדר במשפט הישראלי בחקיקה ראשית משנת 1988, בהקשר של שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988¹⁰³ (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה"), אשר קובע כי:

לא יפגע מעביד בעובד או בדורש עבודה בעניינים המנויים בסעיף 2 מחמת סירובו של העובד או של דורש העבודה להיענות להצעה או בשל התנגדות למעשה שהם בעלי אופי מיני ושנעשו בידי המעביד או בידי מי שממונה במישרין או בעקיפין על העובד, ולגבי דורש עבודה, מי שפועל מטעם המעביד לעניין קבלתו לעבודה.¹⁰⁴

¹⁰³ ס"ח 38.

¹⁰⁴ ההתייחסות לדורש העבודה נוספה בתיקון משנת תשנ"ה. סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, בנוסח הנוכחי (הסעיף תוקן בתשנ"ב ובתשנ"ה), קובע כך:

(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם או מפלגתם, בכל אח מאלה:

(1) קבלה לעבודה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

(5) פיטורים או פיצויי פיטורים.

(ב) לענין סעיף קטן (א) רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין.

(ג) אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או מהותם של התפקיד או המשרה.

עצם הסדרת הטיפול המשפטי בהטרדה מינית בחקיקה ראשית, ללא כל קשיים או התנגדויות, מעידה כי בשונה מן המחוקק האמריקני, המחוקק הישראלי לא נרתע מהענקת זכויות סטטוטוריות לנשים או מטיפול בבעיות אמיתיות המאפיינות את חוויות חייהן.¹⁰⁵ מיקום הסוגייה בדיני העבודה מעיד על השפעת הדוקטרינה האמריקנית על ההתייחסות הישראלית לנושא בעת חקיקת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. הגדרתה הצרה של הטרדה המינית בחוק הישראלי נבעה – כך אני סבורה – מן הקושי שהיה למחוקקים בתפיסת ההטרדה המינית כסוגייה של שוויון והפליה. טענה אחרונה זו, שתוצג בסעיף 2 להלן, תסתמך על תיאור השתלשלות חקיקתו של סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

בשנת 1986 הונחו על שולחן הכנסת שלוש הצעות חוק פרטיות והצעת חוק ממשלתית אחת בעניין שוויון הזדמנויות לנשים בעבודה.¹⁰⁶ ההצעה היחידה שהתייחסה לסוגיית הטרדה המינית היתה הצעתם של שולמית אלוני ורן כהן,¹⁰⁷ אשר הכילה איסור פלילי על שני טיפוסים של הטרדה מינית: (1) כל הטרדה מינית מסוג *quid pro quo* של מעסיק או ממונה, שיש בה דרישה לקשר מיני, והבטחה לתמורה; (2) הטרדה מינית מסוג "סביבה עוינת", המבוצעת על-ידי מעסיק או ממונה, וכוללת נגיעה במוטרד (מוטרדת) או היחשפות בפניו (בפניה).

¹⁰⁵ אחד החוקים הראשונים שחוקקה הרשות המחוקקת בישראל היה חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248. חוק זה אומנם מוגבל בתחולתו (שכן אינו חל על תחום המעמד האישי, שהוא התחום הבעייתי ביותר מבחינת מעמד האשה בישראל), אולם הוא מבטיח כי נשים תהיינה שוות לגברים בכל "פעולה משפטית" בכל תחום ובכל הקשר, למעט בתחום המעמד האישי. זכותה המשפטית העקרונית של האשה לשוויון, ובעולם העבודה בתוך כך, נקבעה אם כן בחקיקה ראשית סמוך לאחר הקמת המדינה. בצעד נוסף, ספציפי לתחום העבודה, הוסיף המחוקק הישראלי וקבע בחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954, ס"ח 154 (להלן: "חוק עבודת נשים") גם זכויות מיוחדות לנשים עובדות. בשנת 1964 נחקק חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964, ס"ח 166, אשר החלף לאחרונה בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 230; בשנת 1981 נחקק חוק הזדמנות שווה בתעסוקה, תשמ"א-1981, ס"ח 281 (להלן: "חוק הזדמנות שווה בתעסוקה"), אשר החלף ב-1988 בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. בשנת 1987 נחקק חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, תשמ"ז-1987, ס"ח 48. כל החוקים הללו, כמו גם הוראות ספציפיות בחוקי עבודה כלליים, נועדו לקדם נשים בעולם העבודה ולהבטיח את שוויון זכויותיהן בתוכו. יתרה מזאת: הם אף מבטיחים לקבוצת הנשים זכויות שונות מאלה המובטחות לציבור הגברים, שהרי הם מכירים בהבדלים בין צרכיהם של נשים וגברים בהקשר העבודה. אף שניתן למצוא בחקיקת העבודה הישראלית פטרנליזם והנצחת סטריאוטיפים פטריארכליים של נשים, יש בכל זאת מקום לטענה כי גישת המחוקק הישראלי רחוקה פחות מן הפמיניזם הרדיקלי נוסח מקינון, מאשר גישתם השוויונית האריסטוטלית, האינדיבידואליסטית, של בתי מחוקקים בארצות-הברית. לתיאור מקיף של מעמד האשה במשפט הישראלי ראו פ' רדאי "על השוויון" בתוך **מעמד האשה בחברה ובמשפט** (בעריכת פ' רדאי, כ' שלו ומ' קובי-ליבן, תשנ"ה) 19. לתיאור מקיף שלמעמד האשה בדיני העבודה במשפט הישראלי ראו פ' רדאי "נשים בשוק התעסוקה", **שם**, 64. לתיאור החוק החדש בדבר שכר שווה ולביקורת עליו ראו ר' בן-ישראל "שכר שווה: אשליה או מציאות? הרהורים לאור חוק שכר שווה לעובדת ולעובד התשנ"ו-1996" בתוך **נשים הכוח העולה: קידום נשים בעבודה – ניפוץ תקרת הזכוכית (לעיל, הערה 1)**.

¹⁰⁶ הצעות החוק הפרטיות הן אלה: הצעת חוק של"ד, חוק הזדמנות שווה בתעסוקה (תיקון) (איסור הפליה בקידום בעבודה), התשמ"ו-1986, של חה"כ שרה דורון (חה"כ דורון יזמה, שנים ספורות קודם לכן, את חוק הזדמנות שווה בתעסוקה); הצעת חוק של"ח, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ו-1986, של חה"כ אורה נמיר (הצעת החוק הוכנה על-ידי פרופ' רות בן-ישראל, ששימשה כיועצת לוועדת העבודה והרווחה לחקיקת עבודה); הצעת חוק שפ"ב, חוק הזדמנות שווה בתעסוקה, התשמ"ז-1986, של חה"כ שולמית אלוני ורן כהן. הצעת החוק הממשלתית היא חוק הזדמנות שווה בתעסוקה (תיקון), התשמ"ז-1986.

¹⁰⁷ הצעת החוק של חה"כ אלוני וכהן הכילה סעיף זה:

הטרדות

8. (א) מעסיק של עובד או ממונה בעבודה לא יתנו ולא יציעו לעובד הצעות מיניות כלשהן כתנאי לקידום בעבודה או לקבלת תפקיד או משרה או לתוספת לשיפור במשכורת או בתנאי העבודה ולא יעשה כן לא במפורש ולא במרומז;
- (ב) העובר על הוראת סעיף זה דינו – מאסר ששה חודשים או קנס של 15,000 ₪;

לאחר שהצעת החוק הממשלתית עברה במליאת הכנסת בקריאה ראשונה, ושלוש ההצעות הפרטיות עברו בקריאות טרומיות, אוחד הדין כולן במסגרת הכנת ההצעה הממשלתית לקריאה שנייה ושלישית. שדולת הנשים בישראל, שהוזמנה להופיע בפני הוועדה בישיבתה הראשונה (בראשית יוני 1987) הגישה נייר עמדה, ובו ביקשה מהוועדה לכלול את סוגיית הטרדה המינית בדיוניה בחוק זה.¹⁰⁸ לנייר העמדה צורף נוסח מוצע לסעיף חוק שיאסור על הטרדה מינית כהגדרתה בהנחיות ה- EEOC.¹⁰⁹ במקביל הציעה שדות הנשים סעיף חוק נוסף, שעניינו הקמת גוף אדמיניסטרטיבי המקביל בכל ל- EEOC האמריקני.¹¹⁰ ארבעה חודשים מאוחר יותר, בהשפעת דיוני הוועדה, ניסחה שדולת הנשים הצעה נוספת שהוצגה במכתב לשר העבודה והרווחה דאז, משה קצב, והובאה בפני ועדת העבודה והרווחה:

רואים כהפרת חוק זה הטרדה מינית של עובד שנעשתה בידי המעביד, בידי מי שממונה במישרין או בעקיפין על העובד או על-ידי עובד אחר, שתוצאתה פגיעה בעובד באחד מן הנושאים המנויים בסעיף 2(א).

(ג) מעסיק או עובד או ממונה בעבודה אשר ביצע במהלך שעות העבודה או בשטח מקום העבודה מעשה מגונה בעובד או פנה לעובד ברמזים מגונים – כהגדרתם בסעיפים 210, 354 ו-355 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, יהיה דינו כפל העונש הקבוע בחוק העונשין לאותן עבירות.

¹⁰⁸ נייר העמדה של שדולת הנשים הכיל (בפסקה ד') דברים אלה:

בעיית הטרדה המינית על רקע מיני במקום העבודה מהווה מחסום לשוויון הזדמנויות בתעסוקה. למותר לציין כי רוב הנפגעים מהטרדה מינית הן נשים. לעתים נאלץ העובד להשלים עם ההטרדות, לעבוד באווירה קשה ובלתי נעימה, או להסתכן בתוצאות העלולות לנבוע מהתנגדותו למעשה הטרדה: הרעת תנאי עבודה, אי קידום, ואף פיטורין. לא פעם מעדיף העובד לעזוב ביוזמתו את מקום העבודה מאשר להשלים עם ההטרדות המופנות כלפיו. משום כך נראה לנו כי יש לכלול את הסעיף האוסר על הטרדה מינית בעבודה כחלק מן ההסדר החקיקתי המקיף בדבר שוויון הזדמנויות בעבודה.

על נייר העמדה חתומות פרופ' פרנסס רדאי ועוה"ד רחל בנימין, נטע גולדמן ומרים בנסון.

(א) הטרדה מינית בעבודה או בקבלה לעבודה מהווה הפרה של חוק זה;
(ב) נפגע מהטרדה מינית בעבודה או בקבלה לעבודה יהא זכאי לכל הסעדים האמורים בסעיף ... בחוק זה;

(ג) בחוק זה: הטרדה מינית – דרישות לטובת הנאה מיניות, הצעות ואמירות חוזרות בעלות אופי מיני, או מגע פיזי בעל אופי מיני המופנים או נעשים כלפי עובד בניגוד לרצונו יראו אותן כהטרדה מינית, בהתמלא אחד מאלה:

- (1) התנגדות או דחיית ההתנהגויות האמורות לעיל על-ידי העובד מהווה בסיס או גורם בקבלת החלטה לגבי תנאי עבודתו של העובד, לרבות: קבלה לעבודה, תנאי שכר, קידום ופיטורין, או שלעובד יסוד להניח כי תהווה בסיס או גורם כאמור;
- (2) ההתנהגויות האמורות לעיל פוגעות או מעליבות את העובד או פוגמות ביכולתו לבצע את תפקידו בעבודה.

לנוסח ההנחיות ראו לעיל, הערה 26.

¹¹⁰ זהו נוסח הסעיף שהוצע על-ידי השדולה בהקשר זה:

- (1) השר ימנה, בהתייעצות עם יועצת ראש הממשלה למעמד האשה, ועדה לעניין חוק זה.
- (2) חברי הוועדה יהיו משפטנים, אנשים העוסקים בתחום יחסי עבודה או מומחים אקדמיים בתחומים אלה.
- (3) תפקידי הוועדה:
(א) לקבל, לחקור ולברר תלונות של עובדים כנגד מעבידים בכל הנוגע להפרת חוק זה.
(ב) לדון, לחקור ולברר ביוזמת הוועדה כל פעולה, התנהגות ומדיניות של מעביד שיש בה הפרה של חוק זה.
- (ג) להגיש לבית הדין לעבודה תביעה בגין הפרת חוק זה.

שני סעיפים נוספים בהצעת השדולה מפרטים את ההליכים בפני הוועדה.

בסעיף זה 'הטרדה מינית' – דרישות לטובות הנאה מינית, פניות, הצעות ואמירות חוזרות בעלות אופי מיני, או מגע בעל אופי מיני המופנים או נעשים כלפי עובד בניגוד לרצונו.¹¹¹

נוסח ז, נוסף על כך שהוא קצר ואלגנטי מקודמו, שונה ממנו בכמה נקודות מהותיות. ראשית, נוסח זה מטמיע את ההטרדות מטיפוס *quid pro quo* כחלק מן הקטגוריה הרחבה של "סביבה עוינת". שנית, נוסח זה אינו מתנה את הגדרתה של התנהגות כהטרדה מינית בהתנכלות לעובדת המוטרת ולא בדחייה מצד המוטרת את ההצעה המטרידה. בגרסה זו התנהגות מהווה הטרדה מינית בהתקיים בה שני יסודות מצטברים בלבד: הצעות, דרישות, פניות או אמירות מתמשכות שעניינן מיני (מצד מעסיק, ממונה או עובד אחר), ובנוסף – פגיעה במוטרת בקבלה לעבודה, בתנאי עבודה, בקידום בעבודה, בהכשרה או בהשתלמות מקצועית, או בפיטורים. זוהי הגדרה רחבה מאוד להטרדה מינית, המפיקה את המרב מן המודל האמריקני ומשפרת אותו תוך התאמתו להקשר המשפטי הישראלי. יצוין, כי לשכת עורכי-הדין בישראל הצטרפה לנוסח זה, והביעה את תמיכתה הבלתי מסויגת בו.¹¹²

¹¹¹ מכתב צוות המשפטי של שדולת הנשים מיום 1 נובמבר 1987, סעיף 2(א) אליו מתייחסת הצעה זו היה, כנראה, הסעיף הבא:

- לא יפלה מעביד בין עובדיו מחמת מינם, מחמת היותם נשואים, או מחמת היותם הורים, בכל אחד מאלה:
- (1) קבלה לעבודה;
 - (2) תנאי עבודה;
 - (3) קידום בעבודה;
 - (4) הכשרה או השתלמות מקצועית;
 - (5) פיטורים.

מתוך הנוסח שהכין היועץ המשפטי לוועדת העבודה והרווחה, משה בוטון, ביום 22.7.1987.¹¹² ראו מכתבה של עו"ד חנה פונדמינסקי-מצקביץ, יו"ר הוועדה למעמד האשה וחברת ועד מחוז ירושלים של לשכת עורכי-הדין בישראל, לוועדת העבודה והרווחה של הכנסת ולמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הממונה על החקיקה, מיום 12.11.1987. במסגרת נייר העמדה שהגישה לוועדת העבודה והרווחה, צידדה אף נעמ"ת בהכנסת איסור על הטרדה מינית אל תוך החוק הנדון, אך לא הציעה הצעה קונקרטית כלשהי. על נייר העמדה חתומה עו"ד עפרה פרידמן, שכינה אז כמנהלת הלשכות המשפטיות של הארגון. יועצת ראש הממשלה למעמד האשה, עו"ד ניצה שפירא-ליבאי, צידדה אף היא במהלך ישיבת הוועדה בהכנסת נושא ההטרדה המינית למסגרת החוק, אך לא נקטה עמה בשאלת הגדרתה של הטרדה מינית (פרוטוקול מס' 333 משיבת ועדת העבודה והרווחה מיום ג', י"ב בסיוון התשמ"ז – 9.6.1987, בעמ' 7). כך עשתה גם יהודית היבנר מתנועת האשה הדתית הלאומית (שם, בעמ' 8). שני הגופים היחידים שהתנגדו להכללתה של סוגיית ההטרדה המינית בחוק היו לשכת היאום של הארגונים הכלכליים והתאחדות התעשיינים, שהציעו לטפל בסוגיה במסגרת חוק העונשין. בתזכיר כעניין הצעת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ז-1987, מיום 30.11.1987, ננקטת עמדה זו:

אנו בעד איסור 'הטרדה מינית' של עובד על-ידי מעסיק או ממונה עליו. כדי למנוע תופעות של 'הטרדה מינית' יש לאסור אותן ולקבוע לגביהן סנקציה עונשית. המקום הנכון לחוק האוסר תופעות אלה הוא בחוק העונשין ולא בחוק הנדון שעניינו מתן הזדמנות שווה בעבודה בלבד. מעבר לכך, יש להגדיר במדויק מהו "מעשה בעל אופי מיני" כך שיהיה ברור ומוכן לכל אדם מה בדיוק סור לו לעשות ועל איזה מעשה צפוי הוא לעונש.

בישיבות ועדת העבודה והרווחה ייצג מר' י' גטניו את לשכת התיאום. את התאחדות התעשיינים ייצגו ח' ישראל ומ' הילב, שעמדתם היתה קצרה והחלטית:

אני אומר שזה לא שייך ליחסי עבודה. צריך להפוך את ההטרדה המינית לעבירה, אבל לא בקונטסט של הפליה (פרוטוקול מס' 378 משיבת ועדת העבודה והרווחה, יום ג', כ"ה בחשוון התשמ"ח, 17.11.1987, בעמ' 3).

עוד היה לנגד עיני ועדת העבודה והרווחה נוסח נוסף, שהוגש לה (במסגרת חוברת מידע לעובדת השכירה) על-ידי המחלקה לעובדת השכירה באגף לאיגוד המקצועי של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל. ההסתדרות המליצה כי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה יאסור על כל הטרדה מינית המכילה פנייה לא רצויה בעלת אופי מיני, אשר גרמה למוטרדת להרגיש מושפלת, נחותה או מאוימת.¹¹³

בפני הוועדה היו, אם כן, ארבע הצעות, שצידדו כולן בהגדרות מרחיבות מאוד של הטרדה מינית במקום העבודה. חברי הוועדה, משפטניה ואורחיה, רובם ככולם הביעו תמיכה מלאה ומחויבות למשימה של מניעת ההטרדה המינית.¹¹⁴ עם כל זאת בחרה הוועדה לחוקק את ההגדרה הצרה והמצמצמת ביותר שניתן להעלות על הדעת:

לא ינקוט מעביד פעולה בעניינים המנויים בסעיף 2 כנגד עובד מחמת סירובו של העובד להיענות להצעה או בשל התנגדותו למעשה שהם בעלי אופי מיני ושנעשו בידי המעביד או בידי מי שממונה במישרין או בעקיפין על העובד.¹¹⁵

נוסח זה, בשינויי סגנון קלים, נחקק במסגרת החוק לשוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, בקריאה שנייה ושלישית.¹¹⁶

¹¹³ (1) הטרדה מינית היא כל פנייה, הנעשית באופן מילולי, או גופני או כמחווה, הצהרות מיניות מפורשות ומשפילות, או הערות מיניות מפלות, כאשר פניות, הצהרות והערות אלה הן חוזרות ובלתי רצויות, באות מצד אדם כלשהו במקום העבודה, פוגעות בעובדות (העובד) המעורבים בדבר, וגורמות לעובדת (העובד) לחוש איום, השפלה, נחיתות או הטרדה, או משבשות את ביצועי העובדת (העובד), מערערות את בטיחות העובדת (העובד) לגבי המשרה או יצרות סביבת עבודה מאיימת או מפחידה...

(3) הטרדה מינית מקיפה תחום רחב של הצעות מיניות הכוללות:

- מגע פיזי, נגיעה או ליטוף, בניגוד לרצון;
- הערות מזמינות ובלתי אהודות, ובדיחות והערות הנוגעות להופעה החיצונית, וכן השמצות מילוליות הנאמרות במתכוון;
- הזמנות מרושעות ומשדלות;
- תביעות לטובות הנאה מיניות;
- תקיפה גופנית.

יו"ר המחלקה היתה באותה עת עליזה תמיר, והיא ייצגה את ההסתדרות בישיבות הוועדה, חוברת המידע לעובדת השכירה פורסמה במרץ 1987.

¹¹⁴ חבר-הכנסת שלקח על עצמו להיות "פרקליט השטן" היה י' שמאי (פרוטוקול מס' 408 מישיבת ועדת העבודה והרווחה מיום ג', כ"ב בטבת התשמ"ח, 12.1.1988, בעמ' 5). חברי-הכנסת האחרים שנטלו מדי פעם חלק בישיבות ועדת העבודה והרווחה הביעו תמיכה באיסור ההטרדה המינית: חברות-הכנסת אורה נמיר (יו"ר), חייקה גרוסמן, מרים תעסה-גלזר ושרה דורון (אורחת), וחברי-הכנסת א' שוסטק, ר' כהן ו' פרץ.

¹¹⁵ הנוסח הראשון שהוציאו היועצים המשפטיים תחת ידיהם (במסמך הנושא את התאריך 22.7.1987) היה זה: "רואים כהפליה מינית לפי סעיף 2(א) גם אם היא נעשתה מחמת סירובו של עובד להיענות להצעה או מעשה בעלי אופי מיני שנעשו בידי המעביד או בידי מי שממונה, במישרין או בעקיפין, על העובד". נוכח אי-שביעות רצונם של חברי הוועדה מהניסוח העמוס, שינסו המשפטים מותניהם, ובטיטה מיום 31.12.1987 חיברו את הנוסח שבגוף הטקסט.

¹¹⁶ לאחר ישיבת הוועדה מיום 12.1.1988 תוקנה הרישא של הסעיף, והיא נוסחה מחדש כך ש"לא יפגע מעביד בעובד בעניינים המנויים בסעיף 2 מחמת סירובו של העובד להיענות להצעה" וגו'. זהו הנוסח שנחקק. החוק עבר במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית ביום ה' באדר התשמ"ח, 23.2.1988. בתיקון היחיד שהוכנס בסעיף 7 (תיקון מס' 3) הורחבה הגדרת ההטרדה המינית גם על דורשות עבודה (נוסף על עובדות). נוסחו של סעיף 7 מופיע בגוף הרשימה מול הערה 104.

כאמור, נוסח זה הוא צר לאין שיעור מן הנוסחים האחרים שהיו בפני הוועדה. הוא לוכד ברשתו רק סוגים ספורים של הטרדות מטיפוס *quid pro quo*, ואילו הטרדות מסוג "סביבה עוינת" אין הוא מכיל כלל. יתרה מזאת: הנוסח שהתקבל אינו מותיר מקום לספק כי לא עצם ההטרדה המינית הוגדרה בחוק כאסורה, אלא רק ההתנכלות בגינה, ואף זאת רק אם המטריד היה המעביד או ממונה מטעמו, אם ההטרדה נתקלה בסירוב או בדחייה, ואם המוטרת סבלה בגין התנגדותה זו פגיעה בזכויותיה כעובדת (קבלה לעבודה, תנאי עבודה, קידום בעבודה, הכשרה או השתלמות מקצועית, ועצם הזכות לעבוד, כלומר: שלא להיות מפוטר). הסנקציה בגין התנהגות אסורה כזו היא פלילית.¹¹⁷ היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד משה בוטון, שב והסביר גישה זו, מפורשות, לחבריה:

אנחנו מתייחסים כאן להטרדה מינית בעבודה במובן הבא: מעביד הציע לעובד או עובדת הצעה או ניסה לעשות מעשה שיש בהם אופי מיני. העובד או העובדת סרבו להצעה, וכתוצאה מכך מתנכל המעביד לעובד או לעובדת בכל העניינים הקשורים לעבודה ומנויים בסעיף 2. במקרה כזה עובר המעביד עבירה, שאנחנו הופכים אותה לעבירה פלילית. כלומר, הכוונה כאן איננה לכך שהמעביד עשה מעשה מגונה או עשה מעשה בעל אופי מיני, אלא לכך שכתוצאה מסירוב העובד או העובדת להצעתו הוא מפלה אותם בעניינים המנויים בסעיף 2. אני מבקש לקרוא סעיף זה עם סעיף 15 – עונשין, האומר: "העובר על הוראות סעיפים 2, 6, 7 או 8 – דינו כפל הקנס הקבוע בחוק".¹¹⁸

¹¹⁷ זאת בהתאם להוראותיו הכלליות של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, הקבועות בסעיף 15 לחוק: העובר על הוראות סעיפים... 7, ... דינו – כפל הקנס הקבוע בסעיף 61(א) לחוק העונשין.
¹¹⁸ פרוטוקול מס' 408, הערה 114, בעמ' 3. ההדגשה איננה במקור. גם היועצים המשפטיים האחרים התגייסו שוב ושוב למשימה ההבהרה של הקונספציה שפיתחו, שלא בנקל הובנה על-ידי חברי הוועדה ואורחיה. גישתם היתה כי הטרדה מינית כשלעצמה אינה תופעה ייחודית למקום העבודה. ואם היא אסורה, הריהי אסורה בכל מקום ובכל הקשר, ולפיכך מטופלת במסגרת העבירות השונות המנויות בחוק העונשין (אם כי אין הם מפרטים לאילו עבירות הם מתכוונים). בהקשר של עולם העבודה ושל קידום האשה בתוכו לא עצם ההטרדה היא מושא הטיפול, אלא תגובת המעביד להתנהגות העובדת ביחס להטרדה. שימו לב להתבטאותו הנחרצת של היועץ המשפטי למשרד העבודה והרווחה, עו"ד ברק: "אין כאן כוונה לקבוע כעילת תביעה הצעה בעלת אופי מיני בן אדם לחברו. זה לא יעלה על הדעת שיש בכלל כוונה להתערב. הכוונה היא למנוע נקיטת צעדים על-ידי המעסיק כתוצאה מאי-היענות להצעה מינית, וזו בעיה שעומדת בפנינו. אנחנו אומרים בפשטות: נקיטת צעדים על ידי מעסיק נגד עובד או עובדת כתוצאה מאי-היענות להצעה מינית היא אסורה. זו גם עבירה פלילית וגם עילת תביעה אזרחית" (שם, בעמ' 4; ההדגשה הוספה). חה"כ רן כהן ניסה להרחיב את תחולת הסעיף ולטעון "אני חושב שצריך להכניס בסעיף זה שני דברים: א. פסילה נקייה, טהורה, של עצם ניצול המעמד לצורך סחיטה מינית. ב. הגנה על המתלוננת" (פרוטוקול מס' 408, בעמ' 4). לבסוף הבין את גישת המשפטים וקיבלה: "בעצם העובדה שהוא הציע לה לצאת אתו אין שום ניצול לרעה. הניצול לרעה הוא רק במקרים שהוא נוקט נגדה פעולה כשהיא לא נענית לו או מאיים עליה" (שם, בעמ' 6). גם יו"ר הוועדה, חה"כ נמיר, ניסתה לעמוד על שלה: "אני מבקשת הבהרה: א. מה זה 'שהם בעלי אופי מיני'? ב. למה זה נאמר רק לגבי המעביד או מי שממונה? הרי זה יכול להיעשות גם על-ידי מי שאינו ממונה" (פרוטוקול מס' 408, בעמ' 4), ולבסוף קיבלה את עמדת המשפטים. חכה"כ חייקה גרוסמן היתה היחידה שלא שוכנעה, אך לא הצליחה לשכנע את האחרים. היא היתה מוטרתת מאי תחולת הסעיף על אירועים שבהם המוטרתת נכנעת לדרישות המיניות של המטריד: "ומה אם קידום במקום העבודה בא בעקבות היענותה של האשה להטרדה מינית?" (שם, בעמ' 6). התשובה המשפטית, מפי פרופ' רות בן-ישראל, היתה: "החוק אינו ממונה על המוסר בהקשר זה" (שם). חה"כ גרוסמן לא ויתרה: "... הנושא הזה קיים... גם כפיתוי: תעני לי ותקבלי קידום. זה בעיני לא פחות חמור, כי יש נשים שהן כל כך תלויות במעסיק מביחנת פרנסת המשפחה, שהן עושות את החשבון שכדאי להן. אני לא חושבת שצריך לתת מכשול בפני עיוור, גם במקרה הזה, שהוא כלל גדול ביהדות" (שם, בעמ' 8). כיוון שלא הצליחה לשכנע בעמדתה זו הודיעה בסיום השיבה: "לי תהיה הסתייגות לסעיף הזה. אני לא מסכימה שיהיה כתוב רק 'לא יפגע'. אני רוצה שיהיה כתוב גם 'לא יאיים, לא יפתה' וכו'" (שם, בעמ' 10).

וכך נחקק חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, והוא אוסר בפלילים על מעסיק ועל ממונה להתנכל במסגרת יחסי העבודה לעובדת שדחתה הטרדה מינית שהוטרדה במסגרת העבודה.¹¹⁹ אולם, במהלך עשר שנות קיומו נותר האיסור על התנכלות בגין הטרדה מינית בבחינת "אות מתה": ההטרדות המיניות במקומות העבודה לא פחתו, ציבור העובדות לא עשה שימוש בהליך המשפטי הקבוע בחוק, ומטרת החקיקה נכשלה. כפי שסיכמה עו"ד רחל בנזימן במאמרה אודות הטרדה מינית בעבודה:

מיום כניסתו של החוק לתוקף ועד למועד כתיבת שורות אלה לא התפרסם אף לא פסק-דין משמעותי אחד בתביעה בגין הטרדה מינית בעבודה על-פי חוק, ומעטות מאוד התביעות שהוגשו עד כה בעניין זה.^{120 121}

¹¹⁹ במאמרה "הטרדה מינית בעבודה" בתוך **מעמד האשה בחברה ובמשפט (לעיל, הערה 105)**, בעמ' 318, מפתחת עו"ד רחל בנזימן פרשנות לפיה יכולה עובדת לתבוע מעביד בגין הטרדה מינית מסוג סביבה עוינת, וזאת שלא באמצעות סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אלא באמצעות סעיף 2 לבדו: "לאור מטרתו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה בישראל – איסור רחב ומקיף על הפליה על בסיס מין – יש מקום ללכת בעקבות ה-EEOC ולפרש את המונח 'תנאי עבודה' בסעיף 2(א)(2) לחוק פירוש רחב. לפי פירוש זה יכלול המונח את כל הקשור ברווחתו של העובד, בתנאים הפיזיים ובאווירה בהם הוא מבצע את תפקידו. פירוש זה למונח 'תנאי עבודה' שבסעיף 2(א)(2) לחוק יאפשר הגשת תביעה בגין הטרדה מינית סביבתית על-פי החוק" (**שם**, בעמ' 334). גישה זו מסתמכת על פרשנות החוק על-פי רוחו האופטימלית, ולא על פרשנותו לאור כוונת המחוקק ההיסטורי.

¹²⁰ **שם**, בעמ' 338. בדיוני ועדת העבודה והרווחה של הכנסת בעניין תיקון מס' 3 לחוק דובר אודות 20 עד 30 תביעות שהוגשו בגין הטרדה מינית, אולם מספרים אלה אינם מבוססים בראיות. לאחרונה נידונו כמה תביעות בבתי-הדין לעבודה. כך, למשל, בעניין **נה 3/8926 פלזנית – אלמוני** (טרם פורסם; פסק-הדין ניתן ביום 16.9.1997 בבית-הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו, מפי השופטת וירט-ליבנה) טענה התובעת כי פוטרה לאחר שהממונה עליה הטריד אותה בנגיעות, בהערות ובהצעות לקיום קשר מיני. השופטת וירט-ליבנה קיבלה ללא סייג את עמדת התובעת, קבעה כי התקיימו התנאים הדרושים להגדרת האירוע כהטרדה מינית מסוג *quid pro quo*, ופסקה לתובעת פיצוי בסך 10,000 ₪, מחציתו בגין עגמת הנפש. החלטה זו, שהגיעה לידי כשהרשימה כבר בדפוס, מהווה פריצת דרך תקדימית בטיפול בנושא (ראו גם התשנ"ד/67/3 **נחום מרים** – **אי.אי.אס. בע"מ** (טרם פורסם, פסק-הדין ניתן ביום 2.6.1996, בבית-הדין האזורי לעבודה בחיפה, מפי השופט דורון מייבלום ונציגי הציבור מר מגר ומר שרויאל)).

¹²¹ יצוין כי בשנת 1994 תוקן התקשי"ר ועתה מכיל סעיף 43:422 הגדרה רחבה זו של הטרדה מינית בעבודה:

(א) לא יעשה עובד מעשה בעל אופי מיני כלפי עובד אחר, אם יש במעשה כדי לפגוע באותו עובד או לפגוע בכבודו או להטרידו, או אם המעשה נעשה שלא בהסכמתו, במפורש או מכללא;

(ב) לא יעשה בעל סמכות מעשה בעל אופי מיני כלפי עובד הנתון לסמכותו, אם יש במעשה משום ניצול מעמד כלפי אותו עובד כדי להשיג ממנו, שלא כדין, טובת הנאה מינית. לעניין זה אין הבדל אם ניצול המעמד כאמור נעשה במישרין או בעקיפין, בגלוי או במרומז, בהסכמת העובד או שלא בהסכמתו, ביזמת בעל הסמכות או ביזמת העובד.

יצוין, כי בשנת 1995, במסגרת תיקון יסודי של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 3), נקבעו בו כמה הוראות שנועדו "לתת לו שיניים" ולעודד תביעות על-פיו בכלל, ותביעות בגין הטרדה מינית בפרט.¹²² אולם, התיקונים לא הניבו את הפירות המיוחלים, וזאת, בין השאר, מכיוון שעצם הצגת הטרדה המינית בחוק לא שונתה, אלא נותרה חלקית, מעורפלת, תלושה – ומאוד לא זמינה. כך קרה שלמרות כל המאמצים והכוונות הטובות, נותרה בעיית הטרדה המינית לא מטופלת במסגרת המשפט הישראלי.¹²³

2. ניתוח הליך חקיקת האיסור על הטרדה מינית בשנת 1988 והפקת לקחים

בסעיף הקודם הראיתי כי למרות שחברי ועדת העבודה והרווחה גילו נכונות רבה לטפל בהטרדה מינית בעבודה, ולמרות שהיו בפניהם נוסחים טובים, שיכלו לקדם טיפול כזה, נחקק לבסוף נוסח אימפוטנטי. במבט ראשון מעוררת התפתחות כזו תמיהה, אולם במבט שני, מתוך עיון בהסבריהם של היועצים המשפטיים שהנחו את הוועדה, עולה כי שורש הבעיה נעוץ בקישור בין הטרדה מינית לבין הזכות לשוויון.

¹²² ס"ח 334. לעניין הטרדה מינית נחקק סעיף 9(ב), המעביר את נטל הראיה על המעסיק בתביעה על-פי סעיף 7 לחוק, וזאת אם הוכיח התובע כי התנגד לפנייה מינית מטעם מעסיק או ממונה (כלומר: די כי עובדת תוכיח כי מעסיק או ממונה הציעו לה הצעה בעלת אופי מיני או פנו אליה באופן מיני, וכי היא סירבה; אם אחרי אירוע כזה היא לא קודמה בעבודה, לא נשלחה להשתלמות, או פוטרה – על המעביד להראות כי הפגיעה אינה תגובה על הסירוב). בסעיף 12 החדש, כפי שנוסח בתיקון מס' 3, מוקנית זכות התביעה בשל הפרת הוראה מהוראות החוק לא רק לעובד ועובדת שנפגעו ולארגון העובדים היציג או לזה שהעובד חבר בו, אלא גם ל"ארגון העוסק בזכויותיו של מי שאסור הפלותו לפי הוראות סעיף 2, ובלבד שהעובד הסכים לכך". זוהי חקיקה חשובה ביותר. אף שאין היא מקימה גוף אדמיניסטרטיבי סטטוטורי כדוגמת ה-EEOC האמריקני, הריהי מאפשרת לגופים קיימים, כמו האגודה לזכויות האזרח, נעמ"ת, ויצ"ו, שדולת הנשים וכיו"ב, להגיש תביעות כנג מעבידים בגין הטרדות מיניות של עובדות. מעניין לציין כי פסק-דינו הראשון של בית-המשפט העליון בסוגיית הטרדה המינית, עש"מ 6713/96, שניתן ביום 9.3.98, ניתן בתובענה על פי חוק שירות המדינה (משמעת) התשכ"ג-1963. פסק-הדין לא התייחס כלל להגדרות הטרדה המינית בסעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ובסעיף 43.422 לתקש"ר. פסק-הדין ניתן לאחר שרשימה זו סודרה כבר לדפוס ולכן לא ניתן להתייחס אליו.

¹²³ היועצים המשפטיים של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת הדגישו בפני חברי-הכנסת כי סוגיית הטרדה המינית בכללותה, מחוץ להקשר יחסי העבודה שבה, מטופלת בסעיפי חוק העונשין, עו"ד בנימין (לעיל), הערה 119) מדייקת יותר באומרה, בזהירות, כי "בחוק העונשין, התשל"ז-1977, כלולות מספר עבירות המתארות מעשים שניתן לכנותם הטרדה מינית: שימוש לרעה בכוח המשרה (סעיף 280); בקשת שוחד מיני (סעיף 290); תקיפה מינית (סעיף 348); סחיטה באיומים (סעיפים 428)". (שם, בעמ' 318, הערה 2). לרשימה זו אפשר להוסיף עבירות המוגדרות כ"עבירות מין" כמו אונס (סעיף 345) ומעשה מגונה (סעיף 348). אולם, לדעתי, אף אחת מן העבירות האמורות איננה אוסרת על "הטרדה מינית" ככזו ואינה מתייחסת להיבטיה המיוחדים של התופעה, ולכן אינה יכולה להתמודד עמה. גם אם ישנם מקרים ספורים שיכולים להיות מוגדרים גם כ"הטרדה מינית" וגם כאחת ההתנהגויות האסורות בסעיפים אלה, זהו טיפול חלקי ומקרי מדי, ובוודאי שאין בכוחו לשנות נרמות התנהגות נפוצות.

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה נועד לקדם את שוויון ההזדמנויות של נשים בעולם העבודה על-ידי איסור הפלייתן בעבודה. כדי למנוע את מירב סוגי ההפליה שנשים סובלות, הוגדרו ברישא של סעיף 2(א) לחוק שלוש קטגוריות של נשים עובדות, שכל אחת מהן חשופה להפליות שונות בנסיבות שונות. הקטגוריה הראשונה היא פשוט היות העובדת אשה, כלומר: על מעסיק נאסר להפלות עובדת לרעה בשל מינה. הקטגוריה השנייה היא היות העובדת אשה נשואה, והקטגוריה השלישית היא היותה אם (שתי הקטגוריות הללו הן בבחינת "היות אשה פלוס": גם אשה וגם נשואה, או גם אשה וגם הורה). סעיף 2(א) אוסר על מעסיק להפלות נשים בשל השתייכותן לכל אחת מן הקטגוריות הללו בכל הקשור בששה סוגים של ענייני עבודה: קבלה לעבודה, תנאי עבודה, קידום בעבודה, הכשרה או השתלמות מקצועית, פיטורים או פיצויי פיטורים ותנאי פרישה.¹²⁴

גישה זו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה היא פרוגרסיבית ויסודית. היא מבוססת על הכרת בעיותיהן של נשים עובדות, ומעידה על מחויבות אמיתית למאבק בסוגי ההפליה שמהם סובלות נשים עובדות. משמעותה, כי למעסיק אסור לקדם גבר יותר מאשר אשה (למשל לתפקיד ניהולי), כי אסור לו להעדיף אשה שאינה נשואה על פני אשה נשואה (למשל לתפקיד ניהולי), כי אסור לו להעדיף אשה שאינה נשואה על פני אשה נשואה (למשל לתפקיד של דיילת), וכי אסור לו לפגוע בשוויון זכויותיה של אם לילדים קטנים (כמו, למשל, על-ידי אי-קבלתה לעבודה מחשש שתחסיר ימים ושעות).

משהועמדו היועצים המשפטיים נוכח הצורך לשלב במבנה זה איסור על הטרדה מינית בעבודה, אילץ אותם המבנה הקונספטואלי שבנו להכריע בשאלה האם הטרדה מינית שייכת לרשימת הקטגוריות שברישא של סעיף 2(א), או שמא לרשימת ענייני העבודה בהמשך הסעיף. ביתר פירוט, היה עליהם לבחון את ארבע האפשרויות הבאות:

(א) האם הטרדה מינית נכללת בגדר אחת הקטגוריות הנשיות המוגנות ברישא של סעיף 2(א), כלומר: האם הטרדה מינית היא הפליה מחמת מין, מחמת מעמד אישי או מחמת הורות;

(ב) האם הטרדה מינית צריכה להיות קטגוריה עצמאית, נוספת, של "נשיות-פלוס המועדת להפליה", ולהיקבע בצד הקטגוריות האחרות הקבועות ברישא של סעיף 2(א) – כלומר: האם "עובדות המוטטרדות מינית" מועדות להפליה ייחודית (בקבלה לעבודה, בקידום בעבודה, בקבלת פיצויי פיטורין וכיו"ב) שיש להגן מפניה בחוק שמטרתו להעניק לנשים שוויון הזדמנויות בעבודה;

(ג) האם הטרדה מינית נכללת באחד ההיבטים של עולם העבודה שסעיף 2(א) אוסר על הפליה במסגרתם, כלומר: האם הטרדה מינית היא פן של קבלה לעבודה ו/או של תנאי עבודה ו/או של קידום בעבודה ו/או של פיטורין, וכיו"ב;

(ד) האם הטרדה מינית היא כשלעצמה היבט עצמאי של עולם העבודה אשר במסגרתו ניתן להפלות נשים, ואם כן – האם ראוי להכלילו בסעיף 2(א); כלומר: האם ראוי לאסור על מעסיק וממונה להפלות נשים, נשים נשואות או אמהות בהטרדה מינית (כשם שאסור להפלותן בקידום בעבודה).

¹²⁴ הסוג השישי, תנאי פרישה, נתווסף בתיקון משנת 1995 וראו לעיל, הערה 122.

היועצים המשפטיים שללו מפורשות את האפשרויות א' ו-ד', ובמשתמע את אפשרות ג'. אפשרות ב' היא זו שהתקבלה על דעתם: עובדות המוטטרדות מינית בעבודה מהוות קטגוריה עצמאית של "נשיות פלוס", וכמו נשים נשואות או אמהות, גם נשים המוטטרדות מינית במקום העבודה מועדות להפליה ייחודית בקבלה לעבודה, בקידום, בפיטורין או בתנאי עבודה. לפיכך, קבעו כי חוק שמטרתו קידום שוויון הזדמנויותיהן של נשים בעבודה צריך להגן גם מפני הפליה זו.

היגיון דברים זה צריך היה להוביל להוספת ההטרדה המינית לרישא של סעיף 2(א), ולהשלמת ניסוח זה צריך היה לקבוע בסעיף ההגדרות כי "הטרדה מינית היא הצעה או מעשה בעלי אופי מיני שנעשו בידי המעביד או בידי מי שממונה במישרין או בעקיפין על העובד". ואכן, זהו בדיוק הפתרון שנחקק, גם אם באופן אלגנטי פחות, שכן במקום תוספת לרישא של סעיף 2(א) ותוספת משלימה לסעיף ההגדרות, נקבעו שתי התוספות הללו יחדיו בסעיף נפרד, הוא סעיף 7 שכותרתו "הטרדה מינית בעבודה". כפי שהסביר לוועדת העבודה והרווחה יועצה המשפטי, עו"ד משה בוטון: "את סעיף 7 אנחנו צריכים לקרוא לתוך סעיף 2(א), כאילו כתוב: לא יפלה מעביד בין עובדיו מחמת מינם, מחמת היותם נשואים, או מחמת היותם הורים, או בגלל אי-היענות להצעה מינית".¹²⁵

לסיכום: בחינה עניינית של עמדת המחוקק מלמדת כי הסירוב להכיר בהטרדה מינית בהפליה על בסיס מין, כמו גם הסירוב לטפל בעצם ההטרדה המינית במסגרת דיני העבודה, אינם מעידים לא על גישה בלתי שוויונית ואף לא על שמרנות הליך החקיקה משנת 1988 מלמד רק כי במסגרת השקפת העולם של בית המחוקקים הישראלי, ואולי של החברה הישראלית בכלל, תופעת ההטרדה המינית אינה נתפסת כפגיעה בשוויון בין המינים, ואף לא כשייכת באופן ייחודי לדיני העבודה. מניתוח חקיקת סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה עולה כי המחוקק הישראלי יכול ועשוי היה, במסגרת העמדות שהביע בסוגייה בשנת 1988, לחוקק חקיקה ראשית שתאסור על הטרדה מינית בכלל, וגם על הטרדה מינית בעבודה בתוך כך, ובלבד שההטרדה לא תוגדר (אך ורק) כהפליה על בסיס מין או כחלק בלתי נפרד מעולם העבודה. לאור הביקורת שהצעתי למעלה למודל האמריקני, גישה כזו לא רק שאיננה פסולה, אלא אף ייתכן שהיא עשויה להוביל טיפול טוב יותר בסוגייה מאשר זה שהתפתח מעבר לים. בכל אופן, היא מזמינה הגדרה חדשה של ההטרדה המינית, שתתאים להקשר הישראלי.

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

¹²⁵ פרוטוקול 378 (לעיל, הערה 112), בעמ' 5.

בראשית הדברים הזכרתי כי השוויון הוא ערך מרכזי באתוס התרבותי ובמשפט בארצות-הברית, וכי על כן יש טעם והיגיון בהגדרתה של הטרדה מינית כסוגייה של הפליה בהקשר האמריקני. השוויון איננו ערך מרכזי באתוס התרבותי ובמשפט בישראל. על אף אזכורו – כמעט בחטף – בהכרזת העצמאות, ולמרות הכרזות חוזרות ונשנות במישור הציבורי, לא זכה השוויון למעמד חוקתי חרות, וזאת מסיבות חברתיות ופוליטיות המוכרות היטב לקוראת ולקורא הישראלים. בהעדר חוקה כתובה, המעגנת את עליונותו של ערך השוויון, מכיל ספר החוקים הישראלי חקיקה ראשית ניכרת שאיננה שוויונית: חוק שיווי זכויות האשה,¹²⁶ שאינו מחיל את זכות האשה לשוויון על תחום המעמד האישי, וחוק השבות,¹²⁷ המעניק למתאזרחים יהודים עדיפות על פני מתאזרחים לא יהודים, הם שתי הדוגמאות הבולטות והמוכרות ביותר.¹²⁸ זהו נושא רחב כשלעצמו, ולא זה המקום להעמיק בו; אולם המסקנה הנגזרת ממצב עניינים זה היא כי הסמכת הטרדה המינית אל ערך השוויון אינה בהכרח הדרך היעילה ביותר להצגתה לציבור הישראלי ולמחוקק הישראלי.

אולם, תופעות חברתיות כמו הטרדה מינית ניתנות להגדרה ערכית, אידיאולוגית ומשפטית, מתוך פריזמות שונות. מנקודות מבט שונות, אותה תופעה עצמה יכולה להיות, בעת ובעונה אחת, גם פגיעה בשוויון וגם פגיעה בערכים אחרים. כך, למשל, אני סבורה כי מנקודות מבט שונות, אותה תופעה עצמה יכולה להיות, בעת ובעונה אחת, גם פגיעה בשוויון וגם פגיעה בערכים אחרים. כך, למשל, אני סבורה כי מנקודת מבט פמיניסטית, הטרדה מינית היא אמנם פגיעה בשוויון, אך מנקודת המבט הרווחת בחברה ובמשפט בישראל, הטרדה מינית היא בראש ובראשונה פגיעה בכבוד האדם וחירותו.

¹²⁶ לעיל, הערה 105 (ובפרט סעיף 5 לחוק).

¹²⁷ תש"י-1950, ס"ח 159.

¹²⁸

ההתחשבות בדרישותיהן של המפלגות המייצגות את המיעוט היהודי-הדתי מונעת מזה 50 שנה הכרה מלאה בשוויון האשה בישראל. תפיסת מדינת ישראל כ"מדינת העם היהודי", בשילוב עם התחושה הרחבה כי המאבק בין מדינת ישראל לבין העולם הערבי טרם הסתיים, מונעים את ההכרה במיעוט הערבי כשווה זכויות במלוא מובן המילה. הליכי חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואי-חקיקת מגילת זכויות אדם מלאה, הם הדוגמה המובהקת לסירובה הגלוי והמפורש של הכנסת להעניק לשוויון מעמד חוקתי חרות וזאת בשל התנגדותן הנמרצת של המפלגות הדתיות. ראו, בין השאר, בדברי חה"כ רובינשטיין בדיון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בקריאה ראשונה (ד"כ התשנ"ב 235 ואילך); אמנון רובינשטיין וברק, מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך כ) 911 ואילך; יהודית קרפ "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – בייגורפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, ובמיוחד הערות 27 ו-61.

עד השנים האחרונות לא נתנה מערכת המשפט הישראלית את דעתה לשאלה מהו הערך המרכזי העומד בבסיס המשפט והחברה בישראל. ציונות, הגשמה, חלוציות, צדק חברתי, שוויון, מיזוג גלויות, תקומה יהודית, שלום, ביטחון, פיתוח הארץ לטובת כל תושביה – כל אלה וערכים רבים נוספים היוו נדבכים מרכזיים ובלתי נפרדים מן האתוס התרבותי של החברה הישראלית, שמשקלם השתנה עם הזמנים, והם מצאו את ביטויים בשיטת המשפט הישראלית. רק לאחרונה, בשנת 1992, קבעה הכנסת ערך מרכזי בלב החברה והמשפט כאחד – "כבוד האדם וחירותו". הורתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו במאבקי כוחות פוליטיים, ומיד עם בואו לעולם היה לעין הסערה בוויכוח החברתי הקשה בעניין ערכיה של החברה הישראלית ובעניין סמכויותיהן של רשויות השלטון במדינה.¹²⁹ בין אם הערך "כבוד האדם וחירותו" חולל "מהפכה חוקתית" כזו או אחרת ובין אם לאו, עובדה אחת היא מוגמרת ולא נותר אלא לברך עליה: "כבוד האדם וחירותו" היה לערך המרכזי של שיטת המשפט, ומשם הוא עושה דרכו במהירות אל עבר לב האתוס התרבותי הישראלי.

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

אשר לתכניו הספציפיים של ערך כבוד האדם וחירותו – אלה הולכים ומתגבשים, הולכים ומוגדרים, באינטראקציה המתמדת שבין פניות הציבור והמשפטנים המייצגים אותו לבין המערכת השיפוטית, ובית-המשפט העליון בראשה. "כבוד" ו"חירות" נושאים עמם מטען ערכי מסוים בהקשר הישראלי, ופרטיו ייקבעו בהליך השיפוט. כפי שניסח זאת נשיא בית-המשפט העליון:

תוכנו של 'כבוד האדם' ייקבע על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. בבסיסו של מושג זה עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו, וזאת במסגרת החברתית שעמה הוא קשור ושבה הוא תלוי. 'כבוד האדם' משתרע על מגוון רחב של היבטים אנושיים.¹³⁰

¹²⁹ להליכי חקיקת החוק והמחלוקת שהוא מעורר ראו, בין השאר, יהודית קרפ ואמנון רובינשטיין (לעיל, הערה 128); אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב); מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" **מחקרי משפט** יב (תשנ"ז) ...; הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח (תשנ"ז) 257.
¹³⁰ השופט ברק (כתוארו אז), בג"ץ 5688/92 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(2) 812, 827.

אם נשוב לסוגיית ההטרדה המינית, הרי שכשם שבארצות-הברית ייתכן שהיה זה נכון להגדיר את תופעת ההטרדה המינית כפוגעת בערך השוויון, כך בישראל נכון להציג את ההטרדה המינית כפוגעת בראש ובראשונה בכבוד האדם וחירותו.

הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד האדם וחירותו, מכיוון שהיא פוגעת בכבודו העצמי ובכבודו החברתי של האדם המוטרד, ובחירותו הרוחנית, הגופנית והמינית. הטרדה מינית פוגעת בכבודו של אדם על-ידי התעלמות מרצונו ועל-ידי שלילת זכותו לאוטונומיה מלאה ולשליטה בלעדית בגופו ובמיניותו. היא משפילה ומבזה את אנושיותו על-ידי התייחסות אליו כאל אובייקט מיני לשימושו של המטריד, כלומר: כאל גוף ללא נפש. היא פוגעת בזכותו להגדרה עצמית משוחררת מסטריאוטיפים מיניים, פטריארכליים או אחרים, שאינם רצויים לו. הטרדה מינית פוגעת בפרטיותו העמוקה ביותר של האדם המוטרד. היא חושפת אותו לאינטראקציה הנוגעת, בעל כוחו, בתחומים האינטימיים והאישיים שהוא זכאי להגן עליהם מפני פלישה גסה ובלתי מוזמנת. היא חותרת תחת ביטחונו העצמי ומונעת ממנו הנאה ושלוות נפש. הפלייתו של אדם המוטרד מינית לעומת אנשים אחרים אף היא פוגעת בכבודו, ואת הפגיעה שפוגעת ההטרדה המינית במעמד האשה בחברה ניתן לתרגם לפגיעה בכבוד האשה.

הגדרת הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם וחירותו היא הגיונית ובעלת משמעות בחברה הישראלית, בשפה העברית ובמשפט הישראלי. בקרב מדגם לא מייצג של ישראלים, חלקם משפטנים, שבפניהם הצגתי הגדרה זו, היא נשמעה לא רק נכונה, אלא אף מובנת מאליה. יתרה מזאת, אף נשיא בית-הדין לעבודה, כבוד השופט סטיבן אדלר, אמר דברים ברוח זו, ואף כי נותר במקרה הנדון בעמדה מיעוט, ייתכן שתפיסתו תאומץ על-ידי שופטים נוספים.¹³¹ הגדרת ההטרדה המינית כפגיעה בכבוד האדם וחירותו אף טומנת בחובה קנה-מידה לבחינה האם אירוע נתון עולה כדי "הטרדה מינית": אם הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד האדם וחירותו, אזי הטענה כי התנהגות מסוימת מהווה הטרדה מינית היא טענה כי התנהגות זו פוגעת בכבוד האדם וחירותו. טענה אחרונה זו יכול בית-המשפט לבחון בעזרת מומחיותו המצטברת, ולאור העמדות הערכיות שהוא משקף, מבטא, מחזק ויוצר. הוא יכול לפסוק בה בלא להיזקק למבחן המסוכן של "האדם הסביר", "האשה הסבירה" או כל יצור סביר אחר. גם הציבור הרחב יכול לבחון לגבי כל התנהגות האם בנסיבות העניין היה בה כדי לפגוע בכבוד המוטרד וחירותו. אשר לממד ה"הסברתי": יתרון ההגדרה המוצעת הוא כי במסגרתה, האיסור על הטרדה מינית משמעותו "אל תנהג באופן מיני הפוגע בכבודו וחירותו של האדם שעמו אתה בא במגע". אף שהוראה כזו היא לכאורה רחבה ולא מסוימת, דומני כי בהקשר החברתי הישראלי הקיים היא בעלת משמעות ברורה למדי.

¹³¹ על המעביד לדאוג לכך, כי העובדת תהיה חופשית מהטרדה מינית בעבודה... המעביד חייב לשמור על כבודה של העובדת המועסקת על ידו ולהגן על פרטיותה. חובה זו נובעת מחוזה העבודה בין העובדת למעבידו (כך שם – א"ק), ומהחובה לבצעו בתום-לב; מהזכויות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; מתקנת הציבור; ומסעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (דב"ע נו/293-3 פלונית – חברת אלמונית בע"מ (טרם פורסם) סעיף 3 לפסק-דינו של הנשיא אדלר. ההדגשה במקור).

בשולי עניין זה אציין, כי הסמכת ההטרדה המינית אל כבוד האדם וחירותו אינה פיתרון מושלם בעיניי. כבוד האדם וחירותו נתפסים כערכים אינדיבידואליסטיים במידה רבה, ועלולים להסוות את אופיה של ההטרדה המינית כתופעה חברתית המדכאת, על-פי רוב, נשים בחברה. אולם, גם ערך השוויון היה אינדיבידואליסטי בלבד עד שפותח בכיוונים נוספים, וייתכן כי ניתן יהיה לצקת תכנים קבוצתיים ומעמדיים גם לערכים של כבוד האדם וחירותו. זוהי משימה ראויה גם מעבר להקשר המסוים של הטיפול בהטרדה המינית. במקביל, ניתן להוסיף ולקשר את ההטרדה המינית גם עם הפגיעה בשוויון, בתקווה כי עם הזמן יתרגלו הציבור ומערכת המשפט לתפיסה זו ואולי אף יקבלוה.

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

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

על דבר החקיקה לקבוע כי הטרדה מינית היא עוולה אזרחית, עבירה פלילית התנהגות אסורה במסגרת דיני העבודה. קביעת הטרדה מינית כעוולה אזרחית נותנת ביטוי להשקפה כי הטרדה מינית גורמת נזק למוטרד/ת, וכי החברה מכירה בנזק זה כחמור דיו כדי להצדיק פיצוי בגינו. כדי להבהיר כי עצם ההטרדה היא-היא כשלעצמה הנזק שנגרם, יש לקבוע כי בית-המשפט רשאי לפסוק לתובע פיצוים אף ללא הוכחת נזק שהוא נבדל מעצם ההטרדה המינית,¹³² כלומר: עצם הוכחת ההטרדה המינית היא גם הוכחה כי נגרם נזק. עם זאת, על החוק להבהיר כי תובע זכאי לפיצוי נוסף בגין כל נזק נוסף שנגרם לו, מוחשי ומופשט כאחד, כמו כאב וסבל, עגמת נפש, אבדן השתכרות וכיו"ב.

¹³² תודה לאלכס שטיין שהציע לי שיפור זה.

האיסור הפלילי על הטרדה מינית נועד להביע את חומרת התופעה, ולקבוע כי בכל התנהגות של הטרדה מינית פוגע המטרד לא רק בנפגע המסוים, אלא בחברה כולה ובערכי היסוד שלה. מכיוון שהטרדה מינית פוגעת בכבוד האדם, בחירות, בשוויון ובפרטיות, הרי שערכים חברתיים אלה ראויים להגנה מפורשת והחלטית במסגרת החוק הפלילי. נוכח החידוש שבהגדרת הטרדה מינית כפוגעת בערכים חברתיים בסיסיים, יש להבהיר לציבור את הקשר בין הטרדה מינית לבין פגיעה בערכים אלה. מקומה של הבהרה עקרונית כזו במסגרת דיני העונשין.¹³³ זאת ועוד: המשפט והחברה הישראליים ידועים בנטייתם ל"פליליזציה" יתרה. תופעה זו אינה בהכרח רצויה, אולם בפועל, הגדרתה של תופעה כפלילית היא אולי האמצעי המשפטי היחיד המתפרש על-ידי הציבור כהבעת עמדה ממלכתית, ערכית, "רצינית" ומחייבת. הטיפול בהטרדה המינית אינו יכול להתעלם ממצאויות פסיכו-משפטיות זו.

בצד ההוראות האזרחיות והפליליות הרחבות, על דבר החקיקה להתייחס מפורשות להיבטים המיוחדים של הטרדה מינית בעולם העבודה. יש לקבוע הנחיות ברורות למעביד כיצד עליו למנוע הטרדה מינית על-ידי עובדיו ובמקום העבודה. הדין הקיים קובע אחריות רחבה של המעביד להתנהגויות של עובדו במסגרת העבודה, אולם בהקשר הטרדה המינית אין להסתפק בהוראות החוק הכלליות, ויש לקבוע באופן ברור מהי אחריות מעביד להטרדה שבוצעה על-ידי עובדו בהקשר העבודה. אני סבורה כי יש להחיל אחריות מעביד מלאה על כל הטרדה שבוצעה על-ידי עובדו, בין שהטרדה בוצעה בעובד אחר, בלקוח, במקבל שירות או בכל אחד אחר – ובלבד שההתנהגות התרחשה במסגרת העבודה, במקום העבודה או במסגרת יחסי העבודה. בכל ההקשרים הללו המעביד נושא באחריות מוסרית להתנהגות עובדו, ומבחינה מעשית הוא בעל שליטה על ההתנהגות, מכיוון שביכולתו לפקח, להתריע, לעודד תלונות ולענוש. אחריות המעביד צריכה, לכן, להיות רחבה. עם זאת, אני סבורה כי יש לפטור אותו ממנה לחלוטין אם נקט את כל הצעדים שהחוק מטיל עליו לנקוט. צעדים אלה צריכים להיות קביעת מדיניות ברורה האוסרת הטרדות מיניות, הבטחת אפשרות נגישה ויעילה להגשת תלונה בגין הטרדה מינית בהקשר העבודה, וטיפול רציני בתלונה כזו משהוגשה.

אחריות המעביד צריכה להיות רחבה גם מבחינת היקף תחולתה, כלומר: יש להחילה על המדינה ועל כל מוסדותיה, גם אלה שאינם מוגדרים בדרך כלל כ"מעבידים" לפי כללי העבודה הרגילים: הצבא, המשטרה ושירותי בתי-הסוהר. חשיבות מיוחדת יש להחלת החוק על הצבא. רבים מאוד מאזרחי המדינה משרתים בצבא. עבור מרביתם השירות אינו התנדבותי אלא בבחינת חובה, ועבור מרביתם זוהי ההתנסות הראשונה בעולם של מעין יחסי עבודה. הדפוסים שבהם נתקלים החיילים והחיילות בצבא ושאותם הם רוכשים יכולים לעצב עבורם דימויים עצמיים, כמו גם השקפות עולם ודפוסי התנהגות לעתיד. הטרדה מינית בצבא עלולה, לכן, להיות בעלת השלכות משמעותיות ושליליות במיוחד הן למוטרדים והן למי שמסגלים לעצמם את ההרגל להטרד. מכיוון שהמסגרת הצבאית ידועה כסקסיסטית יותר ממסגרות אחרות, חשוב במיוחד להתמודד עם הטרדה המינית דווקא שם.¹³⁴

¹³³ לניתוח תיאורטי שיטתי, הטוען להכללת הטרדה המינית במשפט הפלילי, ראו מאמרה של Baker (לעיל, הערה 65).

¹³⁴ יצוין, כי בעת האחרונה מגלה צה"ל מודעות ורגישות לתופעת הטרדה המינית, וצעדים משמעותיים ננקטים לשם זיהוי התועה והתמודדות עמה.

4. החוק החדש למניעת הטרדה מינית

במרץ 1997 אישרה הכנסת בקריאה טרומית הצעת חוק פרטית, שהונחה על שולחן הבית (בנובמבר 1996) מטעם חברות וחברים בוועדת הכנסת לקידום מעמד האשה, וכותרתה "איסור הטרדה מינית על-ידי מי שמנצל מרות או תלות, לרבות נותני שירות, מחנכים ועוד, התשנ"ז-1966.¹³⁵ במהלך הכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה אימצה הוועדה את רוח הדברים שהוצגו ברשימה זו ואת דגם החקיקה שהוצע בה. כתוצאה מכך הורחבה הצעת החוק המקורית, וכותרתה הוסבה, בהתאם, ל"חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ז-1997".¹³⁶ הצעת החוק המורחבת אושרה על-ידי מליאת הכנסת בקריאה ראשונה ביום ה-29 בנובמבר 1997¹³⁷ ובקריאה שנייה ושלישית ב-10 במרץ 1998.¹³⁸

החוק למניעת הטרדה מינית קובע כי הטרדה מינית היא תופעה חברתית קשה, הפוגעת בערכים חברתיים מרכזיים, לרבות כבוד האדם, חירותו והזכות לשוויון. מתוך גישה חברתית ומשפטית רחבה, החוק נוקט מהלך משולב: הוא מגדיר הטרדה מינית והתנכלות בגינה הן כעוולות והן כעבירות; עוד הוא קובע הליך מיוחד לטיפול בהטרדה מינית שהתרחשה במסגרת יחסי עבודה, וסעדים מיוחדים לפגיעה עקב הטרדה מינית במסגרת יחסי עבודה. החוק מגדיר את טיפוס ההתנהגות המכוננים הטרדה מינית בפירוט ובדיוק, כדי להבהיר לציבור הרחב את המשמעויות המעשיות של הנורמה החקוקה החדשה, וכדי להקל על הרשות השופטת בזיהוי המקרים שיש להחיל עליהם את החוק. ההגדרות אינן נזקקות להבחנה הקטגורית בין הטרדה מסוג *quid pro quo* ובין הטרדה מסוג "סביבה עוינת", אך הן מתייחסות במפורש לטיפוסי ההתנהגות הספציפיים שהוגדרו במשפט האמריקני כסוגים של הטרדה מינית. ההגדרות אינן נזקקות לדמות "האדם הסביר", ויתרה מכך, הן מנוסחות בקפידה באופן שאינו מתיר את השימוש בדמות בדיונית כלשהי בהקשר הגדרת הטרדה המינית. ההגדרות מתייחסות להטרדה מינית באשר היא, אך הן מייחדות התייחסות ספציפית להטרדה מינית הקשורה לעולם העבודה ולהטרדה מינית המכילה ניצול לרעה של סמכות. להלן אתיחס ביתר פירוט לסעיפיו המרכזיים של החוק.

¹³⁵ ההצעה הוגשה מטעם חברות הכנסת יעל דיין, דליה איציק, נעמי בלומנטל, תמר גוז'נסקי, נעמי חזן, סופה לנדבר, ענת מאור, מרינה סולודקין. הובילה את יוזמת החקיקה יו"ר הוועדה לקידום מעמד האשה, חברת הכנסת יעל דיין ממפלגת העבודה. בהכנת החוק נטלו חלק פעיל גם חברות הכנסת וחבריה תמר גוז'נסקי, בני אלון, יוסי בילין, ענת מאור, נעמי חזן וראובן ריבלין.

¹³⁶ הצעת החוק עם דברי ההסבר התפרסמה בה"ח 484. בנוסף על חברות ועדת הכנסת וחבריה שקדו על מלאכת יצירת החוק משפטניות ומשפטנים רבים, ובהם רחל בנימין משדולת הנשים, גלוריה ויסמן, דן אורנשטיין, דליה איש שלום, מירב ישראלי ודרורה נחמני ממשד המשפטים, מיכאל אטלן ממשד העבודה, אתי בנדלר, היועצת המשפטית לוועדה לקידום מעמד האשה בכנסת, אפרת נחמני מן הפרקליטות הצבאית, פרופ' רות בן ישראל מן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב וכותבת שורות אלה מן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטה העברית.

¹³⁷ הדיון במליאה היה סוער. חברי הכנסת ריבלין, זאבי, זנדברג ובדש דיברו נמרצות נגד החוק המוצע, ההצעה עברה בקולותיהם של חברי הכנסת אורון, אלון, אלסאנע, בשארה, גוז'נסקי, דהאמשה, דיין, דראושה, וייד, חאגל-יחיא, חזן, מאוד, סלים וסעד, כנגד קולותיהם של חברי הכנסת בדש, בוים, זאבי, זנדברג ועזרא, נמנעו שר המשפטים הנגבי, יו"ר הכנסת תיכון, וחבר הכנסת ריבלין.

¹³⁸ החוק התקבל בקולותיהם של 18 חברות וחברי כנסת כנגד קולו של חבר כנסת אחד בלבד.

החוק פותח בסעיף מטרה (סעיף מספר 1), הקובע כי "מטרת חוק זה לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו שלא דם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם את השוויון בין המינים". דברי ההסבר הכלליים שנלוו להצעת החוק קובעים כי הטרדה מינית היא תופעה נפוצה הפוגעת בכלל האוכלוסייה, ובנשים בפרט. הטרדה מינית, נקבע שם בין השאר, משפילה את קרבנה, מבזה אותו, פולשת לפרטיותו; היא פוגעת בזכותו להגדרה עצמית, באוטונומיה שלו, בשליטתו בגופו ובמיניותו, ומפלה אותו לרעה לעומת אנשים אחרים. דברי ההסבר מדגישים במיוחד כי "הטרדה מינית כלפי נשים גורמת להשפלתן ביחס למיין ומקשה עליהן להשתלב כחברות שוות בעולם העבודה וביתר תחומי החיים, ובכך היא פוגעת בשוויון". החוק המוצע משלב, אם כן, במפורש את הגישה האמריקנית,ה מגדירה הטרדה מינית כפגיעה בזכות לשוויון, עם הגדרת ההטרדה המינית כפגיעה בכבוד האדם בכלל, ובכבוד האשה בפרט.¹³⁹ דברי ההסבר הנלווים לסעיף המטרה מדגישים כי כל הערכים המצוינים בסעיף "יהיו נר לרגליו של בית-המשפט בבואו לפרש את הוראות החוק המוצע". בכך מונחה בית-המשפט להפעיל את החוק כחלק מן הטיפול המשפטי בערך כבוד האדם, אך גם להיעזר בניסיון האמריקני ובספרות המשפטית האקדמית, כמו זו של מקינון, במסגרת הטיפול בהטרדה המינית כסוגייה של שוויון והפליה, והפליה בין המינים בפרט.

סעיף 3 לחוק המוצע הוא לבו של דבר החקיקה, והוא מונה שמונה הגדרות מפורטות של סוגי התנהגות המכונים הטרדה מינית.¹⁴⁰ כפי שעולה מן הסעיף, מקצת ההתנהגויות המוגדרות בו כהטרדה מינית אסורות כבר כיום בהוראות חוק העונשין. התנהגויות אלה הוגדרו בכל זאת כסוגים של טרדה מינית משני טעמים: ראשית, משום הערך החינוכי שיש בהגדרה ברורה, שלמה ומפורטת ככל האפשר של הנורמה החברתית החדשה; בהגדרה כזו מן הראוי להתייחס לכל התנהגות המהווה הטרדה מינית, גם אם התנהגות זו שייכת לקטגוריה משפטית נוספת, וגם אם נאסרה כבר במסגרת ההגנה על ערך חברתי מוגן אחר.¹⁴¹ הטעם השני הוא כי בשונה מחוק העונשין, החוק המוצע מכונן את ההתנהגויות האסורות על-ידי גם כעוולות נזיקיות וכאיסורים בדיני העבודה. הגדרת מעשים המכונים "סחיטה מינית באיומים" ו"מעשים מגונים" גם כ"הטרדה מינית" מאפשרת לקרבן ההתנהגות להגיש תביעה נזיקית על פי הוראות החוק למניעת הטרדה מינית, וכן לתבוע מעביד בגין התנכלות/פגיעה שמקורה בהתנהגויות כאלה.

¹³⁹ החוק נמנע מלנקוט עמדה בשאלה המשפטית אודות היחס בין "כבוד האדם" ו"הזכות לשוויון", ומסתפק בקביעה כי הטרדה מינית פוגעת בכל אחד מן הערכים.

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

- (1) סחיטה באיומים, כמשמעותה בסעיף 428 לחוק העונשין, כאשר המעשה שהאדם נדרש לעשותו הוא בעל אופי מיני;
 - (2) מעשים מגונים כמשמעותם בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין;
 - (3) הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות;
 - (4) התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות;
 - (5) התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית;
 - (6) הצעות או התייחסויות כאמור בפסקאות (3) או (4), המופנות למי מהמנויים בפסקאות (א) עד (ג), בנסיבות המפורטות בפסקאות משנה אלה, גם אם המוטריד לא הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות:
- (א) לקטין או לחסר ישע – תוך ניצול יחסי מרות, תלות, חינוך או טיפול;
 - (ב) למטופל, במסגרת טיפול נפשי או רפואי – תוך ניצול תלות של המטופל כמטפלו;
 - (ג) לעובד במסגרת יחסי העבודה, ולאדם בשירות במסגרת שירות – תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות.

אותן הטרדות מיניות שהן אסורות בחוק העונשין כבר כיום, אסורות באופן מוחלט גם כהטרדות מיניות, בין שהמוטרדת סירבה או התנגדה להן, ובין שלא. להטרדות מיניות המהוות סחיטה באיומים ומעשים מגונים לא ניתן להסכים. ביזוי והשפלה על רקע מיני (המוגדרים כהטרדה מינית בסעיף 3(א)(5) לחוק) אמנם אינם אסורים, כשלעצמם, בחוק העונשין, אך משום חומרת ההתנהגויות הללו **חובה על כל אדם לדעת כי אסורות הן**. לכן אין החוק דורש כי הטרדת תראה למטריד שאינה מעוניינת ביזוי או ההשפלה המיניים. יודגש כי ביזוי והשפלה מוגדרים בחוק למניעת הטרדה מינית כשהם מתייחסים למינו של המוטרד או למינותו, לרבות ל**נטייתו המינית**. משמעות הדבר היא כי אין לבזות אדם בגין היותו אשה או גבר, בגין פעילות מינית כשלהי המיוחסת לו, או בשל נטייה מינית המיוחסת לו, וזאת בלא קשר ל"אמיתות" הייחוס. פניות סקסיסטיות בוטות לאשה יכולות לבזות אותה כאשה ולהוות הטרדה מינית; תמונות פורנוגרפיות, בוודאי אם הן מקושרות עם אדם מסוים, יכולות, בנסיבות מסוימות, להוות "התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו"; התייחסות המשפילה אשה על-ידי שיווי משמעות מבזות למיניות המיוחסת לה, יכולה להיות הטרדה מינית, בין שהמיניות המיוחסת לה היא הטרסקסואלית, הומוסקסואלית או בייסקסואלי. כך אף לגבי גבר.

הקטגוריה השנייה של התנהגויות המוגדרות בסעיף 3(א) כהטרדה מינית מכילה התנהגויות שבנסיבות של הסכמה הדדית הן מותרות, ויכולות אף להיחשב כרצויות. כך, למשל, "הצעות חוזרות בעלות אופי מיני". התנהגות כזו יכולה להיתפס כניטראלית, או כחיובית מבחינת ערכה החברתי, ובוודאי שאיננה שלילית כשלעצמה. היא הופכת להטרדה מינית רק כאשר איננה רצויה למושאה. לכן, כדי שהתנהגות כזו תכונן הטרדה מינית, על מושא ההתנהגות להעביר למציע מסר המביע כי אינו מעוניין בהתנהגות האמורה. בדברי ההסבר הכלליים להצעת החוק מודגש כי "החוק אינו מתיימר לאכוף מוסר מיני או להתערב ביחסים חברתיים מרצון, אלא **למנוע מאדם לכפות את עצמו על מי שאינו מעוניין בכך**, ובמיוחד כשהדבר נעשה תוך שימוש לרעה בעמדת כוח".¹⁴²

(ב) התנכלות היא פגיעה מכל סוג שהוא שמקורה בהטרדה מינית, או בתלונה או בתביעה, שהוגשו על הטרדה מינית.

מתוך דברי ההסבר לסעיף:

הסעיף המוצע מפרט את סוגי ההתנהגויות המהוות הטרדה מינית. ההתנהגויות המנויות בסעיף הן משלושה סוגים. חלקן הן התנהגויות שליליות מטבען ותגובתו של האדם המוטרד אינה יכולה להכשירן (... לעניין סחיטה באיומים; ... לעניין מעשים מגונים; ו... לעניין ביזוי והשפלה). חלק אחר של ההתנהגויות נאסרות רק כאשר האדם שאליו הן מופנות רואה בהן הטרדה, ולאחר שהוא מראה למטריד כי ההתנהגות אינה רצויה לו (...). התנהגויות נוספות אסורות בשל ניצול יחסי כוח בין המטריד למוטרד (פסקאות (6) עד (8)). להטרדה המינית נלוות לעתים התנהגויות טורדניות נוספות שמטרתן להפעיל לחץ על המוטרד או להתנקם בו. התנהגויות מסוג זה מגוונות מאוד; חלקן נתפסות בהגדרות משפטיות קיימות, אך חלקן בלתי מוגדרות. בכל מקרה התנהגויות אלה פוגעות בקרבן והוא זכאי להגנה בפניהן, ולצורך זה נכללו אלה בהגדרת 'התנכלות'.

¹⁴¹ לאחר התלבטות לגבי מקרי אונס החליטה הוועדה כי אף שכל אונס מהווה, כמובן, הטרדה מינית חמורה ביותר, מעשי האונס הם חמורים כל כך עד שהם מהווים קטגוריה התנהגותית ומשפטית העומדת בפני עצמה, ועל כן אין מקום למנות את האונס כסוג של הטרדה מינית.
¹⁴² ההדגשה הוספה.

לגבי קטגוריה זו יובהר עוד כי הביטוי "התייחסויות המתמקדות במיניותו של אדם" החליף את הביטוי "התייחסויות לאדם כאל אובייקט מיני" שהופיע בהצעת החוק כפי שעברה בקריאה הראשונה; הנוסח שנחקק היא "עברי" יורת ונמנע מן השימוש בביטויים לועזיים. מעבר לכך, הוא גם רחב יותר מן הנוסח שאסר על התייחסות לאדם כאל "אובייקט מיני". בנוסחו הנוכחי קובע החוק כי התייחסות חוזרת להיבטים מסוימים בהופעתו של אדם, למידת האטרקטיביות שלו, לחלקי גופו, להיבטיהם המיניים, להתנהגותו המינית (הממשית או המדומה) או למאווים המיניים שאלה מעוררים בדובר או באנשים אחרים – כל אלה יכולים להיות קבילים, רצויים ואף מחמיאים בהקשרים מסוימים, ובלתי רצויים, מטרידים ומאיימים בהקשרים אחרים. על מושא התייחסות לתקשר למתייחס אם התנהגותו היא מן הסוג האחד או האחר.

באשר לחובת המוטריד "להראות" כי "אינו מעוניין" בהתנהגות הנדונה. סעיף ההגדרות של החוק (סעיף 2), מפרש כי על המוטריד "להראות" את עמדתו "במילים או בהתנהגות, ובלבד שלא היה ספק סביר לגבי משמעות ההתנהגות". על מושא ההתנהגות, אם כן, מוטל להיות אקטיבי, ולהביע את עמדתו ביחס להתנהגות הנדונה. עם זאת, די שיעשה כן באופן "סביר" בנסיבות העניין; לא מוטל עליו להביא לכך שהמתנהג אכן יבין בפועל את המסר שהביע. המתנהג יכול להיות אטום למסרים הנשלחים אליו על-ידי מושא התנהגותו, ולא ניתן להטיל על מושא ההתנהגות לנקוט באמצעים בלתי סבירים כדי "להגיע" אל המתנהג. יודגש כי קריטריון הסבירות מופעל רק ביחס לספק שעלול להתעורר ביחס לתגובת המוטריד; אין זו הזמנה לשימוש שיפוטי ב"אדם הסביר" (כאמור למעלה, החוק מנוסח באופן שאינו מזמין, ואף אינו מאפשר שימוש בדמות זו). אם יבחר בית-המשפט להיעזר ביכולת ההבנה של "האדם הסביר" כדי לבחון את סבירות הספק (ביחס לתגובת המוטריד להטרדה), הרי שיהיה זה המטריד, ולא המוטריד שהבנתו תימדד תוך השוואה להבנת "האדם הסביר" את תגובת המוטריד.

הקטגוריה השלישית של התנהגויות אסורות מכילה הטרדות מיניות המאופיינות ביחסי כוח בלתי שוויוניים במידה בוטה בין מטריד ומוטריד, סעיף קטן 6 בסעיף 3(א) קובע כי בהטרדה של קטין או חסר ישע, מטופל, או עובד, המוטרידים במסגרת יחסי שווה, לא נדרש מן המוטריד להביע עמדה כלשהי. גישה זו מתחשבת בחולשתם המערכתית של מוטרידים אלה כלפי מטרידיהם, חולשה שעלולה למנוע מהם אפשרות של תגובה שתבטא רצון חופשי כלשהו, או אף פיתוחו של רצון חופשי כזה. בסיטואציות כאלה מוטל על האדם הנמצא בעמדת שררה לפתח את הרגישות הנדרשת ולזהות בכוחות עצמו אילו התנהגויות נתפסות על-ידי הכפופים לו כהטרדה מינית.

סעיף 3(ב) לחוק, המגדיר התנכלות הקשורה בהטרדה מינית, קובע כי התנכלות אינה בהכרח תוצאה של סירוב להטרדה מינית. התנכלות יכולה, על פי נוסח הסעיף, להתרחש גם כאשר המוטרידת נכנעה להטרדה (ושיתפה פעולה בקשר מיני שנדרש ממנה), או אף לפני כל סירוב או כניעה של המוטרידת. התנכלות יכולה ללוות את ההטרדה, לרבות כאמצעי לחץ המופעל על המוטריד כדי שייכנע להטרדה. התנכלות אף יכולה לפגוע באדם שלא הוטריד מינית, אלא סייע למוטרידת להתמודד עם ההטרדה, למשל על-ידי הגשת תלונה או תביעה בגינה.¹⁴³

¹⁴³ דוגמא טובה להתנכלות, שהועלתה במהלך דיוני הוועדה לקידום מעמד האשה בכנסת, היא של מפקד, אשר תוך כדי הצעות חוזרות בעלות אופי מיני לחייל "מרתק" אותו לבסיס כחלק מן המהלך המיני. הריתוק ייחשב כהתנכלות גם אם החייל טרם סרב או התנגד או הראה למפקד כי אינו מעוניין בפניותיו המיניות.

כל סוגי ההטרדה המינית המוגדרים בסעיף 3 לחוק, מהווים עוולות על פי הוראת סעיף 6 לחוק. כולם, למעט סחיטה באיומים ומעשים מגונים, מוגדרים גם כעבירה פלילית של הטרדה מינית, כאמור בסעיף 5 לחוק. הסנקציה הפלילית הקבועה בסעיף זה היא שנתיים מאסר בגין הטרדה מינית, שלוש שנים בגין התנכלות, וארבע שנים בגין הטרדה מינית והתנכלות גם יחד.¹⁴⁴

סעיף 6(ב) מכיל הוראה ייחודית, לפיה בתביעה אזרחית רשאי בית-המשפט לפסוק בשל הטרדה מינית או התנכלות פיצוי שלא יעלה על סך חמישים אלף ₪ (צמוד למדד המחירים לצרכן) ללא הוכחת נזק. דברי ההסבר לסעיף זה מבהירים היטב את משמעותו:

בדרך כלל פיצוי בשל עוולה כאמור מחייב הוכחת הנזק שנגרם לתובע. בהקשר של ההטרדה המינית, במקרים רבים הנזק שנגרם הוא נזק לכבודו של המוטריד, לבטחונו העצמי ולזכותו לאיכות חיים סבירה במסגרת העבודה ובכל מסגרת אחרת. נזקים אלה טבועים בעצם ההתנהגות המטרידה, לכן יש בהוכחת ההתנהגות גם הוכחת הנזק. משום כך מוצע שלא להטיל על התובע להוכיח נזק כלשהו כתנאי לפסיקת פיצויים. כדי לאזן בין ההגנה על המוטריד ובין זכויות התובע, מוצע לקבוע תקרה לפיצוי ללא הוכחת נזק.

סעיף זה קובע, אם כן, כי מוטרידת אינה צריכה לחכות להתמוטטות נפשית, המהווה נזק בר הוכחה וכימות, כדי לתבוע בגין הטרדה מינית ולדרוש את הפסקתה. עוד מנחה סעיף זה את בית-המשפט שלא להטיל על המוטריד נטלי הוכחה שירתיעו מהגשת תביעות. כך, למשל, אין לדרוש כי תובע יוכיח כי כבודו או פרטיותו "שווים" סכום כלשהו, משום "מעמדו", "שמו הטוב", או נסיבות חייו המיוחדות, וכי הפגיעה בזכויות האדם שלו עולה, לכן, כדי ערך כספי כזה או אחר. הטרדה מינית מכוננת נזק, בין שניתן לאמוד אותו בכלים מקצועיים כלשהם, ובין שלא, בין שהמוטריד "רם מעלה" ובין שהוא אדם מן השורה. כל הטרדה מינית העולה כדי פגיעה בכבוד האדם המוטריד, בזכותו לשוויון, בחירותו ו/או בפרטיותו, גורמת לו נזק בעצם הפגיעה בזכויותיו האמורות, ואין להטיל עליו להוכיח נזקים נוספים. כמובן, מוטריד שיוכיח נזקים מעבר לעצם הפגיעה בזכויות האדם שלו (כמו, למשל, אבדן השתכרות), יוכל לתבוע מעבר לתקרת חמישים אלף השקלים. עוד מתייחסת הוראת הסעיף גם למוטרידים "חזקים", שההטרדה לא הצליחה לשבור את רוחם או לפגוע במטה לחמם. החוק המוצע מביע עמדה כי אנשים אלה ראויים להגנה ולסעד, כיוון שעצם ההטרדה גרמה נזק לכבודם ולהנאת החיים שלהם, אף אם חוסנם לא איפשר למטריד לגרום נזקים "מוחשיים".

תקופת ההתישנות בתביעה אזרחית בגין הטרדה מינית או התנכלות היא שלוש שנים.¹⁴⁵

¹⁴⁴ סעיף 5 לחוק מחיל על עבירות ההטרדה המינית וההתנכלות את הוראות סעיפים 2א ו-2ב לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957, ס"ח 16, ואת הוראת סעיף 352 לחוק העונשין, לעניין פרסום שמו של נפגע.
¹⁴⁵ סעיף 6(ג) לחוק.

בסעיפים 7-9 ו-11 מסדיר החוק את אחריות המעביד להטרדה מינית, ואת זכויות העובד וה"לקוח"¹⁴⁶ בהקשר זה. אחריות המעביד היא אזרחית בלבד. נוסח החוק קובע הוראה כללית וברורה ביחס לאחריות מעביד, החלה על כל מעביד, ביחס לכל סוג של הטרדה, וביחס לכל אדם שהוטרד על-ידי מי מעובדיו (או אף על-ידי ממונה מטעמו שאיננו "עובדו" על פי דיני העבודה) "במסגרת יחסי עבודה".¹⁴⁷ זוהי לשון הוראת האחריות:

7(א) מעביד חייב לנקוט אמצעים סבירים, בנסיבות הענין, כדי למנוע הטרדה מינית או התנכלות במסגרת יחסי עבודה, על ידי עובדו, או על ידי ממונה מטעמו אף אם איננו עובדו, ולטפל בכל מקרה כאמור...

סעיף 7(ב) מוסיף וקובע כי מעביד המעסיק 25 עובדים ומעלה חייב גם לקבוע ולפרסם "תקנון שבו יובאו עיקרי הוראות החוק בדבר הטרדה מינית והתנכלות במסגרת יחסי עבודה ויפורטו בו דרכי הגשת התלונות שעניינן הטרדה מינית או התנכלות והטיפול בהן, כפי שקבע המעביד".¹⁴⁸ סעיפים 9 ו-11 מבהירים כי הוראות אלה חלות גם על המדינה ועל שירות המדינה, על צה"ל, על משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר, ועל מי שמעסיק עובד של קבלן כוח אדם.¹⁴⁹ אפרט.

¹⁴⁶ ב"לקוח" כוונתי כל אדם הבא במגע עם מי מעובדיו של המעביד במסגרת יחסי העבודה.
¹⁴⁷ ביטוי זה מוגדר באופן רחב ביותר: "מקום העבודה, מקום אחר שבו מתנהלת פעילות מטעם המעביד, תוך כדי העבודה, או תוך ניצול מרות ביחסי העבודה בכל מקום שהוא". כלומר, שבוע נופש שאורגן על-ידי מקום העבודה, נסיעה למקום בו מתנהלת פעילות של עבודה, או יחסים "חברתיים" בהם מטריד ממונה עובד כפוף לו גם לאחר שעות העבודה – כל אלה הם בבחינת "במסגרת מקום העבודה". גם סוכן העובר מדלת לדלת ומוכר מרכולת פועל "במסגרת יחסי עבודה".
¹⁴⁸ סעיף 8 קובע כי אי-פרסום תקנון כאמור דינו קנס, וקנס נוסף לכל שבוע שבו נמשכה העבירה.
¹⁴⁹ חיילים, אסירים ועצורים – כולם יכולים לתבוע את הצבא, את שירו בתי הסוהר או את המשטרה בגין הטרדות מיניות שבוצעו בהם על-ידי חיילים, שוטרים או סוהרים.

ההוראה אודות אחריות מעביד קובעת כי, כעל שליטה על הנעשה על ידי עובדיו, על מעביד לעשות כל שביכולתו כדי למנוע מעובדיו להטריד כל אדם (עובד אחר או כל אדם אחר) במסגרת הבודה. כדי למנוע הטרדה מינית על המעביד להבהיר כי ניתן להתלונן אצלו על הטרדה מינית שבוצעה על-ידי עובדו, ואם הוגשה תלונה כזו – עליו לטפל בה ביעילות מרבית. בנקודה זו, סעיף 7(א)(2) דורש מן המעביד "לטפל ביעילות במקרה של הטרדה מינית או התנכלות שידע אודותיהם, וכן לעשות כל שביכולתו כדי למנוע את הישנות המעשים האמורים וכדי לתקן את הפגיעה שנגרמה למתלונן עקב ההטרדה או ההתנכלות" (ההדגשה הוספה). יצוין כי על פי נוסח הסעיף על המעביד לטפל בהטרדה או בהתנכלות גם אם לא הוגשה עליהן תלונה, ובלבד שהוא ידע אודותיהן בכל דרך שהיא. "תיקון הפגיעה" כולל השבת הנפגע, במידת האפשר, למצב בו היה בטרם ההטרדה המינית או ההתנכלות, או שיפוי בגין הוצאות שהיו לנפגע בגין ההטרדה או ההתנכלות (למשל: הוצאות עבור טיפול נפשי). זאת ועוד, טיפול "יעיל", שמטרתו "למנוע את הישנות" ההטרדה או המשך הפגיעה בעובד המוטריד מחייב, לעתים, העברת המטריד מתפקידו, או העברתו למקום אחר, בלא להטל על המוטריד, בין שהיא עובדת, ובין שהיא, למשל, לקוחה, את מחיר הפסקת הטרדה. ככל שהמטריד בכיר יותר – כך תטה המעבידה, במסגרת טיפול "יעיל", להפעיל כלפיו סנקציה משמעותית ומרתיעה. בנוסף לכל האמור, מעביד גדול, כמו שירות המדינה, צה"ל או אוניברסיטה, חייב לפרסם תקנון המבהיר לעובדיו ולכל מי שבא עמם במגע במסגרת העבודה, כי הטרדה מינית על-ידי עובדיו במסגרת העבודה הנה אסורה, וכיצד ניתן להתלונן עליה. פעולות אלה נועדו להבהיר לעובדים את הנורמה החלה עליהם, ולהעביר את המסר כי המעביד תייחס ברצינות ובחומרה לתופעת הטרדה המינית.¹⁵⁰

יודגש כי אחריות המעביד להטרדה על-ידי עובדיו מצטברת לאחריותם האישית להטרדות שביצעו, ואינה פוטרת אותם מאחריות משפטית.

מעביד אשר קבע נוהלי תלונה, וטיפל ביעילות באירוע של הטרדה מינית (ואם הוא מעביד גדול – אם גם פרסם תקנון ברור), לא ישא באחריות משפטית לאותה הטרדה מסוימת. גישה זו נועדה לעודד מעבידים לטפל ביעילות המרבית בתלונות אודות הטרדות מיניות, שכן טיפול כזה יגן עליהם מפני אחריות משפטית להטרדות אלה.¹⁵¹

¹⁵⁰ מוסד כמו אוניברסיטה חייב, על פי סעיפי אחריות מעביד, לפרסם תקנון האוסר על הטרדת עובדים, סטודנטים, וכל אדם אחר, בידי כל עובד אוניברסיטה, סגל אקדמי ומנהלי כאחד. אחריות המוסד אינה חלה רק כלפי עובדי המוסד, אלא גם כלפי כל מי שעובד המוסד מטרידו במסגרת עבודתו כעובד המוסד. זאת ועוד, הוראת סעיף 7(ז), שהתקבלה כהסתייגות של חברת הכנסת נעמי חזן, דורשת באופן ספציפי כי מוסדות השכלה ינקטו אמצעים סבירים למניעת הטרדה מינית גם בין התלמידים לבין עצמם, כמו גם הטרדה מינית של כל אדם על-ידי סטודנטים. על מוסדות השכלה להתייחס בתקנוניהם להטרדות מסוגים אלה, ולטפל בתלונות שעניינן הטרדות על-ידי סטודנטים. הוראה זו, שלא אושרה על-ידי הוועדה, היא מרחיקת לכת.
¹⁵¹ ייתכן כי לגבי התנהגותו של ממונה מטעם המעביד, אחריות המעביד היא מוחלטת ואינה קשורה בטיפול יעיל באירוע הטרדה. פרשנות זו לחוק, המוצעת על ידי פרופ' רות בן ישראל, מסתמכת על כוונת המחוקק כפי שהובעה בישיבות ועדת הכנסת לקידום מעמד האשה.

סעיף 10 לחוק מעניק לבית-הדין לעבודה סמכות ייחודית לדון בתביעה אזרחית שעניינה הטרדה מינית של עובד או התנכלות לו במסגרת יחסי העבודה. הסמכות הייחודית חלה בין שהתביעה מופנית כלפי המעביד ובין שהיא מופנית כלפי ממונה או עובד אחר; בין שהיא מתבססת על אחריות אישית של המעביד, הממונה או העובד הנתבעים, ובין שהיא מתבססת על אחריות המעביד כמעביד (כלומר מכוח סעיף 7 לחוק). על הליך כזה יחולו הוראות סעיפים 10, 10א, 12 ו-13 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, כלומר: לבית-הדין סמכות לתת צווי מניעה או צווי עשה; תובע או מתלונן רשאי לבקש כי הדיון ייערך בדלתיים סגורות; ארגון עובדים רשאי להגיש תובענה אף בלא תובע מסוים, ובית-הדין רשאי לתת לארגון העוסק בזכויות נשים להשמיע את דברו.¹⁵² הסמכות הפלילית לעניין הטרדות כאמור היא מקבילה.

סעיף 15 לחוק למניעת הטרדה מינית מחליף את סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. סעיף 7 החדש אוסר על מעביד או על ממונה מטעמו "לפגוע" בעובד בשל הטרדה מינית, או בשל תלונה או תביעה בגין פגיעה בשל הטרדה מינית, או בשל סיועו לעובד אחר בקשר לתלונה או תביעה בגין פגיעה כאמור.¹⁵³ איסור ה"פגיעה" על פי הוראת סעיף 7 החדשה מקביל לאיסור שאוסר החוק למניעת הטרדה מינית על "התנכלות", אך הוא רחב ממנו. שכן "פגיעה" בעובדת מתכוננת (על פי הסיפא של סעיף 7(א)(1) החדש לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה) כבר לאחר מעשה בודד של הטרדה מינית מן הסוגים המוגדרים בסעיפים 3(א)(3) ו-3(א)(4) לחוק למניעת הטרדה מינית ("התנכלות", לעומת זאת, מתהווה רק לאחר התנהגויות נשנות מן הסוגים הללו). כלומר: בהקשר של פגיעה בעובדת מוטרדת על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, הגדרת הטרדה המינית רחבה יותר מאשר הגדרתה בהקשרים אחרים. זאת ועוד: על תביעה על פי סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אשר קובעת מעתה כי אם הוכיח עובד הטרדה מינית או פגיעה כאמור בסעיף 7 – "תהא חובת ההוכחה על המעביד כי לא פגע כאמור באותו סעיף...".

*

החוק החדש, אשר ייכנס לתוקף בתום שישה חודשים מיום פרסומו, פותח כיווני התמודדות חדשים עם תופעת ההטרדה המינית. ניתן לקוות כי חקיקת החוק תציין תחילתו של עידן חדש במודעות הציבור הישראלי לנושא. עם זאת, חקיקה אינה אלא אות עלי נייר, ואין היא משפיעה על המציאות החברתית אלא אם כן הציבור הרחב בוחר להיזקק לה ולהוציאה מן הכוח אל הפועל. משהשלימה הרשות המחוקקת את משימתה, "עובר הכדור" לידי הציבור הרחב בכלל, וציבור הנשים בפרט.

¹⁵² ראו סעיף 10(ג) לחוק למניעת הטרדה מינית, וכן סעיף 15 לחוק, אשר מתקן את סעיפים 10 ו-10א לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

¹⁵³ דומני כי בסעיף 7(א)(2) נפלה טעות, והנוסח הנכון צריך היה להיות "תלונה או תביעה של העובד בשל הטרדה מינית כאמור בסעיף זה". בנוסח הנוכחי (לפיו לא יפגע מעביד בעובד כאשר מקור הפגיעה הוא תלונה או תביעה בשל פגיעה כאמור) יש חשש למעגליות.