

הטרדה מינית, בעילה אסורה ושליטה פסולה

מאת
גליה שניבויים*

תקציר

פלח מרכזי ממקרי ההטרדה המינית מתרחשים על רקע של יחסי סמכות במסגרת היררכית, כמו למשל היחסים שבין ממונה או ממונה במקום העבודה לעובד או לעובדת הכפופים לו או לה, ובין מורה או מרצה לתלמיד. התאוריה המשפטית הקיימת, ובכלל זה תורת המשפט של החוק למניעת הטרדה מינית, אינם מבחינים בין הטרדה היררכית להטרדה שאינה היררכית בכל הנוגע לסוג הפגיעה הטמון בהן וההצדקה לאיסורן בחוק. הטרדה מינית היררכית – כמו זו שאינה היררכית – נתפסת בעיקרה כיחס מיני כפוי, אף שהוא מצוי (כך על פי הטענה) בקצה התחתון של קשת הפגיעות המיניות בהשוואה לעבירות מין חמורות כמו אונס. ההקשר ההיררכי נתפס לכל היותר כנסיבה המשליכה על יסוד ההסכמה בהוכחת הטרדה, אך היא אינה משנה את מהותה. מאמר זה מציע תאוריה משפטית חדשה להמשגת הטרדה מינית במסגרת של יחסי סמכות, המבוססת על תאוריה פוליטית נאו-רפובליקנית ועל הערך של חופש משליטה (freedom from domination). על פי הניתוח המוצע אין לראות בהטרדה במסגרת של יחסי סמכות מקרה קל של כפייה מינית, אלא יש להבינה במונחים שלה – כעוולה שעניינה שליטה פסולה. עוולה זו מתבטאת במחנות שתלטניות מצד הדמות הסמכותית, כגון דרישה למין בתמורה לפעולה או להימנעות מפעולה מכוח התפקיד, ואף הפעלת טכניקות עדינות יותר – אך פסולות – של לחץ. בניגוד לתפיסה של כפייה מינית, המבוססת על הערך

* מרצה, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. ברצוני להודות לאחינעם הראל ולאהי קדור על עזרה מצוינת במחקר. גרסאות מוקדמות של מחקר זה הוצגו בכנס השנתי של הסניף הישראלי של האגודה הבינלאומית למשפט ציבורי (ICON) לשנת 2020, בכנס השנתי של האגודה הישראלית למשפט פלילי לשנת 2021, בכנס האגודה הישראלית למשפט וחברה לשנת 2023 ובסמינר המחלקתי של בית הספר למשפטים במכללה למנהל 2024. אני מודה למשתתפים בפורומים אלה על הערותיהם. כן תודתי לאורנה אליגון-דר, לגיא דוידוב, לאלון הראל, לרותי לבנשטיין-לזר, לכרמית קלר-חלמיש, לשלי קרייצר-לוי ולדנה פוגץ' על הערותיהם המועילות לטיוטות של מאמר זה.

הליברלי של אוטונומיה כחירות שלילית, התפיסה המוצעת כאן אינה מתמקדת בשאלת ההסכמה של הצדדים להתייחסות או למגע מיני, אלא רואה את מוקד העוולה ביחס שתלטני המגביר אצל כפופים תחושות של נחיתות ושל הכנעה, תוך הסגת סמכות מקצועית-ארגונית למודל טרום-מודרני של סמכות עריצה. המאמר דן בהשלכותיו של הניתוח התאורטי על שתי בעיות בדין הקיים הנוגעות להטרדה מינית היררכית: פולמוס בין בית הדין הארצי לעבודה לבית המשפט העליון לעניין סמכות השיפוט בתביעות הטרדה המערבות מגע מיני מלא ביחסי מרות; ומיקומה, דירוגה, והצדקתה של העבירה של בעילה תוך ניצול מרות בעבודה בחוק העונשין ("בעילה אסורה בהסכמה"). יישומו של הטיעון התאורטי בהקשרים אלה מוביל למסקנה, כי בניגוד לטענתה של אורית קמיר – אין לבטל את העבירה של בעילה אסורה בהסכמה ואף אין להטמיעה במסגרת עבירת האונס, אלא מקומה בחוק למניעת הטרדה מינית כחלק מאיסור כולל על הטרדה מינית במסגרת של יחסי סמכות.

83	מבוא
91	א. הטרדה מינית במסגרת יחסי סמכות – שתי בעיות בדין הקיים
91	1. מחלוקת הסמכויות בין בתי הדין לעבודה לבתי המשפט האזרחיים
100	2. מיקומה ודירוגה של העבירה הפלילית של בעילה תוך ניצול מרות בעבודה
105	ב. בסיס נאורפובליקני להמשגת הפסול בהטרדה מינית במסגרת יחסי סמכות
105	1. חופש משליטה
110	2. שליטה לעומת כפייה
112	3. ניצול לרעה של סמכות ושליטה פסולה
118	ג. השלכות הדיון התאורטי לדיני הטרדה המינית בישראל
118	1. הטרדה מינית במסגרת יחסי סמכות: מכפייה מינית לשליטה פסולה
121	2. המלצה לתיקוני חקיקה
	(א) המלצה להטמעת האיסור על בעילה תוך ניצול מרות מחוק העונשין לחוק למניעת הטרדה מינית
124	(ב) המלצה להרחיב את הגדרת המונח "סחיטה מינית" בחוק למניעת הטרדה מינית
130	3. השפעה מול שליטה: השלכות התפיסה של שליטה פסולה על דוקטרינת "יחסי ההשפעה"
132	סיכום ומבט לעתיד
135	

מבוא

הטיפול המשפטי בהטרדות מיניות זוכה בשנים האחרונות לדיון משמעותי, לא מעט בזכות תנועת #MeToo, שפרצה לתודעה הציבורית בשנת 2017.¹ במישור הפורמלי, החוק בישראל ובמדינות נוספות אוסר זה כמה עשורים על התנהגות המהווה הטרדה מינית. כוננו הסדרים משפטיים החושפים את הפוגעים² להטלת סנקציות, ומאפשרים הענקת סעד לנפגעים. בד בבד, תנועת #MeToo הובילה לדיון במגרעותיה של מערכת המשפט במישור אכיפת החוק.³ כך, הודגשו קשיים בהגשת תלונות בידי הנפגעים, פגמים בטיפול בתלונות בידי רשויות אכיפת החוק וכשלים נוספים בניהולו של ההליך המשפטי.⁴ מבלי להמעיט בחשיבותו של העיסוק הפרגמטי באופני הגשת תלונות וייעול הליכי האכיפה, מאמר זה מבקש לחשוב מחדש על עצם מהותה של הטרדה מינית כעוולה או כעבירה, ועל הפסול (wrongfulness) הטמון בה.⁵ אציע תאוריה משפטית

- 1 להרחבה, ראו "Me Too" ויקיפדיה https://he.wikipedia.org/wiki/Me_Too.
- 2 השימוש בלשון זכר כאן ובהמשך הטקסט נועד לפשוט בלבד, שכן אף נשים עשויות להיות מטרידות ופוגעות מיניות. כאן ובכל מקום בהמשך שבו יש שימוש בלשון זכר הכוונה היא גם לנקבה.
- 3 כך למשל, מסמך משותף שניסחו מומחים לדיני האפליה בעבודה בארצות הברית בעקבות תנועת #MeToo כולל הצעות לרפורמות דרושות בטיפול הנוכחי בהטרדות מיניות: Vicki Schultz, *Open Statement on Sexual Harassment*, 71 STAN. L. REV. ONLINE 17 (2018).
- 4 שרון רבין-מרגליות מצביעה על כישלוננו של הפלורליזם בערוצי הטיפול בהטרדה מינית (טיפול פלילי, אזרחי ומשמעתי). ראו שרון רבין-מרגליות "הטרדה מינית בעבודה: מעבירה פלילית לטיפול פנים-ארגוני" **ספר סטיב אדלר** 429 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים 2016). הלה נויבך טוענת, כי "מניסיונו בטיפול בנפגעות הטרדה מינית בעבודה, אשר מהוות כשליש מהפונות אל מרכזי הסיוע שנפגעו בבגרותן, למדנו כי בין לשון החוק הליברלית והמתקדמת לבין הפרקטיקה והמציאות הנתונה בשוק התעסוקה, קיים לעיתים קרובות פער גדול". ראו הלה נויבך "רווח עסקי נקי: בעקבות הקוד הוולונטרי למניעת הטרדה מינית במקומות עבודה" 59 **מציאות מטרידה: 20 שנה לחוק למניעת הטרדה מינית** (איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית 2018). סוגיה נוספת הנחקרת בעת האחרונה היא בחירתן של מתלוננות רבות שלא לפנות לערוצים הרשמיים של בירור משפטי אלא להשתמש ברשתות החברתיות כאמצעי למתן עדות ולביוש הפוגע. ראו הדר דנציג-רוזנברג וענת פלג "#גם אני משפיעה על המשפט? נקודת המבט של נפגעות עבירות מין בשאלת השפעת התקשורת הממוסדת והרשתות החברתיות על המשפט" **משפטים על אתר** יד 60 (2020).
- 5 כך למשל כתב דניאל מגן, כי "Instead of viewing #MeToo only as an effort to make the prohibition of sexual assault and harassment more effectual we should also understand it as an attempt to articulate the moral wrong of sexual degradation" Daniel Maggen, *When You're a Star: The Unnamed Wrong of Sexual Degradation*, 109 GEO. L.J. 581 (2021). בישראל הוקדש כרך של כתב העת "משפטים על אתר" לדיון בתנועת #MeToo, אולם רוב המאמרים שפורסמו במסגרתו אינם עוסקים בדין המהותי, אלא ביחסים שבין המשפט לרשתות

חדשה לפלח מרכזי⁶ של מקרי הטרדה מינית המתרחשים במסגרת של יחסי סמכות,⁷ ואטען כי הרציונל המרכזי לאיסור על הטרדה בידי דמויות סמכות הוא הגנה על סוג מובחן של חירות, המכונה בתאוריה הפוליטית הנאו-רפובליקנית "חופש משליטה".⁸ הגם שנכון לעתה רוב ההטרדות המיניות מתבצעות בידי גברים כלפי נשים,⁹ ההמשגה המוצעת אינה מתמקדת ביחסי הכוח שבין המינים¹⁰ או בערך של שוויון מגדרי, אלא במניעת עריצות של בני אדם כלפי בני אדם אחרים שמקורה בעמדת כוח ארגונית. מעבר לתרומה התאורטית-עיונית, להמשגה חדשה זו יש השלכות חשובות לדין ולפסיקה המתפתחת בתחום זה בישראל.

המונח "הטרדה מינית" נטבע בארצות הברית בסוף שנות השבעים כחלק מרגולציה משפטית חלוצית. דיני הטרדה המינית התיימרו להגדיר לראשונה תופעה חברתית

החברתיות ובאתגרים שתנועת #MeToo מציבה למחשבה ולאקטיביוס הפמיניסטיים. ראו **משפטים על אתר** יד (2020).

6 דוח של הוועדה לקידום מעמד האישה שהתפרסם בשנת 2019 קובע, כי כ-44% ממי שהוטרדו בעבודה הוטרדו בידי אדם בעל מעמד בכיר יותר. ראו הרשות לקידום מעמד האישה **המלצות הוועדה לגיבוש תכנית לאומית למאבק בתופעת ההטרדות המיניות בחברה הישראלית** 7 (2019). בפרק המסקנות של סקר משנת 2012 שערך משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה נאמר, כי "ברמת הפרט, נשים שהוטרדו מינית במקום העבודה מצויות פעמים רבות במלכוד. במקרים שהן זקוקות לעבודה מבחינה כלכלית או שהן נהנות ואוהבות את העבודה, הן חוששות להתעמת עם המטריד, בעיקר מאחר ובמרבית המקרים מדובר בממונה הישיר או באדם בעל עמדה בכירה" (ההדגשה הוספה). ראו משרד התמ"ת **הטרדה מינית בעבודה: ממצאים מסקרים באמצעות טלפון ואינטרנט** (משרד התמ"ת – מינהל מחקר וכלכלה 2012).

7 המאמר עוסק בעיקר ביחסי מרות בעבודה, אולם הניתוח המופיע כאן יפה גם ליחסי מרות במוסדות חינוך, בצבא ואף ליחסים בין עובדי ציבור לאזרחים (לרבות, למשל, יחסים בין סוהרים לאסירים). המשותף ליחסים אלה הוא שהם כוללים יחסי סמכות פורמליים. יחסי סמכות שאינם פורמליים, כמו היחסים שבין רופאים או מטפלים למטופלים ובין דמויות סמכות דתיות או רוחניות לבין מאמינים, מצויים מחוץ לגדר הדיון במאמר זה. מבחינת המינוח, אשתמש לאורך המאמר במונח "יחסי סמכות" או "יחסי מרות", כמונחים נרדפים המתארים יחסי סמכות פורמליים כאמור לעיל.

8 המאמר יסתמך בעיקר על כתיבתם של שני הוגים בתחום זה: פיליפ פטיט (Philip Pettit), ואיאן שפירו (Ian Shapiro). ראו להלן פרק ב. בעשורים האחרונים ישנה עבודה ניכרת של חוקרי משפט הנשענת על תאוריה פוליטית נאו-רפובליקנית בעיקר בשני תחומים – משפט פלילי ודיני עבודה. למיטב ידיעתי, עד כה לא פותחה תאוריה של דיני הטרדה מינית בהתבסס על הגות זו.

9 על פי סקרי ביטחון אישי של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בשנים 2014-2018, רוב הנפגעים מהטרדה מינית הם נשים (80%-90%). נתונים אלה מבוססים על דיווח עצמי, להבדיל מנתונים מגופי התביעה. הם מופיעים בדוח מבקר המדינה לשנת 2020, שחלקו הוקדש לבחינת יישום החוק למניעת הטרדה מינית. ראו מבקר המדינה **יישום החוק למניעת הטרדה מינית: דוח שנתי 70 ב 111**, 122 (2020).

10 כך למשל, הטרדה או ניצול מיני יכולים להתבצע בידי אישה כלפי אישה או כלפי גבר. לדוגמה מהעת האחרונה, ראו גלעד מורג "תלות רגשית ונפשית: מורה מבני ברק מואשמת בביצוע שורה של עבירות מין בתלמידתה" **Ynet** (26.1.2024) <https://www.ynet.co.il/news/article/sjgt6bw9a>.

פסולה שלא טופלה עד אז, ולהציע דרכי התמודדות משפטיות עימה. התפיסה השלטת בארצות הברית, מולדתו של הטיפול המשפטי בהטרדות מיניות, היא כי הטרדה מינית היא פרקטיקה של דיכוי ושל הדרת נשים. תפיסה זו קודמה בידי המשפטנית הפמיניסטית-רדיקלית Catharine MacKinnon, שראתה במיניות מנגנון מרכזי של הכפפת נשים לגברים.¹¹ לפיכך הטרדות מיניות מטופלות במשפט האמריקני באמצעות דיני איסור האפליה, החלים בעיקר במקומות עבודה ובמוסדות חינוך, ומהווים חלק מהדין האזרחי.¹² מארצות הברית היגר המונח "הטרדה מינית" למקומות רבים בעולם, והמשמעויות שהוענקו לו במקומות שונים אינן זהות.¹³ בדין הישראלי דומה היה תחילה כי ההמשגה המשפטית של הטרדה מינית צועדת בעקבותיה של הגישה האמריקנית, בדמות הוראה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, שאסרה על סוגים מסוימים של הטרדות כחלק מהטיפול המשפטי באפליה בעבודה.¹⁴ ואולם בשנת 1998 נחקק בישראל חוק ייעודי המוקדש כולו לטיפול בהטרדות מיניות.¹⁵ החוק קודם בידי המשפטנית אורית קמיר ולווה בתשתית רעיונית מגובשת, שביקשה לצעוד בנתיב שונה מהדין האמריקני ותפסת האפליה המושרשת בו.¹⁶ קמיר קידמה את

- 11 התפיסה מתוארת בהרחבה בספרה החלוצי של קת'רין מקינאן אשר פורסם בשנת 1976 ועוסק בהטרדה מינית בעבודה. ראו CATHARINE A. MACKINNON, SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN (1976). לתיאור תמציתי של עיקרי תפיסתה של מקינאן, ראו Elizabeth Anderson, *Recent Thinking About Sexual Harassment: A Review Essay*, 34 PHIL. & PUB. AFF. 284-86 (2006) (להלן: Anderson, *Recent Thinking*).
- 12 בארצות הברית הטרדה מינית בעבודה אסורה כצורה של אפליה על בסיס מין, על פי פרק 7 לחוק זכויות האזרח – Civil Rights Act of 1964, שהוא חוק פדרלי. חוק זה אינו כולל הגדרה סטטוטורית להטרדה מינית, אולם על פי ההלכה המנחה מוכרים שני סוגים של הטרדות מיניות – הטרדה מסוג "זה תמורת זה" והטרדה מסוג "סביבה עוינת". ראו בהתאמה: Title VII of the Civil Rights Act of 1964; RAYMOND F. GREGORY, UNWELCOME AND UNLAWFUL: SEXUAL HARASSMENT IN THE AMERICAN WORKPLACE 8-23 (2004).
- 13 לדיון במשמעויות השונות של הטרדה מינית בארצות הברית ובצרפת, ראו ABIGAIL C. SAGUY, WHAT IS SEXUAL HARASSMENT? FROM CAPITOL HILL TO THE SORBONNE (2003); כן ראו STUART P. GREEN, CRIMINALIZING SEX: A UNIFIED LIBERAL THEORY 182-3 (2020).
- 14 ס' 7 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, קבע כי: "לא יפגע מעביד בעובד או בדורש עבודה בעניינים המנויים בסעיף 2 מחמת סירובו של העובד או של דורש העבודה להיענות להצעה או בשל התנגדותו למעשה שהם בעלי אופי מיני ושנעשו בידי המעביד או בידי מי שממונה במשרתו או בעקיפין על העובד ולגבי דורש העבודה – מי שפועל מטעם המעביד לעניין קבלתו לעבודה". במונחים המוכרים לנו היום בחוק למניעת הטרדה מינית, סעיף זה בחוק שוויון ההזדמנויות אסר למעשה רק על התנכלות – שהיא פגיעה בעקבות הטרדה מינית (למשל, פגיעה בתנאי העבודה), להבדיל מההטרדה עצמה.
- 15 חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.
- 16 ראו אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" **משפטים** כט 317, 346-358 (1998) (להלן: קמיר "איזו מין הטרדה"). לביקורת פמיניסטית על תפיסתה של קמיר, ראו נויה רימלט "על משפט, פמיניזם, ושינוי חברתי: החוק למניעת הטרדה

התפיסה כי הטרדה מינית היא בראש ובראשונה פגיעה בכבוד האדם, מחולליה יכולים להיות גברים וגם נשים, ויש לאסור עליה בכל מקום – לא רק במקומות עבודה ובמוסדות חינוך, אלא גם ברחוב ובקולנוע.¹⁷ כך, החוק קובע כי הטרדה מינית מהווה עוולה אזרחית¹⁸ וגם עבירה פלילית, שהעונש עליה הוא שנתיים מאסר.¹⁹ הרצאתה של הרגולציה על הטרדה מינית מן המגרש של דיני איסור האפליה, וההנחה כי במעשה ההטרדה טמונה פגיעה החורגת מהמישור המטריאלי של תנאי עבודה ושכר,²⁰ יצרו בדין הישראלי זיקה בין הטרדה מינית לעוולות מיניות אחרות.²¹ הטרדה מינית נתפסת כיום בעיני רבים כצורה של פגיעה מינית,²² הגם שבשונה מעבירות מין חמורות דוגמת אונס, האיסור על הטרדה משתרע למעשים מיניים שנחשבו בעבר ל"קלים", כמו נגיעות והטרדות מיניות מילוליות. בכך כביכול טמונה חדשנותו. אלא שבמקומות רבים בעולם, לרבות ארצות הברית וישראל, מתקיים דיון מתמשך בשאלה מהי בעצם הטרדה מינית וכיצד יש להבין את הפסול הטמון בה.²³

מינית כמקרה לדוגמה "עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 985, 1002-1011 (דפנה ברק ארו ואח' עורכות 2007).

17 ראו במבוא להצעת חוק למניעת הטרדה מינית, שלפיו החוק נועד "להוקיע את ההטרדה המינית בכל הקשר שהוא ולגבי כל אדם" (הצעת חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ז-1997, ה"ח 2641). ראו גם קמיר "איזו מין הטרדה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 358: "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".

18 ס' 6 לחוק למניעת הטרדה מינית.

19 שם, בס' 5.

20 ס' 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית קובע, כי תביעה אזרחית מאפשרת מתן פיצוי ללא הוכחת נזק, עד סכום של 120,000 שקלים חדשים.

21 גישה כזו נהוגה כיום אף בדין הגרמני, האוסר החל משנת 2016 על נגיעות מיניות שאינן חודרניות כעבירות של הטרדה מינית. ראו Tatjana Hornle, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, 18 GER. L.J. 1310 (2017).

22 כך למשל, הערך העברי של הטרדה מינית בוויקיפדיה קובע, כי "הטרדה מינית היא התנהגות של כפייה בהקשר מיני". ראו "הטרדה מינית" ויקיפדיה https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%98%D7%A8%D7%93%D7%94_%D7%9E%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%AA.

23 כך למשל הציעה ויקי שולץ, כי הפסול בהטרדה מינית אינו מצוי במיניות או ביחס מיני, אלא יש להבינה כצורה של הדרה ושל אכיפת סטראוטיפים מגדריים שאינה חייבת לכלול תוכן מיני, והיא יכולה לכלול מסרים הממעיטים בערכן של נשים או של תפקידן במקום העבודה (כגון הערות שלפיהן "תפקידך כאן הוא להכין קפה"). Vicky Schultz, *Reconceptualizing Sexual Harassment*, 107 YALE L.J. 1683, 1687 (1998). כמו כן הוצע במחקר המשפטי האמריקני להבין הטרדה מינית כפגיעה בכבוד האדם. לסקירה של גישה זו ושל גישות נוספות להטרדה מינית במחשבה המשפטית האמריקנית, ראו Anderson, *Recent Thinking*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 297-292. כן ראו את האסופה DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW (Catharine MacKinnon & Reva Siegel, eds., Yale Univ. Press 2004).

במאמר שפורסם בעקבות פעילותה של תנועת #MeToo טוענת Vicky Schultz, אחת החוקרות האמריקניות הבולטות בתחום ההטרדה המינית, כי ראוי להקדיש תשומת לב מחקרית רבה יותר מזו שהוקדשה בעבר להטרדה מינית ביחסי מרות, להבדיל מהטרדה בין עמיתים שווי מעמד.²⁴ פרשות רבות שנחשפו במסגרת תנועת #MeToo עסקו בפגיעות מצד בני אדם המוצבים בעמדות כוח;²⁵ סיפור מרכזי בזירה האמריקנית עוסק בתלונות של נפגעי הטרדה כלפי הארווי ויינסטין, בכיר בתעשיית הבידור שנהג להטריד ולהתעמר בזוטרים לו.²⁶ סיפור דומה בזירה הישראלית עוסק באלכס גלעדי, בכיר בתעשיית הטלוויזיה המקומית שעל פי הנטען ניצל את מעמדו על מנת להטריד עיתונאיות.²⁷ הטרדות מיניות ביחסי סמכות נפוצות כמובן במקומות עבודה רבים וזוהרים פחות מתעשיית הבידור,²⁸ ואף בצבא²⁹ ובמוסדות להשכלה גבוהה.³⁰ בנתחה את פרשת הארווי ויינסטין גורסת Schultz, כי תופעת ההטרדות המיניות אינה קשורה רק לדומיננטיות של תרבות גברית במקומות עבודה, אלא אף להיררכיה הארגונית, המעניקה לעובדים כוח וסמכות לעומת עובדים אחרים.³¹ ואולם עד כה לא פותחה

24 "My earlier work emphasized the importance of sex segregation to harassment, focusing primarily on peer harassment. But in considering the many reports from the #MeToo movement that involve harassment by highly positioned men, and in analyzing the question of organizational power, I have come to appreciate the importance of the second factor as well" Vicky Schultz, *Reconceptualizing Sexual Harassment, Again*, 128 YALE L.J. FORUM 22, 48 (2018).

25 ראו למשל ערך הוויקיפדיה על תנועת #MeToo (באנגלית), המגדיר אותה כתנועה העוסקת בתלונות ובהאשמות כלפי אנשים רבי-עוצמה ובכירים: "The Me Too (or #MeToo) movement, with variations of related local or international names, is a social movement against sexual abuse and sexual harassment where people publicize allegations of sex crimes committed by powerful and/or prominent men" (ההדגשות הוספו). Wikipedia, *MeTOO MOVEMENT*, https://en.wikipedia.org/wiki/MeToo_movement.

26 לתיאור מקיף של ההאשמות נגד ויינסטין, ראו Schultz, לעיל ה"ש 24, בעמ' 34-48.

27 יונתן כיתאין "בעקבות העדויות: נשיא קשת אלכס גלעדי מפנה את תפקידו" **גלובס** (8.11.2017). <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001210877>.

28 ראו למשל ע"ע (ארצי) 178-06 **פלוגית – אלמוני** (נבו 4.11.2010) (להלן: עניין ע"ע (ארצי) 178-06), שיידון בהמשך המאמר, ועוסק בהטרדה אחות בבית חולים בידי הממונה עליה.

29 ראו למשל בג"ץ 1284/99 **פלוגית נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נגד (2) 62 (1999) (להלן: עניין גלילי).

30 כך למשל פסק הדין בעניין **בן אשר**, שהוא פסק דין מנחה בתחום ההטרדות המיניות בישראל, עוסק בהטרדה מינית של סטודנטית בידי מרצה בסמינר הקיבוצים. ראו עש"ם 6713/96 **מדינת ישראל נ' בן אשר**, פ"ד נב (1) 650 (1998). הנושא ממשיך כמובן להעסיק את החברה בישראל אף כיום, ראו למשל שירה קדרי-עובדיה "מחקר: להטרדות מיניות באקדמיה יש דפוסים קבועים הנובעים ממערך הכוחות" **הארץ** (13.2.2022) <https://www.nevo.co.il/shorturl/BCA0AF37-E54>.

31 יש סיבה טובה לחשוב, שבמצב הנוכחי של אי-שוויון מגדרי בתעסוקה שני הפרמטרים של גבריות ושל בכירות ארגונית מתלכדים, שכן שיעור הגברים בעמדות ארגוניות בכירות גבוה משמעותית משיעורן של נשים. לנתונים בעניין זה בישראל, ראו הגר צמרת ואח' **מדד המגדר: אי-שוויון מגדרי**

תאוריה משפטית שעסקה באופן מובחן בהטרדות מיניות ביחסי מרות. הן בדין האמריקני³² והן בדין הישראלי³³ – השאלה אם ההטרדה בוצעה ביחסי מרות נתפסת כעניין נסיבתי, שעשוי להשליך על הוכחת קיומה או היעדרה של הטרדה אך אינו משנה את מהותה. הניתוח שלהלן מקצה ליחסי סמכות מקום משמעותי בתאוריה המשפטית של הטרדות מיניות – לא רק כעניין של ניתוח סוציולוגי בדבר הפרמטרים התורמים לעלייה בשכיחותן של הטרדות מיניות,³⁴ אלא בהבנת הפסול הטמון בהטרדה מינית ביחסי סמכות וההצדקה לאיסורה בחוק.

הטיעון שיפותח להלן ייעזר במתודולוגיה המשלבת עיון בתאוריה פוליטית נאו-רפובליקנית עם בחינת חומרים משפטיים ישראליים. מתודולוגיה זו תאפשר לפתח טיעון תאורטי-פרשני³⁵ בדבר ייחודה של הטרדה מינית ביחסי סמכות ובדבר הערך המוגן בבסיס האיסור המשפטי עליה. אטען, כי הכרה בתפיסת הצדק המובחנת המונחת בבסיס האיסור על הטרדה מינית ביחסי סמכות מספקת הסבר – גם אם לא-מפורש – להכרעות חשובות שננקטו בניסוח החוק וללבטי הפסיקה בפרשנות החקיקה הרלוונטית.³⁶

בפרט, הניתוח המוצע יסייע לפתור שתי בעיות שהתגלעו בדין הישראלי – בנוגע לפרשנותן ולהיקף פריסתן של עוולות ושל עבירות של הטרדה מינית ביחסי סמכות. כאמור, תפיסתו המוצהרת של החוק למניעת הטרדה מינית היא כי הטרדה מינית ביחסי סמכות – כמו הטרדה מינית שאינה היררכית – מהווה פגיעה בכבוד האדם. ואולם בשנים האחרונות התגלעה מחלוקת בין בתי הדין לעבודה לבין בתי המשפט האזרחיים

ישראל 2023 8-15 (מכון ון-ליר 2023). הנקודה החשובה לצורך הטיעון כאן היא, שהגם שרוב המטרידים ביחסי מרות הם גברים ורוב המוטדרות הן נשים, הפסול המוסרי-משפטי בהטרדה זו אינו נוגע לדיכוי מגדרי כשלעצמו אלא לשליטה ארגונית.

32 ההגדרות של הטרדה מסוג "זה תמורת זה" ומסוג "סביבה עוינת", המוכרות בדין האמריקני, אינן מבחינות במפורש בין הטרדה היררכית להטרדה בין עובדים שווי מעמד, אם כי לרוב הטרדה מסוג "זה תמורת זה" תתבצע בידי בכיר כלפי כפוף. ראו Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57 (1986).

33 ראו להלן בפרק א.

34 הרשות לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 6. לדוגמה של מחקר שכיחות מחוץ לישראל, ראו Melanie S. Harned et al., *Sexual Assault and Other Types of Sexual Harassment by Workplace Personnel: A Comparison of Antecedents and Consequences*, 7 J. OCCUPATIONAL HEALTH PSYCH. 174 (2002).

35 הטיעון התאורטי במאמר זה הוא פרשני במובן זה שהוא מציע תאוריה נורמטיבית המסבירה את הפרקטיקה המשפטית הקיימת, להבדיל מטיעון נורמטיבי בדבר דין רצוי, המפותח במנותק מהדין המצוי. בהמשך המאמר אציע תיקונים לדין הקיים על בסיס התאוריה המוצעת, ואולם מדובר בתיקונים שנועדו לקרב את מה שכבר קיים בדין הישראלי לאידיאל הנורמטיבי.

36 אינני נוקטת עמדה במאמר זה באשר להטרדה מינית שאינה היררכית, ואם אכן ראוי לשייך אותה לקטגוריה הכללית של כפייה מינית או שראוי להשתיתה על בסיס קונספטואלי מובחן מכפייה. השיח והמחקר בעניין זה ימשיכו מן הסתם להתפתח, אולם המאמר הנוכחי עוסק בהטרדה ביחסי סמכות בלבד.

(דהיינו בית משפט שלום ובית משפט מחוזי), הנוגעת להיקף פריסתו של המונח "הטרדה מינית" בתיקים אזרחיים המערבים יחסי מרות בעבודה. סלע המחלוקת בין הערכאות נוגע לשאלה, אם מגע מיני מלא³⁷ במערכת יחסים היררכית נכנס בגדר הטרדה מינית; בעוד שבתי הדין לעבודה סבורים שיש לענות על כך בחיוב, בתי המשפט האזרחיים שוללים זאת מכול וכול. אף שהמחלוקת עשויה להיתפס כהתנצחות בין ערכאות שיפוט המצומצמת לסוגיה של סמכות הדין, אטען כי היא משקפת שתי הבנות שונות של הפסול הטמון בהטרדה מינית ביחסי סמכות. פסיקתם של בתי הדין לעבודה מבטאת עמדה ערכית מתחרה לתפיסת הכבוד, שיש לה אף שורשים בדיני ההטרדה המינית שקדמו לחוק למניעת הטרדה מינית בישראל. אלא שנכון לעתה השיח המשפטי בישראל נעדר את המושגים לניסוחה של עמדה זו. המאמר יציע מסגרת תאורטית חדשה להבנת הפסול הטמון בהטרדה מינית ביחסי סמכות, באופן שמבאר את עמדתם של בתי הדין לעבודה ואף מספק לה הצדקה.³⁸ בד בבד, אצביע על הזיקה שבין מחלוקת הסמכויות בדין האזרחי לבין פולמוס נוסף, המתקיים בדין הפלילי בנוגע לעבירה של בעילה אסורה ביחסי מרות בעבודה.³⁹ אראה כי בדומה לדין האזרחי בהטרדות מיניות, הדין הפלילי נעדר כלים תאורטיים להמשגת עבירה זו, והשיח המשפטי בישראל נע בין ביקורת על עצם קיומה, ובין קריאות לבטלה כעבירה עצמאית והטמעתה במסגרת עבירת האונס.

עיון בתאוריה פוליטית נאו־רפובליקנית שופך אור חדש על שתי הבעיות המתוארות בדין הישראלי. ברמה התאורטית חקירה זו מאפשרת הבנה מחודשת של העוול הטמון בהטרדה ביחסי סמכות ככזה שאינו נוגע בעיקרו ליחס מיני כפוי, ואף לא לפגיעה בכבוד האדם, אלא לשליטה פסולה.⁴⁰ אטען כי כשם שהתאוריה הנאו־רפובליקנית ביקשה לנסח תפיסת חופש אלטרנטיבית לתפיסת החירות הליברלית, כך האיסור על הטרדה ביחסי סמכות מבטא תפיסת עוול מובחנת מתפיסת הכפייה המינית שהפכה דומיננטית בשיח על עבירות מין והמתבססת על אדנים ליברליים. ברמה הדוקטרינרית

37 להלן ולאורך המאמר כולו אשתמש בביטוי "מגע מיני מלא" כדי לציין מגע מיני חודרני – "בעילה" ו"מעשה סדום" בלשון משפטית.

38 לצד ההצדקה העקרונית, המסקנות האופרטיביות שיוצגו בהמשך אינן מקבלות באופן מלא את עמדת בית הדין לעבודה. ראו להלן בפרק 2.ג.

39 ס' 346(ב) לחוק העונשין, התשל"ז–1977, קובע כי "הבועל אשה שמלאו לה שמונה עשרה שנים תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות או עקב הבטחת שווא לנישואין תוך התחזות כפנוי למרות היותו נשוי, דינו – מאסר שלוש שנים". החוק קובע עבירה מקבילה, עם ענישה זהה, למעשה מיני שהוא "מעשה סדום" (חדירה אנלית וכן חדירה אורלית של איבר מין לפה) בס' 347(1א). הטיעונים שיופיעו בהמשך המאמר יפים לשתי העבירות, אם כי אשתמש במונח "בעילה" מכיוון שרוב השיח המשפטי עוסק בעבירה זו.

40 אינני שוללת תאוריות המבוססות על כבוד, על שוויון או על אוטונומיה כתאוריות אפשריות המצדיקות איסורי הטרדה באופן כללי. אלא שאני טוענת שהטרדה ביחסי סמכות היא קטגוריה מובחנת, וכי התאוריה המפותחת כאן, המבוססת על הערך של חופש משליטה, היא המשכנעת ביותר עבור קטגוריה זו.

מהלך זה יסייע לשרטט את קו הגבול בין הטרדה ביחסי סמכות לבין עוולות מיניות אחרות המכוונות למנוע כפייה מינית.⁴¹ בכך הוא ישליך הן על הגדרתה של הטרדה מינית בחוק למניעת הטרדה מינית, הן על הערכאה המוסמכת לדון בתביעות אזרחיות על הטרדה מינית ביחסי מרות והן על האיסור הפלילי של בעילה אסורה ביחסי מרות בעבודה. המסקנה העיקרית בהקשר זה תהיה, כי הפללת בעילה תוך ניצול יחסי מרות בעבודה היא מוצדקת, אולם יש להבחין באופן ברור בינה לבין אונס; מקומה הראוי אינו בפרק עבירות המין של חוק העונשין, אלא בחוק למניעת הטרדה מינית כחלק מאיסור כולל על הטרדה מינית ביחסי סמכות.

המאמר ממשיך כדלקמן. הפרק הראשון יציג את המחלוקת שהתגלעה בשנים האחרונות בין בתי הדין לעבודה לבין בתי המשפט האזרחיים באשר לפרשנותו של החוק למניעת הטרדה מינית. פרק זה יציג אף את הפולמוס שמתקיים בדין הפלילי בנוגע לעבירה של בעילה אסורה ביחסי מרות בעבודה. רקע דוקטרינרי זה יהיה מצע לדיון התאורטי-פרשני שיערך בהמשך המאמר. הפרק השני יפתח תאוריה משפטית חדשה עבור מקרים של הטרדה מינית ביחסי סמכות תוך עיון בתאוריה נאו-רפובליקנית, המעמידה במרכזה את הערך של חופש משליטה. להשלמת הטיעון יתייחס פרק זה אף לתאוריה סוציולוגית של סמכות מבית מדרשו של Max Weber, ויבאר את הקשר שבין סמכות – ש-Weber מכנה אותה "שליטה לגיטימית" – לבין ניצול לרעה של מרות ושליטה פסולה. הפרק השלישי ידון בהשלכות הדוקטרינריות של העיון התאורטי לדיני הטרדה מינית בישראל. אציע שני שינויים מרכזיים בחקיקה הקיימת, הנגזרים מהמהלך התאורטי. הצעה אחת עניינה העברת האיסור על בעילה תוך ניצול מרות בעבודה מחוק העונשין לחוק למניעת הטרדה מינית. ההצעה האחרת עניינה הרחבת האיסור על "סחיטה מינית" בחוק למניעת הטרדה מינית, כך שיכלול גם הבטחה להטבה בתנאי העבודה תמורת היענות ליוזמה מינית, ולא רק איום בהרעת תנאי העבודה. פרק זה אף יערוך דיון ביקורתי בהרחבת הקטגוריה של יחסי מרות ל"יחסי השפעה", שהוחלה לאחרונה בפסק דין תקדימי של בית הדין לעבודה. אטען כי פסיקה זו, הממקמת על ספקטרום אחד יחסי סמכות, יחסי השפעה ויחסים סימטריים של כוח, מטשטשת הבחנות חשובות שראוי לשמרן – בין שליטה לבין שליטה פסולה, ובין שליטה לכפייה. לבסוף, סיכום המאמר גם יצביע על כיווני מחקר עתידיים.

41 המונח כפייה, כפי שאני משתמשת בו במאמר זה, זהה למונח הליברלי של פגיעה בחירות שלילית או פגיעה בחופש מהתערבות. ראו להלן את הטקסט שליד ה"ש 141-142. חשוב לציין, כי מובן זה של המונח "כפייה מינית" רחב יותר מהאופן שבו משתמשים בו לעיתים בהקשר המיני כדי לציין קטגוריה ספציפית של מין תוך סחיטה באיומים. האופן שבו אני משתמשת במונח כפייה כולל אפוא את כל צורות הפגיעה בחירות שלילית בהקשר המיני, ובהן שימוש בכפייה פיזית, במרמה ובאיומים.

א. הטרדה מינית במסגרת יחסי סמכות – שתי בעיות בדין הקיים

1. מחלוקת הסמכויות בין בתי הדין לעבודה לבתי המשפט האזרחיים

מאמר זה מבקש לבחון מחדש את מהותה של הטרדה מינית ביחסי מרות כעול משפטי. לכאורה, בישראל של שנת 2024 שאלה זו היא מיותרת. זה כעשרים וחמש שנה קיים חוק ישראלי ייעודי להתמודדות עם הטרדות מיניות, המצהיר במפורש על מטרתו – "להגן על כבודו של אדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים".⁴² החוק לווה – ועדיין מלווה – בכתיבה אקדמית ופובליציסטית של הוגת החוק אורית קמיר,⁴³ שניסחה באופן שיטתי את התפיסה שלפיה הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד ובחופש הבחירה של בני אדם.⁴⁴ את הבסיס הרעיוני לתפיסה כי הטרדה מינית היא פגיעה בכבוד האדם שטחה קמיר בכתיבתה האקדמית, המשלבת ניתוח פמיניסטי עם תפיסה של ליברליזם הומני – שילוב שהיא מכנה "פמיניזם הכבוד".⁴⁵ בניגוד לפמיניזם הרדיקלי, הרואה בהטרדה תופעה חברתית שמחוללה משתייכים לקבוצה שלטת (גברים) וקורבנותיה שייכים לקבוצה מוחלשת (נשים), קמיר גורסת כי הטרדה מינית מהווה פגיעה בכבוד הסגולי של האדם, שהוא ערך ליברלי-הומני, הרואה לנגד עיניו פרט שאינו משתייך בהכרח לקבוצה חברתית כזו או אחרת. ההגנה על ערך זה היא שמצדיקה לדידה של קמיר את האיסור המשפטי על הטרדות מיניות.

ואולם בדין הישראלי מתקיים בשנים האחרונות פולמוס בין בתי הדין לעבודה לבין בתי המשפט האזרחיים לעניין פרשנותו של המונח "הטרדה מינית". מחלוקת זו היא נקודת ציון חשובה בדיון על מהותה של הטרדה, שכן היא עוסקת במקרים שאינם נופלים פורמלית תחת הגדרות החוק, ובכל זאת תפיסתם של בתי הדין לעבודה היא כי מקרים אלה מהווים הטרדה מינית. השתלשלותה של המחלוקת בשורה של פסקי דין – של בית הדין לעבודה מזה ושל בית המשפט העליון מזה – נסקרה בהרחבה באחד ממאמריה של קמיר.⁴⁶ מטרת הניתוח שלהלן הוא לעמוד על מאפייניה כמחלוקת

42 ס' 1 לחוק למניעת הטרדה מינית.

43 מלבד מאמרה המרכזי בעניין זה, הנזכר לעיל בה"ש 16, פרסמה קמיר רשימות ומאמרים רבים העוסקים בהטרדות מיניות. לשני מקורות נוספים, ראו אורית קמיר **זה מטריד אותי: לחיות עם החוק למניעת הטרדה מינית** (הקיבוץ המאוחד 2009); אורית קמיר ואח' **"החוק למניעת הטרדה מינית במערכות המשפט והמשמעת: נתונים מן העשור הראשון"** **"המשפט" ברשת: זכויות אדם ב** 13 (2014).

44 קמיר לא הבליטה את ערך האוטונומיה או הבחירה החופשית, אך כפי שעולה מניתוחיה ערך זה הוא לדידה חלק מההגנה על כבוד האדם. כך היא כותבת, כי "הטרדה מינית פוגעת בכבודו של אדם על-ידי התעלמות מרצונו ועל-ידי שלילת זכותו לאוטונומיה מלאה ולשליטה בלעדית בגופו ובמיניותו" (קמיר "איזו מין הטרדה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 375).

45 אורית קמיר **כבוד אדם וחווה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי** (2007).

46 אורית קמיר "סקס בעבודה, ישראל 2018: מאבק סמכויות, אוטונומיה מינית, פוריטניות, רגולציה, והפרת אמונים" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם: מבזקי הארות פסיקה** 80, 4 (2018) (להלן: קמיר "סקס בעבודה").

מהותית לעניין משמעותה של הטרדה מינית ביחסי סמכות, וכן ולבאר את הגיונה של עמדת בתי הדין לעבודה, שבוקרה בכתיבתה של קמיר כשגויה וכלא-מבוססת.⁴⁷

הוויכוח המהותי מתגלע בפולמוס זה אגב דיון פרוצדורלי, הנוגע לסמכות הדיון בתביעות אזרחיות בגין הטרדה מינית. גדר המחלוקת נוגעת לסמכותם של בתי הדין לדון בתביעות אזרחיות במקרים המערבים מגע מיני מלא ביחסי מרות בעבודה, להבדיל ממקרים המערבים הטרדה מילולית או מגע מיני בלתי-חודרני ("מעשים מגונים"). החוק למניעת הטרדה מינית מונה רשימה סגורה של התנהגויות המהוות הטרדה מינית: סחיטה באיומים "כאשר המעשה שהאדם נדרש לעשותו הוא בעל אופי מיני";⁴⁸ מעשים מגונים, המהווים מגע מיני בלתי-חודרני "לשם גירוי, סיפוק, או ביזוי מיניים";⁴⁹ הטרדות מילוליות שהן הצעות חוזרות בעלות אופי מיני⁵⁰ או התייחסויות חוזרות המופנות לאדם המתמקדות במיניותו;⁵¹ התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם בנוגע למינו או למיניותו;⁵² וכן פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם המתמקד במיניותו.⁵³ החוק קובע, כי התנהגויות העונות להגדרת החוק יהיו הן עבירה פלילית והן עוולה אזרחית של הטרדה מינית.⁵⁴ ואולם בעוד שבמישור הפלילי סמכות הדיון בעבירות של הטרדה מינית נתונה כולה למערכת בתי המשפט "הרגילה", במישור האזרחי החוק למניעת הטרדה מינית מעניק סמכות ייחודית לבתי הדין לעבודה לדון בתביעות הטרדה שעילתן ביחסי עבודה בין הצדדים;⁵⁵ תביעות אזרחיות בגין הטרדה שאינן נוגעות ליחסי העבודה מצויות בתחום סמכותם של בתי המשפט האזרחיים. המקרים שעוררו את הוויכוח בין הערכאות מצויים כולם בתחום יחסי העבודה, ולכן במבט ראשון ניתן לסבור כי הם נתונים לסמכותם של בתי הדין לעבודה. כך אף הניח בית הדין הארצי לעבודה בפסק דין מנחה שניתן בשנת 2008, העוסק במקרה של בעילה ביחסי מרות בעבודה ונידון בבית הדין הארצי לעבודה כהטרדה מינית.⁵⁶ אולם

47 שם, בעמ' 11-8.

48 ס' 3(א)(1) לחוק למניעת הטרדה מינית.

49 שם, בס' 3(א)(2), המפנה להגדרת "מעשים מגונים" בס' 348 בחוק העונשין.

50 ס' 3(א)(3) לחוק למניעת הטרדה מינית.

51 שם, בס' 3(א)(4) לחוק.

52 שם, בס' 3(א)(5) לחוק.

53 שם, בס' 3(א)(5א) לחוק.

54 שם, בס' 5 ו-6 לחוק בהתאמה.

55 ס' 10(א) לחוק למניעת הטרדה מינית קובע, כי "לבית הדין לעבודה תהא סמכות ייחודית לדון בהליך אזרחי לפי סעיפים 6, 7 ו-9 שענינו אחד מאלה – (1) הטרדה מינית שעשה מעסיק, או ממונה מטעמו, לעובדו, או שעשה עובד לעובד אחר, במסגרת יחסי עבודה; (2) התנכלות של מעסיק, או של ממונה מטעמו, כלפי עובד, או של עובד כלפי עובד אחר, במסגרת יחסי עבודה; (3) אחריות מעסיק כאמור בס' 7 בשל הטרדה מינית או התנכלות שעשה ממונה מטעם המעסיק לעובדו, או עובד לעובד אחר, במסגרת יחסי העבודה".

56 ע"ע (ארצי) 274/06 פלונית – אלמוני, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא אדלר (נבו 26.3.2008) ("ס' 3(א)(4) לחוק למניעת הטרדה מינית, אינו כולל במפורש קיום יחסי מין בהסכמה. עם זאת, לאור ס' 3(א)(6)(ג) לחוק הקובע כי 'הטרדה מינית' קיימת, גם כאשר המוטעד לא הראה למטריד כי אינו

מתדיינים החלו מאתגרים הנחה זו של בתי הדין.⁵⁷ טענתם הייתה, כי החוק למניעת הטרדה מינית אינו חל על מקרים של מגע מיני מלא – המוכרים מהדין הפלילי כ"בעילה אסורה", כ"אונס", או כ"מעשה סדום" – ולכן מקרים אלה אינם בגדר "הטרדה מינית" ואינם נופלים בגדר סמכותו של בית הדין לעבודה. לפיכך תביעות בגין מגע מיני מלא, גם אם הוא התקיים ביחסי עבודה, מצויות בסמכותם של בתי המשפט האזרחיים.⁵⁸ הטענה החלה להישמע אף בתביעות שהוגשו מלכתחילה בבתי המשפט האזרחיים, והגיעה לפתחו של בית המשפט העליון. בית המשפט העליון קבע בפסק דין משנת 2014, כי מקרים של מגע מיני מלא אינם מהווים הטרדה מינית ואינם מצויים בגדר סמכותם של בתי הדין לעבודה, גם אם הם מתקיימים במסגרת של יחסי עבודה. תחת זאת, תביעות נזיקיות בגין אונס מצויות בגדר סמכותם של בתי המשפט האזרחיים.⁵⁹ לקביעה אם מגע מיני מלא ביחסי עבודה מהווה הטרדה מינית יש השלכות נוספות, מעבר לזהות הערכאה שבפניה מתדיינים. כך, מעשה המוגדר כהטרדה מינית מאפשר לנפגע-תובע לקבל פיצוי ללא הוכחת נזק.⁶⁰ סוגיה נוספת שעלתה כחלק ממחלוקת הסמכויות היא הבעיה של פיצול הדיון בפני ערכאות שונות כאשר מדובר במסכת אירועים הכוללת הן מגע מיני מלא והן מגע בלתי חודרני והטרדות מילוליות, או כאשר

מעוניין בהצעות המופנות אליו, וזאת 'במסגרת יחסי עבודה... תוך ניצול מרות ביחסי עבודה', יש לפרש את ס' 3(א)(4) לחוק ככולל יחסי מין בהסכמה".

57 קמיר מבקרת כבר למעלה מעשור את עמדתם של בתי הדין לעבודה בנקודה זו, ויש להניח כי כתיבתה הייתה השראה למתדיינים המתנגדים לסמכותו של בית הדין לעבודה. ראו אורית קמיר "החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית – איפה אנחנו במלאת לו עשור?" **משפט ועסקים** ט 9, 63 (2008) (להלן: קמיר "החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית").

58 עניין **ע"ע (ארצי) 178-06**, לעיל ה"ש 28. וכן **ע"ע (ארצי) 40496-05-10 פלונית נ' אלמוני**, פס' 30 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה (נבו 2.1.2012). (להלן: עניין **ע"ע (ארצי) 40496-05-10**). בית הדין הארצי לעבודה אישר בפסק דין זה את קביעתו של בית הדין האזורי כי יש סמכות לבית הדין לעבודה לדון במקרה זה אף כי הוא מערב מגע מיני מלא ("אנו מאשרים לפיכך את קביעתו של בית הדין האזורי, כי הוכחה במקרה זה הטרדה מינית כמפורט בס' 3(א)(2) לחוק למניעת הטרדה מינית. בעשותנו כך לא נשמט מאיתנו כי מעשיו של אלמוני לא היוו רק 'מעשה מגונה' כהגדרתו בס' 348 לחוק העונשין אלא גם 'מעשה סדום' תוך ניצול מרות ביחסי עבודה, בניגוד לס' 347(א) לאותו חוק. כן לא נשמטה מאיתנו הביקורת בספרות, על כך שמעשה סדום אינו אמור להיכלל בגדרו של החוק למניעת הטרדה מינית... עם זאת, בהלכת **פלונית נ' אלמוני** [ע"ע (ארצי) 274/06 פלונית – אלמוני (נבו 26.3.2008)] נקבע אחרת, ואנו שבים ומאמצים זאת"). אציין שהשופטת דוידוב-מוטולה אף מפנה בעצמה למאמרה של קמיר. ראו קמיר "החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית", לעיל ה"ש 57.

59 רע"א 7146/13 **פלוני נ' פלונית**, פס' ה (נבו 22.9.2014) (להלן: עניין רע"א 7146/13). התביעה האזרחית היא באמצעות עוולות המסגרת הנזיקיות או עוולת התקיפה, ראו ע"א 3347/16 **פלונית נ' פלוני**, פס' 4 (נבו 21.2.2018) (להלן: עניין ע"א 3347/16). סמכותם של בתי המשפט האזרחיים לדון בתקיפה נובעת מסמכותם הכללית לדון בתביעות אזרחיות שאינן בגדר סמכותם של בתי משפט יחודיים, כגון בית הדין לעבודה או בית המשפט לענייני משפחה.

60 ס' 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית.

מדובר בתביעה כפולה נגד הפוגע הישיר במקום העבודה ונגד המעסיק (מכוח אחריותו לנקוט צעדים למניעת הטרדה מינית במקום העבודה).⁶¹ לפיכך קבע בית המשפט העליון בפסק דין מנחה נוסף, כי בתיקים המערבים תביעות בגין מגע מיני מלא עם תביעות בגין הטרדות מילוליות או מעשים מגונים יחול הכלל הדיוני "הטפל הולך אחר העיקר".⁶² כלל זה, שפותח בפסיקה בתחום הפרוצדורה האזרחית, קובע כי כאשר תביעה כוללת שני סעדים הנוגעים לעניינים המסורים לסמכותן העניינית של ערכאות שונות – הסעד הטפל ייגרר אחר הסעד העיקרי, ושני הסעדים יידונו בפני הערכאה המוסמכת לברר את הסעד העיקרי,⁶³ כדי למנוע את הבעיה של פיצול הדיון. משמעות ההלכה באשר לתיקים המערבים מגע מיני מלא עם הטרדות מילוליות היא, שהסמכות לברר את התביעה תהיה בפני בית המשפט האזרחי ולא בפני בית הדין לעבודה, שכן המגע המיני המלא נחשב ל"עיקרי".

לכאורה ניתן ליישב את המחלוקת שבין הערכאות במישור המשפטי-פורמלי. הגדרות החוק למניעת הטרדה מינית אינן כוללות מגע מיני מלא, והחוק אינו מזכיר מילים כמו "בעילה" או "מעשה סדום" כאחת הצורות של הטרדה. לפיכך עמדתם הפרשנית של בתי הדין לעבודה אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק. ואולם הוויכוח לא נותר ברמת הפרשנות המילולית של הוראות החוק באף אחת מהערכאות. גם בית המשפט העליון, שהכרעתו ניתנת לעיגון פשוט בלשון החוק, לא הסתפק בהנמקה פורמליסטית, אלא שילב בה נימוק הנוגע להגיונה של "חלוקת העבודה" בין החוק למניעת הטרדה מינית לבין חקיקה אחרת (וכנגזרת מכך בין סמכותם של בתי הדין לעבודה לסמכותם של בתי המשפט האזרחיים). קביעתו בהקשר זה הייתה, כי החוק למניעת הטרדה מינית עוסק בפגיעות מיניות שמצויות "בקצה התחתון של המעשים המיניים האסורים – הטרדות מילוליות עד מעשים מגונים",⁶⁴ בעוד שבפרק של עבירות המין בחוק העונשין מוגדרות פגיעות מיניות חמורות יותר.

אני מציעה לקרוא את עמדותיהם של בית הדין לעבודה ושל בית המשפט העליון כמייצגות שתי הבנות שונות באשר להטרדה מינית ביחסי סמכות. בדבריו על "עבירות

61 על קשיים אלה עמד בהרחבה בית הדין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 22314-01-14 פלוני נ' אלמונית (נבו 19.2.2017) (להלן: עניין ע"ע (ארצי) 22314-01-14). פסק דין זה ניתן לאחר שניתנה הפסיקה בעניין רע"א 7146/13, לעיל ה"ש 59 (שבה נקבע שהסמכות העניינית במקרים של יחסי מין מלאים אינה נתונה לבתי הדין לעבודה), ודבריו של בית הדין הארצי לעבודה הם תגובה לפסיקה זו.

62 עניין ע"א 3347/16, לעיל ה"ש 59.

63 במקור הוחל הכלל במצבים שבהם שני הסעדים היו בתחום המקרקעין, ואולם בשלב מאוחר יותר הורחבה תחולתו גם על סעדים בתחומים אחרים. לסקירת התפתחות הכלל, ראו שם, פס' 14.

64 שם, בפס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל: "החוק למניעת הטרדה מינית אינו מחיל עצמו על עבירות מין חמורות... ההגדרה להטרדה מינית מתייחסת לרשימה סגורה של התנהגויות המצויות בקצה התחתון של המעשים המיניים האסורים – הטרדות מילוליות עד מעשים מגונים... זאת בהשוואה למעשי אינוס וסדום, המצויים בקצה העליון של הסקאלה מבחינת חומרתם".

מין חמורות" כיוון בית המשפט העליון לחוק העונשין.⁶⁵ מכיוון שהחוק למניעת הטרדה מינית קובע אחריות פלילית לצד אחריות אזרחית, נוצר בסיס להשוואה בין הטרדה מינית לבין עבירות מין בחוק העונשין שהענישה עליהן חמורה יותר, דוגמת אונס. באופן זה, פרשנותו של בית המשפט העליון ממקמת הטרדות מיניות בקצה הנמוך של ציר אחד, שעליו מצויות עבירות מין אחרות דוגמת אונס, ומחילה על תחום ההטרדות המיניות את התפיסה המשפטית של תחום עבירות המין כיום. לתפיסה זו שני עיקרים: ראשית, עבירות מין, כשמן כן הן, עוסקות בפגיעה מינית;⁶⁶ שנית, מה שהופך אינטראקציה מינית לאסורה הוא היעדר הסכמה של אחד הצדדים במגע המיני.⁶⁷ התאוריה המשפטית השלטת של דיני עבירות מין כיום גורסת, שאיסורן נועד להגן על האוטונומיה המינית במובן של חירות שלילית – דהיינו הזכות שלא להשתתף במגע מיני שהצדדים לא בחרו בו.⁶⁸ לפיכך, רוב עבירות המין⁶⁹ אוסרות על מגע מיני על

65 שם, בפס' 19-16. בית המשפט מזכיר עבירות כגון אונס ומעשה סדום, המוגדרות בחוק העונשין כעבירות מין חמורות.

66 John Gardner & Stephen Schute, *The Wrongness of Rape*, in OXFORD ESSAYS ON JURISPRUDENCE: FOURTH SERIES (Jeremy Horder ed., 2000).

67 כך בשונה מתפיסות היסטוריות, שאסרו על מין מתוך שיקולים של שימור מבנה המשפחה, של יחסים פטריארכליים, ושל הבחנות בין מין תקין למין מגונה או סוטה. הדוגמה הבולטת לתפיסה היסטורית זו במשפט הישראלי היא הפללת מגע מיני הומוסקסואלי. עבירה זו, שכונתה "משכב שלא כדרך הטבע" והייתה מצויה בחוק העונשין, נמחקה בסוף שנות השמונים.

68 לדיון בערך האוטונומיה המינית, ראו למשל Stephen J. Schulhofer, *Taking Sexual Autonomy Seriously*, 11 LAW & PHIL. 35 (1992); STEPHEN SCHULHOFER, UNWANTED SEX: THE CULTURE OF INTIMIDATION AND THE FAILURE OF LAW (1998) (להלן: "UNWANTED SEX"); Tatjana Hornle, *Rape as Non-Consensual Sex*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF THE ETHICS OF CONSENT 235 (Peter Schaber & Andreas Muller eds., 2018). סטיוארט גרין מראה כי הערך המרכזי המוגן בעבירות מין מודרניות הוא אוטונומיה שלילית, דהיינו הזכות שלא להשתתף במגע מיני שאיננו מעוניין בו, להבדיל מאוטונומיה חיובית, שעוסקת באינטרס להשתתף במגע מיני שאיננו מעוניין בו. ראו GREEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 24: "The law of rape and sexual assault epitomizes the protection of negative autonomy, by preventing people from being subjected by others to sexual contact they do not wish to have. Various other rights in negative sexual autonomy are also protected by laws concerning matters such as sexual harassment, voyeurism, and indecent exposure. The law plays a relatively minor role, however, in promoting positive sexual autonomy (though the law of marriage arguably provides a significant exception here)".

69 ישנן עבירות שמבוססות על היגיון אחר מאשר אי-הסכמה או כפייה, ושנכון יותר להגדירן באמצעות המונח "ניצול" (exploitation). דוגמאות מייצגות הן איסורים על מגע מיני עם קטינים מעל גיל ההסכמה (ס' 346(א) לחוק העונשין) והעבירה של ניצול מיני ביחסים של טיפול נפשי (ס' 347 לחוק העונשין). התאוריה המשפטית הקיימת מתקשה להמשיג עבירות אלה מתוך הפרדיגמה של אוטונומיה כחירות שלילית, ויש ניסיון להשתמש במונחים כלליים כגון "נוזק"

בסיס אי-הסכמה של אחד הצדדים,⁷⁰ והן נבדלות זו מזו בעיקר בסוג המגע המיני שהן אוסרות ובדרגת המעורבות של האיברים האינטימיים. בהיעדר הסכמה של שני הצדדים, ההנחה היא שהעבירה חמורה יותר ככל שהמגע הגופני חודרני יותר.⁷¹ כך, חוק העונשין קובע כי העונש בגין העבירה של מעשים מגונים – דהיינו מגע מיני בלתי חודרני ולא-מוסכם (כגון נגיעות או נשיקות) – נע בין שנתיים לעשר שנות מאסר,⁷² בעוד שהעונש על אונס, האוסר על בעילה בהיעדר הסכמה חופשית, נע בין 16-20 שנות מאסר.⁷³

אם מתבוננים דרך פריזמה זו על תחום ההטרדות המיניות, ניתן אכן לסבור כי הוא משתייך לאותה "משפחה"; שכן אף עניינה של הטרדה מינית באינטראקציה מינית פסולה, שהדין מעוניין למנוע ולהעניש עליה. זאת ועוד, גם כאשר להטרדה מינית מילולית – שוב, בדומה לעבירות דוגמת אונס ומעשה סדום – החוק למניעת הטרדה מינית קובע כי קו הגבול בין האסור למותר נוגע לשאלת ההסכמה של נמען ההתייחסות המינית. כך למשל, החוק קובע כי הצעות או התייחסויות חוזרות (בעלות אופי מיני) מהוות הטרדה רק אם האדם שאליו הופנתה ההצעה "הראה למטריד כי אינו מעוניין

(עקרון הנזק") או "פגיעות" (vulnerability). לדיון באתגר שעבירות אלה מציבות לתאוריית האוטונומיה המינית, ראו GREEN, לעיל ה"ש 13.

70 הדבר נכון גם כאשר לעבירות שאינן כוללות את המילים אי-הסכמה, אך אוסרות על מצבים שבהם אחד הצדדים משתמש בטכניקה השוללת את תוקפה של ההסכמה שניתנה כביכול, כך למשל העבירה של אינוס במרמה לפי ס' 345(א)(2) לחוק העונשין, האוסרת על בעילה "בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה".

71 בעשורים האחרונים יש ערעור על החשיבות שהחוק מייחס לחדירה וגינלית, בעיקר מצד מלומדות פמיניסטיות, המצביעות על שורשיה בתפיסה פטריארכלית של מיניות המעניקה משמעות לבתולין. ראו אורנה אליגון-דר "הערכים והנורמות שבבסיס האיסורים על עבירות המין בישראל – מבט לעבר והצעות לעתיד" חוקים יד 167 (2020). ואולם נכון לעתה חוק העונשין – וכך עדיין במקומות רבים בעולם – מבחין בין דרגות שונות של חודרנות המגע המיני, ומשית ענישה חמורה יותר על בעילה מאשר על מגע מיני בלתי חודרני. להצדקה של ייחוס משמעות לחדירה וגינלית מתוך תפיסה של אוטונומיה מינית, ראו Gardner & Schute, לעיל ה"ש 66, בעמ' 28-29.

72 ס' 348 לחוק העונשין. כאמור, החוק למניעת הטרדה מינית מגדיר מעשים מגונים כאחת הצורות של הטרדה מינית.

73 שם, בס' 345.

בהצעות האמורות.⁷⁴ באופן דומה, פרסום תצלום או סרט (מיני) של אדם מהווים הטרדה רק אם לא ניתנה הסכמתו לפרסום.⁷⁵

ואולם מה מייחד הטרדה מינית לעומת עבירות מין אחרות? והאם יש משמעות לעובדה שאיסורי הטרדה מינית כלולים בחוק ייעודי מחוץ לחוק העונשין? כאמור, הנחתו של בית המשפט העליון היא, כי הטרדות מיניות "מצויות בקצה התחתון של המעשים המיניים האסורים".⁷⁶ על פי תפיסה זו, החידוש בטיפול המשפטי בהטרדות מיניות טמון בעיקר בנכונות להרחיב את האיסורים הפליליים והאזרחיים לעומת מה שהיה נהוג בעבר, כך שיכללו קשת רחבה יותר של התנהגויות מיניות – בראש ובראשונה הטרדות מילוליות (שבעבר לא נאסרו כלל).⁷⁷ ההנחה בבסיס עמדתו של בית המשפט העליון היא שיש בסיס רעיוני משותף לאיסורים הוותיקים ולאסורים החדשים – האיסור על אינטראקציה מינית ללא הסכמה – ואולם ההבדל שבין העבירות השונות על ציר זה ודירוג החומרה ביניהן נוגע לחודרנותו של המגע המיני. מכאן הגיע בית המשפט העליון למסקנתו כי מגע מיני מלא אינו יכול להיות "הטרדה מינית", שכן מונח זה מציין פגיעה מינית שאינה חודרנית; לכן הוא אינו נתון לסמכותם של בתי הדין לעבודה, בין אם הוא התבצע במסגרת יחסי עבודה ובין אם מחוצה להם.

ואולם יש לשאול אם התפיסה שלפיה הטרדה מינית היא סוג של כפייה מינית, הנבדלת מעבירות המין הקלאסיות בעיקר בסוג המגע המיני ומידת חודרנותו, היא תפיסה ראויה. בית הדין לעבודה מציע בעניין זה תפיסה שונה מתפיסתו של בית המשפט העליון. כדי להבין עמדה זו, יש לשים לב לכך שהמכנה המשותף של כלל התיקים שבתי הדין לעבודה ביקשו לכלול תחת סמכותם גם ללא הוראה מפורשת בחוק למניעת הטרדה מינית הם מקרים שבהם המגע המיני התקיים ביחסי מרות – בין ממונה במקום העבודה לעובדת הכפופה לו.⁷⁸ כך למשל, בע"ע (ארצי) 22314-01-14 פלוני נ'

74 ס' 3(א)(3) ו-4 לחוק למניעת הטרדה מינית מגדירים הטרדה מינית כך: "(3) הצעות חזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות; (4) התייחסויות חזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות" (ההדגשות הוספו). לעיקרון זה יש כמה חריגים. מעבר להוראות העוסקות ביחסי מרות, שעליהן אעמוד להלן, החוק קובע שכאשר מדובר בהתייחסות מינית מבזה אין צורך להראות כי הנמען לא הסכים לה. ראו ס' 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית.

75 שם, בס' 3(א)(5).

76 עניין ע"א 3347/16, לעיל ה"ש 59, בפס' 16-17 לפסק דינו של השופט הנדל.

77 מילים מטרידות: סוגיות בהטרדה מינית מילולית (ליאת לבנון עורכת, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2011). ההפלה של הטרדות מילוליות מעוררת קושי עבור תפיסת העולם הליברלית, לאור החשיבות המיוחסת בזרם זה לחופש הביטוי. ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "האיסור הפלילי על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחירו" **שערי משפט** 285 (2000).

78 התביעה הנדונה בעניין ע"ע (ארצי) 178-06, לעיל ה"ש 28, עסקה בתלונתה של אחות בבית חולים כלפי סגן האחיות האחראית שהיה ממונה עליה; התביעה שנדונה בעניין ע"ע (ארצי) 40496-05-10, לעיל ה"ש 58, עסקה בתלונתה של תופרת בחנות טקסטיל שהנתבע היה הבעלים שלה; התביעה שנדונה בעניין ע"ע (ארצי) 22314-01-14, לעיל ה"ש 61, עסקה בתלונתה של עובדת סיעוד כלפי המעסיק שלה.

אלמונית⁷⁹ דן בית הדין הארצי לעבודה בשאלת סמכותם של בתי הדין לדון בתביעת הטרדה מינית שהגישה עובדת סיעוד נגד אדם מבוגר שהעסיק אותה.⁸⁰ לטענתה הנתבע הטיל עליה מורא, איים עליה ועשה בה מעשים חמורים, לרבות חדירה מינית, כפיית השימוש באביזרי מין, לבוש מבזה וצפייה בסרטים פורנוגרפיים. בגין אלה תבעה עובדת הסיעוד פיצויים ממעסיקה. בית הדין נדרש לשאלת סמכותו לדון במעשים הנטענים כהטרדה מינית, שכן טענת הנתבע הייתה כי בהיותם של המעשים חורגים ממגע מיני קל או מהתבטאויות מילוליות – אין הם מהווים הטרדה מינית, ולכן בית הדין לעבודה אינו מוסמך לדון בתביעה. בית הדין האזורי לעבודה, שהגדיר את היחסים בין הצדדים כיחסי מרות, קיבל את תביעת ההטרדה המינית ופסק לתובעת פיצויים. בית הדין הארצי לעבודה אישר את קביעת בית הדין האזורי לעניין סמכות הדיון.⁸¹ בהנמקתו אמר נשיא בית הדין יגאל פליטמן את הדברים הבאים:⁸²

“המציאות הוכיחה את שכיחות התופעה הקשה של ניצול יחסי מרות, כשבעל המרות אינו מסתפק בנגיעה או נשיקה או מה שמוגדר כמעשים מגונים, אלא בקיום יחסי מין מלאים, לרבות בעילה אסורה בהסכמה, מעשי סדום ואף אינוס. החוק למניעת הטרדה מינית, לעומת זאת, נשאר בהגדרתו המצומצמת, ולא התאים עצמו למציאות הקשה בשטח.”

החלק האחרון בדבריו של הנשיא פליטמן משווה לעמדתו בעניין סמכות הדיון גוון של התאמת החוק הכתוב למציאות: גם החוק למניעת הטרדה מינית לא צפה זאת, נפגעי הטרדה במקום העבודה חשופים לסכנה של מגע מיני מלא, ועל בית הדין להעניק להם סעד. ואולם אפשר לשאול: מדוע לא יוכלו נפגעי הטרדה מינית שהייתה כרוכה במגע מיני מלא לקבל את סעדם בפנייה לבתי המשפט האזוריים?⁸³ מיד לאחר מכן הוסיף הנשיא והסביר, כי לבתי הדין לעבודה מומחיות בהחלת נורמות התנהגות במקום

79 שם.

80 עובדת הסיעוד הועסקה בחלק מהשעות בידי חברת סיעוד חיצונית ובחלק מהזמן בידי האדם עצמו.

81 הגם שבין מתן פסק דינו של בית הדין האזורי לבין הדיון בערעור בבית הדין הארצי ניתן פסק דין בבית המשפט העליון, שקבע כי מצבים של מגע מיני מלא אינם מהווים הטרדה מינית כהגדרתה בחוק למניעת הטרדה מינית.

82 עניין ע"ע (ארצי) 22314-01-14, לעיל ה"ש 61 בפס' 58.

83 הדברים הבאים מפי השופט רובינשטיין, שנתן את פסק הדין המנחה של בית המשפט העליון בסוגיה, מבטאים ביקורת זו על עמדתו של בית הדין לעבודה: “האמירה שובת הלב שלפיה נוכח המגמה לאפשר תביעות בנושאי פגיעה מינית בבית הדין לעבודה יש לפרשה מעבר ללשון החוק, אינה נחוצה לדעתנו במקרה דנא, שכן לא ננעלה כל עיקר דלת בפני המתלוננות (או מתלוננים) על פגיעה מינית חמורה, ודלתי בית המשפט האזורי פתוחות באופן המאפשר לברר כל תביעה”. ראו עניין רע"א 7146/13, לעיל ה"ש 59, בפס' ה לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

העבודה.⁸⁴ אולם ניתן לסבור שככל שמדובר בפגיעות מיניות חודרניות, גם לבתי המשפט האזרחיים יש יתרון של מומחיות, משום שהם דנים בתביעות נזיקיות כאלה אף מחוץ להקשר של יחסי עבודה, לרבות אומדן נזק ופסיקת פיצויים לנפגעים.⁸⁵ כדי להבין בכל זאת את ההיגיון שבעמדתו של בית הדין לעבודה, עלינו לשים לב לכך שהתיקים שעוררו את המחלוקת בין הערכאות מתמקדים בהטרדות מיניות ביחסי מרות. אני מציעה, כי קביעתם של בתי הדין שלפיה מגע מיני מלא במקרים אלה מהווה הטרדה מינית קשורה ליחסי המרות שבין הצדדים. יתרה מזאת, פסיקתו של בית הדין משקפת הנחה שלפיה יחסי מרות אינם רק בגדר תפאורה או רקע לקיומה של אינטראקציה מינית שיכולה להתקיים "בכל מקום", אלא הפסול הטמון במקרים אלה מתבטא בניצולו הפוגעני של כוח המוענק למטריד מכוח תפקידו במקום העבודה. בתי הדין רואים בהטרדה תוך ניצול יחסי מרות עוולה הקשורה קשר הדוק למרחב חיי העבודה, ולפיכך ראויה להישפט בערכאה האמונה על שיפוטו של מרחב זה.

אכן, החוק למניעת הטרדה מינית אינו כולל מגע מיני מלא בהגדרותיו המפורשות ל"הטרדה מינית". ואולם החוק כולל הוראות מיוחדות הנוגעות להטרדה מילולית המתרחשת ביחסי סמכות בעבודה. הוראות אלה מחריגות מקרים של הטרדה מינית ביחסי מרות מן הדרישה הכללית להראות כי המוטרת לא הייתה מעוניינת בהטרדה. כך, עת עסקינן בהתייחסויות או בהצעות מיניות ביחסי מרות בעבודה, החוק זונח את הדרישה הסטנדרטית כי המוטרת יראה שאינו מעוניין, וקובע תחת זאת כי ההטרדה תהיה אסורה אם היא נעשתה "תוך ניצול יחסי מרות".⁸⁶ עמדתם של בתי הדין לעבודה היא שגם בעילה, ולא רק התייחסויות מיניות תוך ניצול יחסי מרות בעבודה, מהווה הטרדה מינית. חשוב לציין, כי באופן מוצהר בתי הדין לעבודה אינם מגבילים את תביעתם לסמכות רק למקרים של מגע מיני מלא תוך ניצול לרעה של מרות (הידוע בכינויו "בעילה אסורה ביחסי מרות"), אלא מרחיבים אותה גם למצבים שבהם היה שימוש באמצעי כפייה אחרים ביחסי מרות ("אונס"). מה שנאמר כאן הוא אפוא בגדר פרשנות של פסיקתם, המציגה באור הטוב ביותר (בעיניי) את הגיונה, גם אם היא אינה מקבלת במלואה את השורה התחתונה של פסיקתם. על פי תפיסה זו, כאשר אינטראקציה מינית נעשית תוך ניצול יחסי סמכות, היא מהווה הטרדה מינית – ללא

84 "בתי הדין לעבודה, שמומחיותם היא בהחלת נורמות התנהגות במקום העבודה ולפניהם נדונו מרבית התביעות לפי החוק למניעת הטרדה מינית, גם בנסיבות קשות ביותר, התאימו את הפסיקה למציאות בשטח, ולא יכלו להתעלם מתביעות של מנוצלות או מנוצלים מינית על ידי הממונה עליהם, שפנו לקבל את סעד מבית הדין לעבודה לפי החוק למניעת הטרדה מינית" (עניין ע"ע (ארצי) 22314-01-14, לעיל ה"ש 62, פס' 58 לפסק דינו של הנשיא פליטמן).

85 ראו את דברי השופט הנדל בעניין זה בעניין ע"א 3347/16, לעיל ה"ש 59, פס' 8. השופט הנדל אף מצוין ביקורת נוספת, ולפיה בתי הדין לעבודה "נוטים לפסוק לתובעים פיצוי בסכום נמוך יחסית, ובמקרים רבים הם נמנעים מלפסוק הוצאות כנגד הצד שהפסיד".

86 ראו ס' 3(א)(6) לחוק למניעת הטרדה מינית, אשר מתייחס לסוגים שונים של יחסים ונוקט לשון של ניצול מרות ותלות. נוסף ליחסי מרות בעבודה, החוק מתייחס ליחסים שבין מורה לתלמיד, בגיר וקטין או חסר ישע, מטפל ומטופל, כהן דת ומאמין ועובד ציבור ואזרח.

קשר למידת חודרנותו של המגע המיני. בעוד שהעילה הרלוונטית לתביעות נזיקיות בגין מגע מיני כפוי היא תקיפה,⁸⁷ עמדתו של בית הדין לעבודה היא שמין תוך ניצול יחסי סמכות בעבודה הוא הטרדה, השונה מתקיפה.

דברים נוספים שאמר הנשיא פליטמן מחדדים עוד יותר את העמדה הפרשנית שאני מציעה לחלץ מפסיקתו של בית הדין לעבודה. לדבריו, "האבסורד הוא, שאפילו העבירה של בעילה אסורה בהסכמה, שאחד מרכיביה הוא ניצול מרות ביחסי עבודה, לא נכללה בחוק למניעת הטרדה מינית, כחלק מההגדרה של הטרדה מינית".⁸⁸ כאמור, העבירה של בעילה אסורה בהסכמה ביחסי מרות בעבודה מוגדרת בפרק עבירות המין בחוק העונשין לצד עבירת האונס.⁸⁹ זוהי עבירה קלה יותר מאונס, האוסרת על בעילה "תוך ניצול יחסי מרות בעבודה", והעונש עליה הוא שלוש שנות מאסר. התמקדותו של הנשיא פליטמן באי-הכללתה של עבירה זו בחוק למניעת הטרדה מינית מבטאת את ההשקפה שלפיה בעילה תוך ניצול מרות בעבודה היא הטרדה מינית מובהקת; את טענת האבסורד הוא מפנה לעבירה זו ולא לאונס. לשיטתו ולתפיסתם של בתי הדין לעבודה באופן רחב יותר, מין תוך ניצול לרעה של יחסי מרות בעבודה – תהיה צורתו אשר תהיה – היא הטרדה מינית. בתי הדין לעבודה מניחים כאמור כי לא רק בעילה אסורה תוך ניצול יחסי מרות יכולה להיות הטרדה מינית, אלא גם בעילה תוך שימוש באמצעי כפייה פיזיים ("אונס" או "מעשה סדום"). ואולם למיטב ידיעתי, כל המקרים שבהם דן בית הדין לעבודה במגע מיני מלא כהטרדה מינית התרחשו ביחסי מרות. יש סיבה טובה להניח שבית הדין לא היה נוטל לעצמו סמכות לדון באונס בין עמיתים לעבודה, שאין ביניהם יחסי סמכות, כהטרדה מינית.

2. מיקומה ודירוגה של העבירה הפלילית של בעילה תוך ניצול מרות בעבודה

הפולמוס לעניין הכללתו של מגע מיני מלא ביחסי מרות תחת העילה האזרחית של הטרדה מינית מהדהד דיון אחר המתקיים בדין הפלילי, הדיון הנוגע לעבירה של בעילה אסורה ביחסי מרות בעבודה. בחינתו של הדיון הפלילי מחזקת את הרושם כי השאלה של סמכות הדיון שהתעוררה בדין האזרחי היא אך סימפטום לשאלה מהותית יותר, הנוגעת לשיפוט של יחסי מין ביחסי מרות וכיצד יש להבין את הפסול הטמון בהם.⁹⁰ נקודת המוצא להבנת השאלות שהתעוררו בדין הפלילי בנוגע ליחסי מין ביחסי מרות היא שונה מאשר בדין האזרחי. השאלה של סמכות הדיון אינה מתעוררת במישור

87 הפרקטיקה של הגשת תביעות נזיקיות בגין פגיעות מיניות מצויה בחיתוליה, אך מתפתחת בישראל בשנים האחרונות. לדיון בדילמות הכרוכות בדיון הנזיקי ולקשר שבין הדין הנזיקי לדין הפלילי בתחום של פגיעות מיניות, ראו יפעת ביטון "בין נזיקין לעונשין או בין הנזק לעונש? דילמות מבניות, דיוניות, ותפקודיות בייצוג נפגעות תקיפה מינית" עיוני משפט 657 (2015).

88 ראו עניין ע"ע (ארצי) 22314-01-14, לעיל ה"ש 61, פס' 58 (ההדגשות הוספו).

89 ס' 346(ב) לחוק העונשין.

90 לסקירה כללית, ראו עומק מרכז לעיצוב מדיניות וחקיקה סקירת עבירות בעילה אסורה בהסכמה http://bit.ly/4ertv77 (הוכן עבור מרכזי הסיוע לנפגעי תקיפה מינית). (2021)

הפלילי, משום שבכל מקרה בתי המשפט האזרחיים הם המוסמכים לדון בכתבי אישום פליליים, בין אם מדובר בעבירות מין המוגדרות בחוק העונשין ובין אם מדובר בעבירות של הטרדה מינית המוגדרות בחוק למניעת הטרדה מינית. ואולם בעוד שבמישור הדין האזרחי בתי המשפט משייכים מקרים של מגע מיני מלא ביחסי מרות בעבודה לעילת התקיפה, שתחתיה חוסים כלל המקרים של תקיפה מינית חודרנית (לרבות מה שקרוי בדין הפלילי "אונס"), בחוק העונשין ישנה הבחנה משמעותית בין תקיפה מינית חודרנית שבוצעה ללא הסכמת הנפגע או הנפגעת – המכונה "אונס" – לבין יחסי מין ביחסי מרות – המכונה "בעילה אסורה בהסכמה". התיוג השונה של העבירות משתקף בהבדל דרמטי בענישה: בעוד שעונש המקסימום על אונס הוא 16 שנות מאסר,⁹¹ עונש המקסימום על בעילה אסורה בהסכמה הוא שלוש שנות מאסר. פער זה בענישה בין אונס לבין בעילה אסורה בהסכמה, כמו גם הכותרת "בהסכמה", הובילו לשאלות נוקבות באשר למהות העבירה של בעילה אסורה בהסכמה: כיצד יש להבין את הפסול הטמון בה? והאם בכלל מוצדק להשית בגינה ענישה פלילית? שאלה נוספת שהתעוררה נוגעת לקו הגבול שבין עבירה זו לבין עבירת האונס.

העבירה של בעילה אסורה בהסכמה נוספה לחוק העונשין בסוף שנות השמונים, כחלק מתיקון חקיקה מקיף של פרק עבירות המין בחוק.⁹² זו הייתה עבירה חדשה, שלא הייתה לה מקבילה בנוסחיו הקודמים של החוק.⁹³ אף במשפט המשווה כמעט שאין איסורים מקבילים על בעילה בין בגירים תוך ניצול מרות בעבודה.⁹⁴ העבירה של בעילה ביחסי מרות בעבודה עוררה אפוא קשיים כמעט מיום היוולדה. הקושי הבסיסי נוגע להיעדרו הבולט של יסוד אי-ההסכמה מהגדרת העבירה. חסר זה בתוכן האיסור אף מלווה באמירה הפוזיטיבית "בהסכמה", המופיעה בכותרת העבירה. ואולם אם הבעילה

91 יודגש כי בית המשפט אף מוסמך להטיל 20 שנות מאסר כאשר האונס מתבצע בניסבות מחמירות, כגון אונס תוך גרימת חבלה גופנית או נפשית או היריון, או אונס תוך איום בנשק. ראו ס' 345(ב) לחוק העונשין.

92 חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 1246. לפירוט על ההיסטוריה החקיקתית, ראו גליה שניבויים "האיסור הפלילי על מין ביחסי מרות בעבודה: בין הגנה על אוטונומיה לאסדרה של סמכות" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 813 (משפט חברה ותרבות, אלון הראל עורך 2017); ליז מונטיליו "על קנקנה של עברת ניצול מרות" **משפטים על אתר** 69 (2016).

93 לפני תיקון 22 כלל פרק עבירות המין של חוק העונשין עבירה שכללה את המונח "מרות" תחת הכותרת "בעילת נערה הנתונה למרותו", אולם היא לא חלה בתחום של יחסי עבודה אלא בתחום של יחסי הורות או אפטרופסות. עבירה זו הוחלפה מאוחר יותר, בראשית שנות התשעים, בס' 351 לחוק העונשין שכותרתו "עבירות מין במשפחה ובידי אחראי על חסר ישע".

94 במשפט האמריקני ישנן עבירות של ניצול מרות, אך בעיקר בהקשר של אנשים השוהים במוסדות (כגון בתי סוהר) וניצול ביחסי טיפול או בידי כהן דת. להרחבה, ראו Galia Schneebaum, *What is Wrong with Sex in Authority Relations? A Study in Law and Social Theory*, 105 J. CRIM. GREEN; L. & CRIMINOLOGY 345 (2016), לעיל ה"ש 13.

היא בהסכמה, מהי ההצדקה לאיסור עליה?⁹⁵ היה אפשר לסבור שעיקר הקושי הוא ניסוח קלוקל של הכותרת. כך, אחד השופטים בפרשת בוכריס גרס כי כותרת העבירה מטעה, וכי יש לתקנה ולהשמיט ממנה את המילה "בהסכמה", שכן העובדה שיחסי המין הם "בהסכמה" אינה מתיישבת עם האיסור עליהם.⁹⁶ ואולם הקושי אינו מתמצה בכותרת העבירה אלא מתגלה בנוסח האיסור. נוסח זה, כאמור, אינו כולל יסוד של אי-הסכמה. בעיה זו הובילה את בתי המשפט לאמץ עמדה שמספקת לכאורה פתרון לקושייה זו, אך במחיר יצירתה של בעיה אחרת, כפי שאפרט להלן. העמדה שאומצה בידי בתי המשפט היא כי חרף הכותרת "בהסכמה", האיסור על מין ביחסי מרות בעבודה עוסק למעשה במין ללא הסכמה:⁹⁷

"בנסיבות בהן אדם כפוף למרותו של אדם אחר, אין לייחס משמעות להסכמה הניתנת מצדו למעשים מיניים עם בעל המרות, ככל שהסכמה זו הנה תוצאת ניצולה של המרות... אפילו ניתנה הסכמה לביצועם של המעשים המיניים, החוק – בהכירו בעמדת הנחיתות הטבועה בה מצוי הקורבן – מאפשר לראותה, בנסיבות המתאימות להסכמה 'טכנית' שאין לייחס לה משמעות".

עמדה זו, המהווה כיום הלכה מחייבת בדין הפלילי לעניין העבירה של בעילה אסורה בהסכמה, מספקת לכאורה מענה לשאלת הרציונל של העבירה, משום שהיא גורסת שבנסיבות של ניצול יחסי מרות, הסכמתו של הכפוף לקיים יחסי מין עם מי שממונה עליו במקום העבודה אינה אמיתית ואינה תקפה.⁹⁸ מה שנחזה תחילה להיות איסור פטרנליסטי על מין בהסכמה בין בגירים הוא למעשה איסור על כפייה מינית. בהתאם לכך, הרציונל לאיסור – הערך המוגן של העבירה – הוא הזכות לאוטונומיה מינית. ואולם לצד ההקלה שהיא מספקת עמדה זו מולידה קושי חדש, שאף עליו עומדות הפסיקה והספרות. בעיה זו נוגעת להבחנה שבין העבירה של בעילה אסורה בהסכמה לבין עבירת האונס.

לאחר רפורמה משמעותית שעברו דיני האונס בישראל, כמו גם בעולם, עבירה זו נתפסת כיום כמיועדת להגן על ערך האוטונומיה המינית.⁹⁹ בעוד שבעבר הייתה עבירת

95 נשמעת אף טענה שלפיה תפקידה המרכזי של העבירה הוא לשמש את התביעה בהסדרי טיעון, כחלופה קלה יותר לאונס. ראו עומק מרכז לעיצוב מדיניות וחקיקה, לעיל ה"ש 90 בעמ' 10-11.

טענה זו מניחה שאין הצדקה מהותית להפללה נפרדת של בעילה תוך ניצול יחסי מרות.
96 "המילה 'בהסכמה' שבכותרת סותרת את לשון הסעיף עצמו, גורמת לבלבול, ועל כן יש למחוק אותה מכותרת הסעיף". ראו את פסק דינו של שופט דעת המיעוט, מ/6/16 התובע הצבאי הראשי נ' בוכריס [פורסם בנבו] (2.2.2017).

97 ע"פ 9256/04 נוי נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 172 (2005).

98 ישנם מקרים נוספים שבהם מבחינת משפטית נשלל תוקפה של הסכמת הקורבן, חרף קיומה של מחווה של הסכמה. כך למשל בהסכמה הניתנת בעקבות מרמה, שתוקפה נשלל לאחר מכן במסגרת הבריון המשפטי.

99 ראו אליגון-דר, לעיל ה"ש 71.

האונס חלק ממשטר מוסרני ופטריארכלי¹⁰⁰ שאסר גם על ניאוף,¹⁰¹ כיום היא נתפסת כמיועדת להבטיח את הבחירה החופשית במין ולמנוע כפייה. בעוד שבעבר דרשה עבירת האונס הוכחת אלימות פיזית מצד הבוועל ואף הוכחת התנגדות מצד הנפגעת, כיום ההנחה היא שגם ללא שימוש באלימות פיזית ישנם מצבים רבים של היעדר הסכמה ליחסי מין.¹⁰² לפיכך, עבירת האונס מבוססת על שני יסודות – אקט פיזי של בעילה והיעדר הסכמת הנפגעת.¹⁰³ ככל שהאיסור על בעילה ביחסי מרות בעבודה מניח אף הוא היעדר הסכמה של הצדדים, נשאלת כעת השאלה מהי ההבחנה בין עבירה זו לבין עבירת האונס. כפי שכותבת ליז מונטיליו, "הנחה זו עלולה להוביל למסקנה שאין מקום לקיום עצמאי לעברת ניצול יחסי מרות, שכן די בהעדר הסכמה חופשית כדי לבסס את קיומה של עברת האינוס".¹⁰⁴ במילים אחרות, אם יסוד ההסכמה הוא שמונח בבסיס שתי העבירות – מדוע לא ייחשב כל מקרה של בעילה תוך ניצול ביחסי מרות לאונס? זאת ועוד, כיצד ניתן להצדיק את הפער החד בענישה בין אי-הסכמה בנסיבות של ניצול יחסי מרות (שלוש שנות מאסר) לבין מקרים אחרים של אי-הסכמה ליחסי מין (16 שנות מאסר)?¹⁰⁵

בדין הפלילי בישראל לא ניתנה נכון לעתה תשובה מניחה את הדעת לקושי זה. אפשרות אחת היא לגרוס כי יש להבחין בין היעדר הסכמה לבין מצב של הסכמה

100 לתיאור בהיר של תפיסה זו, ראו GEOFFREY STONE, SEX AND THE CONSTITUTION: SEX, RELIGION, AND LAW FROM AMERICA'S ORIGINS TO THE TWENTY-FIRST CENTURY (2017).

101 Ann M. Coughlin, *Sex and Guilt*, 84 VA. L. REV. 1 (1998).

102 לפיכך בוטלה הדרישה להוכיח שימוש בכוח בעברת האינוס בתיקון מס' 61 לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א–2001, ס"ח 408). אף לפני ביטולה הפורמלי קבע בית המשפט העליון בפסק הדין המנחה בפרשת האונס בשומרת כי אין צורך להוכיח התנגדות פיזית מצד הנפגעת לצורך ביסוס העבירה (ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 301, 346 (1993)). לתיאור התפתחות הדין בסוגיה זו, ראו רותי לבנשטיין לזר "מבט חדש על הסכמה בעברת האינוס" עיוני משפט מב 67 (2019).

103 הגדרתה של עבירת האונס בחוק העונשין כוללת כמה חלופות, שכולן נתפסות כמגלמות מצבים של בעילה ללא הסכמה של הנפגע. כך ס' 345(א)(1) מגדיר אונס בפשטות כבעילת אישה "שלא בהסכמתה החופשית". החלופות האחרות של אונס (ס' 345(א)(2)–(5)) כוללות מצבים של מגע מיני עם מי שאינה מסוגלת לתת הסכמה חופשית (מחמת גיל צעיר, חוסר הכרה או לקות שכלית או נפשית), או סוגים מסוימים של מרמה שאף הם נחשבים כשוללים את תוקפה של ההסכמה ליחסי מין, ולפיכך מומשגים כמצבים של מין ללא הסכמה.

104 מונטיליו, לעיל ה"ש 92, בעמ' 81. מונטיליו מוסיפה וכותבת כי שאלת ההבחנה העקרונית מולידה גם הבחנה מעשית: "יסוד ההסכמה הוא שמונח בבסיס שתי העבירות ומעלה את השאלה מתי ההסכמה אינה חופשית כדי להיכנס בגדריה של עברת האינוס, ומתי מדובר בהסכמה שניתנה בניצול יחסי מרות בלבד" (שם, בעמ' 70).

105 ההנחה בדין הפלילי היא שפערי ענישה מבטאים רמות חומרה שונות, המצדיקות גמול עונשי שונה. לסקירה כללית של תאוריה גמולנית של ענישה, ראו יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך ג 1429 (2014).

פגומה,¹⁰⁶ וכי החומרה המוסרית של קיום מגע מיני ללא הסכמה גדולה יותר מאשר זו של קיום מגע מיני עם אדם שהסכמתו ליחסי מין היא "רק" פגומה. ואולם טרם פותח בסיס תאורטי להבחנה זו,¹⁰⁷ וטרם הוגדרו הקווים המבדילים בין סוגים שונים של אי-הסכמה ליחסי מין, באופן שמסביר הבדלים בתיוג ובענישה בין עבירות שונות. למעשה, הנטייה הרווחת יותר בספרות המשפטית הישראלית היא ללכת בכיוון ההפוך: להניח שאין הבדל של ממש בין היעדר הסכמה להסכמה פגומה, ומה שטעון תיקון הוא נוסחו הנוכחי של החוק, המבחין ביניהם. כך, קמיר גורסת כי אין מקום לקיומה הנפרד של העבירה של בעילה אסורה ביחסי מרות בחוק העונשין, ואף כי אין מקום להקל עם מי שבועל אישה תוך ניצול יחסי מרות. לפיכך לטעמה יש למחוק עבירה זו מספר החוקים, ולשפוט מקרים של בעילה תוך ניצול יחסי מרות תחת עבירת האונס.¹⁰⁸ אף אורנה אליגון-דר מחזיקה בעמדה דומה, שלפיה ניצול יחסי מרות מהווה מה שהיא מכנה "כפיית אינטימיות", שאינה שונה במהותה מסוגים אחרים של כפיית אינטימיות, לרבות מה שעל פי הדין הקיים מסווג כ"אונס".¹⁰⁹

ישנה זיקה הדוקה בין הדיון המתקיים בדין הפלילי בנוגע לעבירה של בעילה אסורה ביחסי מרות בעבודה, לבין מחלוקת הסמכויות הנוגעת לעוולה האזרחית של הטרדה מינית, שתוארה לעיל. עמדתה של קמיר בנוגע לעבירה הפלילית של בעילה אסורה בהסכמה מתיישבת עם עמדתו של בית המשפט העליון במחלוקת הסמכויות האזרחית. על פי עמדה זו כלל המקרים של יחסי מין חודרניים דומים זה לזה, ושייכים כולם לקטגוריה אחת ("תקיפה"). ההבדל בין אונס להטרדה מינית הוא בעיקרו הבדל הנוגע לחודרנותם של המעשים המיניים: בעוד שאונס ובעילה ביחסי מרות הם תקיפה מינית חודרנית, הטרדה מינית היא תקיפה מינית בלתי חודרנית, הכוללת נגיעות מיניות ("מעשה מגונה") או הטרדה מילולית. עמדתו של בית הדין לעבודה מציעה

106 ניסוח כזה משתמע מחלק מהניסוחים המופיעים בפסיקת בתי המשפט. כך למשל, בעניין **בן חיים** גרסה השופטת בייניש כי קיומו של ניצול יחסי מרות מקים הנחה סטטוטורית שלפיה "ההסכמה שניתנה פגומה, שכן אין היא פרי רצון חופשי ואמיתי" (ההדגשה הוספה). ראו ע"ש 4790/04 **מדינת ישראל נ' בן חיים**, פ"ד ס(1) 257, פס' 7 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) בייניש (2005).

107 ליו מונטיליו דנה באופן פרגמטי בסיווג המקרים שראוי לשפוט אותם כבעילה אסורה לעומת המקרים שראוי לשפוט אותם כאונס. אולם היא אינה מניחה בסיס תאורטי להבחנות המוצעות. ראו מונטיליו, לעיל ה"ש 92.

108 קמיר "סקס בעבודה", לעיל ה"ש 46, בעמ' 25.

109 אליגון-דר מציעה, כי יש להבין תחת המושג "כפיית אינטימיות" את הערך שראוי להיות מוגן בתחום עבירות המין. כך, היא כותבת כי "הפגיעה המינית משמעה גם כפייה של אינטימיות, רגשות, תחושות גופניות ומיניות, והפיכת הקורבן לשותף אינטימי לסיפוק התוקף". אולם בדומה לקמיר, אף היא מחזיקה בעמדה מוניסטית בעיקרה, שלפיה אותו ערך מוגן הוא שמצדיק הן את קיומה של עבירת האונס והן את האיסור על בעילה תוך ניצול יחסי מרות. היא מציעה להשתמש במושג חדש – "היעדר בחירה נשלטת" בתוספת קביעה חקיקתית כי "שימוש בכוח, איום, פחד, ניצול מרות או סמכות מקימים חזקה לכאורה להעדר בחירה נשלטת" (אליגון-דר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 222).

אלטרנטיבה לגישה זו, שכן היא רואה בבעילה תוך ניצול יחסי מרות בעבודה הטרדה מינית ולא תקיפה. מעניין לציין שעמדה זו מתיישבת טוב יותר עם הדין הפלילי הקיים, משום שהענישה על בעילה תוך ניצול מרות בעבודה קרובה הרבה יותר לענישה על הטרדה מינית מילולית מאשר על אונס. ואולם עמדה זו חסרה בסיס תאורטי שיבאר את מובחנותו של העוול של ניצול ביחסי מרות מהעוול של כפייה או של תקיפה מינית. בפרק הבא אציע בסיס כזה, המבוסס על תאוריה נאו-רפובליקנית של חופש משליטה.

ב. בסיס נאו-רפובליקני להמשגת הפסול בהטרדה מינית במסגרת יחסי סמכות

1. חופש משליטה

בטרם אציג את הטענות, חשוב להטעים כי הדברים שייאמרו להלן בנוגע לחופש משליטה הם גרסה מסוימת של תאוריה נאו-רפובליקנית, המהווה כותרת גג למרחב שלם של כתיבה ושל כותבים, שיש ביניהם לא פחות מחלוקות מאשר הסכמות.¹¹⁰ מאמר זה אינו מתיימר להקיף ספרות זו, אלא משתמש בחלקים ממנה הרלוונטיים לסוגיה שעל הפרק. בהמשך לכך, הגרסה הנאו-רפובליקנית שתוצג להלן עשויה שלא להלום חלק מההנחות המוקדמות של הקוראים בנוגע לתאוריה רפובליקנית. כך למשל, קוראות מסוימות עשויות להניח כי הניתוח שלהלן יעסוק בחירות חיוביות, להבדיל מחירות שלילית שבה מתמקדת תאוריה ליברלית קלאסית.¹¹¹ קוראות אחרות עשויות לקשר בין תפיסה רפובליקנית לבין הסוגיה של השתתפות במרחב הפוליטי-ציבורי. הנחות אלה באשר למונח "תאוריה רפובליקנית" אינן שגויות, אולם הטענות שיפותח להלן יתמקד במושג אחר שעניינו חופש משליטה,¹¹² ואשר מופיע בשנים האחרונות

110 לאבחון דומה של רוחב היריעה בהגות הנאו-רפובליקנית, ראו אלון הראל "החובה להפיל" **חוקים** יא 37, 44 (2018).

111 על פי ההבחנה המקובלת במחשבה הליברלית, ישנם שני סוגים של חירות: חירות שלילית היא החופש מכפייה חיצונית ("חירות מ...") ואילו חירות חיובית היא החירות לעשות משהו שאדם בוחר בו ("חירות ל..."). לניסוח קלאסי של ההבדל בין שני הסוגים, ראו Isaiah Berlin, *The Two Concepts of Liberty*, in *Four Essays on Liberty* 118 (Oxford Press 1969). תפיסות ליברליות פרוגרסיביות מייחסות חשיבות לשני סוגי החירות, ואולם התפיסה הליברלית הקלאסית (המכונה לעיתים "ליברטריאנית") סבורה כי תפקיד המדינה מצטמצם להגנה על חירות שלילית.

112 העבודות המרכזיות בזרם זה הן אלה: QUENTIN SKINNER, *LIBERTY BEFORE LIBERALISM* (1998); PHILIP PETTIT, *REPUBLICANISM: A THEORY OF FREEDOM AND GOVERNMENT* (1997); FRANK LOVETT, *A GENERAL THEORY OF DOMINATION AND JUSTICE* (2010).

בתאוריה הנאו-רפובליקנית.¹¹³ כפי שנראה להלן, חופש משליטה אינו מתמין באופן ברור לדיכטומיות הליברליות של חירות חיובית או שלילית.¹¹⁴ תאוריה נאו-רפובליקנית מציבה במרכז את הערך של חופש משליטה (freedom from domination), וגורסת כי יעד מרכזי בכינון משטרים החותרים לצדק הוא קידומו של ערך זה.¹¹⁵ מובן שערכים של חופש או של חירות מנחים אף את התאוריה הפוליטית הליברלית.¹¹⁶ ואולם נקודת הפתיחה של השיחה הנאו-רפובליקנית איננה תיאור מעלותיו של החופש, אלא תיאור סכנותיה של שליטה, שהיא כוח חברתי שבני אדם מחזיקים בו כלפי בני אדם אחרים. כוח חברתי הוא כמובן מונח רחב מאוד.¹¹⁷ אפשר לגרוס במידה רבה של צדק, כי כל אדם מחזיק בשלבים מסוימים בכוח כלפי בני אדם אחרים, ואף נתון לכוחם או להשפעתם של אחרים. ואולם שליטה מציינת מצב מסוים של כוח, או למעשה של יחסי כוח, שהדוגמה הפרדיגמטית שלהם היא יחסי אדון-עבד, או יחסים פטריארכליים.¹¹⁸ מה הופך יחסים אלה למיוחדים? ומה מאפיין את כוח השליטה שבו מחזיקים בעלי הכוח (האדון כלפי העבד, הבעל כלפי אשתו) כלפי הכפופים להם, על פי התפיסה הנאו-רפובליקנית?

ראשית, מדובר במבנים או במערכות שבהן חלוקת הכוח היא אסימטרית במובהק, כך שאנשים מסוימים הם המפעילים דרך שגרה כוח כלפי בני אדם אחרים, הנתונים לשליטתם, להבדיל ממצב שבו א יכול להפעיל כוח כלפי ב, אך גם ב יכול להפעיל כוח כלפי א. שנית, הכוח המאפיין יחסים היררכיים דוגמת אדון-עבד מתואר בניתוחים נאו-רפובליקניים במונחים של כפיפות לקבלת החלטות שהיא שרירותית, במובן זה שהיא פועל יוצא של רצונו או של החלטתו של בעל הכוח ללא כפיפות לסטנדרטים חיצוניים.¹¹⁹ על פי Philip Pettit, אדם הנתון לשליטה הוא מי שנתון לחסדיו של אדם

113 להבחנה בין תאוריה רפובליקנית לתאוריה נאו-רפובליקנית, ראו Christopher McCammon, *Domination*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., Winter 2018 ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/domination>

114 לטענה כי חופש משליטה אינו אקוויוולנטי לחירות חיובית, ראו PETTIT, לעיל ה"ש 112, בעמ' 27.

115 שם, בעמ' vii.

116 JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (1859).

117 דניס רונג למשל טוען, כי בהגדרתו הרחבה, כוח הוא כל סוג של השפעה מכוונת של אדם על אדם אחר. ראו DENNIS H. WRONG, POWER: ITS FORMS, BASES, AND USES 32 (1995).

118 ראו McCammon, לעיל ה"ש 113. חשוב לציין כי המונח הפטריארכלי בהקשר זה אינו מתייחס לאי-שוויון כללי בין גברים לנשים בחברה, אלא למובן ספציפי יותר – המוסד המשפטי של יחסים זוגיים פטריארכליים, שהתבטאו בסמכות של הבעל כלפי אשתו, לרבות פרוגרטיבה של הבעל למשמוע של אשתו באמצעות אלימות פיזית.

119 "Dominating power is in some sense **unconstrained**. It is up to masters how they will or will not use their power. Such power is often described as **arbitrary** or **discretionary**; or, perhaps, unlimited by the interests of those under its sway." (שם, ההדגשות במקור).

אחר (at the mercy), שמצידו מחזיק בשיקול דעת רחב ושרירותי (arbitrary) בנוגע אליו. כך, Pettit כותב כי:¹²⁰

"The grievance that I have in mind is that of having to live at the mercy of another, having to live in a manner that leaves you vulnerable to some ill that the other is in a position arbitrarily to impose... being subject to the potentially capricious will or the potentially idiosyncratic judgement of another".

שלישית, שליטה היא מצב דברים – מעין סטטוס – שאינו מותנה בהתקיימותם של אקטים מוגדרים של כפייה.¹²¹ המילה "שליטה" מציינת תשתית של יחסי כוח, שבה הדבר החשוב הוא הפוטנציאל להפעלת כוח – כבר שם ישנה כפיפות לשליטה. בדוגמה מפורסמת על מצבו של העבד, Pettit מדגיש כי העבד נמצא במצב של כפיפות לשליטה גם אם הוא "זכה" באדון טוב ומיטיב, המתחשב ברצונות או באינטרסים של העבד בטרם יקבל החלטה כלשהי.¹²²

הכפיפות לכוח עריץ ושרירותי אשר Pettit מתאר מובנת לנו אינטואיטיבית, וביכולתנו להעלות על הדעת ללא קושי דוגמאות היסטוריות למצבים מעין אלה, הן בהקשר של הספירה הפוליטית (שליט אבסולוטי) והן בהקשר של יחסים חברתיים או בין-אישיים (יחסי אדון-עבד). ואולם מתעוררת השאלה, מהן הזירות העכשוויות בעולם החברתי והפוליטי שבהן נוכל לזהות יחסי שליטה. השאלה היא נוקבת, משום שהמהפכה המודרנית במשטרים המגדירים את עצמם נאורים מובנת בין השאר ככזו שמגירה משטרים עריצים דוגמת העבדות, או שינתה מן היסוד את המודל של זוגיות פטריארכלית. מהי אפוא הרלוונטיות של העיסוק בחופש משליטה לחיים המודרניים? הוגים נאו-רפובליקנים סבורים כי סכנת השליטה לא פסה מן העולם והיא מאפיינת גם משטרים מודרניים, אם כי הם חלוקים בשאלה היישומית, באילו זירות חברתיות ופוליטיות ישנה נכון לעתה שליטה או סכנת שליטה.¹²³ שאלה נוספת שבה חלוקים הוגים שונים במסורת זו היא אילו אמצעים ראוי לאמץ כדי להתמודד עם הסכנה ולקדם חופש משליטה בחיים הפוליטיים והחברתיים הנוכחיים.

120 PETTIT, לעיל ה"ש 112, בעמ' 5.

121 "Under the republican way of contrasting liberty with slavery, it is possible for liberty to be lost without actual interference. This is a first ground for thinking that the conception casts liberty as non-domination, not as non-interference". ראו שם, בעמ' 35.

122 שם, בעמ' 32.

123 פטיט גורס כי יחסי שליטה מתקיימים הן בספירה הפוליטית, ביחסים שבין השלטון לאזרחים, והן ביחסים בין פרטים, אולם הוא אינו מפתח מודל מפורט למיפוי הזירות החברתיות שבהן ישנם יחסי שליטה. לביקורת על חסר זה אצל פטיט, ראו Michael J. Thompson, *Reconstructing Republican Freedom: A Critique of the Neo-Republican Concept of Freedom as Non-Domination*, 39 PHIL. & SOC. CRITICISM 277 (2013).

תחום מרכזי שבו הוגים נאו־רפובליקנים מזהים את סכנת השליטה הוא היחסים שבין השלטון הפוליטי לאזרחים – גם במשטרים המחשיבים את עצמם לנאורים. למעשה, טוענים נאו־רפובליקנים, הדרך להבין ולהמשיג חלק מהמנגנונים המשפטיים המוכרים לנו, כגון המנגנון של "איונים ובלמים" בין רשויות השלטון, היא דרך הרעיון של ריסון שליטה.¹²⁴ אלא שבעיית השליטה על פי הנאו־רפובליקנים אינה נחלתו הבלעדית של התחום הפוליטי, והיא קיימת גם ביחסים בין פרטים ובמוסדות חברתיים שאינם מדינתיים.¹²⁵ זרם חשוב של כותבים במסורת הנאו־רפובליקנית מייחד את המונח "שליטה" ליחסים חברתיים ממוסדים, שבהם השליטה מעוגנת בנורמות שזוכות לגיטימציה, דהיינו שליטה המגולמת בעמדות סמכות.¹²⁶ תחום מרכזי שבו נאו־רפובליקנים עוסקים בהקשר זה הוא תחום יחסי העבודה.¹²⁷ בעניין זה מצויים הבדלים מהותיים בין האופן שתפיסה נאו־רפובליקנית רואה את יחסי העבודה, לבין האופן שתפיסה ליברלית ממשיגה יחסים אלה. בעוד שעל פי תפיסה ליברלית יחסי עבודה מודרניים שונים מהותית מעבודות, בכך שהם מבוססים על הסכמה של שני הצדדים (המעבר מ"סטטוס לחוזה"),¹²⁸ תפיסה נאו־רפובליקנית גורסת שגם אם ראשיתם של יחסי העבודה בחוזה, עדיין קיימת בהם מידה רבה של שליטה ושל כוח היררכי.¹²⁹

124 PETTIT, לעיל ה"ש 112, בפרק השביעי.

125 כך למשל, פטיט מראה כי יחסים חוזיים בין בני אדם יכולים לבסס שליטה: "Whether a relationship sprang originally from a contract or not, whether or not it was consensual in origin, the fact that it gives one party the effective capacity to interfere more or less arbitrarily in some of the other's choices means that the one person dominates or subjugates the other" (שם, בעמ' 62).

126 גישה זו מכונה תפיסה תלויה נורמות (norm-dependent). ראו McCammon, לעיל ה"ש 113, בעמ' 13-15.

127 ראו למשל Tom O'Shea, *Are Workers Dominated?*, 16 J. ETHICS & SOC. PHIL. 1 (2019); Alan Bogg, *Republican Non-Domination and Labour Law: New Normativity or Trojan Horse*, 33 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 391 (2017); Keith Breen, *Non-Domination, Workplace Republicanism, and the Justification of Worker Voice and Control*, 33 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 419 (2017); David Cabrelli & Rebecca Zahn, *Theories of Domination and Labour Law: An Alternative Conception for Intervention*, 33 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 339 (2017).

128 HENRY S. MAINE, *ANCIENT LAW* (1861). לסקירה כללית של גישות תאורטיות בתחום דיני העבודה, ראו Guy Davidov & Brian Langille eds., *THE IDEA OF LABOR LAW* 101-75 (2011).

129 הפרספקטיבה הנאו־רפובליקנית של דיני העבודה נבדלת מתפיסה אחרת, שהיא דומיננטית מאד בתאוריה של דיני העבודה, המדגישה את פערי הכוח שבין מעבידים לעובדים ואת התלות הכלכלית של עובדים במעבידים. להבחנה בין הגישות, ראו Guy Davidov, *Subordination vs Domination: Exploring the Differences*, 33 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 17 (2017). לעומדה הפוכה, המזהה בין ניצול (exploitation) לבין שליטה (domination) ביחסי

כך, בספר משפיע מהשנים האחרונות, שכותרתו היא "Private Government", טוענת Elizabeth Anderson כי מעבידים נהנים מכוח שליטה גורף כלפי עובדים. היא משתמשת במונחים שבאופן מסורתי שימשו כדי לתאר את השלטון הפוליטי – "government" וכן "rule" – כדי לתאר את כוח השליטה שבו נתונים עובדים.¹³⁰ כוח זה אינו מתמצה בקביעת שכר העבודה, שבעניינו יש לעובדים – לפחות לחלקם – מרחב מיקוח מסוים, אלא הוא מתייחס לחיי העבודה במלאותם, הכוללים – מלבד שכר ותנאים חומריים – אף קביעת סדר יום ארגוני, הקצאת משימות, הערכת עובדים והחלטות בעניין קידום, וכן ארגון המרחב הפיזי של מקום העבודה. גם העובדה שעובדים נהנים מניידות (mobility) מסוימת בין מקומות עבודה, ושביכולתם לסיים את חוזה העבודה, אינה סותרת לדידה את מצב השליטה, כשם שיכולתם של אזרחים להגר ממדינה שבה נוהג שלטון פשיסטי אינה מאיינת את אחיזתו של השלטון על חייהם ועל מידת החופש שלהם, כל עוד הם לא היגרו.¹³¹

אלא שכל שיחסי העבודה אכן מובנים ככאלה שהשליטה ארוגה לתוכם, ובהנחה שקיומה של שליטה אינו מותנה באקטים מוגדרים של כפייה או של הפרת חוזה, נשאלת השאלה מהו טעמה של התלונה¹³² – כפי ש-Pettit מכנה זאת – שמשמיעים נאו-רפובליקנים בנוגע לקיומה של שליטה. אם אפיון זה הוא כה מובנה בחיינו כפי שאנו מכירים אותם כעת, מתעוררת השאלה מהו הדבר שעל פי הגישה הנאו-רפובליקנית יש לעשותו כדי למגר את כוח השליטה. האם הפועל היוצא מתפיסה זו הוא אימוץ גישה אבוליסיוניסטית (abolitionist) קוראת למיגור יחסי העבודה כפי שאנחנו מכירים אותם (בדומה לביטול העבדות, או למהפכה פרולטרית בנוסח מרקסיסטי)? או שמא כל מה שבידה של התובנה הנאו-רפובליקנית להציע בסופו של דבר הוא מעין התפכחות מרירה, שהיא מנת חלקם של מי שמישירים מבט אל המציאות גם אם אין בכוחם לשנותה? אף שניתן להבחין בנימה אחרונה זו בחלק מן הניתוחים,¹³³ עמדה רווחת יותר פונה לאיתור מנגנונים לטיפול בסכנת השליטה, אך זאת, יש להדגיש, מבלי לבטל כליל את יחסי השליטה או לשנות שינוי מהפכני את המוסדות החברתיים שבהם היא נוכחת.

עבודה, ראו NICHOLAS VROUSALIS, EXPLOITATION AS DOMINATION: WHAT MARKS CAPITALISM UNJUST (2023).

ELIZABETH ANDERSON, PRIVATE GOVERNMENT: HOW EMPLOYERS RULE OUR LIVES 130 (2017) (AND WHY WE DON'T TALK ABOUT IT) (להלן: Anderson, PRIVATE GOVERNMENT).

131 שם.

132 פטיט משתמש במילה "grievance" (Pettit, לעיל ה"ש 112). שפירו משתמש במילה "complain": "When people complain about domination, they usually complain about an injustice, and rightfully so" ראו Ian Shapiro, *On Non-Domination*, 62 TORONTO. L.J. 293 (2012).

133 ANDERSON, PRIVATE GOVERNMENT, לעיל ה"ש 130.

מנגנון מסוג אחד לטיפול בשליטה כרוך בהטלת מגבלות על כוח ההכרעה של מי שמצוי בעמדת השליטה – לעקר את עריצותו באמצעות הכפפתן של החלטות מסוימות לביקורת חיצונית – פרוצדורלית או מהותית – שעשויה לשנות או לשלול את תוקפה של ההחלטה. מנגנון ראשון כזה מתחום דיני העבודה שנאו־רפובליקנים עוסקים בו הוא מגבלות על כוח הפיטורין של המעביד.¹³⁴ מנגנון שני מבטיח ערוצי השתתפות בקבלת ההחלטות של מי שנתונים לשליטה – דוגמת השתתפות עובדים או ארגוני עובדים בהליכי קבלת החלטות בתאגידים.¹³⁵ מנגנונים מסוג שלישי חותרים לצמצם את מוטת השליטה של מעבידים על חייהם של העובדים, למשל באמצעות מגבלות רגולטוריות על התערבותם בחייהם הפרטיים של העובדים, כגון על אפשרות הגישה לתיבות דואר אלקטרוני פרטיות.¹³⁶ מנגנון רביעי הוא איסורן של התנהגויות נקודתיות, המהוות ניצול לרעה של כוח, בידי מי שמחזיקים בעמדות סמכות. מנגנון זה קיים זה שנים בתחום של עובדי ציבור, בדמות עבירות שחיתות¹³⁷ כמו שוחד,¹³⁸ ניצול לרעה של כוח המשרה¹³⁹ ומרמה והפרת אמונים.¹⁴⁰ אני טוענת כי הרעיון של ניצול לרעה של כוח חיוני להבנת הרגולציה של הטרדה מינית ביחסי סמכות, הגם שהיא אינה מוגבלת לתחום השלטוני.

2. שליטה לעומת כפייה

בטרם נעבור לדון בקשר שבין חופש משליטה לבין הטרדה מינית ביחסי סמכות, חשוב לעמוד בשלב זה של הדיון על ההבדלים העקרוניים שבין התפיסה הנאו־רפובליקנית של שליטה (domination) לבין התפיסה הליברלית, שהמונח המרכזי שלה

Virginia Mantouvalou, *Human Rights and Unfair Dismissal: Private Acts in Public Spaces*, 71 MODERN L. REV. 912 (2008) 134

Alan Bogg & Cynthia Estlund, *Freedom of Association and the Right to Contest: Getting Back to Basics*, in VOICES AT WORK: CONTINUITY AND CHANGE IN THE COMMON LAW WORLD 141 (Alan Bogg & Tonia Novitz eds., 2014); ALEX GOUREVITCH, FROM SLAVERY TO THE COOPERATIVE COMMONWEALTH: LABOR AND REPUBLICAN LIBERTY IN THE NINETEENTH CENTURY (2014) 135

ANDERSON, PRIVATE GOVERNMENT, לעיל ה"ש 130. 136

JEREMY HORDER, CRIMINAL MISCONDUCT IN OFFICE: LAW AND POLITICS (2018) 137
אומר הורדר: "A classic instance of domination is an official's use of a public position, to use Coke's words, 'to do according to their wills and private affections' in the way another person is treated, rather than using their authority to further the public good" (שם, בעמ' 59).

ס' 290 לחוק העונשין. 138

שם, בס' 280. 139

שם, בס' 284. 140

לתיאור עוולות הוא כפייה (coercion).¹⁴¹ במבט ראשון שני המונחים קרובים זה לזה. לכאורה, איסורים על שליטה ואיסורים על כפייה מכוונים שניהם למנוע רעה דומה – מצב שבו א יקבע עבור ב תכתיב שהוא אינו מעוניין בו. המונחים הללו ודאי נראים קרובים זה לזה כאשר מנגידים בין שניהם גם יחד לבין שוויון – מונח שהוא עוגן למשפחה נוספת (ואחרת) של תפיסות צדק, הדומיננטי בתאוריה המשפטית של הטרדה מינית. אולם יש הבדלים חשובים בין שליטה לכפייה, ובין "חירות משליטה" לבין "חירות שלילית", בהתאמה.

התאוריה הנאו-רפובליקנית ביקשה במכוון לנסח את עצמה כאלטרנטיבה לתאוריה הליברלית, שמקורה בהגות של המאה השמונה עשרה.¹⁴² העולם שהתפיסה הליברלית מדמה הוא עולם של פרטים – אינדיבידואלים – שלכל אחד מהם מוקצה מרחב ריבוני לפעולה. הבטחת ריבונות זו לכלל האינדיבידואלים היא היעד המרכזי של משטר ליברלי. העוול או הסכנה המרכזית המדומינת היא מצב שבו הריבונות של א תאויס בפלישה או בהתערבות (interference) מצידו של ב, ולהפך – שהריבונות של ב תאויס בהתערבות מצידו של א, שכן סכנת ההתערבות היא סימטרית. תפקידה של המדינה על פי תפיסה זו הוא להבטיח חירות מכפייה או מהתערבות, כדי להגן על הערך של חירות שלילית.¹⁴³

העולם שהתפיסה הנאו-רפובליקנית מדמה הוא שונה. ראשית, הוא איננו עולם של פרטים הפועלים זה לצד זה, אלא עולם של מוסדות ושל מבנים חברתיים, שבהם בני אדם ממלאים תפקידים מוגדרים.¹⁴⁴ שנית, בניגוד לתפיסה הליברלית שמניחה סימטריה של כוח בין בני אדם, התפיסה הנאו-רפובליקנית מניחה היררכיה ואסימטריה של יחסי כוח. מובן שגם כאשר בעולם הליברלי א מתערב בחייו של ב, מדובר בהפעלת כוח המפירה את הסימטריה ביניהם. ואולם התפיסה הליברלית רואה אסימטריה רק כאשר יש אפיוזדות נקודתיות של התערבות בין א ל-ב. לעומת זאת, התפיסה הנאו-רפובליקנית מניחה, שבמוסדות חברתיים מסוימים המצב הקבוע הוא אסימטריה של כוח. זאת ועוד, מה שמטריד במצב האסימטרי של הכוח איננו הפגיעה בחירות שלילית, אלא השליטה המובנית של אחד הצדדים באחר. שליטה זו משמעותה שהכפוף צריך להיענות דרך קבע לדרישות הבכיר, ואף תופס את עצמו ככפוף אליו.

141 כאמור לעיל, אני משתמשת במונח "כפייה" במובנו הרחב כפוגע בחירות שלילית. ראו Anderson Scott, *Coercion* §3.3, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta & Uri Nodelman eds., Spring 2023), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/coercion/>

142 כותרת ספרו של סקינר – "Liberty Before Liberalism" – לוכדת בתמצית את התחרות שבין הגישה הליברלית לגישה הנאו-רפובליקנית. ראו SKINNER, לעיל ה"ש 112.

143 Berlin, לעיל ה"ש 111.

144 כאמור לעיל, זוהי אסכולה מסוימת של מחשבה נאו-רפובליקנית, המדגישה את הקשר שבין שליטה למוסדות חברתיים. ראו Dorothea Gädeke, *Does a Mugger Dominate? Episodic Power and the Structural Dimension of Domination*, 28 J. POL. PHIL. 199 (2019).

שליטה היא אפוא מצב מובחן מכפייה או מהתערבות, ולפיכך ישנם מצבים של שליטה ללא התערבות.¹⁴⁵ בדוגמה המפורסמת של Pettit בעניין זה, עבד יכול "לזכות" באדון מיטיב, שאינו פוגע בחירותו, ומקפיד למשל לבקש את הסכמתו לכל שירות או טובת הנאה שיספק לאדון. במצב זה, אף שבכל מקרה נקודתי אין פגיעה בחירות שלילית, העבד לא יהיה "פחות עבד".¹⁴⁶ מה שהופך אותו לעבד ומה שמציין את מצב השליטה הוא היותו נתון לחסדיו של האדון, שבידיו לבטל בכל עת את המשטר הנאצל שהנהיג. מה שהופך אדם לעבד הוא היותו נתון לשליטתו של אדם אחר ולכושר שיפוטו, כחלק ממשטר משפטי ממוסד המאשר שליטה זו ככוח משפטי בפורטנציה, גם אם אינו מנוצל בכל רגע נתון.

עולה מכך שעוד בטרם עוסקים בבעיה של הטרדות מיניות, לידם של נאור-רפובליקנים היחסים שבין ממונים לעובדים במקום העבודה הם רוויי שליטה אף בהיעדר כפייה. השליטה היא ממוסדת ומובנית לתוך היחסים, משום שיחסי העבודה מעניקים לממונים כוח לקבל החלטות מכריעות בנוגע לכפופים להם – המשך עבודתם או הפסקתה, קידום, המשימות שיוטלו עליהם וכיוצא באלה. כוחם של הממונים אינו מתמצה רק בקבלת החלטות שיש להן השלכות על העובדים, אלא בידיהם לקבוע הוראות שעל עובדים למלא, מבלי שמתבקשת – או מתקבלת – הסכמתם לכל הוראה בפני עצמה. ודוק, הטענה הנאור-רפובליקנית איננה שמצב זה מהווה כפייה הפוגעת בחירותם השלילית של עובדים. מצב זה מהווה שליטה, שהדרך להתמודד עימה שונה מאשר הדרכים המקובלות להתמודדות עם כפייה.

3. ניצול לרעה של סמכות ושליטה פסולה

כאמור, הדרך להתמודד עם שליטה אינה חייבת להיות מיגורה המוחלט. נהפוך הוא, רבים מההוגים הנאור-רפובליקנים מניחים כי מצבי שליטה הם בלתי נמנעים לקיומה של חברה ושל מדינה, אלא שהם מציעים מנגנונים לריסונה. לפיכך, במקום לשאול מתי החופש נפגע מכפייה, השאלה שליברלים מתמקדים בה, אני מציעה לשאול, בהשראת התאוריה הניאור-רפובליקנית, מתי החופש נפגע משליטה פסולה. שליטה במובנה הנאור-רפובליקני היא מצב שכבר מגלם סכנה פוטנציאלית לחופש; אלא שעלינו לאתר את הנקודה שבה נחצה הגבול משלב הפוטנציאל לשלב המימוש – מתי עברנו מ"שליטה" ל"שליטה פסולה". אחד המושגים החשובים בהקשר זה, המופיעים בספרות הנאור-רפובליקנית, הוא "ניצול לרעה של כוח" (abuse of power). הרעיון של ניצול לרעה של כוח מניח בעת ובעונה אחת כי כוח הוא מותר, וכי שימוש פסול בו הוא אסור. הנחת היסוד של מושג זה היא שאין לנו (כמדינה, כחברה) כוונה למגר את הכוח באשר הוא. אין לנו ציפייה שהעולם יהיה נקי מכוח. ואולם יש לנו ציפייה שהכוח יהיה

145 אפשר אף להעלות על הדעת מצבים של התערבות ללא שליטה. כך למשל, אדם הנוטל אקדח ויורה באדם אחר מבצע מעשה של כפייה או של התערבות, אך לא של שליטה (שם).

146 PETTIT, לעיל ה"ש 112, בעמ' 32.

מוגבל ושהשימוש בו יהיה ראוי. ניצול לרעה של הכוח יהווה על פי תפיסה זו שליטה פסולה.¹⁴⁷

ניסוח משכנע במיוחד לקשר שבין הרעיון של ניצול לרעה של כוח לפגיעה בחופש משליטה מצוי בכתיבתו של Ian Shapiro.¹⁴⁸ בדומה ל-Shapiro, Pettit סבור כי חופש משליטה – להבדיל משוויון או חירות שלילית¹⁴⁹ – הוא תפיסת הצדק שצריכה לעמוד לנגד עיניו של כל משטר פוליטי.¹⁵⁰ ואולם בשונה מ-Shapiro, Pettit¹⁵¹ מדגיש כי לא השליטה כשלעצמה מהווה חוסר צדק, אלא יש להתמקד בסיטואציות שבהן מי שמצויים בעמדת הכוח מנצלים לרעה את כוחם;¹⁵²

“Our freedom is often curtailed when we are in the power of others, but this is not domination unless that power is somehow abused or pressed into the service of an illegitimate purpose. Children are in the power of parents, students of teachers, workers of employers; in all these cases, their freedom is limited. But we only think of it as domination if those in positions of authority abuse their power in some way, as when an employer or teacher demands sexual favours as a condition for promotion or a good grade”.

Shapiro, למותר לציין, אינו חוקר בתחום ההטרדות המיניות, ואף המאמר המצוטט אינו עוסק בהטרדות מיניות. הוא מונה מקרה של הטרדה מינית כדוגמה לסוגיה הכללית של שליטה. אולם בטרם נעמיק בקשר שבין הטרדה לשליטה, חשוב לשים לב לכמה מאפיינים כלליים של שליטה פסולה, שהפסקה המצוטטת לוכדת אותם. ראשית, הגם שהביטוי “ניצול לרעה של כוח” (abuse of power) מוכר לנו בעיקר מההקשר של שחיתות פוליטית, היחסים אשר Shapiro דן בהם כיחסי שליטה טיפוסיים שייכים לספירה האזרחית-פרטית, וכוללים את היחסים שבין הורים לילדים, מעבידים לעובדים, מורים לתלמידים. שנית, הגם שדיבור על שחיתות – שוב, בעיקר בהקשר הפוליטי – נדון פעמים רבות בהקשר של הנזק הטמון בשחיתות לאינטרסים ציבוריים מובהקים (הפרעה למנהל תקין, פגיעה באמון הציבור), Shapiro דן בניצול לרעה של כוח ביחסי

147 ראו HORDER, לעיל ה"ש 137, בעמ' 59-60. בדומה לשפירו, הורדר סבור כי שליטה כשלעצמה אינה פסולה כל עוד הכוח לא נוצל לרעה. כך למשל, הוא טוען כי “a certain amount of domination can sometimes be justified. Prisoners are subject to a significant degree of domination during their sentences, even in benign prison regimes. More pertinently, domination may be manifested not only through a regime of control, but through the way, even on a single occasion, that an official uses his or her office” (שם).

148 Shapiro, לעיל ה"ש 132, וכן IAN SHAPIRO, POLITICS AGAINST DOMINATION (2016).

149 על ההבחנה בין חופש משליטה לחירות שלילית, ראו Pettit, לעיל ה"ש 114, בעמ' 23-24.

150 Shapiro, לעיל ה"ש 132, בעמ' 294-295.

151 לתיאור נוסף של ההבדל שבין פטיט לשפירו בנקודה זו, ראו Davidov, לעיל ה"ש 129, בעמ' 11.

152 Shapiro, לעיל ה"ש 132, בעמ' 308.

שליטה כפוגעני בייחוד כלפי בני האדם הכפופים לבעלי הכוח – יהיו אלה ילדים, תלמידים או עובדים.

אפיונים אלה מקרבים אותנו להבנת הרעיון של שליטה פסולה בהקשר של הטרדות מיניות ביחסי מרות. במאמר שפורסם בעקבות תנועת #MeToo טוענת Schultz, כי בניגוד לדגש המוכר מן המחשבה הפמיניסטית על אודות ההקשר המגדרי של הטרדות מיניות, יש לברר את הקשר שבין הטרדה מינית להיררכיה הארגונית המעניקה לעובדים מסוימים כוח וסמכות גורפים כלפי עובדים הנתונים למרותם:¹⁵³

"It is not only the gendered nature of the hierarchy that fuels harassment: it is also the nature of the hierarchy itself. Harassment is fueled by employment systems that give higher-ups unchecked, subjective authority to make or break other people's careers on their own subjective say-so, without the use of objective criteria or external oversight to constrain their judgments... Men's power in the workplace is not merely attributable to higher levels of testosterone or patriarchal conditions in society at large, as is often claimed. Instead, it is attributable to the unchecked, subjective authority that is vested in many men's organizational positions by companies, industries, and the law".

מבלי להפנות אליה במפורש, דבריה של Schultz מהדהדים את התפיסה הנאור-רפובליקנית של חופש משליטה: מיקוד המבט למערכות יחסים היררכיות; התובנה באשר למוטת השליטה שמחזיקים בעלי תפקידים כלפי כפופים, שהיא כמעט בלתי מוגבלת (unconstrained); והרגישות לפוטנציאל הפגיעה בכפופים, הנתונים לחסדיהם. Schultz לא פיתחה את תובנותיה לכלל תאוריה משפטית שלמה. אולם ניתן להיעזר בהם, בצירוף הדברים שיובאו להלן, כדי להציע בסיס תאורטי חדש לאיסורים על הטרדה מינית ביחסי מרות.

נוסף לאמור לעיל, כדי להבין את הקשר שבין הטרדה מינית לבין ניצול לרעה של כוח, יש להביא בחשבון תמורה עמוקה שעליה עומד הסוציולוג Max Weber,¹⁵⁴ בהפעלת שליטה בעידן המודרני לעומת העולם הטרומ-מודרני.¹⁵⁵ לדידו, את רוב מצבי השליטה יש להבין באמצעות המושג "סמכות", המציין יחס היררכי של ציווי וציות,

153 Schultz, לעיל ה"ש 24, בעמ' 50.

154 ובר קדם היסטורית להגות הנאור-רפובליקנית, וההגות שלו היא בעיקרה סוציולוגית ולא תאורטית-פוליטית. עם זאת חלק מההוגים הנאור-רפובליקנים העוסקים במושג השליטה מפנים לעבודתו, ורואים בה השראה לכתיבתם. ראו Thompson, לעיל ה"ש 123, בעמ' 285-286. כן ראו Francis N. Lovett, *Domination: A Preliminary Analysis*, 84 THE MONIST 98 (2001).

155 לדיון של ובר בשליטה (domination) ובסמכות (authority), המכונה אצל ובר שליטה לגיטימית), ראו MAX WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY: AN OUTLINE IN INTERPRETIVE SOCIOLOGY* (Guenther Roth & Claus Wittich eds., Ephraim Fischhoff et al. trans., 1978), 53, 127.

ושבו מוענקת לגיטימציה למצב השליטה מצד כלל הצדדים המעורבים.¹⁵⁶ כפי שהראיתי בהרחבה במקום אחר,¹⁵⁷ התהליך העיקרי ש-Weber עומד עליו הוא הרציונליזציה של השליטה (או של הסמכות) בעידן המודרני, לעומת מה שקדם לו. בעוד שבעידן הטרור-מודרני מוסדות או פוזיציות של סמכות נתמכו בלגיטימציה ש-Weber מכנה מסורתית,¹⁵⁸ סמכות בעידן המודרני נתמכת בלגיטימציה ש-Weber רציונלית או בירוקרטית. על פי התפיסה המודרנית, סמכות אינה שייכת לאנשים באופן טבעי ואינה מוענקת להם בחסד האל, אלא הם ממונים לעמדות סמכות על בסיס כישורים וידע, והענקת הסמכות נועדה לשרת תכליות מוגדרות.¹⁵⁹ התפיסה התכליתית של הענקת סמכות קשורה לחשדנות עקרונית – שהיא חלק ממהפכת הנאורות – כלפי מצבים היררכיים והענקת סמכות לבני אדם כלפי בני אדם אחרים.¹⁶⁰ לפיכך, בעידן המודרני סמכות נתפסת כלגיטימית רק ככל שהיא דרושה לצרכים מוגדרים – דוגמת ניהול יעיל של מוסדות ושל ארגונים.

Weber מכנה את הסמכות הבירוקרטית-רציונלית "סמכות של המשרה", משום שהיא צמודה למשרה או לתפקיד שאדם ממלא, ואינה שייכת לאדם עצמו.¹⁶¹ הפרדה זו בין האדם לבין סמכותו, או בין האדם לבין המשרה שהוא ממלא, היא מקורה של הפרדה נוספת ש-Weber עומד עליה – בין חיים מקצועיים לחיים אישיים או פרטיים.¹⁶² Weber מראה כיצד בעולם הטרור-מודרני לא הייתה הפרדה – לא מרחבית-גאוגרפית וגם לא רעיונית – בין חיים מקצועיים לחיים אישיים. בהתאם לכך, סמכות שהוענקה לבני אדם כלפי בני אדם אחרים השתרעה על כלל תחומי החיים. לעומת זאת, אפיון מרכזי של העולם המודרני הוא הפרדה בין המשאבים שמנהלים בעלי תפקידים לבין קניינם הפרטי, והפרדה בין המרחב הפיזי שבו עובדים – המשרד – לבין הבית.

¹⁵⁶ במינוח של ובר, סמכות היא שליטה לגיטימית – authority = legitimate domination, וכאמור רוב צורות השליטה הן "שליטה לגיטימית", כלומר סמכות. להרחבה, ראו Schneebaum, לעיל ה"ש 94, בעמ' 367. עמדה דומה – לעיתים תוך הפניה מפורשת לוובר ולעיתים בלי הפניה שכזו – קיימת אצל חלק מהכותבים הנאו-רפובליקנים העכשוויים, הגורסים כי שליטה היא כוח ממוסד בעיקרו, והמגנים את האינדיבידואליזם המתודולוגי המניח כי שליטה היא תופעה בין-אישית – כוח ש-א כפרט מפעיל על ב כפרט. כך למשל, רפיק חסן גורס כי "Domination involves forms of subordination that are authorized by institutions" (Rafeeq Hasan, *Republicanism and Structural Domination*, 102 PAC. PHIL. Q. 292, 294 (2021)) (ההדגשה במקור). ראו לעניין זה אף Thompson, לעיל ה"ש 123, בעמ' 278.

¹⁵⁷ ראו Schneebaum, לעיל ה"ש 94, בעמ' 370-372.

¹⁵⁸ על פי ובר, סמכות מסורתית נשענת על "An established belief in the sanctity of immemorial traditions and the legitimacy of those exercising authority under them" (WEBER), לעיל ה"ש 155, בעמ' 215.

¹⁵⁹ שם.

¹⁶⁰ NANCY LUXON, CRISIS OF AUTHORITY: חשדנות זו מתוארת בכתיבתה של ננסי לוקסון: .POLITICS, TRUST, AND TRUTH-TELLING IN FREUD AND IN FOUCAULT 31 (2013).

¹⁶¹ ראו Schneebaum, לעיל ה"ש 94, בעמ' 370.

¹⁶² שם, בעמ' 374.

הפרדה זו, שלרבים כיום נראית טבעית ומוכנת מאליה, קשורה לרציונליזציה של הסמכות. עניינה של רציונליזציה זו הוא לא רק שינוי בסוג הלגיטימציה המוענקת לסמכות, אלא גם צמצום של תחום הלגיטימיות שלה, ובהתאם לכך – הרחבת התחום שבו היא אינה נתפסת עוד כלגיטימית.

הרציונליזציה של הסמכות ותיחום הלגיטימציה שלה הולידו אתיקה חדשה – "אתיקה של המשרה".¹⁶³ גילויים מרכזיים של אתיקה זו נוכחים בתחום הרגולציה של עובדי ציבור, הכוללת איסורים אתיים ופוליטיים על ניצול לרעה של כוח. כך למשל, בספר משפיע מהעת האחרונה נשען Jeremy Horder על תאוריה נאו-רפובליקנית להמשגת העבירה של מרמה והפרת אמונים בידי עובדי ציבור, מתוך הנחה שתאוריה ליברלית אינה מספקת תשתית רעיונית הולמת לעבירה זו.¹⁶⁴ עניינה של הפרת אמונים, טוען Horder, הוא ניצול לרעה של כוח ושל סמכות. העבירה עוסקת במצבים שבהם עובד ציבור משתמש בכוח הציבורי שהוענק לו כדי להיטיב עם עצמו – "to do according to their wills and private affections", בלשונו של המשפטן האנגלי קוק.¹⁶⁵ שימוש זה בכוח המשרה, במטרה להיטיב עם האינטרס האישי של מי שמחזיק בכוח, הוא ניצול לרעה של כוח, משום שהוא מתיק כוח מהספרה שבה הוא לגיטימי (ניהול של משאבים ציבוריים) לספרה אחרת, שבה הוא אינו לגיטימי (חייו הפרטיים של ממלא המשרה, לרבות נכסיו, העדפותיו ותאוותיו).

ההגות הנאו-רפובליקנית ואף ניתוחו הסוציולוגי של Weber אינם מגבילים את הדיון בשליטה לשירות הציבורי או למוסדות השלטון. הם עוסקים אף ביחסי שליטה בארגונים ובמוסדות חברתיים שאינם מדינתיים. מתוך תפיסה זו אנחנו יכולים כעת להבין טוב יותר מהו הפסול במצב שמתאר Shapiro – שבו ממונה במקום העבודה או מורה מבקש טובות הנאה מיניות מצד עובד או תלמיד הכפוף לו בתמורה לקידום או למתן ציון.¹⁶⁶ ממונים במקום העבודה ומורים מחזיקים בסמכות משפטית-פורמלית כלפי הכפופים להם. הם בעלי כוח לקבל החלטות בנוגע לכפופים במקום העבודה, ובהן החלטות לעניין הקצאת משימות, הערכת עובדים וכמובן החלטות לעניין הצבה בתפקיד, קידום או פיטורין. יתרה מזאת, כחלק מיחסי העבודה, עובדים אמורים למלא אחר הוראות של ממונים במקום העבודה. בדומה לכך, מורים הם בעלי סמכות להעריך תלמידים, לשפוט את עבודתם באמצעות מתן ציונים ולמשמע תלמידים על התנהגותם, לרבות סמכות להטיל סנקציות משמעתיות כגון הוצאה משיעור וכן הלאה. במוסדות להשכלה גבוהה למרצים יש סמכות לקדם (או שלא לקדם) תלמידי מחקר, להעניק מלגות מחקר וכיוצא באלה. כאשר ממונה במקום העבודה או מורה מנצל את סמכותו

OXFORD HANDBOOK OF SOCIOLOGY AND ORGANIZATION STUDIES: CLASSICAL 163
FOUNDATIONS (Paul S. Adler ed., 2009).

HORDER, לעיל ה"ש 137.

165 שם.

166 ראו את הטקסט שליד ה"ש 152 לעיל.

הארגונית כדי לדרוש מאישה הכפופה לו טובת הנאה מינית – התנהגות זו היא מגונה לא רק בשל היותה אפליה נגד נשים; היא מגונה בהיותה מפגן של שליטה פסולה.¹⁶⁷ כוחו של ממונה במקום העבודה או של מורה או מרצה הוענק לו לצורך קידום מטרות מקצועיות. מין או יחסי מין שייכים לתחום הפרטי – של יחסים אישיים. מובן שאפשר שבין אנשים שיש ביניהם קשר מקצועי יהיו גם קשרים אישיים, לרבות יחסים אינטימיים ומיניים. כאשר קשרים כאלה מתקיימים במקביל וללא ניצול לרעה של כוח, אין בכך קושי במשקפיה של התפיסה של שליטה פסולה. אולם Shapiro מתאר סיטואציה שבה אדם המחזיק בכוח מקצועי יוצר זיקה בין הפעלת כוחו במישור המקצועי ובין יחסים במישור הפרטי. מובן שסמכותו של ממונה במקום העבודה אינה משתרעת על עניינים בתחום האישי-מיני; על פי סטנדרטים מקצועיים גרידא, הוא אינו רשאי לקבל החלטות בעניין קידום על בסיס העדפותיו בתחום המיני. ואולם משרתו מעניקה לו כוח שליטה אפקטיבי כחלק מהסמכות הפורמלית. במשקפיה של התפיסה הנאו-רפובליקנית, כאשר ממונה במקום העבודה או מורה משתמש בשליטה האפקטיבית שיש לו על הפעלת כוח מקצועי (קידום, מתן ציון) לצורך קבלת טובת הנאה אישית (מין), זהו ניצול לרעה של כוח ושליטה פסולה.

כדאי להתעכב על מיפוי הפגיעות השונות והנפגעים הפוטנציאליים מהתנהלות פסולה זו של ממלא התפקיד, היוצרת זיקה בין היענות מינית של כפוף לבין הפעלת כוח מקצועי. סוג אחד של נפגעים הם מי שיש להם אינטרס בהליך תקין של קבלת החלטות במקום העבודה, במובן של שמירה על סטנדרטים מקצועיים ללא השפעת שיקולים זרים. אם ממונה במקום העבודה יקבל החלטות בעניין קידום עובדים המבוססות על העדפותיו המיניות, איכות ההחלטות שיתקבלו במישור המקצועי אינה צפויה להיות גבוהה.¹⁶⁸ הנפגעים הפוטנציאליים בהקשר זה הם מי שמעסיק את הממונה, בעלי המניות של התאגיד (אם יש כאלה), או הציבור בכללותו, ככל שמדובר במשרה בשירות

167 התפיסה המוצגת כאן נבדלת במובן חשוב מתפיסת הפמיניזם הרדיקלי של קתרין מקינון, השוללת כליל את הטענות של ספרות נפרדות מבית מדרשה של המחשבה הליברלית, וגורסת כי "האישי הוא הפוליטי" (ולכן גם מין הוא פוליטי). על פי הטענות המוצג כאן, ראוי לשמר הבחנות מסוימות בין ספרות פעילות שונות בחברה. יתרה מזאת, דווקא הבחנות אלה הן שמצדיקות ריסון כוח ומניעת שליטה פסולה ביחסי עבודה וחינוך. יש לזכור, כי אחת המוטיבציות לטיעון "האישי הוא הפוליטי" הוא החשש שאלומות והכפפה ביחסי מין יחוסנו מהתערבות משפטית בשל הסלידה שקיימת במחשבה המשפטית הליברלית מהתערבות יתר של החוק ביחסים פרטיים. ואולם על פי התפיסה המוצגת כאן, יחסי עבודה ויחסי חינוך אינם יחסים פרטיים אלא מעין-ציבוריים, והכוח שמוענק בהן לדמויות סמכות קיים מכוח החוק. לפיכך החוק מצפה ממי שהכוח מופקד בידיהם שלא לנצל לרעה. במובן זה הטענות המוצג כאן שואב השראה מעבודתו של מייקל וולצר "ספרות נפרדות" – המצדיקה את קיומן של ספרות פעילות נפרדות בחברה (חינוך, משפחה, עבודה, מדינה, רפואה), אך גורסת שיש למנוע שתלטנות (domination) של דפוסי כוח מספרה אחת לספרה אחרת. ראו Michael Walzer, *Sphere of Justice: A Defense of Pluralism and Equality* (1983).

168 למאמר מהעת האחרונה שהצביע על נפגעים אלה מהטרדות מיניות, ראו Nancy Leong, *Them Too*, 96 WASH. U. L. REV. 941 (2019).

הציבורי. סוג אחר של נפגעים הם בני האדם הקונקרטיים הכפופים לדמות הסמכותית. נפגעים אלה הם שעומדים במוקדו של האיסור על הטרדה מינית תוך ניצול יחסי מרות. המוקד של האיסור על הטרדה מינית הם יחסי השליטה בין בעל סמכות לאדם הכפוף לו, להבדיל מהפגיעה בניהול התקין של משאבים ציבוריים או ארגוניים. אם נחזור לדוגמה של Shapiro, ממונה או מורה המתנה את הפעלת סמכותו בתחום המקצועי בשיתוף פעולה מיני מגדיל את מוטת השליטה שלו על הכפופים לו מעבר לגבולותיה הלגיטימיים, באופן המקרב אותה לעריצות. במונחים ובריאליים התנהגות מסוג זה מסיגה בצורה בעייתית יחסי סמכות מודרניים למודל הטרור-מודרני של סמכות מסורתית, אשר הנביעה שליטה וכפיפות מקיפות שהשתרעו על כלל תחומי החיים. במונחי התפיסה הנאו-רפובליקנית התנהגות זו היא פוגענית אף מעבר למוכן הפרגמטי של כפיפות לכוח משפטי – היא מעצימה את החוויה של היותו של הנפגע נתון לשליטה. Tom O'Shea מצייין תחושות של נתינות והכנעה¹⁶⁹ כמאפיינות את החוויה של כפופים ביחסי שליטה. Pettit מתאר בני אדם נשלטים כמי שאינם מרשים לעצמם או שאינם יכולים להעז להישיר מבט אל בעל הכוח.¹⁷⁰ על פי תובנה זו, אם נחזור לדוגמה של Shapiro, עצם החשיפה להצעה מסוג "זה תמורת זה" היא פוגענית עבור כפופים, גם אם האיום בשלילת קידום לא מומש בסופו של דבר, ואף אם הכפוף דחה את ההצעה ולא התקיים כל מגע מיני בין הצדדים. עצם הנכונות של בעל הסמכות לדרוש מגע מיני בתמורה להפעלת כוחו המקצועי היא מחווה של עריצות, שהחוק מבקש להגן על כפופים מפני ההיחשפות אליה.

ג. השלכות הדיון התאורטי לדיני הטרדה מינית בישראל

1. הטרדה מינית במסגרת יחסי סמכות: מכפייה מינית לשליטה פסולה

התאוריה המוצהרת של דיני הטרדה מינית בישראל היא כי איסורים אלה מעוגנים בערך של כבוד האדם. נוסף לכך, כפי שראינו, כדי להכריע בשאלות פרשניות הנוגעות לשיפוט מקרים של מגע מיני מלא ביחסי מרות פנו בתי המשפט לבסיס התאורטי המוכר להם מתחום עבירות המין – תפיסת האוטונומיה המינית, שהביטוי הדוקטרינרי שלה הוא יסוד ההסכמה. הם הניחו שהטרדות מיניות – ובתוכן אף הטרדות

169 O'Shea, לעיל ה"ש 127: "Domination, so understood, can foster a servile and pliant disposition, which is why republicans identify a 'tendency of the enslaved to act with slavishness'".

170 "Domination is generally going to involve the awareness of control on the part of the powerful, the awareness of vulnerability on the part of the powerless, and the mutual awareness – indeed, the common awareness among all the parties to the relationship – of this consciousness on each side. The powerless are not going to be able to look to the powerful in the eye, conscious as each will be – and conscious as each will be of the other's consciousness-of this asymmetry" (Pettit, לעיל ה"ש 112, בעמ' 60-61).

היררכיות – הן עוולות המצויות על רצף עם עוולות ועבירות מיניות אחרות כמו תקיפה מינית, משום שכולן צורות של כפייה מינית. ההבדל המרכזי כביכול בין הטרדה לסוגים אחרים של כפייה מינית – ובראשם אונס – הפך להיות שהטרדה היא עוולה או עבירה קלה יחסית, בשל היותה בלתי חודרנית (ולעיתים אף נעדרת מגע פיזי כלל).

בניגוד לעמדתם של בתי המשפט האזרחיים, עמדתם של בתי הדין לעבודה היא כי בעילה תוך ניצול יחסי מרות בעבודה היא מקרה מובהק של הטרדה מינית. בכך מציעים בתי הדין לעבודה עמדה פרשנית, הכופרת בקיומו של ציר אחד המחבר בין אונס (או מקבילתו בדין האזרחי – תקיפה) לבין כלל מקרי ההטרדה המינית. עמדה זו אף דוחה את ההנחה שמה שמבחין בין הטרדה מינית לתקיפה או לאונס הוא מידת החודרנות של המגע המיני.¹⁷¹ עמדה דומה לזו של בית הדין לעבודה מגולמת בדירוג העבירה של בעילה ביחסי מרות בעבודה בחוק העונשין. אם נכון שבעילה תוך ניצול מרות שייכת לקטגוריה הגנרית של יחסי מין ללא הסכמה, היינו צריכים לראותה מוגדרת בחוק העונשין תחת עבירת האונס (או כאחת החלופות של אונס). בפועל חוק העונשין מתייג אותן כשתי עבירות שונות, אשר פער הענישה ביניהן משמעותי. אלא שבדין הישראלי לא היו עד כה כלים תאורטיים לגיבוי עמדה זו. התאוריה שהפכה לאורתודוקסית בתחום עבירות המין, שלפיה מטרתן היא להגן על החירות השלילית במין, אינה מאפשרת לראות את ההבחנה בין בעילה תוך ניצול יחסי מרות לבין אונס, ואינה מאפשרת להבין כדבעי את הפסול הטמון בבעילה תוך ניצול יחסי מרות. ההגות הנאו-רפובליקנית מאפשרת לחשוב על הטרדה מינית ביחסי מרות כעל עוול משפטי בפני עצמו, שאין לקרוא אותו לתוך הפרדיגמה המוכרת של כפייה מינית.

תפיסת הכפייה המינית ותפיסת השליטה הפסולה הן שתי תפיסות מובחנות. התרחיש העיקרי שתפיסת הכפייה המינית מדמה תואם את הדגם של הסגת גבול – שהיא חדירה ללא הסכמה. לפיכך, הן בתקיפה "רגילה" והן בתקיפה מינית מה שמבחין בין התנהגות אסורה למותרת הוא שאלת הסכמת הנפגע למגע הגופני. מכיוון שעניינה של כפייה הוא בחדירה פסולה, אפשר להבין אף את החשיבות המיוחדת במקרים של כפייה מינית למידת החודרנות של המגע המיני.¹⁷² לעומת זאת, בעוד שתפיסת הכפייה המינית מבקשת למנוע חדירה למתחם המיני-ריבוני של כל אדם באשר הוא אדם, תפיסת השליטה מבקשת למנוע חוויה של היותו של האדם נתון (being subjected) לכווח המוחלט של אדם אחר. היא מניחה שבזירות מרכזיות של החיים – כמו מקומות

171 אף בדין האמריקני נדרש להראות כי נפגע ההטרדה הביע היעדר עניין (unwelcomeness), אולם אין בכך כדי להיחשב לאי-הסכמה ליחסי מין. ראו GREEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 85: "Sexual harassment law tends to apply to conduct that is unwelcome, as opposed to that which is nonconsensual".

172 כאמור, באופן מסורתי הייתה לאלמנט החדירה חשיבות הקשורה לסימונה של אישה כנתונה לבעלותו הבלעדית של גבר. ואולם במערכות משפט רבות אלמנט זה עדיין נותר מרכזי גם לאחר שהתחום עבר ליברליזציה. אני טוענת שהסיבה לכך היא, שאלמנט זה עולה בקנה אחד עם הדגש שקיים ממילא בתפיסות ליברליות על פלישה למרחב הריבוני של הגוף.

עבודה וזירות חינוך – ישנה ברירת מחדל של שליטה ולא של חופש, והיא מבקשת לרסנה לגבולותיה ההכרחיים.

בהתאם לכך, קיומה של חדירה מינית אינה מרכזית לתפיסת השליטה הפסולה. למעשה, אף אופייה המיני של השליטה אינו הכרחי כדי שתתקיים שליטה פסולה. כך, ממונה במקום העבודה המקלל עובד הכפוף לו או דורש ממנו להכין עבורו עבודה הדרושה לבכיר במסגרת לימודיו האקדמיים שאינה חלק מתפקידו של הכפוף, מבצע אקט של שליטה פסולה הגם שאין לה תוכן מיני. Schultz מראה כי למרות ההתמקדות התקשורתית במעלליו המיניים, הארווי ויינסטין נהג להתעמר בעובדים זוטרים אף באופן שאינו מיני. כך, אחת העדויות בפרשה כוללת את סיפורה של מי שעבדה כאסיסטנטית של ויינסטין במשך כ-20 שנה, והעידה כי לא זו בלבד שווינסטין נהג לשבת בעבודה עירום ולבקש ממנה שתעסה אותו, הוא אף צעק וקילל אותה באופן יום יומי, מה שהתיש אותה נפשית ורגשית.¹⁷³ לפיכך, בעוד שחודרנות מינית היא מרכזית לרעיון של כפייה מינית, השאלה אם בין הצדדים היה מגע מיני מלא או לא ואילו איברים אינטימיים היו מעורבים בו, אם בכלל, היא משנית מן הפרספקטיבה של שליטה פסולה. גם כאשר ישנו מגע גופני מיני במסגרת התנהגות של שליטה פסולה, הנזק הטמון בה אינו נוגע בעיקרו לפגיעה מינית גופנית אלא ליכולתם של בני אדם להתנהל ולתפקד במרחבי פעילות יום יומיים ללא חשש משליטה מופרזת ועריצה כלפיהם מצד בני אדם אחרים. העוולות של שליטה (מינית) פסולה מזה ושל כפייה (מינית) מזה מיתרגמות לעוולות משפטיות מובחנות, בעלות יסודות שונים. בעוד ש"המשימה" של תפיסת הכפייה המינית היא להגדיר מה ייחשב להסכמה או לאי-הסכמה ליחסי מין מצד הקורבן, "המשימה" של התפיסה של השליטה הפסולה היא להגדיר מה ייחשב לניצול לרעה של כוח כלפי כפופים ביחסי שליטה.¹⁷⁴

מקרה ברור של שליטה פסולה ביחסי סמכות הוא זה אשר בו ממונה במקום העבודה יוצר זיקה מפורשת בין שימוש בסמכותו המקצועית כלפי כפוף לבין מתן טובת הנאה מינית מצד הכפוף. מקרה זה הוא ניצול מובהק לרעה של עמדת הסמכות. עצם השמעת האיום או ההתנאה מצד הממונה הוא אקט של שליטה פסולה, בין אם האיום בפגיעה תעסוקתית מומש ובין אם לאו, ובין אם העובד שיתף פעולה עם הדרישה המינית ובין אם לאו. לפיכך, התפיסה של שליטה פסולה אינה מוגבלת לפגיעה בתנאי העבודה, שהם המוקד של דיני ההטרדה המינית האמריקניים, הרואים בהטרדה צורה

173 Schultz, לעיל ה"ש 24, בעמ' 35.

174 גם במסגרת הפרידגמה של אוטונומיה עוסקים פעמים רבות בהתנהגות העברייני ולא רק בתגובת הקורבן, שכן יש אמצעים שכאשר העברייני נוקט אותם, הם שוללים את תוקפה המשפטי של הסכמת הקורבן – למשל במקרים המערבים (סוגים מסוימים של) מרמה ביחסי מין. ועדיין, השאלה המרכזית בפרידגמת האוטונומיה נוגעת להסכמת הקורבן, ואילו השאלה המרכזית בפרידגמת השליטה היא אם העברייני ניצל לרעה את כוחו בצורה שתלטנית.

של אפליה תעסוקתית.¹⁷⁵ היא אף אינה מחייבת פגיעה מינית, שהיא המוקד של תפיסת הכפייה המינית. בדומה לעסקת שוחד, שהיא מושחתת מהרגע שמישהו העלה אותה על דל שפתיו, אף אם העסקה לא מומשה וטובת ההנאה לא ניתנה,¹⁷⁶ כך התנאה של שימוש בכוח מקצועי תמורת טובת הנאה מינית היא פסולה גם אם לא התקיים מגע מיני, משום שכבר מעצם ההתנאה היא חושפת את הכפוף ליחס עריץ מצד הבכיר. זאת ועוד, ישנם מקרים של שליטה פסולה שאינם כוללים התנאה מפורשת מסוג "זה תמורת זה" – בין משום שיש בהם התנאה משתמעת ולא מפורשת (אך עדיין פסולה) בין שימוש בכוח מקצועי למתן שירות מיני, ובין משום שהם כוללים צורות אחרות של שתלטנות שאינן כרוכות בהתנאה. במחקר קודם כיניתי בשם "כריזמה של המשרה" לחץ שממונים מפעילים כלפי כפופים במקום העבודה על מנת להוביל אותם לשיתוף פעולה מיני.¹⁷⁷ הגם שכפופים יודעים היטב כי מרחב הסמכות הלגיטימי של ממונה אינו כולל מתן הוראות בתחום המיני, חיזור עיקש או צורות אחרות של מניפולציה או לחץ – גם אם הוא עדין לכאורה – עשויים לטעת בכפופים תחושה של היעדר ברירה או הכנעה בנוגע לציפיותיו של הממונה, אף מבלי שהממונה מאיים או מבטיח דבר. הנקודה החשובה לדיוננו כאן היא, שהתפיסה הנאו-רפובליקנית מאפשרת לראות בצורות אלה של לחץ שליטה פסולה גם אם הן אינן מהוות כפייה.¹⁷⁸

2. המלצה לתיקוני חקיקה

הניתוח עד כה הציע בסיס תאורטי חדש להבנת הפסול בהטרדה מינית ביחסי סמכות. מעבר לעיון התאורטי, לתובנה זו יש השלכות חשובות לעיצוב דיני ההטרדה המינית בישראל. בנוסחו הנוכחי החוק למניעת הטרדה מינית אינו רואה בהטרדה היררכית סוגה עצמאית של הטרדות מיניות. כפי שאפרט להלן, היעדר ההכרה בעוול המיוחד הטמון בהטרדה ביחסי סמכות מוביל לכיסוי חסר של החוק למניעת הטרדה מינית, ואף לתיחום לא-נכון של הגבול בין הטרדות מיניות לבין עבירות או עוולות של תקיפה מינית. תיקון החוק בדרכים שאציע להלן יוביל לתיוג נכון של הטרדה מינית ביחסי סמכות, ואף יציע פתרון לשתי הבעיות שתוארו בפרק הראשון בדין האזרחי ובדין הפלילי.

175 על פי דיני ההטרדה המינית בארצות הברית, התובע בעילה של הטרדה מינית צריך להראות שההטרדה הייתה חמורה דיה כדי להוות סביבת עבודה עוינת עבורו. ראו GREGORY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 17.

176 ס' 294(א) לחוק העונשין קובע כך: "המבקש או המתנה שוחד, אף שלא נענה, כמוהו כלוקח שוחד".

177 Schneebaum, לעיל ה"ש 94, בעמ' 376.

178 בלשונו של ס' 346 לחוק העונשין, גם אם הבעילה היא בהסכמה, היא אסורה ("בעילה אסורה בהסכמה"), משום שפוגענותה אינה טמונה ביחס מיני כפוי אלא ביחס שתלטני מצד ממונה במקום העבודה.

נתונים אמפיריים מלמדים, כי הטרדות מיניות בידי ממונה או בכיר במקום העבודה הן נתח ניכר מכלל מקרי ההטרדה המינית בעבודה בישראל.¹⁷⁹ עיון בהיסטוריה הלא-רחוקה של המשפט הישראלי מלמד, כי בטרם נחקק החוק למניעת הטרדה מינית נחשבה הטרדה מינית היררכית לקטגוריה מרכזית של הטרדות. כך, תקנון שירות המדינה (התקשי"ר) הגדיר הטרדה מינית ביחסי סמכות כאחת משתי הצורות של הטרדות מיניות וייחד לה סעיף נפרד, שקבע כי:

"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".¹⁸⁰

הבנת התופעה של הטרדה מינית ביחסי מרות כנוגעת לניצול לרעה של כוח, והרגישות לפגיעה בכפופים ביחסים היררכיים, ניכרו אף בפסקי הדין המוקדמים בישראל שעסקו בהטרדות מיניות בטרם חוקק החוק למניעת הטרדה מינית. במונחים אלה – של ניצול לרעה של כוח, של נחיתות ושל הכפפה – השתמש בית המשפט העליון בעניין גלילי כדי לתאר את הפסול שבפרשת יחסים אינטימיים בין מפקד בכיר בצה"ל לחיילת ששירתה תחת פיקודו. גם כאשר מערכת יחסים זו הייתה בהסכמה, היא הקימה "קרקע להצמחת עשבים שוטים של ניצול לרעה של סמכות ומרות".¹⁸¹ הן עניין גלילי והן הוראת התקשי"ר שצוטטה לעיל עסקו בדין מנהלי או משמעתי ולא בעוולה האזרחית או בעבירה הפלילית של הטרדה מינית. היה אפשר אפוא לסבור, כי הדגש שהושם בהם על היסוד של ניצול לרעה של כוח נובע מהמסגור המשמעתי של הדיון. ואולם בעניין גלילי התייחס בית המשפט העליון בהמשך פסק הדין אף להוראותיו של החוק החדש למניעת הטרדה מינית, שכבר חוקק אך עדיין לא הוחל על עובדות אותו מקרה (מפאת האיסור על חקיקה רטרואקטיבית). בית המשפט קבע כי המקרה שבפניו מהווה הטרדה מינית מובהקת על פי החוק החדש, וכי חוק זה מבטא תפיסה הרואה חומרה מיוחדת בניצול של מעמד, של סמכות, של השפעה או של מרות

179 הרשות לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 6; משרד התמ"ת, לעיל ה"ש 6. ראוי לציין כי מעבר לשני מקורות אלה, חסרים מחקרים אמפיריים מקיפים ועדכניים על היקף ההטרדות המיניות בישראל. על חסר זה הצביע החלק בדוח מבקר המדינה בשנת 2020 שהוקדש ליישום החוק למניעת הטרדה מינית. ראה מבקר המדינה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 121.

180 ס' 43.422 לתקשי"ר. הסוג השני של הטרדות מיניות הוגדר כך: "(א) לא יעשה עובד מעשה בעל אופי מיני כלפי עובד אחר, אם יש במעשה כדי לפגוע באותו עובד או בכבודו או כדי להטרידו, או אם המעשה נעשה שלא בהסכמתו, במפורש או מכללא" (שם).

181 עניין גלילי, לעיל ה"ש 29, פס' 7 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

לשם הפקת טובות הנאה מיניות.¹⁸² דומה שבעידן שלאחר חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית תפיסה זו "ירדה למחתרת", משום שהיא אינה תואמת את תורת המשפט של החוק, הרואה בכל הטרדה מינית באשר היא פגיעה בכבוד האדם – בין אם היא מתרחשת ביחסי סמכות ובין אם לאו. אלא שגישה גנרית זו מחמיצה את הפסול הכרוך בהטרדה מינית היררכית, שעניינו שליטה פסולה, ואינה מעניקה לקטגוריה זו את התיוג הראוי לה.

אני סבורה כי אילו נוסח החוק למניעת הטרדה מינית היום, היה ראוי לקבוע בו איסור נפרד על הטרדה מינית ביחסי סמכות, שהיה מנוסח בצורה דומה להוראת התקשי"ר שהופיעה לעיל, בשינויים המחויבים. בשונה מהוראת התקשי"ר, מתוך התפיסה של שליטה פסולה המוצעת כאן, יש לייחס חשיבות לשאלת היוזמה למגע המיני. יוזמה מינית הבאה מצידו של כפוף אינה מעוררת סכנה של שליטה פסולה, בעוד שיוזמה מינית הבאה מצידה של הדמות הסמכותית מעוררת סכנה שכזו.¹⁸³ איסור נפרד על הטרדה מינית ביחסי סמכות בחוק למניעת הטרדה מינית היה מדגיש את היותה של הטרדה מינית היררכית קטגוריה עצמאית של הטרדות מיניות באופן שמשקף כראוי את הפסול הטמון בה. בדומה להוראת התקשי"ר ההיסטורית, איסור שכזה היה קובע כי הטרדה מינית היררכית היא ניצול לרעה של עמדת סמכות ארגונית לצורך קבלת טובת הנאה מינית, ומבהיר כי אין רלוונטיות לשאלה של הסכמת הנפגע. היא אינה רלוונטית לא משום שאנחנו מניחים שהנפגע לא הסכים למעשה ההטרדה, אלא משום שהשפה של הסכמה או של אי-הסכמה אינה רלוונטית לתיאור העוול של שליטה פסולה. איסור שכזה אף לא היה מייחס חשיבות רבה לשאלת אופיו של המגע המיני שהתקיים בפועל בין הצדדים בעקבות ההטרדה. ייתכן שקיום מגע מיני מלא צריך להוות "נסיבה מחמירה" – כך שהטרדה מינית היררכית שהסתיימה בבעילה (או במעשה סדום) חמורה יותר מהטרדה מינית שלא הסתיימה במגע מיני מלא. ואולם מוקדה של ההטרדה המינית הוא בעצם הנכונות של בעל הסמכות להפגין שליטה פסולה כלפי אדם הכפוף לו. איסור נפרד על הטרדה מינית ביחסי סמכות היה מבהיר ומחדד כי מוקדו הוא באקט של ניצול לרעה של כוח – המתקיים גם אם מחוות הניצול לא הבשילה לכלל מגע מיני ממשי.

אלא שהחוק למניעת הטרדה מינית כבר קיים, והוראותיו השונות מכסות – גם אם במפוזר – חלקים נרחבים ממה שאיסור כללי על הטרדה מינית ביחסי סמכות אמור לכלול. כך, מצב שבו ממונה מאיים על כפוף בפגיעה בתנאי עבודתו אם לא ייעתר לדרישותיו המיניות מכוסה בהוראה המגדירה סחיטה מינית כאחת הצורות של הטרדה

182 שם, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. לביקורת על פסיקת בית המשפט, ראו מיכל שקד "איך הפסיד תא"ל גלילי את קידומו" פלילים ט 443 (2000).

183 בתי המשפט הכירו בחשיבותה של שאלת היוזמה למגע המיני בפסיקתם. הם קבעו כי ככלל, כאשר היוזמה באה מצידו של בעל הסמכות, הנטייה תהיה להניח שיש ניצול לרעה מאשר אם המצב הפוך. אם כי על פי ההלכה הנוהגת נתון זה אינו קונקלוסיבי לקביעת אשמתו של הנאשם. ראו עניין נוי, לעיל ה"ש 97, פס' 17-18 לפסק דינו של השופט לוי.

מינית.¹⁸⁴ החוק אוסר אף על נגיעות מיניות ועל הטרדות מיניות מילוליות כאשר הן נעשות תוך ניצול יחסי מרות בעבודה.¹⁸⁵ אף מצב שבו ממונה במקום העבודה פוגע בעובד בשל הטרדה או תלונה עליה מכוסה בחוק.¹⁸⁶ מצב זה מוגדר כהתנכלות ולא כהטרדה, אך במשקפיה של התפיסה המוצעת כאן זהו מצב של שליטה פסולה בדיוק כמו המצבים שהחוק מכנה הטרדה, משום שקבלת החלטה בנוגע לתנאי העבודה המונעת ממניע נקמני או על מנת לשחרר את הממונה מאחריות למעשיו היא ניצול לרעה של מרות ושליטה פסולה. אני מבקשת אפוא להציע שני תיקוני חקיקה שאינם מחייבים רפורמה עמוקה או ניסוח מחדש של החוק למניעת הטרדה מינית, אך הם דרושים כדי לסייע בפתרון שתי הבעיות שתוארו לעיל – בדין האזרחי ובדין הפלילי – באשר להטרדות ביחסי סמכות.

(א) המלצה להטמעת האיסור על בעילה תוך ניצול מרות מחוק העונשין לחוק למניעת הטרדה מינית

תיקון מוצע אחד הוא העברת העבירה של בעילה או מעשה סדום תוך ניצול יחסי מרות בעבודה מחוק העונשין לחוק למניעת הטרדה מינית, והגדרתה כאחת החלופות להטרדה מינית האסורות על פי החוק. בעילה תוך ניצול יחסי מרות בעבודה היא אקט של שליטה פסולה ומקומה בחוק למניעת הטרדה מינית, לצד הוראות נוספות האוסרות על הטרדה מינית ביחסי סמכות. במישור האזרחי, העברת העבירה של בעילה תוך ניצול יחסי מרות מחוק העונשין לחוק למניעת הטרדה מינית תהווה הכרעה חקיקתית למחלוקת הפסיקתית שבין בתי הדין לעבודה לבתי המשפט האזרחיים בנוגע לפרשנותו של המונח "הטרדה מינית" בהקשר של מגע מיני מלא.¹⁸⁷ הצעה ברוח זו מקודמת בשנים האחרונות בידי מרכזי הסיוע לנפגעי תקיפה מינית,¹⁸⁸ על מנת לאפשר לנפגעי הטרדה ביחסי סמכות שכללה מגע מיני מלא להגיש תביעות אזרחיות בבית הדין

184 ס' 3(א)(1) לחוק למניעת הטרדה מינית.

185 שם, בס' 3(א)(2)-(4) בשילוב עם ס' 6(ג).

186 ס' 3(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית קובע, כי "התנכלות היא פגיעה מכל סוג שהוא שמקורה בהטרדה מינית, או בתלונה או בתביעה, שהוגשו על הטרדה מינית".

187 נכון לעתה דומה שהמחלוקת בין הערכאות עומדת בעינה, ואפשר שטרם נאמרה המילה האחרונה. כך למשל, לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון משנת 2018 בעניין ע"א 3347/16, לעיל ה"ש 59, דן בית הדין לעבודה במקרה של מגע מיני מלא כהטרדה מינית, ודחה טענה של הנתבע להיעדר סמכות. ואולם קשה להסיק מסקנות ברורות מכך לעניין קבלה או דחייה של עמדת בית המשפט העליון, שכן הטעם לדחיית טענת חוסר הסמכות במקרה זה היה שיהיו בהעלאתה. ראו ע"ע (ארצי) 14186-06-18 פלנית – חיוט (נבו 13.8.2019).

188 איגוד מרכזי הסיוע לנפגעי תקיפה מינית הציג הצעה זו כחלק מתוכנית עבודה כוללת למיגור האלימות המינית בישראל שהגיש בשנת 2020 לממשלה. ראו איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ונפגעי תקיפה מינית אלימות מינית בישראל: תוכנית עבודה לממשלת ישראל ה-35 17 (2020).

לעבודה.¹⁸⁹ לאור התפיסה התאורטית המוצעת כאן, הצעה זו היא יותר מאשר פתרון פונקציונלי למחלוקת הסמכויות שבין הערכאות. הצעה זו היא בחירה ראויה מבחינת תיוג המעשה כעוולה או כעבירה. בעילה או מעשה סדום תוך ניצול יחסי מרות הם מקרים של שליטה פסולה. היסוד של "תוך ניצול יחסי מרות" – ולא "היעדר הסכמה" – הוא בריח התיכון של עבירות או של עוולות המהוות הטרדה מינית ביחסי סמכות. מכיוון שפרק עבירות המין בחוק העונשין מוקדש ברובו למניעת התנהגויות המהוות כפייה מינית, ראוי למקם את האיסור על בעילה תוך ניצול יחסי מרות בחוק למניעת הטרדה מינית, הכולל צורות נוספות של הטרדה מינית ביחסי סמכות.

בהקשר זה ראוי להזכיר, כי בעידן שלפני מחלוקת הסמכויות הנוכחית, היה זה בית המשפט העליון שקבע בעניין **בן-חיים**,¹⁹⁰ כי בעילה תוך ניצול יחסי מרות מהווה הטרדה מינית על פי החוק למניעת הטרדה מינית. פסק הדין, שעסק במערכת יחסים מינית בין מנהל מחלקת דוורים בסניף של רשות הדואר ועובדת הכפופה לו, ניתן אומנם בהליך של ערעור משמעתי, אולם בית המשפט לא ייחד את מסקנתו בעניין זה להקשר המשמעתי.¹⁹¹ כמו בית הדין הארצי לעבודה כיום, כך גם בית המשפט העליון של ראשית שנות האלפיים קבע את מה שקבע תוך חריגה מלשונו המפורשת של החוק למניעת הטרדה מינית (שכאמור אינו מגדיר בעילה כצורה של הטרדה מינית).¹⁹² ההנחה המובלעת בבסיס חריגה זו הייתה, כי בעילה תוך ניצול יחסי מרות היא מקרה מובהק של הטרדה מינית. כשם שאין רואים בבעילה אסורה תוך ניצול מרות אונס בדין

189 יוער כי עמדת איגוד מרכזי הסיוע היא שבעילה תוך ניצול מרות בעבודה אינה משקפת הסכמה אמיתית ליחסי מין, אך ראוי להכליל אותה בחוק למניעת הטרדה מינית על מנת לאפשר לנפגעים ביחסי מרות לתבוע את נזיקיהם בבתי הדין לעבודה ולמנוע את הבעיה של פיצול הדיון (שם, בעמ' 17).

190 עניין **בן חיים**, לעיל ה"ש 106, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ביניש. בית המשפט קבע, כי "בענייננו מתעוררת אפוא השאלה האם ניתן להרשיע את המשיב במעשה מגונה לפי סעיף 348(ה) לחוק העונשין – חלופה הנזכרת בחוק למניעת הטרדה מינית – וזאת בגין 'בעילה אסורה בהסכמה' המהווה עבירה על-פי חוק העונשין אך אינה נזכרת בסעיף 3(א)(2) לחוק למניעת הטרדה מינית. לשאלה זו נשיב בחיוב. אין ספק כי מעשה של בעילה אסורה על-פי חוק העונשין כולל בתוכו את כל רכיביו של המעשה המגונה. אשר על כן, העבירה לפי סעיף 346(ב) לחוק העונשין נכללת בעבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ה) לחוק העונשין, ומכאן שגם כלולה היא בעבירת ההטרדה המינית, אף כי היא איננה נזכרת מפורשות בהגדרה הסטטוטורית. כל פרשנות אחרת תוביל למסקנה שקיומם של יחסי מין מלאים, להבדיל ממעשים מגונים אחרים, שולל קיומה של הטרדה מינית וברי כי תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת".

191 יצוין, כי ככלל אין הפרדה של ממש בין הניתוח המשפטי של הטרדות מיניות בהקשר הפלילי, האזרחי או המשמעתי. כך למשל, פסק דין שנחשב למנחה בתחום ההטרדות המיניות באופן כללי הוא פסק הדין בעניין **בן אשר**, שהוא ערעור משמעת של עובדי שירות המדינה. עניין **בן אשר**, לעיל ה"ש 30.

192 לאחר חקיקת החוק למניעת הטרדה מינית שונה תקנון שירות המדינה כך שהוא אימץ את הוראות החוק החדש בדרך של אינקורפורציה. ראו עש"מ 1599/03 **טאפירו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 125 (2003).

הפלילי, כך אין לראות בה תקיפה במישור האזרחי,¹⁹³ ויש להכיר בה כצורה של הטרדה מינית.¹⁹⁴

ההמלצה להכליל את העבירה של בעילה אסורה ביחסי מרות בחוק למניעת הטרדה מינית תואמת את גישתם של בתי הדין לעבודה בכך שהיא מציעה לעגן סטטוטורית את הפרשנות שהם נתנו לחוק. ואולם יש בגישה המוצעת כאן גם הבדל חשוב מגישתם של בתי הדין לעבודה: לצד ההמלצה להכליל בהגדרות החוק להטרדה מינית בעילה או מעשה סדום תוך ניצול יחסי מרות, יש להכיר בכך שמעשים של בעילה או מעשה סדום שאינם נעשים תוך ניצול יחסי מרות, אינם מהווים הטרדה מינית (ולכן אינם נופלים בגדר סמכותם של בתי הדין לעבודה), גם אם התקיימו בין בני אדם שיש ביניהם יחסי מרות בעבודה. הבחנה זו אינה מופיעה בפסיקתם של בתי הדין לעבודה,¹⁹⁵ אך היא מתחייבת מהניתוח המוצע כאן. מקרים שבהם לא הוכח הרכיב של ניצול מרות יכולים להיות אחד משניים: או שלא הוכח בהם כל אלמנט פסול מלבד קיומו של מגע מיני בין בני אדם שיש ביניהם קשרי סמכות, ואז הם אינם אמורים להיות אסורים כלל;¹⁹⁶ או שהוכח בהם אי-הסכמה ליחסי מין (למשל שימוש באמצעי כפייה דוגמת אלימות פיזית או כליאת שווא, או אמירת "לא" מצד הנפגע או הנפגעת), ואז הם מהווים אונס (במישור הפלילי) או תקיפה (במישור האזרחי). לפיכך, ובשונה ממה שקבעו בתי הדין לעבודה,¹⁹⁷ יש לקבוע כי בעילה או מעשה סדום בהסכמה תוך ניצול יחסי מרות

193 אי-הסכמה היא יסוד מרכזי של עוולת התקיפה בדיני הנוזקין. ס' 23(א) לפקודת הנוזקין מגדיר תקיפה כך: "תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו".

194 העונש הנקוב בחוק למניעת הטרדה מינית עבור הטרדות מיניות הוא שנתיים מאסר. העונש על העבירה של בעילה אסורה תוך ניצול יחסי מרות בחוק העונשין הוא שלוש שנות מאסר. ייתכן שעם הטמעתה של העבירה בחוק העונשין, ראוי להותיר את עונשה שלוש שנים ולא שנתיים, מתוך ההבנה שהטרדה מינית הכוללת מגע מיני מלא היא צורה מוחמרת של הטרדה מינית שאינה כוללת מגע חודרני.

195 כך, בעניין ע"ע (ארצי) 178-06, לעיל ה"ש 28, בפס' 38 קבע הנשיא אדלר כי "לדידי, למרות שהמונחים 'אינוס' ו'מעשה סדום' אינם מופיעים במפורש בסעיף 3 לחוק למניעת הטרדה מינית, ניתן ואף ראוי להגדירם כהטרדה מינית לפי החוק למניעת הטרדה מינית" (ההדגשה במקור).

196 ראו דיון בכך בטקסט שליד ה"ש 199 להלן.

197 כאמור לעיל, בעמדתם כי יש להם סמכות לדון במקרים של מגע מיני מלא כהטרדה מינית בתי הדין לעבודה אינם מבחינים בין בעילה אסורה בהסכמה ובין אונס (או מעשה סדום). כך למשל אמר נשיא בית הדין הארצי לעבודה (כתוארו אז) אדלר, כי "אין זה סביר, כי החוק קובע במישור האזרחי פיצוי, לרבות פיצוי בעל מרכיב עונשי, עבור מעשים ברמת חומרה קלה יחסית ולא עבור מעשים חמורים יותר, שהם מבחינה מהותית, לכל הדעות, מהווים בפועל הטרדה מינית". ראו עניין ע"ע (ארצי) 178-06, לעיל ה"ש 28, בפס' 38 לפסק הדין של הנשיא אדלר. בדברים אלה אדלר אינו מכון לבעילה אסורה בלבד, אלא אף לאונס ולמעשה סדום.

מהווים הטרדה מינית ונתונים לסמכותו של בית הדין לעבודה, ואילו יחסי מין חודרניים ללא הסכמה, בין אם התקיימו בין עובדים שווי מעמד ובין אם בוצעו ביחסי מרות, מהווים תקיפה במישור הנזיקי ולפיכך אינם נתונים לסמכותם של בתי הדין לעבודה.¹⁹⁸ חשוב להדגיש את מרכזיותו של היסוד של "תוך ניצול יחסי מרות" בשיפוט העבירה או העוולה של בעילה ביחסי מרות. כפי שהראיתי בהרחבה במקום אחר, בתי המשפט בישראל, לרבות בתי הדין לעבודה, נטו להניח שיש שקילות בין ניצול לרעה של מרות לבין אי-הסכמה ליחסי מין.¹⁹⁹ הנחה זו הובילה לאימוצה של "חזקת הניצול" בשיפוט מקרים של מגע מיני מלא תוך ניצול מרות בעבודה, מתוך התפיסה שכפופים ביחסי מרות מתקשים להתנגד ליוזמות מיניות מצד דמויות סמכות, ולכן כאשר מתקיים מגע מיני הוא אינו משקף הסכמה אותנטית. אלא שלפי הגישה המוצעת כאן, אין להניח אוטומטית שכאשר יש מגע מיני במקביל ליחסי מרות קיימת עבירה או עוולה. המחוקק אינו אוסר בצורה גורפת על קיום מגע מיני בין בני אדם שיש ביניהם קשרי סמכות בעבודה, ואף אינו מניח שקיומם של יחסי מין כאלה מהווים כפייה מינית, שאחרת היה עלינו להגדיר בעילה תוך ניצול יחסי מרות כאונס. אני טוענת כי החוק אוסר על הטרדה ביחסי מרות מתוך התפיסה שאקט כזה מהווה שליטה פסולה. לפיכך, ביסוסו של היסוד של ניצול מרות הוא מרכזי לעוולה או לעבירה זו.²⁰⁰

ההמלצה להטמיע את האיסור על בעילה תוך ניצול יחסי מרות בעבודה לחוק למניעת הטרדה מינית עשויה לעורר כמה התנגדויות במישור האזרחי ובמישור הפלילי. במישור הדין האזרחי עשויה לעלות הטענה, כי בתי המשפט האזרחיים מצוידים בכלים טובים יותר לפסיקת פיצוי בגין פגיעות מיניות חודרניות מאשר בית הדין לעבודה, ושהחזרה של סמכות הדיון לבית הדין תשלול מן הנפגעים פיצוי הולם לנוקם. לכך יש להשיב, כי הגדרת בעילה ביחסי מרות כהטרדה היא מוצדקת במונחי תיוג העוולה והעוול הטמון בה. ניסיון בפסיקת פיצוי – ככל שהוא אכן חסר – אינו יכול להיות נימוק להפקעת הסמכות מבית הדין, שכן בטווח הארוך ניסיון זה יירכש ככל שבית הדין יפסוק יותר בתיקים אלה. זאת ועוד, הגדרת בעילה תוך ניצול יחסי מרות כהטרדה מינית

198 אף שהצעה זו אינה מקבלת במלואה את עמדת בתי הדין לעבודה, היא תרכך את הבעיה של פיצול הדיון שבתי הדין הצביעו עליה בתביעות המערבות טענות לאונס או לתקיפה מינית עם טענות להטרדה מינית; שכן במקרים שהטענה היא למגע מיני מלא תוך ניצול יחסי מרות וכן למעשים מגונים או להטרדות מילוליות, סמכות הדיון כולה תהיה נתונה לבתי הדין לעבודה. בתיקים שבהם תהיה מעורבת טענה למגע מיני חודרני כפוי (אונס או תקיפה) עם טענה להטרדה מינית בלתי חודרנית – תחול הלכת "הטפל הולך אחר העיקר" שקבע בית המשפט העליון.

199 שניבוים, לעיל ה"ש 92, בעמ' 835-841.

200 לצערי אין בידי להצביע על כללים ברורים לאבחון מצבים של ניצול לרעה של כוח. כאמור לעיל, מצב של התנאה מפורשת של שימוש בכוח הסמכות תמורת היענות ליוזמה מינית הוא מקרה ברור של ניצול לרעה; ואולם מקרים אחרים דורשים שיפוט בהתאם לכלל הנסיבות, כדי לבחון באיזו מידה הופעלו לחץ ומניפולציה בידי הדמות הסמכותית כדי להוביל לשיתוף פעולה מיני. בתי המשפט הכירו במבחן כלל הנסיבות לצורך שיפוט בעילה תוך ניצול יחסי מרות. להרחבה, ראו שם, בעמ' 829-831.

מוסיפה יתרון לנפגעי ההטרדה שאינו קיים כל עוד פגיעה זו מוגדרת כ"תקיפה", בכך שהיא מאפשרת להם פיצוי ללא הוכחת נזק עד לסכום של 120,000 שקלים חדשים. לבסוף, הותרת הסמכות לשיפוט מקרים של מגע מיני מלא תוך ניצול ביחסי מרות בידי בית הדין לעבודה תפתור חלק גדול מהבעיות של פיצול הדיון, אשר הובילו להלכת "העיקר והטפל". משמעותה של הלכה זו היא העברת מקרי הטרדה "קלים" שעד כה נדונו בבית הדין לעבודה לבתי המשפט האזרחיים, מה ששוב יוצר בעיה של "ניסיון בשיפוט". הותרת מקרים של מגע מיני מלא תוך ניצול מרות בבית הדין לעבודה תאפשר לקיים את הדיון כולו בבית הדין, לרבות דיון בתביעות כפולות נגד המטריד והמעסיק, מבלי צורך לפצלן.

במישור הפלילי עשויה לעלות טענה שהעברת האיסור על בעילה אסורה לחוק למניעת הטרדה מינית תוביל לפיחות במעמדו, משום שהוא לא ייכלל עוד בחוק העונשין. אלא שהעברת העבירה של בעילה תוך ניצול מרות לחוק למניעת הטרדה מינית אינה מעקרת את פליליותו. החוק למניעת הטרדה מינית קובע, שכל מה שעונה להגדרת הטרדה מינית בחוק יהווה עוולה אזרחית וגם עבירה פלילית. בעילה אסורה תוך ניצול יחסי מרות תיוותר אפוא עבירה פלילית, אלא שהיא תמוקם בחוק ייעודי לטיפול בהטרדות מיניות מחוץ לחוק העונשין.²⁰¹ התנגדות אחרת עשויה להיגזר מעמדתה של קמיר בנוגע לעבירה של בעילה תוך ניצול מרות. כאמור, עמדתה של קמיר היא כי יש למחוק עבירה זו מספר החוקים,²⁰² משום שלטענתה בעילה תוך ניצול יחסי מרות מהווה אונס.²⁰³ אני סבורה כי אין לקבל טענה זו. מקורה בתפיסה גנרית שלפיה כל עוולה המערבת מין חודרני היא כפייה מינית.²⁰⁴ בגישה זו טמון נזק רב, הכרוך ברידוד הבדלים בין סוגים שונים של עוולות ושל עבירות, ובעיוורון להקשרים החברתיים השונים שבהם הן צומחות.

201 יש עבירות פליליות רבות שמוגדרות בחוקים מחוץ לחוק העונשין. כך למשל, עבירות סמים מוגדרות בפקודת הסמים המסוכנים, התשל"ג-1973.

202 לדבריה, "כל התנהגות שקודם לכן הוגדרה כבעילה אסורה בהסכמה מהווה עתה אינוס, שכן היא מכילה מגע מיני ללא הסכמה חופשית של הקורבן" ולפיכך "בעילה אסורה בהסכמה היא עבירה שמקומה לא יכירנה בחוק. מן הראוי לא לעשות בה שימוש, עד שהמחוקק ייתן דעתו על הסוגיה וימחק אותה מן החוק" (קמיר "סקס בעבודה", לעיל ה"ש 46, בעמ' 25).

203 בהקשר זה ראוי אף להזכיר את הצעת החוק למניעת כפייה מינית, התש"ף-2020, פ/770/23, שניסחה קמיר, והמציעה לרכז את כל הפגיעות המיניות וההטרדות המיניות בחוק אחד, תחת המונח הגנרי "כפייה מינית". ההצעה מבדילה מבחינת הענישה בין כפייה מינית הכוללת חדירה לבין כפייה שאינה כוללת חדירה, אך גורסת כי חדירה בנסיבות של ניצול לרעה של סמכות מהווה כפייה חודרנית – המקבילה למה שמוגדר היום כאונס. גלגולים קודמים של הצעת החוק הוגשו לכנסת (כהצעות חוק פרטיות) החל משנת 2005.

204 במשפט הפלילי מוענקת חשיבות רבה לתיג הנכון – Fair Labelling – של עבירות, אף מעבר לשאלה של דירוג החומרה שלהן או של רמת הענישה עליהן בחוק. ראו Janes Chalmers & Fiona Leverick, *Fair Labelling in Criminal Law*, 71 MODERN L. REV. 217 (2008).

בהקשר זה ראוי לציין, כי כיום ניכרת באזורים נוספים בתחום הרגולציה הפלילית של מיניות התלבטות בין גישה שניתן לכנותה גנרית או מוניסטית, לגישה פרטיקולרית להמשגה ולתיוג של עבירות.²⁰⁵ הגישה הגנרית נוטה לראות בעבירות או בעוולות שונות מקרים פרטיים של קטגוריה רחבה המבוססת על עיקרון בסיסי יחיד. הגישה הפרטיקולרית מאפשרת – ולעיתים מחייבת – תאורטיזציה מובחנת של קטגוריות צרות יותר של עבירות. דוגמה טובה להתלבטות בין הגישות היא דיון שנערך לאחרונה ברציונל על האיסור על רכישת שירותי זנות במשפט הישראלי.²⁰⁶ אחת ההצדקות המקובלות לאיסורים אלה מנוסחת בשפה של הגנה על אוטונומיה מינית; על פי תפיסה זו עיסוק בזנות אינו מתיישב עם בחירה חופשית במין, ולכן עסקת זנות היא פגיעה שיש לאסור עליה, גם אם היא נעשית לכאורה בהסכמה.²⁰⁷ ואולם התאוריה הגנרית נתקלת בקושי עת מתבוננים בצורת ההפללה של רכישת שירותי זנות – כעבירה נפרדת וקלה משמעותית מאונס. לפיכך, במאמר שפורסם לאחרונה טענו עמית פונדיק ואוריאל רוס כי יש לחפש את ההצדקה להפללה במגרש של מסחור (commodification), להבדיל מהשפה של אי-הסכמה ופגיעה בחירות שלילית.²⁰⁸ מובן שיהיו מי שיבקרו את הרגולציה החדשה על רכישת שירותי זנות כמקילה מדי עם העבריינים. ואולם הגישה המוצעת כאן היא כי גם אם מוצדק להפליל רכישת שירותי זנות, אין לראותה כאונס, ויש לפתח כלים מושגיים נפרדים כדי להבין את העוול הטמון בה. ראוי לדחות את הפיתוי הטמון בגישה הגנרית במונחים של פשטות ובהירות, משום שהוא מוביל להשטחה ולמחיקת הבדלים שאיננו מוכנים לוותר עליהם. בעילה תוך ניצול יחסי מרות אינה אונס. במקום למחוק אותה מספר החוקים יש להקצות לה את מקומה הראוי – כחלק מדיני הטרדה המינית.

205 לדיון בשאלה זו בהקשר של עבירות מין, ראו Galia Schneebaum, *Losing the Trees for the Forest: What is Overlooked in Adopting a Unified Theory for Criminalizing Sex*, 26 JRSLM. REV. LEGAL STUD. 40 (2022).

206 חוק איסור צריכת זנות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), התשע"ט-2019.

207 "סיבות ההיקלעות לזנות קשורות במצוקות כלכליות, נפשיות וחברתיות אשר אף מקשות על היציאה ממעגל הזנות, ולפיכך הן מעלות קושי לראות בהימצאות בזנות תוצר של בחירה אוטונומית" (דברי ההסבר להצעת החוק לאיסור צריכת שירותי זנות (הוראת שעה) התשע"ט-2018, ה"ח 1258). כן ראו דיון בעמדה זו אצל: הילה שמיר "סקירה של גישות פמיניסטיות לזנות: מבט אוהד על הפער שבין המשפט עלי ספר, לבין המשפט בפעולה" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 121, 131 (משפט, חברה ותרבות, ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים) (2016); נויה רימלט "על זנות, מגדר, ומשפט פלילי: הרהורים על הצעת החוק להפללת צרכני זנות" **משפט וממשל** יג 439 (2010).

208 עמית פונדיק ואוריאל רוס "יחסי מין בתמורה: האם ניתן להצדיק את התערבות המשפט הפלילי בעולם הזנות?" **משפטים** נ 801 (2021).

(ב) המלצה להרחיב את הגדרת המונח "סחיטה מינית" בחוק למניעת הטרדה מינית

תיקון חקיקה נוסף שראוי לשקול לנוסחו הנוכחי של החוק למניעת הטרדה מינית הוא הרחבת ההגדרה של סחיטה מינית – אחת החלופות להטרדה מינית המוגדרות בחוק.²⁰⁹ התליה כזו מכונה במשפט האמריקני "זה תמורת זה", ונחשבת שם לאחת משתי הצורות המרכזיות של הטרדה מינית.²¹⁰ ואולם בנוסחו הנוכחי החוק למניעת הטרדה מינית בישראל אוסר על התליה כזו רק חלקית. על פי החוק למניעת הטרדה מינית, המסתמך בעניין זה על הגדרת "סחיטה" בחוק העונשין,²¹¹ סחיטה מוגדרת כ"סחיטה באיומים". אלא שישנם מקרים נוספים של התליית שימוש בכוח הסמכות במקום העבודה בהיענות מינית, שאינם כוללים איום ("התליה שלילית"), אלא דווקא הצעה או הבטחה להפעיל את כוח המשרה לטובת הכפוף או הכפופה ("התליה חיובית"). דוגמה לכך הוא המשפט "אם תיעני לדרישותי המיניות אקדם אותך".²¹² כאשר התליה מסוג זה נעשית בידי עובד ציבור, ניתן לטפל בה במישור הפלילי באמצעות עבירת השוחד²¹³ או העבירה של מרמה והפרת אמונים.²¹⁴ ואולם מטרתן

209 לפי ס' 3(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, "הטרדה מינית היא כל אחד ממצעים אלה: (1) סחיטה באיומים, כמשמעותה בסעיף 428 לחוק העונשין, כאשר המעשה שהאדם נדרש לעשותו הוא בעל אופי מיני".

210 הטרדה מסוג "זה תמורת זה" מוגדרת כמצב שבו ממונה במקום העבודה מבקש מעובד הכפוף לו טובת הנאה מינית בתמורה להטבה בתנאי העבודה (קידום למשל) או כתנאי לכך שתנאי העבודה לא יורעו (פיטורין למשל). ראו GREGORY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 17.

211 ס' 428 לחוק העונשין, המגדיר את עבירת הסחיטה, קובע כי "המאיים על אדם בכתב, בעל פה או בהתנהגות, בפגיעה שלא כדין בגופו או בגוף אדם אחר, בחירותם, ברכושם, בפרנסתם, בשמם הטוב או בצנעת הפרט שלהם, או מאיים על אדם לפרסם או להימנע מפרסם דבר הנוגע לו או לאדם אחר, או מטיל אימה על אדם בדרך אחרת, הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו – מאסר שבע שנים; נעשו המעשה או המחלל מפני איום או הטלת אימה כאמור או במהלכם, דינו – מאסר תשע שנים".

212 אפשר לנסות להשתמש בדין הקיים כדי לטעון לפרשנות מרחיבה של המונח "סחיטה באיומים", כך שיכלול גם הבטחה להטבה בתנאי העבודה. לדוגמה לכך, ראו סע"ש (אזורי חי') 2195-11-18 פלונית – אלמונית, פס' 10 (נבו 19.2.2024). שם התובעת טענה כי הממונה עליה אמר לה "אם את רוצה שעות נוספות – את רוצה להתקדם בעבודה תתני לי פעם אחת ודי, את תהיי מלכה". טענת התובעת נדחתה ברמה העובדתית, ולא התקיים באותו פסק דין דיון משפטי בפרשנות המונח "סחיטה". בכל מקרה, אני סבורה כי ראוי להסדיר את הסוגיה בצורה ברורה בלשון החוק, ולא להסתמך על פרשנות מרחיבה כזו או אחרת.

213 על פי הפסיקה בישראל אף טובת הנאה מינית תחשב ל"מתת" לצורך עבירת השוחד. ראו ע"פ 534/78 קוביליו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 281 (1979). מהעת האחרונה, ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 69728-06-20 מדינת ישראל נ' סולומון (נבו 17.11.2022). פסקי דין אלה עסקו בעסקת שוחד בין עובד ציבור לבין מי שנוקק לשירותיו (להבדיל מעובד).

214 דוגמה להתליה מסוג זה בידי עובד ציבור שנדונה תחת העבירה של מרמה והפרת אמונים היא עפ"ג (מחוזי ב"ש) 9503-06-17 מור נ' מדינת ישראל (נבו 8.11.2017). מור נשפט בגין כמה

העיקרית של עבירות אלה היא למנוע פגיעה במנהל התקין ולא להגן על הכפופים ביחסי סמכות.²¹⁵ בניגוד לחוק למניעת הטרדה מינית שקובע אחריות פלילית לצד אחריות אזרחית, העבירות של שוחד ומרמה והפרת אמונים הן עבירות בחוק העונשין, ואין בצידן עילות תביעה אזרחיות. יתרה מזאת, תחולתן של עבירות אלה מוגבלת לנאשמים שהם עובדי ציבור.²¹⁶ לפיכך, עבירות אלה יכולות לספק מענה מוגבל בלבד לטיפול במקרים שממונה במקום העבודה קושר בין פעולה לטובת הכפוף במישור המקצועי לבין היענות ליוזמה מינית. ראוי אפוא שהחוק למניעת הטרדה מינית, שעניינו בהגנה על קורבנות אינדבדואלים של הטרדה מינית, יכסה מקרים אלה של "התליה חיובית" הפוגעים בכפופים.²¹⁷ הצעה או הבטחה מסוג זה אינה "חיובית" (כמובן), והיא מהווה אקט של שליטה פסולה. סמכותו של ממונה במקום העבודה ושיקול הדעת הרחב הנלווה לה כוללים כמעט תמיד אפשרות לתת הטבות לצד אפשרות לפגוע בתנאי העבודה. הצגתה של התליה חיובית משמיעה מניה וביה נכונות להשתמש בכוח המשרה ככל הנחוץ לממונה כדי להגשים את מאווייו האישיים, ובכלל זה נכונות לפגוע בתנאי העבודה של הכפוף. כפי שכותב Stephen Schulhofer:²¹⁸

פרשות שבהן הבטיח לסייע לשוטרים שהיו כפופות לו, ובמקביל הציע להן הצעות מיניות, באופן היוצר זיקה בין היענות להצעה המינית לבין היחס במישור המקצועי. באחת הפרשות המתוארות בפסק הדין פנתה שוטרת ללשכתו של הנאשם לאחר שקיבלה מכתב פטורין והוא סייע לה למצוא תפקיד אחר במשטרה, אך בהמשך לכך ניסה להסיט את הקשר בין השניים לקשר בעל אופי מיני. בחלוף זמן נוסף הוא אף בדק עבודה אפשרות להשלים תואר אקדמי במימון המשטרה על מנת שתוכל לצאת לקורס קצינים. במקביל הוא המשיך לחזור אחריה, וכשהתברר לו שהיא דוחה את חיזוריו השיב לה כי "אני מבין שאת לא רוצה להתקדם".

215 חשוב לציין, כי שיפוט מקרה של התליה חיובית כשוחד או כמרמה והפרת אמונים לעומת שיפוט כהטרדה מינית אמור להיות בעל דגשים שונים, לאור הדגשים השונים בערך המוגן. כך למשל, לגדר מרמה והפרת אמונים או שוחד יכול להיכנס מקרה שבו היוזמה המינית באה מצד הכפוף. במצב שכזה היענותו של הממונה ליוזמה המינית במקביל לקבלת החלטות מקצועיות בעניינה מהווה הפרת אמונים או שוחד הפוגעים בציבור, אבל לא בהכרח מהווה פגיעה בכפוף. לשיפוט מהעת האחרונה של יחסים אינטימיים בין ניצב במשטרה לבין שוטרת כפופות לו תחת העבירה של מרמה והפרת אמונים, ראו רע"פ 6477/20 שחם נ' מדינת ישראל (נבו 15.11.2021).

216 עבירת השוחד הורחבה בשנים האחרונות, כך שהאיסור על קבלת שוחד חל על כל עובד של תאגיד המספק שירות לציבור (גם אם אינו עובד ציבור במובן הצר של המונח) (ס' 290(ב) לחוק העונשין).

217 במקרים שהממונה במקום העבודה חוזר על ההבטחה יותר מפעם אחת, אפשר שהיא תבוא בגדר האיסור על התייחסויות מיניות חוזרות בעלות אופי מיני, הקבועות בס' 3(א)(3) ו-3(א)(4) לחוק למניעת הטרדה מינית. ואולם גם כאשר הבטחה כזו מושמעת פעם אחת בלבד, ראוי שהיא תהיה מוגדרת כהטרדה אסורה. יתרה מזאת, ישנה חשיבות סימבולית להגדרת האיסור על סחיטה מינית כאיסור המשתרע על כל התנאה – בין אם היא שלילית ובין אם היא חיובית – בידי דמות סמכותית, שכן התנאה כזו היא ניצול לרעה של כוח ושליטה פסולה.

218 SCHULHOFER, UNWANTED SEX, לעיל ה"ש 68, בעמ' 140. שולחופר אומר את הדברים במסגרת דיון בערך האוטונומיה המינית, והוא טוען כי הצעה מסוג זה צריכה להיחשב "הצעה כופה". מתוך

"The first point to notice is the iron fist inside the velvet glove. When one person holds power over another, the offer to provide a benefit may mask an intent to inflict harm if the offer is reused".

השמטת האיסור על הבטחה או על הטבה מנוסחו הנוכחי של החוק למניעת הטרדה מינית (המתבסס בעניין זה כאמור על הגדרת "סחיטה" בחוק העונשין) אינה מקרית. היא נובעת מהתפיסה הקונונציונלית של כפייה במחשבה המשפטית הליברלית, המבחינה באופן מסורתי בין איום (threat), לבין הצעה או הבטחה להטבה (offer). בעוד שאינטראקציה בין בני אדם בעקבות איום מכונה "כפייה" (coercion), אינטראקציה בעקבות הצעה מכונה "עסקה" (bargain), ולרוב אינה נתפסת כפגיעה בזכותו של הניצע.²¹⁹ כך למשל, האמירה "תן לי את מכוניתך או שאפגע במשפחתך" היא איום המהווה כפייה פסולה, בעוד שהאמירה "אקנה את רכבך תמורת 20 אלף ש"ח ולא שקל אחד יותר" היא הצעה מותרת, ואינטראקציה שתתקיים בעקבותיה תהווה עסקה ולא כפייה. לפיכך, ההגדרה של סחיטה בחוק העונשין (ובעקבותיה גם בחוק למניעת הטרדה מינית) מתמקדת באיומים ולא בהצעות או בהבטחות. אלא שכאמור אין מקום לדבוק בהבחנה בין איומים כופים לבין הצעות מותרות כאשר מדובר ביחסי שליטה.²²⁰ לפיכך יש להרחיב את ההגדרה המופיעה היום בחוק, ולקבוע שכל התנאה או התליה מצידו של בעל מרות בין שימוש בסמכות הנתונה לו להיענות לחיזור מיני מצד כפוף תהווה סחיטה מינית לצורך החוק למניעת הטרדה מינית.

3. השפעה מול שליטה: השלכות התפיסה של שליטה פסולה על דוקטרינת "יחסי השפעה"

בטרם אסכם, ראוי לדון בקצרה בהשלכות התאוריה המוצעת במאמר זה על דוקטרינה חדשה שפותחה לאחרונה בפסיקת בתי הדין לעבודה, שעניינה הטרדה מינית במסגרת מה שמכונה "יחסי השפעה" בעבודה. בפסק דין תקדימי שניתן בסוף שנת 2022 קבע בית הדין לעבודה,²²¹ כי יחסי השפעה הם קטגוריית ביניים המצויה בתווך שבין יחסי מרות לבין יחסים שווי מעמד בין עמיתים לעבודה. קטגוריה זו, לדיון של בית הדין, מציינת פער כוחות בין עובדים שיש ביניהם פערי ותק, ניסיון, מוניטין או

התפיסה המוצעת כאן אין צורך להידרש לטיעון זה של שולהופר, המאתגר את ההבחנה הליברלית המסורתית שבין כפייה להצעה, משום שעל פי הגישה המוצעת כאן כל התליה בין שימוש בכוח המשרה לטובת הנאה מינית מהווה שליטה פסולה.

219 להבחנה הכללית בין איום להצעה ובין כפייה לעסקה, ראו שם, בעמ' 119.

220 יצוין, כי באחד ממאמריה המאוחרים בנוגע לחקיקת החוק למניעת הטרדה מינית הביעה קמיר תמיכה בהרחבת ההגדרה שבחוק, כך שתכלול הצעות לשיפור בתנאי העבודה בתמורה למגע מיני כצורה של הטרדה. ואולם לטעמי קשה להסביר עמדה זו מתוך תפיסת הטרדה ככפייה מינית או כפגיעה בכבוד האדם. ראו קמיר ואח', לעיל ה"ש 43, בעמ' 50.

221 ע"ע (ארצי) 35999/10/21 פלונית – חברה פלונית (נבו 13.12.2022). עתירה שהוגשה לבג"ץ נגד פסק הדין נדחתה. ראו בג"ץ 4272/23 פלונית נ' בית-הדין הארצי לעבודה (נבו 7.6.2023).

יכולת השפעה במקום העבודה, גם אם פערים אלה אינם מיתרגמים למרות פורמלית.²²² פסק הדין עוסק במגע בעל אופי מיני שהתקיים בין מלצרית במלון באילת לבין טבח במלון ("שף טורנה"), שלא היה ממונה עליה. בפסק הדין נקבע, כי תובעת שנפגעה מהטרדה מינית במסגרת יחסי השפעה בעבודה לא תצטרך להוכיח ברמה המקובלת במשפט אזרחי שהיא הראתה למטריד כי היא אינה מעוניינת ביחס המיני, אלא תיהנה מנטל הוכחה מופחת. הטעם לקביעה זו של בית הדין הוא, שביחסי השפעה הצד הנחות עשוי להתקשות להביע התנגדות ליוזמה מינית של הצד שנהנה מיתרון כוח, ולפיכך ראוי להפחית את נטל ההוכחה המוטל עליו להוכיח כי הוא הביע התנגדות.²²³ לכאורה פסיקה זו משקפת הכרה חשובה בפסול הטמון בהטרדה מינית ביחסי כוח, ומרחיבה את מעטפת ההגנה המשפטית על מי שמצויים בעמדת נחיתות במקום העבודה. ואולם אני טוענת, כי מתוך הבסיס התאורטי של שליטה פסולה אין מקום להרחבה שהחיל בית הדין. יש בפסיקה זו כדי לטשטש את ההבחנה שבין כפייה לשליטה, שעליה עמדתי לעיל, ואף בין שליטה לגיטימית לשליטה פסולה. לפיכך, מבלי להטיל דופי בכנות כוונותיהם של שופטי בית הדין לטייב את ההגנה על נפגעי הטרדה מינית בעבודה, אני סבורה כי מדובר בפסק דין שגוי.

הפגיעה שבית הדין מדמיין במצב של מין תחת יחסי השפעה היא של מין כפוי.²²⁴ הוא מניח כי יכולת ההתנגדות של מי שמצוי בעמדת נחיתות כלשהי ליוזמה מינית מצד מי שיש לו יתרון של כוח נמוכה יותר מיכולת ההתנגדות שקיימת במצבים סימטריים של כוח, ושלכן עלולים להתקיים יחסי מין שאינם תוצר של בחירה חופשית בין הצדדים. מבלי לחוות דעה מוצקה בשאלה אם מין בכל מצב של אסימטריה ביחסי כוח צריך להיות חשוד ככפוי,²²⁵ מין מסג זה ודאי שאינו מהווה שליטה פסולה במונחים שפותחו במאמר זה. כאמור, לא כל אסימטריה בכוח מהווה שליטה. יחסי שליטה הם קטגוריה מוגדרת, המציינת מצב שבו אחד הצדדים נהנה מעמדת כוח קבועה,

222 עניין **חברה פלונית**, לעיל ה"ש 221, בפס' 58-60.

223 שם, פס' 61-62. בית הדין מציין בצדק, כי במשך השנים ריככו בתי הדין את הדרישה ליחסי מרות כך שתכלול לא רק מרות ישירה, אלא גם מרות עקיפה (כמו למשל היחסים שבין עובד למנהל שאינו מנהלו הישיר, אך בעל יכולת להשפיע על עתידו המקצועי). הקטגוריה של יחסי השפעה היא הרחבה משמעותית בנושא.

224 "ישנם מקרים של הטרדה מינית... אשר אירעו בין עובדים שיש ביניהם פערי כוח שאינם נובעים מכפיפות כלשהי או מיחסי מרות כפי שהוגדרו בפסיקה. פערים אלו עשויים להוביל למקרים המצויים בשטח 'אפור' בו ברור כי לצד אחד יש יכולת השפעה על הצד השני, יכולת אשר תמנע מהצד החלש להראות למטריד כי אינו מעוניין" (שם, בפס' 58).

225 לכאורה אין סיבה לצמצם את העיקרון המנחה את פסיקתו של בית הדין רק ליחסי עבודה. האם נהיה מוכנים להפוך כל פער כוח בין אנשים (נניח למשל את הפער שבין אדם אמיד לאדם מעוט יכולת) לכזה המחשיד מראש את ההסכמה ליחסי מין והגזור הפחתה של נטל הראיה למי שטוען לפגיעה מינית?

המתאפיינת ביחסי ציווי-ציות והניזונה מלגיטימציה – דהיינו עמדת סמכות.²²⁶ בית הדין מציב על ספקטרום אחד יחסי מרות, יחסי השפעה ויחסים סימטריים של כוח.²²⁷ אולם על פי התשתית התאורטית שפותחה לעיל, אין רצף בין יחסי מרות (שהם יחסי שליטה) לבין יחסי כוח אחרים. לפיכך אין מקום לדון במונחים דומים ביחסי מרות וביחסי השפעה שאינם יחסי מרות.

עניין זה קשור לסוגיה חשובה נוספת, שעניינה הפחתת נטל הראייה שבית הדין מעניק למי שחשוף ליוזמה מינית במסגרת יחסי השפעה. עמדה זו מתאפשרת תודות להנחתו של בית הדין שהסכנה ביחסי השפעה (כמו גם ביחסי מרות) היא של מין כפוי: ככל שהאסימטריה בכוח גדולה יותר, כך מתחזק החשד שהסכמה שניתנה ליוזמה מינית של הצד החזק אינה משקפת הסכמה אותנטית. הכללים הראייתיים מבטאים את עוצמת החשד: כאשר מדובר ביחסי מרות החשד הוא גדול, ולכן בתי הדין מחילים זה שנים את חזקת הניצול – הגורסת שכל הטרדה מינית ביחסי מרות נעשית "תוך ניצול", אלא אם הנתבע יפריך את החזקה; ואילו ביחסי השפעה החשד הוא בדרגה נמוכה יותר, ולכן הוא אינו גוזר העברה מלאה של הנטל לנתבע, אלא הנמכת נטל ההוכחה הרובץ על כתפי התובע.

אלא שכפי שטענתי במקום אחר, חזקת הניצול אינה ראויה גם בשיפוט מקרים של מגע מיני ביחסי מרות פורמליים.²²⁸ במונחים שאני מציעה במאמר זה, יש להבחין בין שליטה לבין שליטה פסולה: רק שליטה פסולה פוגעת בחופש משליטה. העובדה שמתקיימים יחסי מין או מגע מיני במסגרת יחסי מרות (שהם יחסי שליטה) אינה מובילה למסקנה אוטומטית כי מתקיימת שליטה פסולה. כדי להצביע על שליטה פסולה יש להראות שהכוח נוצל לרעה. פסיקתו של בית הדין לעבודה הפחיתה בשנים האחרונות מחשיבותו של היסוד של "תוך ניצול יחסי מרות" כיסוד עצמאי. התפיסה המגולמת בפסיקה זו היא כי "תוך ניצול מרות" הוא עניין ראייתי בעיקרו, שתפקידו להוכיח את האלמנט המהותי של היעדר הסכמה ליחסי מין. בפסיקתו בעניין יחסי השפעה בית הדין ממשיך ואף מקצין קו זה, בכך שהוא קובע שגם ביחסי השפעה שאינם יחסי מרות יהיה נטל מופחת על התובע. מעבר לאלמנט של הפחתת הנטל, שספק אם יש לו הצדקה, פסיקתו של בית הדין בעניין יחסי השפעה מבכרת את הרחבת השטחים האפורים (גישת הספקטרום) על פני שרטוט הבחנות ברורות. שמא ניתן אף לטעון כי פסיקה זו, המניחה כי הפסול במגע מיני ביחסי עבודה נוגע להסכמה או לאי-הסכמה ליחסי מין, מאשררת את עמדתו של בית המשפט העליון במחלוקת הסמכויות שתוארה לעיל, וחותרת תחת עמדתו של בית הדין עצמו בעניין שיפוט מקרים של מגע מיני מלא ביחסי מרות? כפי שהראיתי לעיל, הדרך הטובה ביותר להצדיק את גישתו של בית הדין היא להצביע על מובחנותו של העוול הכרוך במין ביחסי מרות כעוול של

226. במובן זה, הרחבת ההגדרה של יחסי מרות כדי שתכלול גם מרות עקיפה הנהוגה זה שנים בפסיקת בית הדין תואמת את ההגדרה של יחסי שליטה במאמר זה, להבדיל מהקטגוריה הרחבה יותר של יחסי השפעה, משום שמרות עקיפה עדיין נגזרת מעמדת כוח פורמלית בארגון.

227. פסק הדין כולל תרשים גרפי של ספקטרום זה. ראו עניין **חברה פלוגית**, לעיל ה"ש 221, פס' 62.

228. שניבויס, לעיל ה"ש 92, בעמ' 835-841.

שליטה ולא של כפייה. הדיון בקטגוריה של יחסי מרות על אותו ספקטרום עם יחסי השפעה אינו עולה בקנה אחד עם הדגשת הייחוד שבהטרדה מינית ביחסי מרות, הדרושה כדי להצדיק את פסיקתו של בית הדין בעניין סמכות הדיון במקרים של מגע מיני מלא תוך ניצול מרות.

סיכום ומבט לעתיד

האיסורים המשפטיים על הטרדות מיניות משויכים לרוב לתודעה ולמחשבה הפמיניסטית. היסטורית, האקטיביזם הפמיניסטי הוא שקידם את השיום של תופעת ההטרדה המינית ואת הטיפול המשפטי בה. אולם ישנן דרכים נוספות להבין את תופעת ההטרדה המינית ואת הפסול הטמון בה. תנועת #MeToo היא הזדמנות להחזיר לסדר היום לא רק את הצורך להיאבק בתופעת הטרדות המיניות, אלא גם את הדיון במהותן וכיצד יש להבין את הפסול הטמון בהן. בפרט עסקה תנועת #MeToo רבות בהטרדות מיניות מצד בכירים, והיא מזמינה אותנו לצאת ממסגרת הדיון של כוח גברי ולעסוק בסוג אחר של כוח – הנובע מעמדת סמכות ארגונית-פורמלית. יש הסכמה כמעט גורפת שעולם העבודה הוא זירה מרכזית – אולי הזירה המרכזית – שבה משגשות הטרדות מיניות.²²⁹ על פי התפיסה שפותחה במאמר זה, עניין זה אינו קשור רק למידת הזמן שבני אדם מבלים במקומות עבודה או למקום המכריע של העבודה בעיצוב זהותם,²³⁰ אלא להיותם של מקומות עבודה מודרניים זירות רוויות כוח. זהו כוח שאינו בגדר סטטוס טבעי או נכס היסטורי של קבוצות חברתיות מסוימות; זהו כוח מוסדי-משפטי, המוענק למחזיקים בו באופן פורמלי, ונועד לשרת תכליות פונקציונליות. אלא שכוח זה עשוי להיות מנוצל לרעה. אחת הטענות שמושמות בנוגע לתנועת #MeToo היא, שהיא עוסקת בידוענים ובפרשות הטרדה בעלות פרופיל גבוה.²³¹ שאינן מייצגות בהכרח את המציאות. ואולם הנתונים על אודות הטרדה מינית ביחסי מרות במקומות עבודה בישראל ופסיקת בתי המשפט שנסקרה לעיל מלמדת, שמדובר בתופעה המאפיינת דרגות רבות לאורכה של שדרת ההיררכיה הארגונית. כוח ארגוני-פורמלי וההיררכיה

229 דוח של הוועדה לקידום מעמד האישה שהתפרסם בשנת 2019 קובע, כי שש מתוך כל עשר נשים שדיווחו על הטרדה מינית נפגעו ממנה בעבודה או בצבא. ראו הרשות לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 7. כן ראו מבקר המדינה, לעיל ה"ש 9. הדוח משנת 2020 הקדיש פרק מיוחד ליישום החוק למניעת הטרדה מינית, ובחן את הטיפול בהטרדות מיניות בארבעה סוגים של מרחבים חברתיים, ששלושה מהם הם מסגרות ארגוניות (יחסי עבודה, הממשק שבין עובדי ציבור לתושבים במערכות החינוך והבריאות, עובדי המדינה).

230 Al Gini, *Work, Identity and Self: How We Are Formed by The Work We Do*, 17 J. BUS. ETHICS 707 (1998).

231 Sophie Chou, *Millions Say #MeToo, But Not Everyone is Heard Equally*, THE WORLD (Jan. 23, 2018), <https://theworld.org/stories/2018-01-23/millions-say-metoo-not-everyone-heard-equally>.

שהוא יוצר בין בני אדם נוכחים דרך שגרה בחייהם של עובדים במקומות עבודה, של תלמידים במוסדות חינוך או של מי שמשרתים בצבא מודרני.²³² החוק למניעת הטרדה מינית ביקש להתנתק מן התפיסה האמריקנית הממשיגה הטרדה מינית במונחים של אפליה בין המינים, ונוסח תוך התבססות על הערך ההומניסטי-כללי של כבוד האדם. הן הדין האמריקני והן החוק הישראלי מחמיצים את מרכזיותם של יחסי כוח פורמליים ואת העוול המשפטי הכרוך בהטרדה מינית ביחסי סמכות. המסגרת של כבוד האדם היא אינדיבידואליסטית, ובמידה רבה מעקרת את ההקשרים החברתיים-מוסדיים שבהם הטרדה מינית צומחת. חשוב מכך, השיח הקיים אינו מבחין בין הטרדה היררכית להטרדה שאינה היררכית – ומשווה לשתייהן נופך של פגיעה מינית. החידוש בחקיקת החוק למניעת הטרדה מינית, על פי תפיסה זו, הוא נכונותו של החוק להרחיב את היקף האיסורים המיניים המסורתיים, כגון אונס, לכיסוי פגיעה מינית בלתי חודרנית, שנחשבת קלה יותר. זהו המובן שדבק בשיח הישראלי למונח "הטרדה מינית". על פי התפיסה המוצעת כאן, יש להעניק משמעות שונה לפלח מרכזי ממקרי ההטרדה המינית המתרחשים ביחסי סמכות. האיסורים על הטרדה מינית ביחסי סמכות לא נועדו, בעיקרם, כדי למנוע פגיעה מינית, אלא כדי לשלול שימוש עריץ בכוח ולהגן על כפופים מפני חוויה של הכנעה לכוח.

כפי שראינו, לתובנה זו יש השלכות קונקרטיות על עיצוב דיני ההטרדה המינית בישראל. מסקנה נגזרת אחת היא כי ההגדרה הנוכחית של הטרדה מסוג "זה תמורת זה" בחוק למניעת הטרדה מינית היא צרה מדי, משום שהיא מצטמצמת לסחיטה באיומים. יש לאסור בחוק למניעת הטרדה מינית כל התנאה בין הפעלת כוח מקצועי ובין שיתוף פעולה מיני, בין אם היא מובעת בצורה של איום בהרעת תנאים, ובין אם היא מובעת בצורה של הבטחה להטבת תנאי העבודה. הגדרה מוצעת זו דומה לאופן שבו הטרדה מינית מסוג "זה תמורת זה" מוגדרת במשפט האמריקני, אך מטעמים שונים. בעוד שהגישה האמריקנית ממוקדת בסוגיה של אפליה מגדרית, הגישה הננקטת כאן רואה בהתנאה מסוג זה אקט של שליטה שהיא פסולה ללא קשר לזהות המגדרית של המעוול או של הנפגע. מסקנה נוספת מהניתוח התאורטי היא שעמדתם של בתי הדין לעבודה, שלפיה מגע מיני מלא תוך ניצול יחסי מרות אמור להיחשב להטרדה מינית המצויה בגדר סמכותם, היא עמדה ראויה. במישור הפלילי יש לגבות את בחירת המחוקק לראות בבעילה תוך ניצול יחסי מרות בעבודה עבירה מובחנת מאונס. המקובץ ממסקנות אלה הוא שראוי להעביר את האיסור על בעילה או מעשה סדום תוך ניצול מרות בעבודה לחוק למניעת הטרדה מינית חלף הכללתה בפרק עבירות המין של חוק העונשין. במבט לעתיד, יש לחשוב על המסגרת המושגית של שליטה פסולה כמצדיקה איסורים על התנהגויות שאינן מיניות. הטרדה מינית היא רק סוגה אחת – מרכזית

232 מובן שחלו שינויים רבים באופיים של ארגונים ושל מקומות עבודה בעשורים האחרונים, מה שהוביל לטענה כי ארגונים עכשוויים הפכו להיות פוסט-בירוקרטיים. אולם גם אם נכון שבהיבטים מסוימים העולם הנוכחי הוא פוסט-בירוקרטי, רוב מקומות העבודה עדיין כוללים היררכיה מוגדרת של יחסי כוח בין עובדים. ראו Phil Johnson et al., *The Rise of Post-Bureaucracy: Theorists' Fancy or Organizational Praxis?*, 24 INT'L SOCIO. 37 (2009).

אומנם, אך לא יחידה – של שליטה פסולה. כך למשל, יש לדון בהשלכותיה של תפיסת השליטה הפסולה על התחום ההולך ומתהווה של איסורים משפטיים על התעמרות בעבודה, שהיא הטרדה שאינה מינית.²³³ הרוב המוחלט של מקרי ההתעמרות בעבודה מתרחשים ביחסי סמכות.²³⁴ כפי שהצעתי במקום אחר, הפסול המרכזי הטמון בהתעמרות בעבודה הוא ניצול לרעה של כוח המשרה.²³⁵ לפיכך, במחשבה על מחקר עתידי, ראוי להפיק לקחים מן התחום של הטרדה מינית ביחסי מרות לתחום של התעמרות בעבודה, בשינויים המחויבים. תפיסת השליטה הפסולה שפותחה כאן בנוגע להטרדות מיניות ביחסי סמכות היא בעלת פוטנציאל רב לשפוך אור גם על האיסורים המתהווים של התעמרות בעבודה.

נוסף על הדברים שנאמרו כאן, מאמר זה נועד להעשיר את האופן שבו אנו מבינים את חדשנותה של הרגולציה המשפטית על הטרדות מיניות. רגולציה זו אינה נוגעת רק למעטפת ההגנה של החוק מפני פגיעה מינית, אלא להרחבת ההגנה מפני עריצות ומפני הפעלה מושחתת של כוח. בעוד שאיסורי השחיתות המסורתיים נטו להתמקד באדמיניסטרציה השלטונית, האיסור על הטרדה מינית היררכית מבטא הכרה בבעיה של ניצול לרעה של סמכות ככזו שאינה מוגבלת לעובדי ציבור וליחסים בינם לבין אזרחים, אלא משתרעת על זירות רבות של החברה האזרחית. יתרה מזאת, התופעה המכונה שחיתות והמאבק בה אינם נוגעים רק לאינטרס הציבורי המופשט של תקינות מנהלית ואף לא לטהרנות מוסרנית, אלא לצמצום מידת השליטה של בני אדם בבני אדם אחרים, ובהם עובדים, פקודים ותלמידים.

233 בישראל ישנה הצעת חוק למניעת התעמרות בעבודה, אך בטרם התקבלה ההצעה כחוק החל בית הדין לעבודה לפסוק פיצויים בגין התעמרות כראש נזק עצמאי. ראו הצעת חוק למניעת התעמרות בעבודה, התש"ף-2019, פ/1352/22. לפסק דין מנחה שניתן לאחרונה בידי בית הדין הארצי לעבודה, ראו ע"ע (ארצי) 21934-02-21 **חקמון – מדינת ישראל** (נבו 6.9.2022).

234 Galia Schneebaum, *Conceptualizing Workplace Bullying as Abuse of Office*, 73 S. C. L. REV. 65, 78 (2021).

235 שם.