

בתחילת שנת 2014 נכנס לתוקפו תיקון מס' 10 (להלן: "התיקון") לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: "החוק"). בתיקון זה נקבע כי פרסום של תצלום, סרט או הקלטה בעלי אופי מיני, אשר נעשה ללא הסכמת הנפגע עשוי להוות בנסיבות המתאימות, עבירה של הטרדה מינית הגוררת עונש מרבי של חמש שנות מאסר. התיקון התבצע על רקע התרחבות תופעה של נקמנות על רקע מיני במרחב הווירטואלי ולמעשה הרחיב את מעגל התנהגויות הנופלות תחת הגדרת "הטרדה מינית"¹. המאמר יוצא מנקודת הנחה כי התנהגות זו גורמת לפגיעה מרחיקת לכת בנפגעת, המתבטאת בין היתר באופן פסיכולוגי ובאופן פיזי, בדמות קשיים תעסוקתיים². הערכים המוגנים, ע"פ ס' 1 לחוק- כבוד האדם, חירותו, פרטיותו ושוויון בין המינים, מבטאים באופן ייחודי את המשמעות המשפטית העולה ממעשה הטרדה³. כותבי המאמר מבטאים תמיכה בתיקון ועל כן מתמקדים בקשיים העולים מהתיקון ומציעים פתרונות עבורם⁴, במטרה להקל על מערכת המשפט ביישום התיקון הלכה למעשה, עת מלאכת השיפוט.

אציג עמדתי ביחס לשתי סוגיות העולות במאמר הנדון, תוך התייחסות לעמדת הכותבים, לחקיקה ולהפניות.

סוגיה ראשונה: המיקום הנורמטיבי של האיסור בחוק- האיסור בחוק קיים זה מכבר בחקיקה אחרת בארצנו וקיימת חוסר קוהרנטיות בין החקיקות המקבילות. עולה השאלה, האם החוק נחוץ.

- התיקון מול עבירת מעשה מגונה- ס' 348 לחוק העונשין, התשל"ז-1977-
בחוק העונשין קיים איסור מקביל לאיסור בתיקון, דרך עבירת מעשה מגונה שעונשה עד עשר שנות מאסר. ע"פ פסיקת העליון, ניתן להגיש כתב אישום נגד אדם בגין מעשה מגונה, בשל פרסום תוכן מיני פוגעני. השופט רובינשטיין קבע כי על אף שס' 348 מנוסח באופן פיזי של "מעשה מגונה באדם", ההתפתחות הטכנולוגית בימינו מייצרת את הצורך ביסוד של מגע פיזי על מנת להגדיר מעשה כהטרדה מינית⁵, וזוהי גם דעת כותבי המאמר. לטעמי, מהסתכלות על כלל תוכן החוק, נדמה כי מרביתו סובב טרדות מיניות גרידא, דהיינו הטרדות המתבטאות במגע פיזי. השוואת הטרדה פיזית להטרדה שאינה פיזית, הנדמית בעיני לחמורה פחות מפני הטרדה פיזית, עלולה להפחית מחומרת הטרדה הפיזית. זאת ועוד, נשאל, האם פרסום תוכן מיני, באמת ובתמים, נתפס בעיני רוב הציבור כהטרדה מינית? המאמר לא מספק תשובה לשאלה, יתכן ומשום שיש לכך תשובות רבות. אחד ירגיש כי הטרדה מינית בעקבות פרסום תוכן מיני, בעוד השני לא כך. הרחבתי על כך בחלק השני, בנושא פרשנות ההגדרה.

- התיקון מול עבירה של פגיעה בפרטיות- ס' (42)(11) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: "ח"פ")
ס' אלו לח"פ, בהם מוגדרות התנהגויות הנחשבות לפגיעה בפרטיות, מאפשרים הטלת עונש של עד חמש שנות מאסר, כמו בתיקון. לסעיפים אלו הוענקה פרשנות רחבה⁶, וזאת במקביל לכך שגם במדינות אחרות הוכר פרסום תוכן מיני כפגיעה בפרטיות⁷. לדעת הכותבים, התיקון מוסיף על ח"פ כד שמגן על כבוד האדם⁹. לאור העובדה שתכלית החוק במחלוקת, ראוי לדון בשאלה האם כדאי לחוקק חוקים חדשים, בעלי דמיון לחוקים קיימים? לדעתי התשובה שלילית- חקיקה שכזו מהווה כר פורה להתרחשות של בעיות ביניהן עומס על ביהמ"ש (עליות גבוהות), אי-שוויון בדין ואף כפל ענישה (הרתעת-יתר וענישה בלתי מידתית). המאמר מעלה טענה חשובה לפיה בחוק העונשין חל איסור על פרסום שמה ופרטיה של המתלוננת אך הדבר אינו חל במסגרת ח"פ, ויש לתת לכך משקל לא מועט.

- התיקון מול חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן: "חל"ר")
ס' לחל"ר מגדיר "לשון הרע" גם כדבר שפרסומו עלול להשפיל אדם או לעשות אותו למטרה לשנאה, לבוז או ללעג. במאמר נטען כי התיקון נדרש עקב הבדלים בין החוק לחל"ר. דעתי תואמת את טענה זו- הבדלים אלו באים לידי ביטוי ביסודותיהם של החוקים ובמטרה הבסיסית שלהם: (א) ערך מוגן- כבוד במונח רחב מול כבוד ביחס למיניות; (ב) ענישה- שנה מול חמש שנים; (ג) יסוד נפשי- כוונה מול מודעות; (ד) זכות נפגע העבירה- מצומצמת מול נרחבת.

- התיקון מול ס' 3(א)(5) לחוק הטרדה מינית-
"התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית". נדמה שפרסום תוכן מיני פוגעני נכנס תחת הגדרה זו. אולם, הכותבים טוענים שהתיקון נחוץ על אף סעיף זה, משום שהוא מסדיר מקרים בהם הפרסום מופנה כלפי אדם אחר שאינו בהכרח הקורבן. כך גם דעתי, משום שכל מקרה של פרסום פוגעני ע"פ התיקון בהכרח ייפול תחת הגדרת ס' 3(א)(5) אולם לא כל מקרה ע"פ ס' 3(א)(5) ייפול תחת הגדרת התיקון.

¹ כפי שהוצג בדברי הסבר להצעת החוק (תיקון מס' 9), התשע"ג-2013 ה"ח 58: "בשנים האחרונות, עם התפתחות הטכנולוגיות, הולכת ומתפשטת תופעה של פרסום תצלומים, סרטים או הקלטות בעלי אופי מיני, שלא בהסכמת המצולמים"

² Danielle K. Citron & Marry Anne Franks, Criminalizing Revenge Porn, 49 WAKE FOREST L REV. 345, 351 (2014)

³ התפיסה הועלתה במאמרה של אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא אפליה אסורה או פגיעה בכבוד האדם וחירותו?" משפטים 317 (1998), שם הציגה נוסח הצעת חוק שעבר לוועדה לקידום מעמד האישה, עובד, ולאחר מכן אומץ במליאת הכנסת ונחקק כחוק למניעת הטרדה מינית.

⁴ במאמרו של הכותבים, "מגלגלים את זה הלאה: פרסום סרטוני מין כהטרדה מינית" עורך הדין 25, 64 (2014), הועלו שאלות נוספות וקשיים נוספים

⁵ ע"פ 9603/09: נאשם צילם את אבריהן המוצנעים של נשים וילדות באמצעות הטלפון הנייד שלו, ללא ידיעתן, בכוונה מינית.

⁶ השופט פוגלמן בפרשת גוטמן (ע"א 1697/11 א. גוטמן אדריכלות בע"מ ל' ורדי)

⁷ Pohle v. cheatham, 724 N.E.2d 661, 663 (Ind. Ct. App) (2000)

⁸ Overstreets v. Franko (2011)

⁹ אורית קמיר זה מטריד אותי (2009)

סוגייה שנייה: פרשנות המונח "הטרדה מינית" (להלן: "המונח") וקשיים בהגדרתו-

פרק ב' למאמר דן בהרחבה בסוגיית ההגדרה של המונח "הטרדה מינית", ובקשיים בהגדרתו לאורך התפתחות הפסיקה והספרות המשפטית. כותבי המאמר סוברים כי הקושי נובע מהצורך בהגדרה שתהיה רחבה דיה, על מנת לפרושה על פני מגוון התנהגויות, אך גם ספציפית דייה, כך שיהיה ניתן ליישמה בפועל. טענה זו מעוגנת בעובדה כי עד שנת 1976 תופעת ההטרדה המינית הייתה עלומת שם¹⁰. לדעתי, עיגון זה אינו מבטא את טענתם באופן מלא, משום שיש להתייחס לכך שלאורך השנים התפתחה התפיסה החברתית בנוגע ליחסים בין-אישיים. כלומר, תפיסתי היא כי הגדרת ההטרדה המינית אינה בהכרח סינתזה בין הגדרות שונות העולות ממקורות שונים אשר יוצרים יחד הגדרה אחידה וקבועה, אלא דווקא תחום דינאמי המתאים עצמו לעידן הרלוונטי ולאופן התייחסות החברה לתפיסה הפמיניסטית בכלל, וליחס כלפי נשים בפרט. ביטוי חזק לכך נצפה בתנועת "Me too" שצברה תאוצה בחלוף השנים וממשיכה להתפתח עם הזמן, תוך שהיא משפיעה רבות על פרשנות המונח^{11,12}. נוסף, לא כל מעשה המוגדר "הטרדה מינית" בחוק מהווה גם עבירה פלילית של הטרדה מינית לפי ס'348 לחוק העונשין, וזהו ביטוי של אותה הדינמיות, אף בחקיקה עצמה.

נקודה נוספת העולה בסוגייה זו, היא נקודת מבט של פרשנות אובייקטיבית מול פרשנות סובייקטיבית. האם אדם יפגע מהפצת סרטון מיני באותה מידה שיפגע אדם אחר? בתיקון נקבע כי הטרדה תהיה "בנסיבות שבהן עלול להשפיל את האדם או לבזותו", כלומר סטנדרט סובייקטיבי. ניתן לשער כי אישה דתייה תפגע יותר מאישה העובדת בדוגמנות, אך הדבר לא בהכרח יתרחש בפועל. כמו כן, עולה חשש כי פסיקה קודמת (לדוגמה, הכללה של פרסום תמונת פניה של אישה דתייה כהטרדה מינית) עשויה להוות תקדים למקרים עתידיים שאינם בעלי אותם נסיבות, דבר שעלול להוביל לעיוות הדין. כפי שהזכרתי לעיל, ראוי לדון באופן בו החברה מפרשת את המונח, אך בו בזמן לעמוד על מטרת ביהמ"ש להכווין לעבר דמות האדם הרצוי. מהו היחס בין מצבים אלו, והיכן נמתח הגבול ביניהם לבין הטרדה מינית? המאמר לא מספק תשובה לשאלה זו. מכאן עוד עולה שאלה לגבי גבולות ההטרדה- האם ניתן להטריד מינית בעקיפין- האם אדם שקיבל סרטון פורנוגרפי והעבירו לאחר, עשוי להיחשב כמטריד? ואם כן, האם ניתן להחיל תפיסה זו גם על עבירות אחרות? לדוגמה, האם אדם שאמר לחברו כי יפגע באחר, יואשם בעבירה של איום על האחר? במאמר אין התייחסות לכך. לדעתי, כל הפצה של תוכן מיני מכילה יסוד נפשי של כוונה לפגוע, גם אם זו לא הייתה המטרה הישירה של המפיץ. כלומר, יכולה להתבצע עבירה שכזו גם באופן של עצימת עין ("מחדל").

נקודה חשובה שראוי לדעתי להתייחס אליה, היא כי מן המאמר עולה תפיסת המחברים לפיה מרבית מקרי ההטרדה המינית מתרחשים בקרב נשים. זוהי אינה תפיסה שגויה, אולם המאמר מתייחס באופן מצומצם ביותר לתופעת ההטרדות המיניות כלפי גברים, ונוטה באופן מגמתי להפחית מחומרם: (1) מציירים כמקרים אשר "חורגים מהמקרים הקלאסיים" (עמ' 6); (2) סובר כי המונח "מחייב היום להתייחס במישור המשפטי גם לצורות של הטרדה עוינת שאינן מיניות במהותן, שלהן נחשפות נשים בשל היותן נשים" (עמ' 8)¹³; (3) מצטט את ד"ר קמיר בדבריה על פרשנות המונח: "התנהגות בוטה הפונה אל מיניותה של אישה כאשר היא אינה מעוניינת בכך ובאופן שהיא אינה מעוניינת בו .. כופה על האישה לתפוס את עצמה כמינית במקום שהייתה מעדיפה שלא לעשות כן"¹⁴; (4) קובע כי הפרסום מבטא פרקטיקה של הפליית נשים משום שהוא לובש מאפיינים מגדריים קבוצתיים ברורים¹⁵; (5) בהערת שוליים 36 למאמר נמסר כי "השימוש במאמר בלשון מוטת-מגדר המתייחסת לקורבנות בלשון נקבע ולפוגעים בלשון זכר, משקפת את המציאות הנוהגת, שבמסגרתה נשים מוטרדות מינית בתדירות רבה מזו שבה מוטרדים גברים". לדעתי, טענה זו אינה מבוססת באופן מספק, ונדרש היה להציג בעדה מחקר מקצועי או דיאגרמה סטטיסטית. וככלל, זוהי תפיסה בעייתית שאינה משרתת את מטרות החוק. למעשה, מבחינה סטטיסטית, 35% ממקרי ההטרדה המינית מתבצעים נגד גברים¹⁶. גם אם אינם הרוב, זהו חלק משמעותי. ייתכן ודיווח בקרב גברים נמוך יותר מאשר נשים, לאור הטאבו החברתי הקיים בנוגע לתופעת ההטרדות, המתמקד אפוא בהטרדות כלפי נשים. קמו מספר תנועות מקבילות שנועדו לעודד גברים להתלונן על הטרדות מיניות, דוגמת תנועת "Men too"¹⁷.

לסיכום, נדמה כי התיקון מהווה רפורמה תקדימית בנוגע לאופן ההתייחסות המשפטית על תופעת ההטרדות המיניות בכלל, ופרסום תכנים מיניים ללא הסכמה, בפרט. ראוי להסתכל על שני הצדדים, ולשאוף לאיזון והרמוניה בין מטרות החקיקה ומטרות החברה. אף על פי השקפתי הדוגלת בהמעטה בחקיקה חדשה והעדפת תיקון חקיקה קיימת, טענות המאמר בעד התיקון מבטאות השקפה חברתית מתקדמת והוגנת בדגש על ערכים חברתיים רצויים.

¹⁰ הגדרות המונח והתפרשות ההגדרה משתנות ממקור למקור, כפי שבא לידי ביטוי במאמרו של Louise F. Fitzgerald, Sexual Harassment The Definition and Measurement of a Construct, in IVORY POWER: SEXUAL HARASSMENT ON CAMPUS 22 (1990) Edwards, Stephanie Zacharek, Eliana Dockerman, Haley Sweetland. "TIME Person of the Year 2018: The Silence Breakers". Time. 14, 2018 Retrieved April

¹² בראיון שערך אריאל הורוביץ בעיתון "מקור ראשון" (2019), ד"ר אורית קמיר דנה בתקדמות תנועת Me too לאורך הזמן ואת הקצנתה, לחיוב ולשלילה.

¹³ רימלט "על משפט, פמיניזם ושינוי חברתי" עיניים במשפט, מגדר ופמיניזם עמ' 999

¹⁴ אורית קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט 189 (2002)

¹⁵ במאמר מתבססת טענה זו על דבריו של השופט רימלט "על משפט, פמיניזם ושינוי חברתי" 997

¹⁶ מתוך פרסומה של עו"ד ענבר קידר ברוך (2019) במאמר "גלובס". עו"ד ברוך מתמחה בייצוג נפגעי עבירה.

¹⁷ Sylvia Ann Hewlett, #MaleToo: male victims of workplace sexual harassment share their shocking stories (2020)