



## המלכוד הכפול הוכפל

### יפעת ביטון\*

פסק הדין שנתן בית המשפט העליון של מדינת איווה שבארצות-הברית בעניין *Nelson v. Knight*,<sup>1</sup> עורר סערה רבתי עם פרסומו. ברשימה קצרה זו אבקש לעמוד על שני טעמים מרכזיים לגיוני פסק הדין, המבטאים, כפי שאראה, ביקורת אחת על מגבלות עקרון השוויון המגדרי, כפי שהוא נתפס במשפט האמריקני. טעם ראשון נוגע לעקרון השוויון עליו מושתתים חוקי איסור הפליה בעבודה, והשני נוגע לעיקרון החברתי עליו מושתת איסור הטרדה מינית.

ההטרדה המינית עברה תהליך קלאסי של *claiming, blaming, naming*, בהפיכתה לכלל אוסר משפטי.<sup>2</sup> בשלב ראשון, זוהתה על ידי נשים כתופעה חברתית נפרצת, וניתן לה שם. בשלב השני הומשגה בידי קת'רין מק'ינון כבעלת משמעות מגדרית ברורה, שלפיה גברים הם מי שמטרידים נשים, בכדי לשמר את המערך ההיררכי של יחסי הכוח בין המגדרים.<sup>3</sup> חמושה בתובנה זו, ביקשה מק'ינון לעבור לשלב השלישי והחיוני בגיבושו המשפטי של הסכסוך החברתי – עיגון משפטי לזכותן של נשים להגנה מפני התופעה החברתית הפסולה. בהיעדר אמצעי זמין אחר, בחרה להשתמש באיסור ההפליה על רקע מין שהציע "חוק הזכויות האזרחיות" הפדראלי של ארצות-הברית. לאחר מאבק עיקש בבתי המשפט בערכאות השונות, היה זה דווקא בית המשפט העליון שעיגן באופן משפטי את התובנה החברתית שלפיה הטרדה מינית של נשים פוגעת ביכולתן להשתלב בשוק העבודה, ומותירה אותן בעמדה חברתית נחותה, המאפשרת את המשך השליטה המגדרית בהן.<sup>4</sup> אף שניצחונן של נשים באפיק זה היה מרשים, שתי ביקורות מרכזיות נמתחו על האופן שבו עוצבה ההכרה בתופעה בהסתמך על התאוריה של מק'ינון. ראשית, נטען כי עיגון ההגנה על נשים מפני הטרדה מינית דרך הזכות לשוויון מצומצמת מדי<sup>5</sup> ומסכנת את יכולתן להגן על עצמן במסגרות מורכבות יותר, למשל, במקרה של מעסיק שוביניסט המטריד נשים והומוסקסואלים. שנית, נטען כי צמצום ההכרה בהטרדה מינית רק למצב שבו המיניות עצמה היא העומדת בלב

\* דוקטור למשפטים. המסלול האקדמי – המכללה למינהל.

1 *Mellissa Nelson v. James Knight*, No. 11-1857, (Iowa, 2012).

2 ויליאם פלסטינר, ריצ'ארד אייבל וואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אחריות ועמידה על זכות" **מעשי משפט** ג' 17 (2010).

3 ראו משנתה בנושא *Catherine MacKinnon, Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory*, 7 *SIGNS* 515 (1982); *Catherine A. MacKinnon, FEMINISM UNMODIFIED – DISCOURSES ON LIFE AND LAW*, 32–34, 37 (1987).

4 לסקירת מהלכיה של מק'ינון בעיצוב ההכרה בזכות המשפטית לתביעה בגין הטרדה מינית ראו אורית קמיר "איזו מין הטרדה? הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" **משפטים** כט 317 (1998).

5 שם.



ההטרדה, גורעת מהיכולת להילחם במנגנונים אחרים דרכם נפגעות נשים בעבודה, כמו במקרה של התעללות בעלת אופי א-מיני, שמקורה ברצון לגרום לאשה לעזוב את מקום עבודתה.<sup>6</sup>

באופן העמוק ביותר, פסק הדין בפרשת נלסון מנוגד לשתי תובנות אלה: הוא פוגע בזכותן של נשים לשוויון, ומחמיץ לחלוטין את השימוש בחוקי איסור הפליה כדרך להפסיק את ההתייחסות הרווחת והסטריאוטיפית לנשים כאל אובייקטים נטולי סובייקטיביות, המיועדות להנאה מינית של גברים.

מאפיין ראשון של פסק הדין הוא שרטוטו את גבולות השימוש בעקרון השוויון לצורך הגנה מפני הטרדה מינית כמצומצם ביותר. מהבחינה הפורמלית לא הושתתה תביעתה של מליסה נלסון על הטרדה מינית, ולכן לא נדונה ככזו. ניתן לשער שהסיבה לכך טמונה בהנחת התביעה שמליסה לא עברה לכאורה "ניצול מיני" ממש מצד המעסיק, אלא פוטרה רגע לפני התרחשותו. אפשרות אחרת היא שהעריכה בתמימות שטענתה הפשוטה תתקבל, לפיה הסיבה שבגינה פוטרה היא פשוט היותה אישה, ושאלו הייתה גבר, לא הייתה מהווה מושא לתשוקות מעבידה, וממילא לא הייתה מפוטרת. אלא שגבולותיו המצומצמים של עקרון השוויון הליברלי הנפרץ במשפט האמריקני,<sup>7</sup> כפי שפורשו בידי בית המשפט, לא עמדו לה, וטענתה נדחתה. בית המשפט קעקע את טענתה הפשוטה של מליסה, בקובעו כי הסיבה לפיטוריה לא הייתה "היותה אישה", אלא היותה "גורם מסוכן (נישואי) מעבידה". בכך, העמיד את התובעת בסד הצר של המבחן האריסטוטלי, הקובע כי מתן יחס שונה לשונים, אינו נחשב הפליה. את "שונותה" של מליסה משאר עובדות המשרד שלא פוטרו ביסס על היותה מכשול לחיי נישואין של המעביד, וממילא פיטר אותה מטווח הגנת עקרון השוויון.<sup>8</sup> לפי היגיון זה, יכול היה מצב הדברים להיות גם הפוך: אישה מעסיקה המפטרת גבר העובד אצלה, מפני שהיא חוששת שמשיכתה אליו תובילה להרס נישואיה. אלא שחשיבה זו מתעלמת מיחסי הכוח המגדריים, הקובעים שסכנה מסוג זה אורבת בצורה שיטתית, מטרידה ואפקטיבית לנשים, מידי גברים, ולא להיפך.

<sup>6</sup> למתנגדת החשובה ביותר לעמדתה של מק'ינון בנושא ראו Vicki Schultz, *Reconceptualizing Sexual Harassment*, 107 YALE L.J. 1683 (1998). המחשה מצוינת לצדקת עמדתה של שולץ מהווה ההטרדה העולה בסיפורן של נשות העיירה אוולת' שבמינסוטה, אשר ביקשו בשנות השמונים להשתלב בתעשיית הפלדה של העיירה. חלק מן ההטרדות שסבלו הנשים נגעו למיניותן, למשל באופן של תקיפות מיניות כלפיהן, וחלק מהן לא נגעו כלל למיניותן, כמו מריחת צואה על קיר המלתחות שלהן, במטרה להמאיס עליהן את החיים במקום. ההטרדה שספגו נשים אלה גובשה לימים לתביעה הייצוגית הראשונה בנושא הטרדה מינית שהוגשה בארצות-הברית. לפסק הדין ראו Lois E. Jenson v. Eveleth Taconite Co., 139 F.R.D. 657 (Minn. 1991).

<sup>7</sup> ראו Jane Flax, *Beyond Equality: Gender, Justice and Difference*, in BEYOND EQUALITY AND DIFFERENCE 193, 193–210 (Gisela Bock and Susan James eds., 1992).

<sup>8</sup> זהו גם בתמצית, החשש שמפניו הזהירה מק'ינון בכתיבתה, עת ביקרה את הנוסחה האריסטוטלית של עקרון השוויון: שמי שיחליט "שונות" מהי, יבליע לתוכה את אותם יחסי כוח האמורים לקעקעה. לאור זאת מכנה מק'ינון את עקרון הצדק האריסטוטלי אוקסימוני לנשים. ראו CATHERINE MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSE ON LIFE AND LAW* 32–45 (1987).



מתח מיני אינו מה שעמד בבסיס פיטוריה של מליסה, אשר כהגדרתה, ראתה במעסיקה "דמות אב" ותו לא, אלא שיכרון הכוח המגדרי הנלווה ליכולת של מעסיק לפתור אותו בהרחקתה ממקומה. תובנה זו מתיישבת היטב עם מימרתה הידועה של מק'ינון, לפיה הפגיעה המינית של גברים בנשים אינה עניין של מין, אלא של כוח.<sup>9</sup> לאור זאת נראה כי אף שלא תבעה במסגרת של הטרדה מינית, במהותה, הייתה תביעתה מבוססת על ההבדל המגדרי שעניינו שליטת גברים בגורלן של נשים, וממילא הוכיחה מליסה את טענתה להפלייתה "בשל מינה".<sup>10</sup>

מאפיין שלילי שני העולה מפסק הדין הוא שבית המשפט כשל מלראות בצורה מורכבת את תוצאות התפיסה החברתית הרווחת, המתייחסת אל נשים כאל אובייקטים מיניים, המיועדים להנאת גברים. כדי לעמוד על עומק עיוורון זה, ברצוני לשוב לרגע אל מושג "המלכוד הכפול" שטבעו פמיניסטיות לתיאור המסגרת הבלתי אפשרית שכופה על נשים תפיסתן הסטריאוטיפית כאובייקטים מיניים.<sup>11</sup> מחד גיסא, דמיון נשים כ"המין היפה" כופה עליהן לנהוג בהתאם לקוד המגדרי, לפיו הן מצופות להיות "נשיות" מבחוץ ומבפנים. משמע, עליהן להתלבש בצורה המבליטה את נשיותן, להיות רכות, נעימות ומזמינות.<sup>12</sup> בה בעת, נשים מצוות, במקום עבודתן, להתאים עצמן לסטריאוטיפים הגבריים, כדי לעמוד בתנאי הקידום המותווים לעמיתיהן. עליהן להיות קשוחות, חד-משמעיות, מכוונות למטרה היחידה של מקסום הרווח של מקום העבודה ולנהוג כ"אחת מהחברה", או כ"אחלה גבר". דרישה בלתי אפשרית זו, בדיוק בשל אפיונה ככזו, גורמת להן לשלם מחיר מלא עליה. בהתאמן עצמן לסטנדרט הנשי המצופה מהן, עלולות נשים להיתפס כ"חלשות" וכמי שאינן עונות על הדרישות המקצועיות של מקום העבודה לשם קידום איכותי. בנוסף, הן חושפות עצמן לסכנה של היתפסות כאובייקטים נשיים טיפוסיים, כלומר גם כאובייקטים מיניים, ולסבול בשל כך הטרדה מינית. מהצד האחר, בהתאמן עצמן לסטנדרט העבודה הגברי, נשים חושפות עצמן להעדר אהדה פרסונלית מצד עמיתיהן במקום העבודה, אשר צפויים להתייחס אליהן כאל "ביציות", אגואיסטיות ובלתי חברתיות. תפיסות פרסונליות לכאורה אלה הינן בעלות השלכות מקצועיות ברורות, באשר הן מסכלות את סיכויי ההתקדמות שלהן במקום העבודה. כך מוכר במיוחד סיפורה של רואת חשבון, שהגיע עד לפתחו של בית המשפט העליון, וחשף מלכוד זה במלואו כיעורו, כאשר למרות הישגיה

<sup>9</sup> בהקשר זה קבעה מק'ינון נחרצות: "It's not about sex, it's about power".  
<sup>10</sup> עמדתה השונה והחשובה של פרופ' רדאי היא שהמשפט האמריקני פשוט נעדר כלים להתמודדות עם הבעיה מהסוג שבו נתקלה התובעת בפרשה זו, ושהדבר מעיד על הצורך לפתח שבו עילה של "פיטורין לא הוגנים" להגנה על נשים במצבים דומים. עמדתה היא, כאמור, שלבית המשפט עמדו הכלים הנדרשים לשם קביעה פוזיטיבית כי מליסה נלסון הופלתה. ראו: פרננס רדאי "צניעות בבית משפט? תשוקה עומדת למשפט" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 1 (2013).  
<sup>11</sup> מושג המלכוד הכפול (Double Bind) של נשים כמגבילן בזירות שונות של החיים הוא רחב מזה המתואר על ידי כאן. ראו KATHLEEN HALL JAMIESON, BEYOND THE DOUBLE BIND: WOMEN AND LEADERSHIP (1995). ברשימה זו אני מבקשת להתמקד בתמצית מנגנוניו של מלכוד זה בשוק העבודה. ראו גם דו"ח המצויין של הארגון הפמיניסטי-כלכלי "קטליסט" The Double Bind Dilemma for Women in Leadership: Damned if you do, Doomed if you don't (Catalyst, 2007).

<sup>12</sup> אורית קמיר פמיניזם זכויות ומשפט 56–57 (2002).



המרשימים במקום עבודתה, סורבה בקשתה להתקבל כשותפה, על רקע תיאורה כ"גברית מדי" וכמי שמומלץ לה ללכת ל"בית ספר לקסם-אישי/נשי", לשיפור יכולותיה האנושיות.<sup>13</sup>

אל תאוריית מלכוד מוכרת זו, הוסיף בית המשפט העליון של איווה ממד חדש ומטריד במיוחד. קביעתו החמורה, שזכתה לכלל תשומת הלב הביקורתית, נגעה להיתר שנתן למעסיק לפטר אישה העובדת אצלו בשל משיכתו החד-צדדית אליה. אלא שלצד קביעה זו, חזר וביסס בית המשפט הלכה בעייתית נוספת שלו, שלפיה רשאי המעביד להעדיף ברמה המקצועית עובדת עמה הוא מנהל מערכת יחסים אינטימית אישית, על פני עובדות ועובדים אחרים שהישגיהם המקצועיים גבוהים משלה. קידום כזה אינו נחשב מנוגד לחוקי איסור הפליה על רקע מין בעבודה, כך בית המשפט, מכיוון שהענקת קידום היא בגדר "הטבה", לעומת הפליה שמחייבת "פגיעה" דווקא בעובדת. קריאת שתי הלכות אלה יחד מייצרת מלכוד כפול חדש לנשים: מחד גיסא, נשים נדחפות לשתף פעולה עם דרישותיהם המיניות של המעסיקים שלהן, שכן העדפתן המקצועית על רקע התמסרותן המינית אינה נחשבת לא חוקית. מאידך גיסא, נשים כאלה עלולות בדיוק בשל כך להפוך מסומנות כמי ש"מסכנות את חיי הנישואין" של המעסיק, ולהיות מפוטרות כדין. למותר לציין, שהצעד הנוסף והמופרך שביסס בית המשפט בהכרעתו הוא שאף אם לעובדת עצמה אין כל עניין במעסיק ובפנטזיות המיניות שטווה לעצמו על גבה, עדיין פיטוריה עקב פנטזיות חד-צדדיות אלה יהיו חוקיים.

תובנת חד-הצדדיות כמכשירה את הפיטורין מרוקנת מתוכן, במובן מסוים, את כלל רעיון איסור הטרדה מינית בעבודה. לפי עיקרון זה, כפי שגובש בפסיקה האמריקנית בשנים של עמל, מעסיק המטריד מינית אישה בשל היותה אישה, ומפטרה אם אינה נענית לו, חויב לפצותה על נזקיה, בשל הפעלתו את יחסי הכוח המגדריים עליה, וניצולם לטובתו. כזהו בדיוק מבנה הפעולה שנוקט מעביד המחליט להתייחס אל אחת מעובדותיו כאובייקט הפנטזיות המיניות שלו, ומפטרה בשל כך. גם הוא מפעיל עליה את יחסי הכוח המגדריים, המעניקים לו את הפריבילגיה להחליט למקמה בלב תשוקותיו, וכעת, גם את הפריבילגיה לפטרה בשל כך. על אף הצהרת בית המשפט כי הכרעתו אינה נוגעת לדיני הטרדה מינית, שלכאורה לא הופעלו במקרה זה, הרי שבפועל, נוגעת להם החלטתו, ועוד למעלה מכך: הוא אישר, מראש, הטרדה מינית של עובדת, שתמיט עליה פיטורין, עוד בטרם תמומש מעשית, אלא אך ברמה הפנטזיונרית. בהחלטתו, סלל למעשה דרך להדרת נשים משוק העבודה כרצון מעסיקהן, מבלי שתוכלנה אפילו להילחם על זכותן שלא להיות מושא תשוקותיהם, אלא פשוט עובדותיהם. לפי שיטה זו, מתייטר הצורך בהטרדה המינית שמטרתה הרחקת נשים משוק העבודה;<sup>14</sup> נשים פשוט יורחקו ממנו ברגע שייתפסו

ראו: *Price Waterhouse v. Hopkins* 490 U.S. 228 (1989). הרחקת נשים משוק העבודה נחשבת לאחת ממטרות מעשה הטרדה המינית. ראו קמיר, לעיל ה"ש 4.

13  
14



במוחו של הגבר שמעסיקן כאובייקט מיני. אותה תפיסה ממש שחוקי ההטרדה המינית ביקשו למונעה, מצאה לה אחיזה חוקית חדשה ומסוכנת.

אין אלא לקוות שבית המשפט העליון של ארצות-הברית יזהה כשלים מהותיים אלה בתיאוריה שבוססה בפסק הדין בעניין Nelson, וימנע הפיכתה לפלסטר של פסיקה ענפה וחשובה בתחום ההעסקה השוויונית של נשים.