

## האשה הסבירה

מאת  
דפנה ברק-ארז\*

- א. מיהו האדם הסביר?
- ב. המינוח המשפטי
- ג. מציאות חברתית או מהות נשית?
- ד. הקשרים: נאשמת וקורבן, עבירות "ניטרליות" ועבירות מיניות
- ה. סבירותה של הנאשמת
- ו. סבירותה של הקורבן
- ז. האשה הסבירה כאשה צנועה
- ח. הנורמות של האשה הסבירה
- ט. מיהי האשה הסבירה?
- י. בחזרה למינוח המשפטי: מבחן חדש או מחודש

### א. מיהו האדם הסביר?

האדם הסביר הוא גיבורו של הסיפור המשפטי<sup>1</sup>. הוא עומד במרכז ההתרחשויות שבית המשפט צריך להחליט ביחס אליהן מה אדם סביר אמור "לצפות", "להבין", "לעשות", "להימנע מלעשות" ועוד כהנה וכהנה. אולם מיהו גיבור הסיפור? ואולי ארמוז כבר עתה: האם זהו בהכרח גיבור, ולא גיבורה? פרופסור יורם שחר העלה בעבר את שאלת דיוקנו של האדם הסביר<sup>2</sup> וניסה לשרטט קווים לדמותו. בעשותו כן, הצביע על כמה בעיות יסודיות: היעדרו של אדם סביר אחד בחברה מגוונת ורבת רבדים כחברה

\* ד"ר, מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.  
תודתי נתונה לפרופסור אליעזר לדרמן, לד"ר רון שפירא וליואב ספיר על הערותיהם החשובות לנוסחים קודמים.  
1. במונחים של עולם הספרות, האדם הסביר הוא גיבור, ולא אנטי-גיבור. ראשית, על-פי פסקי-דין רבים, מידותיו הן למעלה מן הרגיל. הוא אינו דמות מציאותית, אלא משמש כמופת. ראו י' שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט (תש"ן) 78, 89-96.  
שנית, הוא מייצג את הנורמות החברתיות הראויות ומחזק את האמון בהן. להרחבה, ראו מ' רוטמן גיבור ואנטי-גיבור ברומן המודרני (תשל"ח, יחידות 1-3) 4-16.  
2. שחר, שם.

הישראלית,<sup>3</sup> וקביעה של סטנדרט התנהגות גבוה מזה שהאדם הממוצע יכול לעמוד בו.<sup>4</sup> אני מעוניינת להציג שאלות נוספות לגבי האדם הסביר: האם הוא גבר או אשה? והאם זה בכלל חשוב?

### ב. המינוח המשפטי

המושג "האדם הסביר" מתייחס לדמות היפותטית<sup>5</sup> נעדרת זהות מינית.<sup>6</sup> במקורות המשפטיים המוקדמים יותר בהם הופיע האדם הסביר היתה זהותו מרומזת במובלע, אך טושטשה בהמשך. מלכתחילה היה הגיבור המשפטי reasonable man, דהיינו, גבר סביר; ואולי אין זה מקרה שהמונח reasonable man נולד בתקופה שהחשיבה הנשית לא נחשבה בה ממילא סבירה או "רציונלית".<sup>7</sup> בהמשך החל לשמש המונח reasonable person, שטשטש את הזיהוי הראשוני של האדם הסביר כגבר דווקא. השאלה היא: האם שינוי השם

3 שם, בע' 81-89.

4 שם, בע' 89-96. לביקורת זו, ראו גם מ' גור-אריה "המשפט והאדם הסביר" מחשבות ו (1992) 53, 58-59.

5 לדיון המציג את האדם הסביר כפיקציה משפטית, ראו ש' אלמוג, א' בן-זאב משפט האדם (1996) בפרק "האדם הפיקטיווי", בע' 197-219.

6 היעדר זיהוי מיני הוא גם אחד המרכיבים של הנחת חוסר ההקשר ששימשה את John Rawls לצורך גיבושו של מבחן נטול-הטיות, באמצעותו יוגדרו עקרונות הצדק הבסיסיים. הדבר עולה במשתמע מן הדיון ב"מצב המקורי" בו נמצאים הכל מאחורי "מסך הבערות" (הגם ש-Rawls אינו מאזכר במפורש את הזיהוי המיני בין המאפיינים הספציפיים, אשר נעלמים מן העין). ראו: J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 11th ed., 1981) 136-142.

7 שאלה נפרדת היא: האם יש בכלל מקום לדיון בדמויות היפותטיות, נעדרות הקשר חברתי? הנחת היסוד של Rawls נתקלה בביקורת לפיה ההקשר הוא שיוצר את ההעדפות האנושיות, ולא ניתן להתייחס להעדפות אלה במנותק ממנו. ראו: M.J. Sandel "The Procedural Republic and the Unencumbered Self" 12 *Political Theory* (1984) 81. תשובתו של Rawls הינה שהתיאוריה המוצעת עליה היא פוליטית, ואינה מיועדת לנקוט עמדה כאשר לתחום הפרטי, בו יש משקל מכריע להשקפת העולם ולמחויבויות האישיות. ראו: J. Rawls "Justice as Fairness: Political not Metaphysical" 14 *Phil. & Public Aff.* (1985) 223. השאלה היא, כמובן, אם תיתכן הפרדה ברורה כל-כך בין התחום הציבורי לתחום הפרטי, ללא השפעות גומלין ביניהם.

7 ראו: R.K.L. Collins "Language, History and the Legal Process: A Profile of the Reasonable Man" 8 *Rut.-Cam. L.J.* (1977) 311. להשקפות אלה יש אחיזה גם בחשיבה היהודית המסורתית, שניתן לצטט ממנה, למשל, את האמרה: "נשים דעתן קלה עליהן". תלמוד בבלי, שבת, לג, ב.

הינו משמעותי, או מהווה רק מסווה מודרני למודל המבוסס בעיקרו על מהלך חייו של "הגבר הסביר"?<sup>8</sup> על הזהות המקובלת בין "אדם" ל"גבר" עמדה כבר Simone de Beauvoir בספרה המפורסם על אודות "המין השני":<sup>9</sup>

"...man represents both the positive and the neutral, as is indicated by the common use of *man* to designate human beings in general; whereas woman represents only the negative, defined by limiting criteria."<sup>10</sup>  
[ההדגשה במקור.]

המינות העברי הינו בעייתי פחות לכאורה. המונח "אדם" הינו כולל, ומתייחס לנשים ולגברים גם יחד. בתיאור הראשון של מעשה הבריאה נכתב: "ויברא אלהים את האדם בצלמו בצלם אלהים ברא אתו זכר ונקבה ברא אתם."<sup>11</sup> דברים אלה שימשו בסיס למדרש: "בשעה שברא הקב"ה את אדם הראשון, אנדרוגינוס בראו, זהו שכתוב: 'זכר ונקבה בראם'.<sup>12</sup> עם זאת, בהמשך הדברים, בתיאור השני של מעשה הבריאה, משמשת המלה אדם בהתייחס לגבר הראשון,<sup>13</sup> תוך יצירת זיהוי בין המין הגברי למין האנושי. שוב, המונח "אדם" אינו ניטרלי כפי שנרמזה בתחילה.

אינו מתיימרת לעסוק בבלשנות, אלא לנסות להראות כבר בשלב ראשוני זה כי המונחים המשפטיים עצמם קוראים לעיון נוסף בשאלה: מהי הדמות שמשמשת מקור השראה בעיצוב התפיסה של האדם הסביר?<sup>14</sup>

### ג. מציאות חברתית או מהות נשית?

ראוי להדגיש כי הדיון בשאלת זהותו של האדם הסביר כגבר או אשה אינו מבוסס על

- 8 התרעה מפני הסכנה שבשינוי מושגי ללא שינוי תוכני ניתן למצוא בכתיבתו של Calabresi. לדבריו: [B]efore we move to the standard of a reasonably prudent person, linguistically, we must make sure that what we have put into that standard is not simply a carryover of male attributes." G. Calabresi *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law – Private Law Perspective on Public Law Problem* (Syracuse, 1985) 31–32
- 9 S. de Beauvoir *The Second Sex* (London, 1988)
- 10 *Ibid*, at p. 15
- 11 בראשית א, כז.
- 12 מדרש בראשית רבה, פרשה ח, סימן א, "ויאמר אלהים: נעשה אדם בצלמנו, כדמותנו".
- 13 בראשית ב. בהקשר זה מתוארת בריאתו של הגבר הראשון, שוכה בתואר "אדם" עוד קודם לבריאת האשה.
- 14 למען הסר ספק אציין כי התייחסותי למושג האדם הסביר בהמשך הדברים נעשתה בלשון זכר רק בשל כללי הדקדוק העברי. אין לראות בעובדה זו ביטוי לעמדה מוטת באשר לתכנים שיש ליצוק במושג זה.

הנחה בדבר קיומו של שוני אישיותי "טבעי" בין גברים לנשים, אשר בשלו תהיה התנהגותם שונה בהכרח. במילים אחרות, הוא אינו מניח דבר לגבי "האשה באשר היא אשה".<sup>15</sup> מצאתי לנכון לעמוד על כך כבר בראשית הדברים, לנוכח המחלוקת הקיימת בספרות הפמיניסטית בסוגיית ה"essentialism". הכתיבה שנסבה על שאלת הזהות הנשית הביאה לידי התגבשות השקפות המבוססות על התפיסה לפיה כלל הנשים חולקות מאפיינים דומים – "essence" משותף – המבחינים אותן מן הגברים (הן מאפיינים משותפים של הזהות הנשית עצמה והן מאפיינים משותפים של הדיכווי החברתי שהנשים סובלות ממנו). בהתאם להשקפות אלה, השוני הקיים בין נשים שונות אינו משמעותי בהשוואה למאפיינים המשותפים להן. כתיבה זו הולידה גל של ביקורת נגדית (antiessentialism), שגרסה כי הזהות הנשית האחידה משקפת התייחסות חלקית ומוגבלת לציבור הנשים – לאשה הלבנה והמשכילה, בת המעמד הבינוני.<sup>16</sup>

לצורך המשך הדיון ניתן לומר שגם כאשר אין מאמצים תפיסה הגורסת קיומו של אופי נשי, ניתן להניח שקיים (לפחות לפי שעה) שוני בין נסיון החיים של גברים ונשים. לא לכל הנשים אותן התנסויות, אך אין להתעלם מקיומם של מכנים משותפים (לפחות מסוימים) לחוויות המעצבות את חייהן של נשים בחברה נתונה, כתולדה של הדפוסיים החברתיים והתרבותיים השולטים בה. בהמשך, השאלה המתעוררת היא: מהם נסיון החיים, החינוך, הקשיים והאילוצים של האדם הסביר שבית-המשפט משווה אותו לנגד עיניו? האם אלה מתחשבים גם במציאות החברתית שנשים מתמודדות עימה, או שמא הם משקפים (במסווה של חזות ניטרלית לכאורה) את עולמם של הגברים בחברה?

#### ד. הקשרים: נאשמת וקורבן, עבירות "ניטרליות" ועבירות מיניות

הדיון בשאלת האחריות הפלילית מחייב לעיתים נקיטת עמדה באשר לאפיוני התנהגותו של האדם הסביר. כאשר אלה הם פני הדברים, השאלה היא איפוא: האם תכונותיו של האדם הסביר, כפי שבית-המשפט נוטה לתארו, הן "ניטרליות" ו"אובייקטיביות", או מבלי משים מוטות לכיוון אפיונים של התנהגות גברית, שהיא הדומיננטית יותר מבחינה תרבותית? שאלה זו תיבחן בהמשך בויקה לכמה עבירות והגנות המעמידות במרכזן את נורמת ההתנהגות של האדם הסביר. הדיון אינו מתיימר להקיף את כלל היישומים של תפיסת הסבירות בעולם המשפט, או אף בתחום המשפט הפלילי. מנקודת-מבטי, גם כמה דוגמות המציגות את הסבירות המשפטית כבעלת אפיונים גבריים, או אפילו שרידים של אפיונים כאלה, מצדיקות בחינה מחודשת של מושג האדם הסביר מבחינת זהותו המינית. הדיון אינו מכוון להציג טענה לפיה השימוש במושג האדם הסביר גורם תמיד ובהכרח לתוצאות מפלות כלפי נשים, אלא להוסיף עוד רובד של תודעה לדיון בבעייתיות של הסבירות.

15 גיסוח זה שאול מסעיף 6 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248.

16 ראו, למשל: M. Minow "Feminist Reason: Getting It and Losing It" 38 J. Legal Educ. (1988) 47.

החברות הגברי או הנתונים הגבריים של האדם הסביר עשויים להשתקף בשני הקשרים: ביחס לבעלי־הדין ששאלת אחריותו המשפטית נבחנת על־ידי בית־המשפט (במשפט הפלילי: הנאשם); וביחס למי שנפגע על־ידו (במשפט הפלילי: קורבן העבירה). במילים אחרות, יש להקדיש מחשבה הן לאחריותו של הנאשם הסביר (בהקשר הנוכחי: הנאשמת הסבירה) והן להתנהגותו של הקורבן הסביר (בדוגמות שיידונו: סבירותה של הקורבן).

הבחנה נוספת שמחייבת תשומת־לב מתייחסת לכך שחלק מן הדוגמות עוסקות בעבירות ששאלת המיניות אינה חלק ממרכיביהן (עבירות "ניטרליות"), וחלקן האחר לעבירות שעניינן התנהגויות מיניות. השאלה היא: כיצד יושפע הדיון בהיבט הסבירות מטיבה של העבירה – כ"ניטרלית" או כבעלת אפיונים מיניים? בהקשר זה ייתכנו השערות נוגדות. לכאורה, ניתן לטעון שהדיון בעבירות הניטרליות יהיה בעייתי פחות, מאחר שמלכתחילה עבירות אלה מתייחסות להתנהגויות שלזוהת המינית אין בהן תפקיד. למעשה, ניתן לצפות להטיות גם בהקשרים אלה, מאחר שלאורך שנים רבות היה הגבר האב־טיפוס של הניטרלי.<sup>17</sup> ביחס לעבירות בעלות המרכיבים המיניים מתעוררת השאלה: האם הזיהוי המיני של הנאשם והקורבן צריך להשפיע על תפיסת הסבירות של התנהגותם?

## ה. סבירותה של הנאשמת

דיון בסבירותה של הנאשמת ראוי שיפתח במקרה המובהק בו אי־הסבירות היא הבסיס לאחריות, דהיינו, בעבירת רשלנות. עבירת הרשלנות המרכזית בחוק העונשין, תשל"ו–1977,<sup>18</sup> היא גרימת מוות ברשלנות.<sup>19</sup> מהי דמותו של האדם הסביר בהקשר זה? האם ניכרים בה "סממנים גבריים", או שמא נמצא אישוס דווקא לתקוות הניטרליות? ככלל, התשובה נוטה לכיוון השני, לאמור: ברוב פסקי־הדין בהם נידונה שאלת האחריות הפלילית ביחס לאסונות קטלניים לא ניתן לאפיין כ"גברית" את גורמת ההתנהגות שהתווה בית־המשפט (למשל, החובה לשמור על נוהלי עבודה בטיחותיים<sup>20</sup> או נהיגה בטיחותית<sup>21</sup>). מבחינה זו, שאלת הרשלנות הפלילית אינה נקודת־מוצא "נוחה" לדיון הנוכחי. עם זאת היא גם אינה מוכיחה שהוא מיותר. ניתן לצפות שהאפיונים הגבריים או הנשיים יהיו משמעותיים בעיקר במצבים שיש בהם אינטראקציה בין־אישית בין הנאשם

17 ראו לעיל, טקסט להערות 7–10.

18 ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

19 לפי סעיף 304 לחוק העונשין: "הגורם ברשלנות למותו של אדם, דינו – מאסר שלוש שנים."

20 ראו, למשל, ע"פ 478/72 פנקס נ' מ"י, פ"ד כז(2) 617. כן ראו ע"פ 876/76 ויינגרטן נ' מ"י, פ"ד לב(2) 29; ע"פ 364/78 צור נ' מ"י, פ"ד לג(3) 626.

21 ראו, למשל, ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ' מ"י, פ"ד מז(3) 141. כן ראו ע"פ 186/80 יערי נ' מ"י, פ"ד לה(1) 769.

לקורבן (אינטראקציה שמביאה לידי ביטוי את החינוך והחיברות שלהם). לעומת זאת, רוב ה"סיפורים" שנפרשו בפסקי-הדין מתייחסים לסיכונים שיצר הנאשם על-ידי פעולות לא-אישיות – החלטות שקיבל ללא תלות בהיכרותו האישית עם הקורבן.<sup>22</sup> סיפורים כאלה אינם רקע מתאים לדיון הנוכחי.

יחד עם זאת, בשולי פסקי-הדין, ניתן לעיתים להתרשם כי נסיון החיים של הנאשם כגבר או של הנאשמת כאשה הוא בעל רלוונטיות להגדרתה של הצפיות הסבירה. בע"פ 196/64 הי"מ נ' בש"ב<sup>23</sup> ובד"נ 15/64 בש נ' הי"מ,<sup>24</sup> שנסבו על מותם של ילדים במקרה נטוש לאחר שננעלו בתוכו, התעוררה השאלה: האם היה ניתן לצפות תוצאה זו? מטעם ההגנה הובאה "שורה ארוכה של עדים, כולם אנשים ונשים סבירים ושומרי חוק, ואף אחד מהם לא היה צופה מראש שילדים ישחקו במקרה נטוש שכזה וימצאו בו את מותם".<sup>25</sup> השופט כהן ראה עצמו פטור מדיון בעדויות אלה, מאחר שמן ההיבט העקרוני, שאלת הסבירות אינה נבחנת על-פי עדויות, אלא "על-פי נסיון החיים והידיעה הכללית שבידי השופט".<sup>26</sup> אם-כן, מבחינת הרטוריקה, פסקי-הדין מבוסס על עמדה המצדדת באמת-מידה שהינה גבוהה לעיתים ממידותיו של האדם הממוצע. אולם אם נאמר שנסיון החיים שבית-המשפט צריך להביא בחשבון אמור להתייחס גם להיכרות עם ילדים ועם הסכנה שעלולה להיות כרוכה במשחקיהם (נסיון חיים שלפי שעה מאפיין יותר נשים), הרי למעשה, צפיותו של בית-המשפט לא היתה מנותקת מן המציאות או גבוהה מכוסר צפיותו של האדם הסביר, למרות שלפי העדויות שהובאו במשפט עצמו (עדויות שבאו כאמור מפי "אנשים ונשים סבירים ושומרי חוק"<sup>27</sup> [ההגשה שלי]), לא היתה התוצאה צפויה. פסקי-דין אחר, שבית-המשפט שיווה בו לבגד עיניו במיוחד את האשה דווקא, הוא ע"פ 259/74 לקסמן נ' מ"י.<sup>28</sup> השאלה שהתעוררה במקרה זה היתה: האם הנאשם היה חייב לבדוק את המקדחה שהשאל לאדם שהתחשמל תוך כדי השימוש בה. בית-המשפט השיב על שאלה זו בשלילה, מאחר שסבר כי שכיחות השימוש במכשירים חשמליים אינה מאפשרת להגדיר נורמת התנהגות גבוהה כזו. התשובה נראית נכונה, אך מעניין לעיין בהסבר המלא לדברים בפסקי-דינו של השופט עציוני: "בזמנים שלנו כאשר כל עקרת בית מחזיקה לפחות במכשיר חשמלי אחד... יהיה זה מעבר לכל דרישה הגיונית לדרוש כי על עקרת הבית תהיה מוטלת החובה לדאוג לתקינותה של מערכת התארוקה הסגורה במכשירים שברשותה".<sup>29</sup> אם-כן, לפחות לגישתו של השופט עציוני, נורמת ההתנהגות שבית-

22 קבוצת דוגמות נוספת שעניינה החלטות לא-אישיות מתייחסת למקרים של רשלנות בתחזוקה של מקרקעין. ראו, למשל, ע"פ 35/52 רוטנשטרייך נ' הי"מ, פ"ד ז 58.

23 פ"ד יח(4) 568 (להלן: ע"פ בש).

24 פ"ד יט(1) 309 (להלן: ד"נ בש).

25 ע"פ בש, לעיל הערה 23, בע' 572. בהמשך לכך, ראו ד"נ בש, שם, בע' 312.

26 ע"פ בש, שם, שם.

27 שם, שם.

28 פ"ד כט(1) 578.

29 שם, בע' 584.

המשפט מגדיר מתחשבת באילו ציה של עקרת הבית, שהיא, ככל הנראה, האדם הסביר המשתמש במכשירי החשמל הביתיים והאחראי לטיפול בהם (להבדיל מן "הנהג המצוי",<sup>30</sup> הנזכר בהמשך הדברים בלשון זכר דווקא).

כיום מתעוררת שאלה נוספת: האם הרפורמה בחלק הכללי של חוק העונשין<sup>31</sup> השפיעה על אמות המידה לקביעת רשלנותו של הנאשם? סעיף 21 החדש לחוק, המגדיר את היסוד הנפשי של רשלנות, אינו מאמץ את אמת המידה המקובלת של "אדם סביר", ומחליף אותה בזו של ה"אדם מן היישוב". השאלה היא: האם השינוי נועד לאפשר דיון עובדתי בנורמת ההתנהגות המקובלת (להבדיל מן הדיון הנורמטיבי בדמותו של האדם הסביר), או שהוא סמנטי בלבד? האם מאפייני התנהגותו של ה"אדם מן היישוב" הם אלה של האדם הממוצע, או של האדם הסביר פרי רוחו של בית המשפט?<sup>32</sup> מכל מקום, שאלת מינו של האדם מן היישוב שסטנדרט ההתנהגות נקבע על-פיו מוסיפה להיות רלוונטית. גם אם זהו "אדם ממוצע", שבית המשפט צריך להתחקות על מאפייניו באמצעות דיון עובדתי, עשויות להתעורר במקרי גבול שאלות שעניינן נסיון החיים של האדם הממוצע, השכלתו ועוד. או אז יכולה להיות חשיבות רבה לשאלה מי ייחשב ל"אדם ממוצע" בעיניו של בית המשפט.

מכל מקום, רוב המצבים שנידונים במסגרת דיני הרשלנות הפלילית אינם כוללים אינטראקציה בין-אישית בין הנאשם לקורבן, ולכן אינם מבשילים את הבעייתיות שעשויה לנבוע מזיהוי של האדם הסביר כגבר. לעומת זאת, חוסר הניטרליות של ההתייחסות לנסיון החיים של הנאשם ולבעיות שהוא נאלץ להתמודד עימן השתקף בתקדימים המסורתיים שיישמו את עקרון ההגנה העצמית. בעבר, כדי שתתקבל טענה של הגנה עצמית,<sup>33</sup> היה עליה לעמוד בכמה תנאים. במקרה הרגיל, המתגונן הסביר היה אמור להעדיף נטישה של זירת האירוע כאשר זו אפשרית;<sup>34</sup> לעשות את המינימום הנדרש להדיפתה של התקפה המיידית;<sup>35</sup> ולעשות שימוש בכלי התגוננות שאינם קטלניים יותר

30 שם, שם.

31 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון 39 לחוק העונשין).

32 דברי ההסבר שמלווים את סעיף 21 להצעת החוק אינם מייחסים משמעות לשינוי במונחים. על-פי האמור בהם: "מוצע לאמץ את המבחן של האדם מן היישוב, או האדם הסביר או הממוצע." ראו הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, ה"ח 115.

33 העקרונות המסורתיים של ההגנה העצמית זכו בהכרה סטטוטורית בסעיף 22 לחוק העונשין. הנוסח המקורי של הסעיף הוחלף בחוק העונשין (תיקון מס' 37), תשנ"ב-1992, ס"ח 142. לדיון בתיקון זה, ראו א' אנקר, ר' קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג (תשנ"ג) 5. הדין העדכני בתחום ההגנה העצמית נקבע לאחרונה במסגרת הרפורמה הכוללת שהנהיג תיקון 39 לחוק העונשין.

34 לנטישת הזירה, ראו ע"פ 190/54 הי"מ נ' קמינסקי, פ"ד ט 54.

35 להדיפת התקפה המיידית, ראו ע"פ 10/49 הי"מ נ' פנתיאב, פ"ד ב 424.

מאלה בהם השתמש התוקף.<sup>36</sup> באופן ערטילאי, תנאים אלה נראים הגיוניים ביותר ומקדמים מדיניות חברתית ראויה: צמצום למינימום של תגרות אלימות ושל עשיית דין עצמית. אולם, האם הם נותנים מענה הולם לכלל המותקפים? האם כל מי שמותקף יכול סתם כך לנטוש את הזירה? האם כל מי שמותקף יכול להימנע מעשיית שימוש בנשק קטלני?

אמות-המידה המסורתיות של דיני ההגנה העצמית התגלו כבעייתיות כאשר הותקפה אשה על-ידי בן-זוגה בביתם המשותף. כאשר אשה מותקפת בביתה, נטישת הזירה אינה תמיד אופציה סבירה או אף אופציה קיימת. הבחירה בה עלולה להיות בעלת השלכות נוספות לאחר סיומו של אירוע התקיפה. כך, למשל, ניתן להעלות על הדעת שהמותקפת היא אם לילדים, אולי אף קטנים, והיא חוששת "לנטוש את הזירה" במהירות, תוך שהיא משאירה את ילדיה בחברתו של אדם אלים ומשתולל (גם אם הוא אביהם). יתר על-כן, אשה שתנטוש את הזירה בנסיבות אלה תעזוב בכך גם את ביתה. האם תוכל לחזור אליו?<sup>37</sup> החובה לעצור בשלב שלאחר הדיפת ההתקפה המיידית מעוררת קשיים דומים בנסיבות של חיים משותפים. האם היא מאפשרת לאשה המותקפת להמשיך לגור בביתה? משמעותה של ההימנעות משימוש בנשק קטלני היתה אימוץ התפיסה שעל אגרופים יש להשיב באגרופים. אולם האם זוהי חלופה מעשית כאשר במקרה הטיפוסי האשה המותקפת חלשה יותר, ומבחינת נסיון חייה, אמינה פחות על חילופי מהלומות? בנסיבות אלה, השימוש בנשק עשוי להיות ברירת-מחדל הכרחית.

לטענתה של Elizabeth Schneider, עקרון ההגנה העצמית עוצב בצלמה ובדמותה של תגרת האגרופים האופיינית בבית-המרוח.<sup>38</sup> בנסיבות אלה היה ניתן לדרוש מן המותקף לנטוש את בית-המרוח וללכת לביתו; היה הגיוני לצפות שלא ימית את בעל ריבו כדי להגן על כבודו ו"ללמד לקח" הולם. על-פי אמות-מידה אלה, האשה המותקפת שהגנה על עצמה בביתה תוך עשיית שימוש בנשק חם עלולה להיחשב כמי שלא נהגה בסבירות המתחייבת. מכאן, כמובן, אין להיחפז למסקנות. שימוש בנשק חם אינו אמור להיות הגנה עצמית מקובלת. לתוצאה קטלנית של אירוע תקיפה יש להתייחס כאל רעה חברתית ומוסרית שראוי להימנע ממנה. אולם בה במידה, כאשר מיישמים את עקרון ההגנה העצמית יש להביא בחשבון את נתוניו של הנאשם, וכך גם את נתוניה של הנאשמת. כך,

36 להתגוננות במכות, ולא בסכין, ראו ע"פ 61/83 שוקרון נ' מ"י, פ"ד לח(2) 617 (להלן: עניין שוקרון).

37 ניתן להוסיף שגם באופן כללי יותר (ולא רק בהקשר הפלילי), יש מקום לביקורת על האצבע המאשימה שמופנית במקרים רבים כלפי האשה המוכה שלא עזבה את ביתה, תוך התעלמות מן המכשולים העומדים לפני הוצאת החלטה כזו אל הפועל.

38 E.M. Schneider "Equal Rights to Trial for Women: Sex Bias in the Law of Self-Defense" 15 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (1980) 623. פסקי-דין שנידונו בהם קטטות הם התקדימים הבסיסיים של דיני ההגנה העצמית גם בישראל. ראו ע"פ 410/71 הורוביץ נ' מ"י, פ"ד כו(1) 624; עניין שוקרון, לעיל הערה 36.



למשל, בעניין *State v. Wanrow*<sup>39</sup> נפסק שיש להתחשב בכך שבפועל, לנשים יש פחות ידע וניסיון בהגנה עצמית ללא שימוש בנשק קטלני.<sup>40</sup> ראוי לציין שבית-המשפט התייחס לעובדות אלה כמשקפות הבדל חברתי בלבד, ולא ראה בהן ביטוי לשוני טבוע בין המינים.

המסקנה הנובעת מן הדברים אינה צריכה להיות שדיני ההגנה העצמית אינם ניתנים להחלה הוגנת ביחס לנשים. גם הגנה עצמית של אשה צריכה להיות סבירה. הדגש הוא בכך שהבכורה אינה צריכה להינתן לכללים הספציפיים שנגזרו מן העיקרון של הגנה סבירה, על-פי רוב על רקע נסיון חיים גברי (נטישת הזירה, שימוש בנשק לא-קטלני), אלא לרציונל שביסודם, בהתאם לנסיבות העניין.<sup>41</sup>

הבעיה של התגוננות שלא עמדה בדרישות הדין לגבי הגנה עצמית זכתה לאחרונה בהכרה בתיקון חדש לחוק העונשין.<sup>42</sup> על-פי התיקון, הריגת אדם בנסיבות של התגוננות, אך תוך הריגה מן הסבירות הנדרשת על-פי דיני ההגנה העצמית, תאפשר התחשבות בנאשם בשלב גזר-הדין, כהריג לעונש החובה הקבוע בצידה של עבירת הרצח.<sup>43</sup> חשיבותו של התיקון נובעת מן המורכבות של המציאות האנושית, שאינה מתאימה תמיד לבחירה בין סיווגו של מעשה ההריגה כפעולה מוצדקת, שאינה בסיס לאחריות פלילית, לבין הגדרתו כרצח שדינו מאסר-עולם. יחד עם זאת, התיקון אינו מיתר את הדיון בדיני ההגנה העצמית עצמם. אפשרות-הביניים של עונש מאסר קצר ממאסר-עולם חמורה עדיין מבחינת מי שפעל להגנתו העצמית באופן סביר.

העמדה לדין של אשה מוכה שגרמה למותו של בעלה עשויה לעורר שאלות גם מחוץ לתחומיו של עקרון ההגנה העצמית. בחיי המעשה, נשים מוכות רבות המיתו את בעליהן לא בעת שהותקפו, אלא באופן יזום, לאחר שנים של עינוי והשפלה. בהמשך לכך התעוררה השאלה: האם יש מקום להכיר בהגנה (מוחלטת או מסויגת) גם בנסיבות אלה? כרקע לדיון בשאלה שימשה בארצות-הברית ההכרה במגבלותיו של עקרון ההגנה העצמית המסורתי. בהמשך לכך הוחל בפיתוח הדרגתי של הגנת ה-Battered Wife Syndrome, המבוססת על הכרה בערעור שחל במצבה הפסיכולוגי של האשה המוכה. מלכתחילה תרמה להתפתחות זו הביקורת על היעדרו של מענה הולם למצבן של הנשים

39 559 P.2d 548 (1977).

40 *Ibid*, at p. 558.

41 לטענה שהדוקטרינה של הגנה עצמית בפסיקה האמריקאית אינה קשיחה, ומאפשרת עשיית צדק עם נשים מוכות, ראו: H. Maguigan "Battered Women and Self-Defense: Myths and Misconceptions in Current Reform Proposals" 140 *U. Pa. L. Rev.* 379 (1991). הכותבת, המתבססת על מחקר מקיף מאוד של התקדימים, סבורה שהבעיה אינה נעוצה בדוקטרינה, אלא בדרכי יישומה עליידי שופטי הערכאות הנמוכות.

42 חוק העונשין (תיקון מס' 44), תשנ"ה-1995, ס"ח 391.

43 סעיף 300א(ב) לחוק העונשין מתייחס ל"מצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות הענין, מתחום הסבירות הנדרשת".

המוכות,<sup>44</sup> אולם בהמשך החלו ניטשות לגביה מחלוקות חריפות גם בכתיבה הפמיניסטית עצמה, בעיקר לנוכח החשש שהיא מחזקת סטריאוטיפים קיימים, לפיהם התנהגותן של נשים אינה רציונלית ונתונה להשפעת בני-זוגן.<sup>45</sup>

בישראל, ההכרה במגבלותיו של עקרון ההגנה העצמית באה לידי ביטוי בהוראה נוספת של התיקון החדש, המאפשרת להקל בעונש גם במקרים בהם "הנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב החללות חמורה ומתמשכת בו או בגן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו".<sup>46</sup> מבחינת נוסחו, אין התיקון מוגבל לנשים מוכות דווקא,<sup>47</sup> אך השיבותו בהקשר זה ברורה.<sup>48</sup>

הכרה בהגנה שעניינה האפקט המצטבר של התנהגות היא אנטי-תיזה לתפיסה המסורתית של קנטור, שהיתה מבוססת על אובדן עשתונות של הנאשם במסגרת עימות ספציפי. מבחינה מסוימת ניתן לטעון כי תפיסה זו של הקנטור תאמה דפוסים של גבריות אקטיבית ומהירת-תגובה. היא שיקפה פחות את נסיון החיים של נאשמות רבות, שהיה מבוסס על הבלגה וכניעות גם לנוכח השפלות קשות. אף בישראל, כל פסקי-הדין המרכזיים של בית-המשפט העליון בסוגיית הקנטור דנו בנאשמים, ולא בנאשמות.<sup>49</sup> במילים אחרות, נאשמות שעמדו לדין באשמת רצח נטו פחות (בהשוואה לנאשמים) להגיב

44 ראו, למשל: S.J. Saintow "Battered Woman Syndrome: Does the 'Reasonable Battered Woman' Exist?" 19 *Crim. & Civ. Confinement* (1993) 329.

45 לביקורת, ראו: 1 *Cal. L. Rev.* (1994) 82 "Excusing Women" A.M. Coughlin.

46 סעיף 300א(ג) לחוק העונשין.

47 זאת, להבדיל מן ההגבלה של ההוראה המיוחדת בנושא המתת תינוק סמוך ללידתו לנשים בלבד. לפי סעיף 303א(א) לחוק העונשין: "אשה שגרמה במודר, במעשה או במחדל, למות ולדה שלא מלאו לו שנים עשר חדשים, ובשעת המעשה או המחדל היתה במצב של ערעור שיקול הדעת, משום שעדיין לא החלימה לגמרי מתוצאות הלידה או משום תוצאות ההנקה לאחר הלידה, הרי על אף היות העבירה לפי הנסיבות בגדר רצח או הריגה, דינה – מאסר חמש שנים." (ההדגשה שלי). הגבלה זו מוצדקת לנוכח הממצאים הרפואיים באשר להשלכותיה האפשריות של הלידה על האשה.

48 בעבר, לנוכח היעדר שיקול-דעת בגזירת-הדין של מי שהורשע ברצח, נהגה התביעה להעמיד לדין קורבנות של התעללות במשפחה בעבירה של הריגה בלבד. הדוגמות הבולטות מהעת האחרונה הן: תפ"ח (ת"א) 416/93 מ"י נ' בסו, פ"מ תשנ"ד (3) 281 (הריגה על-ידי בן); ת"פ (נצ"י) 29/94 מ"י נ' בוחבוט, פ"מ תשנ"ה (1) 272, ובעקבותיו ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מ"י, פ"ד מט(3) 647 (להלן: עניין בוחבוט) (הריגה על-ידי האשה עצמה).

49 לסקירה, ראו אצל שחר, לעיל הערה 1, בע' 89-93. בפסקי-דין שהנאשמות בהם היו נשים, שאלת הקנטור לא עלתה לפני בית-המשפט כשאלה ממשית. על-פי רוב, בית-המשפט רק מציין באופן כמעט לקוני כי מעשה הרצח נעשה ללא קנטור. ראו, למשל, ע"פ 476/81 אייזנברג נ' מ"י, פ"ד לו(1) 819, 823; ע"פ 79/87 גרנות נ' מ"י, פ"ד מג(3) 617, 648.

באלימות על-אתר על התגרות. רק בשלב מאוחר יחסית של הדיון בעקרון הקנטור החלה להיבנת האפשרות של עדכוננו באופן שיחול גם על מצבים של תגובה אלימה על רקע השפלה מתמשכת (וכך ישקף יותר גם דפוסי התנהגות שמאפיינים יותר נשים).<sup>50</sup>

השאלה מהם מקורות ההשראה של בית-המשפט שנדרש ליישם את עקרון הקנטור מתעוררת גם לנוכח פסק-דינו החדש יחסית של בית-המשפט העליון בע"פ 3071/92 אזואלוס נ' מ"י.<sup>51</sup> במקרה זה, כמו במקרים קודמים רבים אחרים,<sup>52</sup> נטענה הגנת הקנטור בענייניו של נאשם שעמד לדין באשמת רציחתה של בת-זוגו על רקע אירוע של בגידה. אכן, על-פי רוב, אין בית-המשפט נוטה לקבל את טענת הקנטור שבאה מצידו של בן-הזוג הנבגד, אך זוהי טענה שעשויה להתקבל, ובנסיבות העניין נפסק שהתגרות הקשה שהנאשם נחשף לה אכן מאפשרת לעשות כן. לצורך הדיון הנוכחי מעניין לציין כי הנשיא ברק קיבל את טענת הקנטור על בסיס הקביעה ש"דמו של הישראלי המצוי ודמה של הישראלית המצויה עלול לרתוח, כאשר הוא רואה את בת הזוג או בן הזוג בבגידה, וכאשר מעשה הבגידה מכוון כל כולו ללמד על מעשה הבגידה".<sup>53</sup> מבחינת הניסוח, הדברים מלמדים על מודעותו הגוברת של בית-המשפט לצורך להפנים אל תוך דמותו של האדם הסביר לא רק את עמדתו של הגבר הסביר. אולם על רקע האמור לעיל מתעוררת השאלה: האם מעבר למראית-העין של התחשבות בדפוסי התנהגות נשיים, פסק-הדין אכן נותן ביטוי גם להתנהגותה של "הישראלית המצויה"? במילים אחרות, השאלה היא: האם השינוי בניסוח המשפטי הינו מהותי, או מהווה רק כסות לחזרה על תוכני סבירות שמשקפים את דמותו של "הישראלי (הגבר) המצוי" (אם קיים בכלל ישראלי כזה)?<sup>54</sup>

## ו. סבירותה של הקורבן

שאלת הסבירות עשויה להתעורר גם לגבי התנהגותו ותכונותיו של מי שהנאשם (או הנתבע במשפט אזרחי) פעל כלפיו. ההתייחסות לקורבן אינה תמיד חשובה או רלוונטית.

50 השופט דורנר תומכת במגמה זו בפסק-דינה בעניין בוחבוט, לעיל הערה 48, בע' 655. לעומתה, השופט קדמי היה נאמן לעקרון הקנטור המסורתי, וקבע כי "פורמאלית לפחות ביצעה המערערת מעשה של רצח". שם, בע' 653.

51 פ"ד (2) 573 (להלן: עניין אזואלוס).

52 ראו, למשל, ע"פ 46/54 הי"מ נ' סגל, פ"ד ט 393; ע"פ 247/66 סעדה נ' הי"מ, פ"ד (4) 32; ע"פ 30/73 שמולביץ נ' הי"מ, פ"ד כו(2) 598; ע"פ 655/78 שמידמן נ' הי"מ, פ"ד לד(1) 63; ע"פ 339/84 רבינוביץ נ' מ"י, פ"ד לט(4) 253.

השוו גם: M. Angel "Criminal Law and Women: Giving the Abused Woman Who Kills a Jury of Her Peers Who Appreciate Trifles" 33 *Am. Crim. L. Rev.* (1996) 229, 317-319.

53 עניין אזואלוס, לעיל הערה 51, בע' 580.

54 השוו לעיל הערה 8 והטקסט לה.

רבות מן העבירות בחוק העונשין הן עבירות שמעמידות במרכזן רק את התנהגותו של הנאשם. אף-על-פי-כן יש מצבים שהאינטראקציה האנושית בהם בין הנאשם לבין הקורבן רלוונטית להכרעה בשאלת האחריות, וכך גם סבירות התנהגותו של הקורבן עומדת בהם לדיון (לפחות בעקיפין). באופן כללי, עבירות אלה מתייחסות להתנהגויות שאופיין האסור נובע רק מעשייתן שלא בהסכמתו של אדם אחר, ולכן בית-המשפט נדרש להכריע איזו התנהגות היתה יכולה להתפרש באופן סביר כהסכמה. כאלה הן בעיקר העבירות שעניינן התנהגויות בעלות אופי מיני.<sup>55</sup>

בתחום הפלילי המובהק, הדוגמה הבולטת ביותר היא זו של עבירת האונס. בשלב ראשון מתעוררת שאלת ההתנגדות הסבירה לביצוע האונס. האם על קורבן האונס להתנגד בכוח דווקא? זו היתה הגישה המוקדמת של המשפט האנגלי, שלא הסתפק באי-הסכמה, אלא דרש התנגדות פיזית מירבית.<sup>56</sup> דרישה זו התעלמה ממגבלות השימוש בכוח על-ידי מי שכוחה הפיסי נחות על-פי רוב ונסיון חייה לא הכשיר אותה לחילופי מהלומות, ונוסף על כך היא שרויה בפחד גדול. מכאן אין להבין שיש פסול בשימוש בכוח על-ידי נשים לשם הדיפת התקפה. אדרבה. הביקורת מכוונת רק נגד הדרישה האולטימטיבית לשימוש בכוח.<sup>57</sup> Susan Estrich הצביעה על כך שעל-פי פסקי-דין אמריקאיים לא-מעטים, "The reasonable woman, it seems, is not a schoolboy, 'sissy'; she is a real man"<sup>58</sup> על כך ניתן להוסיף שהתנאי של התנגדות מירבית היה בעל אופי מפלה. מחוץ לעבירת האונס, קורבנות של מעשי עבירה אינם נדרשים להוכיח כי התנגדו בכל דרך לפגיעה בהם, ובמיוחד כאשר ההתנגדות כרוכה בסיכון. יש אף מן האירונים ביישום של נורמה גברית בהתייחס לקורבן של עבירה אשר על-פי הגדרתה, יכולה להיעשות רק נגד אשה.<sup>59</sup> כיום, בעקבות רפורמה חקיקתית, הדרישה להתנגדות מירבית שוב אינה משקפת את המשפט הפוזיטיבי בישראל, ודי בכך שהמתלוננת הביעה

55 הסכמתו של הקורבן עשויה להיות רלוונטית גם בעבירות תקיפה רגילות, שלא על רקע מיני; אולם ההכרעה בשאלת ההסכמה להתנהגות מינית מורכבת יותר, הן לנוכח המוסכמות החברתיות והתרבותיות שיוצרות ציפייה להבעת הסכמה גם בדרכים עמומות והן בשל תהפוכות הרגש האפשריות בהקשר זה. ניתן איפוא לומר ששאלת הסבירות מתחדדת יותר בהתייחס לעבירות שעניינן התנהגויות בעלות אופי מיני, ועל-כן יתמקד הדיון בהן.

56 להתייחסות לדרישה של התנגדות מירבית שהיתה מקובלת בעבר, ראו: J.C. Smith & B. Hogan *Criminal Law* (London, 7th ed., 1992) 454.

57 בפסקי-הדין, מקרים שמתוארת בהם התנגדות פיזית שקולה מצידה של האשה המותקפת הינם חריגים. ראו, למשל, ע"פ 288/88 גנדור נ' מ"י, פ"ד מב(4) 45.

58 65 *S. Estrich Real Rape* (Cambridge, 1987). דברים אלה נכתבו כביקורת על פסקי-הדין בעניין *State v. Rusk* 424 A.2d 720 (1981). לדיון נוסף בשאלת אופיה של ההתנגדות במשפט האמריקאי, ראו: Estrich, *ibid*, at pp. 58-71.

59 ראו סעיף 345 לחוק העונשין ("הבועל אשה").

איי-הסכמה.<sup>60</sup> עם זאת, כפי שיובהר בהמשך, מתעוררת עדיין השאלה: אילו התנהגויות ייחשבו להבעת אי-הסכמה מצד המתלוננת? לכאורה, קיים עדיין החשש שחלק מן השופטים יצפו להבעת אי-הסכמה במתכונת שתשמר את ההיבט של התנגדות פיסית.

שאלת אי-ההסכמה מתחדדת במקרים שהיתה בהם אינטראקציה חברתית (ולו מוגבלת) בין הנאשם לבין קורבן האונס (בניגוד לסיפור המסורתי של האונס: אינס על-ידי זר, שלעיתים רק הוא נחשב בעיני סביבתה של המתלוננת ל"אונס אמיתי").<sup>61</sup> בין השאר נשאלות השאלות הבאות: מה היתה הדרך הסבירה להביע את אי-ההסכמה ליחסי המין? וכן, האם התנהגותה של המתלוננת לאחר האירוע מלמדת באופן סביר שאכן נאנסה? גם בהתייחס לשאלות אלה חשוב לדעת מהם מודל ההתנהגות והתנאים החברתיים שבית-המשפט משווה לנגד עיניו. האם נדרשת התנגדות אסרטיבית, ההולמת לעיתים יותר חיברות גברי? ובאשר להגשת התלונה, האם קיימת התחשבות בכך שבמקומות לא-מעטים, ניסיון מיני עלול להיחשב מקור קלון לנאנסת כנערה?<sup>62</sup> בהתייחס לשאלות אלה הצעיד בית-המשפט העליון את המשפט הישראלי צעד חשוב מאוד קדימה בע"פ 5612/92 מ"י נ' בארי:<sup>63</sup> הוא הסתפק בכך שהנאנסת הביעה התנגדות ליחסי המין,<sup>64</sup> ואף התחשב באילוצים החברתיים שהמתלוננת צריכה להתמודד עימם לאחר מעשה.<sup>65</sup> יש לקוות שהגישה שבאה לידי ביטוי בפסק-הדין אומנם תשפיע על הטיפול היומיומי בתלונות שמגישות נאנסות, כמו גם על הדיון המשפטי בתלונותיהן.

מן ההיסטוריה המשפטית הארוכה של עבירת האונס אני עוברת לתחום החדש של דיני ההטרדה המינית. שכיחותה של ההטרדה המינית והשלכותיה הקשות מבחינתם של הנפגעים הוליוו להרחבת ההתערבות המשפטית במערכות יחסים בין-אישיות גם למקרים של הטרדה שאינה עולה כדי פגיעה פיסית או תקיפה. לפי שעה הדברים אמורים בהטרדה מינית הנעשית בעולם העבודה, מאחר שבהקשר זה היא עלולה להשפיע גם על פרנסתו של קורבן ההטרדה ועל סיכויי התקדמותו בחיים. קורבן ההטרדה "לכוד" בסיטואציה, והדרך להשתחרר ממנה עלולה להיות הידחקות אל מחוץ למקום העבודה. בישראל, הגדרת ההטרדה המינית מוגבלת למצבים של הצעה או דרישה בעלות אופי מיני המופנות לעובד.<sup>66</sup> לעומת זאת, הדין האמריקאי רחב יותר, ורואה כהטרדה מינית גם חשיפה

60 חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988, ס"ח 62, ביטל את ההגדרה המסורתית של עבירת האונס, שהתייחסה לביצוע המעשה "נגד רצונה" של האשה, והחליף אותה בהתייחסות למעשה בעילה "שלא בהסכמתה".

61 המושג "אונס אמיתי" (Real Rape) נטבע על-ידי פרופסור Estrich בספרה הנושא כותרת זו. במרכז הספר עומדת ביקורת על התייחסותם של המשטרה ובתי-המשפט למקרי אונס שבוצעו על רקע היכרות קודמת. ראו: Estrich, *supra* note 58.

62 זאת נוסף על המעמסה הנפשית הכרוכה בהתמודדות עם אירוע התקיפה לצורך התלונה.

63 פ"ד מח(1) 302 (להלן: עניין בארי).

64 שם, בע' 347.

65 שם, בע' 366.

66 ההטרדה המינית מוגדרת בסעיף 7 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988,

ל"סביבת עבודה עוינת".<sup>67</sup> בהמשך, כאשר נטען להטרדה המתבטאת בסביבת העבודה שהעובד הנפגע נחשף לה (על-פי רוב עובדת), נדרש בית-המשפט להגדיר את נורמות ההתנהגות הסבירות בעולם העבודה. רק חריגה מנורמות אלה תיחשב ל"סביבת עבודה עוינת". גם כאן חוזרת ומתעוררת איפוא השאלה: מיהו האדם הסביר שבית-המשפט משווה לנגד עיניו בקובעו את הנורמה. היא אף מתחדדת בהנחה שמתקבלת הטענה כי נשים עובדות מרגישות מאוימות יותר מהתנהגות בעלת אופי מיני במקום העבודה, בהשוואה לעובדים גברים והן בשל מעמדן הפחות מבוסס בעולם העבודה והן בשל חששותיהן מפני מין כפוי, שנשים חשופות לו יותר.<sup>68</sup> האם זוהי רגישות-יתר או רגישות שצריכה להשפיע על קביעת הנורמה?

שאלת זהותו של האדם הסביר בנסיבות של הטרדה מינית התעוררה בעניין *Rabidue v. Osceola Refining Co.*<sup>69</sup> במקרה זה התייחסה התביעה בגין הטרדה מינית, בין השאר, לשימוש במילים גסות ולתליית תמונות-עירום במקום העבודה. שופטי הרוב, שדחו את התביעה, הסבירו כי לצורך הדיון יש להתחשב בנורמות שהיו מקובלות במקום העבודה, ובהתאם להן בציפייה הסבירה של מי שבותר לעבוד בו.<sup>70</sup> מיותר לציין כי נורמות אלה לא נקבעו על-ידי חברה נשית. שופט המיעוט חלק על השקפה זו. לדבריו, נקודת-המבט של האדם הסביר אינה מביאה בחשבון את השוני בעמדות שמחזיקים בהן נשים וגברים בשאלות של התנהגות מינית. בהמשך לכך הוא היה סבור שנקודת-המבט הראויה היא זו של "הקורבן הסביר".<sup>71</sup>

פסק-דין מאוחר יותר, שהלך בעקבות גישת המיעוט בעניין *Rabidue*, ניתן בעניין *Ellison v. Brady*.<sup>72</sup> בית-המשפט אימץ את נקודת-המבט של "הקורבן הסביר",<sup>73</sup>

ס"ח 38. ההסדרים המשלימים את ההגדרה הם סעיף 10 לחוק, שמקנה עילת תביעה אזרחית בגין הפרה של הוראותיו, וסעיף 15, שקובע כי חלק מהפרות אלה יהיו גם עבירות פליליות. 67 הטרדה מינית נחשבת בארצות-הברית לסוג של הפליה בעבודה, ולכן היא נידונה על-פי Title VII של ה-Civil Rights Act of 1964 42 U.S.C §§ 2000e-2000e-17 (1988). התקרים הבסיסי שהחיל את עילת התביעה גם על הטרדה מינית היוצרת "סביבת עבודה עוינת", ולא רק על הצגת דרישות בעלות אופי מיני, נקבע בו: *Meritor Savings Bank v. Vinson* 477 U.S. 57 (1986). ראוי לציין כי הצעה המכוונת לרפורמה כוללת בהסדרים הקיימים בישראל (בין השאר, בהשראתו של הדיון במשפט האמריקאי) היא הצעת-חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ז-1997, ה"ח 484. מאחר שהצעה זו הוגשה אחרי מסירתו של מאמר זה לדפוס, אין היא זוכה כאן בהתייחסות שהיה ראוי לייתר לה.

68 K. Abrams "Gender Discrimination and the Transformation of Workplace Norms" 42 *Vand. L. Rev.* (1989) 1183, 1204-1209.

69 805 F.2d 611 (1986) (להלן: עניין *Rabidue*).

70 *Ibid*, at p. 620.

71 *Ibid*, at p. 626.

72 924 F.2d 872 (1991) (להלן: עניין *Ellison*).

73 *Ibid*, at pp. 878, 880.

ובהמשך לכך, במסגרת יישומו של המבחן, נדרש לאמת-המידה של האשה הסבירה.<sup>74</sup> מוסבר בפסק-הדין כי מבחן האדם הסביר עיוור לשאלת המין רק לכאורה, ובפועל הוא מוטה לכיוון הגברי, מאחר שאינו מבוסס על נסיון החיים של הנשים. לגישתו של בית-המשפט, מבחן האשה הסבירה אינו קובע נורמה גבוהה יותר של הגנה על נשים מאשר על גברים, אולם הוא מאפשר גם לנשים ליטול חלק בעולם העבודה על בסיס שווה לצידם של גברים.<sup>75</sup> מטרה זאת ניתנת להשגה רק על יסוד הכרה בהשלכות של הטרדה מינית על נשים. התשתית העקרונית של פסק-הדין איפשרה לבית-המשפט לקבל את התביעה. פסק-הדין בעניין *Ellison* מבוסס על פתיחות מחשבתית לבעיה של הטרדה מינית בעבודה. השאלה המתעוררת היא רק: האם יש ללמוד ממנו על יתרונותיו של מבחן חדש המעמיד במרכז את האשה הסבירה? התשובה אינה מובנת מאליה כלל. מקריאתו של פסק-הדין אפשר להתרשם כי הכוח המניע שמאחוריו הוא המודעות לחשיבות החברתית של דיני הטרדה מינית, ולא ההגדרה הפורמלית של המבחן. נראה לי ששופטי ההרכב היו מגיעים לאותה תוצאה גם במסגרת מבחן של "אדם סביר", משום שבעיניהם היה מודל זה כולל גם את הניסיון הנשי. ניתן לציין כי בעניין *Rabidue* עצמו נדרשה הערכאה הראשונה למבחן של "האשה הממוצעת", אך התכנים המחשבתיים שיוחסו לה היו דומים יותר לאלה של "הגבר הממוצע".<sup>76</sup> אם-כן, אימוץ אמת-המידה החדשה של האשה הסבירה אינו מוכיח עצמו בהכרח.<sup>77</sup> לעומת זאת, הוא עלול לחזק סטריאוטיפים באשר לאי-סבירותן של נשים על-פי אמות-מידה "רגילות", וכן ליצור תחושה כי נגרם עוול למי שעומד לדין (ואשר נהג לכאורה בסבירות, אם גם לא בהתאם למידותיה של האשה הסבירה).<sup>78</sup> מבחינות אלה עדיף על פניו מבחן הקורבן הסביר. מבחן זה מדגיש את הערך

*Ibid*, at p. 879 74

*Ibid*, *ibid* 75

*Rabidue v. Osceola Refining Co.* 584 F. Supp. 419 (1984) 76

עם זאת ניתן עדיין לטעון כי מבחן המדגיש את ההתייחסות לנקודת-המבט הנשית מצמצם את הסיכון לנטייה שיפוטית כזו. ראו, למשל: C. Forell "Reasonable Woman Standard of Care" 11 *U. Tas. L. Rev.* (1992) 1; C. Sanger "The Reasonable Woman and the Ordinary Man" 65 *S. Cal. L. Rev.* (1992) 1411

78 לביקורות על אימוצו של מבחן האשה הסבירה בתביעות של הטרדה מינית, ראו: S. Ashraf "The Reasonableness of the 'Reasonable Woman' Standard: An Evaluation of its Use in Hostile Environment Sexual Harassment Claims Under Title VII of the Civil Rights Act" 21 *Hofstra L. Rev.* (1992) 483; K.A. Kenealy "Sexual Harassment and the Reasonable Woman Standard" 8 *Lab. Law* (1992) 203; R.S. Adler & E.R. Peirce "The Legal, Ethical, and Social Implications of the 'Reasonable Woman' Standard in Sexual Harassment Cases" 61 *Fordham L. Rev.* (1993) 773; W.C. Arbery "A Step Backward for Equality Principles: The 'Reasonable Woman' Standard in Title VII Hostile Work Environment Sexual Harassment Claims" 27 *Ga. L. Rev.* (1993) 503

הנודע להתייחסות אל מי שהכלל המשפטי נועד להגנתו, מבלי לנקוט עמדות מכליליות באשר לשוני בין גברים ונשים.<sup>79</sup> בהמשך לכך חשוב להוסיף ולציין כי שימוש חלופי במונחים קורבן סביר ואשה סבירה מעורר גם הוא קשיים. אי-התבחנה ביניהם עלולה לשרת בעקיפין סטריאוטיפים קיימים לגבי האשה כקורבן.<sup>80</sup>

## ז. האשה הסבירה כאשה צנועה

עלי להודות, יש זווית נוספת ומטרידה לדיון בשאלת האשה הסבירה. ניתנים לעיתים פסקי-דין שאפשר להתרשם מהם כי גיית-המשפט סבור שקורבן העבירה נושאת בחלק מן האשמה, מאחר שלא נהגה כאשה סבירה. הדוגמה האופיינית מתייחסת לאונס של בחורות שנהגו ב"קלות-דעת" או באופן "מתירני" בכך שנענו לחיזור, הסכימו לבילוי לא-צנוע וכדומה. בחלק ממקרים אלה ראו שופטים בהתנהגותה של הנאנסת תרומה לרעה שבאה עליה בהמשך (מעין "רשלנות תורמת"): בשל חוסר זהירותה וקלות-דעתה נקלעה המתלוננת למצב שהידרדר לכלל אונס.<sup>81</sup>

מכך ניתן לכאורה ללמוד כי האשה הסבירה היא יושבת-בית, אינה מאריכה בבילוי ואינה מתנהגת באופן "פרובוקטיבי". אומנם, בתי-המשפט קובעים בדרך-כלל כי ההכרעה בשאלת האונס אינה תלויה בסבירות התנהגותה של המתלוננת, אולם במקרים רבים הדבר נעשה אגב הבעת דעה בדבר חוסר ההיגיון שהיא היתה נגועה בו.<sup>82</sup> התייחסויות אלה לסבירותה של הנאנסת אינן חלק מן התפיסה של "אשה סבירה" שעומדת כעת לדיון, אלא אנטי-תיזה מובהקת שלה. הדוגמות שנידונו עד כה התייחדו

79 ראו: J. Childers "Is There a Place for a Reasonable Woman in the Law: A Discussion of Recent Developments in Hostile Environment Sexual Harassment" 42 *Duke L.J.* (1993) 854.

80 בית-המשפט העליון האמריקאי עצמו טרם נדרש לדיון בסטנדרט "האשה הסבירה". בפסקי-הדין החשוב בעניין *Harris v. Forklift Systems Inc.* 114 S. Ct. 367 (1993) שקבע כי תביעה בגין סביבת עבודה עוינת יכולה להתקבל מבלי שתראה המתלוננת נזק פסיכולוגי, השתמש בית-המשפט במונח "reasonable person". מעניין לציין שגם בעניין זה קבע בית-המשפט קמא ש"אשה סבירה" היתה נעלבת מן ההתנהגות שבגינה הוגשה התביעה, אך דחה אותה בשל היעדר נזק.

81 ראו, למשל, ע"פ 579/76 פרג'ון נ' מ"י, פ"ד לא(3) 219, 223. לביקורת גישה זו, ראו: Estrich, *supra* note 58, at pp. 19–20, 24–25.

82 ראו, למשל, ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מ"י, פ"ד מ(2) 564, 577–578 ("ככל שהתנהגותה של המתלוננת תיראה אווילית, אין לגלות שלב שבו הסכימה לבעילה"). לביקורת המסרים המשניים, גם כאשר אינם משמשים את הכרעת הדין גופה, ראו צ' האופטמן "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות" מעמד האשה בחברה ובמשפט (פ' רדאי, כ' שלו, מ' ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה) 189, 230–232.



בכך שבית המשפט נדרש בהן להגדיר התנהגות אנושית סבירה בהתייחס (גם) למודלים של התנהגות נשית, ולא רק למודלים גבריים. במסגרת הדוגמה הנוכחית הבחירה שונה ומתייחסת להשוואה בין כמה מודלים של נשים (בהתאם להתנהגותן החברתית-המינית): נערה המקפידה על צניעותה; נערה הנוהגת מתירנות בקיום יחסי מין; ועוד. אי-הכרה באחריותו של האנס על רקע בילוי משותף, ואולי אף נועז, היא ניסיון לכפות נורמה מסורתית של התנהגות נשית סבירה. היא פוגעת בחירות הפעולה של נשים ועלולה להתפרש כלגיטימציה חלקית של העבירה. בעקיפין, היא מגבילה את הגנתה של עבירת האונס רק לנשים "סבירות". התייחסותו הנרחבת של בית המשפט העליון לדיני האונס בעניין בארי כוללת גם שלילה מפורשת של אפשרות זו.<sup>83</sup> יש לקוות שהמסר של בתי-המשפט בתחום זה אכן יהיה ברור.<sup>84</sup>

חרף המודעות הגוברת לבעיה, לא חלף השיפוט העקיף של הקורבן מן העולם, והוא מותיר את רישומו על הדיון המשפטי גם בהקשרים נוספים. כך, למשל, בארצות-הברית, עילת התביעה של הטורדה מינית מחייבת לבחון אם עודדה התנהגותה של הקורבן התנהגות כעלת אופי מיני כלפיה או בסביבתה. בית המשפט בוחר אם נהגה המתלוננת באופן המבהיר שצורות התנהגות מן הסוג מהן סבלה אינן רצויות לה ("unwelcome"). בהמשך לכך, צורת לבושה, אופן דיבורה ונימוסיה של הקורבן עלולים ליהפך לנושאים המרכזיים של הדיון, והיא תהיה זו העומדת לדין כביכול.<sup>85</sup>

### ח. הנורמות של האשה הסבירה

עד כה התייחסתי לכך שהתעלמות מן ההבדלים הקיימים לעיתים בין נשים וגברים עלולה לגרום עוול לנשים. השאלה המתעוררת היא: האם ההכרה בהבדלים אלה מחייבת רק תיקונו של עוול זה, או שמא היא צריכה לשמש בסיס לרפורמה נורמטיבית מקיפה יותר בשיטת המשפט?

רפורמה נורמטיבית כזו יכולה לשאוב מבית-היוצר של הפמיניזם התרבותי, שפיתח את התפיסה הגורסת קיומה של תרבות נשית המבוססת על ערכים שונים (וטובים יותר) מאלה שהתרבות הגברית מעמידה במרכזה – ערכים של דאגה לזולת, משפחה וקהילה.

83 עניין בארי, לעיל הערה 63, בע' 347.

84 כאן יש להוסיף ולהזכיר את ההצעה "לייבא" את העיקרון של אשם תורם למשפט הפלילי (כתמריץ יעיל לקורבנות-בכוח להשקיע משאבים באמצעי זהירות), ובהמשך לכך להחילו גם על עבירת האונס. המשמעות המעשית של ההצעה עלולה לחייב נשים לצמצם את חירות הפעולה שלהן כ"אמצעי זהירות" סביר. ראו א' הראל "יעילות וצדק במשפט הפלילי" משפטים כב (תשנ"ג) 499, 521; ובאופן נרחב יותר ראו, בתוברת זו, א' הראל, ל' וגנר "על ה'אשם התורם' של קורבן האונס" פלילים ו' (תשנ"ח) 235.

85 ראו: S. Esrtrich "Sex at Work" 43 Stan. L. Rev. (1991) 813, 826-834.

אבני-היסוד של התפיסה הונחו במחקרה של הפסיכולוגית Carol Gilligan, שהצביעה על קיומו של קול גשי "שונה", קול המציע חלופה לגישות האינדיווידואליסטיות והתחרותיות, המאפיינות יותר, על-פי הטענה, גברים.<sup>86</sup> כתולדה של השקפה זו, הועלו בספרות הצעות לבחינה מחודשת של חובות העשה שהדין מטיל על האדם הסביר. כידוע, האחריות המשפטית בגין רשלנות מבוססת כל כולה על דמותו של האדם הסביר: הנוקם שהיה יכול לצפות והחובות שהוא נושא בהן. דיני העונשין והנויקין המסורתיים שהגדירו את היקף חובותיו של האדם הסביר נטו לצמצם את ההכרה בחובות עשה. הם תבעו מן האדם הסביר לא להזיק, אך לא חייבו אותו לדאוג לזולת מעבר לכך. בהתאמה, לא הוכרה חובת הצלה משפטית גם בנסיבות של סכנת חיים. במשפט האנגלו-אמריקאי, עמידה מנגד נחשבה בדרך-כלל לכשל מיסרי, אך לא למחדל משפטי.<sup>87</sup> אחת הביקורות על עמדה משפטית זו, ששוללת חובות עשה, מתייחסת לכך שהיא משקפת דרך הסתכלות "גברית", לאמור: האדם הסביר אינו רואה חובה להציל, אך האשה הסבירה היתה רואה את הדברים באופן שונה.<sup>88</sup>

השאלה המתעוררת לנוכח ביקורת זו היא: האם אי-ההכרה בחובות עשה אכן מהווה ביטוי ל"גבריותו" של האדם הסביר? יש להישמר מפני טענות גורפות כאלה. כפי שציינתי קודם-לכן, גישות הגורסות קיומו של שוני טבוע בין החשיבה הגברית לבין החשיבה הנשית הינן בעייתיות.<sup>89</sup> התכונות ה"נשיות" הן, במידה לא-מבוטלת, תולדה של חיברות ש"עודד" נשים להתאים עצמן לסטריאוטיפ מסוים, שכלל, בין השאר, דאגה לבית ולקהילה.<sup>90</sup> יתר על-כן, אין זה נכון לדאות בליקוייה של התרבות האינדיווידואליסטית בבואה של חשיבה גברית.<sup>91</sup> כך, למשל, מחוץ לעולם האנגלו-אמריקאי, קיימות שיטות

86 C. Gilligan *In a Different Voice* (Cambridge, 1993). לכתובה משפטית שפיתחה השקפה זו, ראו, למשל: R. West "Jurisprudence and Gender" 55 *U. Chi. L. Rev.* 1 (1988).

87 ראו מ' בן-פורת "עזרה לזולת" עיוני משפט ו (תשל"ט) 269; י' לוי, א' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א) 165.

88 ראו: L. Bender "A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort" 38 *J. Legal Educ.* (1988) 3.

89 ראו לעיל טקסט להערה 16.

90 זוהי הביקורת של Catharine MacKinnon. ראו: C.A. MacKinnon "Difference and Dominance: On Sex Discrimination" *Feminism Unmodified* (Cambridge, 1987) 32, 38-39.

91 לטענה המבחינה בין ביקורת לגיטימית על התרבות המערבית לבין ייחוס שלה לקול הנשי, ראו: J.C. Williams "Deconstructing Gender" 87 *Mich. L. Rev.* (1989) 797. אכן, הביקורת נגד האינדיווידואליזם אינה מיוחדת לכתובה הפמיניסטית. לביקורת הקומוניטרית, ראו, למשל: M.J. Sandel *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge, 1982).

משפט אחרות שמכירות בחובות עשה. מבין הדוגמות, קרוב אלינו במיוחד המשפט העברי, שקיים בו האיסור: "לא תעמוד על דם רעך."<sup>92</sup>

### ט. מיהי האשה הסבירה?

לנוכח נקודות התורפה בחזונו ההומוגני של האדם הסביר, מתעוררת השאלה: מיהי האשה הסבירה? כזכור, פרופסור שחר ביקר את הניסיון לתאר את האדם הסביר כאדם אחד, לנוכח קיומם של גורמי-שוני כה רבים: לאומיים, תרבותיים, חברתיים, מעמדיים ועוד.<sup>93</sup> ביקורת דומה ניתן למתוח גם על "אשתו" של האדם הסביר - האשה הסבירה. ניסיון החיים והשקפת העולם של כל הנשים אינם אחידים בהכרח. גם ציבור הנשים מגוון, ולכל אשה מרכיבים חשובים נוספים בזהותה. ניסיון להשמיע קול נשי אחד הוא בלתי-מציאותי. יתר על-כן, הוא צפוי לבטא את הנורמות המקובלות בקרב "התרבות השלטת", על חשבון חברות ותרבויות אחרות, דומיננטיות פחות. הוא גם מתנכר לעובדה שמרכיבים אחרים בחייה של אשה חשובים לעיתים יותר להגדרת זהותה. כך, למשל, נשים יהודיות (או ערביות, על-פי העניין) עשויות לחוש סולידריות רבה יותר עם קבוצת ההשתייכות הלאומית שלהן מאשר עם איחוד שורות נשי.<sup>94</sup>

### י. בחזרה למינוח המשפטי: מבחן חדש או מחודש

המסע בין הדוגמות מלמד כי באופן מסורתי, מודל ההתנהגות שעיצב את הכללים המשפטיים היה גברי. הוא הטביע את חותמו במבחן האדם הסביר - בין כאשר היה גבר במפורש (man) ובין לאחר שהיה לסתם אדם (person). יחד עם זאת, לפחות בחלק מן ההקשרים, קיים כבר שינוי, והאדם הסביר החל מאבד את מאפייניו הגבריים. כך, למשל, התנגדותה של אשה שנעשה בה אונס אינה נבחנת רק על-פי התנגדותה הפיסית.<sup>95</sup> החתירה לפתרון צודק ומציאותי יותר עוברת איפוא דרך הכרה ברב-גוניות האנושית,

92 ויקרא יט, טז. ציווי זה מגולם בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 45) (לא תעמוד על דם רעך), תשנ"ה-1995, ה"ח 348. לאחרונה ניתן להצביע אף על נכונות שיפוטית להרחיב את ההכרה בחובות הצלה, ראו ע"פ 119/93 לורנס נ' מ"י, פ"ד מח(4) 1, 29-33 (פסק-דין של השופט ד' לוי).

93 ראו לעיל הערה 3 והטקסט לה.

94 ביקורת זו זכתה בפיתוח אצל כותבות המשתייכות למיעוטים או לקבוצות חלשות אחרות, דוגמת השחורים בארצות-הברית. ראו, למשל: A.P. Harris "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory" 42 *Stan. L. Rev.* (1990) 581. ראו גם לעיל טקסט להערה 16.

95 ראו לעיל הערה 60 והטקסט לה.

להבדיל מאימוצו של מודל התנהגות אחיד, ברוח הביקורת הכללית של דמותו של האדם הסביר.

ההצעות להשתמש במבחן נפרד של האשה הסבירה מבוססות על החשש ששימוש בטרמינולוגיה הניטרלית לכאורה של האדם הסביר תמשיך להנציח, מבלי משים, את המודל הגברי.<sup>96</sup> החשש הוא במקומו. עם זאת, גם הסטנדרט החלופי של אשה סבירה נגוע בקשיים היורדים לשורשו של מבחן. ראשית, סטנדרט שונה לגבי נשים עלול לחזק מחדש סטריאוטיפים לגבי שוני טבוע בין נשים לגברים.<sup>97</sup> שנית, כפי שכבר ציינתי, לא ברור מיהי האשה הסבירה, וההכרה בה עשויה גם היא להטוא בהתעלמות ממאפיינים חשובים אחרים של הקיום האנושי (לאום, דת וכדומה).<sup>98</sup> שלישית, ייתכן שהשימוש בסטנדרט אחר של אשה סבירה לא יועיל. המכריע בשאלת הסבירות הוא בית-המשפט, בין כאשר המבחן מתייחס לאדם הסביר ובין כאשר הוא מתייחס לאשה הסבירה.<sup>99</sup> המפתח נעוץ איפוא בפתיחות השיפוטית – ביכולתם של השופטים לראות אל מחוץ להוגם התברתי ולעולם התרבותי.<sup>100</sup>

האם לנוכח חסרונות אלה, הדיון בסטנדרט ההתנהגות של האשה הסבירה הינו מיותר?<sup>101</sup> התשובה על שאלה זו עשויה להשתנות בהתאם לשימוש שנעשה בו. אם תכלית

96 ראו גם לעיל טקסט להערה 8.

97 ראו לעיל הערות 78-79 והטקסט להן. לדיון נוסף בכעיה זו בהתייחס לסוגיית הקנטור, ראו: H. Allen "One Law for All Reasonable Persons?" 16 *Int'l J. Soc. L.* (1988) 419. המאמר מתמקד בפסק-הדין האנגלי 168 *All E.R.* [1978] 2 *D.P.P. v. Camplin*, שקבע כי שאלת סבירותו של הקנטור צריכה להיבחן על-פי מידותיו של אדם סביר בעל מאפייני גיל ומין כאלה של הנאשם. בנסיבות העניין, השאלה הספציפית שנדרשה להכרעה היתה ההתחשבות בגילו הצעיר של הנאשם, וזו נראית מוצדקת בהחלט. לעומת זאת, התחשבות (במקרה אחר) בעובדת היותה של הנאשמת אשה עלולה לגלוש לתחום הסטריאוטיפיזציה.

98 ראו לעיל פרק ט.

99 ראו גם לעיל טקסט להערה 77.

100 בסופו של דבר, בית-המשפט מעצב את האדם הסביר בצלמו ובדמותו, כפי שכתב לאחרונה השופט זמיר בגילוי-לב ראוי לציון בפסק-דינו בעש"מ 4123/95 אור נ' מ"י – נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5) 184. לרבריו: "האדם הסביר הוא דמות דמיונית (יש אומרים מיתולוגית) המייצגת את דרכי ההתנהגות וערכי המוסר המקובלים בציבור. בפועל האדם הסביר הוא בלית ברירה, בית המשפט. בית המשפט משמש פה לאדם הסביר. בשמו של האדם הסביר הוא קובע את דרכי ההתנהגות הראויה ואת ערכי המוסר המחייבים." שם, בע' 192. בהמשך לכך, שאלה מעניינת נוספת היא באיזה אופן תשפיע השתלבותן של נשים בעולם השיפוט על התפתחות המודל של האדם הסביר.

101 מאחר שגם המבחנים החלופיים, המבוססים על אמת-המידה של סבירות, הינם בעייתיים, יש המציעים לזנוח כליל את השימוש במבחנים המבוססים על תפיסה אובייקטיבית לכאורה של סבירות. ראו, למשל: N.S. Ehrenreich "Pluralist Myths and Powerless

הדיון היא לאמץ חלופה נשית לאדם הסביר, מבחן נפרד, שיעמיד במרכזו את האשה הסבירה, הביקורת היא במקומה. לעומת זאת, אם הכוונה היא שבכל הקשר והקשר ייתן בית-המשפט את דעתו על השאלה מהו נסיון החיים הרלוונטי שעליו להביא בחשבון שיקוליו לצורך הפעלתו של מבחן האדם הסביר, התשובה שונה. במילים אחרות, במקום ליצור "גטו" של סבירות נשית, יש ליישם את מבחן האדם הסביר באופן שיתייחס למכלול האנושי שבחברה, גם זה הנשי.<sup>102</sup> חשוב למנוע מצב שמבחן האדם הסביר יכפה בו בעקיפין דפוסיים גבריים מסוימים כנורמה אובייקטיבית. התוצאה המתקבלת תהיה נכונה וצודקת יותר גם מבחינתם של גברים. עיצובה של תפיסת הסבירות לאור מודל ההתנהגות הגברי המסורתי עלול לפגוע גם בגברים שדפוסי אישיותם וחיים אינם מתיישבים עימו. ניתן להוסיף כי הצעה זו תואמת את ההתפתחות המודרנית של תפיסת הסבירות במשפט הפלילי לעבר סובייקטיביוציה (לפחות חלקית).<sup>103</sup>

הסיכום הוא בהתחלה. יש להרחיב את נקודת-הראות. חשוב להיות מודעים להבדלים שעשויים לנבוע מנסיבות חייה של האשה. האדם הסביר אינו אחד, ולכן יש להיזהר מיישום התפיסה של האדם הסביר על יסוד נסיון חיים אחד. מאותם טעמים ממש, האדם הסביר אינו יכול להיות רק האשה הסבירה. מן הבחינה הזאת יש לחזור עד לספר בראשית: "זכר ונקבה ברא אתם."<sup>104</sup>

Men: The Ideology of Reasonableness in Sexual Harassment Law" 99 *Yale L.J.* (1990) 1177; N.R. Cahn "The Looseness of Legal Language: The Reasonable Woman Standard in Theory and in Practice" 77 *Cornell L. Rev.* (1992) 1398; J.L. Dolkart "Hostile Environment Harassment: Equality, Objectivity, and the Shaping of Legal Standards" 43 *Emory L.J.* (1994) 151

102 להצעות דומות, ראו: E.M. Schneider "Particularity and Generality: Challenges of Feminist Theory and Practice in Work on Woman-Abuse" 67 *N.Y.U. L. Rev.* (1992) 520; R. Unikel "'Reasonable' Doubts: A Critique of the Reasonable Woman Standard in American Jurisprudence" 87 *Nw. U. L. Rev.* (1992) 326

103 באופן כללי, ראו לוי, לדרמן, לעיל הערה 87, בע' 515-520. לטיעון בזכות הסובייקטיביוציה של הרשלנות, כדי לשמר את עקרון האשמה, ראו מ' קרמניצר "על הרשלנות בפלילים - יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד (תשנ"ד) 71, 89-94.

104 בראשית, לעיל הערה 11.

