

מזיהוי עוול לסעד משפטי:

בעקבות Naming, Blaming, Claiming¹

דפנה ברק-ארז

המאמר בוחן את המודל של Naming-Blaming-Claiming, שפותח על-ידי פלסטינר, אייבל וסאראט, וגורס כי קיומה של עילת תביעה אינו מציאות "טבעית", אלא תוצר של תהליך ששלביו הם: זיהויו של עוול (naming – מתן שם); ייחוס אשמה לגורם העוול (blaming), ותביעה לסעד בגין העוול (claiming). בחינת המודל, שהפך זה מכבר לחלק מעולם המושגים המשפטי, נעשית בהתייחס לדוגמאות הממחישות את יישומו, ובהן הביקורת הפמיניסטית על המשפט, ההכרה בזכויות חברתיות, המאבק בשחיתות, דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי ודיני השוויון. בהמשך לכך, המאמר מתמקד במצבים שבהם התהליך של Naming-Blaming-Claiming אינו מתקיים בשלמותו – למשל, כאשר קיימות הכרה בעוול והבשלה של הטלת אשם, אך הן אינן מובילות לתביעה; כאשר קיימות הטלת אשם ותביעה מבלי שקדם להן שלב של מתן שם לעוול; או כאשר מתקיימים מתן שם ותביעה בתנאים של היעדר הסכמה חברתית לגבי קיומה של אשמה. המאמר גם מצביע על המחסומים הקיימים בשלב ה-claiming (מן ההיבט של נגישות למשפט) ועל הבחירה הקיימת בו בין נקיטת צעדים משפטיים לפעילות במישור הציבורי. המאמר מסכם בקביעה שיש להבין את המודל לא ככלי המשקף את הדינמיקה של כל סכסוך, אלא ככלי מחשבתי להבנת הקשיים בהבשלתו של סכסוך לכלל תביעה אפקטיבית של סעד.

א. מבוא

לפני כשלושים שנה התפרסם מאמרם של פלסטינר, אייבל וסאראט, שהגדיר שלושה שלבים יסודיים בהתפתחותו של כל מאבק משפטי: Naming-Blaming-Claiming. הטענה העיקרית שהוצגה במאמר, ואשר הפכה בינתיים לחלק מעולם המושגים המשפטי, היא שקיומה של עילת תביעה אינו בגדר מציאות "טבעית", אלא הוא תוצר של תהליך ששלביו הם: זיהויו של עוול (naming – מתן שם); ייחוס אשמה לגורם העוול (blaming – הטלת אשם), ותביעה לסעד בגין העוול (claiming – עמידה על זכות). המאמר המקורי אינו מתייחס באופן ספציפי לתביעה לקבלת סעד משפטי באמצעות מערכת המשפט הפורמלית דווקא. אולם, הפנייה לבית-המשפט נמצאת ברקע הדברים, מתוך הנחה שהדרישה לקבלת סעד נדחית במקרים רבים על-ידי הפוגע, ובהתחשב בכך שהתביעה המשפטית היא ברירת מחדל טיפוסית בחברות מודרניות שאינן מקיימות מערכות קהילתיות לפתרון סכסוכים.² אין ספק שהפנייה לבית-המשפט כדרך פעולה הנובעת מהבשלתו

של הסכסוך בולטת עוד יותר במציאות הישראלית, שמתאפיינת ב"משפטיזציה", כתולדה של תהליכים חברתיים ופוליטיים שונים, לרבות הגידול המשמעותי במספר עורכי-הדין³ וקריסתן של מערכות מייצבות אחרות כמו יחסי העבודה המאורגנים.⁴

מכל מקום, המאמר הבהיר כי ההתדיינות המשפטית היא רק קצה הקרחון של תהליך ממושך ששלביו הקודמים היו הכרה בכך שסבל פרטי הוא תולדה של עוול, ותפיסתה של תופעה זו כמצב בלתי-צודק שיש מי שנושא באשמה ליצירתו ולכן ניתן לדרוש ממנו לתקנו או לפצות בגינו. מאז פורסם המאמר הפך שילוש המלים Naming-Blaming-Claiming למטבע לשון מוכר, והמודל המוצע בו שימש כותבים רבים להמשגת המכשולים העומדים בדרכם של תובעים פוטנציאליים הסובלים מעוולות.⁵ מאמר קצר זה מעריך את ההשפעה שהייתה למודל המחשבתי האמור על קידום תהליכים של שינוי חברתי – עם המשפט ולצדו.

ב. שני מישורים של דיון: המישור הכלל חברתי והמישור האישי

לאמיתו של דבר, המבנה של Naming-Blaming-Claiming מתאים לתהליכים המתרחשים בשני מישורים שונים, שחשוב להבחין ביניהם: המישור הכלל-חברתי והמישור האישי. המישור הכלל-חברתי מתמקד בהכרה הפוליטית והמשפטית בכך שיחידים או קבוצה סובלים מעוול (ובהמשך לכך, באחריותם של אחרים לעוול זה, עד כדי הצגתה של תביעה חברתית – משפטית או פוליטית – לתקן את העוול או לפצות בגינו). המישור האישי טעון התייחסות נפרדת, מאחר שגם בשלב שבו המערכת הפוליטית והמשפטית כבר נכונה לתת שם לעוול, לא תמיד תהליך זה מחלחל לעולמם של הנפגעים עצמם. כך למשל, גם בעולם שבו הרעיון של שכר מינימום זוכה להכרה ואף להגנה חקיקתית, ייתכן שחלק מן העובדים המוחלשים לא יהיו מודעים לזכות זו, ויראו בקבלתו של שכר נמוך מצב לא מוצלח מבחינה תעסוקתית ותו לא. המודל המקורי שהוצג במאמר התמקד בהבשלתם של סכסוכים מן הפרספקטיבה של יחידים שנפגעו, כלומר במישור האישי. אולם הוא עשה כן בשם לב לתרומתו של ההקשר הקבוצתי להתפתחותו של המאבק (באמצעות התגבשותה של קבוצת נפגעים).

1. המישור הכלל-חברתי: הכרה במושגים חדשים ובעילות תביעה חדשות

את חשיבותו של תהליך ה-Naming-Blaming-Claiming ניתן להדגים באמצעות כמה מושגים חשובים שחדרו בהדרגה לעולם המשפט כתוצאה מהבשלת מהלכים של מתן שם, הטלת אשם והכרה בעילת תביעה.

א. הביקורת הפמיניסטית של המשפט

הפמיניזם המשפטי הוא אחד מבתי היוצר המובהקים לגיבוש זוויות הסתכלות חדשות על תופעות חברתיות – להכרה בעוולות הכרוכות בהן, לייחוס אשמה לאחראים לעוולות אלה ולתביעת סעדים מתאימים. הוא הביא לטיפול משפטי בתופעות שקודם לכן נחשבו רק לבעיות פרטיות או לסוגיות פוליטיות. כך, למשל, הביקורת הפמיניסטית הובילה לכך שכפייה של יחסי-מין לא רצוניים, גם על רקע מערכת יחסים קודמת או במסגרת הנישואין, הוגדרה כאונס, וששימוש בכוח בתוך התא המשפחתי הוגדר כאלימות פלילית, ולא רק כפגיעה בערך של שלום-בית.

מרבית הדוגמאות העדכניות מגיעות מבית המדרש של הפמיניזם הרדיקלי, ולא בכדי, בהתחשב בשאיפתו לעצב מחדש את העולם המשפטי, ולא להסתפק בהחלתן השוויונית של הנורמות המשפטיות הקיימות גם על נשים (בניגוד לפמיניזם הליברלי). אחת הדוגמאות לכך

היא התפתחותם של דיני ההטרדה המינית. הטרדות מיניות של נשים אינן תופעה חדשה; עם זאת, באופן מסורתי, נשים שסבלו מהטרדות מיניות לא הכירו בכך שהסבל הפרטי שלהן הוא חלק מתופעה חברתית, ואינו בעיה אישית-נקודתית בלבד. תהליך פיתוחה של המערכת המושגית שהיוותה תשתית לתביעות בגין הטרדה מינית, מהלך שהונהג בארצות-הברית על-ידי קתרין מקינון, מדגים את שלושת השלבים של המודל. ההגנה על נשים מפני הטרדות מיניות החלה קודם כל באמצעות מתן שם לתופעה – "הטרדה מינית" (שלו נלוותה גם הטענה כי שם זה כולל לא רק הצבת דרישות מיניות בפני עובדת במתכונת של quid-pro-quo, אלא גם יצירה של סביבת עבודה עוינת). בהמשך, הופנמה ההכרה בכך שלא המוטרת היא הנושאת באחריות להטרדות, אלא מי שמטרידים אותה (ובמסגרת יחסי עבודה, גם המערכת התומכת בהם). השלב השלישי התבטא בפיתוח דוקטרינות שאפשרו תביעת סעדים – פיזיים, החזרה לעבודה (במקרה של פיטורין), הפסקת ההטרדה ועוד. בארצות-הברית, בהקשר של יחסי עבודה, שלב זה הושג באמצעות המשגתה של ההטרדה המינית כהפליה שהיא בת-תביעה לפי החקיקה האוסרת על הפליה מטעמי מין בעבודה.⁶ בהקשר הישראלי הענתק הסעדים המשפטיים התבססה על חקיקה ספציפית חדשה בנושא.⁷

גם הביקורת הפמיניסטית על תופעת הפורנוגרפיה הובילה לשינויים חברתיים ומשפטיים שניכרים בהם קווי מתאר של המודל התלת-שלבי – מתן שם חדש לתופעה שהייתה מוכרת קודם לכן רק כ"תועבה" ולכן לא זכתה להתייחסות כסוג של פגיעה בנשים (גם אם נתפסה כפוגעת במוסר); הטלת אשם על האחראים לייצור פורנוגרפיה ולהפצתה; וניסיונות לקדם רפורמה משפטית שתאפשר הגבלה על הפצת פרסומים פורנוגרפיים או תביעה בגין נזקים.⁸ בהקשר זה המהלך צלח פחות, מאחר שהוא נתפס כמנוגד למסורת של הגנה על חופש-הביטוי. בארצות-הברית הוא נפסל כבלתי חוקי.⁹ גם בישראל דחה בית-המשפט העליון עתירה שהוגשה נגד ההיתר לקיים שידורים פורנוגרפיים, מטעמים של הגנה על חופש-הביטוי.¹⁰

חידוש נוסף שחולל שינוי בעולם המושגים המשפטי היה מתן השם לתופעה של "סחר בנשים", באופן שבידל והבחין אותה מן הדיון המסורתי בזנות. התהליך הוביל לחקיקה מיוחדת בתחום זה,¹¹ גם אם לא בהכרח לאכיפה מוצלחת במידה מספקת.

ב. זכויות חברתיות

עוני ומצוקה אינם מציאות חברתית חדשה. עם זאת, הם נחשבו תמיד ל"חלק מן החיים". השלב הראשון במאבק לקידום אוכלוסיות החיות בעוני התבטא בהכרה בכך שלכל אדם יש זכות לחירות ממחסור קיומי. הכרה זו הייתה שלובה בהתפתחות המודל של מדינת הרווחה, והיא מצאה את ביטויה באופן בולט בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות-האדם. השלב השני התבטא בהתפתחות ההבנה שחיייהם של אנשים בעוני, ללא תנאים בסיסיים של תזונה, בריאות וחינוך, הם תופעה שיש לה אחראים (מעבר לאחריות האישית של חלק מן האנשים שנקלעו למצב זה), ושלאחריות זו שותפה גם המדינה, כאשר היא מזניחה או מפלה באופן מערכתי קבוצות מוחלשות. בהמשך לכך, התפתחה נכונות לתבוע מן המדינה עשיית פעולות לקידום אוכלוסיות החיות בעוני. תביעה זו נעשתה הן באמצעות פעילות במישור הציבורי-פוליטי והן באמצעות פעילות משפטית (כדוגמת העתירה נגד הקיצוץ בקצבאות של הבטחת הכנסה).¹²

ג. ניגוד עניינים ושחיתות

פעילות שלטונית הכרוכה בהעדפת מקורבים ובעירוב של אינטרסים אישיים הייתה חלק מן החיים הציבוריים מאז ומעולם. בעבר, ההתייחסות אליה נעשתה בעיקר תוך שימוש במונחים כמו

"קשרים", "מקורבים" או "פרוטקציה". אולם בהמשך, לצד מונחים אלה החלו להופיע מושגים חדשים יותר כמו "ניגוד עניינים" ו"שחיתות", ואלה הובילו להתבוננות מחודשת בתופעה עצמה.¹³ השימוש בעולם מושגים חדש להגדרת תופעות פסולות אלה אפשר התקדמות לשלבים הבאים: מתיחת ביקורת עליהן ונקיטה בפעולות משפטיות – באמצעות הגשת עתירות לכג"ץ ואף החלטה על הגשת כתבי-אישום פליליים. המעבר מעולם המושגים הישן לעולם המושגים החדש, שהתבטא גם ביצירת נורמות חדשות במסגרת המשפט הפלילי, היה מלווה לא אחת בוויכוח ציבורי באשר לגבולות המשפט בהקשרים אלה, ובמיוחד באשר לגבולותיו הראויים של המשפט הפלילי.¹⁴

ד. דיני זכויות האדם והמשפט הבינלאומי

עליית מעמדו של המשפט הבינלאומי – הן בזירה הגלובלית והן בהקשר הישראלי – משקפת אף היא את המודל של Naming-Blaming-Claiming. מעשי עוול שנדונו בעבר רק כהתנהגויות לא נאותות במישור האתי או הפוליטי זכו להגדרה כמעשים המהווים הפרה של דיני זכויות-האדם; וחשוב מכך: הם משמשים בסיס לתביעות כלפי מדינות או בעלי תפקידים – תביעות לשינוי התנהגות ולעתים אף תביעות במסגרת הליכים משפטיים. הקמתו של בית-הדין הבינלאומי הפלילי היא למעשה ביטוי לשלב ה-claiming, שהגיע לאחר תהליך ארוך של התפתחות החשיבה בתחום זה. גם בישראל ניתן לראות כי פסיקתו של בית-המשפט העליון מפנימה באופן גובר והולך את הנורמות הבינלאומיות כמחייבות.¹⁵

ה. התפתחותם של דיני השוויון

האיסור על הפליה התייחס באופן מסורתי לסיווגים קבוצתיים מסוימים שהוכרו כ"חשודים" או פסולים, כדוגמת האיסור על הפליה מטעמי גזע או השקפה דתית. התייחסות לא שוויונית מטעמים אחרים נחשבה לעניין של "טעם אישי" או "שיקול דעת סובייקטיבי". התפתחותו של עקרון השוויון משקפת תהליך של "מתן שם" להבחנות נוספות וזיהוין כהפליה אסורה, כדוגמת ההכרה באיסור להפלות בשל נטייה מינית.¹⁶

ו. תהליכים חדשים של מתן שם

במקביל להתפתחויות אלה, שכבר התגבשו, בימים אלה ממש מתרחשים תהליכים אחרים, שיש להם פוטנציאל להבשיל לכלל מתן שם לתופעות משפטיות חדשות. אלה הם פני הדברים, למשל, בתחום של זכויות היוצרים, בעיקר בהתייחס לתהליכים של העתקת יצירות באמצעות האינטרנט. בהקשר זה, השאלה היא האם העתקת יצירות במתכונת של "הורדות" ו"שיתוף קבצים" היא הפרה של זכויות יוצרים, או אולי קטגוריה נפרדת שיש להכיר בה כפעולה לגיטימית של חופש ביטוי ושיתוף פעולה. במקרה זה, כמו גם בכמה דוגמאות אחרות, מתן השם אינו מהווה בהכרח בסיס להבשלתה של עילת תביעה, אלא עשוי לשמש דווקא בסיס להגנה חדשה מפני עילה קיימת (במקרה זה, הגנה מפני תביעה בגין הפרה של דיני זכויות יוצרים).

ראוי להוסיף כי ההתפתחות המתמדת בכיוון של מתן שם לתופעות חברתיות, כחלק מסלילת הדרך להגנה על זכויות באמצעות התדיינות, אינה מעידה בהכרח על מגמה של קדמה. לפחות בחלק מן המקרים, המהלך של מתן שם מהווה ניסיון נואש לעמוד בפרץ כנגד פגיעות חדשות, שבעבר נמנעו באמצעות מנגנונים קהילתיים וכין-אישיים. כך למשל, ההכרה בזכויות "חדשות" כמו הזכות להפסקה בעבודה לצורך הליכה לשירותים או הזכות לישיבה בעבודה,¹⁷ מהווה תגובה לתהליך השחיקה בזכויות עובדים בעידן של גלובליזציה ולהיחלשות במעמדם של ארגוני העובדים.

2. המישור האישי: מידע על המצב המשפטי והחלתו על המקרה הפרטי

המהלך של Naming-Blaming-Claiming מסייע לא רק להבנת התהליך שבו חברה שלמה עוברת מחוסר מודעות לקיומו של עוול לפאזה חדשה שבה היא נותנת לעוול שם, ומאפשרת להצביע על האשמים בו ולתבוע מהם סעד. הוא גם שופך אור על התנסויות אינדיבידואליות של אנשים, שמגלים פתאום כי לפגיעות האישיות שחוו יש שם, כי יש מי שאחראי להן וכי יש גם מי שניתן לתבוע ממנו לתת בגינן את הדין. הם מבינים שאינם לבד ואף אינם אשמים בפגיעות שנגרמו להם. עובד המועסק בתנאי ניצול, בשכר נמוך וללא זכויות סוציאליות, עשוי שלא לדעת כי תנאי עבודתו אינם רק לא נוחים או לא הוגנים, אלא גם מהווים הפרה של דיני העבודה, למשל בשל אי תשלום שכר מינימום לפי חוק שכר מינימום¹⁸ או אי קיום הוראותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה.¹⁹ קבלת מידע בנוגע לזכויות עובדים לפי חוקי המגן במדינת ישראל יכולה לאפשר לעובד כזה להגיע למצב של naming – הכרה בכך שהופרו זכויותיו לפי חוקי המגן. בהמשך לכך, המעבר להאשמת המעביד (blaming) ולהצגת דרישה לתיקון המצב (claiming) הוא לכאורה מתבקש.

דוגמה אחרת מתייחסת להחלטה על העברתו של ילד ללימודים במסגרת של חינוך מיוחד או במסלול לימודים ללא תעודת-בגרות, מבלי שהוא או הוריו נשאלו על כך. החלטות כופות מסוג זה נחוו תמיד כלא צודקות; אולם מודעות לזכויות מאפשרת גם לתת להן שם בעל משמעות משפטית – פגיעה בזכות הטיעון, פגיעה בזכות לחינוך או אף הפרה של חוק זכויות התלמיד.²⁰ אלה הן פגיעות שיש גורמים האחראים להן (למשל, מנהל בית הספר או האחראי על מערכת החינוך העירונית), ושניתן לדרוש את תיקונן – באמצעות פנייה לגורמים הרלוונטיים במשרד החינוך, או בליט ברירה לבית-המשפט. כמובן, יש קשר בין היכולת האישית של כל נפגע ונפגע להיות חלק מתהליך של Naming-Blaming-Claiming לבין התהליך החברתי הכללי. המהלך האישי מבוסס על ההתפתחות שחלה במישור החברתי-הכללי – ללא מתן השם לתופעה של הטרדה מינית, הנפגעת מתקשה לתת לה שם. אולם, היפוכם של דברים אינו בהכרח נכון – גם כאשר תופעה זכתה לשם במישור החברתי, הכרה זו אינה משפיעה על תודעתם של אנשים שונים במידה שווה, וכך קיימים קורבנות אשר ההכרה החברתית בעוול לא חדרה לעולמם.

כאשר בוחנים תהליכים אישיים אלה יותר מקרוב ניתן לראות כי גובהם של המחסומים שמציב כל אחד מן השלבים משתנה בהתאם להקשר. באופן מסורתי, מקובל היה לסבור ששלב מתן השם תלוי בזרימה של ידע משפטי והפנמתו בקרב האוכלוסייה הכללית, בעיקר על ידי קבוצות מוחלשות. כך לדוגמה, ניתן היה להניח כי מודעות לזכויות הבסיסיות המוגדרות בחוקי המגן צפויה להיות נחלתם של עובדים ילידי הארץ, אך להיות נפוצה פחות בקרב עולים, קל וחומר בקרב מהגרי עבודה חדשים שאינם דוברים את שפת המקום. לכאורה, אוכלוסיות אלה תלויות יותר בפעולות של הנגשת מידע על-ידי ארגוני סיוע הפועלים בחברה האזרחית. יתר על כן, סביר להניח ששלב מתן השם אכן הפך להיות קל יותר עבור אוכלוסייה משכילה בתקופה זו של "מהפכת המידע", שבה מידע משפטי בסיסי זמין באינטרנט בקלות יחסית. הגידול במספרם של בעלי ההשכלה המשפטית בישראל, בעקבות פתיחתם של מוסדות לימוד חדשים רבים שבהם מתקיימים לימודי משפטים, מהווה אף הוא גורם שתורם לכך. אולם, חשוב להבין כי שלב מתן השם אינו נסב רק על היבטים של ידע פורמלי. לעתים המחסום העומד בפני מתן השם לעוול הוא פסיכולוגי, ונובע מהרתיעה של הקורבן להכיר בכך שחוויותיו האישיות היו חוויות של חוסר צדק.²¹ שלב הטלת האשם עשוי להיות קשה במצבים שבהם הוא מחייב את הקורבן להתעמת עם דמות סמכותית במעגל המשפחתי או הקהילתי, או במצבים שבהם זיהויו של האחראי לעוול מחייב

הבנה מערכתית-פוליטית רחבה (למשל, זיהוי הממשלה כאחראית לאי אכיפה מספקת של זכויות עובדים). המעבר לשלב העמידה על זכות, שכולל דרישה לסעד, צפוי להיות מאיים יותר מבחינתם של אנשים שנמצאים במצב של תלות בנתבע הפוטנציאלי, למשל עובדים שאינם נהנים מקביעות, או עובדים שתלותם הכלכלית במעסיק גבוהה במיוחד.²² המחסומים העומדים בדרכם של אנשים החיים בעוני הם בדרך-כלל בשלב מתן השם (בשל מחסומי ידע, שמהם סובלים בעיקר אנשים חסרי השכלה) ובשלב העמידה על זכות, ככל שהוא מכוון להגשת תביעה משפטית (בשל מכלול גורמים, ובהם היעדר ארון במערכת, נגישות מוגבלת לייצוג משפטי ועוד).²³

ג. הילכו שלושה יחדיו?

ניתן לקבל פרספקטיבה נוספת על משמעותו של תהליך ה-Naming-Blaming-Claiming באמצעות בחינת מצבים שבהם התהליך אינו מתקיים בשלמותו.

1. הימנעות מתביעה

ניתן להצביע על מצבים שכיחים שבהם אנשים יודעים כי נגרם להם עוול – הם יודעים לנקוב בשמו, ואף מוכנים להצביע על האשם – ולמרות זאת, הם נמנעים מהצגתה של דרישה חזיתית לתיקון העוול. הדבר קורה משום שלא תמיד התודעה מלווה בכוח עמידה, ולעתים היא אף מחדדת את ההכרה בחולשת מעמדו של הקורבן. כך, למשל, נשים רבות שנפגעות מהטרדה מינית או אף מצורות חמורות יותר של אלימות מעדיפות להימנע מהגשת תלונה או תביעה, משום שאינן רוצות או יכולות לשאת בנטל הכרוך בדרישה לתיקון. בדומה לכך, עובדים שזכויותיהם נפגעות נמנעים במקרים רבים מעימות עם המעביד, גם כאשר הם מודעים לזכויותיהם, בשל מציאות של חוסר ביטחון תעסוקתי, וכן בשל קשיים הנוגעים לנגישות למערכת המשפט.

2. האשמה ותביעה ללא מתן שם

במצב אפשרי אחר עשויות להתקיים אצל הנפגע תודעה בדבר קיומה של אשמה (blaming) וכן נכונות לתבוע (claiming), מבלי שאלה תהיינה מלוות בהבשלתה של חשיבה משפטית במישור החברתי-פוליטי שנותנת להן בסיס פורמלי – כלומר מבלי שקדם להן שלב מתן השם. כך, למשל, בתחום של אלימות במשפחה: בעבר, גם כאשר נשים הגיעו לתחנת המשטרה וביקשו להגיש תלונה על תקיפתן (כלומר, ביטאו נכונות הן להאשים והן לדרוש סעד), הן נשלחו פעמים רבות לכיתן בשל היעדרה של הכרה חברתית בכך שאלימות במשפחה היא עבירה לכל דבר ועניין.

3. מתן שם ותביעה, גם בהיעדר הסכמה חברתית לגבי קיומו של אשם

תהליך אחר שמתרחש לעתים הוא מצב שבו תופעה חברתית זוכה להגדרה ואף מלווה בפיתוח משפטי המאפשר לתת סעד בגינה, מבלי שהבשילה קודם לכן במידה מספקת הסכמה חברתית באשר לקיומו של אשם מצד הנתבע או הנאשם. כך, למשל, בישראל, נושא הטרדה מינית אכן זכה להכרה במתכונת של חוק שהגדיר את התופעה והקנה עילות תביעה בגינה,²⁴ אך חלק מן המצבים שמוגדרים כהטרדה מינית מבחינה משפטית עדיין אינם נתפסים כהתנהגויות פסולות על-ידי הציבור הרחב (כפי שמלמדות, למשל, חלק מן התגובות להעמדתו לדין של השר חיים רמון). דוגמה אחרת היא העתירה בעניין קעדאן,²⁵ שבה קיבל בית-המשפט העליון את הטענה שהסירוב להחכיר קרקע לערבי בישוב שנבנה על מקרקעי ישראל היווה הפליה. גם במקרה זה הסירוב הוכר כפגיעה (כלומר, התקיים השלב של מתן שם) וכן התקבלה הטענה המשפטית שהפגיעה הייתה

הפרה של זכות המזכה בסעד (כלומר, התקיים אף השלב של תביעה), אך פסיקתו של בית-המשפט לא נהנתה מהסכמה חברתית רחבה, מאחר שרבים לא ייחסו אשם לרשות שגרמה לפגיעה.²⁶

4. אי בהירות לגבי זהותו של האשם

לא אחת, גם כאשר קיימת מודעות לקיומו של עוול, קשה להמשיך בתהליך של ההאשמה והתביעה בשל קיומה של אי בהירות באשר לאשמים. כך, למשל, כאשר התגלתה פרשת "רמדיה", שנסבה על מכירתו של תחליף חלב-אם מסוכן להתפתחותם של תינוקות, שלב מתן השם היה פשוט, אך היו אי בהירויות רבות לגבי האופן שבו נכון היה להמשיך – לא היה ברור האם האשמים הם היצרנים, היבואנים, המפקחים על היבוא, או כולם יחד. היעדרו של מיקוד בחלק מן המצבים בא לידי ביטוי אף במטבעות לשון שבהם נעשה תכופות שימוש בזירה התקשורתית, כדוגמת "התושבים הביעו זעם", מבלי שניתן להבין כלפי מי בדיוק הופנה זעם זה.

ד. השלמת המודל

הדיון עד כה הראה כי חרף חשיבותו של מודל ה-Naming-Blaming-Claiming, מבחינות מסוימות הוא חסר או חלקי. בהמשך לכך, ראוי להצביע על קשיים ושאלות נוספות בשלב ה-claiming עצמו, שהמודל הבסיסי אינו מתייחס אליהם.

1. המגבלות בשלב ההתדיינות

המודל של Naming-Blaming-Claiming עוקב אחר צמיחתה של התביעה עד לשלב של הצגת הדרישה לקבלת סעד. הדיון בו הניח כי השלב הבא, בהיעדר מענה לעמידתו של הנפגע על זכותו, יהיה הגשת תביעה בבית-המשפט. המאמר המקורי לא דן במחסומי הנגישות הקשורים בהגשת התביעה עצמה – נגישות לייצוג משפטי, החוסן הכלכלי הנדרש לשם ניהול תביעה לאורך זמן (מבלי "להישבר" ולהסכים לפשרה) ועוד. כלומר, הוא אינו עוסק בשלב המשפטי במונח הצר, זה שניתן לכנות אותו litigating – שהוא עולם בפני עצמו, הכולל מחסומים נוספים בדרך אל הסעד המיוחל. קשיים אלה עמדו במרכזו של מאמר קלאסי אחר – מאמרו של גאלאנטר (Galanter), שעסק ב"שחקנים החוזרים" הזוכים לעדיפות בשלב ההתדיינות.²⁷ עריכת-דין חברתית המסייעת לאוכלוסיות מוחלשות מכוונת לצמצום העדיפות המובנית של החזקים (בין מבחינה כספית ובין מבחינות אחרות) בשלב ההתדיינות, אך בדרך-כלל אינה מעלימה אותה, ובכל מקרה עושה כן בכפוף לאמצעים המוגבלים העומדים לרשותם של עורכי-הדין הפועלים בהתנדבות או בתמורה מצומצמת. בנוסף לכך, נודעת חשיבות לפיתוח כלי התדיינות שמקלים על הנגישות לבתי-המשפט, כמו, למשל, התובענה הייצוגית. לכאורה, המודל של Naming-Blaming-Claiming אינו עוסק במישרין בסוגיות אלה. עם זאת, ניתן להניח כי הוא משקף בעקיפין גם את הקשיים של שלב ההתדיינות: כפי שכבר צויין, מי שסובל ממחסומי נגישות למערכת המשפט יחסל לפני שיציג דרישה לקבלת סעד, בנסיבות שבהן קיימת סבירות שזו לא תיענה.

2. בין מאבק משפטי למאבק ציבורי

זווית נוספת להתבוננות על הדברים מתמקדת בכך שבעקבות שני השלבים הראשונים של מתן שם לעוול וייחוס אשם לאחראי לו מגיע רגע של בחירה בין נתיבי פעולה שונים לשם תיקון העוול – בעיקר בין הנתיב המוכר של התדיינות משפטית לבין הנתיב האלטרנטיבי של מאבק ציבורי. הפעילות הציבורית יכולה לחתור לשינוי המצב החקיקתי, או להשגת התוצאה באמצעים לבר-משפטיים – למשל הטלת כתם של בושה באחראי (shaming) שהינה צעד עקיף, לעומת

ה-claiming הישיר. חלופות נוספות הן התארגנות של העצמה קהילתית או אף התארגנות פוליטית. הבחירה בדרך הפעולה החוץ-משפטית יכולה לנבוע מסיבות שונות. לעתים היא נובעת משיקולים משפטיים, שעניינם היעדרה של עילת תביעה משפטית מוכרת שניתן לתבוע מכוחה את תיקון העוול. בהיעדר עילה כזו קיימת סכנה שהפנייה לערכאות לא תביא לתיקון העוול, אלא להפך, תיתן לגיטימציה למצב הקיים. השיקולים יכולים להיות גם חוץ-משפטיים – בין שיקולים מעשיים, שעניינם עלויות ההליך המשפטי והחשש מהתמשכות ההליכים, ובין שיקולים אידיאולוגיים שנובעים מרתיעה מפני מתן הלגיטימציה הכרוך בקבלת "כללי המשחק" של המערכת המשפטית.²⁸ כך, למשל, המאבק נגד גירושם מישראל של ילדיהם של מהגרי עבודה מצליח יותר במישור הציבורי מאשר במישור המשפטי הפורמלי – הן משום שטרם פותחה הכרה משפטית בזכותם של ילדים חסרי-אזרחות להישאר בישראל, גם אם נולדו וגדלו בה, והן בשל האפקטיביות הרבה של המאבק התקשורתי בהקשר זה. בתחום דיני העבודה, המאבק בדרך החוץ-משפטית של שביתה היה אפשרי בעולם שבו פעלו ארגוני עובדים חזקים. הפנייה הגוברת להתדיינות בבתי הדין לעבודה משקפת מציאות שבה כוחם של ארגוני העובדים אינו עומד להם במידה מספקת לשם הגנה על זכויות העובדים ללא צורך בהתדיינות.

ה. סיכום: Naming-Blaming-Claiming כסוג של אוטופיה משפטית

התבוננות בהתפתחותם של סכסוכים מלמדת כי המודל של Naming-Blaming-Claiming הוא כלי מחשבתי חשוב להבנת הדינמיקה שלהם, אך למעשה משקף רק באופן חלקי את מה שקורה בהם. בחיים האמתיים קיימות תביעות רבות שמגיעות לדיון משפטי גם מבלי שמתקיים בהן אחד מן השלבים של המודל. חסר זה יכול להסביר את הקשיים שתביעות אלה מעוררות, למשל כאשר תובע אינו מצליח להתאים את העוול שנגרם לו לעילת תביעה מוכרת (כלומר, בהיעדר מתן שם מתאים) או כאשר התובע מצליח לפעול בכלים משפטיים, אך תביעתו אינה נהנית מגיבוי חברתי (בשל היעדר הסכמה חברתית לגבי הטלת האשם, חרף קיומה הפורמלי של עילת תביעה). במלים אחרות, יותר משהמודל מתאר מצב טיפוסי של התפתחות משלב הפגיעה אל התביעה בגינה, הוא מאפשר להבין מדוע עוולות רבות אינן מבשילות לכלל תביעה משפטית, ובעיקר לחשוב באמצעותו על תביעות על מנת להבין את הקשיים העומדים בדרך.

הערות

תודות לדניאלה ביניש, מיכאל בירנהק, נטע זיו, עופר סיטבון וטלי קריצמן על הערותיהם, וכן לחברי המערכת יוסי חיות ומאיה מארק על תרומתם.

1 William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 L. & Soc'y. Rev. 631 (1980-1981) תרגום המאמר מופיע בפתח כרך זה.

2 מה גם שהדרישה לסעד עשויה להיות מכוונת כלפי המדינה, ולא רק כלפי פרט אחר. לתיאור החלופה של הסדרה קהילתית, מחוץ למשפט הפורמלי, ראו: David M. Engel, *The Oven Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community*, 18 L. & Soc'y. Rev. 551 (1987); ROBERT C. ELLICKSON, *ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES* (1991).

3 ראו: גר ברזילי "השפה הדו-ערכית של עורכי-דין בישראל: פוליטיקה ליברלית, כלכלה ליברלית, שתיקה והתנגדות" המשפט טו 193 (2010).

- 4 ראו למשל: גיא מונדלק "חמישים שנה להפעלת חוק הביטוח הלאומי: החגיגות יתקיימו בבית-המשפט" **ביטחון סוציאלי** 67 83 (2004).
- 5 שימוש במודל זה ניתן למצוא גם בכתיבה חברתית-משפטית בישראל. ראו למשל: יובל אלבשן זרים **במשפט: נגישות לצדק בישראל** 43-46 (2005) (העושה שימוש במודל לצורך המחשת המחסומים המקשים את הגישה למימוש זכויות באמצעות המשפט מבחינת אוכלוסיות מוחלשות בישראל); עופר סיטבון "מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה" **משפט וממשל** י 273, 290-291 (2006) (העושה שימוש במודל לצורך הסבר המכשולים העומדים בדרכם של מהגרי עבודה בישראל בדרך להגשת תביעה על פגיעות בזכויותיהם).
- 6 הספר החלוצי של מקינן בנושא היה CATHARINE MacKINNON, *THE SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN* (1979). הטעון הפרשני שלפיו הטרדה מינית היא סוג של הפליה בעבודה התקבל בסופו של דבר בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית, בעניין *Meritor Savings Bank v. Vinson* 477 U.S. 57 (1986).
- 7 בשלב הראשון – עם חקיקתו של סעיף 7 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 38 (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה"); בהמשך – באמצעות חקיקתו של החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, ס"ח 166 (להלן: "החוק למניעת הטרדה מינית").
- 8 קתרין מקינן "לא בעיה מוסרית" פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה 73 (דפנה ברק-ארז עורכת, 2005).
- 9 *American Booksellers v. Hudnut* 771 F.2D 323 (1985).
- 10 בג"ץ 5432/03 ש.י.ן. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004). עם זאת, מאוחר יותר, בית-המשפט העליון נתן ביטוי לערך הנמוך של הפורנוגרפיה כביטוי מוגן, כאשר דחה עתירה נגד האיסור על הכנסת פרסומים פורנוגרפיים לבתי-כלא. ראו רע"ב 5493/06 פלד נ' שרות בתי הסוהר (טרם פורסם, ניתן ביום 12.7.2010).
- 11 סעיף 203א לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.
- 12 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).
- 13 ראו: גד ברזילי "קשרים או כישורים? על הגיונותיה של הפרוטקציה והמאבקים בה" ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 191 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).
- 14 ראו למשל: דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004).
- 15 ראו למשל: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 14.12.2006).
- ראו עוד: Daphne Barak-Erez, *The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, 2 INT'L J. OF CON. L. (ICON) 611 (2004).
- 16 תהליך זה משתקף, בין השאר, בהרחבה ההדרגתית של הטעמים האסורים להפליה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, שתוקן פעמים רבות.
- 17 חוק הזכות לעבודה בישיבה, התשס"ז-2007, ס"ח 128; חוק שעות עבודה ומנוחה (תיקון – הפסקה לצורך הליכה לשירותים), התשס"ט-2009.
- 18 חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, ס"ח 68.
- 19 חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, ס"ח 276.
- 20 חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, ס"ח 300.
- 21 למחסומים פסיכולוגיים להכרה בעוול, ראו: Kristin Bumiller, *Victims in the Shadow of the Law: A Critique of the Model of Legal Protection*, 12 SIGNS 421 (1987) (המאמר מתאר את רתיעתם של אנשים שסבלו מהפלייה להכיר בכך).

- 22 ליישום המודל של Naming-Blaming-Claiming בנייתו המהמורות העומדות בדרכם של מהגרי עבודה, ראו: סיטבון, לעיל ה"ש 5.
- 23 ראו עוד: אלבשן, לעיל ה"ש 5; נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום? הצעה לאג'נדה משפטית לעוסקים בייצוג אוכלוסיות החיות בעוני" **עלי משפט** ד 17 (2005).
- 24 החוק למניעת הטרדה מינית. כפי שצוין לעיל בה"ש 7, גם עוד קודם לכן, ניתן היה לתבוע בגין הטרדה מינית (במתכונת מוגבלת) לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.
- 25 בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000).
- 26 למחלוקת סביב פסק-הדין, ראו למשל: רות גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" **משפט וממשל** ו 25 (2001); יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" **משפט וממשל** ו 87 (2001); נטע זיו ורוגן שמיר "בנה ביתך: פוליטיקה גדולה ופוליטיקה קטנה במאבק נגד אפליה בקרקע" **תיאוריה וביקורת** 16 45 (2000).
- 27 Marc Galanter, *Why the 'Haves' Come Out Again: On the Limits of Legal Change*, 9 L. & Soc'y. Rev. 95 (1974).
- 28 לתיאור המעבר לאסטרטגיות פעולה חוץ-משפטיות, תוך חשיפת הבעיות הכרוכות גם בהן, ראו: אורלי ליבל "הפרדוקס של אקטיביזם חוץ-משפטי: תודעה משפטית ביקורתית ופוליטיקה לשינוי החברה" **מעשי משפט** א 63 (2008) (תרגום: זהר כוכבי).



תמר שיפוני, שם-מים, סטילס מתוך סרט וידאו, יולי 2009. הסרט זכה בפרס הראשון בתחרות לקולנוע ווידאו ניסיוני, פסטיבל הקולנוע ירושלים, יולי 2009.