דין ודברים

nevo.co.il

nevo.co.il

אוניברסיטת חיפה • הפקולטה למשפטים

דין ודברים

כתב עת משפטי בין תחומי

כרך ט • חוברת 1
תשרי תשע״ו • אוקטובר 2015

עורכים ראשיים

רונן פרי (תשע״ד), **יהודה אדר** (תשע״ה)

סגני עורך

אור פי־אל, אפי צמח

חברות וחברי המערכת

חיים אזולאי, אילנה גימפלסון, מור גרנות, שי מדרר, אור פי־אל,
דמיטרי פריימן (תשע״ד)
גיא אבידן, מעיין אזוגי, ליאל ברקוביץ׳, מור גרנות, אור הדאיה, לארן חורי,
עופר טולדנו, רועי יפתח נפתלי, ליאור ישראל, דניאל סילברמן, דמיטרי פריימן,
ירדן שייר, אופיר שיר־רז, דניאל תרזי (תשע״ה)

עריכה לשונית

יהודית ידלין

nevo.co.il

כתבי יד יש להגיש בהתאם להנחיות המפורטות באתר מערכת "דין ודברים" בכתובת
.http://weblaw.haifa.ac.il/he/Journals/din_udvarim/Pages/upload.aspx
המערכת אינה מתחייבת להחזיר כתבי יד לשולחיהם.

ניתן לרכוש חוברות ולהירשם כמנויים במשרד המערכת:
כתובת: "דין ודברים", הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה,
הר הכרמל, חיפה 31905
דואר אלקטרוני: dinlrev@research.haifa.ac.il
כתובת אתר אינטרנט: http://din-udvarim.haifa.ac.il
טלפון: 04-8249537
פקס: 04-8249247

רכישת מנויים וחוברות חדשות בנבו הוצאה לאור בע"מ
ת"ד 43 צפרירים 9983000
טל' 02-9992099; פקס' 02-9992088
nevo@nevo.co.il

© הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה
חיפה תשע"ו
ISSN 0792-8521

הפקה: טלי פלד
דפוס: נבו הוצאה לאור
נדפס בישראל

תוכן העניינים

דבר העורך 7

על המחברים והמחברות 11

מאמרים

שמואל בכר וענבל שפרונג־כהן — רעבים לשינוי: שוק הדיאטות מפרספקטיבת דיני הצרכנות 13

איתי בר־סימן־טוב — ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי 67

דוד מינץ — השותפות הנישואית והערבות ההדדית בין בני זוג בפשיטת רגל – עיון מחודש 105

נילי קרקו־אייל — השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסוד שאבד עליו הכלח? 175

יעד רותם — הגברת התחרות על רכישת חברה שבקשיים – כתאוריה מאחדת לדיני פירוק ושיקום חברות 255

סקירות דין

דפנה הקר — מה נשתנה השנה? דיני משפחות בין הכאוטי להרמוני 295

nevo.co.il

nevo.co.il

דין ודברים, כתב העת הכללי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, ציין בשנה החולפת עשור לקיומו. הכרך הראשון, שערך חברנו ד"ר סנדי קדר, ראה אור בשלהי 2004. מאז ביסס עצמו כתב העת כאחד מכתבי העת המשפטיים המובילים בשפה העברית וצבר מאות אזכורים בפסיקה ובספרות (משפטית ולא־משפטית).[1]

שלושה מאפייני תוכן נשמרו לאורך כל התקופה: הראשון הוא כלליות. שלא כאחיו הבכור משפט וממשל, דין ודברים אינו מגביל עצמו לתחומי משפט מסוימים, וככזה מתחרה בהצלחה בכתבי העת הכלליים של יתר הפקולטות המובילות למשפטים; המאפיין השני הוא רב־תחומיות ומולטי־מתודולוגיה. דין ודברים מעודד מחקר המשלב שיטות ונקודות מבט "חיצוניות" בחקר המשפט ומוסדות המשפט לצד כתיבה דוקטרינלית מסורתית. בין היתר פרסם כתב העת טקסטים המשתמשים בכלים ובתובנות מתחומי האנתרופולוגיה, הגאוגרפיה, ההיסטוריה, הכלכלה, מדע המדינה, הסוציולוגיה, הספרות, הפילוסופיה והפסיכולוגיה, חלקם עיוניים, אחרים אמפיריים, ויתרתם מטא־מחקריים; המאפיין השלישי הוא פתיחות למגוון סוגות כתיבה. לצד הז'אנרים המסורתיים – מאמרים אקדמיים (המפתחים ומבססים טיעון מקורי), הערות פסיקה וחקיקה וביקורות ספרות – פרסם כתב העת מאמרים הבוחנים בעין ביקורתית חידושים ומגמות בתחומי משפט מרכזיים (על סמך הרצאות שנשאו חוקרים בולטים בכינוסי שנת המשפט), הרצאות חזון־שיפוטי של שופטות ושופטים המכהנים בבית המשפט העליון, ראיונות עומק לסיכום פועלם של שופטים ושופטות בית המשפט העליון שיצאו לגמלאות,[2] ואף סיפורים משפטיים מקוריים.

בחוברת שלפניכם חמישה מאמרים ו"סקירת דין" אחת – קטגוריה חדשה שנועדה לאפשר פרסום מהיר של התייחסות אקדמית ביקורתית להתפתחויות שאירעו במשפט הישראלי בשנה החולפת.

במאמר הפותח, "רעבים לשינוי: שוק הדיאטות מפרספקטיבת דיני הצרכנות", מראים **שמואל בכר** ו**ענבל שפרונג־כהן** שהתמסרות הצרכנים ל"דיאטות" מסחריות מאפשרת ליצרנים של מוצרי דיאטה לנצל לרעה את חולשת הצרכנים ואת מצוקתם לשם הפקת רווחים, ובוחנים כיצד יש לפקח על שוק זה. הניתוח מבוסס על שלושה רבדים: ניתוח כלכלי עיוני, ניתוח התנהגותי עיוני וממצאים אמפיריים המבוססים על שאלון

---

1 על פי חיפוש במאגרי הפסיקה והספרות של נבו.

2 ראיונות כאלה נערכו (לפי הסדר) עם דליה דורנר, תאודור אור, מישאל חשין, אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה ואליעזר ריבלין. למרבה הצער לא עלה בידנו לראיין את השופט אדמונד לוי ז"ל לפני פטירתו.

nevo.co.il

שהועבר לצרכנים של מוצאי דיאטה. המאמר מציג את כשלי השוק וההטיות שעלולים לפגוע בצרכן ומציע צעדים אפשריים לטיפול בבעיות אלה.

איתי בר־סימן־טוב בוחן במאמרו "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" את פסיקתו של הנשיא גרוניס בתחום המשפט הציבורי לאור התאוריה החוקתית של ג'ון הארט אילי. בשל תמיכתו המפורשת של השופט גרוניס בתאוריה של אילי בפרשת "חוק טל", מנסה המאמר לבחון באיזו מידה תאוריה זו יכולה להסביר את פסיקתו בשנה וחצי הראשונות לנשיאותו. המאמר טוען שהתאוריה של אילי היא פריזמה מבטיחה לבחינת פועלו של הנשיא בתחום המשפט הציבורי יותר מסיווגים פשטניים כגון אקטיביזם, ריסון, שמרנות או פורמליזם. עוד טוען המאמר שבחינת פסיקתו של הנשיא לאור התאוריה של אילי יכולה לסייע לא רק בהבנת הפסיקה אלא גם בבחינת התאוריה של אילי. המאמר משתמש בניתוח זה כדי להאיר שני ויכוחים מרכזיים בנוגע לתאוריה של אילי: ראשית, בשאלה עד כמה התאוריה של אילי יכולה להבנות את שיקול הדעת השיפוטי ולספק הנחיה באשר לסוג המקרים שבהם יהיה מוצדק להתערב בהחלטות הרשויות הנבחרות; שנית, בשאלה עד כמה תאוריה חוקתית זו מובילה בפועל לתוצאות שונות מאלה של תאוריות חוקתיות מתחרות, כגון גישתו של הנשיא בדימוס ברק. אגב כך מנסה המאמר לתרום גם לוויכוח הרחב יותר בשאלת הערך המעשי של תאוריות חוקתיות.

במאמרו "השותפות הנישואית והערבות ההדדית בין בני זוג בפשיטת רגל – עיון מחודש" דן **השופט דוד מינץ** בממשק המעניין – ושטרם נחקר לעומק בישראל – בין אותו מקטע מדין המשפחה העוסק ביחסי ממון בין בני זוג, לבין דיני פשיטת הרגל החלים על בני זוג במצב של חדלות פירעון של אחד מהם. המאמר מצביע בביקורתיות על הפער שבין עמדתו השיתופית של דין המשפחה כלפי נכסים (חובות וזכויות) שנרכשו במהלך הנישואין לבין עמדתו של דין פשיטת הרגל, המשמר לכאורה את ההפרדה המשפטית והרכושית שבין פושט הרגל לבין בן או בת זוגו של זה. ביתר פירוט, הטענה היא כי ההגנה שמקנה דין פשיטת הרגל לבן הזוג שאינו בחדלות פירעון היא גורפת מדי, במובן זה שאין היא מביאה בחשבון את אחריותו של האחרון להיווצרותם של החובות שבגינם נעשה בן הזוג האחר חדל פירעון. במענה לקושי זה מציע המחבר שני מודלים עיוניים: מודל השותפות העסקית מזה ומודל החברה הפרטית־משפחתית מזה. אף שהמודלים אינם זהים, משותפת לשניהם ההכרה באחריות בן זוגו של החייב בפשיטת רגל לחובות שהיה שותף ביצירתם, אחריות שתבוא לידי ביטוי, בין היתר, במתן אפשרות לנושים לממש גם את נכסי השותפות הנישואית שנרכשו לאחר הנישואין.

נילי קרקו־אייל שואלת במאמרה "השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסוד שאבד עליו הכלח?" אם ובאיזו מידה חלה בשנים האחרונות שחיקה במעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו, שנתפס כעקרון יסוד בדיני הפיצויים. המאמר מתמקד בשלושה פסקי דין שניתנו בבית המשפט העליון בשנים האחרונות ונחזים

nevo.co.il

כקוראים תיגר על העיקרון הוותיק, ובוחן אם הם אכן סוטים ממנו, וכיצד הם משתלבים במגמות כלליות הנוגעות למעמדו של עיקרון זה. מסקנת המאמר היא שמעמדו של עקרון ההשבה לקדמות לא התערער. פסקי הדין החדשים אינם בהכרח סוטים מעיקרון זה, ומכל מקום היקף הסטיות ממנו לא גדל בשנים האחרונות, ואולי אף פחת בשני העשורים האחרונים. המאמר אף מצביע על מגמה של הרחבת זכאות שיסודה בשאיפה להבטיח את השבת מצב הנפגעים לקדמותו, למשל בדרך של הכרה בראשי נזק חדשים, צמצום הלכות המונעות "תיקון נזקים" או ביטולן, פסיקת פיצויים גבוהים יותר בגין נזקים לא ממוניים ועוד. פירוש הדבר הוא שבחשבון כולל דבקות בתי המשפט בעקרון השבת המצב לקדמותו לא נחלשה.

אנו ממליצים מאוד לקרוא מאמר זה לצד ראיון העומק עם המשנה לנשיאה (בדימוס) אליעזר ריבלין, אשר פורסם בחוברת ח(2) של דין ודברים.[3] בדבר העורך של אותה החוברת מוצגת אחת התמות החשובות של הריאיון כך: "בשנים האחרונות אנו עדים, לפחות למראית עין, לכרסום בעקרון היסוד של הפיצויים בנזיקין, הוא עקרון השבת המצב לקדמותו. לעתים מתבטאת הסטייה מעיקרון זה בפסיקת סכומים העולים על שיעור הנזק, ולעתים בפסיקת סכום הנמוך משיעור הנזק. לעתים ההסבר לסטייה מבוסס על שיקולי צדק חלוקתי, לעתים על שיקולי יעילות ולעתים על שיקולים אחרים. כמה מפסקי הדין החשובים ביותר של השופט ריבלין תרמו להתפתחות מרתקת זו". המשותף לשלושת פסקי הדין הנדונים בהרחבה במאמרה של קרקו־אייל ונחזים כסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו (**מגדל נ' אבו חנא**[4], **פלוני נ' מגדל**[5] **והמר נ' עמית**[6]) הוא שאת כולם נתן השופט ריבלין. במסגרת הריאיון עמו התייחס השופט ריבלין למרכיבים השונים של פסקיו, ובין היתר לשאלת הסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו.

במאמר "הגברת התחרות על רכישת חברה שבקשיים – כתאוריה מאחדת לדיני פירוק ושיקום חברות" מצביע **יעד רותם** על תהליך עומק המתחולל לאחרונה בדיני פירוק ושיקום חברות: נכונותם של בתי המשפט לדון בבקשות לפירוק חברות או להבראתן במצב של ריק חקיקתי ומאמץ שיפוטי לגבש הסדרים למכירת חברות בקשיים למשקיעים חיצוניים, שתכליתם הגברת התחרות על רכישת חברות כאלה בין משקיעים חיצוניים לבין עצמם, ולעתים גם בינם לבין בעלי השליטה הקודמים. זאת מתוך הנחה שתחרות כזו תפעל לטובת נושי החברה ובעלי מניותיה. זיהוי תכלית זו מאפשר להסביר

---

3 אלדה אסקלסקי ורומן צ'רני, "שוויון וצדק על כפות המאזניים: ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין", **דין ודברים** ח (תשע"ה) 297.

4 ע"א 10064/02 **"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, פ"ד ס(3) 13 (נפסק כי אין להתחשב במאפיינים דמוגרפיים בהערכת פיצוי לקטין על אבדן כושר השתכרות).

5 ע"א 11152/04 **פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד סא(3) 310 (נפסק כי אי אפשר משיקולי תקנת הציבור לפסוק פיצוי על עלות שירותי ליווי גם אם קיים צורך בהם).

6 ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (פורסם בנבו, 2012) (בפסק הדין בוטלה עילת התביעה של "חיים בעוולה" אך הורחב הפיצוי להורים בעילה "הולדה בעוולה").

nevo.co.il

החלטות שונות של בתי המשפט ולספק הדרכה נורמטיבית למעצבי הדין. עם זאת המאמר מוסיף ומראה שבתי המשפט לא מיצו את כל האמצעים העומדים לרשותם להגשמת תכלית זו.

בחוברת זו נכללת כאמור גם סנונית ראשונה לסוגה חדשה שכתב העת פיתח השנה. זוהי סקירת הדין המרתקת "מה נשתנה השנה? דיני משפחות בין הכאוטי להרמוני", פרי עטה של דפנה הקר. הרשימה בוחנת סדרה של התפתחויות חשובות שחלו בדיני המשפחה בישראל – או בלשונה של המחברת "דיני משפחות" – במהלך השנים תשע"ד ותשע"ה. הניתוח נעשה תוך מיקוד המבט לעבר חמש סוגיות עיקריות: סוגיית כריכתן של תביעות בין בני זוג, סוגיית השוויון בין בני זוג, אלימות במשפחה ושתי סוגיות מתפתחות שהמחברת מזהה כבעלות חשיבות: "פרוצדורה מהותית" ו"פלורליזם משפחתי וגלובליזציה". הסקירה מצביעה על קיומו של מתח בין מאמצים של המחוקק להגביר את העקיבות (קוהרנטיות) של הדין באמצעות האחדת העקרונות המסדירים תחומים שונים בדיני המשפחה מחד גיסא, לבין תופעות מטרידות של היעדר עקיבות בולטת בתחומים אחרים מאידך גיסא. המגמה הראשונה באה לידי ביטוי בעיקר בסוגיית המאבק באלימות ובסוגיית הפרוצדורה המהותית שבהן ניכרת גישה חקיקתית אקטיבית. לעומת זאת בתחומים אחרים של דיני המשפחה מתאפיין המצב בגישה פסיבית של המחוקק, בפסיקות סותרות ולעתים אף בהתעלמות של שופטים מההסדר החקיקתי. קשיים נוספים מתבטאים בהעצמתו של מירוץ הסמכויות שבין הערכאות השונות ובקשיי ההתמודדות עם שינויים חברתיים המאתגרים את הדין הקיים – ובראשם התביעה להכיר במבנים משפחתיים חדשים. קשיים אלה מכבידים על בית המשפט ליתן סעד למשפחות הזקוקות להתערבותו וגורמים בין היתר להעצמתם של סכסוכים במשפחה.

אנו מבקשים להודות מקרב לב לסגנית העורך, גברת אור פי־אל, על עבודתה המסורה והקפדנית לאורך השנה כולה, ולמר אפי צמח, שהצטרף למערכת באמצע השנה כסגן עורך בכיר לעניינים אקדמיים. עוד אנו מודים לחברות וחברי מערכת "דין ודברים", הנמנים עם התלמידים הטובים ביותר של הפקולטה, אשר תרמו ממרצם ומכישרונם תרומה מהותית להשבחת המאמרים ולהכנתם לפרסום. תודתנו נתונה גם לקוראות ולקוראים האנונימיים של המאמרים, להוצאת נבו, ובמיוחד לגברת טלי פלד ולעורכת הלשון, הגברת יהודית ידלין, וכמובן לכותבות ולכותבים.

אנו מאחלים לכל קוראינו עיון מהנה ושנה טובה,
יהודה אדר
ורונן פרי

nevo.co.il