

דין ודברים

רונן פרי, חאלד גנאים

דין ודברים ו תשע"ב

אוניברסיטת חיפה • הפקולטה למשפטים

דין ודברים

כתב עת משפטי בין תחומי

כרך ו • חוברות 2-3
ניסן תשע"ב • אפריל 2012

עורכים ראשיים

חאלד גנאים, רונן פרי

סגני עורכים

גילת אברהם, בן דותן

חברות וחברי המערכת

אושר הרוש, איתי מור, איתמר מצרי, אלדה אסקלסקי, אלון אגמון, אסף גופר, חן זייפן,

יסער פליס, סתו הדר, עינת שטיינר, רומן צ'רני, שירה כהן-בליימן, שירי נוימן,

שניר נגולה, תמר מסטבאום

עריכה לשונית

יהודית ידלין



כתבי יד יש להגיש ברווח כפול, בפורמט word 97 או 2000 או בפורמט rtf, על פי כללי הציטוט של "דין ודברים".
היקף המאמרים לא יעלה על 20,000 מילים; היקף הערות פסיקה וחקיקה – 10,000 מילים; היקף הארות סטודנט/ית – 7,500 מילים, למעט מקרים מיוחדים בתיאום מראש.
ניתן לשלוח את כתבי היד בדואר אלקטרוני: dinrev@research.haifa.ac.il או בקובץ מודפס ובתקליטון בפורמט האמור, לכתובת:
"דין ודברים", הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, הר הכרמל, חיפה 31905.
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: dinrev@research.haifa.ac.il
כתובת אתר אינטרנט: <http://din-udvarim.haifa.ac.il>
טלפון: 04-8249537
פקס: 04-8249247

רכישת מינויים וחוברות חדשות בנבו הוצאה לאור בע"מ
ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835
טל' 02-9992099; פקס' 02-9992088
nevo@nevo.co.il

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

סדר: טלי פלד
דפוס: נבו הוצאה לאור
נדפס בישראל

תוכן העניינים

367	דבר העורכים
371	על המחברים והמחברות
	מאמרים
375	תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ "אמא, אבא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם": עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין
405	יצחק כהן בין סדר הדין בבתי המשפט הכלליים לסדר הדין בבתי משפט למשפחה – סוגיית גילוי המסמכים
457	יואב מוזא"ה הממשק בין סימני מסחר למדגמים: רישום סימן מסחר על צורה תלת-מימדית של מוצר
487	מרדכי (מוטי) מירוני על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור
537	דורון מנשה "שתיקת החפים" – עיון מחודש בהלכת מילשטיין
553	יחזקאל מרגלית על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה
601	אלעד פלד תרופת האכיפה בדיני הנזיקין
649	ראם שגב הגנות מצדיקות ואחריות חלוקתית
677	רון שפירא הרהורים על הצעת חוק עיריות חדש ושלטון מקומי דו-רבדי

דין ודברים ו תשע"ב

רונן פרי, חאלד גנאים

קוראות וקוראים יקרים,

"דין ודברים" (*Haifa Law Review*) הוא כתב העת הכללי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. כלליותו מתבטאת הן במושאי המחקרים המתפרסמים בו והן בשיטות המחקר. כתב העת אינו מגביל עצמו לתחומים משפטיים מסוימים כמו אחיו הבכיר "משפט וממשל" וכתבי עת משפטיים אחרים בישראל ובעולם. בה בעת הוא מדגיש את מחויבותו לפלורליזם מתודולוגי: כל נקודות המבט על המשפט ומוסדות המשפט זוכות ליחס שווה, ומחקר בין-תחומי מתקבל בברכה. מטעם זה פרסם "דין ודברים" בעבר וישמח לפרסם בעתיד גם מאמרים של חוקרות מתחומי דעת אחרים המשיקים למשפט כגון בלשנות, היסטוריה, כלכלה, מדע המדינה, סוציולוגיה, ספרות, פילוסופיה או פסיכולוגיה.

מדי שנה מוגשים לכתב העת עשרות כתבי יד, ואלה עוברים תהליך שיפוט דו-שלבי: בשלב הראשון מתבצעת הערכה ראשונית על ידי העורך הראשי, סגניתו וחברי המערכת. בשלב השני מאמרים עוברים שיפוט בידי קוראות וקוראים אנונימיים בעלי המומחיות הנדרשת; לחוות הדעת שמתקבלות ניתן משקל מהותי, לרוב מכריע, בתהליך השיפוט. שיעור דחיית המאמרים גבוה מאוד, וגם כותבים שמאמריהם מתקבלים לפרסום נדרשים תדיר לבצע תיקונים ניכרים כדי להבטיח עמידה באמות המידה הקפדניות של "דין ודברים". מאמרים שהוגשו ללא הזמנה (*unsolicited*) מאוגדים בחוברות כלליות. נוסף על כך יוזם כתב העת, מעת לעת, חוברות סימפוזיון המבוססות על כינוסים אקדמיים ומקצועיים שמתקיימים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, או מתמקדות בנושאים המצויים בתחומי המומחיות והעניין של העורכים. למשל, החוברת הבאה של כתב העת תתבסס על הרחבה והעמקה של הרצאות היסוד שניתנו בכנס שנת המשפט שנערך בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה בשלהי שנת 2011. תהיה זו הפעם השנייה שבה "דין ודברים" מעניק במת נצח לתכנים העיקריים שהוצגו באירוע שהפך זה מכבר למסורת פקולטתית.

*

החוברת שלפניכן היא חוברת כללית כפולה המאגדת מאמרים שהתקבלו לפרסום בתקופת הכהונה של המערכת הקודמת בראשותו של ד"ר חאלד גנאים ובתקופת הכהונה של המערכת הנוכחית בראשות פרופ' רונן פרי. המאמרים מובאים על פי סדר שמות המחברים. במאמרם "אימא, אבא, ומה אתי? אני זקוק לשניכם" דנים תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ בהסדרי הורות בעקבות גירושין. המאמר מציג תפיסה ביקורתית כלפי הנוהג המקובל במערכת הרווחה והמשפט בישראל כיום. המחברים מציגים מחקרים המראים שהיעדר קשר בין הילד לבין שני הוריו הוא גורם סיכון התפתחותי. לדבריהם יש צורך בהתערבות המדגישה אחריות הורית שווה ומניחה שלכל אחד מן ההורים מסוגלות

הורית. המחברים מציינים עוד כי חזקת הגיל הרך, המעניקה עדיפות מוחלטת לאם כהורה לילדים עד גיל 6, מבוססת על דוקטרינה פסיכולוגית מיושנת שאינה נתמכת במחקר ועל כן ראויה להתבטל.

יצחק כהן עוסק במאמרו "בין סדר הדין בבתי המשפט הכלליים לסדר הדין בבתי משפט למשפחה – סוגיית גילוי המסמכים" בשאלת החלתם של הליכי הגילוי המוקדם הכלליים בבית המשפט לענייני משפחה. הוא עושה כן תוך בחינת המתח שבין תקנות סדר הדין האזרחי הכלליות לבין התקנות הנוגעות לבתי המשפט לענייני משפחה בכלל והמתח ביניהן בהליכי הגילוי המוקדם בפרט. לדברי המחבר, ההסדר השולל מבתי המשפט לענייני משפחה את האפשרות למתן צו לגילוי מסמכים ועיון בהם עלול להוביל לפגיעה אנושה בבני משפחה, הנותנים אמון בקרובים המנהלים את כספי המשפחה. עם פרוץ הסכסוך הם מוצאים עצמם ללא גישה למסמכים וללא מידע על היקף נכסי המשפחה. המאמר מנתח את פסיקת ערכאות הערעור אל מול זו של בתי המשפט לענייני משפחה ובוחן את ההסדר הראוי בסוגיה פרוצדורלית זו שהיא בעלת השלכות כבדות משקל.

אחת השאלות העכשוויות בדיני סימני מסחר היא אם אפשר לרשום סימן מסחר לא על שם או סמליל של מוצר אלא על צורת המוצר עצמו. שאלה זאת נוגעת בממשק שבין סימני מסחר ומדגמים (היות שדיני מדגמים נועדו להגן על צורתם של מוצרים). בפרשת *Tofifee* הצטרף בית המשפט העליון בשאלה זו לעמדה האירופית והאמריקאית ופסק כי אפשר לרשום סימן מסחר על צורת המוצר, בכמה תנאים, אשר החשוב שבהם הוא שלצורה לא יהיה יתרון אסתטי ניכר. מאמרו של יואב מזא"ה, "הממשק בין סימני מסחר למדגמים: רישום סימן מסחר על צורה תלת-ממדית של מוצר", בוחן את ההצדקות העומדות ביסודם של דיני סימני מסחר, מבקר את עמדת בית המשפט לאורן ומציע כלל חלופי, שלפיו אי אפשר יהיה לרשום סימני מסחר על צורות המוצר. לגישתו של המחבר, על צורות המוצרים להיות נחלת הכלל, פתוחות לשימוש החברה בכללותה.

בשנת 1992 התקבל בכנסת תיקון מספר 15 לחוק בתי המשפט, אשר הוסיף לארגז הכלים המשמשים ליישוב סכסוכים אזרחיים את מנגנון הפישור. אולם לעומת החוק והתקנות שבהן שימש המונח "פישור", בפועל השתלט על השיח המונח "גישור". כעבור תשע שנים הוחלף המונח "פישור" במונח "גישור" בחוק ובתקנות. בין לבין נכתבו ספרים ומאמרים שנקטו את שני המונחים כאילו מדובר במילים נרדפות ונוצר בלבול מושגים. מאמרו של מוטי מירוני "על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור" טוען שברמה המושגית והפרקטית יש הבדל גדול בין פישור (שמשמעותו היא כשל המונח האנגלי case settlement) לבין גישור (mediation). החלק הראשון של המאמר מאפיין את שני המודלים, מנתחם ומעמת אותם זה עם זה. בתחילה הוא מצביע על ארבעה יסודות משותפים לשני ההליכים: מעורבות של צד שלישי, רצוניות והסכמה, סודיות ואפשרות לקיום פגישות נפרדות. לאחר מכן הוא מציג את ההיבטים שבהם הם נבדלים זה מזה, לרבות המשתתפים והתפקידים שהם ממלאים, אופי השיח (שיח זכויות צופה פני עבר

מול שיח רחב ועמוק של צרכים וזהות הצופה פני עתיד), משך הזמן והעלויות, התוצאה, ההשפעה על הצדדים לסכסוך ותפיסת התפקיד של הצד השלישי. חלקו השני של המאמר מציג את הבשורה החברתית של הגישור, אשר מבליטה את הערך, הפוטנציאל, התרומה והיתרונות של הגישור על פני הפישור. מנגד דן המאמר ביתרונות הפרקטיים של הפישור ובמגבלות השיח הפישורי, לרבות חסימת נתיבי השיח, פגיעה בתשתית המידע, תחרותיות ושיפוטיות החונקת יצירתיות. חלקו השלישי של המאמר מנתח את הגורמים להעדפתם של בתי משפט ועורכי דין דווקא את שיח הפישור – תוך שהם מתעקשים להכתירו כגישור – למרות יתרונות הגישור וחרף הכוונות שעמדו ביסוד "מהפכת הגישור". החלק הרביעי טוען שהחברה הישראלית נוטה להישען בניהול סכסוכיה באופן מוגזם על שיח של כוח וזכויות, וכי אפשר וראוי לשנות את תרבות יישוב הסכסוכים המקומית ולהביא את הגישור למרכז הבמה.

ברע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התצ"ר נקבע כי בחירתו של נאשם להימנע מלהעיד במשפטו יכולה בתנאים מסוימים לספק את התוספת הראייתית הנדרשת להודאת הנאשם מחוץ לכותלי בית המשפט, קרי לשמש "דבר-מה נוסף". במאמרו "שתיקת החפים" – עיון מחודש בהלכת מילשטיין" מראה דורון מנשה כי ההנחה האמפירית שביסוד פסק הדין – שלפיה להימנעות הנאשם מלהעיד במשפטו יש ערך ראייתי מפליל – מאבדת מסבירותה דווקא בנסיבות שבהן חלה ההלכה. לשון אחר: ספק אם ההנחה האמפירית נכונה בנסיבות שבהן קדמה לשתיקת הנאשם הודאת חוץ. נוסף על כך בוחן המחבר את האפשרות להצדיק את הלכת מילשטיין כהלכה שמטרתה לתמרץ נאשמים להעיד ובכך לתרום לחקר האמת. הוא מראה שגם אפשרות זו אינה עומדת בפני הביקורת, שכן הלכת מילשטיין מייצרת תמריץ כושל ובלתי יעיל.

בעשורים האחרונים מתחוללים שינויים מהותיים במוסדות המשפחה וההורות, ילדים רבים גדלים מחוץ לתא הנישואין המסורתי, וחידושי הרפואה מאפשרים הפרדה בין מיניות, פריון והורות יותר מבעבר. בנסיבות אלה מתעוררת תדיר שאלת זהותם של ההורים המשפטיים של ילדים. במאמרו "ההורות המשפטית בעת החדשה" מציג יחזקאל מרגלית את השלכותיה של קביעת ההורות, את שינויי הנסיבות שתורמו להדגשת חשיבותו של הדין החל על קביעות אלה ואת המודלים המקובלים בדין הקיים להכרעה בעניין. כל זאת כתשתית להצעה לקביעת הורות משפטית בהסכמה ולדין בה.

אלעד פלד טוען במאמרו "תרופת האכיפה בדיני הנזיקין" כי ראוי לזנוח את העמדה המסורתית הדוגלת בקדימותה של תרופת הפיצויים בדיני הנזיקין לטובת הכרה עקרונית במרכזיותו של סעד האכיפה גם בתחום זה. הוא עושה כן הן על סמך בחינת מקורה ההיסטורי של העמדה המסורתית ודרך התפתחותה בישראל ומחוצה לה, והן על יסוד שיקולי מדיניות עקרוניים הנעוצים במהותה ובתכליתה של התרופה הנזיקית. בין היתר עוסק המאמר בשינויים שעתיד לחולל חוק דיני ממונות ("הקוד האזרחי") בהקשר זה. עברה פלילית טיפוסית אוסרת על פגיעה באדם; הגנה מצדיקה, כמו הגנה פרטית מצדיקה או צורך מצדיק, קובעת לעתים חריג לאיסור כאשר הפגיעה מונעת פגיעה באדם אחר. במאמרו "הגנות מצדיקות ואחריות חלוקתית" דן ראם שגב בשאלה אם ראוי

שהגנה מצדיקה תחול לשם הגנה על אדם אשר נושא באחריות לקיומו של הקונפליקט הרלוונטי (התנגשות האינטרסים). שגב טוען כי אחריות כאמור היא שיקול אינטרינזי נגד פעולה לטובת האחראי על חשבון אדם אחר (לא-אחראי או אחראי פחות) אם כי שיקול זה אינו בהכרח מכריע, שכן לעתים קיים שיקול נוגד בעד פעולה כאמור. לכן לדבריו תנאי ההצדקה של הגנת אדם אחראי צריכים להיות מחמירים מתנאי ההצדקה של הגנת לא-אחראי. על יסוד הניתוח העיוני בוחן שגב את הכללים הרלוונטיים בדין הישראלי וב-Model Penal Code האמריקני.

במאמרו "הרהורים על הצעת חוק עיריות חדש ושלטון מקומי דו רובדי" בוחן רון שפירא באופן ביקורתי את המבנה שעתידה הצעת חוק העיריות לכפות על הרשויות המקומיות בישראל (שיכונן עיריות). מטרתו העיקרית של החוק המוצע היא מתן יתר עצמאות לעיריות על ידי המרת מנגנוני התערבות ממשלתיים במנגנוני פיקוח פנימיים. מנסחי ההצעה ביקשו גם לחזק את מעמדו של הציבור ולהעצים את הדמוקרטיה המקומית. לשם כך הוצע דגם של שלטון דו-רובדי שבו יוקנו סמכויות מוגבלות גם לוועדי רובע נבחרים. המחבר טוען כי האחידות המבנית תקל על איחוד רשויות מקומיות בעלות מאפיינים שונים למסגרות שלטון גדולות, וכי יצירת עיריות גדולות והעברת כוח מנבחר ציבור לדרג ניהול מקצועי צפויות להשפיע על מידת המעורבות האזרחית בענייני השלטון המקומי. לדבריו, קיים חשש להפחתת המעורבות הציבורית בהליכי הבחירות, בניגוד לכוונת המנסחים. יתר על כן, הצעת החוק אינה עוסקת בשינוי שיטת הבחירות. כדי להשיג את היעד החברתי של עידוד האוטונומיה הקהילתית והגברת המעורבות הציבורית מציע המחבר לחזק את מעמד הרובע העירוני בדרך של השוואת מעמדו לזה של ועד היישוב המקומי ושינוי שיטת הבחירות לבחירות אזוריות למועצת העירייה, כך שחברי מועצת העיר ייבחרו כנציגים של רבעים עירוניים שיהיו אזורי בחירה.

*

אנו מבקשים להודות מקרב לב לסגני העורכים, גילת אברהם ובן דותן, על עבודתם המסורה והקפדנית. אנו מודים לחברות וחברי מערכת "דין ודברים", הנמנים עם התלמידים הטובים ביותר של הפקולטה, אשר תרמו תרומה מהותית לתהליך הסינון של המאמרים, להשבחתם המהותית ולהכנתם לפרסום. תודתנו נתונה גם לקוראות ולקוראים האנונימיים של המאמרים, להוצאת נבו – ובמיוחד לטלי פלד ולעורכת הלשונית יהודית ידלין, וכמובן לכותבות ולכותבים.

קריאה מהנה ומעניינת וחג חירות שמח,

חאלד גנאים ורונן פרי