

דין ודברים

אוניברסיטת חיפה • הפקולטה למשפטים

דין ודברים

כתב עת משפטי בין תחומי

כרך י • חוברת 1
תמוז תשע"ז • יולי 2017

עורך ראשי
פרופ' רונן פרי

עורך הכרך
ד"ר יהודה אדר (עורך ראשי בתשע"ה-תשע"ו)

עורך משנה
אפי צמח

סגני עורך
אור פיאל, דניאל תרזי שוורץ, מאיר ירום, שירי ברשצקי ורנר

חברות וחברי המערכת

יובל אדמתי, מעיין אזוגי חדש, ירון אנקב, שירי ברשצקי ורנר, ניב וניש, גיא חייק,
גיא ירום, ליאור ישראל, רומן מגריל, ברק מילאל, רועי יפתח נפתלי, דניאל סילברמן,
אפרת רוזן-לפידות, אופיר שיר-רז

עריכה לשונית
יהודית ידלין



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: dinrev@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 צפיריים 9983000
טל' 02-9992099 ; פקס' 02-9992088
nevo@nevo.co.il

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

הפקה: טלי פלד
דפוס: נבו הוצאה לאור
נדפס בישראל

תוכן העניינים

7	דבר העורך
13	על המחברים והמחברות
	מאמרים
17	מנאל תותרי-ג'ובראן ערים מעורבות בהתהוות: בין הפרטי לציבורי
69	אבישלום וסטרייך בחזרה לעתיד: על עיצובם של הנישואין והגירושין האזרחיים בישראל
105	שחר קטוביץ הסדרת מצבי חדלות פירעון בלשכת ההוצאה לפועל
141	אסף הרדוף "התעללות ראויה"? בין צער בעלי חיים לעונג האדם
237	מיכל (שיצר) גל אסדרה של קבוצת ריכוז והילה נבו
	סקירות דין
289	עידו באום איסור הלבנת הון: חידושים מקומיים ומגמות גלובליות
345	רבקה ווייל עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל

קוראות וקוראים יקרים,

דין ודברים, כתב העת הכללי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, ראה אור לראשונה בשלהי 2004. מאז ביסס עצמו "דין ודברים" כאחד מכתבי העת המשפטיים המובילים בשפה העברית וצבר מאות אזכורים בפסיקה ובספרות (משפטית ולא־משפטית).

שלושה מאפייני תוכן נשמרו לאורך כל התקופה: הראשון הוא כלליות. שלא כאחיו הבכור **משפט וממשל**, דין ודברים אינו מגביל עצמו לתחומי משפט מסוימים, ומתחרה בהצלחה בכתבי העת הכלליים של יתר הפקולטות למשפטים. המאפיין השני הוא רב־תחומיות ורב־שיטתיות (מולטי־מתודולוגיה). דין ודברים מעודד מחקר המשלב שיטות ונקודות מבט "חיצוניות" על המשפט ומסודותיו לצד כתיבה מסורתית, דוקטרינלית וביקורתית, הבוחנת את המשפט מתוכו. בין היתר פרסם כתב העת טקסטים המשתמשים בכלים ובהארות מתחומי ההיסטוריה, הכלכלה, מדע המדינה, הסוציולוגיה, הספרות, הפילוסופיה, הפסיכולוגיה, הגאוגרפיה והאנתרופולוגיה, חלקם עיוניים, אחרים אמפיריים, ויתרתם מטא־מחקריים. המאפיין השלישי המייחד את כתב העת הוא פתיחות למגוון רחב של סוגות כתיבה. בצד הסוגות המסורתיות – מאמרים אקדמיים מלאים המפתחים ומבססים טיעון מקורי מקיף ומעמיק, הערות פסיקה וחקיקה וביקורות ספרות – פרסם כתב העת גם הרצאות חזון־שיפוטי של שופטות ושופטים המכהנים בבית המשפט העליון, ראיונות עומק לסיכום פועלם של שופטים ושופטות של בית המשפט העליון שיצאו לגמלאות, ואף סיפורים משפטיים מקוריים. לאחרונה חנך כתב העת שלוש נישות ייחודיות וחדשניות, שבשנים הקרובות יש כוונה לשקוד על ביסוסן: האחת – של מאמרים באנגלית (מפרי עטם של מלומדים ישראלים ושאנים ישראלים); השנייה – של "חיבורים" (essays), קרי מאמרים אקדמיים מקוריים המבקשים להאיר באורח ממוקד היבט עיוני מקורי ומרתק של סוגיה שטרם נדונה לעומקה, מבלי להתחייב למתכונת של מאמר אקדמי מקיף; השלישית – "סקירות דין" – סוגה חדשה נוספת שנועדה לעודד פרסום מהיר יחסית של מאמרים בעלי מכוונות (אוריינטציה) פרקטית, הכוללים התייחסות אקדמית מעמיקה וביקורתית להתפתחויות שאירעו בתחום מסוים של המשפט בישראל בתקופה שקדמה לפרסום הגיליון.

גיליון זה מדגים היטב את המגוון האמור. כלולים בו חמישה מאמרים ושתי סקירות דין. המאמרים והסקירות עוסקים – כל אחד מן הזווית הייחודית שממנה הוא נכתב – במגוון רחב ביותר של נושאים: משפט ציבורי ומדיניות קרקעית, דמוקרטיה מתגוננת, משפט פלילי ואכיפת חוק, דיני משפחה ומעמד אישי, ריכוזיות והגבלים עסקיים, הגנה על בעלי חיים וכן חדלות פירעון והוצאה לפועל.

מנאל תותרי־ג'ובראן מציגה במאמרה, הפותח את הגיליון הנוכחי, "ערים מעורבות בהתהוות: בין הפרטי לציבורי", את תופעת ההגירה של התושבים הערבים ממעמד

כלכלי בינוני-גבוה – מהיישובים הערביים אל מה שהיא מכנה "הערים המעורבות בהתהוות". ערים אלה הוקמו לאחר קום המדינה כעיירות פיתוח שנועדו ליישוב עולים חדשים יהודים, אך בעקבות הגירתם של תושבים ערבים אמידים אליהן הפכו לערים מעורבות. המחברת מעלה במאמרה שתי טענות מרכזיות: ראשית, כמה גורמים, כגון מבנה היישובים הערביים, תהליך העיור של התושבים הערבים והמדיניות התכנונית של המדינה, הניעו תהליך הגירה אל הערים היהודיות הסובבות את היישובים הערביים. תהליך זה מערער את ההומוגניות של היישובים היהודיים, משנה את אופיים המרחבי ומאטגר את המדיניות המעודדת הפרדה מרחבית בין ערבים ליהודים. הטענה השנייה של המחברת היא שתהליך מתמשך זה מעמיד את מדיניות ההפרדה המרחבית של הקרן הקיימת לישראל במבחן הביקורת השיפוטית ויחייב בסופו של דבר את בית המשפט להכריע בסוגיות שמדיניות זו מעוררת ולקבוע כללים בתחום השיווק והיישוב של קרקעותיה של הקרן הקיימת.

במאמר "על עיצובם של הנישואין והגירושין האזרחיים בישראל" מציג **אבישולום וסטרייך** עיון ביקורתי בשני המודלים העיקריים שהוצעו בספרות להכרה בנישואין אזרחיים ולהסדרתם: מודל המסלולים, המבקש להכיר במסלול דתי ובמסלול אזרחי נפרדים ומקבילים, ומודל המסגרת המשותפת – המבקש לשלב בין שניהם. טענת המאמר היא כי שיטת המסגרת האזרחית המשותפת לנישואין ולגירושין, שהוצעה בעבר ומיושמת בהיבטים רבים של דיני המשפחה כבר היום – היא השיטה העדיפה. מן הבחינה המהותית שיטת המסגרת האזרחית המשותפת מאפשרת לייצר גשר בין ההיבט ה"דתי" לבין ההיבט ה"דמוקרטי" של דיני הנישואין והגירושין. יתרונה הנוסף של השיטה הוא שאין היא מהפכנית אלא להפך, מבטיחה המשכיות של המצב המשפטי הקיים. המאמר מציג את מעלותיה של השיטה כפי שהם באים לידי ביטוי בכמה תחומים חשובים: טקס הנישואין, ענייני הממון שבין בני הזוג ומשטר הגירושין. המחבר סבור כי בנושאים אלה המשפט הישראלי כבר פועל לפי המסגרת האזרחית המשותפת. אימוץ רשמי של השיטה יוביל לדעתו לאיזון ולפשרה בין הדין האזרחי לבין הדין הדתי, השרויים במתח מתמיד, ויעניק אוטונומיה מרבית לבני הזוג בד בבד עם השמירה על העקרונות הדמוקרטיים בדבר חירות ושוויון.

שחר קטוביץ מבקש במאמרו "הסדרת מצבי חדלות פירעון בלשכת ההוצאה לפועל" לבחון בעין ביקורתית את הפתרון שאימץ המחוקק בחוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 47 והוראת שעה), התשע"ה–2015 למצבים שבהם מתברר שכושרו של החייב לפרוע את חובותיו בעתיד מוטל בספק רב. המאמר בוחן גם את ההסדר של הליכי חדלות הפירעון ליחיד בעל חובות בהיקף נמוך, המוצע בהצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כללי, התשע"ו–2016. בהקשר זה המאמר מבקר את השוני בין המתווים השונים שקבע המחוקק להתמודדות עם מצב של חדלות פירעון בכל אחת משתי המסגרות החוקיות: הוצאה לפועל מזה והליך פשיטת הרגל מזה. המחבר מצביע על האינטרסים הכלכליים

והאחרים של המשתתפים בכל אחד מן ההליכים ובוחר את הוראת השעה ואת ההצעה בראי עקרונות היסוד החולשים על הסוגיה ולאור הסמכויות של רשם ההוצאה לפועל מזה ושל בית המשפט מזה. את הניתוח חותמת הצעה חלופית של המחבר לפתרון חקיקתי שלם שיסדיר את הליכי חדלות הפירעון על יסוד חוק ההוצאה לפועל, בלא צורך להיזקק לתיקוני חקיקה או להוראות שעה, שעל מגבלותיהם וכשליהם מצביע המאמר.

"התעללות ראויה? בין צער בעלי חיים לעונג האדם" הוא שמו של המאמר שבו **אסף הרדוף** בוחן את האיסור בחוק על התעללות בבעלי חיים. האם מדובר באיסור בעל משמעות עיונית או חינוכית גרידא, או שמא נודעת לאיסור השלכה מעשית? מהן התכליות שמאחורי האיסור החוקי והאם הן מוגשמות הלכה למעשה? במענה לשאלות אלה המאמר מצביע על קיומו של פער בין המשפט עלי ספר לבין המציאות בשטח, שבה כוחות השוק הם הקובעים – לטוב או לרע – את גורלם של בעלי החיים. החוק אמנם קובע הגנה רחבה לכאורה והפסיקה המנחה מציבה תכליות ראויות, אלא שבמציאות נמשכת הפגיעה הקשה ורחבת ההיקף בבעלי החיים. לצד פער זה, שאותו המחבר מכנה "פער חיצוני", מתאר המאמר "פער פנימי" בין יסודות האיסור על התעללות כפי שנקבעו בפסיקה לבין התכליות שהציעה הפסיקה לאותו איסור. הפרשנות המקובלת של יסודות האיסור מוציאה מגדר העברה פגיעות בבעלי חיים שנעשו כדי לקדם מטרות נעלות, שעה שהמטרה האמתית שמאחורי אותן פגיעות אינה אלא הפקת עונג אנושי. לבעיות אלה מציע המחבר שלושה כיווני פתרון: ראשית, נדרש שינוי פרשני של יסודות האיסור החוקי על התעללות; שנית, נדרשת פעולה חינוכית נמרצת שתעודד תלמידים לפתח רגש של חמלה כלפי חיות; שלישית, יש להקים רשות להגנת בעלי חיים שתוביל מאבקים משפטיים בשמם של בעלי החיים ושתגן על שלומם ורווחתם.

מיכל גל והילה נבו מתארות במאמרו "אסדרה של קבוצות ריכוז" את בעיית ההתאמה האוליגופוליסטית המתרחשת בשווקים מעוטי מתחרים שמתאפיינים בחסמי כניסה גבוהים. בהתאמה אוליגופוליסטית חברות מתאימות את התנהגותן זו לזו בלא צורך בהסדר מפורש. בכך נוצר כוח שוק משותף העלול לפגוע בטובתם של הצרכנים. במשך שנים רבות התקשה חוק ההגבלים העסקיים הישראלי להתמודד עם בעיה זו, שחומרתה מתעצמת בכלכלות קטנות דוגמת ישראל. המצב השתנה עם חקיקתו בשנת 2011 של פרק מקורי שעניינו אסדרה של קבוצות ריכוז – קבוצות של חֶבְרוֹת בעלות כוח שוק ניכר שאין מתקיימת ביניהן תחרות של ממש. ההסדר נועד להחליף הסדר קודם שביקש לטפל בבעיית כוח השוק המשותף באמצעות דיני המונופולין. המאמר בוחן את מידת היעילות של ההסדר החוקי ואת פרשנותו התכליתית הראויה בהתייחסו להיבטים עיוניים ומעשיים של ההסדר זאת אגב בחינה של החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים שניתנו בהקשר זה.

חותמות את החוברת שתי "סקירות דין":

במאמרו "איסור הלבנת הון: חידושים מקומיים ומגמות גלובליות" סוקר עידו באום את ההתפתחויות העיקריות שחלו בחוק איסור הלבנת הון בשנים האחרונות. המחבר מצביע על שלוש מגמות המאפיינות את המאבק בהלבנת הון בישראל ובעולם: האחת – דה-אנונימיזציה של אמצעי התשלום מחד גיסא והגברה של השימוש באמצעי תשלום מוצפנים מאידך גיסא; השנייה – מאמץ רגולטורי מתמשך להרחבת רשת הדיווח על תנועות כספים; השלישית – הרחבת השימוש בסנקציית החילוט בצד רטוריקה שיפוטית המדגישה את הצורך להחמיר בענישת עברייני הלבנת הון. בראי מגמות אלו סוקר המאמר את תיקון 13 לחוק, המחייב עורכי דין ורואי חשבון להעריך מהו הסיכון שהשירות העסקי שיספקו ללקוח ישמש אמצעי להלבנת הון ולהימנע ממתן השירות כשהסיכון נחזה כגבוה. עם זאת החוק אינו מטיל על נותן השירות חובת דיווח. המאמר מצביע על קשיים ביישומם של החוק ושל חקיקת המשנה שנלוותה אליו ומציע פתרונות לחלק מקשיים אלה.

סקירתה של **רבקה וייל** "עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל" פורסת בפני הקוראים כמה פרשות אקטואליות (פרשות דיראני, זועבי ואבנרי) שבהן עולה מפסיקתו של בית המשפט העליון תמונה מעניינת של תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת בעת הנוכחית. בשל ההכרה ב"פרדוקס הדמוקרטי" שרעיון הדמוקרטיה המתגוננת מקפל בחובו, אימצה הפסיקה הישראלית גישה שלפיה ייעשה ברעיון זה שימוש רק כשערכי הליבה של הדמוקרטיה ניצבים בפני סכנה ברורה ומוחשית. גישה זו יושמה בעבר בסוגיה של פסילת מפלגות ובסוגיית ה"תיקון החוקתי הבלתי-חוקתי". בהקשרים אלה תרמה הפסיקה לשמירתם של הריסון מזה ושל האפקטיביות מזה של השימוש בכלי הדמוקרטיה המתגוננת. לטענת המחברת, בניגוד למושכל יסוד זה נטה בית המשפט באחרונה ללכת יד ביד עם השלטון ולהרחיב את תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת באופן שאינו מתיישב עם ראייתה כדוקטרינה של "מוצא אחרון". הרחבה כזו חורגת לטענת המחברת מהשימוש המניעתי לעבר שימוש עונשי-גמולי שהוא בעייתי ולא מידתי.

בשולי דבריי אבקש לעדכן את קוראינו במפעל חשוב שכתב העת ממשיך לשקוד עליו בימים אלה ושואף להביאו לידי גמר בחודשים הקרובים. מדובר בקובץ מאמרים בשם "ספר שלו – עיונים בתורת החוזה", אשר יעלה על נס את פועלה האקדמי, החינוכי והציבורי של פרופ' גבריאלה שלו. הספר עתיד לצאת לאור בכריכה קשה בסיועה של הוצאת "נבו" (עורכים ראשיים יהודה אדר ואהרן ברק; עורך – אפי צמח) ויאצור בקרבו עשרות מאמרים פרי עטם של מיטב החוקרים בישראל ושל כמה שופטים בכירים. המאמרים יציעו מבט מקורי על דין החוזים ועל הממשק שבינו לבין תחומי דעת ומשפט המשקים לו. אחדים מבין המאמרים שייכללו ב"ספר שלו", עברו שיפוט מדעי מלא, כמקובל במערכת כתב העת, ויתפרסמו בקרוב בכרך י(2).

בהזדמנות זו אבקש להודות מקרב לב לאנשים הצעירים והמוכשרים שעמלו לצדי על הכנתו של כרך זה: סגנית העורך, אור פי־אל, אשר במהלך שנה ומחצה שימשה יד ימיני בניהול מערכת כתב העת, פינתה את מקומה במהלך תשע"ו לדניאל תרזי שוורץ, שהמשיכה את המלאכה במרץ, בכישרון ובמסירות אין קץ, בגלותה מנהיגות ואחריות יוצאות דופן. את עבודתן של אור ושל דניאל השלימה – ביטולות, בחן ובנועם הליכות – שירי ברשצקי ורנר, המשמשת סגנית העורך הראשי בתשע"ז. עזרתם האקדמית של המשנה לעורך אפי צמח ושל מאיר ירום, ששימש סגן עורך לעניינים אקדמיים, הייתה חיונית, ותרומתם לאיכותם של המאמרים שבגיליון זה לא תסולא בפז. אחרונים חביבים – חברות וחברי המערכת המסורים שלנו, העמלים באחריות שאין שנייה לה על בחינת כתבי היד הרבים המוגשים לשיפוט, ממליצים על המצוינים שבהם לפרסום ועוסקים בתהליך השבחתם והכנתם לפרסום של כתבי היד. אנשים צעירים ומוכשרים אלה הם הכוח המניע את כתב העת, והם המאפשרים לו לשמר – ולפתח – את הסטנדרטים הבלתי מתפשרים של איכות אקדמית שלאורם הוא מתנהל. כהרגלנו בקודש, נעלה כאן תודה והוקרה גם לקוראות ולקוראים האנונימיים של כתבי היד וכן להוצאת נבו, ובמיוחד לטלי פלד וליהודית ידלין, עורכת הלשון, על עזרתן בהפקת כרך זה. וכמובן – תודתנו העמוקה נתונה לכותבות המוכשרות ולכותבים המוכשרים שהעשירונו עושר רב בכתיבתם הפורה.

אני מאחל לכל קוראינו עיון מהנה וקיץ נעים,
יהודה אדר