

דין ודברים

אוניברסיטת חיפה • הפקולטה למשפטים

דין ודברים

כתב עת משפטי בין תחומי

כרך טו • חוברת 1
תמוז תשפ"א • יולי 2021

עורך ראשי
פרופ' דורון מנשה

סגנית עורך בתשע"ט
ענבר כהן

סגני עורך אדמיניסטרטיביים בתש"פ
ימית הלפרין, ארז עודד, טל תמשס

סגנית עורך אדמיניסטרטיבית בתשפ"א
נטע טאובר

חברות וחברי המערכת

גל אברהם, שחר אדרי, יובל אוליאל, איבון היימס, ימית הלפרין, נוי וידה, גיא מסס, הדיל
נאסיף, ארז עודד, הדר עסיס, רן צ'פלין, יעל רוז, טל תמשס

עריכה לשונית
דפנה בר-און



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: haifalawreview@law.haifa.ac.il
כתובת אתר אינטרנט: <http://law.haifa.ac.il> (תחת לשונית מחקר וכתבי עת)
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 תשפ"א
ISSN 0792-8521

הפקה: טלי פלד
דפוס: נבו הוצאה לאור
נדפס בישראל

תוכן העניינים

7	דבר העורך
13	על המחברים והמחברות
	מאמרים
15	חזי מרגלית מביטול חזקת הגיל הרך למודל השיקוף – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים
83	אסף טבקה עירבון להבטחת הוצאות הנתבע בפסיקת בית המשפט העליון בישראל והשפעתו על אנשים החיים בעוני: ניתוח תאורטי ואמפירי
133	לימור ריזה כרוניקה של מיסוי דמי אבטלה ידוע מראש: החזר המס למובטל הכרוני
185	אסף הרדוף מעשה מגונה במשפט הפלילי
231	יחיאל קפלן הסדר התדייניות בסכסוכי משפחה – דיני משפחה מנקודת מבט המייחסת חשיבות לשיתוף פעולה והסכמה
397	פבלו לרנר "לא משלמים – לא נוהגים" ההגבלה על רישיון הנהיגה בהליכי הוצאה לפועל

קוראות וקוראים יקרים,

אנו שמחים להעמיד לעיונכם את חוברת טו(1) של דין ודברים. השנה החולפת הייתה שנה לא פשוטה עבור המערכת, שנאלצה, בעל כורחה, לדחות כתבי יד רבים פרי עטיהם של חוקרות וחוקרים מובילים בעולם המשפט ובעולמות המשיקים לו, זאת לנוכח העבודה המקיפה והממצה שעובר כל מחקר ומחקר הנשלח לכתב העת, הכוללת תהליך שיפוט דו-שלבי, פנימי וחיצוני. המאמרים הבודדים שאכן מתקבלים לפרסום, לרוב לאחר סבבי תיקונים חוזרים ונשנים, מאוגדים בחוברות כלליות, בדומה לזו שלפניכם. נוסף על כך, כתב העת יוזם, מעת לעת וככל שעולה צורך בכך, חוברות סימפוזיון המבוססות על כנסים שמתקיימים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה או מתמקדות בנושאים המצויים בתחומי המומחיות והעניין של העורכים. כתב העת דין ודברים זוכה להערכה רבה בקהילייה האקדמית ובקהילייה המקצועית-משפטית, וזאת חרף גילו הצעיר באופן יחסי. הערכת המערכת מתבטאת, בין היתר, בהסתמכות הרבה, החוזרת ונשנית, על מאמרים שמפורסמים בכתב העת במקומות רבים – הן בספרות המשפטית והן בפסיקת בתי המשפט השונים, לרבות בית המשפט העליון.

בחוברת שלפניכם, שישה מאמרים. במאמר הפותח, "מביטול חזקת הגיל הרך" למודל השיקוף – בין דיני המשפחה לדיני החוזים" התמקד חזי מרגלית בשורה האחרונה של פסקי הדין בבית המשפט העליון, בעניין חלוקת הנטל בין הבעל ובין האישה בתשלומי מזונות במשמורת משותפת של ילדים. בפתח הדברים סקר המאמר את הקריאות השונות בחקיקה, בפסיקה ובספרות המחקר לביטול של חזקת הגיל הרך, וכן נסקרו התחליפים המוצעים בספרות המשפטית לחזקה זו, על כל הקשיים והדילמות הכרוכים בהם. לאחר סקירת הפסיקה העדכנית של בית המשפט העליון הגדיל המאמר והציע את המודל הנורמטיבי הראוי להחלפת חזקת הגיל הרך, הוא מודל השיקוף. הצעתו החדשנית של המאמר מבקשת להסתמך על דוקטרינה שמקורה בדיני החוזים המודרניים, היא דוקטרינת חוזה היחס, שכידוע הולך וצובר לו מעמד בהסדרה חוזית של מערכת היחסים החוזית וההורית כאחד. בסיומו של המאמר ביקש המחבר להראות את האופן שבו יישומו של מודל השיקוף, הניצב בתפר שבין דיני המשפחה לדיני החוזים, עשוי לסייע להמיר את חזקת הגיל הרך במודל א-מגדרי, שוויוני, גמיש, פשוט וקל ליישום, שבכווחו להלום, יותר מכל מודל אחר, את טובת הילד ואת ההכרה בחשיבות שמירת זכויותיו השונות. בסיום המאמר קורא המחבר למחוקק לאמץ בשתי ידיים את הצעת החוק המיישמת מודל ייחודי זה, כפי שהוצעה כבר בשנת 2016, היא הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ו–2016, וזאת בכל הנוגע ליישום בפועל של המודל. במאמר "עירבון להבטחת הוצאות הנתבע בפסיקת בית המשפט העליון בישראל והשפעתו על אנשים החיים בעוני: ניתוח תאורטי ואמפירי", שנכתב על ידי אסף טבקה,

מבקש המחבר לבחון את מוסד העירבון להבטחת הוצאות הנתבע, כפי שהוא מקבל ביטוי בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל. לצורך כך, המאמר מנתח את המנגנון הדיני הנוגע לעירבון בשני מישורים, הן במישור התאורטי והן במישור האמפירי. במישור הראשון, הוא המישור התאורטי, נבחנים הרציונלים העומדים בבסיסו של מנגנון העירבון, כמו גם העקרונות והשיקולים הפסיקטיים להשתתתו. בהקשר זה, המאמר מאיר באופן ביקורתי את טיבם של רציונלים אלה וכן את משמעותם החברתית. במישור השני נבדקים, לראשונה, הנתונים המספריים הנוגעים לכל פסיקותיו של בית המשפט העליון בעניין זה ב-15 השנים האחרונות. המחקר האמפירי נעשה על מנת להשיב על כמה שאלות, ובהן: בכמה פעמים אכן השית בית המשפט עירבון? מתי, ככלל, הוא עושה כן? על מי בדיוק? באילו אופנים וסכומים? האם ניתן לזהות בפסיקה זו דפוסי פעולה קבועים? בהקשר זה, ובהמשך לשאלות אלו, מצביע המאמר על כך שלא זו בלבד שהרציונלים העומדים ביסודו של תשלום העירבון האמור קלושים, במובן זה שאין בהם משום הצדקה אמיתית להמשך קיומו כמנגנון דיני, אלא יש בהם, כמו גם בעקרונות הפסיקטיים שהותוו לאורם, כדי לפעול אך כלפי תובעים חלשים, המאופיינים בהיעדר איתנות כלכלית מובהקת. תשלום העירבון האמור משמש אפוא כאמצעי דיני המתייחס לעוני כאל סכנה. על מנת להתמודד עם סכנה זו מראה המחקר האמפירי, בפרק השני של המאמר, כי בית המשפט העליון נוטה להטיל עירבון ברוב מוחלט של מקרים המגיעים לפתחו והעוסקים במישרין בסוגיה זו – כמעט ב-80% מהמקרים. כשהוא עושה כן, הוא אינו מקל על חלשים כלל. ההפך הוא הנכון. הוא מטיל עירבון בסכומים גבוהים מאוד גם כשהדברים נוגעים לתובעים החלשים והעניים ביותר. בראי האמור, המאמר טוען כי יש לשקול מחדש, באופן יסודי וביקורתי, את עצם קיומו של העירבון ככלי דיני לגיטימי, לרבות אופיו ואופן יישומו, וכן מעלה צורך לבחון אם אין בדין הדיני כלים אחרים שעשויים לשרת את המטרות העומדות ביסודו באופן שוויוני, מכבד והגון יותר.

לימור ריזה, במאמרה "כרוניקה של מיסוי דמי אבטלה ידוע מראש: החזר המס למובטל הכרוני", בוחנת כיצד ראוי למסות דמי אבטלה, המוענקים למובטלים לטווח ארוך. הטענה המועלית במאמר היא שלא ניתן לדון בשאלות מיסויים של דמי אבטלה במנותק מהשאלה אם המובטל חזר לשוק העבודה אם לאו. הואיל ועתידו המקצועי והביטחון התעסוקתי של המובטל מוטלים בספק, שאלת המיסוי צריכה להתחשב גם בממד ה"עתידי" של השוויון. השוויון אינו יכול להימדד על פני שנת מס נתונה, אלא על פני טווח זמן, המביא בחשבון את השאלה אם המובטל נהפך למובטל המכונה במאמר זה "מובטל כרוני" – מובטל לטווח ארוך, שלא הצליח להשתלב חזרה בשוק העבודה גם לאחר מיצוי זכאותו לדמי אבטלה. עד כה, ההתייחסות למובטלים בפן הפיסקלי, הן בדין הישראלי והן במשפט המשווה, הייתה אחידה ולא הבחינה אם מדובר במובטל "רגיל" – זמני או במובטל כרוני. כדי לבחון את שאלת המיסוי הראוי של המובטל הכרוני מאמץ המאמר את עקרון ההדדיות, המקבל חיזוק מתאוריית מחזור החיים, כאשר היכולת הכלכלית של הנישום נבחנת על פני תקופה ארוכה יותר, וזאת בשונה מאומדן חבות המס השרירותית על בסיס שנת מס אחת. לטענת המאמר, במצבים של אבטלה מתמשכת יש

לבחון את חבות המס של הנישום על פני כמה אינטרוולים בשרשרת חייו. כדי לעשות כן, המאמר מציע להתייחס לשלוש תקופות רלוונטיות, המתארות את מערכת הגומלין בין הנישום לבין החברה: תקופת תעסוקה, תקופת אבטלה "רגילה" – זמנית ותקופת אבטלה כרונית. המאמר מתמקד במסגרת שתי התקופות הסמוכות האחרונות, כאשר המובטל הופך למובטל כרוני, ומציע אקס פוסט מנגנון מיסוי שיקדם את עקרון ההדדיות גם בתקופה זו.

מאמרו של אסף הרדוף, "מעשה מגונה במשפט הפלילי", ממחיש כי עבירות המעשה המגונה בישראל מיוחדות לעומת עבירות המין האחרות, שכן עבירות אלו, בשונה מהעבירות האחרות באותה קטגוריה, אינן כוללות חדירה לאיבר מסוים בגוף הקורבן. ניתוקן הפורמלי של עבירות המעשה המגונה מגוף האדם יוצר פוטנציאל הרחבה ועמימות של ממש, שאף התממשו בפסיקת בית המשפט. לאורך המאמר מוצגים קשיים מגוונים בעבירות אלו: מהותיים, דוקטרינריים וטרמינולוגיים. האיסור החקיקתי בולע לתוכו את כל עבירות המין, לצד עבירות אחרות ואפילו התהוות חברתית מקובלת; הרכיב העובדתי המרכזי בעבירות, שהוא גם הרכיב ההתנהגותי היחיד בהן, מוגדר בהישען על יסוד נפשי סובייקטיבי; מדרג החומרה בעבירה אינו עקיב; כותרת אחת משתי העבירות אינה משקפת את תוכנה; האופן שבו העבירה מגינה על קטינים אינו עקיב, וכך גם הגבולות בין שתי התצורות הבסיסיות של העבירה; העבירה כוללת גבולות מהותיים עמומים, רחבים וחלשים; התכליות שעליהן מגינות התצורות השונות של העבירה אינן אחידות. במקום לבקר ולסייע בהצבת גבולות, שלחה אותו הפסיקה למחוזות חדשים ובלתי נודעים, של התעמעמות והתרחבות בלתי פוסקות, שסופן אינו נודע. לאור ליקוייה הרחבים והעמוקים של עבירת המעשה המגונה, המאמר מעלה הצעה לשינוי. מוצע לפצל את העבירות הקיימות לכדי שלוש תצורות: "תקיפה מינית", שתעסוק במגע בגוף בלבד; "היחשפות מינית", שתעסוק בכפיית חשיפה מינית על אדם אחר, בפניו ולידו; ולבסוף "תקשורת מינית אסורה", שתעסוק בפגיעות של ביטוי מיני מרחוק. רפורמה כזו תתרום להשגת מטרותיו של עקרון החוקיות, תצמצם את האפשרות לשרירות ולנטילת האיסור למחוזות חברתיים מקובלים ותאפשר לפרט להבין את מסרי העבירה ולהתנהל בהתאם. היא תיישר קו עם הדוקטרינה המקובלת בדיני העונשין ותביא לכותרות הגיוניות וברורות יותר. לצד זאת, היא תיצור הגנה טובה וחזקה יותר לערכים חשובים ותאותת היטב על הסכנות השונות הכרוכות בהתהוות חברתית, שחף ההבדלים ביניהן מטופלות כיום במסגרת אחת.

יחיאל קפלן, במאמרו "הסדר התדיינות בסכסוכי משפחה – דיני משפחה מנקודת מבט המייחסת חשיבות לשיתוף פעולה והסכמה", סוקר את השינוי המשמעותי שהתחולל בחקיקה באשר למתכונת של יישוב הסכסוך במשפחה בישראל. ההסדר שבה מקדם את טובתם של בני המשפחה ובמיוחד של הילדים במשפחה. אלה יכולים להפיק תועלת מהיתרונות הקיימים כתוצאה של סיום הסכסוך באמצעות השכנת שלום בית, או בעקבות פירוקה של ברית הנישואין, בדרך מכובדת, בהסכם הוגן, שיישום עקרונותיו יקדם את טובתם. ברכה תצמח מהפעלה רחבת היקף של הסדר זה, המאפשר במקרים

רבים מתן מענה הולם לצורכי בני המשפחה, בטווח הקצר והארוך, בתחומים הרגשי והמשפטי.

במאמר נדונו מאפייני הסדר זה. הצדדים לסכסוך במשפחה יופנו תחילה לפגישה ביחידת הסיוע הסמוכה לבית המשפט או לבית הדין הדתי שבו הגישו בקשה ליישוב סכסוך. לאחר הפגישה הראשונה יוכלו לקבל החלטה מושכלת בנוגע למתכונת המשך הטיפול ביישוב הסכסוך. הם יכולים להשתתף בפגישות נוספות ביחידת הסיוע או להעדיף פעילות במסגרת מנגנון יישוב סכסוך חלופי שיוצע להם, או לבחור בחלופה של התדיינות בבית המשפט או בבית הדין, לפי בחירתם. נדונה גם חשיבות המאמץ למנוע נזק נפשי שיכול להיגרם כתוצאה של יישום דפוס פעולה אדוורסרי כמתכונת של ההכרעה בסכסוך במשפחה. הוא עלול לגרום לפגיעה של המעורבים בסכסוך במשפחה איש ברעהו במהלך הדין ודברים ביניהם, שבו מועלים לעיתים טיעונים מרחיקי לכת, ולא דווקא מבוססים, של הצדדים לסכסוך ומייצגיהם. רצוי שהמאמץ ליישב את הסכסוך יתבצע בהסכם הוגן ומאוזן, שהוא הראוי ביותר לדעת כל המעורבים בסכסוך, מקדם את תועלתם ונותן מענה הולם לכל צורכיהם, בתחום הטיפולי, האנושי, המשפטי והכלכלי.

נחוצה גם בחינה מיוחדת של ההיבט הטיפולי בסכסוך במשפחה. במאמר מיוחסת חשיבות לבחינה זו ומפורטים בו מאפייניה ומאפייני הפעילות הנכונה של עובדי יחידות הסיוע בתחום הטיפולי למען קיומה של מערכת יחסים עתידית טובה במידת האפשר בין בני המשפחה, ובמיוחד למען טובת הילדים במשפחה.

המאמר מפרט באורח מאיר עיניים מודלים של יישוב הסכסוך במשפחה בהסכמה. מודלים אלו כוללים גישור, גירושין בשיתוף פעולה ודרכים מסורתיות ליישוב סכסוכים בהסכמה, שנוהגים ליישם אותן בבתי הדין הדתיים, אשר מטרתן השכנת שלום בין בני הזוג ומניעת גירושין. נחוץ יישום רגיש וזהיר של מודלים אלה, שכולל נקיטת אמצעי זהירות, כשהם נחוצים, כדי למנוע נזק לבני משפחה, כגון פגיעה אפשרית בבני המשפחה החלשים. כשהם מיושמים בדרך זו, מתאפשר פתרון טוב של הסכסוך במשפחה.

את החוברת חותם מאמרו של פבלו לרנר, "לא משלמים – לא נוהגים" ההגבלה על רישיון הנהיגה בהליכי הוצאה לפועל". המאמר בודק את ההגבלה על החזקה, קבלה או חידוש של רישיון הנהיגה, סעד אשר הוכנס בשנת 2009 כתיקון לחוק ההוצאה לפועל מ-1967. בשונה משיטות משפט אחרות, המשפט הישראלי מאשר הגבלה של רישיון הנהיגה ככלי לגביית כל סוגי החובות בהוצאה לפועל. יש מדינות שבהן ההגבלה מוטלת לצורך גביית חובות בענייני מזונות בלבד. השימוש הגורף בהגבלה ככלי הוצאה לפועל בישראל משתלב עם העובדה שהשימוש ברכב פרטי נפוץ מאוד בישראל, ולכן להגבלה על הרישיון יש פוטנציאל של פגיעה קשה בחייבים רבים. בשים לב לאמור, המאמר גורס כי ראוי לבדוק אם המחוקק השיג את האיזון הראוי בין מתן כלי יעיל לזוכים לשם גביית חובות לבין שמירת זכותו של החייב לנהל אורח חיים תקין. בהקשר זה, המאמר טוען כי כדי שההגבלה תהיה מידתית, אין להתחשב במצבו הבריאותי או התעסוקתי של החייב בלבד, אלא במכלול צרכיו ובחלופות התחבורתיות העומדות לרשותו. בנוסף על כך,

המאמר דן במגוון נושאים הקשורים להטלת ההגבלה, כגון ההשוואה בין ההגבלה בהליכי הוצאה לפועל לבין השימוש בהגבלה כמכשיר להפעלת לחץ על סרבני גט, הקשר בין ההגבלה לבין עיקול רכבו של חייב, מצבו המשפטי של חייב הנוהג ללא רישיון עקב ההגבלה ותוקף חוזה הביטוח במקרה של תאונה. ברקע הדיון שתי תובנות מרכזיות בדיני אכיפה. הראשונה – יש לבדוק דרכים להוצאת חייבים ממצב של חדלות פירעון ולא להתעקש על שימוש באמצעים שבסופו של דבר אינם תורמים לגביית החוב; השנייה – הפתרון לשאלות של התחייבות־יתר, אכיפה וקיום חובות אינו יכול להיות מנותק משאלות חברתיות ומהמצב הכלכלי במשק. במקרה של ההגבלה על רישיון נהיגה יש להביא בחשבון משתנה נוסף: מצבה הבעייתי של התחבורה הציבורית בארץ.

אני מבקש להודות מקרב לב לסגנית העורך בשנים התשע"ט–תש"פ, גב' ענבר כהן, אשר נשאה בנטל אדמיניסטרטיבי כבד ביעילות, בחן ובנועם, ושימשה חוליית קישור חיונית בין כלל הגורמים המעורבים בהפקת חוברת זו. אני מודה לחברי וחברות מערכת דין ודברים, אשר ליוו כל מאמר בקפדנות, שקידה וכישרון מרגע הגשתו הראשונה לכתב העת ועד להעברת גרסתו הסופית למוציא לאור, ותרמו תרומה של ממש להשבחת המאמרים ולהכנתם לפרסום. תודתי נתונה גם לקוראות ולקוראים האנונימיים של המאמרים, שבלעדיהם היינו מתקשים להעריך את מידת החדשנות והדיוק של כתבי היד, ולהוצאת נבו, ובמיוחד לגב' טלי פלד ולעורכת הלשון הגב' דפנה בר־און. תודות מעומק לב מסורות כמוכן גם לכותבים שבחרו לפרסם בדין ודברים.

קריאה מהנה,

דורון מנשה, עורך ראשי