

דין ודברים

אוניברסיטת חיפה • הפקולטה למשפטים

דין ודברים

כתב עת משפטי בין תחומי

כרך ט • חוברת 2
אייר תשע"ו • יוני 2016

עורך ראשי

יהודה אדר

עורך משנה

אפי צמח

סגני עורך

מאיר ירום, אור פיאל ודניאל תרזי

חברות וחברי המערכת

גיא אבידן, מעיין אזוגי, ליאל ברקוביץ', אור הדאיה, לארן חורי,

עופר טולדנו, רועי יפתח נפתלי, ליאור ישראל, דניאל סילברמן,

ירדן שיר, 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"ו
ISSN 0792-8521

הפקה: טלי פלד
דפוס: נבו הוצאה לאור
נדפס בישראל

תוכן העניינים

323 דבר העורך

329 על המחברים והמחברות

מאמרים

331 אריאל פלביאן מינוי והחלפה של עורך דין על ידי בית המשפט במסגרת תובענה ייצוגית

367 גיא בן דוד "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה

447 יצחק כהן על הרבש ועל העוקץ בהצעת חוק חוק חיים משותפים

ביקורת ספרים

497 מיטל פינטו על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק "הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות"

סקירות דין

517 אורן גזל-אייל התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי – 2014–2012

561 פאינה מילמן-סיון הזכות לחופש ההתארגנות בראי ערכי הדמוקרטיה – התפתחויות בשנת תשע"ד

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, וככזה מתחרה בהצלחה בכתבי העת הכלליים של יתר הפקולטות למשפטים. המאפיין השני הוא רב־תחומיות וריבוי מתודולוגיות. דין ודברים מעודד מחקר המשלב שיטות ונקודות מבט "חיצוניות" בחקר המשפט ומוסדותיו לצד כתיבה מסורתית, דוקטרינלית וביקורתית. בין היתר פרסם כתב העת טקסטים המשתמשים בכלים ובתובנות מתחומי ההיסטוריה, הכלכלה, מדע המדינה, הסוציולוגיה, הספרות, הפילוסופיה, הפסיכולוגיה, הגאוגרפיה והאנתרופולוגיה, חלקם עיוניים, אחרים אמפיריים, ויתרתם מטא־מחקריים. המאפיין השלישי של כתב העת הוא פתיחות למגוון רחב של סוגות כתיבה. בצד הסוגות המסורתיות – מאמרים אקדמיים מלאים המפתחים ומבססים טיעון מקורי מקיף, 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, ואף סיפורים משפטיים מקוריים. לאחרונה חנך כתב העת שתי נישות ייחודיות וחדשניות, שיש כוונה לשקוד על ביסוסן בשנים הקרובות: האחת של מאמרים באנגלית (מפרי עטם של מלומדים ישראלים ושאינם ישראלים); האחרת של "חיבורים" (essays), קרי מאמרים אקדמיים מקוריים המבקשים להאיר היבט עיוני מקורי ומרתק של סוגיה שטרם נדונה לעומקה ולהתמקד בו, מבלי להתחייב למתכונת של מאמר אקדמי מקיף.

גיליון זה מדגים היטב את המגוון האמור. כלולים בו שלושה מאמרים, ביקורת ספרים אחת ושתי "סקירות דין" – סוגה חדשה נוספת שנועדה לעודד פרסום מהיר יחסית של התייחסות אקדמית ביקורתית להתפתחויות שאירעו במשפט הישראלי בתקופה שקדמה לפרסום הגיליון. המאמרים עוסקים – כל אחד מן הזווית הייחודית שממנה הוא נכתב – בתחומים מגוונים: משפט דיוני, משפט פלילי מהותי, מעמד אישי, רב־תרבותיות בחברה דמוקרטית, מערכת הצדק הפלילי ודיני עבודה.

במאמר הפותח את הגיליון הנוכחי, "מינוי והחלפה של עורך דין על ידי בית המשפט במסגרת תובענה ייצוגית", בוחן אריאל פלביאן את האתגר שמציב הייצוג המשפטי בהליך של תובענה ייצוגית, ייצוג על ידי עורך דין שלא הוסמך מטעם חברי קבוצת

הנפגעים לייצגם. המאמר טוען שהחוק בישראל לא העניק לבתי המשפט כלים אפקטיביים להבטחת ייצוג משפטי יעיל לחברי הקבוצה, וכי מסיבה זו בתי המשפט אינם מפעילים את סמכותם להעביר מתפקידו, במקרים המתאימים, את עורך הדין שיזום את התובענה בעורך דין אחר שינהל את ההליך עצמו. סמכות זו, כך טוען המאמר, ראוי לה שתופעל נמרצות ובלא היסוס כל אימת שהתנהלות עורך הדין היזום אינה ראויה, כגון שהוא מתרשל או פועל לקידומה של פשרה הנחזית כמנוגדת לאינטרס של כלל חברי הקבוצה. לשם התמודדות עם אתגר זה מציע המחבר, בהתבסס על מחקר השוואתי, מודל של מכרז אשר יאפשר לבית המשפט לאתר ולמנות עורך דין מייצג שיפעל ביעילות המרבית לטובת האינטרס של כלל חברי הקבוצה, מבלי לפגוע באינטרס הלגיטימי של עורך הדין שיזם את ההליך המשפטי.

במאמרו "חלל תודעתי" כלפי נסיבות העברה" מציע גיא בן דוד מבט שונה ומקורי על הדוקטרינה הפלילית הידועה בשם "חלל תודעתי". חלל תודעתי הוא מצב נפשי שבו מבצע העברה אינו ער לקיומן של הנסיבות המפלילות, וכך פועל לכאורה בלא היסוד הנדרש של "מחשבה פלילית". בניגוד לעמדה הרווחת בספרות המשפטית, מציע המאמר תזה חדשנית שלפיה יהיה ניתן לייחס לאדם אחריות פלילית גם במצב של חלל תודעתי. טענת המאמר היא ש"חלל תודעתי" אינו מגלם בהכרח תודעה חלולה או ריקה לחלוטין, וכי מדובר למעשה בקשת של מצבים הכרתיים המגלמים רמות שונות של אשמה מוסרית. בחלק ממצבים אלה יהיה ניתן לייחס לעושה מחשבה פלילית, כתלות במידת האשמה המגולמת בהתנהגותו. החידוש העיקרי במאמר נוגע לתזה המוצעת בו, המציעה את "מבחן האשם המדורג" כמבחן עזר המאפשר להבחין בין חלל תודעתי נטול אשמה לבין חלל תודעתי העשוי להצדיק את הטלתה של אחריות פלילית.

תזכיר הצעת חוק חיים משותפים, התשע"ד–2013 נושא לכאורה בכניפו בשורה גדולה לפסולי החיתון, בקבעו כי תחת לכתת את רגליהם למדינה זרה כדי להסדיר את זוגיותם במסגרת רשמית, יהיו הם (ולכאורה גם ידועים בציבור) רשאים לעשות כן אצל "הרשם לחיים משותפים". במאמרו "חוק חיים משותפים – על הדבש ועל העוקץ" בוחן יצחק כהן את הדבש ואת העוקץ הגלומים בהסדר משפטי זה. המחבר טוען כי בצד היתרונות הרבים של ההסדר המוצע, המכיר בזוגיות מבלי להכפיפה לדין האישי על סייגיו ונטליו, החוק אינו נקי מבעיות שאם לא יינתן להן מענה עלול החוק להפוך לאות מתה. האתגר הגדול ביותר הוא סוגיית הנישואין כהלכה, ובעיקר החשש שמא הטקס בפני הרשם יוכר כנישואין על פי ההלכה היהודית, וכך פרדת בני הזוג בעתיד שלא באמצעות גט תגרור אחריה פסולי חיתון עתידיים. המאמר עומד על קושי זה ובוחן קשיים נוספים שמעוררת שתיקתו של החוק בעניינים נוספים, כגון היחס בין המודל המוצע למודלים האזרחיים הקיימים למיסוד זוגיות, ההשלכות הפרשניות של אי-רישום במרשם, הדינים המהותיים שיחולו על בני זוג, עילות הגירושין, מזונות אישה וילדים ועוד. המאמר מעלה הצעות להתמודדות עם כל אחד מאתגרים אלה, כדי לשפר את

יכולתו של החוק לקדם וליישם את מטרותיו הראויות במציאות הסבוכה של דיני המשפחה בישראל.

ברשימתה "על ההבדל בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק 'הפליה בדיוק וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות'" מספקת מיטל פינטו לקורא מבט ביקורתי על ספרו האחרון של גרשון גונטובניק. המחברת טוענת כי משנתו של גונטובניק, המבקשת להבחין בין "חומות משפטיות אסורות" לבין "גדרות חברתיות מותרות", מבטאת חריגה מהעמדה הדומיננטית בספרות העוסקת במתן הגנה משפטית לקבוצות תרבותיות. לעומת העמדה המקובלת, התומכת במתן הגנה משפטית לקבוצות תרבותיות שהן קבוצות מיעוט, מניח גונטובניק שהזכות לתרבות משתרעת על כל קבוצה תרבותית באשר היא. פרשנות מרחיבה זו, כך טוענת הרשימה, חוטאת לתכליתה של הזכות לתרבות, שהיא הגנה על האוטונומיה של קבוצות מיעוט והבטחת האינטרס הלגיטימי שלהן להתמודד בתנאי תחרות הוגנים בתרבות הרוב הדומיננטית. חולשה זו קשורה לחולשה אחרת שמזהה הרשימה בתזה של גונטובניק – טשטוש ההבחנה המושגית החשובה בין הזכות לתרבות לבין הזכות להתאגדות. הזכות להתאגדות רחבה יותר מבחינת היקף תחולתה, ואילו הזכות לתרבות חזקה יותר מבחינת כוחה לגבור על זכויות אחרות, ובייחוד הזכות לשוויון.

חותמות את הגיליון שתי "סקירות דין". בראשונה שבהן – "התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי – 2012–2014" – סוקר אורן גול-איל את השינויים הגלויים – והסמויים – שחלו בשנים האחרונות במערכת הצדק הפלילי בישראל. המחבר מראה כי בצד התיקון הבודד לחוק העונשין (תיקון 113) התרחשו מאחורי הקלעים תהליכים חשובים נוספים. בתחום המעצרים סוקר המאמר את השפעותיה של תכנית ניהול משטרתית בשם "מפנה", שאף שאינה מעוגנת בחקיקה או בפסיקה, השפיעה השפעה של ממש והביאה, בין היתר, לעלייה ניכרת בהיקף השימוש במעצר עד תום ההליכים. מנגד, דווקא בתחום גזירת הדין, שבו התיימר המחוקק לערוך שינויים מפליגים, אין ניכרים בשטח השינויים המיוחלים. המרכיבים הצורניים של תיקון 113, כגון עצם קביעתו של מתחם ענישה והבניית ההנמקה של גזירת הדין, אמנם אומצו בפסיקה, אך המאפיינים המהותיים יותר של התיקון – העלאת מעמדם של שיקולי השיקום וההגנה על הציבור והפחתת מעמדו של שיקול ההרתעה – רוקנו מתוכנם במידה רבה. לבסוף, בתחום החלופות למשפט הפלילי מתוארים, מחד גיסא, תהליכים שיושמו בלא חקיקה, כגון הקמת בית משפט קהילתי ראשון בישראל ונוהל ההטיה של תיקים, ומאידך גיסא רפורמה חקיקתית לסגירת תיק בהסדר שיישומה צומצם מאוד בעקבות התנגדות משטרתית. באמצעות דוגמות אלה חושף המאמר את כוחו המוגבל של המחוקק לעומת כוחם הרב של גורמי האכיפה והתביעה להניע או דווקא לרסן תהליכים במערכת הצדק הפלילי.

סקירת הדין השנייה, החותמת את הגיליון, מפנה מבט לעבר תחום דיני העבודה. פאינה מילמן-סיון בוחנת ברשימתה "הזכות לחופש התארגנות בראי ערכי הדמוקרטיה – התפתחויות בשנת תשע"ד" סדרה של התפתחויות משמעותיות חשובות שחלו במשפט העבודה הקיבוצי בכלל ובדיני ההתארגנות הראשונית בפרט, בשני מישורים: ראשית, הסקירה מאירה התפתחויות חשובות בדוקטרינת חופש ההתארגנות, כגון בשאלה מיהו ארגון עובדים, מהם כללי ההתנהלות הראויים בהתארגנות ראשונית ובהתמודדות בין-ארגונית, מהו גדר אחריותו של המעסיק בתקופת ההתארגנות של עובדיו, ומהו אופי החבות המוטלת בגין פגיעה בחופש ההתארגנות של עובדים. הסקירה מצביעה על תפקידו החשוב והחיובי של בית הדין לעבודה בהגנה העקיבה והברורה על האינטרס להתארגנות ראשונית; שנית, הסקירה מפתחת טיעון עיוני החורג מתחומי דוקטרינת ההתארגנות הראשונית: הטענה היא כי פסיקותיו של בית הדין מתיישבות היטב עם תפיסה רפובליקנית-השתתפותית (דליברטיבית) של דמוקרטיה. לפי תפיסה זו, ארגוני העובדים נועדו לייצר מסגרת ראויה לדיון פנימי באינטרסים המשותפים לעובדים כקבוצה ולא רק לקדם את השמירה על האינטרסים של כל אחד מהפרטים (העובדים) בנפרד. תפיסה זו הולמת פחות את התפיסה הליברלית הקלאסית, המדגישה את ההליך כאמצעי לאגרגציה מיטבית של האינטרסים של יחידים קבוצה. טענה זו מודגמת באמצעות ניתוח בהלכת פלאפון, והיא מאירה ומדגישה את הצורך בהמשך פיתוחו – במסגרת משפט העבודה הקיבוצי – של חקר הקשר בין דוקטרינות מחופש ההתארגנות לבין ערכי הדמוקרטיה, ובעיקר מודל הדמוקרטיה ההשתתפותית.

בשולי דבריי אבקש לעדכן את קוראינו במפעל חשוב שכתב העת שוקד עליו בימים אלה וימשיך לשקוד עליו בחודשים הבאים. מדובר בקובץ מאמרים בשם "ספר שלו – עיונים בתורת החוזה", אשר עתיד להעלות על נס את פועלה האקדמי, החינוכי והציבורי של פרופסור 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, אשר יציעו מבט מקורי על דין החוזים ועל המנשק בינו לבין תחומי דעת ומשפט המשיקים לו.

בהזדמנות זו אבקש להודות מקרב לב לסגנית העורך, אור פי-אל, אשר במהלך שנה ומחצה שימשה יד ימיני בניהול מערכת כתב העת. אור הייתה שותפה מלאה ליזמות ולמהלכי ייעול שקידמנו יחד בתקופה זו. היא ניהלה את המערכת במסירות רבה, ביעילות, בחן ובנועם הליכות, ועל כך אני חב לה תודה עמוקה. לצדה יבואו על הברכה והתודה דניאל תרזי, מחליפתה של אור בתפקיד סגנית העורך, מר אפי צמח, המשמש עורך המשנה של כתב העת, ומאיר ירום, שהצטרף השנה לכתב העת כסגן עורך לעניינים אקדמיים. 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. לבסוף נעלה כאן תודה מיוחדת לקוראות ולקוראים האנונימיים של המאמרים שתומתם חיונית להצלחתנו, להוצאת נבו ובמיוחד לגברת טלי פלד ולעורכת הלשון, הגברת יהודית ידלין, וכמובן – לכותבות ולכותבים שהעשירנו בגיליון זה.

אני מאחל לכל קוראינו עיון מהנה וקיץ נעים,
יהודה אדר