

# דין ודברים



אוניברסיטת חיפה • הפקולטה למשפטים

# דין ודברים

כתב עת משפטי בין תחומי

כרך ז • חוברת 2  
שבט תשע"ד • ינואר 2014

עורך ראשי

רונן פרי

סגנית עורך

גילת אברהם (תשע"ב)

ענבר רוט-שניר (תשע"ג)

חברות וחברי המערכת

אלדה אסקלסקי, יעל גנזר, צליל דניאלי, רן המר, מיכאל לחמי, עלא מחאמיד, תמר  
מסטבאום, שניר נגולה, דניאל פלד, עמית פלדמן, יסער פליס, רומן צ'רני, ענבר  
רוט-שניר, ירום שגן, עפרה שושן (תשע"ב)

יעקב באיירסקי, ליהי גודס, שירה גליקסמן, מירב יונג, גל לביא, אילנה נק,  
רפי סבג, גל קרן, דיאנה קרקוז, לירן שגיא (תשע"ג)

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](mailto: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](mailto: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](mailto:nevo@nevo.co.il)

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

הפקה: טלי פלד  
דפוס: נבו הוצאה לאור  
נדפס בישראל

## תוכן העניינים

197	דבר העורך
203	על המחברים והמחברות
	<b>ראיון</b>
205	שירה כהן בליימן, ריאיון עם אילה פרוקצ'יה איתי מור
	<b>מאמרים</b>
267	עילי אהרנסון משפט פלילי, ריבוד אתני ולגיטימציה פוליטית: בין ייצוגיים קולנועיים לרפורמה מוסדית
309	יונתן יובל על אתיקת שיח ומניפולציות פרשניות מ"תנורו של עכנאי"
341	דורון מנשה, שי אוצרי ההבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים
369	אורית נינאי-קליין, אורן פרז על פרוצדורה, תכלית ושיקול דעת שיפוטי בדיני נזיקין: בחינת ההסדרים למינוים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף
425	רוני רוזנברג שידול במחדל – האומנם אפשרי הוא?
467	יעד רותם כשרות מוגבלת (פונקציונלית) של אישיות משפטית מלאכותית – עיון מחודש בע"א 98/80 נציגות הבית המשותף רחוב רבי עקיבא 77 לוד נ' קדמת לוד בע"מ, פ"ד לו(2) 21 (1981)



## קוראות וקוראים יקרים,

דין ודברים הוא כתב עת משפטי כללי עם אוריינטציה רב-תחומית, דהיינו כתב עת שאינו מגביל עצמו לתחומי משפט מסוימים, ומחויב לפלורליזם מתודולוגי. מאפיינים אלה מעניקים לנו גמישות רבה בבחירת תכנים בלי התפשרות על איכותם. מדי שנה מוגשים לכתב העת עשרות כתבי יד, פרי עטיהן של חוקרות מובילות של המשפט ושל תחומי דעת אחרים המשיקים למשפט, ואלה עוברים תהליך שיפוט דו-שלבי: בשלב הראשון מתבצעת הערכה ראשונית על ידי העורך הראשי, סגניתו וחברי המערכת. בשלב השני מאמרים שצלחו את הסינון המקדמי עוברים שיפוט אצל קוראות וקוראים אנונימיים בעלי המומחיות הנדרשת. שיעור דחיית המאמרים גבוה מאוד, וגם כותבים שמאמריהם מתקבלים לפרסום נדרשים תדיר לבצע תיקונים כדי להבטיח עמידה באמות המידה הקפדניות של כתב העת. מאמרים שהוגשו ללא הזמנה מאוגדים בחוברות כלליות. נוסף על כך יוזם כתב העת, מעת לעת, חוברות סימפוזיון המבוססות על כינוסים שמתקיימים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, או מתמקדות בנושאים המצויים בתחומי המומחיות והעניין של העורכים. חרף גילו הצעיר נהנה כתב העת מהערכה רבה, הן בקהילייה האקדמית והן בקהילייה המקצועית-המשפטית. זו באה לידי ביטוי, בין היתר בהסתמכות הולכת וגוברת על מאמרים שפורסמו בדין דברים בספרות האקדמית – המשפטית והלבר-משפטית – ובפסיקת בתי המשפט.

אנו שמחים להעמיד לעיונכם את חוברת ז(2), המאגדת מאמרים שהוגשו לשיפוט בשלהי שנת התשע"ב ובמהלך שנת התשע"ג. בשבועות הקרובים תראה אור גם חוברת ח(1), המבוססת על הרצאות שניתנו בכנס שנת המשפט שנערך באוניברסיטת חיפה לפני כשנה. חברות וחברי המערכת אף שוקדים בשעה זו על הכנתה לפרסום של חוברת ח(2), אשר תכלול ריאיון מרתק עם השופט אליעזר ריבלין לרגל פרישתו לצד כתבי היד הזוכים ב"פרס קבוצת לייקס החזקות" למאמרים מצטיינים בתחום אסדרת התקשורת הדיגיטלית, אשר הוצגו בכינוס שארגן עמיתי ד"ר טל ז'רסקי, ומאמרים נוספים שעברו תהליך שיפוט קפדני, כמקובל בכתב העת.

\*

מאז היווסדו נוהג כתב העת דין ודברים לערוך ריאיון עומק מקצועי עם שופט או שופטת בית המשפט העליון שפרשו לגמלאות זה לא כבר. חוברת זו נפתחת בריאיון נדיר באיכותו שערכו שירה כהן-בליימן ואיתי מור, בהיותם תלמידי השנה הרביעית בפקולטה למשפטים, עם השופטת בדימוס אילה פרוקצ'יה לרגל פרישתה מכס השיפוט באביב 2011. בריאיון זה השיבה השופטת בגילוי לב על שאלות הנוגעות לעשייתה השיפוטית ולענייני השעה. בין הסוגיות המשפטיות שמעורר הריאיון מצויות ההתנגשות בין האינטרס של ביטחון המדינה לבין זכויות יסוד של הפרט, שאלת גבולותיהן של זכות ההפגנה (במיוחד לאור המחאה החברתית של קיץ 2011) והזכויות החוקתיות לכבוד

ולחינוך, הסטטוס קוו בענייני דת ומדינה (ובפרט פתיחת בתי קולנוע בשבת וגיוס תלמידי הישיבות), סוגיות מאתגרות בדיני האימוץ, דיני לשון הרע וגבולות הביקורת השיפוטית על שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. עוד נדונו מקומם של עורכי הדין בחברה הישראלית, התנהגות עורכי הדין בבתי המשפט, ייחוד פעולות למקצוע והצפת שוק עורכי הדין. השופטת אף התייחסה לשאלת היחסים שבין מערכת המשפט לבין התקשורת ולשאלות אישיות על שנותיה כשופטת ועל תכניותיה לעתיד.

מאמרו של עילי אהרונסון, "משפט פלילי, ריבוד אתני ולגיטימציה פוליטית: בין ייצוגיים קולנועיים לרפורמה מוסדית", דן בהיבטים אמפיריים, פרשניים ונורמטיביים של האופן שבו דפוסי ריבוד אתני משפיעים על שיעורי הפשיעה ושיעורי הוויקיטימיזציה בקרב מיעוטים אתניים, ועל מידת האמון שלהם במערכת אכיפת החוק. זאת באמצעות עיון בתמות משותפות המוצגות בכתיבה על סוגיה זו בתחומי הסוציולוגיה של המשפט והקרימינולוגיה ובסרטים המעניקים לה ייצוג קולנועי. כדוגמה לייצוגיה של סוגיה זו בקולנוע הֶרְאֵלִיסְטִי העכשווי מתמקד המאמר בסרט "עג'מי", המציג פרשנות של המקום שמערכת האכיפה הפלילית תופסת בהווייתם ובתודעתם של צעירים המשתייכים לקהילות אתניות מוחלשות. המאמר מדגיש שתי תמות מרכזיות: הראשונה עוסקת בחשיבותו של רכיב הלגיטימציה בכינון התנאים המאפשרים למערכת המשפט לאכוף את החוק באופן אפקטיבי. המאמר מנתח את האופן שבו גורמים מוסדיים, פוליטיים ותרבותיים הנוטעים במבנה הריבוני המעצב את מתכונת היחסים שבין הרוב היהודי למיעוט הערבי בישראל, מגבילים את יכולתה של מערכת המשפט להתמודד עם האתגרים הכרוכים בלגיטימציה של פעולותיה; התמה השנייה עוסקת בהזנה ההדדית שבין סימפטומים שונים של המבנה הריבוני הקיים (שיעורי פשיעה וויקיטימיזציה בקרב המיעוט הערבי וגירעון הלגיטימציה של מערכת המשפט), ובדילמות הנוגעות לייצוג התרבותי והפוליטי של הזיקות ההדדיות שבין סימפטומים אלה. לבסוף בוחן המאמר מודלים שונים של רפורמה העשויים לצמצם את הבעיות המתוארות בסרט "עג'מי" ובכתיבה המחקרית העוסקת בהשפעתו של הריבוד האתני על דפוסי האכיפה של המשפט הפלילי, תוך ניתוח השיקולים המשפיעים על סיכויי מימושם במציאות הישראלית.

יונתן יובל מציע במאמרו "על אתיקת שיח ומניפולציות פרשניות מ'תנורו של עכנאי'" פרשנות חדשה לסיפור התלמודי "תנורו של עכנאי" כבסיס להבנת אתיקת השיח הדיאלוגית של ההלכה וכמקרה בוחן לתובנה כללית בדבר עצמאותם הטקסטואלית של סיפורים בשיח משפטי. חלקו הראשון של המאמר טוען שלסיפורים אין התחלה וסוף "טבעיים", עובדתיים, המנותקים מהמפגש הפרשני עמם. בידוד הטקסט הרלוונטי אינו "זיהוי" של עובדה אלא מניפולציה הרמנויטית הטעונה הצדקה, ולכן בידוד הטקסט אינו מטרים את המפגש הפרשני ואינו יכול להיות תנאי לפרשנות תקפה. חלקו השני של המאמר מציע קריאה שונה מהמקובל של "תנורו של עכנאי", שלפיה ה"חטא" שבשלו



לקו הדמויות העיקריות משני המחנות בסיפור אינו מאבק על סמכות פרשנית אלא פרישה מן הדיאלוג והשיח הרציונלי לטובת מעשי נסים מצד אחד (כוחניות מיסטית) ונידוי של עמדות מיעוט מצד אחר (כוחניות מוסדית). פרשנות זו נסמכת בין השאר על תבניות הוכחתיות וסיפוריות כלליות (zero knowledge proof) ונבואה מצדו של רבי אליעזר, והתבנית של משימה אתית, quest, באשר לחכמי יבנה).

דורון מנשה ושי אוצרי דנים במאמרם "ההבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב דברים" בשאלת ההבחנה בין טעות בדין לבין טעות בעובדה בהגנות המשפט הפלילי. המאמר מבקר תחילה את התפיסה המקובלת של ההבחנה בין טעות בדין לטעות בעובדה, המבוססת על השאלה אם מדובר בטעות באשר לדבר שאפשר לתפסו באמצעות החושים. המאמר מראה שתפיסה זו בעייתית מכיוון שמקרים פרדיגמטיים של טעות בדין יכולים לנבוע גם הם מטעות לגבי דברים מוחשיים. מנגד, עובדות מוסדיות אינן ניתנות לתפיסה באמצעות החושים. לאחר מכן מציע המאמר מבחן חדש המתבסס על הרציונל של עידוד הציות לחוק. המבחן החלופי הוא דר-שלבי: בשלב הראשון יש לזהות את האיסור הפלילי. האיסור הפלילי הוא הנורמה הנובעת מכלל הסימנים ש- (1) עיקר תכלית עשייתם הוא במילוי פונקציה במסגרת מוסד המשפט; (2) אינם רכיבי המשמעות היחידאיים, כגון שמות פרטיים (names proper), הצבעה, תיאורים מיידעים יחידאיים וכיוצא באלה. בשלב השני יש להבחין בין טעות בדין לטעות בעובדה כך: (1) טעות בדין היא המחדל להסיק כי האיסור הפלילי חל על סט נתון של עובדות אם תחולה זאת נובעת ממובנו של האיסור הפלילי, כפי שזוהה לעיל; (2) טעות בעובדה היא טעות באשר לקיומו (או חוסר מודעות באשר לקיומו) של סט העובדות כאמור.

במאמרם "על פרוצדורה, תכלית ושיקול דעת שיפוטי בדיני נזיקין: בחינת ההסדרים למינוים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף" דנים אורית נינאי-קליין ואורן פרו באופן שבו שופטים מפעילים שיקול דעת כדי לתת מענה לדילמות אפיסטמיות-אמפיריות (בעיקר הצורך לבקר את עדותם של מומחים רפואיים ולהכריע לעתים בין עדויות סותרות) ובאופן שבו ההסדרים הפרוצדורליים השונים לעניין עדות מומחים, שקיימים בדיני הנזיקין הישראליים, משפיעים על הפעלת שיקול הדעת השיפוטי. המאמר בוחן בחינה ביקורתית את התפיסה שלפיה ריבוי הדעות המובא בפני בית המשפט והיכולת להעמידן למבחן באמצעות ההליך הדיוני משרתים את ערך גילוי האמת. המאמר בוחן תזה חלופית, שלפיה ההכרעה השיפוטית מבוססת על שימוש ביוריסטיות שמחליפות את הבחינה המעמיקה של הראיות לנוכח המגבלות והלחצים הפרגמטיים שחיי המעשה מציבים בפני בתי המשפט. כמו כן בוחן המאמר באופן אמפירי את הזיקה שבין המשטר הפרוצדורלי לבין יכולתם של דיני הנזיקין להגשים את תכליתם. כדי לתת מענה לשאלות אלו המאמר בוחן את שני המשטרים הנוהגים בישראל בעניין עדות מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף. המאמר מבחין בין תביעות מכוח חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים לבין תביעות הנסמכות על פקודת הנזיקין ובוחן

אמפירית את יעילותם היחסית ואת תרומתם האפיסטמית. המחברים טוענים כי ממצאי המחקר תומכים בהנהגת רפורמה בהסדרים לעניין מינוי מומחים רפואיים לקביעת הנזק בתביעות נזקי גוף, אשר תחיל את ההסדר שנהוג בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים גם בתביעות נזיקיות אחרות.

מאמרו של רוני רוזנברג, "שידול במחדל – האומנם אפשרי הוא?", טוען כי אף אם אפשר לשדל אדם ללא כל תנועה גופנית (למשל באמצעות שתיקה), ראוי לעתים לסווג שידול זה כמעשה ולא כמחדל, שכן הגדרת מעשה ומחדל אינה כפופה למבחן התנועה הגופנית. על פי גישה זו ייתכנו מקרים שבהם אדם שתק ולא הזיז את גופו, ובכל זאת תסווג התנהגותו מבחינה משפטית כמעשה, ולעומת זאת ייתכנו מקרים שבהם אדם הזיז את גופו, ובכל זאת תסווג התנהגותו כמחדל באופן המחייב זיהוי חובה לפעול. עמדה זו נשענת על רציונל יצירת הסיכון, שלפיו מעשה משמעו התנהגות היוצרת סיכון, ואילו מחדל משמעו התנהגות המאפשרת לסיכון להתממש אך אינה יוצרת אותו. בהמשך מציג המאמר שני דגמים של היעדר תנועה גופנית במשפט הפלילי: האחד הוא "היעדר תנועה מאפשר", כלומר היעדר תנועה שרק מאפשר לסיכון להתממש אך אינו יוצר אותו, והשני הוא "היעדר תנועה יוצר", כלומר היעדר תנועה שלא רק מאפשר לסיכון להתממש אלא יוצר את הסיכון מלכתחילה. הטענה המוצגת במאמר היא שכאשר מדובר בשתיקה מן הדגם השני, מבחינה משפטית מדובר במעשה ולא במחדל, ושהמצבים העובדתיים שלגביהם נטען שמדובר בשידול במחדל הם מצבים של שידול במעשה, משום שהם משתייכים לדגם השני. חלקו האחרון של המאמר מראה כי עמדת הפסיקה הישראלית אינה אחידה בנוגע להגדרת המעשה והמחדל, וכי לפחות חלק מהשופטים סבורים שלעתים ניתן לסווג גם היעדר תנועה גופנית כמעשה לצורך המשפט הפלילי.

במשפט הישראלי ניתן למצוא ניתוח עיוני של תופעת האישיות המשפטית הנפרדת, תיאור המשמעויות הכלכליות-מימוניות הנובעות מהכרה בה ודיון בשאלת קיומה בכמה מקרי גבול. אולם טרם הובהר האופן שבו יש לקבוע את היקף כשרותה של אישיות משפטית "מלאכותית" בעלת כשרות מוגבלת, כמו נציגות בית משותף, ואת תכליתה של החקיקה המעניקה לאישיות המלאכותית כשרות משפטית. מאמרו של יעד רותם, "כשרות מוגבלת (פונקציונלית) של אישיות משפטית מלאכותית", מבקר את האופן שבו הוכרעה שאלה זו בע"א 98/80 נציגות הבית המשותף רחוב רבי עקיבא 77 לוד נ' קדמת לוד בע"מ. המאמר מצביע על טעות מתודולוגית כללית בפסק הדין שעניינה היעדר הבחנה, בהקשר של שאלת הכשרות ה"מלאכותית", בין מישורי ניתוח שונים, אשר מכל אחד מהם בנפרד יש לגזור מסקנה בדבר קיומה או היעדרה של כשרות מלאכותית. למשל, בית המשפט לא הבחין בין מערכת היחסים שהצדדים לה הם יחידי האישיות המשפטית (שם היה מדובר בדירי הבית המשותף עצמם) לבין מערכת יחסים אחרת, שהצדדים לה הם האישיות המשפטית המלאכותית עצמה והצד השלישי (שם הייתה זו חברה קבלנית שנתבעה על ידי הנציגות). בשל טעות מתודולוגית זו החמיץ בית המשפט

בפרשת קדמת לוד את זיהויה של בעיית טפילות במישור היחסים שבין דיירי בית משותף, אשר הצריכה פירוש תכליתי שונה מזה שאומץ, לצורך קביעת כשרותה המלאכותית של הנציגות. על יסוד הדיון בטעויות אלו מדגיש המאמר את הצורך באימוץ גישה פונקציונלית לפירוש חקיקה המעניקה כשרות מלאכותית.

\*

אני מבקש להודות מקרב לב לסגניות העורך, גילת אברהם (התשע"ב) וענבר רוט-שניר (התשע"ג), על עבודתן המסורה והקפדנית. אני מודה לחברות וחברי מערכת "דין ודברים", אשר תרמו תרומה מהותית לתהליך הסינון של המאמרים, להשבחתם המהותית ולהכנתם לפרסום. חברות וחברי המערכת של כתב העת נמנים עם התלמידים הטובים ביותר של הפקולטה, ונבחרים על פי קריטריון של הצטיינות יתרה ועקיבה. הואיל ומערכת כתב העת הייתה מאז היווסדו הקטנה מכל מערכות כתבי העת המשפטיים בארץ, העומס המושת על כתפי עשרת החברים והחברות גדול באופן יחסי, והם ראויים להוקרה על עמידתם האיתנה. תודתי נתונה גם לקוראות ולקוראים האנונימיים של המאמרים, להוצאת נבו – ובמיוחד לטלי פלד ולעורכת הלשונית יהודית ידלין – וכמובן לכותבות ולכותבים.

קריאה מהנה ומעניינת ושנה אזרחית טובה,  
רון פרי