

על דיני ההגבלים העסקיים

(על "דיני ההגבלים העסקיים" יצחק (צחי) יגור)¹

מאיר חת *

עד סוף שנות השמונים היו דיני ההגבלים העסקיים ענף משפט שהשפעתו על התנהלות החיים הכלכליים בישראל הייתה שולית למדי. בין הגורמים לכך היה החוק משנת 1959², שהתייחס בצורה מפורטת — גם אם לא מוצלחת במיוחד — רק לאחד ההגבלים העסקיים, ל"הסדר הכובל". ההתייחסות ל"מונופולין" הייתה מצומצמת ולא יצרה מנגנון פיקוח יעיל, ואילו ה"מיווג" לא זכה כלל לטיפול. גורם נוסף לחולשת הטיפול בהגבלים עסקיים היה היעדרו של מנגנון אכיפה יעיל. אמנם מונה ממונה על ההגבלים העסקיים, אולם מעמדו כפקיד במשרד המסחר והתעשייה, והסמכויות המוגבלות שהוענקו לו בחוק, הגבילו מאוד את יעילות אכיפת החוק, עובדה שמבקר המדינה הצביע עליה לא אחת בכיקורות שערך במשרד הממונה³. אולם הגורם החשוב ביותר לכך שהשפעתו של חוק ההגבלים העסקיים על החיים הכלכליים הייתה מוגבלת הוא מבנה הפעילות הכלכלית בישראל, ובמיוחד המעורבות מרחיקת הלכת של הממשלה בענפי משק רבים באמצעות פיקוח על מחירים, פיקוח בשוק מטבע חוץ, שליטה בשוק ההון ועוד. מעורבות זו פחתה במחצית השנייה של שנות השמונים עם הליברליזציה בשוק ההון וחשיפת המשק לייבוא מתחרה. כשנחקק החוק הישן היה המשק הישראלי בשלבים מוקדמים של התפתחותו התעשייתית ובענפים רבים לא הייתה משמעות רבה לתחרות, שחוק ההגבלים העסקיים אמור להגן עליה. במקרים לא מעטים תמכה הממשלה באישורם של הסדרים כובלים שנועדו לאפשר ליצרנים בענפים שונים לתאם מחירים ולחלק מכסות ייצור בשוק המקומי על מנת שיוכלו להתחרות במחיר בשוקי הייצוא⁴.

- * פרופסור למשפטים, בית הספר למשפטים המסלול האקדמי של המכללה למינהל.
- 1 "יגור דיני ההגבלים העסקיים (מהדורה שלישית, תשס"ב). הספר יצא לאור בהוצאת ניר ספרות משפטית בע"מ.
 - 2 חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט–1959 (להלן: "החוק הישן").
 - 3 בדו"ח השנתי של מבקר המדינה לשנת 1968, בע' 339 נאמר: "הממצאים מצביעים על כך שבשטח הפיקוח על ההגבלים העסקיים, שיכולה להיות לו השלכה על ייעול המשק, הבלתי עשוי מרובה על העשוי".
 - 4 ראו לדוגמה בהחלטות המוצעה לפיקוח על הגבלים עסקיים — ה/202 לכידי ישראל בע"מ

אחד הליקויים הבולטים בחוק הישן היה ההגדרה הרחבה מאוד של "הסדר כובל" אשר לא הבחינה בין הסדרים שיש להם השפעה על התחרות בשוק לבין הסדרים בין שני בעלי עסקים קטנים שהשפעתם זניחה⁵. למרות ביקורת שנמתחה על החוק על ידי בתי המשפט⁶ ועל ידי מלומדים⁷ לא נעשו בו אלא תיקונים קטנים עד שהוחלף בשנת 1988⁸. חקיקתו ציינה פתיחת עידן חדש בהתייחסות להגבלים עסקיים במשק הישראלי ובאכיפתו של החוק. תרמו לכך שינויים מהותיים במבנה החוק, בעיקר בפרקים הנוגעים למונופולין ולפיקוח על מיזוגים, הרחבה משמעותית בסמכויות הממונה על ההגבלים העסקיים וארגון מחדש של משרד הממונה.

אחד מסימני ההיכר של התקופה שקדמה לחוק החדש היה מיעוט יחסי של פסיקה על ידי המועצה להגבלים עסקיים ועל ידי בית המשפט העליון (לממונה עצמו לא היו סמכויות החלטה שהקנה לו החוק החדש). גם ההתייחסויות לחוק ולפסיקה בכתבי העת המקצועיים היו מועטות יחסית. לא בכל בתי הספר למשפטים היו דיני ההגבלים העסקיים בין מקצועות הלימוד, ולא היה בנמצא ספר יסוד בעברית העוסק במקצוע⁹.

השינוי שחל במעמד של דיני ההגבלים העסקיים היה תוצאה משולבת של החלפת החוק, של שינויים במעמד הממונה וביזמות שנקט הממונה החדש, וכן של שינויים שחלו במבנה המשק הישראלי ובגישת הממשלה לחשיבותם של שווקים תחרותיים לצמיחת המשק ולהשתלבותו בכלכלה הגלובלית. החלטות הממונה מכוח הסמכויות שהוקנו לו בסעיפים 14 ו-43 לחוק ופסיקות בית הדין ובית המשפט העליון בעדרים על החלטותיו, העמידו לרשות ציבור העוסקים בתחום ההגבלים העסקיים דיונים מקיפים בסעיפי החוק וביישומם¹⁰. גם העיסוק האקדמי בתחום זה התרחב, ובשנת 1996 פורסם לראשונה ספר מקיף שעניינו דיני ההגבלים העסקיים, ספרו של יצחק (צחי) יגור¹¹. העובדה שתוך מעט למעלה

נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פ"מ תשמ"ח 158; הע"ע 174/292/88 יצהר חרושת שמנים ישראלית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פ"מ תשמ"ה 126.

5 סעיף 2 לחוק הישן קובע כי "הסדר כובל" הנו: "הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים הבא למנוע או להגביל, במפורש או מכללא, את אחד הצדדים להסדר, באחד הענינים המנויים להלן לגבי מצרך או לגבי שירות".

6 בע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 824, 829 אומר השופט לנדוי: "כבר העירו על כך שהחוק הישראלי מצטיין בקשיחות יתרה בהוראותיו על הסדרים כובלים".

7 L. Kestenbaum "Israel's Restrictive Trade Practices Law: Antitrust Misadventures in a Small Developing Country" 8 *Isr L. Rev.* (1973) 411; M. Shefer "A Critique of the Implementation of the Trade Restraints Law in Israel" 16 *Antitrust Bull.* (1971) 415.

8 חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: "החוק").

9 כמה מן הרשימות הראשונות שעסקו בחוק הופיעו דווקא בכתבי עת זרים. ראו מאמרו של: Kestenbaum, *supra* note 7, at p. 411, n. 1.

10 ההחלטות פורסמו בארבעה קבצים שהופיעו עד עתה בהוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, והן מתפרסמות באופן שוטף באתר האינטרנט של רשות ההגבלים העסקיים: [http://www.antitrust.gov.il] (last visited on 29/5/04).

11 יגור, לעיל הערה 1.

מחמש שנים הוציא יגור שלוש מהדורות של הספר, מלמדת על הקצב המהיר מאוד של התפתחות הדין והפסיקה בישראל, זאת בזמן שגם בעולם חלים שינויים לא מעטים עם ריבוי המדינות שהחלו לטפל בהגנה על התחרות באמצעות חקיקה והפעלת מנגנוני אכיפה. הגלובליזציה והגידול בפעילותן של חברות רב לאומיות הציבו גם הם אתגרים חדשים בפני רשויות האכיפה במדינות השונות ובפני הגופים הפועלים לקידום הסחר הבינלאומי.

מבנה ספרו של יגור תואם את מבנה החוק: חלקו הגדול מוקדש להסדר הכולל לצורותיו השונות, שני פרקים מרכזיים נוספים עוסקים במיוזגים ובמונופולין. פרקי המשנה עוסקים בהגדרת השוק לצורך דיני ההגבלים העסקיים ולהסדרי האכיפה של החוק.

מחבר ספר שאמור להקיף נושא רחב היקף, דוגמת דיני ההגבלים העסקיים, ניצב בפני החלטות לא קלות בשאלה מה יכלול בו ואת מה ישמיט משיקולי רוחב היריעה. כשמדובר בנושא ההגבלים העסקיים בישראל יש קושי בהחלטה איזה מקום יוקדש לרקע הכלכלי לפיקוח על הגבלים עסקיים בכלל, ובישראל במיוחד, ומה תהיה מידת ההתייחסות למשפט המשווה. יגור עומד, בדרך כלל, בכבוד במבחן ההחלטה מה לכלול בספרו (המשתרע על פני קרוכ ל-800 עמודים, בתוספת מפתחות ותוכן עניינים) בתחומי הרקע הכלכלי והמשפט המשווה. עם זאת, חסר לדעתי ניתוח כלכלי מקדים להסבר הצורך בחקיקה להגנת התחרות, שהרי התאוריה הכלכלית של "תחרות משוכללת" (Perfect Competition) מבוססת על היעדר התערבות כלשהי בפעולת השווקים שאמורה להביא להשגת אופטימום כלכלי. הסיבה לסתירה, לכאורה, בין תאוריה המבוססת על אי-התערבות בפעילות השווקים לבין חקיקה מתערבת המיועדת להגנת התחרות היא שהתנאים¹² לקיומה של "תחרות משוכללת" אינם מתקיימים בפועל. קיומם של "כשלי שוק" מביא לכך שלא אמצעים למניעתם עלולה התחרות בשווקים להשתבש או להיעלם כליל. כאשר בוחנים את הוראות החוק לטיפול בהגבלים העסקיים השונים חשוב להכיר את כשלי השוק שהחוק בא להתמודד עמם.

יגור כולל בפרקי הספר הפניות ולוונטיות לדין האמריקאי ולמשפט הקהילייה האירופית, שתי שיטות המשפט החשובות בתחומי ההגבלים העסקיים כיום. חבל, עם זאת, שלא הקדיש מקום רב יותר לדין האנגלי שהחוק הישן היה מבוסס עליו. היה מעניין להציג את המשך התפתחות החקיקה האנגלית שהמשפט הישראלי לא הלך בעקבותיה. אגב, יגור טועה באומרו כי "היכולת להכשיר "הסדר כובל", חרף היותו כובל, באמצעות הליך מיוחד בבית הדין להגבלים עסקיים... שבו ייבדק ההסדר לגופו... שאובה מהמתכונת הנהוגה בדיני התחרות של האיחוד

12. תנאי תחרות משוכללת כוללים: מספר רב של מוכרים וקונים שאינם מתארגנים לחיאום פעולה ביניהם, חופש כניסה לשוק ויציאה ממנו, מצר הומוגני (כידול מצרים מאפשר ליצרן השפעה על המחיר) וקיום מידע הדרוש לקבלת החלטות רציונליות. מ' חת מבוא לכלכלה – גרסה ישראלית (מהדורה שנייה, תשנ"ז) 73–77.

האירופי"¹³. ההסדר שנקבע לעניין זה בחוק הישן, שנשאר כמעט ללא שינוי בחוק הקיים, שאוב מן החוק האנגלי משנת 1956 שקדם לאמנת רומא. ניתן ללמוד מן הפסיקה האנגלית גם בנוגע ליישום השיקולים של "טובת הציבור" שיש להוכיח לשם קבלת הפטור¹⁴.

ה"הסדר הכובל" הוא ההגבל העסקי השכיח ביותר, אך השינויים שהכניס החוק החדש בנוגע להגבל זה לא היו מהותיים – כפי שניתן היה לצפות – בשים לב לביקורת שנמתחה על החוק הישן בשל רוחב הגדרת "הסדר כובל", כפי שהזכרנו לעיל. יגור מציין בצדק כי סעיף 2(א) לחוק מסייג את רוחב ההגדרה בקובעו כי "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר" (הדגשה שלי – מ.ח.). אולם, סעיף 2(ב) לחוק מצמצם מאוד את מידת הגמישות בקובעו "חזקות כבילה" שלפיהן יראו כל הסדר שהכבילה בו נוגעת לכמה נושאים מרכזיים – מחיר, רווח, חלוקת שוק או כמות נכסים או שירותים – כ"הסדר כובל", ללא צורך לבדוק אם ההסדר עלול למנוע או להפחית את התחרות¹⁵.

ניתן לראות ריכוך מסוים של נוקשות החזקות של סעיף 2(ב) לחוק בסמכות שניתנה לממונה בסעיף 14 לחוק לפטור צדדים ל"הסדר כובל" מן החובה לקבל את אישור בית הדין להסדר, אם שוכנע כי הכבילות שבו אין בהן פגיעה חמורה בתחרות¹⁶. אולם ישנם מקרים שבהם גם הצורך לפנות בבקשת פטור יכול להיות בגדר הכבדה מיותרת. הממונה היה סבור כי יש מקום להחיל את עקרון "זוטי הדברים" (De Minimis) על הסדרים שהם בגדר "הסדר כובל", על פי הגדרת החוק, אך אין להם השפעה כלשהי על התחרות, ולכן אף אינם מחייבים פנייה לקבלת פטור מן הממונה. עמדה זו לא הייתה מקובלת על בית הדין¹⁷. גם הסמכות שניתנה לממונה להוציא כללים בדבר "פטורי סוג" אינה פותרת את הקושי שבנוקשות ההגדרה, כיוון שבמקרים לא מעטים התנאים לתחולת הפטורים

13 יגור, לעיל הערה 1, בע' 320–321.

14 The Restrictive Trade Practices Act, 1956, § 21.

15 גישה זו דומה לכלל ה-Per-Se שנקבע בפסיקה האמריקאית, שלפיו רואים הסדרים כובלים מסוימים כגון קרטל לחיאום מחיר או חלוקת שוק, למשל כעברה, ללא התייחסות לסבירות ההסדר או לצידוק אחר לקיומו. ראו יגור, לעיל הערה 1, בע' 164–167. ראו גם: R.H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself* (New-York, 1993) 18–19.

16 בכך ניתנה לממונה סמכות ליישום "כלל סבירות" הדומה ל-Rule of Reason, שלפיו בוחנים בתי משפט בארצות הברית סוגים מסוימים של הסדרים כובלים. ראו: J.H. Shenfield & I.M. Stelzer "The Antitrust Laws — A Primer" The AEI Press (1998) 17–18, 46–47, 49–50, 86–87. ראו גם: R.H. Bork "The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division" 75 *Yale L. J.* (1966) 373.

17 עזרי 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (קובץ החלטות בעניני הגבלים עסקיים, כרך ד) 256, 290–292. ראו גם יגור, לעיל הערה 1, בע' 374–376, 401–405.

מורכבים מדי, כך שהמתקשרים ב"הסדר כובל", על פי הגדרת החוק, יתקשו לדעת אם הפטור חל על אותו הסדר, מצב שיגור דן בו.

חיזוק לדעתי לכך שהיה מקום לשנות את הגדרות החוק ל"הסדר כובל" מצאתי בדברים שפורסמו לאחרונה על ידי שני בני-סמכא בתחום ההגבלים העסקיים: "המצב הנוכחי בישראל בתחום הפיקוח על הגבלים עסקיים נגזר מחוק שלשונו רחבה מדי, והוא מהווה במקרים רבים נטל מיותר על מי שמבקשים לעשות ביעילות פעילות כלכלית חיובית ופרודת-חרותית; המצב הנוכחי מביא למעורבות יתר של הממשלה בפעולת השווקים החופשיים; להגנה על המתחרים ולא על התחרות; לעלירות עסקה מיותרות, ולבזבוז משאבים ציבוריים מוגבלים, על חשבון אכיפה כנגד הפגיעות הקשות בתחרות"¹⁸.

ההכרה בכך ש"הסדרים כובלים" אנכיים יכולים להיות שונים בהשפעתם על התחרות מ"הסדרים כובלים" אופקיים, שהם הסדרים בין מתחרים ישירים, קיימת בחוק שלנו וגם בפסיקה האמריקאית המחמירה עם "הסדרים כובלים" אופקיים¹⁹. דוגמה ל"הסדר כובל" אנכי היא הסדר בלעדיות בין ספק למפיץ. סעיף 3(6) לחוק מוציא מגדר "הסדר כובל" הסדר בלעדיות דו-סיטרי, כלומר הסדר שלפיו ההתחייבות לבלעדיות היא הדדית. יגור סבור כי אין מקום להחיל את הפטור על הסדרי בלעדיות הדדיים בלבד וכי יש מקום להרחיבו למקרים לא מעטים של הסדרי בלעדיות חד-סיטריים²⁰. אני מסכים לדעתו זו.

אחד ה"הסדרים הכובלים" האנכיים הידועים ביותר הוא זה המכונה "הכתבת מחיר למשווק" (Resale Price Maintenance). ברור כי הסדר זה נופל בגדר החזקת החלוטות של סעיף 2(ב) לחוק (הסדר הנוגע למחיר). זוהי גם הגישה המקובלת בארצות-הברית, באנגליה ובקהילייה האירופית. אולם, הגישה ל"הסדר כובל" זה השתנתה במרוצת השנים. החקיקה האנגלית משנת 1956 אסרה על הכתבת מחיר קולקטיבית אך לא שללה הכתבת מחיר של יצרן או ספק למפיציו. ה-Resale Prices Act משנת 1964 אסר גם הכתבת מחירים אינדיבידואלית. בארצות-הברית הגדירה הפסיקה²¹ הכתבת מחיר כעברה על סעיף 1 לחוק שרמן²², אולם חקיקה משנת 1937 הוציאה הסדרים כאלה²³, כתנאים מסוימים, מגדר האיסור של סעיף 1 לחוק שרמן, במטרה להגן על בעלי עסקים קטנים מתחרות מחירים עם רשתות

18 ת' בן-דוד ומ' פרלמן "פסק דין חדש בעליון עשוי לבשר שינוי בתחום ההגבלים העסקיים" גלובס 13.3.2003. ראו ע"א 3700/98 א. מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים פ"ד נז(2) 590.

19 יגור, לעיל הערה 1, בע' 215. ראו גם: Bork, *supra* note 15, at pp. 280-309.

20 יגור, לעיל הערה 1, בע' 226-227.

21 פסק הדין המנחה בעניין זה הוא: *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Parke & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

22 Sherman Antitrust Act, 1890 (להלן: "חוק שרמן").

23 Miller-Tydings Act, 1937 (להלן: חוק "Miller-Tydings").

שיווק גדולות²⁴. חקיקה זו בוטלה רק בשנת 1975. דעה שונה מן המקובלת בנושא הכתבת המחיר למשווק הביע המלומד, השופט רוברט בורק:

“Vertical restraint law has reached its present unhappy state because the Supreme Court is struggling with the logical results of an incorrect premise laid down sixty years ago by Justice Holmes in the Dr Miles opinion. That premise, as we have seen, holds that there is no more reason to permit a manufacturer to eliminate rivalry among his retailers than there is to permit the retailers to eliminate rivalry by agreement among themselves. This premise is wrong. Retailers who agree to a horizontal restraint that the manufacturer does not desire are almost certainly attempting to restrict output for the sake of monopoly gains. If such a restraint would increase efficiency, the manufacturer would not only favor it but would impose it himself. When a manufacturer wishes to impose resale price maintenance, or vertical division of reseller markets, or any other restraint upon the rivalry of resellers, his motive cannot be the restriction of output and, therefore, can only be the creation of distributive efficiency. That motive should be respected by the law”²⁵.

יגור מזכיר את סוגיית “קביעת מחיר אנכית”, אך חבל שאינו מפרט יותר את ההתפתחות שהייתה בנושא זה במרוצת השנים²⁶.

אחד ההגבלים העסקיים המעניינים הוא זה הנוגע לחילופי מידע בין מתחרים. יגור מקדיש לו, בצדק, פרק מיוחד (פרק 13). עקרונית, חילופי מידע הם אחד התנאים שמציבה התאוריה הכלכלית לקיומה של “תחרות משוכללת”²⁷. דא עקא, שחילופי מידע בין מתחרים עלולים להיות בסיס לתיאום ביניהם בנוגע למחירים או למרכיב אחר של התנהגותם בעסקים. עניין זה נידון על ידי הממונה במספר

24 חוק Miller-Tydings הוציא מגדר האיסור של סעיף 1 לחוק שרמן: “Agreements prescribing minimum prices for the resale of a [branded] commodity which... is in free and open competition with commodities of the same general class produced or distributed by others”, זאת כאשר הסדרים אלה מוכרים בחוק המדינה שבה הם מתקיימים. כאשר פסל בית המשפט העליון הסדרים שחייבו גם מפצים שלא חתמו על הסכם עם היצרן (Non-signers) לציית להכתבת המחיר, נחקק חוק McGuire שאפשר גם חיוב לא-חותמים לציית.

Bork, *supra* note 15, at p. 289 25

26 יגור, לעיל הערה 1, בע' 183-188. על הוויכוח בנושא זה בארצות-הברית ראו: L.G. Telser: “Why Should Manufacturers Want Fair Trade?” 33 *J.L. & Econ.* (1990) 17, 86 וכן:

R. Pitofsky “In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing” 71 *Georgetown L. Rev.* (1983) 487

לעיל הערה 12. 27

החלטות, ויש לו התייחסויות רבות בפסיקה האמריקאית²⁸. יגור מציע, לדעתי בצדק, שלא להחיל על חילופי מידע בין מתחרים את חוקת הכבילה של סעיף 2(ב), לחוק אלא לבחון, על פי סעיף 2(א) לחוק אם הסדר פלוני פוגע בתחרות או לאו. חילופי מידע בענף הביטוח הם מקרה המצדיק התייחסות מיוחדת כיוון שיש יתרון חשוב לאיגום מידע של חברות רבות בנוגע להתממשות סיכונים שבטוחו. ככל שהמידע מקיף חלק גדול מן השוק, יש אפשרות לאמון אקטוארי מדויק יותר, שהוא הבסיס לקביעת מרכיב הסיכון בפרמיה. יש להקפיד, כמובן, שהמידע יתייחס לסיכון הטהור בלבד ולא למרכיבים האחרים של הפרמיה, דוגמת הוצאות ניהול, עמלות סוכנים ורווח²⁹. בארצות-הברית הוצאו עסקי הביטוח מגדר תחולת חוק שרמן, ואילו באירופה ניתן פטור כללי לכמה סוגים של חילופי מידע בין חברות ביטוח³⁰. נראה לי שיש מקום לפטור סוג בעניין זה גם אצלנו.

החוק, הישן וגם החדש, מוציא מגדר "הסדר כובל", המחייב קבלת אישור, כמה סוגי הסדרים. לנושא זה מקדיש יגור פרק אחד, ונראה לי שהיה מקום להרחיב בו יותר. סעיף 3(2) לחוק מוציא מגדר הסדר כובל "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש" בקניין רוחני לסוגיו – פטנט, סימן מסחרי, זכות יוצרים ועוד. הגיונו של פטור זה הוא כי הקניין הרוחני המוגן נועד להעניק לבעליו מונופולין על זכות ההנאה ממנו. זהו, לכאורה, עיקרון פשוט ומוצדק, המיועד לעודד חדשנות טכנולוגית ויצירתיות, אולם יש מקום לפקח על כך שלא יתרחב מעבר למטרה שלה הוא מיועד. כך, למשל, יכול בעל פטנט לפגוע בתחרות אם ברישיונות שהוא מעניק לשימוש בפטנט הוא מגביל את התחרות בין מקבלי הרישיונות. אפשרות אחרת של חריגה מגבולות זכויותיו של בעל פטנט היא להטיל מגבלות על תנאי מכירתו של מוצר, שרק חלק ממנו מוגן בפטנט. החוק שלנו מטיל רק סייגים מעטים על הפטור הכללי, והייתה רק פסיקה מועטת בנוגע לגבולות הפטור שמקנה סעיף זה³¹. בספרות המקצועית בעולם מוקדשים לקשרי הגומלין שבין זכויות מוגנות של קניין רוחני לאפשרויות הניצול לרעה של זכויות אלה פרקים ארוכים³².

28 ראו החלטות הממונה בעניין בקשת הפטור של איגוד חברות הביטוח להפצת מחקר בנוגע לביטוח מפני נזקי רעידת אדמה בישראל (קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ג) 20 וכן בעניין "הסדר כובל" בין זכייני הערוץ השני – קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ב) 7, 23. פסיקה אמריקאית בנושא זה: *American Column & Lumber Co. v. U.S.*, 257 U.S. 377 (1921); *Maple Flooring Manufacturers U.S. v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978); *(Association v. U.S.*, 268 U.S. 563 (1925).

29 מ' חת "השפעת מאפייני התחרות בשוק הביטוח על יישום חוק ההגבלים העסקיים" מחקרי משפט טו(2) (תש"ס) 407.

30 שם, בע' 419-425.

31 ראו, למשל, ע"א 18/75 ליברמן נ' דייטלצוויג, פ"ד (כט) 2) 513.

32 הפסיקה האמריקאית בנושא זה: *U.S. v. General Electric Co.*, 272 U.S. 476 (1926); *U.S. v. United States Gypsum Co.*, 333 U.S. 364 (1948); *U.S. v. New Wrinkle*, 342 U.S. 371 (1952).

סעיף 3(4) לחוק פוטר ממעמד של הסדר כובל "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לגידול ושיווק של תוצרת חקלאית" מסוגים שונים, "אם כל הצדדים להסדר הם המגדלים או המשווקים בסיטונות". יגור מבקר הסדר זה בשל כך שהוא מפלה לטובה את ענפי החקלאות ביחס לענפים אחרים. הוא אומר, לדעתו בצדק, כי אם יש מקום להסדרים מיוחדים לענפי החקלאות, היה מקום להעניק אותם במסגרת פטורי סוג, שהיו מסייגים את היקפו של הפטור, בהתאם למצבם של ענפים ספציפיים. הוא אינו מזכיר כי מעמדם של רבים מענפי החקלאות מוסדר במסגרת חוקי מועצות השיווק והייצור, שבהן מיוצגים יצרנים ומשווקים, ושהן סמכויות מרחיקות לכת של "הסדרת" התחרות בענפים אלה.³³

סעיף 3(5) לחוק מוציא מגדר "הסדר כובל" הסדר שהצדדים לו הם חברה וחברת בת שלה. בחוק המקורי נקבע פטור רחב מאוד ל"הסדר שכל הצדדים לו הם חברות שהשליטה עליהן בידי הממשלה, או חברה ובנותיה, או בנות חברה אחת". עד מהרה הובן שזהו פטור רחב עד כדי אבסורד, ובשנת 1963 צומצם הפטור לממדיו בחוק הקיים. אולם, כפי שמעיר יגור בצדק, גם ניסוח זה יכול להיות בעייתי, כיוון שחברת בת מוגדרת כ"חברה שחברה אחרת שולטת בה", ושליטה משמעה החזקה ביותר ממחצית זכויות ההצבעה בחברה או מן הזכות למנות דירקטורים. יגור מבקר את הגדרת השליטה באומרו כי יכול להיות מצב שבו מי שמחזיק ב-51% מאמצעי השליטה לא יהיה בעל שליטה בפועל (אם, למשל, תקנון החברה מחייב קבלת החלטות ברוב של 66%), ואילו במקרה אחר יכולה חברה להיות בעלת פחות מ-49% מזכויות השליטה אך להיות בעלת שליטה מלאה בפועל. הוא ממליץ על הגדרת השליטה המתאימה ל"יכולת לכוון את פעילותו של התאגיד", כאשר "חזקה על אדם שהוא שולט בתאגיד אם הוא מחזיק רבע או יותר מסוג מסוים של אמצעי שליטה בתאגיד".³⁴

סעיף 3(9) לחוק מקנה פטור ל"הסדר שארגון עובדים או ארגון מעבידים צד לו וכל כבילותיו נוגעות להעסקתם של עובדים ולתנאי עבודתם". הלגיטימציה להתארגנות עובדים לשם משא ומתן קיבוצי על תנאי העסקתם מתבססת על היות העובדים הצד החלש במשא ומתן עם מעבידיהם. ניתן להקשות אם היה צורך בסעיף זה בשים לב לכך ש"הסדר כובל" נעשה בין בני אדם המנהלים עסקים. האם ארגון עובדים הוא בחזקת ישות משפטית המנהלת עסקים? בפסק דין שנגע בכבילה בחוזה העסקה פרטי קבע בית הדין כי כבילה שכזו אינה בגדר "הסדר

ראו גם: W. F. Baxter "Legal Restrictions on the Exploitation of the Patent Monopoly: An Economic Analysis" 76 *Yale L. J.* (1966) 267.

33 ראו, למשל, חוק המועצה לייצור ולשיווק של ירקות, תשי"ט-1959 וחוק המועצה לענף הלול, תשכ"ד-1963.

34 בשים לב להגדרת "הסדר כובל" בחוק, שלפיה הסדר יכול להיות כובל לא רק כשהוא מגביל את התחרות בין הצדדים לו, אלא גם כשהוא מגביל את התחרות בין כל אחד מהם לבין אדם אחר, הרי שגם הסדר בין חברה לחברת בת שלה, תהא הגדרתה אשר תהא, יכול להיות "הסדר כובל".

כובל", שכן אין העוכד נכנס לגדר "בן אדם המנהל עסקים"³⁵. בית הדין הארצי לעבודה הגביל מאוד את כוחה של תניית הגבלת עיסוק בחוזה עבודה אישי, ללא קשר לאפשרות שהוא בגדר "הסדר כובל"³⁶.

אחד החידושים החשובים בחוק משנת 1988 הוא הכפפתם לפיקוח של מיוזגים. התערבות בחופש ההתקשרות של חברות במטרה למזג את עסקיהן היא ללא ספק פגיעה בחופש העיסוק. ההצדקה להתערבות זו היא שבאמצעות מיוזגים ניתן להגיע למצב של מונופולין הפוגע בתחרות. החוק מאפשר אמנם להתערב בפעילות מונופולין, ואף לפרקו במקרה קיצוני, אולם קשה יותר להחזיר את הגלגל לאחור לאחר שהמונופולין נוצר. לכאורה, הייתה אפשרות להתערב לשם מניעת מיוזג גם על פי החוק הישן כאשר הוא תוצאת הסכם בין שתי החברות המתמזגות, שניתן להגדירו "כהסדר כובל"³⁷. בארצות-הברית ניתן לתקוף מיוזג באמצעות סעיף 2 לחוק שרמן שעניינו מונופוליזציה, כלומר נקיטת צעדים המכוונים להשגת מונופולין. אולם יש להעדיף התייחסות ספציפית בחוק לפיקוח על מיוזגים שעלולים לפגוע בתחרות. החוק הישראלי מרחיק לכת בכך שהוא מגדיר כמיוזג גם רכישת נתח מאמצעי השליטה שאין בו כדי להקנות שליטה. החוק האנגלי הגדיר מיוזג כמצב שבו —

"two or more enterprises... ceased to be distinct enterprises"³⁸.

נראה לי כי אין מקום להכפיף לחובת אישור רכישת נתח של למעלה מרבע מאמצעי השליטה בתאגיד כאשר אין בו כדי להקנות שליטה (למשל, כאשר יש מי שמחזיק נתח גדול יותר של בעלות בחברה). הסמכות לאשר מיוזג מסורה לממונה. על הממונה להיוועץ בוועדה לפטורים ומיוזגים כאשר הוא רוצה לאשר מיוזג³⁹. אין הוא חייב בהתייעצות כאשר הוא דוחה בקשה. ניתן לערער על החלטות הממונה בפני בית הדין, אך האחרון אינו מעורב בשלב הטיפול בבקשת המיוזג עצמה. יגור סבור כי היה מקום לחייב את הממונה להיוועץ בוועדה גם על החלטות שלא להיענות לבקשת מיוזג, ולדעתי הצדק עמו. החוק מחייב את הממונה להעביר עותק מבקשת המיוזג למנכ"ל משרד ממשלתי שתחום פעולתן של החברות המבקשות

35 ראה ה"ע 2/97 (י"ם) מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, לב (4) 556.
36 בע"ע 164/99 דן פרומר, צ"ק פוינט טכנולוגיות מידע בע"מ נ' רדגארד בע"מ, תקדין ארצי 1999 (2) 15, 122, קבע בית הדין הארצי לעבודה כי אין לייחס משקל רב לתניית הגבלת עיסוק בחוזה עבודה אישי וכי למעשה תהיה התנייה תקפה "רק אם היא סבירה ומגנה בפועל על האינטרסים של שני הצדדים, לרבות המעסיק הקודם, ובעיקר על סודותיו המסתוריים".
37 יש כמובן גם מיוזגים שאינם תוצאת הסכם בין הצדדים אלא תוצאת הצעת רכש. בית המשפט העליון בארצות-הברית פסק בפרשת: *Northern Securities Co. v. U.S.*, 193 U.S. 197 (1904), כי מיוזג שלוש חברות רכבות, בדרך של הסכם להקמת חברת החזקה, ששלוש החברות תהיינה בשליטתה, מהווה הפרה של סעיף 1 לחוק שרמן.

38 Fair Trading Act, 1973 § 64(1)

39 *Ibid.*, at § 24

להתמזג הוא בתחום אחריותו. לדעת יגור, נובע מכך שעל הממונה חובה להיוועץ במשרד הממשלתי הרלוונטי ולהתחשב בתגובתו. מלשון החוק כלל אין זה ברור שעל הממונה להתחשב בעמדת המשרד שהבקשה הועברה אליו.

עניין זה של היוועצות במשרד ממשלתי רלוונטי מעלה גם את שאלת מעמדו של הממונה ביחסיו עם גופי פיקוח על ענפי משק שהחוק מקנה להם סמכויות בתחום הסדרת התחרות, בכלל, ואישור מיזוגים בפרט. עמדת הממונה היא כי מקום שהחוק אינו מוציא במפורש את הסמכות מידו, יש לו סמכות עצמאית לאשר מיזוג או לדחות את הבקשה. עם זאת, הממונה התחשב בעמדת רשות פיקוח ענפית לעניין מיזוג חברות בענף הביטוח.⁴⁰

בתיקון החוק משנת תש"ס נוסף סעיף 43א לחוק, המסמיך את הממונה לתת חוות דעת מקדמיות שיש להן חשיבות מיוחדת בהקשר למיזוגים. בשעתו סירב הממונה לתת חוות דעת מקדמית, ונראה כי יגור נוטה להסכים לדעה שחסרונות חוות דעת מקדמית עולים על יתרונותיה. יש אמנם מקרים שבהם טוב יותר שכל העובדות, לרבות עמדת מתנגדים למיזוג, תהיינה בפני הממונה לפני שהוא מחליט בבקשה, אולם כאשר מדובר בהצעת רכש של חברה ציבורית, יש לחוות דעת מקדמית חשיבות מיוחדת. מרגע שחברות ציבוריות מחליטות על מיזוג או מחליטות על הצעת רכש, חובתן לתת לכך פרסום. לפרסום יכולה להיות השפעה על מחירי מניותיהן של אותן חברות בבורסה. אם לאחר הפרסום דוחה הממונה את בקשת המיזוג, עלול להיגרם נזק לחברות ולבעלי מניותיהן.⁴¹

סעיף 21 לחוק קובע כי "הממונה יתנגד למיזוג חברות... אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור באחת מאלה: (1) רמת המחירים של נכס... (2) איכות נמוכה של נכס... (3) הכמות המסופקת של הנכס... או סדירות האספקה". יגור מתקשה לקבוע מדוע היה צורך להוסיף את מבחני הפגיעה בציבור על מבחן הפגיעה בתחרות, שהרי הפגיעות בציבור שמונה החוק הן תוצאות לוואי אפשריות של פגיעה בתחרות. לי נראה כי מבחן הפגיעה בתחרות באותו ענף יפה רק למיזוגים אופייניים. במיזוג אנכי או קונגלומרטי, שגם עליהם חל החוק, קשה לדעת מהו

40 בהחלטת הממונה בעניין אי-הכרזה על הבורסה לניירות ערך בתל-אביב-יפו כעל כעל בעל מונופולין נאמר: "בדרך כלל יחולו דיני הגבלים העסקיים על כל גורם המנהל עסקים, אפילו מוסדרת פעילותו בחוק מיוחד ומפוקחת על ידי אורגן ייחודי, ורק במקרים הנחשבים לחריגים ייסוגו דיני הגבלים העסקיים בפני הוראות פיקוח מיוחדות". (קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ב) 139, 149. ראו גם מ' חת "מי מופקד על קידום מדיניות של תחרות בשווקים הפיננסיים?" המשפט ו (תשס"א) 9. הממונה התחשב בעמדת המפקח על הביטוח בהחלטותיו בענין רכישת תיקי הביטוח של חברת "הסנה" על ידי חברת "מגדל" וחברת "כלל" (קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך א) 152, ובעניין רכש "דקלה" על ידי "הראל", "המשמר" ו-"מור" (קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך א) 158, 162-163, 186 (להלן: פרשת רכש "דקלה").

41 עמדתו המסתייגת של הממונה הוצגה בהחלטתו כפרשת רכש "דקלה" בע' 190-194.

אותו ענף שבו נפגעה התחרות. מבחן הפגיעה בציבור יכול להתאים גם למיזוגים משני הסוגים האחרונים.

אם מיזוג קונגלומרטי אינו פוגע בתחרות בענף מסוים, מדוע יש להכפיפו לחובת קבלת אישור? ואמנם, הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים שהמליצה בשנת 1975 לשלב בחוק את הפיקוח על מיזוגים סברה כי אין צורך לפקח על מיזוגים מסוג זה⁴². באותה תקופה עדיין לא הייתה מודעות במשק הישראלי להשפעה השלילית על התחרות במשק כתוצאה מהיותו ריכוזי. יגור מציין בצדק ששיקולי הוועדה דאו אינם יפים למבנה המשק כיום, כאשר מיזוג המוסיף לעצמתו של קונגלומרט יכול להיות בעל פוטנציאל של פגיעה בציבור⁴³.

אחד השינויים המהותיים ביותר שחלו בחוק משנת 1988, בהשוואה לקודמו, היה ההרחבה הרבה בסמכויותיו של הממונה, שאליה התלוותה במרוצת כמה שנים הגדלה ניכרת של הסגל המקצועי ומתן מעמד עצמאי, במסגרת משרד התעשייה והמסחר, לרשות ההגבלים העסקיים. בסמכות הממונה ליתן פטור מן החובה לפנות לקבלת אישור בית הדין ל"הסדר כובל" (סעיף 14), ובסמכותו לקבוע אם הסדר פלוני הוא "הסדר כובל", אם קו פעולה שאיגוד עסקי המליץ עליו הוא "הסדר כובל", אם מתקיימים במיזוג תנאי סעיף 17, אם קבוצת ריכוז היא מונופולין ואם בעל מונופולין ניצל לרעה את מעמדו בשוק (סעיף 43). סמכויות אלה והחלטות הממונה מכוחן, הניבו מספר רב של פסיקות מנומקות ומלומדות שהעשירו את הספרות המקצועית בתחום ההגבלים העסקיים. לממונה גם סמכות לאשר או לפסול מיזוג ולאכוף על מונופוליסט קיום הוראות שתמנענה פגיעות בתחרות. תיקון החוק משנת תש"ס הקנה לממונה סמכות לקבוע כללים לסוגי הסדרים כובלים אשר הצדדים להם יהיו פטורים מקבלת אישור בית הדין (פטורי סוג), שהיא למעשה סמכות של חקיקת משנה.

החלטות הממונה ניתנות, כמובן, לערעור בפני בית הדין, אך אין ספק כי הממונה הוא העומד במרכז אכיפת החוק. רמת האכיפה עלתה מספר מדרגות מאז ימי החוק הישן (יגור מקדיש לנושא האכיפה שישה פרקים). יש להתפתחות זו צדדים חיוביים, אולם תחושתו של כותב טורים אלה כי הממונה מתערב בנושאים שונים של הפעילות במשק יותר מן הראוי. יש טעם לפגם בכך שקידומה של כלכלה תחרותית, שאחד מסימני ההיכר שלה הוא מיעוט התערבות השלטונות בפעילות הכלכלית, כרוך במידה כה רבה של התערבות מצד הממונה. ייתכן שהגיע

42 "דו"ח הוועדה למיזוגים וקונגלומרטים" הפרקליט לב (תשל"ח) 559, 573.

43 נושא זה נידון בפירוט ברין וחשבוני הוועדה לבחינת ההיבטים של אחזקות הבנקים בתאגידים ריאליים (ועדת ברודט), דצמבר 1995. במסגרת דו"ח הוועדה נכללה חוות דעת של שלושה מלומדים מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד הכוללת התייחסות מפורטת להשפעת הקונגלומרטים במשק הישראלי — L.A. Bebchuk et al. *Concentration in the Israeli Economy and Bank Investment in Commercial Companies* (1995) כצופה ד לדו"ח (עותק שמור במערכת).

הזמן למחשבה על תיקונים בגישת החוק ובדרכי אכיפתו. ספרו של יגור מילא חלל גדול בספרות העברית בדיני ההגבלים העסקיים. בסך הכול הוא Textbook טוב, המספיק לצורכי הסטודנט ועורך הדין מן השורה. הוא מספק הפניות לספרות מקצועית ופסיקה למעוניין בהרחבת היריעה.

על מקום המשפט ועגנון כסגנון פרשני

(על "עיר, משפט, סיפור" מאת שולמית אלמוג)¹

מיכל אלברשטיין *

- א. על הספר וסגנונו
- ב. משפט וספרות ו"סיפורים מחוקקים"
- ג. משפט להלכה ולמעשה
- ד. צדק, אמת ואמונה במשפט
- ה. מקום מפגש תאורטי

א. על הספר וסגנונו

כתיבה משפטית מתאפיינת בדרך כלל בסדירות לוגית, בשימוש במקורות פורמליים ובהסקת מסקנות בהתבסס על ההנחות שהוצבו. כפי שנאמר באחד מפסקי הדין בהתייחס לאפשרות של "עגנוניזציה" של סיפור המעשה, "מלאכתו של שופט אינה זו של סופר, הרשאי להרחיב את המציאות על כנפי דמיונו ובכך להעמיק את הבנתה. דרכו של השופט שונה; היא מצמצמת את המציאות, תוך הכנסתה למסגרת נורמטיבית מושגית, לשם מציאת הפתרון לסכסוך בין בעלי הדין"². צמצום זה נוהג על פי רוב בהכרעות שיפוטיות, למעט מקרים מיוחדים, כמו פסיקותיו המתובלות והישנות של השופט זילברג המנוח או פסיקות עכשוויות מסוימות של השופט

* דוקטור למשפטים, מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראילן ובכית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.

1 ש' אלמוג עיר, משפט, סיפור: מקום המשפט בעיר ומלואה של ש"י עגנון (תשס"ב). הספר יצא לאור בהוצאת שוקן.

2 ענמ"ש 6871/98 בן-פורת נ' החשב הכללי, פ"ד נגנ(2) 428, 429 (השופט אנגלרד). דברי השופט אנגלרד מוסבים על פרשת היקף הגימלאות של השופטת ומבקרת המדינה לשעבר מרים בן פורת. על פרשה זאת העיר השופט אנגלרד כי "סיפור המעשה ראוי לשמש חומר בידי סופר. הסיפור היה הופך תחת ידו הברוכה של אומן ספרות לסאטירה קולעת, אשר יכולה הייתה לשכון כבוד לצד הפרקים לספר המדינה של ש"י עגנון. ואמנם, יש בו יסודות המזכירים את סיפורי של עגנון על המסים. גם כאן ישבו הממונים על המדוכה וישבה ועדה והוצעו הצעות מהצעות שונות". שם, שם.

חשין. כמו כן נוהג הוא בכתיבה אקדמית, אשר בדרך כלל מציבה טיעונים סדורים ומפתחת דיונים מושגיים. כתיבתה של שולמית אלמוג בספרה עיר, משפט, סיפור³ מייצגת חריג בהקשר זה, וייתכן כי מציעה היא כלל חדש, שבמסגרתו חשיבה נרטיבית, הכרה בסתירות ובפרדוקסים שהנם חלק אינהונטי מהשיח המשפטי, וכתיבה אשר אינה שואפת לסגירות ולצמצום המציאות, משקפות סגנון אפשרי ורצוי לאנשי האקדמיה העכשוויים, וייתכן כי אף לשופטי בית המשפט העליון.

ספרה של אלמוג הוא קריאה רגישה וזורמת בספרו של עגנון עיר ומלואה⁴ מתוך ניסיון להבין את היחסים בין משפט, ספרות ותרבות. עיר ומלואה פורסם לאחר מותו של עגנון, וייחודו בניסיון להקיף את תולדות עיר מולדתו במהלך שש מאות שנים, ובחשיבות שייחס לו עגנון כספר זיכרון וכמסמך אישי, המתאפיין בפנים מרובות ובחומרים מגוונים. העיר בעיר, משפט, סיפור, איננה בהכרח המכלול הארכיטקטוני המודרני-אורבני של ציוויליזציה מודרנית, אשר העיסוק בו בספרות האקדמית העכשווית הוא כמושא לרגולציה, כבעלת מאפיינים המייחדים אותה ממקומות יישוב אחרים.⁵ מדובר בעיירה היהודית המפורסמת של עגנון, בוצ'אץ', ובכרוניקה של התפתחותה מייסודה "במקום של יערות ונחלים"⁶ כתחנת ביניים בדרך לארץ ישראל, דרך תהליכי התבגרות והתמסדות, ועד למעבר לדורות אחרונים תוך הצבת המכלול כספר זיכרון ואבל. הכרוניקה של עגנון, כמו גם של אלמוג המתארת אותו, הנה "כרוניקה של תודעה", העוסקת ביחסים העקרוניים בין קהילה למשפט. מקום היישוב שהוא "העיר" מהווה מוקד התבוננות להבנתה של התרבות המשתנה, ועבור אלמוג, להבנתן של שאלות תורת משפטיות בסיסיות כמו היחס בין משפט לצדק; פלורליזם מול מוניזם בחשיבה ערכית משפטית; משפט וכוח; אינדיווידואליזם מול קולקטיביזם; צדק חלוקתי ושאלת מקור החוק והגדרותיו. בעידן הגלובליזציה בו מתגבר העניין בקהילות ובמשטרים משפטיים על-לאומיים שיסדירו אותן, משמש ספרה של אלמוג, המתאר ישות משפטית גלוחית דרך כתיבתו של עגנון, כדוגמה מרתקת לאופן שבו התכוננו משטרים כאלה כבר בעבר.

ב. משפט וספרות ו"סיפורים מחוקקים"

הדיון בנושאים המגוונים שבספר נערך במסגרת השדה המחקרי העכשווי של "משפט וספרות", והיקף היריעה שלו ונגיעתו בבעיות היסוד של המחשבה המשפטית לדורותיה עוזרים להדגיש את חשיבותו של תחום מתפתח זה, ואת

3 אלמוג, לעיל הערה 1.

4 ש"י עגנון עיר ומלואה (תשנ"ט).

5 ראו למשל: 93 *Harv. L. Rev.* (1980) 1057 "The City as a Legal Concept" G.E. Frug; וכן C.M. Tiebout & R. Warren "The Organization of Government in Metropolitan Areas: A Theoretical Inquiry" 55 *Am. Pol. Sci. Rev.* (1961) 831, 832; G.E. Frug *City Making: Building Communities Without Building Walls* (New Jersey, 1999)

6 אלמוג, לעיל הערה 1, בע' 42.

הרלוונטיות שלו לדילמות עכשוויות בתחום התאוריה והפרקטיקה המשפטית. הספר מראה את המשפט כפי שהוא משתקף בספרות העגנונית; מציג את המשפט כספרות, במובן של היכולת שלו לבטא אמת ולחתור לצדק תוך כדי הליכה בעקבות אמות מידה ואידיאלים ספרותיים, וכן ממחיש את יכולתה של הספרות ליצור משפט ולהשפיע על החברה.⁷

אופי כתיבתה המיוחד של אלמוג אינו שואף לסגירות ולהצגה לוגית לינארית של טענותיה. כפי שהיא מציינת לגבי עגנון, מדובר בזרימה סיפורית "מורכבת, דינמית, משתנה ומתפתחת, העושה שימוש במגוון של קולות וכלים פואטיים, ובהם הערות מטאנרטיביות מסוגים שונים"⁸. עמדה פרשנית זו — שבה כתיבת הסופר, כמו זו של המחברת, או זו של השופט/ת בבית המשפט, הנה פרק ברומן בהמשכים, המשתלב בסיפור חיים ובאמירה אשר שואפת אל המיוחד (סינגולרי) והפרטי כאופנים היחידים האפשריים של ביטוי בעל משמעות — היא בגדר חידוש בשדה המשפטי. פיתוחם הוא בגדר אתגר אשר הספר מדגיש את חשיבותו.

הספר מניח זרימה מקבילה ומתמדת של ערוצי הספרות והמשפט והעשרתם זה את זה. הספרות עוזרת לנו להבין טוב יותר את עולם המשפט ואת הדילמות המאפיינות אותו, טוענת אלמוג, וזה האחרון, מצדו, מעניק פרספקטיבה חדשה לספרות העגנונית המתוארת, ולהבנת התפקיד "המחוקק" של ספרות בעיצוב המבנים התרבותיים שבתוכם אנו חיים. כך, למשל, בפרק העוסק ב"סיפורים מחוקקים", מודגש "החוק חסר החוקיות של הבריון"⁹ והאופן שבו בניית הסיפור היא המביאה בסופו של דבר ליצירת הכלל המחייב¹⁰. כך מכפיף עצמו גבריאל בסיפור "האיש לבוש הברדים" לסיפור חייו ומותו של סבו גבריאל, אשר בחר בקיום רוחני בלבד, תוך סירוב לקבל תמורה על עבודתו כחזן בתפילות התגים¹¹; כמו כן דוחה רבי מרדכי בסיפור "המבקשים להם רב או ברוח המושל" את ההצעה להתמנות לרבנות של בני הקהילה על בסיס סיפור ששמע מהרב מזבנא, אשר מספר את סיפורם של ראובן ושמעון, אותו שמע מרבו¹².

הדמויות העגנוניות מגיעות אל החוקיות המדריכה את חייהן והכרעותיהן דרך סיפורים המועברים מדור לדור, מפה לאוזן, ואשר נכתבים לעתים בפנקס הקהילה כחוק פורמלי שבצדו, באופן בלתי שגיתי לספרי חוקים, הסיפור. הסיפור נכתב "בכתב אמת, דבר דבר על יסודו" וערכו המיוחד הוא במיקומו בהקשר פרטי של

7 על ההבחנה בין "משפט וספרות" לבין "משפט כספרות" ומגוון הקשרים בין שני תחומים אלו ראו ש' אלמוג "משפט וספרות כמסע" מחקרי משפט יח (תשס"ב) 5; וכן ש' אלמוג משפט וספרות (2000) 24.

8 אלמוג, לעיל הערה 1, בע' 34.

9 שם, בע' 55 (ציטוט מדרידה).

10 ראו גם פ' ברוקס "משטור סיפורים" מחקרי משפט יח (2002) 249, וכן י' יובל "צדק נרטיבי" מחקרי משפט יח (2002) 283.

11 אלמוג, לעיל הערה 1, בע' 56–59, 86–87.

12 שם, בע' 62–68.

תפיסת הצדק, ובין שממחישה היא את מוגבלות המשפט בהשגתו, פעולתה חיונית לפיתוח החוש הביקורתי ולקידום תמטיקה פתוחה של חשיבה על צדק. כזה שאינו כבול בתבניות. כמו בהקשר של "סיפורים מחוקקים"²⁶ גם כאן מוצבת הרדיפה הבלתי נמנעת אחר הצדק וההשתדלות להשיגו, כמו גם ההתעקשות לכתוב את המציאות בכתב אמת, כאפשרות האנושית היחידה לתקווה של היחיד וליכולת "לסכול" את המציאות. כך מסרב רבי משה להשתמש באמת אשר נגלתה לו בדרך שאינה אנושית-תכליתית, כאשר הוא נפגש בגיהינום עם אהרון, בעלה המעגן של קרובתו הצעירה האהובה זלאטי. על אף שדאגתו של רבי משה לזלאטי גדולה, ואל ההתגלות הגיע הוא מתוך צדיקותו ובעקבות בקשתו המפורשת לפתור את הבעיה, הוא נמנע מפעולה בעקבות החזיון ומחכה ל"התגלות" האנושית בעולם הרציונלי של מטה. אכן, בסופו של דבר נשלח גט לזלאטי בידי אדם שהעובדות שבידו סותרות את אלה שנמסרו בגיהינום והבעיה נפתרה באופן זה²⁷. בעולם של מעלה, הצדק מושלם ומוחלט, נקבע על ידי האל ומייצג חשבון מדויק. בעולם האנושי ש"כולו קושיות ואיבעיות"²⁸ נגזר עלינו להסתפק בצדק פגום, חלקי ולקוי, שרירותי ואכזרי לעתים, כמתואר על ידי עגנון, ובכל זאת מצווים אנו לשאוף אל האמת והצדק. אמת זו אינה תוצר של התערבות משמים, והיא תושג תוך שימוש בתבנית התכליתית ותוך שמירה על הספק ככלי יצירתי המנחה את ההתערבות במציאות, תוך עיצובה. במובן זה משתלבת כתיבתו של עגנון בדיונים המתקיימים בתורת המשפט ה"חילונית" כיום, והיא מוצגת כמתיישבת עם הוגים הדוגלים בפלורליזם במשפט כדוגמת יוסף רוז, ומתעמתת עם טענותיו של רונלד דבורקין בדבר תשובה נכונה אחת²⁹.

גם בהקשר הדיון בנושאי "אמונה, הלכה ומשפט" ממחיש הספר את הפער בין האמונה המוקדמת שאופייה שלם ובלתי מעורער, הנושאת אופי טוטלי, לבין היתס המפוכח למציאות האנושית אשר כולל התבוננות ראיסטית ואפילו מרירה, המכונה "אמונה בלתי אשלייתית"³⁰. ההלכה הרעיונית והמופשטת שונה מזו המוסדית והמעשית, אך במסגרת הכשלים והליקויים של האחרונה, מתנהלים חיי היומיום ומתנסחת האמירה העגנונית. רבי מרדכי, אשר מקפיד בלימוד תורה לשמה בלבד, מבלי לשרת כל מטרה חיצונית כולל הנהגת הקהילה, אינו נזקק ל"הלכה המוסדית", אשר עניינה ניסיון לקשר את ההלכה הרעיונית למציאות החיים היומיומית³¹. ברגע שהיומיום והמציאות נכנסים לתמונת העולם של המנהיג/ה או

26 שם, בע' 52.

27 שם, בע' 78-81, 99-101.

28 שם, בע' 95.

29 ראו: R. Dworkin *A Matter of Principle* (Oxford, 1985); J. Raz *The Authority of Law* (Oxford, 1979) 200-202.

30 השימוש במושג זה נעשה תוך התייחסות להוגים ישעיהו ליבוביץ', אליעזר גולרמן ואחרים. אלמוג, לעיל הערה 1, בע' 165-166, 171-174.

31 שם, בע' 168.

של מקבל/ת ההחלטות, מופיעות גם המוגבלות והמורכבות האנושיים והמגבלות שהם מטילים. ההכרה בפער או בפיצול זה הנה חריג במסגרת החשיבה המערבית המקובלת ובהקשר ההתפתחות הקלאסית והמוכרת של חשיבה תורת משפטית³² והדגשתו עשויה להציע לוגיקה מסוג חדש לשפת ההכרעה המשפטית, כזו המניחה סתירות וניגודים, ומכרעה "אף על פי כן"³³.

ה. מקום מפגש תאורטי

אחד הממשקים המעניינים העולים מהמהלך המתואר בספר הנו החיבור הלא שגרתי בין חשיבה פוסט-מודרנית, תורות משפט מודרניות ועולם מחשבה דתי. שלוש מקורות אלה לכאורה מציבים עולמות תוכן אשר אינם נחשבים כמתיישבים זה עם זה, ובדרך פלא אורגת אותם הכתיבה אל מרקם נרטיבי אחד אשר מתאפיין בזרימה ובהרמוניה. כך ניתן למצוא את ז'ק דרידה בצד גלנוויל ויליאמס; ה'ליא' הארט בצד המגיד מדובנא; שופטי בית משפט העליון הישראלי בצד חוקרי משפט וספרות; וישעיהו ליבוביץ' בצד פרנסואה ליוטרד (Lyotard) – הפילוסוף הפוסט-מודרניסט. צמדדים אלה, אשר ניתן היה להציבם כניגודים וייתכן כי אף כטקסטים בלתי מתיישבים ביניהם, מוצאים את מקומם במסגרת הדיון העגנוני מתוך מורכבות היצירה עצמה, ובעיקר מתוך המרחב הנרטיבי אשר אלמוג מבקשת להציב מאחוריה. הממד ההיסטורי והקונטקסטואלי של טקסטים אלו, המשמשים בערבוביה, עשוי להיראות במקומות מסוימים במהלך הספר כחסר: כך, למשל, מוצג המשפט היהודי-הדתי והוויי חיי העיירה כמיקרוקוסמוס של התפתחות משפט במסגרת התרבות; היחס בין הלכה לאגדה נבחן כמייצג יחס מובהק כללי בין משפט לספרות; והיחסים בין התבנית האידיאלית לתבנית התכליתית אינם מנותחים מזווית ההתבוננות של משפט מערבי מודרני. היבט סוציולוגי-היסטורי יותר של הדיון היה עשוי להציג את המעבר לתבנית התכליתית כשלב ראשון בהתפתחות צורות המחשבה המשפטית, במונחיו של הסוציולוג מקס ובר, ובכך לחזק הבניה של המעבר בין התבניות קדמה ולאן דווקא כנפילה; משפטה של בוצ'אץ עשוי היה להיות מוצג בהקשר זה כתוצר מובהק של משפט קהילתי של מיעוט דתי, במסגרת מערכת כללית יותר; וכך גם היה מתפרש היחס בין הלכה לאגדה כתואם מערכת משפט פרה-מודרנית ולא יחסי משפט וספרות עכשוויים. ניתוח מסוג

32 לענין הניסיון המערבי להכחיש את קיומם של פרדוקסים ולהעליםם, ועל כיווני חשיבה חדשים בהתבוננות עליהם ראו גם: G. Teubner "Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhman, and the Paradoxes of Law" *Paradoxes in Law* (yet unpublished, manuscript given on a conference *Paradoxes in Law*, held at Frankfurt University on December 2002, in conjunction with Bar-Ilan University.

33 על שימוש בסגנון הכרעה מסוג זה בכתיבתו של השופט זילברג, ועל הקשר שלו למושג האפוריה ראו מ' אלברשטין "מרינגר ועד ברדה והמצב האפורטי: עיון בסגנונות פרשניים משתנים בפסיקתו של בית המשפט העליון" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 633. ראו גם: J. Derrida *Aporias* (T. Dutoit trans., 1993).

זה עשוי היה להציע התכונות על המערכת העגנונית כיחידה מבודדת במסגרת תרבות משפטית כללית, אשר חלק גדול ממאפייניה קשור להיותה יוצאת הדופן ו"האחר" של המערכת הכללית המתפתחת בהתאם לשעון (ושאון) ההיסטוריה הכללית. במסגרת מערך יחסים כזה השימוש במשפט הכללי והפנייה לשר או לדוכס מייצרים התערבויות שרירותיות ומחזקות את ההיבט הכאוטי והעקמומי של מערכות אשר אינן מתואמות ואשר פועלות באופן בוזמני על פי לוגיקות ושפות שונות. על רקע זה, סביר שהמעבר למדינה יהודית, והניסיון לפתח משפט מערבי מודרני יכוננו משברי זהות, שינויי שפה ושבר תודעתי אשר ימנעו יישום ישיר של התוכנות העגנוניות אל מסגרת הדיון בצדק הישראלי. שבר כזה אינו במוקד עניינו של הספר.

למרות זאת, כמבט נוסף מתברר כי ערכו של הספר טמון דווקא בזרימה הנרטיבית שהוא מציע של "אחדות הניגודים" הטקסטואליים, ובהימנעות ממבט סוציולוגי-היסטורי "מפוכח". דרך הדיון ביחסים העקרוניים בין אבני היסוד של המשפט באמצעות הכתיבה הספרותית של עגנון צומחת תפיסת עולם שבמסגרתה, כפי שמראים רבים מהזרמים "המודרניים" בתורת המשפט, הכוח והשרירותיות הם חלק אינהרנטי מההליך המשפטי (התנועה הביקורתית של המשפט בארצות-הברית³⁴); היסוד הדתי שריר וקיים במסגרת הבנת המשפט המודרני (תפיסה אנתרופולוגית של המשפט³⁵), והקהילה חוזרת להיות אבן הבוחן להתפתחות לכידות, הרמוניה וסדר חברתי (תפיסה קהילתנית של המשפט³⁶). תהליכים מסוג זה, של חיבור בין עקרונות של סדר חדש וישן, תוך ניסיון להבין את המשפט מתוך קריאה קרובה ורק מתוך הקשר, מתפתחים כיום באמצעות זרמים משפטיים כמו משפט וחברה, משפט ותרבות, משפט והיסטוריה, וכמובן: משפט וספרות. החשיבה העגנונית חיונית להם ועשויה לתרום להעמקתם באמצעות השימוש בתכנים התרבותיים היהודיים. המסגרת הסיפורית המכילה את הסתירות ופורשת אותן תוך הצבת נקודת מבט אופטימית, היא אם כן היבט הכרחי של הפרויקט הרחב יותר של החיפוש אחר "מקום" המשפט במסגרת הספר. מקום זה, כפי שהוא מתבהר והולך במעבר בין הפרקים, אמור לפתוח שבילים רבים ככל האפשר מבלי להתחייב לסוגה סיפורית או מחקרית כזאת או אחרת. בעיקר אמור הוא להימנע מקבלת כל אמת אחת (מודרנית, פוסט-מודרנית או דתית) אשר איננה הכרוניקה התודעתית האישית של המספר, ובכתיבה עליו — של המספרת.

R. Gordon "Law and Ideology" *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (6th ed., 1994) 34 950-959.

35 ל' ברשק "בית המשפט והדת האזרחית" המשפט ה (תשס"א) 35.

A. Gutmann "Communitarian Critics of Liberalism" 14 *Philosophy and Public Affairs* 36 (1985) 308; W. Kymlicka *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford, 1989).

על ביזיון בית משפט

(על "על ביזיון בית-משפט" מאת אליעזר בן-שלמה)¹

אורי שטרומן *

אדם הנזקק לערכאות המשפטיות, כזכות המוקנית לו, משול לרץ למרחקים ארוכים ורועי מכשולים, שיודע את מועד הזינוק אך לא את מועד המגע בקו הסיום. הרץ הזוכה יזכה מיד בתהילה ויוכל לממש על אתר את פרסי ניצחונו, ואילו אותו אדם שיזכה במשפטו עלול להימצא במצבו של פירוס מלך אפירוס עת נכח במחיר (אבדן צבאו) ההצלחה (תבוסת הצבא הרומאי) ולחזור על דבריו, שנאמרו במרי לכו: "עוד ניצחון כזה ואבדנו". אם איתרע מזלו של אותו אדם ויריכו איננו משלים עם הפסיקה שנפסקה לחובתו או ממאן לקיימה, יהיה עליו לפתוח במצעד קשה למימוש זכייתו. בדרכו הוא יפגוש בשני חוקים, שינתבו את מסלוליו. שניהם עתיקי יומין, אף שאחד מהם עוטה מפעם לפעם על עצמו אדרת מחודשת. החוק עתיק היומין, שנשאר לכוש (כמעט) במעטה שהלבישוהו יוצריו בתקופת המנדט בשנת 1937, הוא פקודת ביזיון בית המשפט². החוק השני, המחודש מדי פעם פריטים שונים בלבושו בלי לשנות את עיצובו המקורי, הוא חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז–1967, שייסודותיו הוצבו בחוק ההוצאה לפועל העותמאני (משנת 1332). העיקרון המנחה את שני החוקים הוא העמדת שירותי המדינה לרשות האזרח המבקש לממש את זכייתו במשפט, לכשירצה בהם, כתנאי שהמימוש לא יפגע בחירותו ויכולת קיומו של החייב חסר היכולת לקיים את חיוביו. כך, אף על פי שיש עניין למדינה בקיום פסקי הדין וציות לצווי בית המשפט, לא המדינה היא זו שיוזמת ומפקחת על הביצוע, אלא הזוכה בפסק הדין. הוא זה שאמור להניע את גלגלי ההוצאה לפועל ולהפעיל את פקודת ביזיון בית המשפט, והנעה זו כלל וכלל איננה פשוטה.

המהלך שבבילי ההוצאה לפועל, ימצא חקיקה ברורה, ראשי הוצאה לפועל, מוציאים לפועל ופקידים מיומנים שידריכו אותו בהם. ספרות מתעדכנת על הנעשה

* שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב (בדימוס).

1 א' בן-שלמה על ביזיון בית-משפט (2002). הספר יצא לאור בהוצאת "המכון למחקרי משפט וכלכלה בע"מ".

2 פקודת ביזיון בית המשפט, חא"י כרך א, (ע) 332 (להלן: "פקודת ביזיון בית המשפט").

בהוצאה לפועל תאיר את דרכו. אך המבקש למצוא את הדרך לכפות על ידיבו את הציות לפסק הדין, שאיננו מטיל חיוב כספי על החייב אלא מטיל עליו עשיית מעשה או הימנעות ממנו, יגלה חיש מהר שעליו להפעיל את פקודת בזיון בית המשפט. לשם כך יהיה עליו לחזור לבית המשפט, להיזקק לכבלי הדיון הנהוגים בו ולתקדימים המחייבים אותו. אמנם התקדימים אינם רבים מספור, אבל ללא ההתמצאות בהם הסיכוי להשגת מבוקשו הוא דחוק.

סעיף 1(6) לפקודת בזיון בית המשפט קובע את סמכויות בית המשפט "לכופף אדם בקנס או במאסר לצייט לכל צו שניתן על ידם והמצוה לעשות איזה מעשה או האוסר לעשות כל מעשה". זאת ללא הנחיה מתי הכפייה תיעשה על פי הפקודה ומתי על ידי לשכות ההוצאה לפועל. הפקודה מעמידה את אמצעי הכפייה הבלעדיים האפשריים על פיה, קנס או מאסר, אבל אין בה הדרכה, אף לא מגבלה, על עצמת הכפייה. הפקודה מתירה ערעור על "צו המטיל עונש... על פי סעיף 6... באותם התנאים הנהוגים בערעור על פסק דין פלילי המטיל עונש כיוצא בזה"³, אך אינה נוגעת בזכות הערעור על החלטה הדוחה בקשה לכפיית הציות לצו בית המשפט. התשובה לשאלות אלו ולרבות אחרות איננה עולה מלשון הפקודה אלא מפסיקת בית המשפט העליון ובתי המשפט האחרים לערכאותיהם⁴.

לשון הפשט של המלה "בזיון" מעוררת מיד את המחשבה שעניינה של פקודת בזיון בית המשפט הוא בזילות בית המשפט על ידי התייחסות מעליבה כלפיו ישירות בכתב, בעל פה או בהתנהגות ובדין המבוזה. אבל תוכנה של הפקודה מלמד, שמלכתחילה המחוקק ראה את המסרב לציית להחלטות בית המשפט כמבזה אותו, ולפיכך כלל במסגרת חקיקה אחת את דינו של המתפרע בבית המשפט ושל המפרסם דברים בכוונה להטות משפט או דברי בלע נגד בית המשפט ביחד עם דין העד המסרב להשיב על השאלות שהוא נשאל בחקירתו ועם המסרב לציית לציווי בית המשפט. לימים בוטלו סעיפי הפקודה המתייחסים לפגיעות במהלך התקין של המשפט על ידי התנהגות פרועה או על ידי פרטומים פוגעים. הוראות אלה קיבלו ביטוי בסעיפי חקיקה אחרים⁵, ולפיכך הפקודה הנוכחית מתייחסת רק לאי-ציות לבית המשפט הבא לידי ביטוי בסירובו של העד להיחקר בבית המשפט ובסירוב של אדם למלא אחר ההוראות שניתנו לו על ידי בית המשפט.

אסופה של ההלכות המשפטיות בכל הסוגיות החשובות ליישום המחייב כיום של פקודת בזיון בית המשפט נמצאת בספרו של ד"ר אליעזר בן-שלמה על בזיון בית-משפט, שיצא לאור לפני מספר חודשים. ההלכות מובאות בלשון בית המשפט, בין שהן מצוטטות כמקובל בין המירכאות הפותחות וסוגרות כל מובאה ובין שהן מובאות כדבר המחבר, שהוסיף את דברי הקישור המתאימים. יש בכך

3 שם, בס' 18(1).

4 ראו למשל ע"א 288/63 עזר נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (השופט ברנזון).

5 ראו למשל ס' 287 ו-288 א לחוק העונשין, תשל"ז-1977 וכן בספרו של י' קדמי על הדין בפלילים (תשנ"ה, חלק שני) 962.

כדי להועיל למעיין המבקש לעמוד על דיוקה של הפסיקה, אם כי לטעמי מן הדין להביא את דבריהם של השופטים, המובאים כלשונם, בין המירכאות המציינות זאת, כדי שלא ייחשבו כדבר המחבר.

ההלכות בעל ביזיון בית-משפט מקובצות בשבעה שערים שכל אחד מהם מוקדש לנושא מיוחד. כל שער מחולק לפרקים המתאימים לסוגיות השונות הנדונות באותו שער. השער הראשון הוא השער הכללי. עניינו ב"מהותו של ביזיון בית-משפט" וב"זהות המבזה". סיווג הביזיון לפי תחומי המשפט שהוא עשוי להשתייך אליהם, אם הוא "ביזיון אזרחי" או "ביזיון פלילי", חשוב לקביעת ההתייחסות ליסוד הנפשי הנדרש מהמבזה ולענישה המגיעה לו. אם היא ענישה על מעשה שנעשה בעברה, שאז זו ענישה מוגבלת בהיקפה, או שמא היא התראה הצופה את פני העתיד ומכוונת להרתיע את המבזה מהמשך דרכו הרעה ואז, אולי, אין הגבלה על ימי מאסר ועל סכומי הקנס הצפויים למבזה עד שיתרצה ויקיים את המוטל עליו. הסיווג משפיע גם על משקל הראיות הנדרש להוכחת האחריות או האשמה, שהרי משקלן הנדרש להוכחת האחריות האזרחית קל מהנטל החל עליהן להוכחת אשמה פלילית. המחוקק אמנם השתמש במושגים הלקוחים מעולם הענישה הפלילית באפשרו את האכיפה על ידי "קנס" או "מאסר" ובהוראתו להחיל את זכות הערעור על הענישה לפי כללי הערעור על פסק דין פלילי, אבל הליכי האכיפה לפי הפקודה הם אזרחיים. דעותיו של פרופ' הרנון על סוגיה זו, שהובאו בספרו על ביזיון בית משפט על-ידי אי-ציות⁶ ונשארו אקטואליות מאז פרסומן ב-1965 ועד עתה, מובאות בהרחבה בפרק זה בצדה של פסיקת בתי המשפט הקובעת זאת. מסתבר שההלכה המשפטית מסווגת את ביזיון בית המשפט בתחום המשפט האזרחי. לכן הפעלת הליכי ביזיון בית המשפט נתונה בידי בעל הדין הסובל מההפרה, ולא בידי המדינה, המופקדת בדרך כלל (למעט בקובלנות פרטיות) על ההליכים הפליליים, ובירור האחריות להפרת הצו או לאי-קיומו מתנהל על פי סדרי הדין המקובלים במשפט האזרחי. השעטנו המשפטי גורם לתקלות לבעלי הדין ולבאי כוחם הסוברים שדין אחד (האזרחי) לכל ההליכים לפי הפקודה, וטועים הם בדרכם לערכאת הערעור. לכן, בפרק הערעור שבשער השני חסרה לי עמדת המחבר על העיוות שנתור עד עתה בפקודה המחייב את הגשת הערעור על ידי המבזה על פי סדר הדין הפלילי. ציפיתי לשמוע את קריאתו למחוקק לשינוי החוק כאשר הביא את פסיקות בית המשפט הרוחות ערעורים בגלל הגשתם על פי סדרי הדין האזרחי ולא על פי חוק סדר הדין הפלילי.

השער השני מוקדש להוראות הפקודה בדבר דרכי האכיפה האפשריות על המסרבים לציית לבית המשפט, שהם העד השותק וממרה ההחלטה השיפוטית, ובדבר הערעור על ההחלטה בעניינם ועיכוב הביצוע עד לשמיעת הערעור. המחוקק המנדטורי סבר שיהיה בכוחו של בית המשפט להרתיע עד מפני סירוב בלתי מוצדק

6 א' הרנון ביזיון בית-משפט על-ידי אי-ציות (תשכ"ה).

להיחקר על ידי החלטה "לתתו מיד במאסר למועד שלא יעלה על חודש אחד"⁷. הוא, בוודאי, הניח את האפשרות לחזור ולהטיל עונש זה בכל עת שיוחזר העד לדוכן העדים ויעמוד בסירובו. כך עד שיתרצה. אבל בית המשפט העליון בישראל גרס אחרת. בהלכה הידועה כ"הלכת נבולסי"⁸ נקבע שאין לאסור את המסרב לתקופה כוללת העולה על חודש ימים. התוצאה, שאין לה ולא יכול להיות לה ביטוי בפסיקה אבל נחזתה בבית המשפט, הייתה ולזול של העד במכשיר אכיפה זה, כי חודש ימים של מאסר איננו מרתיע עד במשפט פלילי מסירוב להעיד נגד עבריינים, שידם תכבד עליו הרבה יותר מחודש מאסר. הנחיית הפרקליטות על ידי בית המשפט לפתוח בהליכי חקירה נגד עד כזה על פי סעיף 241 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (הקובע מאסר עד לשנתיים בגין סירוב להעיד) הרתיעה את העד, שהעדיף את החקירה על פני החשש מאישום פלילי ומאסר רב ימים בעקבותיו, והועילה להעדתו יותר מהפעלת פקודת בזיון בית המשפט. ללמדנו שהגיעה העת להרהר בהתאמת הוראות הפקודה ופרשנותה למציאות הקיימת בימינו.

רוב ההלכות המקובצות בעל בזיון בית-משפט מתייחסות, כמובן, למהות הסירוב לקיים את החלטת בית המשפט, האכיפה הראויה והיקפה בכל מקרה על פי נסיבותיו. מסתבר שהאפשרויות הפתוחות כיום בהרחבה לאכיפת חיובים על פי חוק ההוצאה לפועל, הליכי כינוס נכסים וכדומה, צמצמו את ההישענות של הזוכים על פקודת בזיון בית המשפט. אין לי ספק שבמקרים רבים יש יתרון לאכיפת החלטת בית המשפט על ידי מינוי כונס נכסים על נכס של החייב, שיישם בכוחו ככונס נכסים את פסק הדין שניתן לטובת הזוכה, מאשר הדרך הארוכה הצפויה לזוכה המבקש סעד מבית המשפט על פי פקודת בזיון בית המשפט. העיון בפסיקה המקובצת בספר מלמד על התנאים הנדרשים לקבלת הסעד וההגנות האפשריות של החייב (שפורטו בשער הרביעי של הספר: אי-בהירות ההחלטה נשוא האכיפה המבוקשת, היעדר אפשרות אכיפה, חוסר אפשרות ביצוע וכדומה). כאשר כל בקשה לאכיפה מהווה הליך הממתין לתורו בבית המשפט ונשוא הליכי ערעור על כל תלאתיו, סבורני, שלמרות זהות ההגנות בכל שיטות האכיפה, אין יתרון לפקודה. להפך. לכן השימוש בה הוא חיוני רק כאשר אין תרופה אחרת, יעילה ממנה, נגד הממרה. אין תמיהה בעיניי על השימוש בפקודה ליישום החלטות בית המשפט למשפחה, שהרי אין אפשרות למנות כונס נכסים על הילד לצורך מסירתו⁹ או להבאתו לביקור על ידי אחד ההורים למשנהו. ריכוז הפסיקה בספר אחד מאפשר למעיין המחפש תרופה למצוקה שנגרמה לו בעקבות הפרת פסיקת בית המשפט לגלות ללא קושי אפשרויות לסעדים שאינם מקובלים בין התרופות המוענקות

7 ס' 5 לפקודת בזיון בית המשפט.

8 ע"פ 217/59 הי"מ נ' נבולסי, פ"ד יד 73.

9 במקרה כגון דא, שבו אוכפים צו מסירה של ילד שנעלם, לא נרתע בית המשפט העליון מאכיפה על ידי הוצאת צו מאסר ללא הגבלת זמן עד שיימסר הילד. כך נפסק בהמ' 309/61 שטרקס נ' שוחמבר, פ"ד טו 1562.

בדינים אחרים. בפרק הדין ב"זהות המבזה"¹⁰, הוא ימצא את ההלכות המתירות נקיטת הליכי אכיפה לפי פקודת ביזיון בית המשפט על מי שאמנם לא היה בעל דין בהליך המחייב (אלא "זר" למשפט) אבל בחלוף הזמן הפך לגורם היכול לקיים את ההחלטה השיפוטית או לסכלה, והוא בידיעה עליה בוחר לטכל את ביצועה. בפרק המתיחס ל"דינו של ממרה צו הנמצא מחוץ לתחום השיפוט של בתי-המשפט בארץ"¹¹, שהוא פרק חשוב למי שנאלץ לאכוף את ההחלטות השיפוטיות על בן זוגו שנמלט לחו"ל, מובאות ההלכות הישימות על תפיסת נכסיו של הנמלט כדי לאכוף עליו את ההחלטה השיפוטית ואת מימון ההוצאות הכרוכות בכך. בפרקי הספר האחרים מובאת הפסיקה החשובה להבנת סדרי הדיון בבקשה לביזיון בית המשפט והפעלת הוראותיה של הפקודה על פי חוקים שונים בנושאים מגוונים. מפסיקה זו מעניין לציין את החלטת בית משפט השלום בחדרה על סמכותו לאכוף החלטה שיפוטית על העירייה על ידי הטלת קנס לפי פקודת ביזיון בית המשפט, שאושרה בערעור בבית המשפט המחוזי בחיפה¹². כמדומני, שפסק דין זה לא היכה שורשים, והאכיפה המועדפת של ההחלטות השיפוטיות על הרשויות המקומיות הייתה באמצעות הפנייה לבג"ץ.

לסיכום, אין בספר התמודדות של המחבר עם הבעיות העולות מיישום פקודת ביזיון בית המשפט להלכה ולמעשה והזעקות, לדעתי, ליצירת חקיקה חדשה, שתקנה לבתי המשפט כלי אכיפה ההולמים את התפתחות המשפט ומציאות חיינו. עם זאת, יש בו ריכוז מלא של הפסיקה וההלכות העולות ממנה (כשהן מלוות בתיאור העובדות, לעתים קרובות בפירוט יתור מהנדרש), בחלוקה לשערים ולפרקים שיקלו על הנזקק להן לדעת תוך זמן קצר את כל הטוב הצפוי בהן עבורו או את הקשיים שייצרמו בדרכו.

10 בן-שלמה, לעיל הערה 1, בע' 51.

11 שם, בע' 211.

12 ע"א 102/73 מדמון נ' עיריית חדרה, פ"מ תשל"ד(ב) 572.