

המשפט

כרך כז

כתב עת לענייני משפט
הפקולטה למשפטים ע"ש חיים שטריקס,
המסלול האקדמי המכללה למינהל
תשרי התשפ"ב, אוקטובר 2021

המשפט

יושבת ראש
פרופ' ארנה בן-נפתלי

עורכת
ד"ר לימור זר-גוטמן

עורכות משנה
ליאור אלונה גולדמן, סתיו שבת, נעמה שגיא

עורכת לשונית
דבורית הרכבי

חברי המערכת
צאלח אבו עמשה, שקד אביטבול, ערן אבנר, יובל אלון, דין בכש, חן בן-דוד, שי בן דור,
ליאל בן-יוסף, ירין ברזילי, שחר חורי, עדי חורמרו, שיר טולדנו, רפאל קורל מכלוף,
שירן משיח, תומר עמיאל, עמית פינטו

אופן הגשת מאמרים למערכת:

המעוניינים לפרסם בכתב העת ישלחו מאמר עד 10,000 מילים (כולל הערות שוליים) ברווח שורה וחצי. עליהם להיות נכונים לקבל הערות המערכת ולהחזיר התיקונים לפיהן תוך זמן סביר. עבודת המערכת תכלול קבלת חוות דעת אנונימית של קורא חיצוני ומחקר בביליוגרפי של חברי המערכת בנושא הרלוונטי.

יש לשלוח את המאמר לכתובת המייל של המערכת, רצוי בליווי הסבר על הנושא והכותב/ת. מיד עם קבלת המאמר ישלח לכותבים אישור על כך. על המאמר להיות כתוב בתכנת word לפי כללי הציטוט האחיד בכתובה משפטית (2021), הנמצאים באתר האינטרנט. פסיקה שלא התפרסמה ברשומות הרשמיות של הפד"י יש להפנות למאגר נבו.

כתובת המערכת:

כתב העת המשפט

הפקולטה למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל

שד' רבין 7, ת"ד 25072

ראשון לציון 7502501

דואר אלקטרוני: mishpat@colman.ac.il

אתר האינטרנט: hamishpat.colman.ac.il/

דף הפייסבוק: facebook.com/hamishpatlawreview/

©

כל הזכויות שמורות

הפקולטה למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל

ISSN 0792-8068

סדר: ענת זקון

נבו

תוכן העניינים

<p>7..... דבר העורכת</p> <p>על הוגנות והדדיות בחקירה הפלילית – להחיות את היפפייה הנמה: על זכותה של ההגנה לבקש צו להמצאת חפצים לצורכי חקירה על דרך סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי 11.....</p> <p>אסירים ואינטרנט – שילוב מופרך? קריאה לשינוי בראי ההווה והעתיד 53.....</p> <p>סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפליל, להסדיר או להפקיר "בגידה" מינית בנישואין? 89.....</p> <p>125..... התערבות שיפוטית בהסדרי גישור</p> <p>מי (י)קבע את עתיד ילדינו – חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 169.....</p> <p>שפיטה חיובית – פסיכולוגיה חיובית בדיוני בתי המשפט לנוער 201.....</p> <p>ידיד ניכר בעת מחלה: על המתת בעלי חיים בשם בריאות הציבור 241.....</p> <p>חוק שירותי תשלום, התשע"ט-2019: הגנת הצרכן הפיננסי בעולם של שירותי תשלום דיגיטליים 275.....</p> <p>ייצוג משפטי במסגרת עסקת התחדשות עירונית: הגיעה העת לשינוי נורמטיבי 303.....</p>	<p>לימור זר-גוטמן</p> <p>בנימין ניומן</p> <p>נתנאל הנסל</p> <p>אסף הרדוף</p> <p>עמוס גבריאלי ומיכל אלברשטין</p> <p>ניצנה בן-דוד</p> <p>שרון עצמון-הלוי ורונן עצמון</p> <p>אסף הרדוף</p> <p>רות פלאטו-שנער</p> <p>דניאלה אסרף ופנינה ליפשיץ-אבירם</p>
סקירת ספרות	
<p>ארנה בן-נפתלי ולימור זר-גוטמן "והגית בו יומם ולילה" – סימפוזיון: שלוש קריאות בספרה של דפנה ברק-ארז "לקרוא משפטים בתנ"ך" – פתח דבר 345.....</p> <p>כל התנ"ך משפט – על "לקרוא משפטים בתנ"ך" מאת דפנה ברק-ארז 347.....</p>	<p>אסנת ברתור</p>

וְאֵת בְּנֵי נֹאכַל מְחַר: קְנִיבְלִיזִים עַל צִיר הַזְמַן הַמְשַׁפְטִי –
עַל "לְקִרְוֹא מְשַׁפְטִים בְּתַנּוּ"ךְ" מֵאֵת דַּפְנָה בְּרַק-אֲרוֹז 351

יורם רבין

"אֲנַחְנוּ בְּנֵי אוֹתָהּ שְׂקָבָה אֲרַכְאוּלוֹגִית בְּעֵתִיד" –
עַל "לְקִרְוֹא מְשַׁפְטִים בְּתַנּוּ"ךְ" מֵאֵת דַּפְנָה בְּרַק-אֲרוֹז 357

צבי טריגר

דבר העורכת

לימור זר-גוטמן

כתב העת **המשפט**, היוצא לאור קרוב לשלושים שנים, מקפיד לפרסם מאמרים שיש בהם חדשנות ותרומה משמעותית לשיח האקדמי-משפטי. קשה להגדיר מהן אותן חדשנות ותרומה שאנו מחפשים בכל מאמר ומאמר המוגש למערכת, אך המערכת בהחלט יודעת לזהות אותן. זו אחת העילות השכיחות לאי-קבלה של מאמר לפרסום. הגם שהמאמר כתוב היטב ומאוד משכנע, אם אין בו חדשנות התורמת להעמקה או להרחבה של השיח המשפטי – המאמר לא יתפרסם בכתב העת **המשפט**.

אנו מזהים את החדשנות והתרומה להעמקת השיח המשפטי הודות לשני כלים המשולבים בעבודת המערכת. הראשון, עבודת מחקר יסודית שמבצעים חברי המערכת על כל מאמר ועל נושא המאמר. במסגרת מחקר מעמיק זה, חברי המערכת מאתרים וקוראים ספרות ופסיקה שעסקו בתחום ומשווים אותן לכל טיעון וטיעון המובא במאמר שהוגש. הכלי השני המסייע לנו באיתור חדשנות ותרומה הוא חוות הדעת על המאמר מהקוראים האנונימיים, המחווים דעתם בפירוט על כל מאמר. חוות הדעת החיצונית היא לעולם אנונימית כפולה – הקורא החיצוני אינו יודע את זהות כותב המאמר, והמחבר אינו יודע את זהות הקורא החיצוני. אין לי מילים להודות לכל אותם אנשי אקדמיה טובים המנדבים זמן וידע כדי לקרוא מאמר ולכתוב עליו חוות דעת עבור מערכת **המשפט**.

אם המאמר מתקבל לפרסום, המחקר שנעשה על ידי חברי המערכת וחוות הדעת של המומחה החיצוני משמשים כהצעות המערכת המופנות לכותבי המאמר במכתב, הצעות שמטרתן השבחת המאמר והעמקתו. כל כותבת מכירה את השלב שבו היא נדרשת לתיקונים במאמר על בסיס מכתב המערכת שנשלח אליה. כל כותבת יודעת מניסיונה עד כמה מכתבים אלה תורמים להשבחת המאמר.

גם המאמרים הרואים אור במסגרת חוברת כז, המונחת לפניכם, הם חדשניים, ויש בהם תרומה רבה להעמקה והרחבה של השיח המשפטי במגוון תחומי משפט ואף בתחומי ידע נוספים, כמו היסטוריה, סוציולוגיה ועוד.

את החוברת פותח מאמרו של **בנימין ניומן**, המציג כלי משפטי חשוב לטובת הסנגוריה שבו לא נעשה שימוש במשפט הישראלי – בקשה לקבלת צו להמצאת מסמכים וחפצים לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי. הבסיס להחייאת הסעיף הוא זכותה של ההגנה לבצע פעולות לאיסוף ראיות לצורכי התיק הפלילי. המאמר טוען כי לאור מגבלות זכות העיון והגילוי מחד גיסא, והצורך של ההגנה באיסוף ראיות מאידך גיסא, יש מקום לאפשר להגנה לאסוף ראיות באופן עצמאי, ללא תלות בשלב המשפטי וללא מעורבות התביעה, וזאת באמצעות סעיף 43. המאמר ממשיך ומסביר שכדי לאזן את פערי הכוחות המובנים ביכולת החקירתית של הצדדים,

יש ליתן להגנה כלי חקירתי לאיסוף ראיות תוך שימוש בצו שיפוטי להמצאת מסמכים וחפצים, ללא מעורבות התביעה.

המאמר השני בחוברת, של **נתנאל הנסל**, עוסק בסוגיה חשובה שטרם נכתב עליה בישראל – זכות הגישה של אסירים לאינטרנט. לטענת המחבר, בעוד שהאינטרנט ממלא צרכים פיזיים-פסיכולוגיים של האדם, והגישה אליו היא תנאי למימוש עצמי ולשגשוג בתוך החברה המודרנית – האינטרנט נעצר בשערי הכלא, ולאסירים בישראל אין גישה אליו. המאמר מציג את הקשיים והסיכונים שבהנגשת האינטרנט לאסירים. המאמר ממשיך וקובע כי לפי משפט זכויות האדם הבין-לאומי ואימוץ נקודת המוצא שלו שלפיה לאסיר נשמרות זכויותיו גם במאסרו, יחד עם הסקת מסקנות מתוך מחקרים פנולוגיים – היעדרו המשמעותי, אם לא המוחלט, של האינטרנט ממתקני כליאה בעולם ובישראל אינו מוצדק בחברה נאורה השואפת לכליאה הראויה. לכן, ראוי שמערכת הכליאה לא תמנע את הגישה לאינטרנט ויש לחייבה לפעולה אקטיבית להנגשה בהתאמות מסוימות.

המאמר השלישי בחוברת, של **אסף הרדוף**, בוחן לראשונה בישראל באופן נורמטיבי ואנליטי אם וכיצד ראוי להתייחס משפטית לניאוף: להפלילו, לצמצמו באמצעות הסדרה אזרחית או להתעלם ממנו. המאמר מציע שתי נקודות מבט ייחודיות וחדשניות. האחת היא בחינה נורמטיבית ביקורתית להסדרה המשפטית של הניאוף, מזווית חילונית, דמוקרטית וליברלית. השנייה, מבט פלילי על סוגיה שכיום נדונה בישראל כמעט רק בדיני המשפחה, ולעיתים נדירות נזכרת ככזו שאינה רלוונטית בדיני הנזיקין ובדיני החוזים. הניתוח המפורט נעשה לפי סולם ההסדרה, המורכב מארבעה שלבים. הניתוח מוביל למסקנה כי מבין שלוש האפשרויות, עדיפה ההסדרה האזרחית. הסדרה כזו לא תכתב באופן בלעדי עם ניאוף, אלא תתמקד בהפרת בלעדיות מינית העשויה לייצר עילה לסנקצייה אזרחית, חוזית או נזיקית.

המאמר הרביעי בחוברת הוא של **עמוס גבריאלי ומיכל אלברשטיין**. המאמר מציג ומנתח את אופן ההתערבות השיפוטית בהסדרי גישור המוגשים לאישור בית משפט מכוח החוק ועילותיה. התערבות שיפוטית מוצאת ביטוי בביקורת על ההסדר, ביטולו המלא או החלקי, השבתו למגשר ולצדדים לשם תיקונו או קיום דיון מחודש באולם המשפט, בניסיון לממשו על פי תכליתו. המאמר מבוסס על מחקר אנליטי של פסקי הדין שלוקטו ממאגרי מידע ציבוריים וממקורות שלא פורסמו, ובמסגרתו נותחו אופן ההתערבות בהסדר שהובא לאישור בית המשפט ועילותיה. המאמר מוכיח כי בהיעדר קריטריונים מוסדרים בדין, קיימת פרקטיקת התערבות שיפוטית אקראית, אינטואיטיבית לעיתים, השונה באופייה ומידתה אצל כל שופט. על בסיס ניתוח פרקטיקות ההתערבות הנהוגות ועל רקע מיקומו הדינמי של הגישור בממשק שבין הפרטי לציבורי כמקור חדש של נורמות, מציע המאמר קווים מנחים להתערבות שיפוטית ולגיבוש הסדרי גישור, אשר יוכלו לשמש שופטים ומגשרים כאחד.

המאמר החמישי בחוברת הוא של **ניצנה בן דוד** והוא לוקח את הקוראים למסע היסטורי מרתק הנחשף לראשונה – ההיסטוריה של חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך–1960. זהו חוק שנועד לתת מענה לבעיית "הילדים העזובים", אשר נתפסה כמאיימת על הסדר החברתי והפוליטי במדינת ישראל של שנות החמישים. המאמר מנתח את המוסדות ואת השחקנים העיקריים שעיצבו את גלגוליה השונים של הצעת החוק ומציג את האופן שבו הזיהוי המעמדי-אתני של הבעיה השפיע הן על מועד החקיקה והן על ההסדרים שנוסחו בחוק שיועד לפתרונה.

המאמר מוכיח, לבסוף, שהחוק, שהיווה לכאורה פרקטיקה להאחדה נורמטיבית של הקולקטיב היהודי-ישראלי, בפועל היווה את אחת מפרקטיקות הפרדת "המזרחיים" מהקולקטיב, תוך הצגת ילדיהם כקורבן, והגדרתם כבעיה. מסקנת המאמר היא שהחוק שיועד לקבוצה מזוהה מעמדית ואתנית (המזרחיים) התיר התערבות רחבה בתא המשפחתי והעדיף אכיפת נורמות תרבותיות והבטחת הסדר החברתי, על פני שמירת זכויות אדם.

המאמר השישי בחוברת, של **שרון עצמון-הלוי ורונן עצמון**, עוסק בערכאה שיפוטית חשובה שמוכרת פחות בכתיבה המשפטית – בית המשפט לנוער. המאמר מראה כיצד תובנות וכלים מתחום הפסיכולוגיה החיובית יכולים לסייע לשופטי הנוער לשפר את חייהם של קטינים ובני משפחותיהם, הן בבית המשפט והן מחוצה לו. פסיכולוגיה חיובית היא תחום המחקר המדעי של הגורמים לשגשוגם של אנשים. היא מדגישה את חשיבותם של רגשות חיוביים, תכונות חיוביות ופעולות חיוביות כיסודות של חיים מאושרים ומספקים. הספרות המקצועית אינה מרבה לעסוק בקשר שבין משפט לבין פסיכולוגיה חיובית. המאמר מבקש להשלים חוסר זה בכך שהוא מפרט על כמה דרכים שבהן פסיכולוגיה חיובית יכולה להועיל בכל שלבי הטיפול בקטין בבית המשפט: החל משלב ההמתנה למשפט, דרך ההליך עצמו וכלה בהחלטות של בית המשפט בסיום ההליך.

המאמר השביעי בחוברת, השני פרי עטו של **אסף הרדוף**, עוסק בסוגיה אקדמית זנוחה כמעט לחלוטין – המתת בעלי חיים בשם בריאות הציבור. המאמר מנתח את החוקים העוסקים בפגיעה בבעלי חיים כדי לשמור על בריאות הציבור מפני מחלות שלהם, בכוח או בפועל. הניתוח מוביל למסקנה כי מדובר בהסדר קיצוני, חסר חמלה וחסר נשמה במהותו שכן די בצל של חשד כדי להורות על הרג בעלי חיים רבים. זאת, הגם שלאחרונה נערך תיקון מקיף ששיפר אך במעט את המצב. המאמר מראה כי הבעיה מוחרפת מכך שההסדר מופעל בשדה המשפט המנהלי, שבו קיימת ביקורת שיפוטית מרוסנת במיוחד שאינה מתמקדת בסוגיה הרחבה, אלא נצמדת לעילות המנהליות, ועל בסיסן אינה מתערבת בהכרעות הוטרניר של הרשות – גורם המצוי בניגוד אינטרסים מובנה בין הדאגה לשלום הציבור לבין דאגה לחיי בעלי חיים. המאמר ממשיך ובוחר את הצעת החוק שקרסה, שבה הייתה תקווה לשינוי המצב.

המאמר השמיני בחוברת הוא של **רות פלאטור-שנער**. המאמר עוסק בחוק חשוב שנכנס לתוקף בשנים האחרונות – חוק שירותי תשלום. החוק החדשני נועד לספק מעטפת משפטית למהפכה המתרחשת בימים אלה בעולם התשלומים בישראל – מעבר משימוש באמצעי התשלום המסורתיים לאמצעי תשלום דיגיטליים. מדובר בחוק ארוך ומורכב המתיימר לכסות את ההיבטים השונים הנוגעים לשימוש באמצעי התשלום המתקדמים, תוך שאיפה ליצור הסדרה חדישה ומודרנית שתתאים לתחום הדינמי של שירותי התשלום. המאמר מנתח את העקרונות שעליהם מושתת החוק החדש ובוחר את אופן יישומם בשלוש סוגיות מרכזיות המוסדרות בחוק: אחריותו של נותן שירותי התשלום לביצוע פעולת תשלום בהתאם להוראות הלקוח; ביטול הוראת תשלום על ידי הלקוח; ושימוש לרעה באמצעי תשלום. מסקנת המאמר היא שאף שהחוק מעניק הגנה רחבה ללקוח כלפי הגוף המספק לו את שירותי התשלום, קיימים בחוק כמה הסדרים, הנסקרים בהרחבה, העלולים לפגום בהגנה שהמחוקק שאף להעניק ללקוח.

המאמר התשיעי בחוברת, של **דניאלה אסרף ופנינה ליפשיץ-אבירם**, מפנה זרקור לתופעה מרכזית בשנים האחרונות בפרקטיקה של עורכי הדין – ייצוג בעלי דירות במסגרת עסקת התחדשות עירונית. המאמר מסביר שהייצוג של עורך הדין את בעלי הדירות מול היזם הוא מורכב, ממושך וכולל היבטים שונים משפטיים ושאינם משפטיים – מה שמעצים את הדילמות האתיות ואת החובות האינהרנטיות החלות על עורך הדין, חובות הזוהרות, הנאמנות והמסירות ללקוח. המאמר מבקש לבחון האם המצב הקיים בישראל, כולל ההחלטה החדשה והמקיפה של ועדת האתיקה הארצית, הוא ראוי ונכון מבחינה חברתית-משפטית. המאמר קובע שהמצב אינו ראוי וכי הגיעה העת להסדיר את התנהלותם של עורכי הדין באמצעות חקיקת משנה. המאמר אף מציג טיוטה לכללים שכאלה האוסרים על ניגוד העניינים העלול להתפתח אצל עורכי הדין, ובכך מגינים על זכויות הדיירים.

את החוברת חותם סימפוזיון סביב ספר חדש: **שלוש קריאות בספרה של דפנה ברק-ארוז, "לקרוא משפטים בתנ"ך"**. חלק זה בחוברת מתחיל בפתח דבר של עורכות הסימפוזיון – **ארנה בן-נפתלי ולימור זר-גוטמן**. הסימפוזיון כולל שלוש רשימות העוסקות בספר. הראשונה, של **אסנת ברתור** העוסקת בתחום לימודי המקרא. שתי הרשימות הנוספות הן של כותבים מתחום המשפט – **יורם רבין וצביקה טריגר**.

חובה נעימה לי כעורכת להודות לכל מי שסייע והשקיע בחוברת משובחת זו. ראשונים שבלעדיהם לא הייתה נולדת חוברת זו הם הכותבות והכותבים היצירתיים, מלאי הידע והתשוקה למחקר, אשר זיכו אותנו במאמרים חדשניים, מרחיבים ומעמיקים בשלל תחומי משפט. תודה גם לשופטים החיצוניים, שלא ניתן לציין את שמותיהם, אך תרומתם חשובה. תודה מיוחדת לשלוש עורכות המשנה אשר עבדו יחד ולחוד על החוברת – ליאור אלונה גולדמן, סתיו שבת ונעמה שגיא. תודה מיוחדת לסטודנטים המופלאים שלי, חברי מערכת כתב העת **המשפט**, הנמנים על הסטודנטים המצטיינים של הפקולטה למשפטים ע"ש חיים שטריקס. גם בתקופת המגפה והסגרים המשכתם להשקיע בעבודת המערכת ובהשבחת המאמרים, כך שהחוברת יצאה לאור בדיוק במועדה. כמו כן, תודה לעורכת הלשונית המצוינת, דבורית הרכבי.

לקוראים/ות אני מאחלת קריאה מעניינת ומחכימה.