

# עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

כרך יג	תשרי תשע"ז, אוקטובר 2016
דבר העורך .....	5
צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן איל זמיר .....	7
זכויות כבוד סגולי וזכויות כבוד מחיה: הצעה להמשגה של זכויות אדם ועיגוןן בחוק היסוד אורית קמיר .....	37
אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצריתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם אסף הרדוף .....	65
חקיקה שיפוטית במישור הדיוני – תביעה נגד נתבע אנונימי, בעקבות פרשת מור יצחק כהן ואמל ג'בארין .....	135
עקרון ההדדיות במפגש הרפואי – בין חובת הגילוי (מטפל) לאחריות המטופל ו"חובת היידוע" עדי ניב־יגודה .....	183
הזנחה עצמית בקרב זקנים: ההתמודדות החוקית ישראל דורון, טובה בנד־וינטרשטיין ומיכל אוליברו־קורנפלד .....	219
ענישה פלילית "שלא מן התורה" – מאמר תלמודי אשר עיצב שיטה משפטית אהרן קירשנבאום .....	261



# עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

---

תשרי תשע"ז, אוקטובר 2016

כרך יג

---

עורך

אבישלום וסטרייך

רכזי המערכת

ליאור ברגמן, דניאלה דנן

חברי המערכת תשע"ה

מיטל אביטן, שני אזולאי, ניל בונפיל, רותם ברק, ענבל גואטה, ארנסט גרוניס, ים ורד,  
ספיר זילבר, שגיא כהן, נטע לברון, רז לוי, שחר מור, יהונתן מלכה, הילה עמר, מוריאל פורת,  
נאור פריאנטי, יקי קול, ניר קקון, אור רובנר, פנינת שמעוני

חברי המערכת תשע"ו

שירן אבלס, ערן אגם, ירין איידלמן, ניסים בוזגלו, אביב בן-עטיה, איגור גרין, נאוה הרשקוביץ,  
דור זבורוב, מירב זילברברג, אלינור זכאים, יפתח יותם, יערה כליף, צוק לוי, אור לוצאטו,  
יון ערכי, אליעד שטרן

מזכירת המערכת

גלי כהן

עריכה לשונית

יהודית ידלין

הפקה

ענת זקון

הוצאה לאור



## המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

נשיא המרכז האקדמי – פרופ' משה כהן אליה

דיקן בית הספר למשפטים – פרופ' יעד רותם

דיקן בית הספר למנהל עסקים – פרופ' יורם מיתקי

ראש החוג לחשבונאות – ד"ר רימונה פלס

סגל ההוראה בבית הספר למשפטים:

עו"ד מיכל אהרוני	ד"ר אבישלום וסטריין	עו"ד אייל עופר
עו"ד ליעד אורתר	עו"ד ולרי זילכה	ד"ר לימור עציוני
עו"ד נעמי אלימלך-שמרה	השופט ד"ר עדי זונקין	גב' דנה פאר
ד"ר טלי אמיר	ד"ר אפי חלמיש	עו"ד דוד פורר
עו"ד דוד אשד	ד"ר קים טרייגר-ברעם	פרופ' עידו פורת
ד"ר חגית בולמש	עו"ד מנשה כהן	מר איתי פייגנבאום
ד"ר דניאלה ביניש	פרופ' משה כהן אליה	עו"ד עמיר פרידמן
ד"ר אורי בן אוליאל	עו"ד סאני כלב	ד"ר זיו פרייז
ד"ר יואב בן שמש	גב' הלן כצנלסון	פרופ' רינת קיטאי-סנג'רו
גב' גלית בנצור	ד"ר אייל כתבן	ד"ר אבישי קליין
פרופ' ליסה ברנשטיין	ד"ר פמלה לאופר יוקליס	עו"ד טוני קסון
ד"ר דניאל גולדשטיין	עו"ד לימור לוי	ד"ר שלי קרייצר-לוי
ד"ר גרשון גוטובניק	מר רן לוסיגמן	פרופ' יעל רונן
ד"ר דוד גורביץ	עו"ד תמר לוסטר	פרופ' יעד רותם
עו"ד רענן גלעדי	ד"ר איתי ליפשיץ	עו"ד אורטל רייסמן
ד"ר חאלד גנאים	עו"ד אסנת ליפשיץ	עו"ד דניאל רימון
גב' רינת גרשפלד	ד"ר חגית לרנאו	עו"ד הישאם שבאיטה
פרופ' יוסי דהאן	פרופ' פבלו לרנר	ד"ר גיא שגיא
ד"ר רועית דהן	ד"ר מיה מי-טל	ד"ר סיגל שהב
ד"ר ליאור דוידאי	ד"ר אודליה מינס	פרופ' רונה שוז
ד"ר רונית דוניץ-קידר	עו"ד אריאל מגור	מר יואב שוטן
פרופ' שחר דילברי	ד"ר דורון מנשה	פרופ' גילה שטופלר
פרופ' עמר דקל	גב' אן מרקס	ד"ר אייל שנהב
ד"ר ינון היימן	עו"ד עדי ניב-יגודה	ד"ר עודדה שטיינברג
ד"ר יואב המר	ד"ר דב סולומון	ד"ר יעקב שטרן
פרופ' גיא הרפז	השופט ד"ר אחיקם סטולר	ד"ר אילנה שילה
ד"ר ניב ואקי	עו"ד אופיר סטרשנוב	פרופ' פנחס שיפמן
עו"ד שירה וייסברג	ד"ר עופר סיטבון	עו"ד סטס שמיס
עו"ד ליאב וינבאום	עו"ד יעל סנאי	ד"ר בועז שנור
ד"ר שחר ולר	פרופ' בועז סנג'רו	עו"ד אילן שרקון

## דבר העורך

אני שמח להגיש לעיונכם את הכרך השלושה עשר של כתב העת **עלי משפט**. כרך זה בוחן אופקית ואנכית מגוון מרתק של נושאים: הוא כולל ניתוחי יסוד של תחומים או נושאים הנמצאים בלב הדיון המשפטי, לצד עיונים מעמיקים בהיבטים קונקרטיים מגוונים. שני המאמרים הראשונים של הכרך נוגעים בתחומים הנמצאים בליבת השיח המשפטי, ומבקשים לעצב מחדש את יסודותיהם. הראשון, מאמרו של איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן", מנתח את המתח בין צדק מהותי לבין צדק פרוצדורלי בדיני החוזים מפרספקטיבה היסטורית והשוואתית רחבה, ומתוך כך בוחן כיצד מתח זה בא לידי ביטוי בדיני הכפייה והעושק בישראל. מאמרה של אורית קמיר "זכויות כבוד סגולי וזכויות כבוד מחיה: הצעה להמשגה של זכויות אדם ועיגון בחוק היסוד", מבקש לעגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו את ההבחנה המושגית בין שני סוגים של כבוד: "הכבוד הסגולי", שהוא ערכו של האנושי בכל אדם באשר הוא אדם, ו"כבוד המחיה", שהוא ערכו של מקבץ התכונות הייחודי, החד-פעמי, שכל פרט אנושי בחר לממש ולפתח בעצמו לפי תכונותיו האישיות והזהירות הקבוצתיות. המאמר מראה כיצד כל אחד משני סוגי הכבוד הללו מנביע קבוצה ייחודית של זכויות, כיצד ההגנה על זכויות אלו משתנה בהתאם לסוגן וכיצד נובעים הדברים מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שני המאמרים הבאים עוסקים במענה המשפטי לאתגר הצומח שמציבה בפנינו ההתפתחות הטכנולוגית, ובעיקר: האתגרים המשפטיים הטמונים במרשתת (האינטרנט). אסף הרדוף במאמרו "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצרית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" מבקר – מבחינה לשונית, מבחינה היסטורית ומבחינה דוקטרינרית – את התזה התביעתית הגורסת כי יש להחיל את עברת האינוס כפי שהיא מנוסחת כיום גם על תקשורת מינית מרחוק. יצחק כהן ואמל ג'בארין במאמרים "חקיקה שיפוטית במישור הדיוני: תביעה נגד נתבע אנונימי, בעקבות פרשת מור", בוחנים את המסגרת הדיונית שבאמצעותה יכול אדם שנפגע מפרסום ברשת האינטרנט להגיש תביעה כנגד נתבע אנונימי, זאת על אף המסקנות המהותיות שאליהן הגיע בית המשפט העליון בפרשת מור, ובניגוד למסקנות הדיוניות של בית המשפט באותה הפרשה. זוג המאמרים העוקב נוגע בשאלות של רפואה, בריאות וחברה. מאמרו של עדי ניב-יגודה "עקרון ההדדיות במפגש הרפואי: בין חובת הגילוי (מטפל) לאחריות המטופל ו'חובת היידוע'" בוחן את גבולות האחריות של המטופל בתוך המפגש הרפואי, הצומחת מתוך הכרה בעקרון ההדדיות במפגש הרפואי. המאמר מבקש להתוות דרך לנקודת האיזון בין חובת המטפל לבין זכויות המטופל, חלקן בהליך הרפואי ואחריותו, וזאת מתוך ההכרה באינטרס המשותף: טובת המטופל והצלחת הטיפול. מאמרו של ישראל (איסי) דורון, טובה בנד-וינטרשטיין ומיכל אוליברו-קורנפלד "הזנחה עצמית בקרב זקנים: ההתמודדות החוקית", מבקש להשמיע את קולה של קבוצה מוחלשת בחברה הישראלית, באמצעות ניתוח השיח המשפטי בתחום ההזנחה העצמית של זקנים. שיח זה לוקה, לטענת כותבי

המאמר, במספר חולשות וחסרונות, ובראשם עמדת מוצא המתאפיינת בהבניה שלילית של הזקנה (גילנות) כמו גם קולם הלא-נשמע של הזקנים בהליך המשפטי. המאמר האחרון בכרך זה, מאמרו של אהרון קירשנבאום ז"ל "ענישה פלילית שלא מן התורה": מאמר תלמודי אשר עיצב שיטה משפטית", עוסק בניתוח פרשני של הבסיס התלמודי לפעולתו של בית דין רבני בתקן של הוראת שעה, אף שלא לפי ההלכה. המאמר מעיין במגוון רחב של עמדות ופירושים מהספרות הפרשנית הקלאסית, ומתוך כך פותח את הדרך בפני בחינת היחס שבין המשפט העברי ההרמנויטי הקלאסי לבין דרכי יישומו על ידי בתי דין יהודיים בתקופה שלאחר התלמוד. לדאבוננו, פרופ' קירשנבאום הלך לעולמו במהלך עריכת החוברת. בפרסום דבריו יתקיימו אפוא דברי חכמים: "אין עושין נפשות לצדיקים, דבריהן הן זכרונן" (תלמוד ירושלמי, שקלים פ"ב ה"ז, מז ע"א). בסיום הדברים, אני מבקש להודות למחברות ולמחברים, לחברות ולחברי המערכת, לעורכת הלשון יהודית ידלין ולמפיקה ענת זקון, על התרומה, הזמן והמאמץ, שהביאו ליצירתו ולהשלמתו של כרך מרתק זה.

ברכת שנה טובה  
וקריאה נעימה ומועילה,  
ד"ר אבישלום וסטרייך  
המרכז האקדמי למשפט ולעסקים  
תשרי תשע"ז – אוקטובר 2016