

## ספר אוריאל – דבר המערכת

אנו גאים ונרגשים להביא לפניכם את כרך כ של כתב-העת **משפט ועסקים** – כרך חגיגי המוקדש לפרופ' אוריאל פרוקצ'יה, חבר ועמית יקר.

הכרך, הארוג בחוטי דעת ורוח השלובים יחד ליצירה יוצאת-דופן, משקף, כך אנו מקווים, את מקצת ממאפייניו של אוריאל, ומהווה הזדמנות להכיר את מנעד תחומי מומחיותו. לאורך שנות הוראתו ובמסגרת מחקרו, אוריאל מפליג לדיסציפלינות שאינן מוכרות לרבים מן המשפטנים, אל תחומי דעת חיצוניים למשפט ואל עולמות תוכן החבויים בו, ובכלל זה – נוסף על דיני התאגידים<sup>1</sup> – גם לניתוח הכלכלי של המשפט<sup>2</sup>, לחיבור שבין משפט ותרבות<sup>3</sup>, ולכל אלה יחד<sup>4</sup>. בכל אחד מהם אוריאל הוא חלוץ במשפט הישראלי ואיש-מפתח בו. אנו סבורים כי קובץ המאמרים שבכרך זה מבטא לא רק את רוחב תחומי העניין של אוריאל, אלא גם את העומק המחקרי המאפיין אותו הן כחוקר וכמורה והן כבן-שיח.

העבודה על הכרך, שראשיתה בכנס שנערך בחודש מרץ 2014, ארכה שנים מספר. בעבודת העריכה השתתפו ארבע מערכות של כתב-העת **משפט ועסקים**, ולכולן שלוחה מכאן התודה. תודה מיוחדת למתן סטמרי, לדפנה גסנר-פרנבך ולאבינדב פרויס, עורכי כתב-העת בשנת תשע"ז, אשר מלאכת עריכתו של כרך זה נפלה ברובה בחלקם.<sup>5</sup>

בתחום דיני התאגידים הכרך כולל את מאמרם של **אסף חמדני ויוסף קלמנוביץ'** – "הבראה ללא הקפאה: הצעה למשטר חדש להסדרי חוב באג"ח סחירות" – המחדד את ההבחנה בין הליך הסדר חוב, שבו מחזיקי אגרות-החוב מסכימים לשנות את תנאי ההלוואה, לבין הליך חדלות פירעון, שבו נדרשת התערבותו של בית-המשפט כדי שתובטח הבראת החברה. המאמר בוחן את התפתחות המשטר המשפטי מאז פרץ המשבר הפיננסי העולמי, ומציע משטר חדש להסדרי חוב כדי למנוע את ההטיה

---

1 ראו את ספרו המרכזי בתחום: אוריאל פרוקצ'יה **דיני חברות חדשים בישראל: דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה** (1989).

2 ראו במיוחד את הספר בעריכתו: **הגישה הכלכלית למשפט** (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

3 URIEL PROCACCIA, RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY (2007).

4 כפי שהיטיב לתאר אלון הראל "אוריאל כמשל" **משפטים** לו 3 (2006).

5 אך גם בחלקם של אחרים: שיר גנון, דנה יוכלמן, ענת ליאור, ג'ואי לייטסטון ורעות עבודי (העורכות והעורכים שסייעו בארגון הכנס); ניב אמיתי, אושרה גואטה, ליאור גולדווסר, אורן חייקין, רינת כהן, שלי לנדסמן, עידו מור-חיים, רן מס, תומר קנת, עליסה קפלן, טל רונן וירדן שניאור (העורכות והעורכים שהשתתפו במלאכת העריכה); ולכל החברות והחברים במערכות כתב-העת **משפט ועסקים** בשנים אלה.

המובנית הקיימת לרעתם של מחזיקי אגרות-החוב. מאמרה של **מורן אופיר** – "פרמיית השליטה בעסקות מיזוג מסוג going private" – משלב את דיני התאגידים עם הניתוח הכלכלי של המשפט. המאמר דן בפרמיית השליטה המשולמת בעסקות מיזוג מסוג going private בחברה – הליך שבו חברה נהפכת מחברה ציבורית לחברה פרטית, ולמעשה נמחקת מהמסחר בשוק. במאמר מוצגים שני כללים משפטיים חדשים, ונבחנות ההשלכות של כל אחד מהם על עסקות מיזוג יעילות ועל עסקות מיזוג לא-יעילות. ניתוח כלכלי של המשפט מהווה אף את הרקע התיאורטי למאמרו של **אלון קלמנט** – "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" – המבקש להסביר מדוע מתקיים פער בין השווי הנחזה (שווי השוק) לבין השווי הממומש, הבא לידי ביטוי בשווי הכלכלי של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית. המאמר מציע פתרונות אפשריים לפער האמור, בכפוף לעקרון המימוש של הזכות הכלכלית בהסדר הפשרה. גם מאמרו של **אריאל פורת** – "כאשר דברים טובים ורעים באים יחדיו: ניכוי טובת-הנאה מן הפיצויים" – נטוע בשדה המשפט והכלכלה. המאמר בוחן אם במקרים שבהם הניזוק זוכה בטובת-הנאה עקב הפגיעה בו יש לנכותה מן הפיצויים שהוא זכאי להם. המאמר מציע תיאוריה בנוגע לניכוי טובת-ההנאה מן הפיצויים, שלפיה לשם ניכוי כאמור נדרש שיתקיימו שני תנאי-סף: האחד, שטובת-ההנאה אינה פרטית בלבד, כי אם חברתית; והאחר, שהפגיעה העוללתית מגדילה את ההסתברות להיווצרותה של טובת-ההנאה. מאמרו של **רון אברהם** – "מימון התדיינויות על-ידי צדדים שלישיים" – מציע את הסוגיות המשפטיות הנלוות לנושא המאמר, וסוקר את המודל המצדיק את הסתמכות בית-המשפט על גובה הריבית בחוזי המימון כאינדיקציה לחוזק התביעה בעיני גורמי השוק. המאמר מפריך את הטענה שהסתמכות על הריבית כראיה פוגעת במשפט, ומקדם גישה שלפיה היא מסייעת בייעול ההליך המשפטי ונושאת השפעות כלכליות חיוביות נגזרות.

מאמרו של **אמנון להבי** – "תרבות, זכויות קניין וכלכלת שוק: על רפורמות במשפט הפרטי ושינוי תרבותי" – עוסק בהשפעתן של תפיסות תרבותיות על רפורמות במשפט הפרטי, ובפרט ביכולתן של תפיסות אלה להניע או לסכל רפורמות. המאמר מתייחס להשפעה האמורה בשיטות משפט שונות, והרפורמות שנערכו ברוסיה – המהדהדות לספרו של אוריאל<sup>6</sup> – מובאות כמקרה-מבחן.<sup>7</sup> במאמרו של **גיא זיידמן** – "חידת ההניעה – על שבועות, מתנות, פרסים וביוש: חלק ראשון – על השבועה במשפט" – אנו נחשפים להתייחסות מעמיקה למנגנוני ההניעה, ובפרט למנגנון השבועה הניצב בלב המאמר וליחסי-הגומלין שהוא מקיים עם המשפט. המאמר בוחן את מעמדה של השבועה בעולם המשפטי העכשווי, תוך סקירה ענפה של תפקידה ושל התמורות שהתחוללו בה לאורך השנים. מאמר זה נטוע בהקשר היסטורי-תיאולוגי-תרבותי,

6 PROCACCIA, לעיל ה"ש 3.

7 ראו בהקשר זה גם את מאמרו של אוריאל פרוקצ'יה "על הרוחני שבמשפט" דין ודברים ג 127 (2007).

המהווה בבואה לראייה הרב-תחומית של אוריאל ולהבנתו בנוגע לעולם המשפט.<sup>8</sup> מאמרו של **ליאור ברשק** – "קודש וחול במרחב הציבורי: משפט חוקתי לאור תיאוריה של המרחב" – מתכתב עם כתיבתה של חנה ארנדט לגבי תפיסת המרחב הציבורי, ובוחן את הסכסוכים המתקיימים לגבי בין חילונים לדתיים, כפי שמשתקף בפרשות מרכזיות בישראל. המחבר מציע חלופה לתפיסת המרחב הציבורי – תפיסה ליברלית אשר מתייחסת למרחב כקדם-פוליטי ומעניקה לו ערך מובחן ועמיד יותר בפני מגוון התנהגויות. המאמר אינו משיק בהכרח לתחומי המחקר המרכזיים של אוריאל, אולם מקשר אותנו לפן מרכזי בעשייתו הציבורית של אוריאל כפעיל בארגוני זכויות אדם. מאמרו של **אהרן ברק** – "על תורת הסעדים החוקתיים" – פורש את התשתית לתורת הסעדים החוקתיים. הוא מגדיר את הזכות לסעד חוקתי (המוקנה בגין פגיעה בזכות חוקתית) כזכות חוקתית בפני עצמה, עומד על טעמיה, ומבאר את הנסיבות שבהן מותר לפגוע בה. גם מאמר זה, בדומה למאמרו של ליאור ברשק, נוגע במעטפת העשייה הציבורית של אוריאל, ומשקף את החשיבות שהוא מקנה להגנה על זכויות במחקר ובמעשה.

לצד מאמרים משפטיים העוסקים בתחומים מסחריים וכלכליים ובהיבטים של משפט ציבורי וזכויות אדם, הכרך כולל גם ארבע מסות. המסות, המובאות בחלקו השני של כרך חגיגי זה, מתרחקות מעט מעולם המשפט אל מחוזות של יצירה ורוח, המהווים חלק מרכזי מעולמו של אוריאל. מסות אלה – העוסקות במקרא, בתיאטרון, באומנות ובתרבות בכלל – נמצאות בצומת של המשפט והרוח.

מאמרה של **אסנת ברתור** – "על הפואטיקה של דיני המלחמה בספר דברים" – חושף את יחסי-הגומלין בין המשפט (במובנו המקראי) לבין הסיפור המקראי, תוך שימוש ייחודי בניחוח ספרותי-פואטי. המאמר שואב השראה מאסכולת "משפט וספרות", בהציעו עיון בפואטיקה של החוק המקראי, בספקו ניתוח נרטיבי של החוק ובהצגתו את העושר האומנותי המאפיין את ילקוט דיני המלחמה של ספר דברים. התייחסות נוספת למקרא ניתן למצוא במאמרו של **דוד הד** – "בין צלם אלוהים לצלם בהיכל" – כיצד אפשר לייצג את האל? – העוסק בשאלת הייצוג של האל ודרכיו על-ידי ניתוח פרשת "כי תשא" המופיעה בספר שמות. המאמר משרטט את קו הגבול בין ייצוג ראוי לייצוג בלתי-ראוי – ברבדים התחושתיים, האומנותיים והנורמטיביים – המסמן גם את ההבדל בין עבודת האל לעבודת האלילים. הממשק בין עולם המשפט לעולם התיאטרון מובא במסתו של **יורם שחר** – "המשפט על-פי חנוך לוין" – שבה הוא מתייחס לדמותו של המשפט הישראלי כפי שהוא משתקף מבעד למחזה "חזיון כלימה" מאת חנוך לוין. המחבר מאפיין את דמותו של המשפט בתרבות בשני מדדים מרכזיים – שכיחותן של דרמות בית-משפט במיצגי התרבות השונים (ספרות, תיאטרון, קולנוע, טלוויזיה) והצורה שבה המשפט משתקף בדרמה. הכרך נחתם במאמרו של **אלון הראל** – "האם (ומה) האומנות יכולה ללמד אותנו על המשפט?" – הבוחן את ספרו של אוריאל על

תרבות רוסית, זכויות רכוש וכלכלת שוק.<sup>9</sup> המחבר צולל לעומק ההנחה העומדת לשיטתו בבסיסה של תורת המשפט והתרבות, שלפיה חברות אנושיות (ובמשתמע – שיטות משפט הנטועות בהן) מחזיקות מאפיינים קבועים, כמעין "אופי" נתון ואחוד. המחבר מהרהר על-אודות הנחה זו, ומבקש לערערה, באשר לשיטתו נסיבות (להבדיל מאופי) הן שמעצבות שיטה נתונה.

אוריאל, במניפת תחומי הדעת שלו, באהבתו לאומנות ובלומדו אותה, הצליח – כמו המסות המובאות כאן לפניכם – להאיר את המשפט שבאומנות ואת האומנות שבמשפט. אולם התרבות אינה רק נספחת למשפט ואורחת בו; היא צריכה להיות חלק מהמשפט, ובעיקר חלק מן האדם, וכך היא אצל אוריאל. כפי שמלמדת אותנו מרתה נוסבאום, האומנות עושה אותנו לא רק בני-אדם טובים יותר, אלא גם משפטנים חדים יותר.

"אזרחים אינם יכולים להתייחס אל העולם המורכב שסביבם באמצעות ידע עובדתי ולוגיקה בלבד. יכולתו השלישית של האזרח, הקשורה קשר הדוק לשתיה הראשונות, היא מה שאנחנו יכולים לכנות דמיון נרטיבי. כוונתי ליכולת לחשוב כיצד זה להיות במקומו של אדם שונה מאתנו, להיות קוראים נבונים של סיפורו של אדם זה ולהבין את הרגשות, המשאלות והמאויים העשויים להיות לאדם כזה. טיפוח אהדה (סימפטיה) הוא מרכיב מרכזי במיטב הרעיונות המודרניים של חינוך דמוקרטי, במדינות מערביות ולא מערביות כאחת. חלק ניכר מטיפוח זה צריך להתרחש במשפחה, אך בית הספר, ואף המכללה והאוניברסיטה, ממלאים גם הם תפקיד חשוב. כדי למלאו היטב עליהם לתת מקום מרכזי בתכנית הלימודים למדעי הרוח ולאמנויות ולטפח חינוך מסוג השתתפותי המפעיל ומעדן את המסוגלות לראות את העולם מבעד לעיני הזולת."<sup>10</sup>

אוריאל, במאפייניו כאדם, כמורה, כחוקר וכחבר בקהילה אזרחית, מגשים את כל אלה.

רות זפרן, שחר פרידמן

9 PROCACCIA, לעיל ה"ש 3.

10 מרתה נוסבאום לא למטרות רווח – מדוע הדמוקרטיה זקוקה למדעי הרוח 89–90 (שירן בק מתרגם, 2017).