

## ריאיון אישי

עם

### פרופ' עמוס שפירא

#### שאלות כלליות על תחום המשפט והאקדמיה המשפטית

נד כמה לדעתך חשוב שיכוננו חוקה במדינת ישראל? ולמה?

אנחנו כחברה, כמערכת שלטון, כשיטה משפטית משלמים מחיר יקר, עד עצם היום הזה, על שלא כוננו חוקה עם הקמת המדינה. על אף שהיו קשיים אובייקטיביים, פוליטיים ואחרים, היינו צריכים לעשות זאת אז, וזה רק מעצים את הקושי של כינון חוקה בדיעבד. בדרך כלל חוקה צריכה להיות בסיס לחברה חדשה. אנו עושים זאת הפוך. בנוסף יש לציין כי בחוגים רבים בציבור, אף אצל ראשי הממשל ומוסדותיו, שוררת אי-הבנה באשר למשמעות של כינון חוקה. אין לנו תרבות חוקתית של ממש. התפקיד של חוקה הוא לעצב במסמך חגיגי וגלוי לעיני כול את עיקרי השלטון, הנורמות הבסיסיות וערכי היסוד של החברה והמדינה. חוקה צריכה לתת ביטוי לעקרונות היסוד ולאינטרסים ארוכי הטווח, כדי שתוכל להיות מסגרת נאותה לכל ההסדרים הנורמטיביים שיגובשו לאחר מכן כמענה לצרכים כלכליים, חברתיים וציבוריים משתנים. הזרימה השוטפת של החקיקה והפסיקה צריכה להיות מנותבת בדפוסי החוקה, שכאמור מעצבת את האינטרסים ארוכי הטווח של החברה והמדינה.

ביקורת שיפוטית – האם הכול שפיט?

עקרונית, כל עניין שמתעורר שיש בו רובד, היבט או השלכה משפטיים (אף אם הוא מורכב גם ממרכיבים פוליטיים, חברתיים, כלכליים וכיוצא בזה) הוא שפיט. עם זאת ראוי שבית המשפט יפעיל שיקול דעת נבון אם יש מקום להשתמש בכלי השפיטה בנושא נתון, גם אם הוא שפיט, בשל טיבו ובשל השלכותיו. יש לבחון למשל אם המנגנון השיפוטי הוא המכשיר המתאים והיעיל ביותר לטיפול במקרה הנדון, למשל מהי מידת המידע העומד לרשות המנגנון השיפוטי. אם מידת המידע שאפשר לצבור באפיק השיפוטי אינה מספקת, ייתכן שלא יהיה ראוי להשתמש בכלי השיפוטי.

פרשנות תכליתית מול פרשנות מצמצמת – מה עמדתך בנושא?

אני אינני דוגמטי בעניין הזה. אינני שולל את מה שמכנים פרשנות תכליתית. לטעמי, בוודאי לגיטימי וראוי להביא בחשבון את תכליתו של מעשה החקיקה, את המטרה שהוא בא לשרת, וזאת במסגרת ערכי היסוד של מערכת המשפט שלנו. אלה הם שיקולים רלוונטיים בתהליך הפרשנות. אולם לא הייתי מתעלם גם מנתונים אחרים, כגון לשון החוק וההיסטוריה החקיקתית.

קיימים תחומי משפט שבגדרם אפשר להתייחס באופן רחב לפרשנות תכליתית, ותחומים אחרים שבעניינם ראוי לנקוט פרשנות דוקנית יותר, למשל בשל שיקולי יציבות, אחידות וצפיות מראש.

פעמים רבות הגישה הראויה תהא פונקצייה של המטריה שאנו מפרשים.

האם קיים פסק דין שהרגיז אותך? שמפריע לך באופן מיוחד? שהיית רוצה לשנות? ועוד, מה לדעתך פסק הדין החשוב ביותר בתחומך?

דעת הרוב בדיון הנוסף של פרשת נחמני<sup>1</sup> לא הייתה מקובלת עליי. בעצם, מה שהטריד את מנוחתי הייתה ההתנהלות של המערכת הנורמטיבית כולה בפרשה זו. במקרה הנדון התחיל תהליך של הפריה חוץ-גופית בהסכמה של בני הזוג. תהליך מורכב ורב-שלבי. בשלב מסוים יש ביציות מופרות, מוקפאות, שטרם הושרשו ברחמה של אישה. והנה פורצת מחלוקת בין האישה והבעל. היא מעוניינת להמשיך בהליך והוא מסרב. הכשל הנורמטיבי המערכתי החל בכך שמלכתחילה לא נדרשו בני הזוג לתת את דעתם על האפשרות של תקלות ושינויים בנסיבות במהלך התהליך, וזאת במסגרת של הליך מסודר, מושכל ואחראי של "הסכמה מדעת". המערכת לא דרשה מבני הזוג שיתייחסו להתרחשויות עתידיות אפשריות במהלך הדרך, למשל גירושין, פרידה, מחלה, מוות וכיוצא באלו.

בשיטת משפט מסודרת ואחראית המערכת מתארגנת מראש, בטרם היציאה לדרך, ואין נוקטים את הגישה הישראלית של "סמוך", של שליפה מהמותן, של קודם "נעשה" ואחר כך "נשמע".

לדעתי קיימות שתי אפשרויות: האחת לקבוע מראש בחקיקה מה הפתרון בקשת של מקרים עתידיים אפשריים. האחרת לדרוש מהצדדים לקבוע בעצמם ומראש מה יהיה גורל הביציות המופרות במקרים עתידיים כאלה. מה שמטריד אותי הוא שבשיטתנו אין לא זה ולא זה.

1 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).

מה דעתך על מספר עורכי הדין ההולך וגדל כיום?

כיום, לאחר פרישתי לגמלאות, אני משמש דקן של בית הספר למשפטים של המרכז האקדמי כרמל. ככזה אני חלק מהתופעה ואינני יכול להתעלם מכך.

דומני שמקובל על כולנו שהעקרונות של החופש האקדמי, חופש העיסוק, החירות לבחור את התחום שבו כל אחד מאתנו מעוניין לעסוק, הם עקרונות רלוונטיים בעלי משקל לא מבוטל. מנגד, כאיש אקדמיה שהתרבות הישראלית חשובה לו, אני חושש מדלדול הלימודים ההומניים ברמה האוניברסיטאית.

לא הייתי רוצה שילמדו פחות פילוסופיה, ספרות, היסטוריה, אמנות, יהדות, מדעים מדויקים ומדעי החיים. אוי לנו אם כולם ילמדו משפטים.

לטעמי, הבעיה העיקרית לעניין לימוד המשפטים ועריכת הדין היא שככל שמרחיבים את המעגל ונותנים מענה לדרישות הציבור הצעיר ומכבדים את עקרון החופש האקדמי וחופש העיסוק, אנו עלולים להסתכן בהורדת הרמה ובפגיעה באיכותו של המוצר המקצועי שאנו מייצרים.

לא הייתי מטיל מגבלות דרסטיות על קבלה ללימודי משפטים והצטרפות לשורות המקצוע. כן הייתי מקפיד על רמה נאותה של לימוד המשפטים, ההתמחות ומבדקי הקבלה למקצוע עריכת הדין.

מה דעתך על הארכת תקופת ההתמחות לשנתיים?

ראשית, מניסיוני האישי, כאשר סיימתי את לימודי המשפטים תקופת ההתמחות הייתה שנתיים. ההתמחות שלי הייתה שנה אחת בבית משפט מרכזי וחשוב אצל שופט מרכזי וחשוב, ושנה במשרד עורכי דין פרטי. עד כמה שאני זוכר הפקתי הרבה תועלת מההתמחות המגוונת והממושכת יחסית למצב דהיום. אינני חושב שזה הזיק לי, עיכב בעדי, מנע ממני התפתחות, הישגים או מרוץ קדימה במידה בלתי מידתית או ראויה.

בנוסף, אני כמובן ער לנושא השירות הצבאי, לכך שחלק ניכר מהסטודנטים שלנו מגיעים ללימודים לאחר שירות צבאי, כלומר מבוגרים יותר, ולכן קצת אצה להם הדרך יותר מאשר לצעירים מהם. אני גם ער למגבלות הכלכליות של חלק ניכר מהסטודנטים שצריכים לעבוד תוך כדי הלימודים.

אני ער לכך גם שנמתחת ביקורת חריפה על עולם ההתמחות דהיום. אני מניח שלרוב היא מוצדקת, הן מבחינת התנאים הכלכליים של המתמחים והן מבחינת הרמה המקצועית של ההתמחות, היינו מבחינת מה דורשים מהמתמחים לעשות וללמוד, ואיזו מידה של תועלת מקצועית הם באמת מפיקים מתקופת הסטודנט. יכולה להיות תקופת התמחות של חמש שנים שבה המתמחה איננו לומד דבר, ויכולה להיות תקופת התמחות קצרה של שנה שבה המתמחה מפיק הרבה מאוד תועלת מקצועית. לפיכך אין לי דעה מוחלטת ומוחצת בנושא הזה.

אם בכלל להאריך את משך ההתמחות, צריך בעת ובעונה אחת גם לעשות רביזיה ורפורמה מרחיקת לכת בתנאי ההתמחות – הן מהצד המקצועי-לימודי והן מהצד הכלכלי. ולסיום, אני באמת מאמין שאפשר לשנות דברים. אמנם לא מהיום למחר, אך באמצעות כללים ויצירת מציאות חדשה, חינוך המקצוע וגם יצירת ציפיות וידע אצל ציבור המתמחים באשר למה מגיע להם וכיצד יש לנהוג בהם. כך יהיה אפשר להביא לשינוי.

מה דעתך על היחסים בין האקדמיה לבית המשפט?

היחסים בין אנשי האקדמיה המשפטית לשופטי בתי המשפט מושפעים מהעובדה שאנו חברה קטנה, "משפחתית" כמעט. נתון אובייקטיבי זה מעצים את יחסי הגומלין בין אנשי האקדמיה לבין השופטים, שרבים מהם למדו יחד, נפגשים בכינוסים, מסתופפים באותם מעגלים חברתיים.

להתחככות הדדית זו יכולים להיות היבטים שליליים של "שמור לי ואשמור לך", של "כל ישראל חברים" בבית גידול מקצועי אחד, וזה עלול להשפיע לשלילה על הפתיחות והנכונות לביקורת מצד אנשי האקדמיה על בית המשפט ולהפך. מנגד, היחסים האישיים הקרובים בין אנשי האקדמיה לבין שופטים עשויים גם לספק כר נרחב לדיאלוג, להפריה הדדית, להשפעה חיובית. ודאי שאין לייחל לנתק מקצועי ואינטלקטואלי בין משפטני האקדמיה לבין שופטי המערכת.

מה דעתך על העדפתם של אנשי אקדמיה לפרסם מאמרים בחו"ל על נושאים תאורטיים כלליים ולא לפרסם בארץ על נושאים "ישראליים"?

שם המשחק בעניין זה הוא איזון ראוי. מחד גיסא אני מאמין שתפקידנו כאנשי אקדמיה משפטית ישראלית, כמרצים, כחוקרים הוא לתרום במישרין לקידום ולפיתוח המשפט הישראלי, לרבות החקיקה המקומית, וזאת גם מתוך למידה מושכלת מניסיונם של אחרים. מאידך גיסא אני גורס שזה מתפקידנו להיות גם חלק מן השיח הבינ-לאומי המשפטי התאורטי, לינוק ממקורותיו ולתרום את חלקנו לפיתוחו. אנשי האקדמיה המשפטית צריכים לראות את עצמם חלק מההוויה המשפטית-המקצועית הישראלית ובה בעת לחתור להשתלב בקהילה הבינ-לאומית של המחקר המשפטי. יש למצוא את התמהיל הנכון.

מה דעתך על העובדה שמרצים בארץ מקבלים יותר נקודות קרדיט על פרסומים בכתבי עת אזוטריים בחו"ל מאשר בפרסום בכתבי עת מובילים בארץ?

דעתי על כך שלילית. התופעה הזאת, ככל שהיא קיימת, נובעת אולי מחוסר ידע מספיק של ועדות המינויים לקידום בדרגה באשר לזהות ולאפיון רמת הפרסומים.

הליך מינויים והעלאות בדרגה מושכל יותר עשוי לשפר את שיקול דעתן ואיכות החלטותיהן של ועדות המינויים.

מה דעתך על שיטת הקידום של האקדמיה בארץ?

בשיטה שלנו יש הרבה פגמים. במידה רבה היא דומה לשיטת הקידום בצבא. אם אתה רב סרן יש לך ציפייה שתעלה לדרגת סגן אלוף, אחר כך לאלוף משנה וכן הלאה. סבורני כי יש לנו הרבה מה ללמוד ממדינות אחרות, למשל מאנגליה או מגרמניה. דומני שאנו מושפעים יתר על המידה משיטת הקידום האמריקאית. כדאי לחשוב על רפורמה בשיטת הקידום אצלנו, למשל על ידי אימוץ של רעיון ה"מכרז" למשרות פרופסורה.

מה דעתך על שנשים פרופסוריות הן מעטות יחסית בארץ?

אין בידי נתונים מדויקים בנדון, אך התחושה הכללית היא שהמצב השתפר והוא טוב ממה שהיה בעבר. אני מסתכל סביבי בפקולטות השונות ורואה שיש לא מעט נשים פרופסוריות כיום.

לא נראה לי כי יש מקום לעשות מהפכות רדיקליות בתחום הזה.

דומני כי התפתחות אבולוציונית היא הדרך הנכונה. במשך השנים כיהנתי תקופות ממושכות בוועדות מינויים והעלאות בדרגה ולא נתקלתי בתופעות של אפליה מגדרית.

מה ידוע לך על הקודיפיקציה? האם אתה בעד?

אני חניך מסורת המשפט המקובל, המעניקה תפקיד מרכזי לפסיקת בתי המשפט בעיצוב פני המשפט. עם זאת במרוצת השנים למדתי להכיר בערכן של חקיקה מסודרת, של התוויית מסגרות נורמטיביות כלליות, ברורות ושיטתיות.

אני בעד פרויקטים רחבי יריעה של חקיקה, כמובן בהנחה שאנו מסוגלים לגבש מעשי חקיקה מושכלים ומנוסחים כהלכה. אינני חסיד של הגישה הנקודתית, הקזואיסטית של "כל מקרה יבחן לפי נסיבותיו". יש צורך באיזון בין יציבות לבין גמישות, בין קביעת דפוסים נורמטיביים לבין שיקול דעת פרטני ונזיל. לפיכך רעיון הקודיפיקציה מקובל עליי בהחלט. אגב, בתחום הקרוב ללבי, משפט בין-לאומי פרטי, דובר לא מעט על פרויקט קודיפיקציה. מורי פרופ' אביגדור לבונטין עסק בכך רבות. זהו פרויקט ראוי ורצוי אך קשה מאוד לביצוע. אילו הייתי צעיר יותר, הייתי שמח להשתתף בפרויקט כזה.

האם צריך בית משפט לחוקה?

בית משפט עליון לחוקה מקובל בהרבה מדינות, בעיקר באירופה הקונטיננטלית – גרמניה, איטליה, ספרד וכדומה – ובמדינות רבות אחרות שהושפעו משיטות משפט אלו.

מנגד, במדינות האמונות על מסורת המשפט המקובל אין נוהג דגם של בית משפט עליון מיוחד לחוקה, אלא בית המשפט העליון שבראש המערכת השיפוטית הכללית עוסק גם במטריה חוקתית.

אילו היינו היום בתחילת הדרך, בסמוך להקמת המדינה, לא הייתי פוסל גיבוש מודל של בית משפט חוקתי (כחלק מהסדרה כוללת של נושא החוקה על כל רבדיו). אך המצב כיום הוא שאיננו בראשית הדרך. במרוצת השנים נוצרה מציאות "בג"צית", ולכן היום לא הייתי מציע לערוך שינויים דרסטיים ולזעזע את אמות הסיפים. אגב, זה לא מקרי שהקריאות להקמת בית משפט לחוקה באות בעיקר מחוגים שנרתעים מלכתחילה מעצם הרעיון של פיקוח שיפוטי חוקתי צמוד, לעתים התערבותי, בחקיקת הכנסת. יש המבקשים למתן, ואולי אפילו למוסס, את הפיקוח החוקתי-שיפוטי על הרשויות הפוליטיות (המחוקקת והמבצעת), בין השאר על ידי הקמת בית משפט מיוחד לחוקה, הנשען מלכתחילה, בהרכבו ובמנדט שלו, על יסודות פוליטיים מובהקים. אני אינני נמנה עם חוגים אלה.

מה דעתך על הוועדה למינוי שופטים? איך לדעתך צריך להתבצע מינוי השופטים?

שוב, אילו היינו בראשית הדרך, אולי אפשר היה לחשוב על מנגנון שונה למינוי שופטים. אך במציאות הקיימת אני חושב שבסופו של דבר, עם כל מגבלותיה וחולשותיה, השיטה שלנו למינוי שופטים הוכיחה את עצמה. לא הצביעו לי על שיטה אחרת טובה יותר. זה לא אומר שאין מקום לשינויים ולשיפורים, למשל יש צורך בפתוחות ושקיפות רבות יותר.

אינני חושב ששופטים הם נציגי העם כמו חברי כנסת ופוליטיקאים אחרים. הם הרי אינם נבחרים על ידי הציבור ואינם אמורים לשמש נציגיו. עם זאת ראוי שהמערכת השיפוטית, ובראשה בית המשפט העליון, תהא ייצוגית במובן זה שתשקף רבדים רלוונטיים בחברה הישראלית.

האם נדרשת התמחות לשופטים?

בעיקרון אני חושב שצריך לעודד זאת. בגרמניה למשל קיים מסלול מיוחד של חינוך משפטי לשפיטה. אצלנו אין לומדים מלכתחילה להיות שופטים. מי שמגיע לשפיטה אחרי קריירה של עריכת דין או הוראה ומחקר אקדמי, צריך בהחלט לעבור השתלמות רצינית עם הכניסה להיכלות השפיטה. זה כבר נעשה אצלנו, כמו גם השתלמויות שוטפות מעת לעת במסגרת המכון להשתלמות שופטים.

בנוסף, ראוי גם לטפח כינוסים וימי עיון לשופטים במסגרות אקדמיות. אינני סבור שיש להכשיר שופטים במיוחד לשפיטה בתחומי משפט ספציפיים (כמו דיני עונשין או משפט מסחרי).

מה דעתך על בעיית אמון הציבור בבתי המשפט והתייחסות הציבור לשופטים ולעורכי הדין בפרט?

אני חושב שהציבור הישראלי מאופיין כציבור ביקורתי, ספקן, חשדן כלפי מערכות ציבוריות שלטוניות. זה כולל גם את מערכת השפיטה. אף על פי שחל פחות במעמדה של מערכת השפיטה, התייחסות הציבור אליה טובה לעומת התייחסות למערכות ציבוריות שלטוניות אחרות. לעומת זאת נראה כי היחס למקצוע עריכת הדין בכללותו (למעט הפרסום והיוקרה שמהם נהנים "פרקליטי צמרת") הוא ירוד למדי.

## אקטואליה

מה דעתך על השטע שבין דתיים לחילוניים? כיצד אתה צופה את עתיד היחסים בין שתי הקבוצות הללו?

קשה לצפות את העתיד, אך דומני שבאווירה הציבורית דהיום אין סיבה לאופטימיות יתרה בנדרון. השטע הזה מוסיף להיות בעיה קיומית לשלמותה ולתפקודה של החברה הישראלית.

האם לדעתך יש להכיר בנישואין אזרחיים במדינתנו?

סוגיה זו מאפיינת את השטע הזה. לדעתי צריך לגבש מסלול אזרחי לנישואין וגירושין בישראל, אך תוך מזעור מרבי של פגיעה אפשרית ביכולת החיתון בין יהודים דתיים לחילוניים.

כבר לפני שנים רבות הציע פרופ' אריאל רוזן-צבי המנוח מודל מתון בנדרון, תוך שימת לב לסיכון של ממזרות ופסולי חיתון. מסלול אזרחי לנישואין וגירושין בישראל מחייב פשרות מסוימות מצד הציבור החילוני וגם אימוץ גישות הלכתיות מתונות שיש להן אחיזה בהלכה היהודית. רק כך יהיה אפשר ליצור הסדרים שאפשר לחיות איתם.

האם לדעתך בית המשפט העליון צריך להיות מרוסן או אקטיביסט כשהוא מבקר את פסיקת בית הדין הרבני?

לא מרוסן ולא אקטיביסטי, אלא מאוזן, מצפוני ונכון. למשל אם בבית המשפט העליון מתעוררת שאלה הלכתית שהיא רלוונטית לעניין הנדרון, הייתי מצפה שבית המשפט ייתן את המשקל הראוי לפרשנותו של בית הדין הרבני.

כשמדובר בשאלות של פרשנות הלכתית והמשפט העברי, בית המשפט איננו צריך לפעול באקטיביזם נלהב אלא לכבד את גישת הדיינים שהם יודעי-דבר בתחומם, כלומר

לנהוג בריסון. עם זאת אם העניין הנדון מערב עיקרון חוקתי בסיסי, בית המשפט העליון איננו צריך להסס להתערב. הוא צריך להיות אקטיביסטי במידת הצורך.

האם לדעתך הכנסת ה-18, המכהנת כיום, תשפיע על הגדרתה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית? וכיצד לדעתך הגדרת כזאת עשויה להשפיע על החלטותיהם של השופטים בבתי המשפט בכלל ובבג"ץ בפרט?

ממה שאני חווה בחודשים האחרונים נראה שהמגמה בכנסת הנוכחית היא לעבות את מרכיב ה"יהודית" בהגדרת המדינה כ"יהודית ודמוקרטית". אני חושב שאם יתקבלו חוקים שיש בהם כדי לממש את התופעה הזו, אזי ודאי שזה ישפיע על השופטים בהחלטותיהם ועל אופייה הנורמטיבי של המדינה. בתנאים כאלה צפוי מרכיב ה"דמוקרטית" לפיחות במעמדו ובמשקלו.

מה דעתך על המחאה החברתית והאם לדעתך תוביל לשינוי בעל משקל?

בתחום זה אין לי מומחיות מיוחדת, אך בתוך עמי אני חי – שומע רדיו, צופה בתכניות החדשות ובתכניות נוספות גם כן.

אני אינני איש פוליטי, אינני שייך למפלגה פוליטית ואינני פעיל בפעילות פוליטית במובן המקובל של המילה. עם זאת יש לי הרקע שלי, האידאולוגיה שלי, הנטיות האידאולוגיות הכלכליות, המדיניות והחברתיות שלי. הגישה שלי סימפטית מאוד למחאה החברתית בכללותה, משום שהחברה הישראלית – אנחנו – הגזימה בכך שדהרה בצורה קיצונית – מקיצוניות של פעם של חברה, אידאולוגיה ופוליטיקה ריכוזית מאוד, מה שאז קראו סוציאליסטי או אפילו עם אלמנטים קומוניסטיים, שאבד עליהם כלח. אני מתכוון לאלמנטים הקומוניסטיים דאז. מהריכוזיות הזאת התדרדרנו לקיצוניות הפוכה – הלכנו רחוק מדי, מהר מדי, קיצוני מדי, בלי לאזן ולחשוב מספיק, לכיוון של הפרטה ושל שוק קפיטליסטי פרוץ, לא מפוקח כראוי, לא מאוזן כראוי, מבלי שמובטחת בו תחרות של ממש שהיא תנאי בלעדיו אין להצלחה של כלכלה של שוק חופשי. בהיעדר כל האלמנטים האלה אני חושב שנקלענו למצב שבו אנחנו מפריטים את עצמנו לדעת, והפערים החברתיים והכלכליים, אני קורא ושומע, הם מהעמוקים ביותר בעולם המערבי. אינני חושב שזה נכון, צודק, חכם, יהודי – מבחינת המסורת היהודית הקהילתית; הסולידריות; הקולקטיביות היהודית שהיא חלק מהתרבות ומהערכים שלנו. מכל הבחינות הללו המחאה החברתית נראית לי, ועם זאת אינני צופה מהפכות שיהפכו סדרי עולם תוך שבועיים, אבל הייתי בהחלט רוצה לראות תחילת דרך לשינוי, לאיזון, לחזור לאמצע ולצאת מהפינה הקיצונית שהחברה הישראלית והכלכלה שלה נקלעו אליה.

מה דעתך על שרוב השופטים התחילו את דרכם בפרקליטויות השונות ובתביעה המשטרית? האם יש לכך השפעה מסוימת?

אני מניח שיש לזה השפעה מסוימת, אינני יודע כמה. אני מביין שהתופעה הזאת קיימת גם כשמדובר בשופטים פדרליים בארצות הברית – חלק לא מבוטל מהשופטים באים מגופים הדומים לפרקליטויות בישראל. אינני רואה בכך אסון, אני לא חושב שזה גרם נזק לשפיטה. ברמה התאורטית העקרונית הייתי אומר שככל שהמקורות שמהם ניוונה המערכת השיפוטית והמקומות שמהם באים השופטים החדשים והצעירים שנכנסים למערכת, ככל שהם מגוונים יותר אני מניח שזה טוב – "אלף פרחים יפרחו". הגיוון כשלעצמו הוא חיובי, ואם המצב הדיום סובל מתת-גיוון, לכאורה יש בזה טעם לפגם ומקום לביקורת.

מה דעתך על שיעור ההרשעות בישראל העומד על כ-98%? ומה לדעתך הסיבה לכך?

אינני מומחה למשפט פלילי או להליך הפלילי. מה שאומר כאן הוא עניין של תחושה חובבנית. אין לי ידע השוואתי של שיעור ההרשעות בשיטות משפט הדומות לשיטה הישראלית. אנו נוטים בהרבה תחומים, ובעיקר במשפטים, לעשות השוואות שטחיות שלעיתים רבות אינן מביאות בחשבון את ההבדלים בין החברה שלנו, בין המדינה שלנו, שיטת ממשלנו לבין המדינות שאנו משווים אותנו אליהן. השוואות אלו מטעות ואינן מאירות עיניים אלא מעוררות עיניים.

כמו כן אפשר גם להשוות את רמת הענישה וחומרת הענישה באותם מקרים רבים שבהם מורשעים אצלנו נאשמים לעומת רמת הענישה ומידת הענישה באותן עברות במדינות אחרות. ייתכן שאנו מרשיעים הרבה, אך מענישים מעט. בתור מי שאיננו מומחה לתחום לא הייתי מתיימר לחרוץ דין ולהציע עצות.

אפשר באופן תאורטי לשער כל מיני סיבות אפשריות לתופעה זו, למשל הנתון שמוזכר לעיל אשר לפיו חלק ניכר מהשופטים גדלו משפטי מקצועית על ברכי התביעה. אפשרות תאורטית שונה יכולה להיות שהתביעה הפלילית בישראל זהירה מאוד ועובדת בקפידה, ולכן מלכתחילה מוגשים אישומים רק במקרים מבוססים לכאורה במידת סבירות גבוהה, ולכן אין זיכויים רבים.

מה דעתך על חוק בוררות חובה<sup>2</sup>? והאם חוק זה עשוי לייעל את מערכת המשפט בישראל?

אינני מצוי בנושא מספיק כדי לחוות דעה, אולי אומר רק דבר אחד כללי. אם לפנינו בעניין הזה עוד גילוי של הפרטה אצלנו, שהיא בולטת ומתעצמת בהרבה תחומים שונים

2 הצעת חוק בתי המשפט (בוררות חובה) (הוראת שעה), התשע"א–2011, ה"ח הממשלה 1322.

של החיים, אני כשלעצמי הייתי בוחן זאת בשבע עיניים לפני שהייתי ממליץ על כך או מאשר זאת. המרוץ הזה לכיוון ההפרטה איננו אהוב עליי. לפי השקפת העולם שלי ולפי הערכים שחונכתי וחינכתי עליהם, ראוי שהמדינה תיקח על עצמה ולא תפריט אותם לגופים כאלה ואחרים – אם אלה בתי סוהר, אם זה בתחום הרפואי, אם בחינוך וכוודאי אם מדובר על התחום הביטחוני.

### שאלות בתחום המוסר והרפואה

במאמך הודן בפרשת נחמני<sup>3</sup> אתה מציג פתרון למחלוקת באשר לגורלן של ביציות מופרות מוקפאות על ידי הסכמה משותפת ונמשכת של בני הזוג בתהליך ההפריה. פתרון זה עשוי להקל בהתמודדותם של שופטים עם דילמות בעלות אופי מוסרי עליון. האם הצעתך זו אינה פותחת פתח להיווצרותו של מדרון חלקלק שיגרום שהדרישה להסכמה משותפת ונמשכת תהיה גם בתחומי חיים אחרים בעלי אופי שונה אשר יעלו דילמות מסוג זה?

עמדתי היא כאמור לאו דווקא כלפי בית המשפט העליון אלא כלפי המערכת הנורמטיבית בכללותה.

כפי שצינתי קודם, המערכת אמורה לקבוע מראש את הפתרונות במצבים שונים, או לחלופין להשאיר זאת לבחירת הצדדים. העיקר הוא שבני הזוג ידעו מראש, לפני שיחל תהליך ההפריה החוץ-גופית, מה יעלה בגורלן של הביציות המוקפאות בקשת של מצבים עתידיים אפשריים.

בפרשת נחמני הייתי בדעה שבנסיבות שנוצרו, בהיעדר הכרעה מקדמת לפתרון הרצוי במצב הנדון, הרע במיעוטו הוא לאמץ את העיקרון של הסכמה משותפת ונמשכת, כלומר כל צד יכול להפסיק את התהליך עד לשלב השתלת הביציות ברחמה של אישה. סברתי שזהו הפתרון המזיק פחות במצב שנוצר.

עילת התביעה בגין "הולדה בעוולה", המכונה לעתים "חיים בעוולה", הוכרה לראשונה בארץ לפני כשני עשורים<sup>4</sup>, ונראה כי המחלוקת בסוגיה זו לא רק שלא באה על פתרונה אלא מתלקחת במלוא עוזו. עילת התביעה נובעת מעצם הולדת התובע, והטענה כלפי

3 עמוס שפירא "פרשת נחמני: הורות בזכות ובכפייה, ביציות מופרות ויילודים עתידיים – סיפורים של קדמה מדעית וכשל נורמטיבי" מאזני משפט ד 437 (2005).  
4 ע"א 540/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986).

הנתבעים היא שלא מנעו את בואו לעולם אף על פי שהיו צפויים לו פגמים מולדים. האם לדעתך רצוי שתיתכן תביעה שהתובע טוען בה למעשה שמוטב היה אלמלא בא לעולם?

התייחסותי ממוקדת בתביעת היילוד עצמו, מה שמכונה "חיים בעוולה". כלומר, הכוונה היא לאותם מקרים שבהם נולד הילד במום, והטענה היא שהנתבע התרשל כשלא נתן להורים המיועדים אינפורמציה מספקת, או לא ערך בדיקות מיומנות, ולכן לא ניתנה להורים הזדמנות סבירה להימנע מהבאתו של היילוד לעולם. במקרים כאלה היה התובע יכול להיולד במומו (כפי שאמנם קרה) או לא להיולד בכלל.

אני שינתי את דעתי בנדון עם השנים. היום הייתי מאמץ את גישת השופטים בן פורת ודב לויין בפרשת זייצוב, דהיינו להכיר באפשרות של עילת תביעה בגין "חיים בעוולה" אך ורק במקרים קיצוניים של מומים חמורים במיוחד. זה כמובן מחייב הכרעות קשות, מתי המום אינו נסבל להבדיל ממומים נסבלים. אלה שאלות שאינן פשוטות. איך מסווגים חירשות או עיוורון? להיולד בלי אצבעות ביד? מתי סביר לו לתובע לטעון ש"טוב היה לי אי-קיומי מקיומי במצבי הנוכחי?"

במקרים אחרים, שאינם עולים כדי דרגת חומרה כזו, הייתי מסתפק בתביעה אפשרית של ההורים בגין נזקם שלהם, כלומר ההורים יוכלו לתבוע על נזק שנגרם להם מהתרשלותו של היועץ הגנטי, כגון בגין הטיפולים הרפואיים המיוחדים שהילד נזקק להם. הייתי מצפה גם שתהיה לנו מערכת סוציאלית כללית שתתמוך, במקרים המתאימים, בנוקדי סיוע וסעד בקטגוריה זו.

האם לדעתך אפשר לשלב את הלכת "השנים האבודות" במסגרת פסיקת הנזק בתביעות בגין "הולדה בעוולה", אשר רובן ככולן נוגעות לתובעים, קרי "ניזוק חי", שתוחלת חייהם קוצרה בהרבה עקב המום שעמו באו לעולם, אך המום לא נגרם על ידי הנתבע המזיק?

אני לא הייתי מכיר בראש נזק כזה לפיצוי במסגרת תביעה של "חיים בעוולה". הייתי אומר שהפיצוי, אם התביעה מתקבלת, צריך להיות ממוקד בהוצאות ממשיות כמו הוצאות רפואיות, מכשור מיוחד, מזון מיוחד וכן בשביל "כאב וסבל". לא הייתי נוטה לפצות בגין ראשי נזק אחרים.

### שאלות בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי

בפרשת ינון אימץ בית המשפט את הכלל המתבסס על דין מקום העוולה תוך הותרת שיקול דעת לבית המשפט לסטות מכלל זה מטעמי צדק כשהקשר בין מקום ביצוע העוולה

לעוולה הוא מקרי. בפרשת יובינר סברה השופטת נאור כי אין להחיל את החריג שאליו כווננו הדברים בפרשת ינון<sup>5</sup>. כמו כן סבורה היא כי אין מקום ליצור חריג חדש במשפטנו שעניינו "במקום מושבם המשותף של הצדדים לתביעה", שנקבע, לאחר מתן פסק הדין בפרשת ינון<sup>6</sup>, במדינות האיחוד האירופי. לדעת השופטת נאור, חריג זה משקף התפתחויות שחלו בארצות הברית, ומאחר שבפרשת ינון דחה בית משפט זה את גישת המשפט האמריקאי, הרי שאין לטעמה להכניס גישה זו בדלת האחורית. מהי דעתך בנושא?

בפרשת יובינר מצאתי עניין מיוחד בפסק דינה של השופטת ארבל<sup>7</sup>. את הלכת ינון לא קיבלתי בזמנו בזרועות פתוחות. היבטים מסוימים של הלכה זו לא גרמו לי נחת. הלכת ינון פותחת בכלל נוקשה של "דין מקום העוולה". הפתרון הראוי בעיניי מבוסס על נוסחה גמישה יותר.

סבורני כי עקרון הבסיס של מודל ראוי צריך להורות כי הדין החל על הזכויות והחובות של הצדדים באשר לפלוגתה בניזקין הוא דין אותה מדינה מבין המדינות המעורבות שיש לה הזיקה האמיצה, הממשית וההדוקה ביותר לאירוע ולצדדים, בהתייחס לפלוגתה הספציפית העומדת להכרעה.

הרכיב הנוסף של המודל הראוי בעיניי מכיל מערכת של כללי עזר ספציפיים, שהם בגדר של הנחיות/חזקות מפורטות של בררת דין. תפקידם של כללים ממקמים אלו הוא להצביע על המדינה שתיחשב ברגיל בעלת הזיקה האמיצה ביותר במצבים מוגדרים מסוימים. זאת בדומה לגישת ה־Restatement (second) האמריקאי.

למשל, אפשר לאמץ חזקה הקובעת כי אם ההתנהגות המזיקה והנזק שאירע ממנה אירעו באותה מדינה היא תיחשב, ברגיל, למדינה בעלת הזיקה ההדוקה ביותר באשר לשאלות המתייחסות לסטנדרט ההתנהגות הנדרש, ודינה שלה הוא שיחול.

חזקה נוספת מתייחסת למקום מושבם המשותף של הצדדים. כלומר, אם לתובע ולנתבע מקום מושב משותף (שאיננו המקום שבו אירע הנזק), אזי דין מקום מושבם המשותף של הצדדים ייחשב ברגיל בעל הזיקה האמיצה ביותר באשר לשאלות המתייחסות לעניין הפיצוי הראוי בנסיבות העניין.

5 ע"א 3299/06 יובינר נ' סקלאר (פורסם בנבו, 26.4.2009).

6 ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345 (2004)

7 לאחר קיום הריאיון עם פרופ' שפירא, ניתן פסק הדין בדיון הנוסף בפרשת יובינר (דנ"א 4655/09 סקלאר נ' יובינר (פורסם בנבו, 25.10.2011)). פסק הדין בדיון הנוסף הפך את פסק הדין בדיון הראשון בבית המשפט העליון (שבו היו כבוד השופטת ארבל וכבוד השופטת חיות בדעת רוב) שאליו התייחס פרופ' שפירא בריאיון, ואימץ (בחוות דעת מפי כבוד המשנה לנשיאה דאז ריבלין) את עמדתה של השופטת נאור.

החזקות נועדו לפשט את ההליך השיפוטי ולהקל אותו ולהבטיח מידה סבירה של אחידות וצפיות של תוצאת ההתדיינות. במילים אחרות, אינני מקבל את הלכות יובינר וינון כפי שהן, על קרבן ועל כרעיהן.

בעידן גלובלי למהפכת האינטרנט תפקיד נכבד – מהן לדעתך ההשלכות של רשת האינטרנט על המשפט המהותי?

אינני מומחה לנושא האינטרנט. אני יודע שיש פסיקה ומאמרים רבים בנושא, אני ער לזה, אך אינני בקיא בתחום.

אין ספק שעולם וירטואלי יוצר בעיה עקרונית לגישה המסורתית של המשפט הבין-לאומי הפרטי מאחר שזו בונה על עקרונות הטריטוריאליזם והריבונות הטריטוריאליים. הקונצפצייה הטריטוריאליית אינה עולה בקנה אחד עם האינטרנט, ולכן יש צורך בשידוד מערכות וחשיבה מחדש על אודות עקרונות סמכות השיפוט וברירת הדין במשפט הבין-לאומי הפרטי ככל שהם מתייחסים למרחב הווירטואלי.

האם לדעתך יש להכיר במגבלות חוקתיות על תחולה של דין זר/9 פסק זר כגון פסק זר הפוגע בחופש הביטוי?

כן, אבל במשורה, בזהירות ובחסכנות. לצורך זה יש לנו הכלים של הדוקטרינה המסורתית של "תקנת ציבור חיצונית" כמחסום אפשרי בפני פגיעת הרעה של דין או פסק זר שהוא בלתי קביל בעליל בשיטתנו, וכן הקונצפצייה בדבר נורמות מקומיות כופות, מנדטוריות, מחייבות, התובעות לעצמן תחולה בכל מקרה, אף אם יש בו יסודות זרים, הנדון בפני בית משפט ישראלי (מה שמכונה "תקנת ציבור חיובית").

מהו הדין שצריך לדעתך לחול על תביעת פלסטינים המועסקים במובלעות הישראליות בשטחים?

נושא זה עלה לדיון בין השאר בפרשת גבעת זאב, בבית הדין הארצי לעבודה ובבית המשפט העליון<sup>8</sup>. הבעייתיות פה טמונה באנומליה הקיימת לעניין היחסים הטריטוריאליים, הפוליטיים, הכלכליים והמשפטיים בין ישראל לבין השטחים המוחזקים (ובמיוחד ה"מובלעות" הישראליות בשטחים אלה).

המודל הקלסי של המשפט הבין-לאומי הפרטי בנוי על ההנחה שמדובר באירועים וביחסים משפטיים בני זיקה למדינות שונות, נפרדות ועצמאיות זו מזו.

8 ע"ע 300050/98 המועצה המקומית גבעת זאב נ' מוחמד, פד"ע לח 577 (2003); בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סב(3) 264 (2007).

כשמדובר בשטחים ובמציאות המיוחדת שנוצרה בהם, ובעיקר בהתנחלויות, נשאלת השאלה אם מדובר במדינה אחרת, נפרדת מישראל (כמו צרפת או ניו זילנד), או שמא לפנינו ישות יוצאת דופן, שהיא חו"ל אבל לא לגמרי חו"ל, במובן הרגיל של המושג. אנומליה זו מקשה על יישומם של העקרונות והכללים הרגילים של משפט בין-לאומי פרטי. הדילמה הזאת תיפתר רק כשימצא פתרון כולל לסוגיה הפוליטית. אם אי פעם ייקבעו גבולות ברורים בין ישראל לבין הישות האחרת, אזי נחזור לנורמליות של המשפט הבין-לאומי הפרטי. בינתיים מה שבתי המשפט נדרשים לעשות הוא להשתמש בכלים הקיימים של המשפט הבין-לאומי הפרטי, ובעזרת דמיון יצירתי ליישם אותם במציאות החריגה הנוכחית.

### שאלות אישיות

כיצד היית מגדיר את שיטת ההוראה שלך?

כשיחה, שילוב של הרצאה ודיון. אני משתדל לתבל את השיעור בהומור, לעתים סאטירי עם קורטוב של ציניות. הייתי מעדיף שיטת הוראה שיש בה יותר דיון ופחות הרצאה, אך אני מוצא עצמי מרצה יותר ממה שהייתי רוצה, בעיקר מכיוון שהתחושה היא שסטודנטים רבים מגיעים לשיעור לא מוכנים כדבעי.

תחביבים?

כילד אספתי בולים, כאיש בוגר אני אוסף פילים קטנים ממדינות שונות. תחביב עיקרי שלי, שנוצר כבר בתקופת בית הספר התיכון, הוא אהבתי הגדולה לאופרה. יש לי אוסף גדול ומגוון של תקליטים, קלטות, CD, DVD, אלבומים, ספרים ותמונות מעולם האופרה. אני מרבה להאזין לאופרה ולצפות בה, בארץ ובחו"ל. הנני מהאבות המייסדים של האופרה הישראלית ומקדיש לנושא האופרה לא מעט זמן ועניין. אני אוהב מוזיקה קלסית בכלל אך אופרה במיוחד.

ספרים?

נוסף על קריאת ספרות מקצועית בתחום המשפט אני מרבה לעיין בספרות ובמגזינים מעולם האופרה וחוזר מפעם לפעם, בפרץ של נוסטלגיה, לספרי הילדות – הלב, אורה הכפולה, אמיל והבלשים, מחננים וכיוצא באלו.

משהו שלא יודעים עליך?

אינני נוהג במכונית. את התופעה הזו של אי-נהיגה זיהיתי כבר לפני שנים רבות אצל שניים ממומחי המשפט הבין-לאומי הפרטי שלנו, המנוחים פרופ' אבנר שאקי ופרופ' מנשה שאוהה. כנראה זהו פגם גנטי-מקצועי...

היסטוריה: קצת על ילדותך, משפחתך, היכן למדת? איך עליית לארץ? כיצד התאקלמת בארץ?

נולדתי וגדלתי ברמתיים – היום הוד השרון. למדתי בבית הספר כפר מל"ל. אבי המנוח נתן שפירא היה מחנך נודע בזמנו. סביבת ילדותי הייתה במושבה, באווירה כפרית ופסטורלית, בין פרדסים ומשטחי כלניות, סביונים ונרקיסים.

לימים עקרה המשפחה לתל-אביב. למדתי בתיכון עירוני א', ולאחר שירותי הצבאי למדתי משפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, עשיתי התמחות (כמתמחה של השופט פרופ' זאב צלטנר, נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב), ולאחר מכן למדתי לתואר מוסמך במשפטים באוניברסיטת "קולומביה" בניו יורק, ואת לימודי הדוקטורט עשיתי באוניברסיטת ייל.

בשנת 1968 הצטרפתי לפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, שבה כיהנתי בשנות השמונים כדקן הפקולטה. כיום אני משמש דקן בית הספר למשפטים במרכז האקדמי כרמל בחיפה.

שלוש בנותיי הן בוגרות הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב.