

ריאיון אישי

עם

פרופ' יצחק הדרי

שאלות כלליות על תחום המשפט והאקדמיה המשפטית

נד כמה לדעתך חשוב שיכוננו חוקה במדינת ישראל? ולמה?

לחוקה, במקום צירוף חוקי יסוד, יש איזשהו משקל סימבולי עצום, חינוכי עצום, חינוכי לכל התלמידים במדינה, כי במדינות שיש בהן חוקה יש לה חשיבות עצומה החל מבית ספר יסודי ואילך, ופחות מזה באשר לחוקי היסוד. אצלנו ההתייחסות לחוקי יסוד נעשית במקצת בתיכון כשלומדים אזרחות, וקיימת בעיה בהוראת הנושא, וכמובן לאחר מכן באוניברסיטה בעיקר במשפטים, לא בתחומים אחרים. לכן החוקה היא סימבולית מאוד. כמו כן חוקה מכסה הרבה מאוד תחומים שאינם מכוסים היום על ידי חוקי היסוד הקיימים. לדוגמה, השוויון הכללי איננו מובטח אפילו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פירשו בצמצום את השוויון שהחוק חל עליו, אבל לא את השוויון הכללי שקיים בכל מדינות העולם שיש בהן חוקה.

לאחרונה ייצגתי את לשכת עורכי הדין בבג"ץ בתביעה בין היתר על פגיעה בשוויון, בנושא של הגדלת התקרות של ביטוח לאומי לתשלום הביטוח בלי שהתקרות עלו לתקבולים מהביטוח הלאומי לנזקקים, וטענתי כי אפשר להימנע מהתשלום למי שיכול לפעול כחברה, ובין היתר יש שם פגיעה בזכות הקניין ופגיעה בזכות השוויון. נשיאת בית המשפט העליון שאלה אותי מכוח מה נפגעה כאן זכות השוויון, ואני התפתלתי כדי להכניס את זה בכוח לכבוד האדם, ואני יכול לומר שבדעה השלטת קיימות מחלוקות בין השופטים באשר לזכות השוויון. יש כאלה שהם בדעתה של השופטת דורנר, שמצמצמת מאוד את הזכות לשוויון, אבל גם המרחיבים, כמו הנשיא לשעבר ברק, הבוחרים בשביל האמצע. בסופו של דבר הצלחתי להכניס את הפגיעה שטענתי לה לתוך שביל האמצע, ובנקודה זו הוחלט שזו פגיעה בשוויון. זו דוגמה אחת, אבל יש עוד דוגמאות רבות שבהן זכויות אינן כלולות כמו דת ומדינה, וזכויות חברתיות רבות שאינן כלולות לחלוטין. ראוי שכל הזכויות האלה ועוד רבות אחרות יהיו כלולות בחוקה.

ביקורת שיפוטית – האם הכול שפיט?

לא הכול שפיט. גם הנשיא בדימוס ברק חזר בו מהביטוי הכול שפיט. אני הייתי אומר שכל דבר נורמטיבי הוא שפיט. אם זה דבר מוסרי הוא לא שפיט.

פרשנות תכליתית מול פרשנות מצמצמת – עמדתך בנושא?

אני חסיד נלהב של הפרשנות התכליתית, ופה אני מסכים לגמרי עם גישתו של הנשיא לשעבר ברק, שפרשנות צריכה להיות מורכבת מהפרשנות הסובייקטיבית – כוונת המחוקק – ומהפרשנות התכליתית-האובייקטיבית – פרשנות בראי המושגים של השעה שבה מפרשים. והפרשנות הזו חלה בכל התחומים, כולל תחומי המס, וכבר ידוע מאז פסק דין קיבוץ חצור¹, ולמעשה עוד לפניו, שאין כללי פרשנות מיוחדים לכללי המס. הגישה הזו אבד עליה כלה. זו גישה ישנה של ראשית קום המדינה, בעקבות גישה אנגלית, שאפילו באנגליה אין נוקטים בה כיום.

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

הרגיזו אותי כל מיני פסקי דין בתחום הפלילי, של בית המשפט העליון, שהיו מקוממים ממש. פסק הדין שניתן לפני עשר-עשרים שנה, שהרשיע בדואי שאיני זוכר את שמו, על ידי זה שעשו ממוצע של כי מיני דעות שונות של השופטים, הרשיעו אותו באונס אף על פי שאף אחד מהשופטים לא קבע שהיה שם אונס, אבל עשו איזה ממוצע. זה משפט פלילי – משפט פלילי איננו צריך להיות מוכרע על ידי ממוצע אלא על ידי הכרעה ברורה². היה גם פסק דין פעם של השופט אדמונד לוי, בעניין אונס. דובר בקיום יחסים מלאים מרצון. כנראה תוך כדי קיום היחסים האישה התנגדה פתאום, ואליבא דאדמונד לוי היה זה אונס. שוב, זה דבר שלא מתקבל על הדעת. אני חושב שזה לא יכול להיות אונס. ברגע שיש הסכמה ספציפית לקיום יחסים ספציפיים ובאמצע יש חרטה, זה מעמיד את הגבר במצב בלתי אפשרי.

פסק דין בתחום דיני המס שהופעתי בו, פסק דין כספי³, היה מקרה פשוט, שקל להבין שהחלטת בית המשפט בו הייתה שגויה. לא צריך להיות משפטן כדי להבין זאת. דובר בעסקת קומבינציה בין בעל מגרש לקבלן, ולפיה היה בעל המגרש צריך לקבל כחמישים

1 ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985).
2 ע"פ 2109/96 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 673 (1997).
3 ע"א 7759/07 כספי נ' מנהל מס שבה מקרקעין נתניה (פורסם בנבו, 12.4.2010).

אחוז מהדירות שהקבלן בונה. והנה הקבלן פשט את הרגל, ולכן היה בעל המגרש צריך להוסיף כסף כדי לקבל את הבנייה של הדירות שהובטחו לו. רשויות המס קבעו את השבח שעליו שילם הנישום את המס בסמוך ליום החוזה, לפי שווי הבנייה של הדירות מבחינתן. השאלה הייתה אם יש להפחית סכום זה ששילם הנישום מהשווי שנקבע בטרם אירעה פשיטת הרגל של הקבלן. זה נראה מושכל יסוד שהתשובה היא חיובית שצריך להפחית את הסכום הזה, והנה בית המשפט העליון, להפתעת הכול, קובע שאין להפחית את הסכום הזה כי השווי במס שבח נקבע ביום חתימת החוזה. אני חושב שזה פסק דין שגוי. לדאבוני זו הייתה החלטה פה אחד של שלושה שופטים ולכן לא ביקשתי דיון נוסף, הסיכוי היה אפסי. עוד פסק דין שגוי, רחב יותר בהיקפו, נקרא פסק דין פוליטי⁴, שם נתן בית המשפט פירוש די דוקני ולא תכליתי להוראות של התיקון לחוק מס שבח. מדובר במכירה של קרקע שנרכשה לפני יום הרפורמה במס בעת ששיעורי המס היו גבוהים מהשיעורים כיום. הוראת החוק הדווקנית קובעת שהחישוב יהיה לינארי, קרי בגין פרק הזמן היחסי שקדם לרפורמה ישולמו שיעורי המס הגבוהים יותר לפי השיטה שנהגה אז. השאלה היא זו: אם מוכיחים במקרה קיצוני שכל ההשבחה (עליית הערך) של המגרש אירעה לאחר יום תחולת החוק החדש, יש לקבוע שכל השבח ימוסה לפי שיעורי המס החדשים ולא לעשות ממוצע על מה שמכונה חישוב לינארי. בית המשפט העליון דחה את זה. המחוזי דווקא קיבל את זה⁵, אגב בהסתמך על מאמר שלי⁶. העליון קיבל את המאמר עד השורה התחתונה שלו. זו גישה שנוגדת את הפרשנות התכליתית, ובית המשפט העליון ניסה לטעון שזו הפרשנות התכליתית, אבל הוא רק שילם מס שפתיים לפרשנות התכליתית, ולא פירש פרשנות תכליתית בפסק דין פוליטי.

זה עומד בסתירה לפסקי דין רבים בנושאים של מס הכנסה, מס שבח וכל מיני הקשרים שבהם סטו מהלשון הכתובה של החוק והגיעו לתוצאה צודקת, ראויה, הפוכה. מאז פסק דין פוליטי יש בעיה קשה: בכל שאלה שמעוררת בעיה פרשנית בית המשפט מזכיר את עניין פוליטי ונותן פרשנות צרה. רק שופטים מעטים מוכנים לתת פרשנות רחבה, כמו ממלא מקום הנשיאה השופט ריבלין והשופטת חיות, אבל הם מעטים, ורוב השופטים היום נוקטים פרשנות הצרה.

4 ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 280 (2008).
 5 ר"ע (מחוזי חי') 5002/05 פוליטי נ' מנהל מיסוי מקרקעין (פורסם בנבו, 14.9.2006).
 6 יצחק הדרי ודודן ברוך "רפורמות במיסוי מקרקעין" רפורמות מס 186 (דוד גליקסברג עורך, 2005).

מה דעתך על מספר עורכי הדין ההולך וגדל כיום?

אני חושב שהגזמנו. כשהקימו את המכללות הייתה הצדקה להקמתן, כי זה לא צודק שאדם שרצה השכלה משפטית ולא התקבל לאוניברסיטאות המחקר – תל-אביב, ירושלים, בר-אילן וחיפה – שלא יכלו לקלוט את מספר הדורשים, נאלץ לנסוע מעבר לים או לוותר על החלום. אבל מאז נפרצו כל הגדרות. אין זה סביר שלומדים יום ורבע בשבוע ויכולים לקבל תואר במשפטים. הדבר הזה הוא אבסורדי. אני זוכר שדקן מסוים התגאה לפני חמש-עשרה שנה שתוך כמה שנים רוב עורכי הדין במדינה יהיו מהמכללה שלו. ברור שאם כל מכללה תודיע שהיא מקבלת בפועל כל דכפין, וכל דכפין האלו יעברו סוף סוף את מבחני הלשכה אחרי כמה ניסיונות, ברור שרוב עורכי הדין במדינה יהיו מאותה מכללה. לדעתי, זה מוריד את רמת המקצוע וכבר היום היא ירדה, טוענים זאת השופטים על פי ההופעות לפניהם. אמנם נכון שחלק מהבעיה היא תרבות לקויה מהבית ומבית הספר שמאוחר לרפאה באוניברסיטה.

אני רואה את זה גם בתחום דיני המסים בפרט ובתחום דיני המקרקעין בכלל. כל אזרח נזקק לעורך דין כשהוא מוכר דירה או קונה דירה, והיום עורכי ועורכות הדין מוכנים לעשות את העסקה בשכר טרחה של רבע אחוז משווי הדירה. אין לי בעיה שהתחרות מוזילה את השירות לצרכן, אבל לא ייתכן שעורך הדין של הקונה יעשה את העבודה המלאה שעליו לעשות בתמורה לרבע אחוז. כשעורך דין מייצג אדם בעסקה כזו, צריך להבין שזו תהיה העסקה הגדולה ביותר שרוב האזרחים יעשו בחייהם, ובעסקה הזאת אם אין בודקים את כל זכויות הבעלות ואין מבטיחים כראוי את הצדדים, הרי פה אפשר לעשות עוול אדיר ללקוח, ולא ייתכן שברבע אחוז משווי דירה ממוצעת או זולה יעשו את העבודה הראויה. הסכנה היא שיעשו עבודה "חפוף"; מעתיקים חוזה קודם, משנים את השמות וזהו זה. מעטים עורכי הדין שבאמת נאמנים למקצוע ישקיעו מעל ומעבר ללא שכר טרחה ראוי. עם זאת הצד החיובי הוא שלא כל בוגרי המכללות והפקולטות למשפטים מוכרחים לעסוק בעריכת דין, וזה טוב מאוד שיעסקו גם בשירות הציבורי או בתפקידים עסקיים כאשר יש להם השכלה משפטית.

מה דעתך על הארכת תקופת ההתמחות לשנתיים?

אני בעד, כי שנה זה לא מספיק. הזמן מועט ואם לאחר ההתמחות הופך עורך הדין הצעיר מיד לעצמאי נוצרת בעיה. הוא איננו מנוסה מספיק ואין לו המיומנות הנדרשת. לדעתי צריך שנתיים ולא יום אחד פחות.

מה דעתך על היחסים בין האקדמיה לבית המשפט?

אני חושב שהיחסים בין האקדמיה לבית המשפט הם יחסים טובים. אני לא מכיר מדינות רבות שמצטטות בהרחבה רבה כל כך את המאמרים האקדמיים שלנו. לא רק מצטטים אלא גם מאמצים אותם, לרבות לשינוי ההלכה. מובן שאם מדובר בפרופסור שיש לו נושא אזוטרי, תאורטי לחלוטין, ההשפעה שלו על הפסיקה מעטה יותר, אבל ההשפעה של פרופסורים מובילים שעוסקים בתחומים פוזיטיביים על הפסיקה היא רבה, אם כי על החקיקה פחות. מה עוד שהיום מתקיימים מפגשים בין נציגויות של בית המשפט העליון לנציגויות של הפקולטות והמכללות למשפטים.

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

אני אחלק את תשובתי כאן לכמה חלקים. אני חושב שבמקצוע המשפטי רוב הענפים הם מקומיים. בישראל, מדינה חדשה יחסית, חשוב מאוד שמיטב המוחות המשפטיים יתרמו לפיתוח המשפט הישראלי בתחומם. לפיכך אינני מקבל את זה שאנשי אקדמיה בתחום המשפטים מפרסמים רק בחו"ל או שהם עוסקים בתחומים שאינם נוגעים כלל למשפט הישראלי, או שאם הם בתחומי המשפט הישראלי, הם מאמרים דסקריפטיביים שמפורסמים בכתבי עת אזוטריים בחו"ל לצורך קידומים אקדמיים.

מבחינה זאת האוניברסיטאות או המכללות צריכות לקבוע מבחן מאוזן לצורך הקידומים האקדמיים. נכון שיש צורך לפרסם גם בחו"ל. לדעתי כל אחד, בכל תחום, יכול לפרסם בחו"ל. אם הוא חוקר טוב, הוא תמיד יכול לתרום בתחום התאורטי, הבין-לאומי או ההשוואתי בתחומו. אבל יש לתת את מלוא המשקל לפרסומים חדשניים וטובים בארץ. אשר לקידומים, יש חשיבות רבה לאיזון הנכון, למשל ברור שמרצה לדיני מסים צריך לתרום לתחום של דיני מסים בארץ. אתן דוגמה מעצמי, יש לי שתי סדרות של מיסוי מקרקעין. הנשיא ברק אמר לי פעם: "אתה פיתחת תחום חדש של המחקר בארץ". אין ספק שזה תרם תרומה רבה בתחום הזה, ואין ספק שעוד אקדמאים רבים תרמו תרומה רבה להתפתחות המשפט בתחומם, וזאת נוסף על פרסומים חשובים בחו"ל. ניקח לדוגמה את פרופ' חנוך דגן, העוסק בדיני קניין. את רוב פרסומיו בהתחלה פרסם בחו"ל. עם זאת בשנים האחרונות הוא פרסם ספר ישראלי בדיני קניין שתרם גם למשפט הישראלי⁷.

אף אלה העוסקים בתחום ה"אופנתי" של כלכלה ומשפט, אני מעדיף שיחקרו גם נושאים מקומיים. מאחר שמדובר בהרבה מקרים בתחום תאורטי, אינני יכול להגיד לאנשי

7 חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005).

כלכלה ומשפט שלא ישחקו במגרש הבין-לאומי. גם אשר לפילוסופיה של המשפט מדובר בתחום אוניברסלי, אז ברור שהחוקר יעדיף לפרסם בחו"ל.

כשאני שופט היום קידומים ויושב בוועדות מקצועיות ורואה למשל פרסומים בכתב עת לא מוכר באוהיו, אני שואל את עצמי במה עליון כתב העת הזה על כתבי עת שלנו, כתבי העת המובילים שלנו, של האוניברסיטאות ואף של המכללות בארץ. לא אגיד שהם כמו ה-10-15 כתבי העת מהשורה הראשונה שבארצות הברית, אבל בוודאי הם יהיו בשורה השנייה מיד לאחריהם.

נכון שאומרים לי דקנים במכללות שלפעמים יש בעיה לאנשי סגל שלהם לפרסם בכתבי העת החשובים בארץ בהוצאות האוניברסיטאות, אז אולי זו בעיה, אבל אני עדיין נאיבי לחשוב שמאמר טוב ומחדש בדין הישראלי יזכה לפרסום בכל כתב עת בארץ, כמו שמאמר מחדש מבחינה עולמית יזכה לפרסום בכתב עת טוב בחו"ל.

מה דעתך על שיטת הקידום של האקדמיה בארץ?

אני חושב ששיטת הקידום אינה מושלמת, אבל היא בסך הכול די טובה. הקידום מבוסס קודם כול על פרסומים תוך התחשבות ברמת ההוראה על פי משובים של הסטודנטים. תמיד אפשר לטעון שההתחשבות הזאת אינה גדולה מדי, אבל יש התחשבות. במקרי קצה זה לא בא לידי ביטוי. אם פרופסור מסוים הוא אקדמאי מצטיין במיוחד הוא יקודם גם אם הוא מורה גרוע. אני לא בטוח שהמקרה ההפוך – מורה מצטיין שפרסומיו אינם מספקים – יקודם. מניסיוני, אין ספק שלדקן משקל רב בכל ההליך הזה.

מה דעתך על שנשים פרופסוריות הן מעטות יחסית בארץ?

הדבר הזה מפליא אותי. אני מניח שזה המצב גם באשר לעורכות דין שותפות במשרדים גדולים – תמצאו מעט מאוד. זה נובע מכך שעורכת דין שמקימה משפחה קשה לה להתמודד שווה בשווה עם גבר בתחום המקצועי, היא צריכה להקדיש למשפחה יותר. אולי היום אצל צעירים מאוד הגברים נותנים כתף בגידול הילדים ובטיפול בבית יותר מאשר בעבר, אז ייתכן שנראה יותר נשים.

אני מוכרח לומר שהיום בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב למשל אני לא יודע את היחס, אבל יש הרבה יותר נשים מאשר בעבר. אין הרבה פרופסוריות, אבל בין אנשי האקדמיה הצעירים יש הרבה יותר נשים, ובבוא העת סביר שמרביתן יקבלו תואר פרופסור. זה עדיין לא חמישים אחוז אבל השיעור גדל. אין אפליה כלפי נשים באקדמיה. אני זוכר בהרוורד כשקיבלו את המרצה הראשונה, היא מרצונה התקבלה לחצי משרה כדי שיהיה לה יותר זמן לילדיה בבית.

מה ידוע לך על הקודיפיקציה? האם אתה בעד?

הקודיפיקציה כפי שנעשתה בארץ היא עדיין לא חוק רשמי, אבל היא תרמה להבהרת הדין הקיים בנושאים שונים, ויכול להיות שהיא תתרום בעתיד לחקיקה פרטנית בנושאים שבהם היא עוסקת. הייתי אומר שזה דומה קצת לריסטייטמנט בארצות הברית, שתורם תרומה עצומה למשפט האמריקאי. אף על פי שהוא איננו מחייב מבחינה משפטית, הוא קובע למעשה את הדין בכל תחום ותחום.

האם צריך בית משפט לחוקה?

אני נגד בית משפט לחוקה באופן מוחלט, כי ברור לי שבית משפט לחוקה יהיה בית משפט פוליטי, במובן זה שהפוליטיקאים יהיו מעורבים יותר במינויים מאשר היום. מכל מקום לא בטרם תהיה חוקה שלמה למדינת ישראל.

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

כללית הוועדה שלנו היא טובה. לעומת מדינות אחרות אצלנו יש איזון מתאים בין הפוליטיקאים לאנשי המקצוע ולשופטים, ולכן בסך הכול אני חושב שהוועדה היא טובה. ייתכן שהרוב הדרוש היום למינוי שופט לבית המשפט העליון, לאור העדכון האחרון שנעשה, הוא רוב גדול מדי וקשה יותר להסכים על מינוי שופטים לבית המשפט העליון, אבל כללית הוועדה טובה.

אציין לדוגמה את אנגליה, שאפילו בה שינו את השיטה והפכו את שיטת המינויים לבית משפט עליון (שלאחרונה החליף את בית הלורדים בהקשר זה) למשהו שיותר דומה לשלנו, לוועדה ממנה.

מובן שדרכי פעולת העבודה של הוועדה מחייבות שקיפות מלאה, אולי יותר ממה שקיים היום.

האם נדרשת התמחות לשופטים?

התשובה לדעתי היא כן ולא. כן, כי ההתמחות שאני רואה מול עיני היא התמחות שהייתה בבתי המשפט העליון בעשרים-שלושים השנים הראשונות של המדינה. דהיינו, הייתה התמחות חלקית, היו שופטים שהייתה להם גם התמחות ספציפית. אתן דוגמה מן התחום שלי: השופט ויתקון, מומחה מס ממדרגה ראשונה, כתב את רוב פסקי הדין בתחום. עם זאת השופט ויתקון לא עסק רק במסים אלא במגוון תחומים. היום התוצאה היא, למשל בתחום המסים, שלא פעם יש פסיקה מקרית התלויה לא פעם בהרכב השופטים היושבים בדין, ובצד פסקי דין מצוינים שהיו בעשר השנים האחרונות, נתקלים בפסקי דין שגויים.

פעם בכתבי העת היה מדור מאמרים ומדור ב"שולי פסיקה", היום כמעט זה לא קיים, אלא במסגרת מאמרים. אבל עם זאת אני מוכרח לומר שבית המשפט העליון מתפקד טוב מאוד, אפילו בתחום המסים, ורק מיעוט פסקי הדין שגוי בעיניי. אצל השופט ויתקון אני יכול לספור ביד אחת פסקי דין שגויים שלו. אני מכיר פסק דין אחד שלו, פסק דין האחים ברקאי⁸, בתחום עסקאות הקומבינציה, תחום גדול מאוד במדינה מבחינה עסקית, שהוא שגוי. אבל מרבית פסקי הדין האחרים נכונים ולא פעם חלוציים. היום הרבה פסקי דין הם כאמור תלויי-הרכב. לא היה מזיק אם בבית המשפט, מתוך חמישה-עשר שופטים היו שלושה-ארבעה מומחים בתחומים מסוימים, בצד היותם משפטנים דגולים בכל התחומים. לצערי לנשיאי בית המשפט העליון האחרונים הייתה, ועודנה, גישה שונה.

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

השאלה החשובה יותר היא באשר לבית המשפט והציבור. אין לי ספק שבית המשפט כמוסד אסור לו להתעלם ממעמדו בציבור הרחב. בית המשפט צובר את כוחו בין היתר מעמדת הציבור כלפיו. אם פעם לבית המשפט היה מעמד ציבורי דומה למעמדו של צה"ל, כיום מעמדו נמוך בהרבה. אני חושב שבית המשפט צריך להיות רגיש לזה. לא ייתכן שבית המשפט יענה לצורכי דעת קהל, אבל הוא צריך להיות רגיש לדעת הקהל, וקודם כול זה מחייב את בית המשפט העליון. בית המשפט העליון צריך להיות זהיר מאוד כשהוא נותן פסקי דין ציבוריים, וזה מחייב גם במידה מסוימת להביא בחשבון את תגובת הציבור, אבל לא על חשבון הצדק והדין הראוי בנסיבות המקרה. קודם כול לעשות משפט צדק לפי הדין, אבל במקרים קיצוניים, והם מעטים, הוא צריך להביא בחשבון את ההשפעה שלו על דעת הקהל. זה בולט בתחומים שנויי מחלוקת כמו דת ומדינה, או בתחום הפלילי. לא ייתכן שאנשים שמבצעים פעולות של אונס, אונס במשפחה או פעולות של פגע וברח שנגמרים במוות, אינם נענשים ענישה הולמת. גורם ההרתעה חשוב פה בדרך כלל יותר מהגורם האישי. זה כולל גם עסקאות טיעון שערורייתיות שנעשות חדשים לבקרים. אם נעשות עסקאות טיעון עם נאשם אחד כדי להרשיע נאשם אחר, שאם לא כן לא יוכלו להרשיע אותו – ניחא, אבל לא בהרבה מקרים אחרים.

8 ע"א 487/77 מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה נ' אחים ברקאי בנין בע"מ, פ"ד לב(2) 121 (1978).

מה דעתך על שרוב השופטים התחילו את דרכם בפרקליטויות השונות ובתביעה המשטרית? והאם לדעתך יש לכך השפעה מסוימת בכלל ועל שיעור ההרשעות בפרט?

נתחיל ברישה של השאלה: אין מה לעשות. זו המציאות כנראה. שוב, אם זו ההעדפה של המערכת זה לא בסדר, אבל אם אין מספיק מועמדים מהסקטור הפרטי אז זה כורח מציאות שלוקחים אותם מהסקטור הציבורי. זאת אומרת אם אפשר לגייס מועמדים טובים, צריך לתמרץ אותם להגיש מועמדות. אני יודע שיש שופטים שעושים זאת, בייחוד במחוזות. הם מתמרצים עורכי דין טובים שמופיעים בפניהם שיגישו מועמדות לשפיטה. אולי צריך לעשות את זה יותר, שאם לא כן באמת כל השופטים יגיעו מהפרקליטויות, כשחלקם נעדרו ניסיון בתחום מסוים. למשל, אם הם באים מהתחום הפלילי, אין להם ניסיון בתחום האזרחי בכלל, ואם הם באים רק מהתחום האזרחי אין להם ניסיון בתחום הפלילי ולכן יש פה טעם רע. באשר לענישה אינני יכול להביע דעה אם יש לזה השפעה. האמת שקשה לצפות. אריק שרון אמר פעם: "מה שרואים מפה לא רואים משם". שופט שהיה תובע וכו' עשוי להיות דווקא שופט מקל, זה לא בהכרח ולא קריטי. אשר לשיעור ההרשעות, ייתכן שהוא נובע מהיותם של הרבה נאשמים בלי ייצוג משפטי, או שהם בלי ייצוג משפטי הולם כי לא כל אחד יכול להרשות לעצמו עורך דין מהמדינה או לפנות לסנגוריה הציבורית. זו בעיה איומה, ואני חושב שזו הסיבה המרכזית לשיעור ההרשעות הגבוה כל כך.

מה דעתך על חוק בוררות חובה⁹? והאם לדעתך הדבר ייעל את מערכת המשפט בישראל?

אני נגד בוררות חובה. די בכך שלשופטים יש סמכות של שימוש כבוררים בהסכמה בין בעצמם ובין באמנות ונוסף על תהליכי הגישור. אני מתנגד לבוררות חובה כי זכותו של אדם, זכות יסוד כמעט, שיהיה לו יומו בפני בית המשפט.

אקטואליה

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

השטע הזה הוא אחת הבעיות הכואבות של המדינה. עם זאת מתפקידם של הממשלה וראש הממשלה להביא לכך שהחרדים, ששיעורם באוכלוסייה הוא עצום, יתרמו תרומה זהה לתרומה של שאר האוכלוסייה. לדוגמה, הגיוס לצה"ל. לדעתי, צריך להיות חוק שירות

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

חובה ומי שאיננו משרת בצה"ל יתרום שירות אזרחי לקהילה שלו, וזה צריך להיות שירות חובה. ממשלות וכנסות ישראל לדורותיהן נכשלו בחקיקת חוק מהסוג הזה, מטעמים פוליטיים.

דבר שני באשר למגזר החרדי, הוא חייב לתת את תרומתו לעבודה. לא ייתכן שהם יהיו משתמטים ובטלנים, בעיקר שאם נשווה זאת למדינות אחרות, נראה שבהן החרדים הם חלק מכוח העבודה. החרדים בארצות הברית – עובדים, החרדים באנגליה – עובדים, החרדים בישראל – משתמטים.

זו שגיאה היסטורית של בן-גוריון, גדול מנהיגינו, שלא השכיל לחזות שהפשרה שהוא עשה באשר למתי מעט ש"מלאכתם אומנותם", שתלך ותיהפך לממדים המפלצתיים של היום. אני בטוח שחלק ניכר בהם משתמטים גם מהלימודים. אין שום סיבה שהם לא ילמדו ולא יעבדו. אני חושב שממשלות מדינת ישראל חטאו – בשביל הפשרה הפוליטית, הם הקריבו את כולנו.

לא ייתכן שהדור הבא ישלם את עיקר המחיר. בעוד כמה שנים יהיו חמישים אחוז מהאוכלוסייה חרדים וערבים, שאינם משרתים בצה"ל או בשירות אזרחי אחר ואינם עובדים. לא ייתכן שחמישים האחוזים האחרים יצטרכו לשאת אותם על כפיים.

לכן התשובה הפוליטית היא שחייבים להקים ממשלות אחדות בין המפלגות הגדולות ושמשלת האחדות הזאת תהיה מוכרחה להעביר חוקים מסוג זה, בצירוף תיקון שיטת הממשל הלקויה אצלנו. רק ממשלת אחדות חזקה תהיה מסוגלת לעשות זאת. היו בעבר ממשלות אחדות, אבל הן לא עשו את זה. כל מפלגה גדולה הייתה חרדה מה יהיה אם בעתיד תרצה להקים ממשלה והמיעוטים והמפלגות הקטנות יותר יתנקמו בה.

האם לדעתך יש להכיר בנישואין אזרחיים במדינתנו?

לדעתי יש להכיר בנישואים אזרחיים. בקונסטלציה הפוליטית הקיימת זה קשה. הדוגמה האמריקאית היא מצוינת ובעוד מדינות קיימת הפרדה מוחלטת בין דת למדינה, אבל אני ער לכך שהדרך עוד ארוכה.

הנשיא בדימוס ברק היה חסיד מובהק של הנישואים האזרחיים, אבל הוא הכיר בעובדה שהוא איננו יכול לעשות מהפכה באקטיביזם שיפוטי כזה שפתאום יכפה על הציבור הדתי את הנושא הזה.

לא מזמן היה כינוס מעניין במרכז הבינתחומי בהרצליה – "גבורות לאמנון רובישנטיין" – ואני זוכר את ההרצאה של השופט בדימוס חשין. הוא יצא בשצף קצף נגד חוק בית הדין הרבני, שמפלה בין נשים לגברים.

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

לא זה ולא זה. כשבית המשפט נוכח בפסק דין שפוגע באשיות המדינה הוא חייב להתערב. ברם אם פסק הדין הרבני נכון לפי הדין הקיים, הוא איננו יכול להתערב ולנסות – בחקיקה שיפוטית – לעקוף את חוק בתי הדין הרבניים, נישואין וגירושין. אבל אם בית הדין הרבני לקח לעצמו סמכויותיו או ברח מסמכויות בתחומים אחרים, מוצדק מאוד שבית המשפט יתערב.

האם לדעתך המשבר הכלכלי העולמי השורר כיום בעולם תרם להכנסת שיקולים כלכליים בפסיקתם של בתי המשפט בארץ יותר מאשר מבעבר?

בעיניי המשבר לא נתן אותותיו בפסיקה. אגב, עוד לא יצאנו ממנו ולכן אולי בעתיד נראה.

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

אני תקווה שהכנסת תשים כטוטפות בין עיניה את החשיבות לקדם את מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית במשקל זהה, כמו שאני מקווה שיהיה ברור לכל אחת מהסיעות בכנסת, לרבות הסיעות הערביות, שמדינת ישראל היא קודם כול מדינה יהודית ועם זאת מדינת היהודים היא מדינה דמוקרטית. אך מיותר ולא חכם לחוקק חקיקה מתריסה בעניין זה בנוסח ההצעות שהועלו לאחרונה.

יש פה שני מעגלים: מעגל שבו יש העדפה ליהודים, למשל חוק השבות, ומעגל פנימי שבו בנושאים פנימיים רבים צריכה להיות דמוקרטיה מלאה ושוויון למיעוט הערבי באופן מלא.

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

המחאה החברתית היא אחד הדברים היפים שקרו לנו בדור שלנו, ממש אחד הדברים היפים, והיא תביא לשינוי. הנה אנחנו רואים כבר כדבר ראשון את דוח טרכטנברג. נכון שהוא איננו עונה על כל הציפיות שלי, אבל הוא עונה על חלק לפחות. אני רואה בתחום המיסוי, שזה התחום שלי, שכבר הולכים עם זה קדימה, כבר יש תזכיר הצעת חוק, צעד אחד לפני הצעת חוק, שהוא שלב מתקדם מאוד. בתחומים אחרים מפגרים משום מה. אני מקווה שבמשך החקיקה לא יורידו עלים מן הענפים ולא ישאירו מזה כלום, כלומר יכול להיות

שההמלצות שלהם אינן מספיקות, אבל הן ברובן טובות, למשל במסים רובן מצוינות. אספר, אבל אקדים ואומר שאין אדם מעיד על עיסתו, ששלחתי נייר מודפס לוועדה, וההמלצות ברובן תואמות את הנייר שלי. נכון שהיו לי הרבה המלצות נוספות. כל דבר שהוא מעבר לביצוע המידי. הם לא נכנסו לזה. לפי דעתי לאט לאט הדבר ישפיע גם ברבדים השונים, וההשפעה החשובה ביותר לדעתי היא ההשפעה הפוליטית במוקדם או במאוחר. מניסיוני בזמנו הכישלון הגדול שהיה במלחמת יום הכיפורים שהפתיע אותנו, שתפסו אותנו עם המכנסיים למטה, לא השפיע על הבחירות המידיות. גולדה מאיר, שהייתה ראש הממשלה, נבחרה בשנית, אבל בבחירות שלאחר מכן היא נפלה. זאת אומרת התגובה הפוליטית בבחירות שבשיטה דמוקרטית לפעמים אטית יותר. אני טוען שהמחאה החברתית תעזור. לדעתי יראו פרות גם אם זה בעוד שנתיים, ודאי שאם זה מידי יראו פרות מיד. לדורות הבאים תהיה השפעה אם קודם כולל למשל יבוצעו ההחלטות הדוח של טרכטנברג. בדוח יש דברים לביצוע מידי ויש דברים לביצוע עתידי. אינני יודע אם ממשלות אחרות יבצעו את זה. יש הרבה החלטות ממשלה שאינן מבוצעות, קל וחומר על גבי דוח. אם בכל אופן תהיה השפעה הייתי רוצה להאמין שתהיה השפעה חיובית שירגישו אותה גם בדורות הבאים. אעיר הערה קטנה, למשל העברת כספים רבים יותר לרווחה על חשבון החרדים וההתנחלויות, שתהיה לזה השפעה חיובית.

שאלות בתחום המיסוי

כיום אין חוק ספציפי שמתייחס למיסוי הסחר האלקטרוני, וההסדרים שחלים הם ההסדרים הרגילים של פקודת מס ההכנסה. בעניין זה הוצגו כמה מודלים, כגון מודל ההתאמה האינטגרטיבי. על פי מודל זה, הבעיות של מיסוי האינטרנט משותפות גם למיסוי וגם לתחומי המשפט האחרים (חוזים וכו'), ולכן צריך לעשות מחקר אינטגרטיבי והפרייה הדדית כדי שתחום המיסוי ישאב הבנות, רעיונות והסדרים מהניסיון שנצבר בתחומים האחרים, מאז תחילת האינטרנט ומשפט האינטרנט. כך בשאלות שבהן הבעיות הן קלות יחסית אפשר להסתפק בפיתוח פסיקתי של מושגים כמו תושבות וסיווגי ההכנסה. אולם אשר לשאלות מורכבות יותר, כמו כללי מקור, הקובעים את המדינה המוסמכת למסות את ההכנסה הבין-לאומית מסחר אלקטרוני, יש צורך בחקיקה חדשה ובהסכמה בין-לאומית רחבה שתעגן את ההסדרים. על כללי המיסוי הבין-לאומיים להתרחק מהמוסכמות המקובלות כיום ולשאוף לחלוקה הוגנת של עוגת המס בין המדינות.

המודל השני מתמקד בצורך בגוף בין-לאומי אחד שיטיל מס על הסחר הגלובלי וישתמש בתקבולי המיסוי כדי לממן הוצאות ציבוריות גלובליות, כמו טיפול בהתחממות כדור הארץ¹⁰.

מהו לדעתך המודל הראוי? או לחלופין האם לדעתך יש צורך במודל אחר?

היה לי דוקטורנט שעשה אצלי עבודת דוקטור, שמו דותן ברוך. הוא עשה את עבודתו על כללי המקור לסחר האלקטרוני. אין ספק שכללי המקור בדין הקיים אינם מספקים לנושא חדש יחסית זה. צריך לזכור שגם הכללים הבין-לאומיים, כללי המיסוי הבין-לאומי, או האמנה לדוגמה של ה-OECD, אינם נותנים פתרון מלא לשאלה הזאת ועדיין דנים בזה שם. מנסים לפתור את הבעיות לפי הנורמות הקיימות, אך לדעתי זה מחייב נורמות חדשות, נורמות חדשות לדברים הייחודיים בתחום הזה.

אשר לשאלה על גוף בין-לאומי שיטיל מס על סחר גלובלי, זה לדעתי חלום רחוק. כשאני עשיתי את הדוקטורט שלי בארצות הברית לפני כמה עשורים, כבר אז עלה הנושא של הקמת בית משפט בין-לאומי למסים. אבל זה נושא בלתי אפשרי להשגה כנראה, ולכן כדי להיות ראלי הייתי מנסה פחות לחפש אמנה בין-לאומית כללית במסים, והייתי מנסה לפתח יותר את מודל האמנות הבין-לאומיות הדו-צדדיות בהשראת ה-OECD, הייתי מנסה להמשיך לפתח מודל שיעמוד בדרישות הגלובליזציה.

לדוגמה, רעיון שזכה לתחייה מחדש הוא קביעת נורמה של בוררות חובה באמנות המס אשר יאפשר פתרון לכפל מס שאפשרי כיום, בהיעדר הסכמה בין המדינות בנושאי מס שונים והעיקר במה שנקרא "מחירי העברה".

בית המשפט העליון קבע הלכה שלפיה הוצאות שמירה על ילדים יותרו בניכוי, אך דוחה את ההכרה לשנת 2010 כדי שהמדינה תתארגן למצב החדש. כעבור זמן קצר המדינה ורשויות המס עיקרו דה פקטו את פסיקת בית המשפט העליון. מה דעתך על פעולה זו?

ניתן פסק דין מרהיב בעניינה של עורכת דין ורד פרי¹¹ (בגילוי נאות, אני ייצגתי את לשכת עורכי הדין, שביקשה להצטרף לתיק הזה ותרמתי להחלטה הזאת). בראש ובראשונה פסק הדין של ממלא מקום הנשיאה השופט ריבלין, שפסק דין צודק ונכון, וגם נכון באשר להוראות התחולה, בדחותו זאת לשנה לאחר מכן, כרמז למדינה: "יש לכם לקונה, לכו תחוקקו הסדר ראוי".

10 המודלים הוצגו על ידי ד"ר רפעת עזאם.

11 ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (פורסם בנבו, 30.4.2009).

לדאבוני, המדינה הלכה הפוך, ובצורה ברוטלית, בחוק ההסדרים האחרון, ביטלה את פסק הדין, חד־משמעית, ותיקנו בספר החוקים את סעיף 32(1) לפקודת מס הכנסה¹² וקבעו בו חד־משמעית שהוצאות השגחה לא יותרו. לכן קשה היום לפסיקה לחזור על החלטה כמו פסק דין פרי בגלל הסעיף הזה, כשהכניסו מושגים חדשים, סעיף שגוי מבחינת מדיניות מס ובהבנת פסיקת העבר. "הוצאות שאינן כרוכות ושלובות בתהליך ההכנסה, לרבות... והוצאות שהוצאו לשם טיפול בילד או השגחה עליו או לשם טיפול באדם אחר או השגחה עליו" לא יותרו. איזה מין מושג זה? מאיפה הם שאבו את המושג הזה? לקחו ציטוט מתוך קרעים של פסקי דין מן העבר, אבל זו לא ההלכה. ההלכה בעבר הייתה שהוצאה שהיא אינצידנטלית לייצור הכנסה, שהיא חשובה למיסוי אמת, היא הוצאה מוכרת. בגדר זה הוצאות השגחה על ילדים היא הוצאה מוכרת כל עוד הכנסת איננה מחוקקת כראוי הוראות להכרה ראויה בהוצאות אלה. במקום זה, ביד גסה וברוטלית ביטלו את זה באותו סעיף, ועוד בחוק ההסדרים, שזה חוק נורא, שאין מתקיים בו דיון ענייני ורציני כלל, ואני יודע זאת כיוון שאני יושב ראש ועדות המסים של לשכת עורכי הדין כבר 12–13 שנה, ואני יודע שבחוק ההסדרים שומעים אותנו, אבל לא יוצא מזה כלום, כי שם ההחלטות הן פוליטיות בלבד ולא מקצועיות. לו הפרידו נושאים עקרוניים לדיון רציני נפרד, תאמינו לי שהסעיף הברוטלי הזה לא היה עובר בכלל. אבל מאחר שהכניסו אותו לחוק ההסדרים, שלושה חודשים אחרי פסק הדין, ביטלו אותו לחלוטין, מחקו אותו (חוץ מאת גברת פרי עצמה). הוא נשאר רק לנו, לפרופסורים, ללמד אותו באוניברסיטאות.

נדמה לי שאיזו אגודת נשים הגישה עתירה לבג"ץ, אבל הסיכוי הוא אפסי.

המחוקק הישראלי מעניק פטורים והעדפות שונות במס לתושבים חוזרים ולעולים חדשים, והדבר פוגע בכלל הציבור הישראלי – האם לדעתך יש מקום לשינוי? או לחלופין להגמשה ולהענקת פטורים לתושבי המדינה?

ההעדפה הגדולה ביותר היום, והיא שנויה במחלוקת, היא ההעדפה שנתנו לתושבים חוזרים ותיקים ולעולים חדשים, שהם פטורים ממס על הכנסותיהם בחו"ל, ממקורות בחו"ל, שזה פטור ארוך־טווח. על זה אפשר להתווכח, זו באמת שאלה קשה. אני יודע שכשהחקיקה הזאת הייתה לפני ועדת הכספים, נתן פרופ' אדרעי חוות דעת ואמר שזו חקיקה שמפלה לרעה אזרחים ישראלים ושזה לא חוקתי לחוקק את זה. לעומת זאת אני נתתי חוות דעת לרשויות המס להגשה לוועדת הכספים שזה כן חוקתי. כן חוקתי משום שאצלנו כל ההצדקה לחוק לעידוד השקעות הון היא אפליה, היא העדפה של מי שעומד בדרישות החוק, משלם מס נמוך יותר, וזה מוצדק בשל דרישות המשק הכלליות. אני ראייתי

12 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (תיקון מס' 170), התשס"ט–2009, ס"ח 152.

במכלול הכללי את החיוב העולה על השלילה בחוק המפלה הזה. כי זה חוק שאומרים לי עמיתיי במשרדים הגדולים ביותר במדינה, שהם רואים תנועות הון לישראל בהשקעות ישראליות שלא היו נעשות אחרת. גם צריך לזכור שאנו לא עם יחיד. אנחנו בתחרות בעידן הגלובליזציה עם מדינות אחרות, ולכן חלק מהקלות המס נועדו לשמור את המקום של ישראל בכלכלה העולמית.

דווקא בנושא הקלות המס שחוקק נתניהו, בתוקף לשנים היותר רחוקות, הן מרחיקות לכת. אני חושב שהגזמנו. אלה הקלות מס לישראלים. אם החוקים האלה באמת יחולו, הם עדיין אינם חלים, הרי אבדן המסים יהיה גדול כל כך שהכלכלה הישראלית לא תוכל לעמוד בכך.

אני חושב ששלטון נתניהו – שטייניץ עשה דברים איומים בתחומי המסים: מצד אחד חוקקו חוקים מפליגים בהקלות, שספק אם כלכלת המדינה תעמוד בהם. מצד אחר יצרו אפליות איומות, והדוגמה הבולטת היא עתירה לבג"ץ שהגישה לשכת עורכי הדין ולשכת נוספות על שהגדילו את התקרות לביטוח לאומי, מתוך אמירת אי-אמת לציבור ולבית המשפט שזה ביטוח לאומי, אך למעשה זה מס הכנסה, וזה מס הכנסה שלא הוטל בדרכים הנכונות להטלת מס הכנסה. המס הוטל במסגרת חוק הסדרים, כאילו שזה ביטוח לאומי. זה מס מפלה, מס רע, והגרוע מכול שהוא מס טיפשי כי האוצר איננו גובה מסים במס הזה. כל העצמאים, בעלי ההכנסות הגבוהות, ולא רק הם אלא גם חלק מהשכירים בעלי ההכנסות הגבוהות, שיכלו לעשות זאת, התארגנו בצורת חברות ונמלטים כדין מהמס הזה. התוצאה שהמדינה מפסידה, כי מס חברות הוא 25%, ואילו המס השולי על היחיד הוא 45%, ולכן רק בשוליים הם מושכים הכנסה, ומשלמים את המס פחות או יותר בגובה של היחיד, והם מושכים דיבידנדים, וכל זה כדי להימנע מביטוח לאומי, כי דיבידנדים בדרך כלל אין ביטוח לאומי.

והאוצר מוסיף חטא על פשע, ובניגוד להבטחות לציבור והצהרה לבג"ץ, מוצע עתה להאריך מס ביטוח לאומי זה לשנתיים נוספות. אך למעשה החוק הנכון היה צריך להיות גביית סכום זהה דרך מס הכנסה ולא דרך ביטוח לאומי, על ידי העלאת המס השולי באחוז או שניים. מס כזה הוא גם צודק וגם יעיל הרבה יותר.

בפסק הדין בעניין פוליטי¹³, נקבע כי אין לסטות מהוראת החישוב הלינארית הקבועה בסעיף 47 לחוק מיסוי מקרקעין אפילו אם נגרם עוול לנישום, כאשר כל השבח הנאלי נצמח לאחר היום הקובע. האם לדעתך יש לנהוג במגמה שמרנית בפרשנות דיני המס כדי

להשיג ודאות? או שמא יש לבחור בפרשנות מקלה כדי ליישם את עקרון הצדק בהטלת מס אמת.

אני חושב שהפרשנות של בית המשפט העליון של הנשיא ברק הייתה מצוינת. זה לא היה רק שלו, הייתה גם השופטת שטרסברג כהן בפסקי דין נפלאים, בפרשנות תכליתית, למשל בעניין מיסוי בני זוג, פסק דין נהדר, שנתן חישוב צודק ונפרד לשני בני הזוג. היום לא היו נותנים אותו. ועוד פסקי דין אחרים בתחומי המיסוי של השופטת שטרסברג כהן, שהפכו חזקות חלוטות בחוק לחזקות ניתנות לסתירה, שמרו על היתרון של פקיד השומה כי הנטל להוכיח אחרת הוא על הנישום. ככה גם היה צריך להיות בפוליטי. יש יתרון לפקיד השומה, כי הנישום צריך לסתור את החזקה. קשה מאוד להוכיח שכל השבח נבע בתקופת החוק החדש. זה קשה מאוד, אבל אם יש מקרה כזה – האזרח צודק. קשה להגיד שפסקי הדין מעידים ברק הם אקטיביסטיים אף על פי שהם מהפכניים, אבל הם היו פסקי דין נכונים, גם במקרים שהיו לטובת רשויות המס. טוב שנשאר שריד קטן מתורת הפרשנות של הנשיא לשעבר ברק, שאם כפות המאזניים מעוינות, צריך לתת את הפרשנות לטובת האזרח, ועל זה בית המשפט העליון חוזר, וטוב שכך.

הפטור ממס שבח בעסקאות לפי תמ"א 38 אמנם נכנס לתוקף, אולם הוא אינו מוחלט, וכאשר העסקה כוללת רכיבי תמורה שאינם נכללים במסגרת הוראת הפטור, חל חיוב במס שבח. לפיכך נשאלת השאלה כיצד יש לחשב את מס השבח בעסקאות שאינן פטורות במלואן ומהו שיעור המס החל.

אני בעד הרחבה של החקיקה הזאת המכונה תמ"א 38, שעניינה חיזוק מבנים ועמידתם בפני רעידת אדמה אגב מתן הקלות במס שבח שהן הכרחיות כדי להשיג את המטרה. אני רוצה לראות שרוב הבניינים בארץ, אלה שבנו על עמודים במשך עשרות השנים האחרונות, בלי חיזוקים מספיקים, ישופצו, כי אם חלילה תקרה פה רעידת אדמה יהיה אסון של מאות אלפי הרוגים. לצערי, אני רואה רק בניינים בודדים משופצים. יש להרחיב את ההקלות כולל פטורים ממס שבח כדי להשיג את המטרה, כולל בפריפריה. בפריפריה ה"צ'ופרים" שנותנים לקבלנים אינם מספיקים כי מחיר הדירות הנוספות שקבלן יכול למכור הוא נמוך יחסית, ואילו עלויות השיפוץ גבוהות מזה, ולכן לא תהיה עסקה, וכמעט איננו שיפוצים כאלה בפריפריה.

אין לי ספק שצריך לשפר את החקיקה הקיימת, כדי שתהיה אפקטיבית גם בפריפריה. הבעיה היא משותפת פה. לא ייתכן שרק בתל-אביב וברמת גן יתבצעו שיפוצים כאלה ובפריפריה לא. בין היתר צריך להקטין את הרוב הדרוש בין בעלי הדירות ולהגדיל אולי את סמכויות המפקחת על הבתים המשותפים שתאפשר יותר ויותר שיפוצים במקרה זה, כי

מתברר שבעלי הדירות המתנגדים מוצאים כל מיני שיקולים צרים. מובן שבעלי הדירות חייבים להיות מיוצגים על ידי עורכי דין מומחים לעניין שאין להם שום זיקה לקבלן, והקבלן צריך לתת ערבות בנקאית לקיום התחייבויותיו ובמועד. מס השבח, בכל הקשור לתמ"א 38, יש בו פטורים, ויש להגדילם בפריפריה. דווקא במע"מ יש בעיה, ובמע"מ לדעתי צריך לקבוע לקבלנים שיעור מס בגובה אפס, כדי שהם יוכלו לקזז את התשומות שלהם, ואילו לפי הדין הקיים זו עסקה פטורה, ולכן אסור להם לקזז זאת בתשומות. אני חושב שצריך לשנות את החוק בכיוון זה, ואף בעסקאות פיננסי ובינוי, כי את השגיאה הזאת לטעמי העתיקו מהדין בפינוי-בינוי, שגם שם קבעו שזו עסקה פטורה במקום לקבוע שזו עסקה בשיעור מס אפס.

האם אפשר לדעתך לתקן שומת מיסוי מקרקעין לאחר שנסגרה?

בסעיף 85 לחוק מיסוי מקרקעין, הקיים היום, בנסיבות שהסעיף מונה אפשר לפתוח שומה תוך ארבע שנים, ולכן אני חושב שהסעיף הוא מספיק. לא רק זה, אין פסיקה חד-משמעית אם אפשר להאריך את ארבע השנים מסיבה מספקת. אני בדעה שבסיבה מספקת אפשר גם להאריך את ארבע השנים.

בפסק דין כספי שהזכרתי, שהוא פסק דין שגוי לגופו של עניין, יש דווקא החלטה נכונה של השופט שנתן את חוות דעת בית המשפט, השופט רובינשטיין, שבנושאים הפרוצדורליים הסכים לדעתי שבנסיבות מיוחדות אפשר להאריך את מועד ארבע השנים לתיקון שומה. גם כל השופטים האחרים הסכימו לדעתי שהשומה האחרונה שמונים ממנה את ארבע השנים היא אכן השומה האחרונה שמוציאה רשות המסים ולא דווקא השומה הסופית הראשונה. לפעמים רשות מוציאה כמה שומות, כגון יוצאת שומה סופית ואחר כך יוצא תיקון לשומה. אם כן, מועד ארבע השנים יימנה מהשומה המתוקנת. לי הייתה דעה הפוכה מזו של רשות המסים. לשמחתי, את זה בפסק דין כספי קיבלו.

דא עקא שלגופו של עניין הפסיקה מצדיקה את הרשות בסירובה לתקן שומה בשל אירועים מאוחרים ליום החוזה ושכפועל מקטינים את השבח שהוערך ביום החוזה, כדוגמת פשיטת הרגל של הקבלן בעניין כספי לעיל.

בשוליו של דוח הוועדה לבחינת היבטי המס בקבוצת רכישה הוצע לבטל את מדרגת מס הרכישה של 3.5% ברכישה של דירה שאינה דירה יחידה, כדי שמלוא שווי הדירה ימוסה במס רכישה בשיעור של 5%. מדובר בהצעה כללית, שאינה מתייחסת לקבוצות רכישה בלבד. האם לדעתך הצעה זו יעילה?

אני חושב שזו הצעה נכונה. אני חושב שאין שום הצדקה להקלה ברכישת דירה שנייה. אינני רואה הבדל בין דירה שנייה או מגרש. אם אדם קונה מגרש והוא בונה עליו בית, והבית

הזה הוא דירתו הראשונה, הוא משלם על המגרש חמישה אחוזים, אך אם הוא קונה דירה שנייה, הוא משלם שלושה אחוזים וחצי. אני חושב שזה שגוי ולכן אני חושב שטוב שיתקנו את זה. אבל אני תומך בחיוב של שלושה אחוזים וחצי של מי שקונה מגרש לבנות עליו דירה יחידה, אם יבנה דירה יחידה תוך כמה שנים שיקבעו מיום שקיבל היתר. יתר על כן, נותנים לרוכש דירה יחידה פטור מהמס עד לסכום שעולה על מיליון ש"ח, אני הייתי נותן פטור דומה גם ברכישת מגרש לבניית דירה יחידה כאמור. אין שום סיבה להפלות אותו לעומת רוכש דירה, כי אין לשכוח שגם בפריפריה קונים מגרש כדי לבנות עליו בית, גם בקריית גת, גם בערד, גם בירוחם וכדומה.

בקבוצות רכישה של עשר דירות ומעלה מוצע עתה למסות כאילו נרכשה דירה ולחייב במע"מ גם מוכר יחיד שאינו חייב במס היום. כאן לצערי רתמו את העגלה לפני הסוסים. יש לחוקק שינויי מס אך עם חקיקה של רגולציה כללית שאינה קיימת בעניין זה.

האם לדעתך חסרה חקיקה או שמא יש לשנות חוק קיים בתחום המיסוי?

למשל, התחום של הוצאות השגחה לילדים. לדעתי כאשר הכנסת חוקה חוק שאין להכיר בהוצאות השגחה לילדים, מחובתה של הכנסת להגדיל את ההקלות בגין ילדים, להגדיל את הזיכויים ממס בגין ילדים לכל המשפחה, לאו דווקא לאישה. הזיכויים לדעתי צריכים להתחלק בין האישה והגבר כדי שבסופו של דבר ייהנו מהם. לא פעם אחד מבני הזוג איננו מגיע לסף המס, או שהוא איננו מנצל את הזיכוי בכלל, ולכן צריך לחלק את זה, שזה יהיה זיכוי למשפחה, שלפחות מחצי מזה ייהנה הצד השני. לא מעניין אותי אם זה גבר או אישה, לא הגדילו מספיק את הזיכויים כאשר חוקקו את התיקון הנוראי הזה של סעיף 32(1) לפקודת מס הכנסה. הגדילו משהו, אבל זה היה כבשת הרש, ממש אחת החקיקות המעליבות ביותר של הכנסת. אגב, זו דוגמה לכך שאם הייתה חוקה כראוי, זו הייתה חקיקה שהייתה נפסלת כלא חוקתית. בגרמניה חקיקה כזאת היום הייתה נקבעת כלא חוקתית. גם החקיקה וגם זה שאין מספיק זיכויים בגין הוצאות על ילדים. הוצאות על ילדים הן הרבה יותר גדולות מהזיכויים שנותנים היום. אשר למשפחות מרובות ילדים, אם אלה החרדים או הערבים, הם ממילא אינם מגיעים לסף המס ברוב המקרים, לכן לרוב אינם סובלים מבעיה זו.

לכסף, בימים אלה מוצע במסגרת חוק ההסדרים לבצע שינויים מרחיקי לכת בהוראות השומה והגבייה בחוק מיסוי מקרקעין. בחלקן ההצעות ראויות, ברם הן כוללות הוראות שגויות מבחינה משפטית ומשקית שרוב נזקן למשק על תועלתן.

חובה לפצלם מחוק ההסדרים ולחוקקם בהליכי החקיקה הרגילים, ושהארגונים הכלכליים והלשכות המקצועיות, ובמקרה זה בעיקר נציגי לשכת עורכי הדין, יישמעו באופן מלא וראוי.

שאלות אישיות

כיצד היית מגדיר את שיטת ההוראה שלך?

מאז ומתמיד אני מלמד בשיטת הדיון. נכון שכשחזרתי מהדוקטורט מארצות הברית למלחמת יום הכיפור, ואחרי ששבתי מהתעלה והתחלנו ללמד, התחלתי ללמד בשיטה הסוקראטית שהייתה נפוצה אז בבתי הספר הטובים למשפטים בארצות הברית, שיטת שכללה בעיקר לימוד אגב דיון של שאלות ותשובות. כבר אינני נוקט שיטה זו, אם כי עדיין מקיים דיון ומצמצם את שיטת ההכתבה האהובה כל כך על הרבה סטודנטים, בעיקר אלה שמתעצלים לחשוב. שיטתי הנוכחית היא שילוב של הרצאה ודיון, מלווים במצגות שמדגישות את השלד והמסגרת של השיעור. אני מעודד להוריד את המצגות מראש מהאתר ללימוד מרחוק של הסטודנטים, כי אלה שמעתיקים אותן בזמן השיעור מתלוננים שלא מספיקים לכתוב, כי אני לא מכתוב ממחברת. אני מעודד מאוד דיון, אבל משלב בו גם הרצאה ונעזר מאוד במצגות. לדעתי המצגת נותנת לתלמידים את השלד של השיעור, היא מראה מה הנושאים החשובים, וכך הם אינם נגררים לטפל אלא לעיקר. לכן אני מאוד בעד שימוש במצגות. הדיון אמור לעורר מספיק חומר למחשבה. המטרה שלי לצמצם לימוד בעל פה ותחת זאת לצייד את התלמידים בעקרונות היסוד כדי שיוכלו להתמודד עם בעיות קונקרטיות בעתיד.

בשנים האחרונות התחום של דיני מסים הפך באוניברסיטאות למקצוע רשות. יש לזה יתרון, כי תלמידים שבאו ללמוד אצלי באו כי הם רצו ללמוד דיני מסים, אם כי מרבית הסטודנטים אינם מרשים לעצמם לסיים בלא שלמדו את מרבית המקצועות שהיו פעם לימודי חובה. במכללות זה עדיין קורס חובה, ולכן אני מעודד שאלות מהסטודנטים. אני אומר להם שישאלו אותי ולא את השכן שלהם, וש"אין הביישן למד". בייחוד קשה להשביע את רצון התלמידים שלא קראו את החומר שיש לקרוא לפני כל שיעור או לפחות תקצירים (מונח שהוא בבחינת "הס מלהזכיר"), אבל בתוך עמי אני חי, ומוטב שיקראו מראש את זה מאשר לא כלום. בנוסף, כל המבחנים שלי הם בספרים פתוחים. אני אויב של הבחינות בספרים סגורים. אני טוען שזו עצלות של המרצה. קשה יותר לחבר בחינה בספרים פתוחים. אני טוען שזה עושה עוול לסטודנט האינטליגנטי, זה מעודד העתקות. חוץ מזה, כשבאים לערוך דין הוא פותח את הספרים.

מוזיקה מועדפת?

אני שומע פזמונים, מוזיקה ורדיו בזמן כתיבה ובזמן שאני מבצע הליכה ספורטיבית. אני אוהב יותר מוזיקה של שנות החמישים, השישים והשבעים, אני אוהב מאוד ג'אז, ולעתים

מוזיקה קלסית. אני שומע למשל תכנית כמו "רגעי קסם" ברשת ב, אחת התכניות האהובות עליי.

ספרים?

אני אוהב ספרים. מלבד ספרות משפטית ופסיקה לצורכי העבודה אני קורא ספרות יפה. אוהב מאוד ספרי היסטוריה, החל מתקופת נפולאון ועבור במלחמות העולם השנייה ובייחוד מה שנוגע ליהודים. בספרות יפה אני אוהב מאוד את הספרים של עמוס עוז. השבוע קראתי את מיכאל שלי, שיצא במהדורה חדשה. קראתי אותו בהנאה רבה. גם סיפור על אהבה וחושך, הרומן הגדול שלו על חיי הילדות שלו בירושלים הוא ספר יוצא מהכלל. אזכיר לפני שנים גם את גיא אוני של שולמית לפיד. אני חושב שזה אחד מהספרים הכי טובים שנכתבו בעברית.

אני קורא בעיקר לפני שינה או כשאני יוצא לחופשות. אני תמיד לוקח אתי כמה ספרים. כמו בקיץ האחרון הייתי בפעם המי יודע כמה באיטליה וקראתי בין היתר, כאחוז אמוק, את לבד בברלין של הנס פלדה.

משהו שלא יודעים עליך?

משהו קטן, מהעבר הקרוב שלי: ביום שישי, לפני כמה שבועות, בקיץ, עשיתי חגיגה אדירה לאשתי שמלאו לה שישים שנה בהשתתפות קרוב למאה בני משפחה וחברים קרובים. היא אשתי השנייה והיא עמי עשרים וחמש שנה. עשיתי לה חגיגה מרהיבה, בעזרת הילדים, בביתי הפרטי שברמת השרון. הבאתי שף נפלא שהפליא במטעמיו, תזמורת שהנעימה לבאים ואחר כך הושמעו נאומי ברכה יפים. הבת שלי עשתה לה סרט נהדר, ובסוף היה די ג'יי וכולם הפליאו בריקודים. זה היה אירוע פנטסטי וכולם פרגנו לה בצורה אדירה. מהנישואים הקודמים יש לי שתי בנות נשואות עם נכדים קטנים, שמכולם הם הכי קשורים לאשתי דהיום. ויש גם הבת של אשתי ובן משותף שלנו שהשתחרר מהצבא בפברואר, ולא בוער לו להתחיל ללמוד, ולאחר שהלך את שביל חוצה ישראל עם חבר וחברה החל להכין תיק עבודות כי ברצונו להתקבל לבצלאל לשנה שלאחר שנה זו, וכמובן שבינתיים הוא ממלצר... כך שיחד אנחנו משפחה לא קטנה.

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

אני יליד הארץ. מצד אמי ז"ל אני דור שני. אימא שלי נולדה בירושלים. היא ידעה ערבית, עברית, צרפתית ואנגלית. הייתה מבשלת נפלא, בסגנון ירושלמי של אז. לא היו אז ספרי בישול, אבל היו לה כרטיסיות עם מרשמים ואני הייתי הקליינט העיקרי שלה בבית, כי

לאבי, אשר עלה בשנות השלושים מליטא, היה טעם מזרח-אירופי. ילדותי הייתה בנתניה, נתניה של אז. אנחנו מדברים על עיר של עשרת אלפים תושבים, עיר שונה מאוד ממה שהיא היום לא רק בגודל אלא גם באיכות. כמעט הכרתי את כל תושבי העיר, כולם הכירו את כולם, אם לא בשם אז לפחות בפנים. אבי היה עורך הדין הראשון של נתניה. מגיל בית ספר הייתי בכל משחקי הכדורגל של מכבי נתניה. היינו קופצים מעל החומה שהקיפה את המגרש כדי לראות את שפיגלר ועוד 13 קבוצות בליגה.

היינו בצופים עד לשמינית ואז הפכנו ל"חברה סלונית".

מרגע שמלאו לי 18 עזבתי את הבית כעתודאי. נסעתי ללמוד בירושלים. בצבא הייתי בפרקליטות הצבאית, כולל שנה בקבע, אם כי בכל תקופות המלחמות שעברתי, מלחמת ששת הימים ומלחמת יום כיפור, אני התנדבתי ליחידות קרביות. במלחמת ששת הימים הייתי קצין מבצעים בגדוד חי"ר. אני זוכר שהפרקליט הצבאי הראשי אז היה שמגר, שהסכים להעברתי בחפץ לב.

במלחמת יום כיפור בדיוק חזרתי מארצות הברית לאחר סיום דוקטורט ועבודה כוול סטריט של ניו יורק. נחתי היישר למלחמת יום כיפור, שבה התנדבתי לשרת בתור קצין באגד הארטילרי באוגדה של אריק שרון. ואני, עד כמה שהייתי רחוק מדעותיו הפוליטיות של אז, הערצתי אותו בתור מפקד האוגדה שהייתי שומע אותו ברשת האוגדתית.

אני חושב שאני גם איש משפחה טוב, אם כי חטאתי כשילדיי היו קטנים: עבדתי יותר מדי קשה מחוץ לבית, תמיד שילבתי גם את האקדמיה וגם את הפרקטיקה הפרטית בתחום דיני המסים. מילאתי את חובותיי בכל תחום באופן מלא, כולל פרסומים אקדמיים למכביר, גם באיכותם וגם בכמותם. באיזה שהוא מקום אני מודה שזה בא כנראה על חשבון המשפחה. עכשיו אני משתדל לכפר על זה. אני עדיין עובד מלא, אבל לא שעות מטרופות. אני עובד שעות נורמליות. לדוגמה, אם לאחת הבנות יש בעיה עם בייביסיטר לילדים שלה, אז אני ממלא את החובה בשמחה רבה, כשלעתים אשתי שומרת באותה עת על נכד שלנו מהבת האחרת, שהיא הכי קרובה אליו מכל הסבתות שלו.