

ריאיון אישי

עם

פרופ' יהושע ויסמן

שאלות כלליות על תחום המשפט והאקדמיה המשפטית

נד כמה לדעתך חשוב שיכוננו חוקה במדינת ישראל? ולמה?

אתחיל בכך שאומר כי חשוב למדינה שתהיה לה חוקה. למעשה כבר יש לנו חוקה חלקית, והלקח שאפשר להפיק מן הניסיון עם החוקה החלקית הוא טוב. יש לחוקה החלקית השפעה מבורכת בכך שהיא מרסנת וממתנת את בעלי השררה בחברה. למשל, כאשר משפטי משרד המשפטים שוקלים לחוקק חוק כלשהו, הם שואלים את עצמם תדיר אם תוכנו של החוק עשוי להתיישב עם חוקי היסוד שיש לנו. אנו פועלים כיום בכפיפות ל"אימת חוקי היסוד", ולכך השפעה חיובית הן על מלאכת החקיקה הן על הפעילות של כל יתר ענפי המערכת המשפטית ושל המנהל הציבורי. כאשר נשלים את החוקה באמצעות השלמת חוקי היסוד, נביא לשיפור חשוב במצב הקיים. נחוץ אפוא להשלים את החוקה, אולם יש לזכור כי כבר עתה יש לנו חוקה, אמנם חלקית, והשאלה אפוא אינה חוקה או לא חוקה אלא כמה חוקה.

ביקורת שיפוטית – האם הכול שפיט?

אין הצדקה לאמירה שהכול שפיט. השופט ברק, שמייחסים לו את האמירה הזאת, טוען בעקיבות כבר הרבה זמן שהוא מעולם לא העלה את הרעיון שהכול שפיט. אם נתייחס לדיון הפוליטי שהתפתח סביב האמירה הזאת, כי אז אני מסכים שמוצדקת התרעומת הציבורית על שלעתיים מגיעות לפני בית המשפט שאלות שהדיון המשפטי אינו הולם אותן. אביא דוגמה מן הזמן האחרון: פנו לבית הדין הגבוה לצדק בעתירה נגד ראש הממשלה על שהוא אינו ממנה שר בריאות ומסתפק בסגן שר בריאות. אני חושב שזו דוגמה מובהקת לעתירה שבית הדין הגבוה לצדק היה צריך לדחות אותה על הסף ולא לדון בה. זו אינה שאלה משפטית. זהו נושא שבתחום הלגיטימי של הממשלה, ואין מוצדק להעמידה לבדיקה

על ידי בית משפט. היו נושאים נוספים דומים שבית המשפט נכנס אליהם בלא הצדקה, ולכן מוצדקת הביקורת שלפיה בית המשפט מתערב לעתים בתחומים שהיה מוטב שיניח להם.

פרשנות תכליתית מול פרשנות מצמצמת – עמדתך בנושא?

אמנע מלהשתמש במונחים האלה (פרשנות "תכליתית" ופרשנות "מצמצמת") ואסתפק בתשובה שהפרשנות נועדה לגלות את כוונת הצדדים לחוזה. כדי לגלות את כוונת הצדדים נעזרים במילים שהצדדים השתמשו בהן, אך צריך לזכור שמילים הן אמצעי שאינו משוכלל ביותר להבעת כוונה, ובית המשפט אמור להתחשב בכך, ועל כן אל לבתי המשפט להיות כבולים יתר על המידה לביטויים המילוליים שהשתמשו בהם.

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

לפסק הדין החשוב ביותר בתחומי אני נוטה לבחור בפסק דין הולצמן¹. עד פסק דין זה היה מקובל בארץ שאפשר להפקיע מקרקעין של אדם לצורכי ציבור ולפצות אותו רק כדי 60 אחוז משווי המקרקעין שהפקיעו, או אם אתיחס לחצי הכוס הריקה ולא לחצי הכוס המלאה, אפשר להפקיע כדי 40 אחוז ממקרקעין של אדם לצורכי ציבור בלי לפצות אותו כלל. הכלל הזה, שחוש הצדק מתקומם נגדו, נהג בארץ עשרות שנים עד שניתן פסק הדין בעניין הולצמן, שקבע שאם יש צורך ציבורי שמצדיק הפקעה, חובה לפצות את בעל הקרקע שהאדמה נלקחה ממנו פיצוי מלא. במילים אחרות, ראוי שהנטל הכספי של הפקעה לצורך ציבורי לא ירבוץ על כתפיו של הפרט, של בעל הקרקע המופקעת, אלא יתחלק בציבור כולו על ידי תשלום פיצויים לבעל הקרקע מן הקופה הציבורית. זהו פסק דין מצוין.

"פסק דין שהרגיז אותי או שהייתי רוצה לשנותו" הוא פסק הדין קעדאן², שאסר על המדינה ורשויותיה להקצות מקרקעין למטרה שתשמש רק חלק מן הציבור ולא את הציבור בכללותו, בשל החובה לנהוג בשוויון בהענקת זכויות במקרקעין. פסק דין זה עלול, בדרך שבה מבינים אותו, לגרום שיהא אסור למשל להקצות מקרקעין כדי להקים בית אבות ליוצאי גרמניה (אני מביא את הדוגמה הזאת כי בירושלים יש בית אבות כזה), או שאסור יהיה להקצות מקרקעין לווקף מוסלמי, אם הווקף מתכוון להשתמש במקרקעין אך ורק לצרכים של מוסלמים, כמו הקמת בתי יתומים למוסלמים, או אי אפשר יהיה להקצות מקרקעין לקיבוץ של חברי השומר הצעיר, כאשר יכולים להתקבל לקיבוץ רק כאלה

1 ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001).

2 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

שהאידאולוגיה שלהם מתאימה לשומר הצעיר וכיוצא בזה. כאשר מקצים קרקע לסוג מסוים של אנשים, עושים בכך לכאורה דבר שאינו מתיישב עם מה שנפסק בפסק דין קעדאן. אינני בטוח אם קריאה זהירה יותר של פסק דין קעדאן אכן תביא למסקנה שכל ההקצאות שמניתי בדוגמאות שלי אסורות, אבל רבים פירשו והבינו את קעדאן ככזה שמונע הקצאת קרקעות לחלקי אוכלוסייה מוגדרים, בהבדל מהקצאה שווינונית. חשוב אפוא שיבוא פסק דין נוסף שידייק יותר במה שמשמע מ"הלכת קעדאן".

מה דעתך על מספר עורכי הדין ההולך וגדל כיום?

טענה זו נשמעת שוב ושוב כל כמה שנים. השוק מווסת את עצמו בנושא הזה. השאלה חשובה אם המדינה מסבסדת את הלימודים האלה; אם יש סבסוד כזה אז לגיטימי שהמדינה תשקול אם מוצדק להמשיך בסבסוד נוכח המספר של עורכי הדין במדינה.

מה דעתך על היחסים שבין האקדמיה לבית המשפט?

אני חושב שבאופן כללי היחסים הם תקינים. בתי המשפט מתייחסים באהדה לאקדמיה המשפטית, ובפסקי הדין שלהם הם מרבים לצטט כתבים של אקדמאים ישראלים; מנגד גם יחסה של האקדמיה כלפי מערכת בתי המשפט תקין. אמנם בתקופה האחרונה, עקב "אי-השקט התעשייתי" בין שר המשפטים הקודם לבין נשיאת בית המשפט העליון, הייתה כמדומני ציפייה מצד שופטים אחדים למעורבות רבה יותר של האקדמיה בתקווה שתיחלץ להגנת בית המשפט העליון, אבל אני חושב שיפה עשתה האקדמיה שפרט לחריגים בודדים נמנעה מכך ולא נכנסה לזירה הזאת. יעילותה וכוחה של האקדמיה מותנים בשמירה על ריחוק מן ההתכתשויות הפוליטיות. טוב שככלל נשמר הריחוק הזה גם בהתנצחויות האישיות שהיו בעת האחרונה, בתקופתו של שר המשפטים פרידמן. אמנם הסוגיות הענייניות שהיו משורבבות במחלוקות שבין האישים השונים ראויות להידון באקדמיה, אך שלא בסמיכות לפן האישי שדבק בהן.

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

אני חושב שהפרסומים בחו"ל חיוביים, ובלבד שהדבר לא בא על חשבון זניחת המחקר של המשפט הישראלי. אני חושש שלמעשה הדגש הרב בפרסומים בחו"ל אכן בא על חשבון המחקר של המשפט הישראלי.

השגרה המחקרית בעבר הייתה שבעקבות פרסום פסק דין חשוב או חוק חשוב השתקף הדבר בכתיבה האקדמית. לא היה פסק דין חשוב במשפט הפרטי שפרופסור טדסקי, למשל, לא הגיב עליו במאמר. היום זה קורה הרבה פחות. לסיכום, זה שאלה של מידה ואיזון. יש

חיוב רב בפרסום בחו"ל אבל תוך שמירת הדגש במחקר ובקידום של המשפט הישראלי. זוהי החובה הראשונית של האקדמיה המשפטית בישראל.

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

השיקול המכריע כשהדנים בקידום של איש אקדמי צריך להיות איכות המחקר ולא מקום פרסומו. אלה המסתמכים על מקום הפרסום עושים כן אם בשל חוסר מיומנות להעריך את הדברים לגופם ואם בשל אילוצי זמן שהם נתונים בהם.

מה דעתך על שיטת הקידום של האקדמיה בארץ?

הוועדות שדנות בקידום באקדמיה חשופות כמעט בהכרח לביקורות שאינן מוצדקות. כל גוף שדן בקידום בדרגה ובמינויים מחליט לעתים בשלייה, דהיינו שלא להעלות בדרגה או שלא למנות מועמד מסוים. הטבע האנושי הוא כזה שלעתים קרובות מועמד שלא קודם, או לא מונה, אינו תולה את הסיבות לכך בו עצמו אלא הוא מבקר את הוועדה שדנה בעניינו. לכן העבודה של גופים שעוסקים במינויים ובקידומים מלווה תמיד בהטחת האשמות, בהשמצות ובביקורות חריפות.

הייתי מעורב אישית הרבה שנים בעבודות של ועדות שכאלה באוניברסיטה העברית בירושלים, ואני יכול לומר על יסוד הניסיון הזה שהעבודה של הוועדות האלה התנהלה כפי שהיינו מקווים שתתנהל – ביושר, במיומנות ובהסתמך על שיקולים ענייניים בלבד. לדברי השבח האלה הייתי מבקש לצרף נימה של ביקורת, המתקשרת לדברים שעמדנו עליהם קודם לכן. אנו סובלים בשנים האחרונות מן התופעה של "בריחת מוחות" של חוקרי משפט ישראליים, המתרחקים מעיסוק בנושאי מחקר הקשורים במציאות הישראלית. עמדו על כך לאחרונה מחברים של שני מאמרים חשובים: האחד של אורן גזל-אייל³, והשני של פרופ' חיים זנדברג⁴. כתב גזל-אייל:

המשפט הוא עדיין דיסציפלינה מקומית בעיקרה. וכך הוא גם נתפש במדינות המפותחות בעולם... המערכת האקדמית [הישראלית] מרחיקה יותר מכל מקום אחר בעולם את החוקרים מלעסוק במשפט המקומי⁵.

3 אורן גזל-אייל "הערות על העבר והעתיד של הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל" מחקרי משפט כג 661 (2007).

4 חיים זנדברג "קולוניאליזם תרבותי: האמריקניזציה של החינוך המשפטי בישראל" המשפט יד 419 (2010)

5 גזל-אייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 683.

ראוי כי ועדות המינויים וההעלאות בפקולטות השונות למשפטים תשאלנה את עצמן אם אין לזקוף לחובתן חלק מן האחריות לתופעה החמורה הזאת.

מה דעתך על שנשים פרופסוריות מעטות יחסית בארץ?

אני לא זוכר מקרה אחד בכל השנים שבהן הייתי מעורב בעבודת ועדות של מינויים והעלאות שהמין של המועמד היה שיקול בהחלטות. אני יכול לומר על יסוד הניסיון הממושך של שנים כי לא הייתה אף פעם אחת מגמה להגביל את מספר הפרופסוריות במוסד. אם למעשה המצב הוא של תת-נוכחות נשית בקהילת הפרופסורים, יש לחפש את הסיבות לכך לא במדיניות ועדות המינויים והעלאות אלא בגורמים אחרים.

מה ידוע לך על הקודיפיקציה? האם אתה בעד?

ישבתי בוועדת הקודיפיקציה במשך הרבה שנים, ואני חושב שהוועדה עשתה עבודה חשובה. אני מקווה שהכנסת תחוקק אותה בהקדם. גם אם היא אינה מושלמת ואינה נקייה מפגמים, היא בוודאי תביא לשיפורים ניכרים במצב הקיים. צריך לזכור את הכלל שהאויב של הטוב מאוד הוא המצוין; אם נמתין בקבלת קודיפיקציה עד שתנוסח הקודיפיקציה המצוינת נאבד את ההזדמנות לאמץ קודיפיקציה שהיא "רק" טובה מאוד.

האם צריך בית משפט לחוקה?

השאלה החשובה בהקשר הזה היא דרך המינוי של השופטים שיעסקו בשאלות חוקתיות. אם דרך המינוי של השופטים תהיה ראויה, כי אז השאלה אם השופטים שיעסקו בשאלות חוקתיות יהיו מאורגנים כיחידה נפרדת של בית המשפט העליון הופכת לשאלה ביורוקרטית שחשיבותה מוגבלת.

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

הניסיון עם הוועדה למינוי שופטים בהרכבה הנוכחי, שהתפרס על פני שנים מרובות, היה לא רע. מספר המינויים הלא מתאימים שנעשו, למשל בבית המשפט העליון, היה להערכתו מועט, אם כי היו כאלה. לכן אם מסתמכים על הניסיון עם ההרכב הנוכחי של הוועדה למינוי שופטים אין נדרש לשנות את המצב בדחיפות. אם בכל זאת מבקשים לרענן ולשנות, הייתי הולך בכיוון של חיזוק הגורמים הלא פוליטיים בוועדה. אני מתכוון לאפשרות שהועלתה של מינוי חבר מהאקדמיה המשפטית לוועדה. וכן הייתי חותר למצב שבו לא תהיה זכות וטו למרכיב כלשהו מבין המרכיבים את הוועדה.

האם נדרשת התמחות לשופטים?

להתמחות יש רק יתרונות. אנו מוצאים התמחות בבתי הדין המנהליים השונים, והדבר הוא לברכה.

מה דעתך על בעיית אמון הציבור בבתי המשפט?

לפני שנים פרסמתי מאמר⁶, שבו ציינתי כי הניסיון במדינות השונות מעיד כי ככל שבית המשפט נכנס יותר לתחומים פוליטיים, השנויים במחלוקת ציבורית, כן מאבד הוא מיוקרתו הציבורית.

אני מצטער שהדברים האלה, שכתבתי אותם לפני הרבה שנים, הלכו ונעשו רלוונטיים, ונכונים, גם במציאות שלנו. מעורבותו של בית המשפט העליון בנושאים אידאולוגיים, פוליטיים, כרוכה במחיר כבד של פיחות במעמדו וביוקרתו הציבורית. על בית המשפט להחליט אם הוא מוכן לשלם את המחיר הזה. אם תשובתו חיובית, עליו לחדול מלקבול על כך.

דיני קניין

ס' 18 ב' לחוק המקרקעין⁷ מעמיד לרשותו של מחזיק המקרקעין כדין סעד עצמי של הפעלת כוח עצמי נגד תופס המקרקעין שלא כדין (בתקופה של 30 ימים מיום התפיסה) – מה דעתך על סעיף זה? ומה לדעתך המידה הסבירה של הפעלת השימוש בכוח?

המדיניות הראויה צריכה לדעתי להיות שבכפיפות לחריגים מעטים בלבד יש להתנגד לעשיית דין עצמי. שיקול נוסף שיש להביא בחשבון הוא מידת היעילות של מערכת בתי המשפט. אם המערכת יעילה ומהירה, יש צידוק רב יותר לומר לאדם אל תעשה דין לעצמך, לך לבית המשפט. לעומת זאת אם המערכת יקרה, מסורבלת ואטית, יש לעתים פחות צידוק לדרישת ההימנעות מעשיית דין עצמי.

על פי פרשנותן לס' 17 לחוק המקרקעין: "הפרעה לשימוש במקרקעין", יש לקרוא בצורה הכוללת, על דרך של קל וחומר, גם מצב של נישול המחזיק מהחזקתו. השופט אנגלרד⁸ מתנגד לגישה זו וגורס כי יש בכך יצירת כפילות בלתי נחוצה עם הוראות הסעיפים 18 ו-

6 יהושע ויסמן "כבוד השופט" משפטים יא 7 (1981).
7 חוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, ס"ח 259.
8 רע"א 5518/98 יוסף נ' עוקשי, פ"ד נה(3) 307 (2001).

19 לחוק, ובנוסף לגישתו קיימת בפרשנות כזאת סטייה מן המסורת הרומניסטית, ששימשה מקור הראיה למחוקק. מה דעתך על גישה זו וכיצד אתה מתמודד עמה?

אני חושב שהשופט אנגלרד טועה בפרשנותו ואעיר על כך שלוש הערות:
א. בפסיקה מאוחרת של בית המשפט העליון אומצה הפרשנות שהוצעה על ידי ונדחתה הפרשנות שניתנה על ידי השופט אנגלרד.

ב. הטענה של השופט אנגלרד שהפירוש שאני הצעתי לסעיף 17 יוצר כפילות בלתי נחוצה עם הוראות סעיפים 18 ו-19 לחוק המקרקעין היא שגויה. סעיף 17 מחד גיסא וסעיפים 18, 19 מאידך גיסא דנים בעניינים שונים, שרק לכאורה נראים דומים. סעיפים 18 ו-19, שלא כמו סעיף 17, אינם דנים בזכויות, הם דנים בסעד זמני עד לביורר הזכויות בבית המשפט. כשייערך הביורר של הזכויות יחול עליו סעיף 17 ולא הסעיפים 18, 19. הטיעון בדבר הכפילות הוא אפוא חסר יסוד.

ג. השופט אנגלרד מצדיק את פרשנותו בטיעון שפרשנות זו מתבקשת לאור המסורת הרומניסטית בנושא ההגנה על ההחזקה. יש לי ספקות מסוימים אם לחברי הכנסת הרבים אשר השתתפו בחקיקת חוק המקרקעין יש מושג מה אומרת המסורת הרומניסטית בנושא ההגנה על ההחזקה. בפרשנות סעיף בחוק המקרקעין, כאשר לפנינו בחירה בין פרשנות המתחייבת מן הגישה הרומניסטית לבין פרשנות המתחייבת מלשון החוק, נראה לי כי יש להעדיף את הפרשנות המתבססת על לשון החוק.

ט' 22 (2) לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 מקנה לבית המשפט סמכות להרשות העברת שכירות במקרקעין בתנאים שייראו לו. כיצד היית מגדיר את גבולות הסמכות של בית המשפט להתערב בחופש ההתקשרות של הצדדים?

במציאות הישראלית, כשאדם קונה דירה הוא לעתים רחוקות בלבד מקבל בה בעלות; מה שהוא מקבל זו חכירה לתקופה ארוכה של 49 שנה, עם אופציה להאריך את התקופה לעוד 49 שנה, ולכן בסך הכול השכירות היא לתקופה של 98 שנה. כזהו המצב ב"מקרקעי ישראל", שהם מרבית שטחה של המדינה. מה קורה כש"בעל" דירה, שהוא כאמור בדרך כלל חוכר, רוצה למכור את דירתו? האם רצוי המצב שיכולתו של אדם למכור את דירתו תהיה כפופה להסכמת הבעלים, המחכיר? הסעיף הנזכר אומר שנדרשת הסכמת הבעלים, אך שבית המשפט רשאי לאשר את ההעברה "בתנאים שייראו לו", אם הבעלים מתנגד לה, ואפילו אסר חוזה השכירות על ההעברה. המדיניות הכללית של המשפט היא לצמצם הגבלות על העבירות של נכסים, כי חשוב, הן משיקולים כלכליים הן משיקולים חברתיים, שבעלי נכסים יוכלו למכור את נכסיהם ולהעבירם מיד ליד. לאור המדיניות הזאת ראוי שבתי המשפט ייטו, ככל האפשר, להתיר לחוכר לתקופה ארוכה להעביר את זכותו.

האם אתה מסכים שמחויבות לערך הצדק החלוקתי של הקניין מחייבת להתייחס לשונות שבין בני אדם המתחרים על הזכות שבמחלוקת ולהעדיף במידה מסוימת את הכלל המיטיב עם קבוצות מקופחות בחברה?

הטענה היא שאנשים המשתייכים לרבדים החלשים שבחברה ראויים להתייחסות מפלה לטובה במקרים שהם צד לסכסוך משפטי שמובא בפני בית המשפט. פרופ' חנוך דגן למשל גורס כי כאשר אדם מתחייב למכור נכס בהתחייבות כפולה – פעם לטובת פלוני, שהוא "אזרח מן השורה", ופעם אחרת לאישה, או לערבי – אין ליישם את הכלל שבחוק המקרקעין ובחוק המיטלטלין שיש להעדיף את ההתחייבות הקודמת בזמן (כאשר הצד להתחייבות המאוחרת זכאי לפיצויים בלבד מאת המוכר)⁹. לדעתו של דגן, ראוי שבית המשפט ייטה לטובת האישה או הערבי יותר מההתחייבות לטובת ה"אזרח מן השורה", משום שנשים וערבים משתייכים לרובדי אוכלוסייה חלשים בחברה הישראלית. אני חושב שגישה זו אינה ראויה. החובה לתמוך בחלקי אוכלוסייה חלשים מוטלת על הקופה הציבורית, על המדינה. אין להטיל את הנטל הזה על מתדיין מקרי שנקלע לסכסוך עם מי שמשתייך לרובד חברתי שהוא מקופח בחברה, בדיון על נושא מקרי, שהגיע לבירור בפני בית המשפט. גישה התומכת בהפליה כזאת תחטא לעקרון השוויון בפני החוק ולציווי המקראי "ודל לא תהדר בריבו".

האם אתה מסכים שאפשר להפקיע חלק מקרקע שבבעלות פרטית מבלי לשלם לבעל המקרקעין פיצויים כשווי המקרקעין שהופקעו, משום שהמטרה הציבורית שבגינה הופקעה הקרקע מעלה את ערך הקרקע שנותרת בידי בעל המקרקעין?¹⁰

בהמשך לתשובה שניתנה לעיל, על פסק דין הולצמן¹¹, כל עוד נשמר העיקרון שאדם שהפקיעו את הנכס שלו זכאי לפיצוי כדי שווי הנכס שהופקע, אינני מייחס חשיבות עקרונית לשאלה אם הפיצוי המלא חייב להינתן בכסף או שמא על ידי השבחת נכס של האדם שממנו הופקע הנכס, ובלבד שהשבחה הייתה יחסית לשווי החלק שהופקע ממנו.

9 חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005), והביקורת על הספר, על ידי יהושע ויסמן "על ספרו של פרופ' חנוך דגן 'קניין על פרשת דרכים' המשפט יג 493 (2008).
10 חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965; פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943.
11 לעיל ה"ש 1.

מהו לדעתך שיעור נטילת המקרקעין שלא ייחשב "נטל חריג בגודלו" שאין לזכות בגינו בפיצויים?

אפשר לקבל הדרכה בשאלה זו מסעיף 200 לחוק התכנון והבנייה. הסעיף הזה אומר שאם תכנית מתאר פוגעת בשווי מקרקעין של אדם, חייבים לפצותו, וכי רק כאשר הפגיעה "אינה עוברת את תחום הסביר", ו"אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים", פטורים מחובת תשלום הפיצויים. להערכתי, המקרים שבהם ישתכנע בית המשפט כי אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים, יהיו נדירים. בלשונו של השופט מצא בעניין הורוויץ¹², מקרים שבהם אין זה צודק לשלם לנפגע פיצויים, יהיו "נדירים ויוצאי דופן". על כן תשובתי לשאלה מהו השיעור של חלק ממקרקעין שמותר להפקיע בלא לשלם פיצויים הוא שהשיעור הזה זעום מאוד, וכי בכל מקרה אחר התחושה היא שצודק לפצות נפגע על הפגיעה שפגעו בו.

זכויות יוצרים

עם איזה משפט אתה מסכים יותר: א. זכויות היוצרים הם קידום מטרתו של כלל הציבור, על ידי מתן הגנה ליוצרים. ב. זכויות היוצרים הם יעד בפני עצמו.

זכויות היוצרים ממלאות שני תפקידים, הן הבטחת זכויותיו של היוצר בפרי יצירתו, הן קידום מטרה ציבורית של פיתוח התרבות. ואולם בעיני המרכיב החשוב יותר הוא הבטחת זכויות ליוצר בפרי יצירתו. אפשר לעמוד על דבר זה מתוך דיני זכות יוצרים עצמם. על פיהם, גם יוצר שליצירתו אין כל ערך בעיני הציבור זכאי למלוא ההגנה של חוק זכות יוצרים. עמדה זו מבטאת בקליפת אגוז את התכלית העיקרית של דיני זכות יוצרים.

עם התפתחות הטכנולוגיה אפשר לראות כי רשת האינטרנט התפתחה מאוד, וכיום היא רשת תקשורת המונית ופופולרית. האם לדעתך יש צורך בעיצוב הסדר המטיל אחריות על ספקי אינטרנט בגין הפרות או פגיעה בזכויות יוצרים שנגרמות על ידי משתמשים, כגון לשון הרע?

כאשר משתמש באינטרנט מנצל לרעה את האינטרנט על ידי הוצאת שם רע, או עשיית מעשה עוולה אחר כלשהו, עלול להיות קשה מאוד לנפגע לאתר את המשתמש כדי לתבוע אותו. לעומת זאת הספק של הרשת הוא הרבה יותר זמין לתביעה, ולכן מבחינה מעשית הסעד האפשרי לנפגע הוא כמעט תמיד נגד הספק, לעומת המשתמש האינדיווידואלי, עושה

12 דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתו"ב נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, בפסקה 4 (2004).

העוולה. עם זאת ראוי להטיל אחריות על ספק הרשת רק אם היה מודע לאופי הפרסום, ואם היה באפשרותו למנוע אותו או להגביל את תפוצתו. לשון אחרת, בהטלת אחריות על ספקי האינטרנט יש להביא בחשבון את המגבלות שלהם במניעת מסרים פוגעים.

האם לדעתך יש מקום לפרש את דיני זכויות היוצרים כהסדר שלילי באשר לדיני עשיית עושר שלא במשפט?

תשובתי חיובית. חוק זכות יוצרים ביקש למנוע התעשרות שלא כדין על חשבון היוצר, והוא קבע לכך תנאים וסייגים שונים. חוק זה הוא אפוא בגדר *lex specialis* של הנושא עשיית עושר, לעניין זכויות יוצרים. אין לפרוץ מסגרת זו כדין כללי (*lex generalis*), המסדיר את הנושא של עשיית עושר באופן כללי.

כיצד לדעתך אפשר לפתור סיטואציות קשות שבהן קיים חוסר ודאות למשתמשים באשר לפעולתם המתוכננת שעשויה להיות הפרת זכויות יוצרים?

באיי-הליכה בדרך שהלכו בה בחקיקת חוק זכות יוצרים החדש. לפני חוק זכות יוצרים החדש, פירט החוק בצורה ברורה באילו מקרים אפשר להשתמש ביצירה ללא צורך בהסכמת היוצר (כגון לצורכי מחקר). לעומת זאת בחוק החדש במקום רשימה מפורטת וסגורה של המקרים האלה נקבעה רשימה פתוחה של מטרות שלשמן מותר שימוש ביצירה ללא הסכמת היוצר. הרשימה הפתוחה הזאת יוצרת חוסר ודאות הן למשתמשים והן לבעלי הזכויות באשר לשאלה באילו שימושים אפשר להשתמש ביצירה ללא הסכמת היוצר.

האם חוק זכויות היוצרים¹³ מרתיע יתר על המידה, או שהוא מרתיע בצורה סבירה?

חוק זכות יוצרים החדש לוקה באי-הרתעה מספיקה מפני פגיעה בזכויותיו של היוצר. הדוגמה הבולטת לכך היא לעניין פלגיאט. החוק אינו אוסר על פלגיאט (ייחוס יצירה של אחר לעצמך) אם ניסחת את היצירה של הזולת במילים משלך.

האם תקופת זכות היוצרים שנקבעה בחוק¹⁴ – כל חייו של היוצר ועוד שבעים שנה לאחרי מותו, היא סבירה?

בהקשרים מסוימים היא איננה סבירה. אשתמש בדוגמה שהבאתי לשאלה הקודמת, בפלגיאט. על פי חוק זכות היוצרים שלנו, ההגנה בפני פלגיאט (ייחוס יצירה של הזולת

13 חוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007.
14 שם, סעיף 38.

לעצמך) מסתיימת לאחר שחלפו שבעים שנה ממות היוצר. מבחינת זכות יוצרים אפוא יכול אדם לייחס לעצמו ציור של צייר כלשהו כשחלפו שבעים שנים לאחר פטירת הצייר. מצב זה אינו סביר בעיניי. לעומת זאת מבחינת הניצולים הכלכליים של היצירה התקופה שנקבעה בחוק (חיי היוצר + 70 שנה), סבירה. תשובתי אפוא היא שלעניינים מסוימים התקופה בחוק היא קצרה מדי.

אקטואליה

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

ברור לכול שיש קיטוב בציבור הישראלי בין הדתיים ובין החילוניים, בקרב היהודים, ובוודאי בין החרדים לבין החילוניים. לתיקון המצב הזה נדרשים שני דברים: האחד הגברת התודעה היהודית בקרב האוכלוסייה המתקראת חילונית, כדי שהדברים הקשורים בדת ובתרבות היהודית לא יהיו זרים לה כל כך כפי שהם כיום; השני הגברת הסובלנות בקרב האוכלוסייה הדתית והחרדית כלפי האוכלוסייה החילונית, וקבלת העיקרון שיש להתערב ככל האפשר פחות באורח חייו של הזולת.

מה דעתך על השטע שבין יהודים למיעוט הערבי? כיצד לדעתך השפיע מבצע "עופרת יצוקה" – בעקיפין או במישרין – על בתי המשפט בהחלטותיהם?

הנושא של יחסי יהודים-ערבים בישראל סב בשנים האחרונות על שאלות משניות תוך התעלמות מהנושא, שהוא בעיניי הנושא העיקרי, והוא החלטת האו"ם על החלוקה של הטריטוריה שאנחנו נמצאים בה לשתי מדינות נפרדות, יהודית וערבית. לצערי האוכלוסייה הערבית בישראל, ואני מתכוון למנהיגות שלה ולחברי הכנסת שנבחרו על ידיהם, אינה מקבלת עד היום את ההחלטה הזאת, דהיינו את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. להערכתי, רק לאחר שתתקבל החלטת החלוקה של האו"ם על ידי האוכלוסייה הערבית עשויה להיפתח הדרך לפתרון השאלות האחרות שכינתי אותן משניות.

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

יש סימנים שהכנסת, בהרכבה הנוכחי, עשויה לחוקק חוקים המדגישים את המרכיב "יהודי" בביטוי "יהודית ודמוקרטית" המאפיין את מדינת ישראל. אם זה אכן יקרה, אז

עלי משפט י תשע"ג

נראה בעיניי ברור שהדבר צריך להשפיע על החלטות השופטים בבג"ץ, כי הרי זהו תפקידם של השופטים – ליישם את החוקים שהרשות המחוקקת מספקת להם.

שאלות אישיות

כיצד היית מגדיר את שיטת ההוראה שלך?

בשיעורי אינני מרצה. לקראת כל שיעור מקבלים התלמידים סיפור מעשה היפותטי המעורר שאלות משפטיות, ובמצורף הם מקבלים רשימת מקורות שבעזרתם אפשר להציע פתרונות לשאלות המשפטיות שבסיפור המעשה. בשיעור אנו דנים בפתרונות שהתלמידים מציעים לשאלות המשפטיות שבסיפור המעשה, בהסתמך על הביבליוגרפיה שניתנה להם. במילים אחרות, שיטת ההוראה שלי בנויה על שלילת הפסיביות של התלמידים. השיעורים אינם הכתבה אלא דיון המתנהל בין התלמידים לבין עצמם, בעזרתי ובהנחייתי, על סמך קריאת חומר בביליוגרפי.

לפני כמה שנים פרשת סופית מההוראה. עד כמה היא חסרה לך?

פרשתי לפני כארבע שנים, לאחר כ-50 שנה של הוראה. הגעתי לרוויה של היצר להורות והיא אינה חסרה לי.

תחביבים?

שחייה (אני שוחה כל יום), צעדות יומיות, קריאת ספרות יפה והאזנה למוזיקה קלסית.

ספרים?

בתקופה האחרונה התרשמתי מאוד מספרו של אלחנן יקירה, פוסט ציונות – פוסט שואה. יקירה הוא פרופ' לפילוסופיה באוניברסיטה העברית בירושלים. אני חושב שזהו ספר חשוב. נהייתי מקריאתו. זה באשר לקריאת ספרי הגות.

בתחום הספרות היפה הספר של חיים סבתו תיאום כוונות הוא ספר מעניין מאוד. הספר של דוד גרוסמן אישה בורחת מבשורה הוא ספר חשוב אבל ארוך הרבה יותר מדי. היה אפשר לקצרו במידה רבה. וכן לא ברור לי מהו היתרון הספרותי שהשיג דוד גרוסמן בכך שהאהבה האובססיבית של האם לבנה הייתה לבן שלידתו הייתה כממזר. מה צורך היה בממזרות?

משהו שלא יודעים עליך?

באוניברסיטה היה לי דימוי של איש קפדן, וזה תמיד הפתיע אותי משום שתמיד מצאתי את עצמי, בעת דיונים על מינויים והעלאות של חברי סגל, או בדיונים משמעותיים באוניברסיטה, בצד המקל לעומת חבריי. אבל הדימוי של הקפדן דבק בי. היה לכך יתרון מסוים בתחילת שנת לימודים, כאשר נכנסתי לכיתה חדשה.

היסטוריה: קצת על ילדותך, משפחתך, היכן למדת?

אני דור רביעי בארץ, בירושלים. אספר על שני אירועים שאירעו בתוקפת ילדותי או נערוטי שאני חושב כי תרמו לעיצוב אישיותי.

האירוע האחד: כשהייתי ילד צעיר, בתקופת מלחמת העולם השנייה, הייתי המום מן הידיעה שיהודים שביקשו להימלט מאירופה, מן השואה, נתקלו בשערים חסומים בכל המדינות שאליהן פנו, ובכלל זה בארץ ישראל המנדטורית. באותה תקופה התנגדו הערבים התנגדות נמרצת לפתיחת השערים בארץ ישראל להצלת היהודים מפני השואה. זה היה מאורע שנחרט עמוק בתודעתי.

האירוע השני התרחש כאשר הייתי כבן 17. היה זה בשנת 1947, ביום שבו הוחלט באו"ם על חלוקת הארץ לשתי מדינות, יהודית וערבית. ירדנו קבוצת נערים ירושלמיים, חברי בתנועת הנוער, בערב של אותו יום לתל אביב, כדי לחגוג שם כהלכה את המאורע ההיסטורי. לאחר חצות, כשהיינו בדרך בחזרה לירושלים, רגמו הערבים את המכונית שבה נסענו. כך החלה המלחמה, שטרם נסתיימה. באחת, אני לא פוסט-ציוני.

כיצד הרגשת כשקיבלת את פרס ישראל בחקר המשפט לשנת תשס"א?

הופתעתי מאוד. אינני עוסק במשפט ציבורי או בנושאים אחרים שמדברים עליהם בטלוויזיה, או שכותבים עליהם בעיתונים. בתקשורת אין מדברים בדרך כלל על חוק המקרקעין, או על חוק המשכון. הופתעתי מכך שאף על פי שתחומי המחקר שלי הם לא בעין הציבורית, הם זכו לתשומת לב של הממליצים ושל חברי הוועדה שהחליטה על הענקת הפרס.