

מעמדו של משפט האיחוד האירופי כדין זר בישראל – עיון באנטומיה של מערכת יחסים (חלק ראשון)

ליאור זמר, * שרון פרדו**

ביטוי לחשיבותם ולמשמעותם של מקורות השוואתיים להתפתחות המשפט בישראל ניתן למצוא בחקיקה ובפסיקה המקומיות. מחקרים רבים בחנו והצדיקו את השפעתו של הדין הזר על התפתחות המשפט הישראלי. מחקרים אלה התמקדו ב"שיטות המשפט הגדולות" – השיטות האנגלו-אמריקניות והשיטות הקונטיננטליות. הסיבות ההיסטוריות לכך ברורות, וטבועות בעצם העובדה שהמשפט הישראלי מבוסס על שיטות משפט אלה ומשתנה ברוח השינויים החלים בהן. לצד זאת, המשפט הישראלי התפתח במרוצת השנים ונהפך לפסיפס רבגוני, אשר בסוגיות משפטיות מסוימות

* פרופסור חבר, סגן דקן בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; פרופסור אורח, בית הספר למשפטים, אוניברסיטת בוטון.

** פרופסור חבר, Jean Monnet Chair *ad personam* במחלקה לפוליטיקה וממשל וחוקר בכיר במרכז סימון וייל למחקר וללימודי אירופה בת זמננו, המרכז הלאומי למצוינות במחקר ובהוראת הלימודים האירופיים ע"ש ז'אן מונה, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב.

מאמר זה החל את דרכו לפני יותר מעשור, בעקבות שיחות עם כמה חוקרים בתחום המשפט האירופי בישראל ובעולם לגבי חשיבותו של המשפט האירופי לפרשנות המשפטית בבתי המשפט הגבוהים של מדינות שלישיות. הנוסח הראשוני עבר מספר רב של תהליכים. נבקש להודות לאריה רייך, לגיא הרפז, לסוזי נבות, לדייוויד זרינג, לאהרן ברק, לדניאלה קרוסו, לדפנה ברק-ריצ'מונד, לעמיחי מגן, לתומר ברודי, ליורם שחר, למשה בר ניב ולעידו פורת, אשר תרמו לנו רבות מתחילת המחקר ועד לנוסחו זה באמצעות הערות מועילות, תובנות, הארות והצעות להעמקת המאמר ולשיפורו. תודה לכל עוזרי המחקר אשר עמלו על איסוף החומרים וניתוחם – מתן סטמרי, ענת ליאור, עידן אורליצקי, שיין שחם, נטלי שניידר, עידו מור-חיים, ג'ייסון רוזנברג, עדן יגואו, אלמוג לוי ומאי ארלובסקי. תודתנו מסורה למערכת כתב העת **משפט ועסקים** על הארות ביקורתיות מועילות אשר תרמו לגיבוש גרסתו הסופית של המאמר. תודה מיוחדת ועיקרית לשגיא לפיד על מחקר מעולה וביקורת על נוסחים קודמים של המאמר, אשר בלעדיהם לא היה מאמר זה רואה אור. מחקר זה הוא חלק מפרויקט מחקרי רחב יותר וראשון מסוגו, הבוחן את השפעתו של משפט האיחוד האירופי על התפתחות המשפט במדינות שאינן חברות באיחוד האירופי. הקוראים מוזמנים לעיין גם בחלקו השני של מאמר זה, ליאור זמר ושרון פרדו "מעמדו של משפט האיחוד האירופי כדין זר בישראל – התנהגות הפסיקה במשפט הציבורי והפרטי (חלק שני)" **משפט ועסקים** כד (צפוי להתפרסם ב-2020).

הטמיע דוקטרינות ופרשנויות הלקוחות משיטות משפט נוספות. אחת משיטות המשפט הבולטות ביותר בשנים האחרונות בזירה הבין-לאומית היא זו של האיחוד האירופי – גוש המדינות האירופיות המקדמות את ערכי הדמוקרטיה והשלום, ושותף הסחר הגדול והחשוב ביותר של מדינת ישראל, אשר השפיע רבות על התפתחותה של הפרשנות המשפטית בישראל. מאמר זה מהווה חלק ראשון מבין שני מאמרים הבוחנים – הראשון מבחינה עיונית והשני מבחינה אמפירית-דסקריפטיבית – את השפעתו של משפט האיחוד האירופי על התפתחות הפסיקה הישראלית בראי פסיקתו של בית המשפט העליון.

המחקר כולו, הנפרש על צמד מאמרים, מהווה חידוש בשיח המקומי והבין-לאומי, והוא חלק מפרויקט רחב יותר אשר ידון בהשפעתו של משפט האיחוד האירופי על פרשנות הדינים ב"מדינות שלישיות", קרי מדינות שאינן חברות באיחוד האירופי, ביניהן כמובן ישראל. המחקרים הקיימים מוכיחים אומנם תלות פרשנית בין הדוקטרינות הנהוגות בישראל לבין אלה הנהוגות ב"שיטות המשפט הגדולות". אולם מחקרים אלה נמנעים מלהתייחס למשפט האיחוד האירופי כשיטת משפט עצמאית, אף שזו כבר זכתה במעמד זה באותן "שיטות משפט גדולות" שנים מעטות לאחר הקמתן של הקהילות האירופיות בשנות החמישים של המאה העשרים. להבדיל ממחקרי עבר, מחקר זה אינו בוחן את ההשפעה הנורמטיבית של שיטות המשפט של המדינות החברות באיחוד האירופי על המשפט הישראלי ואת חלחולן לתוכו, אלא מציב כיעדו המחקרי את משפט האיחוד האירופי ואת היקף נוכחותו בפסיקתו של בית המשפט העליון על פני כל תקופת קיומה של שיטת המשפט הישראלית. המחקר מצביע על חשיבותו אך גם על חולשתו של משפט האיחוד האירופי כסמן משפיע על הפסיקה הישראלית. זאת, לדעת הכותבים, בניגוד לציפיות ובניגוד לחשיבותו הגלובלית הגוברת של משפט האיחוד האירופי. ממצאי מחקר זה מבקשים לחזק את הטענה כי השימוש במשפט ההשוואתי על ידי בתי המשפט הישראליים נוהר אחר שיטות משפט מסוימות בלבד, ובכך מקבע דפוסים פרשניים ומצר את האפשרויות לפרשנויות נוספות באמצעות מקורות נוספים שיש בהם כדי לתרום להתפתחותם של הדינים המקומיים. מחקרים קודמים על אודות השימוש במשפט המשווה בישראל לא בחנו במתודולוגיה אמפירית את משפט האיחוד האירופי כמכלול, וניכר כי אותה נהירה אחר משפטן של מדינות מסוימות מאפיינת גם את החוקרים בתחום. הן בתי המשפט והן הספרות בתחום המשפט ההשוואתי בישראל מנכיחים את עליונות משפטן של שיטות מסוימות אלה.

מבוא

- פרק א: קווים לדמותו של המשפט ההשוואתי הישראלי
1. התפתחותו ההיסטורית והעיונית של המשפט ההשוואתי
 2. התרבות השיפוטית בישראל
 3. השימוש בכלי ההשוואתי בקרב שופטי ישראל
- פרק ב: האיחוד האירופי וישראל – קווים למערכת היחסים ביניהם
1. רקע כללי
 2. הסכם ההתאגדות בין ישראל לאיחוד האירופי משנת 1995
 3. המחלוקת בדבר כללי המקור, והנחיותיו של האיחוד האירופי בנוגע לתמיכה כלכלית בישויות ישראליות בשטחים המוחזקים
 4. מדיניות השכנות האירופית
 5. שדרוג ועדכון של יחסי ישראל והאיחוד האירופי
- פרק ג: ממצאים דסקריפטיביים ואמפיריים ראשוניים
- סיכום

“אני תמיד דוגל בזה שצריך להשתמש במשפט משווה אירופאי. אני חושב שזה מחדל שיש מעט מדי משפטים שנעזרים במשפט המתפתח ב[יבשת] אירופה.”¹

מבוא

מקומו של המשפט ההשוואתי בישראל אינו מוטל בספק. מחקרים אמפיריים מן העשורים האחרונים שבחנו את זהותו של מקור הדין הזר שבית המשפט העליון מפנה אליו מצאו כי שופטי בית המשפט העליון נוטים בהדרגה את מקורות הדין האנגלי ובמקביל בוחרים להפנות בעיקר אל מקורות המשפט האמריקני. סיבות משפטיות “טהורות” שונות הובילו למגמות הפניה אלה, ביניהן התפתחותו העצמאית של המשפט הישראלי במשך יותר משבעים שנות קיומו, בפרט לאחר ניתוק קשרי החובה עם הדין האנגלי; שינויים בתפיסת ההשכלה המשפטית; המהפכה החוקתית; וכן ההתקרבות הלא-מבוטלת אל עבר שיטות המשפט הקונטיננטלי. בצד זאת מתקיימים שינויים ומגמות חובקי עולם המשפיעים על עולם המשפט בכלל ועל תפיסת התפקיד השיפוטי בפרט, דוגמת התפתחותה של המרשתת, העלייה בנגישותם של החומרים המשפטיים,

1 דבריו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) שלמה לוין המובאים אצל אליחי שילה ואח' ללא גלימה – שיחות עם שופטי בית המשפט העליון 70 (ענת סרגוסטי עורכת, 2017).

וכן עלייתו של השיח השיפוטי הבין-לאומי. במקביל לכל אלה, למן תחילת שנות החמישים של המאה העשרים צמחה ביבשת אירופה והתפתחה בקצב מהיר ישות מדינתית-משפטית-כלכלית ומסחרית חדשה, אשר במרוצת שנות קיומה נהפכה לשחקן גלובלי מרכזי – האיחוד האירופי (European Union – EU).²

השפעתו של האיחוד האירופי על סוגיות עולמיות גוברת בהתמדה, וכיום יש לו תפקיד משמעותי בזירה הבין-לאומית. תהליך האינטגרציה הפוליטית, המשפטית והכלכלית, תהליך ההרחבה של האיחוד האירופי, האקטיביזם השיפוטי של מערכת המשפט העל-לאומית האירופית וכינונו של שירות החוץ האירופי – כל אלה מעניקים לאיחוד האירופי מעמד מדיני, כלכלי ומשפטי בעל חשיבות הולכת וגוברת בזירה הבין-לאומית, גם בעידן שלאחר ה"ברקזיט" (פרישתה של בריטניה מהאיחוד האירופי ביום 31 בינואר 2020). האיחוד האירופי מונה כיום (לאחר פרישתה של בריטניה) כ-446 מיליון תושבים ו-27 מדינות חברות, ומדינות נוספות ממשיכות להתדפק על דלתותיו. האיחוד הוא כיום גוש האוכלוסין השלישי בגודלו, הגוש הכלכלי השני בעוצמתו ומסגרת הסחר הגדולה בעולם. למן שנת 2004, עם הצטרפותה של קפריסין לאיחוד האירופי, האיחוד הוא שכנה המיידית של ישראל. כיום האיחוד הוא שותף הסחר הגדול ביותר של ישראל, התומך הכלכלי הזר הגדול ביותר במחקר בסיסי וכן בפיתוח מחקריו הנעשים בישראל ובקידום מחוץ לה, ובמובנים רבים הוא מהווה עורך תרבותי וספורטיבי של ישראל, כמו גם גורם רלוונטי בניהול מערך יחסי החוץ של ישראל.³ מראשית תקומתה של המדינה רבים מן התושבים והאזרחים שהיגרו אליה הגיעו ממדינות יבשת אירופה. בראשית דרכה של המדינה הייתה הגירה זו אחד הסמנים להצלחת הפרויקט הציוני של הקמת בית לעם היהודי לאחר השמדתו ביבשת אירופה.⁴ הנתח האירופי הגדול של המהגרים היהודים, רובם ניצולי השואה, הפך את המהגרים לישראל ואת צאצאיהם, במיוחד לאחר ההרחבות של האיחוד האירופי למדינות מרכז אירופה ומזרחה, לאזרחים פוטנציאליים של האיחוד האירופי. כיום, לאחר שבשנת 2015 תיקנו ספרד ופורטוגל את חוקי ההתאזרחות שלהן ואימצו את "חוקי השבות",

2 משמעותו של האיחוד האירופי כארגון על-מדינתי היא "התאגדות של מדינות עצמאיות אשר הסכימו להעביר מספר רב של סמכויות לידי הרשויות השונות של ההתאגדות, לרבות סמכויות מסוימות בתחום יחסי חוץ. מבחינת המשפט הבינלאומי, האיחוד האירופי הוא גוף מיוחד במינו (sui generis) וניתן לראות בו גוף שנמצא בשלבי מעבר מהיותו ארגון בינלאומי בין ממשלתי להיותו מדינה פדראלית". ראו אריה רייך "משפט האיחוד האירופי: עקרונות ומסודות" **משפט בינלאומי** 159, 197 (מהדורה שנייה, רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2010). כן ראו שרה קאהן-ניסר **האיחוד האירופי: היסטוריה, מוסדות ומדיניות** (יוליה גלפרין ומיכל צימרמן-חמד עורכות, 2016); INTEGRATION IN AN EXPANDING EUROPEAN UNION: REASSESSING THE FUNDAMENTALS (J.H.H. Weiler, Iain Begg & John Peterson eds., 2003).

3 SHARON PARDO & JOEL PETERS, UNEASY NEIGHBORS: ISRAEL AND THE EUROPEAN UNION (להלן: PARDO & PETERS, UNEASY NEIGHBORS) (2010).

4 Sharon Pardo & Lior Zemer, *Bilateralism and the Politics of European Judicial Desire*, 17 COLUM. J. EUR. L. 263 (2011).

המאפשרים ליהודים צאצאי מגורשי ספרד להתאזרח בהן, כ-80,000 מאזרחי מדינת ישראל כבר מחזיקים בפועל באזרחות של אחת מעשרים ושבע המדינות החברות באיחוד האירופי או של בריטניה, או מוגדרים אזרחים פוטנציאליים של אחת ממדינות אלה.⁵ כל אלה מייצגים את תופעת ה-"craze for European passport".⁶ בהינתן גודלה הגיאוגרפי והדמוגרפי, ישראל מהווה כיום את הריכוז הגדול בעולם של בעלי פוטנציאל לקבלת אזרחות באחת מעשרים ושבע המדינות החברות באיחוד האירופי.

מלבד ההיבט של האזרחות האירופית, אשר בולט בשיח הציבורי הישראלי, ישראל חברה בסוכנויות ובארגונים אירופיים רבים, ונהנית ממעמד ייחודי של "מדינה חברה" בתוכניות מחקר אירופיות. ככלל, ההיסטוריה מלמדת שמחשבות על חברות מלאה בקהילות האירופיות, קודמותיו של האיחוד האירופי, עמדו על סדר יומם של מנהיגי ישראל ומעצבי המדיניות בה עוד משחר ימיה של המדינה.⁷ כאמור, האיחוד האירופי הוא כיום שותף הסחר הגדול ביותר של ישראל. כך, מדי שנה נרשם ייצוא בשווי של כ-62.5 מיליארד ש"ח מישראל למדינות האיחוד, אשר תורם לכלכלת ישראל, ולצידו מתקיים ייבוא של מוצרים ממדינות אירופה בהיקף של כ-119 מיליארד ש"ח. לצד התמורות והתרומות הכלכליות שכל שוק מניב לרעהו, לפעילויות הסחר המרשימות הללו יש גם נגזרות משפטיות ונורמטיביות: אישורי תקינה (למשל, Assessment and Acceptance of Industrial Products – ACAI),⁸ יצירת כללים אחידים ובהינתן התפתחותן הכלכלית של המדינות על ידי ארגונים אירופיים ובין-לאומיים, דוגמת הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי (ה-Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD). במסגרת מערכת היחסים הישראלית-אירופית מתקיימת פעילות משותפת והדדית לקידום ערכים משותפים, ובכלל זה עקרונות הדמוקרטיה

5 Yossi Harpaz, *Rooted Cosmopolitans: Israelis with a European Passport – History*, Konrad-Adenauer-Property, Identity, 47 INT'L MIGRATION REV. 166 (2013) Stiftung & Sharon Pardo, *Measuring the Attitudes of Israelis Towards the European Union and Its Member States* (Jerusalem: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007); Konrad-Adenauer-Stiftung & Sharon Pardo, *Measuring the Attitudes of Israelis Towards the European Union and Its Member States* (Jerusalem: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009); Sharon Pardo, *Israel and the European Union*, THE OXFORD ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN UNION POLITICS (2019), oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-1135.

6 Harpaz, שם, בעמ' 169–172.

7 Sharon Pardo, *The Year that Israel Considered Joining the European Economic Community*, 51 J. COMMON MKT. STUD. 901 (2013). ראו גם את הדיון להלן ליד ה"ש 155.

8 האיחוד האירופי וישראל חתמו ב-6 במאי 2010 על הסכם להערכת תאימות ולקבלה של מוצרים תעשייתיים (ACAA), שנכנס לתוקפו ב-19 בינואר 2013. ההסכם מכיל נספח הנוגע בתנאי ייצור נאותים (GMP) למוצרים בתעשיית התרופות, אשר יאפשר הפצה של תרופות בעלות תו תקן אירופי בישראל, ולהפך, בלא צורך באשרור נוסף.

והכלכלה הבינ-לאומית החופשית.⁹ גם בתחום הספורט ישראל פועלת לקידום השתתפות נציגיה באירועי ספורט אירופיים, ביניהם מוקדמות אליפות אירופה בכדורגל ובכדורסל, יורוליג (אליפות אירופה לקבוצות כדורסל, שבה זכתה מכבי תל אביב שש פעמים)¹⁰ ואליפות אירופה באתלטיקה, ותחרויות ספורט אירופיות אחדות אף התקיימו לאחרונה בישראל.¹¹ גם בתחומי התרבות השונים ניכרים יחסים ארוכים ומבוססים בין ישראל לאיחוד האירופי. ביחסים אלה ניתן לראות ייצוא תרבותי הדדי בין הצדדים. כך, ישראל מקפידה להשתתף בתחרות האירוויזיון (אשר אינה קשורה אומנם לאיחוד האירופי אך מזוהה עם יבשת אירופה), זכתה בתחרות ארבע פעמים, האחרונה שביניהן בשנת 2018, ואף אירחה את התחרות שלוש פעמים. לבסוף, הסביבה המשפטית והתחיקתית של ישראל נשענה באופן ניכר על משפטן של מדינות אירופיות, בין במישורין ובין בעקיפין, לנוכח העובדה שרבים משופטיה וממשפטניה של המדינה, במיוחד בעשורים הראשונים לתקומתה, היו ילידי מדינות אירופיות, וחלקם אף רכשו שם את השכלתם המשפטית.¹² אומנם, לעיתים נוצר הרושם שהיחסים בין ישראל לאיחוד האירופי קפאו על שמריהם או אף הידרדרו ונסוגו לאחור, אולם רושם זה אינו מדויק כלל ועיקר, וההדדיות בין הצדדים ממשיכה להתפתח כל העת, גם בעיתות של משברים פוליטיים. על רקע מחקרי העבר שבחנו את מרחב הסמך של בית המשפט העליון בהפנותו לדין זר, מצד אחד, ועל רקע ההתקרבות הכלכלית-התרבותית, מצד אחר, מחקר זה מבקש לבחון את ההתקרבות המשפטית בין שתי שיטות משפט אלה. עיון בפסיקותיהם של שופטי בית המשפט העליון לדורותיהם, אשר ייערך במאמר ההמשך למאמר זה וכחלק בלתי נפרד ממנו, מעיד על החשיבות הנורמטיבית ששופטי בית המשפט העליון מקנים למקורות של משפט האיחוד האירופי. אחד מפסקי הדין המרכזיים המעידים על חשיבותו של המשפט האירופי בשיטת המשפט הישראלית הוא פסק דין "נח",¹³ העוסק בפיטום אוזים. השופט גרוניס, בחוות דעתו המקיפה, מייחד – לראשונה בתולדות בית המשפט העליון הישראלי – פרק שלם לסקירת "המצב החוקי

9 על אודות ההסכמים ויחסי הסחר ראו www.economy.gov.il/InternationalAffairs/TradePolicy או www.economy.gov.il/InternationalAffairs/TradePolicy/AndAgreements/BilateralAgreementsDivision/Pages/EU.aspx.

10 ראו www.euroleague.net/competition/teams/ Maccabi Fox Tel Aviv, EUROLEAGUE, www.euroleague.net/competition/teams/showteam?clubcode=TEL.

11 כך, למשל, אליפות אירופה בכדורגל לנערים עד גיל עשרים ואחת לשנת 2013, אליפות אירופה בשחייה בכרכות קצרות לשנת 2015 ואליפות אירופה בג'ודו לשנת 2018 נערכו בישראל. ראו אליסף דעואל "אירופה זה כאן / סיכום אליפות אירופה בג'ודו" [ynet](http://www.ynet.co.il/28.4.2018) 28.4.2018; www.ynet.co.il/28.4.2018; [articles/0,7340,L-5244458,00.html](http://www.ynet.co.il/28.4.2018); אורי טלשיר "אליפות אירופה בשחייה לבריכות קצרות מגיעה לישראל. מה יוצא לנו מזה?" [הארץ](http://www.haaretz.co.il/sport/other/.premium-2.12.2015) 2.12.2015; www.haaretz.co.il/sport/other/.premium-2.12.2015; [1.2789707](http://www.haaretz.co.il/sport/other/.premium-2.12.2015). ראו גם את אתר אליפות אירופה לנבחרות עד גיל עשרים ואחת שמדווח על האליפות שנערכה בישראל בשנת 2013: www.u21israel.com/.

12 ראו להלן פרק א, העוסק בהרחבה בהשפעתם של היבטים אלה על התפתחות המשפט הישראלי.

13 בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז"ד (6) 212 (2003) (להלן: עניין "נח").

באירופה¹⁴. כך נעשה גם באחד מפסקי הדין החוקתיים החשובים ביותר מהשנים האחרונות, שעסק בהפרטת בתי הסוהר.¹⁵ בפרשה זו הנשיאה ביניש פונה לאיתור מקורות אירופיים בנושא, ומציינת כי בתי המשפט באיחוד האירופי ובית המשפט האירופי לזכויות אדם של מועצת אירופה (Council of Europe) בשטרסבורג טרם נתנו את דעתם לשאלת חוקתיותה של הפרטת בתי סוהר.¹⁶ התייחסות זו להעדר ההתמודדות עם הסוגיה במשפט האיחוד האירופי מלמדת כי בסוגיות עקרוניות וחדשניות שופטי בית המשפט העליון מבקשים להיעזר בניסיון של שיטות משפט אחרות, ביניהן זו של האיחוד האירופי. לעיתים שופטי בית המשפט העליון מפנים למקורות של משפט האיחוד האירופי על דרך האזכור החולף, בבחינת "חלון למתרחש בשיטות שמעבר לים". אולם קריאה מדוקדקת של הפניות אלה מעידה כי על אף היות האזכור אגבי, הוא עשוי לשמש באופן סמוי לחיזוק הדין המקומי.¹⁷ במקרים אחרים, כפי שנראה במחקר ההמשך, שופטי בית המשפט העליון מייחדים פרקים שלמים בפסיקתם לסקירת הדין האירופי הנוהג ולהשוואתו לדין הישראלי.¹⁸

צמד המאמרים בוחן לראשונה, באמצעות כלי מחקרי אמפירי-דסקריפטיבי משולב, את מקומו של משפט האיחוד האירופי בפסיקתו של בית המשפט העליון. להבדיל ממחקרים קודמים שדנו בהשפעות דין זר – אשר התמקדו בשיטות המשפט ה"גדולות", דהיינו, במשפט המקובל האנגלו-אמריקני או במשפט הקונטיננטלי¹⁹ – מאמר זה מבקש להציג מבט חדש על הדרך שבה שיטת משפט שאינה מדינתית-לאומית, אלא על-לאומית, מהווה מקור הסתמכות לפרשנות ולביקורת של הדין הישראלי בתחומים רבים. מאמר זה מבקש לבחון, באמצעות מאגר נתונים ייעודי, את כל הפסיקות וההחלטות הרלוונטיות שניתנו משנת 1980, שבה הפנה בית המשפט העליון בפעם הראשונה למקור נורמטיבי כלשהו של משפט האיחוד האירופי, ועד שנת 2016. לאחר קטלוג פסקי הדין שנמצאה בהם הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי, ואשר נמצאו מתאימים להיכלל במאגר הנתונים הייעודי, חולקו פסקי הדין לתחום המשפט הציבורי ולתחום המשפט הפרטי. תחום המשפט הציבורי כולל בתוכו שלושה ענפי משנה: המשפט החוקתי, המשפט המנהלי והמשפט הפלילי. תחום המשפט הפרטי כולל בתוכו מספר רב יחסית של ענפים, אשר חולקו לחמש קבוצות: קניין רוחני; תחרות כלכלית (הגבלים עסקיים); משפט בין-לאומי פרטי; משפט מסחרי (דיני חברות וניירות ערך, דיני מיסים

14 שם, בעמ' 225–227.

15 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

16 שם, פס' 60 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

17 ראו, למשל, את הניתוח הדסקריפטיבי של פסק הדין בעניין פרידה, שמוצג במאמר ההמשך למאמר זה.

18 ראו, למשל, את הניתוח הדסקריפטיבי של פסק הדין בעניין "נח", לעיל ה"ש 13, שמוצג במאמר ההמשך למאמר זה.

19 ראו להלן הדיון בשימוש בכלי ההשוואתי בקרב שופטי ישראל כפי שנדון במחקרי עבר אמפיריים, בפרק א.3 למאמר זה.

ודיני עבודה); ולבסוף חוזים, נזיקין ומשפחה, שהינם תחומים בעלי הפניה נמוכה באופן יחסי. מאגר הנתונים הייעודי, אשר יוצג במאמר ההמשך, בוחן כ-153 הפניות למקורות נורמטיביים של משפט האיחוד האירופי, ובכלל זה מעשי חקיקה ראשיים ומשניים: אמנות, תקנות, דירקטיבות והחלטות. מלבד דברי חקיקה אלה המאגר כולל גם הפניות לפסיקת בית המשפט האירופי (The Court of Justice of the European Union – CJEU). את ההפניות הללו בחנו באמצעות המתודולוגיה המוכרת בספרות המחקרית כניתוח מובאות (citation analysis), וממצאי הבחינה יוצגו בהרחבה במאמר ההמשך. המחקר אינו בוחן את החלחול הנורמטיבי של המשפט הלאומי של המדינות החברות באיחוד האירופי אל תוך המשפט הישראלי, אלא מעמיד כיעדו המחקרי את משפט האיחוד האירופי ברמה העל-לאומית.

ממצאי מחקר זה, כפי שיוצגו במאמר ההמשך, מלמדים על חלחול של נורמות משפטיות של משפט האיחוד האירופי אל תוך פסיקתו של בית המשפט העליון,²⁰ ועל עלייה הולכת וגוברת, למן שנת 1980, במעמדו של משפט האיחוד האירופי בפסיקתו של בית המשפט העליון. בית המשפט מפנה כיום במסגרת פסיקותיו – ובכלל זה גם בפסיקות עקרוניות ובעלות השלכות רוחב – למקורות שונים של משפט האיחוד האירופי, תוך שאיבת השראה פרשנית, נורמטיבית ורעיונית ממערכת המשפט העל-לאומית האירופית. בזירת המשפט הציבורי נמצא כי בפסיקות במשפט החוקתי ההפניה הרבה ביותר היא למקורות של משפט האיחוד האירופי; ובתחום המשפט הפרטי נמצא כי בענף הקניין הרוחני, על ענפיו השונים, ההפניה הרבה ביותר היא למקורות של משפט האיחוד האירופי. ניתן לומר כי בעוד העלייה במספר פסקי הדין שבהם נעשית הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי היא יציבה, העלייה האיכותית בהיקף ההפניה במהלך התקופה הנבדקת הולכת ונעשית תלולה יותר עם השנים. נתונים אלה ונתונים אחרים המוצגים במסגרת מאמר זה ומאמר ההמשך מלמדים על התקרבות פרשנית ורעיונית של שיטת המשפט הישראלית אל עבר הרעיונות והנורמות המצויים בליבת שיטת המשפט של האיחוד האירופי.

מבנה הדיון במאמר זה, המהווה כאמור חלק ראשון מבין צמד מאמרים, יהיה כדלקמן. בפרק א נבקש להציג בקצרה את חשיבות העיון ההשוואתי במשפט. נבקש להציג את הרעיונות המניעים את קיומה של דיסציפלינה זו, ובפרט את עליית קרנה בעשורים האחרונים על רקע התחזקות השיח על אודות הדיאלוג השיפוטי העולמי. בהמשך נבקש להציג את התרבות השיפוטית בישראל. בתוך כך נציג את השפעתה על עולם החקיקה הישראלי במשך שנות קיומו, וכן את השפעת מוצאם של השופטים על פסיקתם, כפי שזו תוארה בספרות המחקרית המקומית. לבסוף, נבקש להציג את העדויות האמפיריות שנאספו במחקרים קודמים על אודות השימוש בכלי ההשוואתי בקרב שופטי ישראל, תוך הצבעה על המגמות המרכזיות שזוהו במחקרים אלה והבדלתם של המחקרים הללו מן המחקר הנוכחי. בפרק ב נבקש להציג קווים למערכת היחסים בין

Ian Manners, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, 40 J. COMMON L. & MKT. STUD. 235 (2002).

ישראל לבין האיחוד האירופי למן ראשית דרכו כ"קהילת הפחם והפלדה" ועד לכינון הגוף המוכר לנו כיום כ"איחוד האירופי". נבקש להצביע על חשיבותה ומרכזיותה של מערכת היחסים הישראלית-אירופית, וכן את שינויי המגמה שחלו ביחסים בין הצדדים בשנים האחרונות. בפרק ג נבקש להציג בקצרה ממצאים ראשוניים ובלתי ממצים המלמדים על אופן פנייתם של שופטי בית המשפט העליון למקורות של משפט האיחוד האירופי כדין זר. סקירה קצרה זו תבקש להציג את אופן השימוש במקורות של משפט האיחוד האירופי בפסיקות נבחרות מתחום המשפט הציבורי ומתחום המשפט הפרטי, וכן להציג ממצאים הנוגעים במגמת ההשתנות הכללית של היקף הפנייה למשפט האיחוד האירופי כדין זר בפסיקות של בית המשפט העליון. ממצאים אלה וממצאים נוספים יוצגו ויידונו בהרחבה במאמר ההמשך, הנבנה על התשתית העיונית וההיסטורית שתונח בפרקים א ו-ב למאמר זה. זאת, כחלק מהניתוח הדסקריפטיבי-האמפירי שנעשה במסגרת מחקר זה לכלל פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם נעשתה הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי.

פרק א: קווים לדמותו של המשפט השוואתי הישראלי

1. התפתחותו ההיסטורית והעיונית של המשפט השוואתי

משפט השוואתי הוא שיטה, מודל, דרך לבחון בעיה משפטית ולזכות בתובנות חדשות שהמשפטן לא נחשף אליהן בדרך כלל במערכת המשפט במדינתו. השימוש במשפט השוואתי נעשה על מנת להגיע להכרה טובה יותר של הדגמים המשפטיים השונים הקיימים, תוך ברירת הדגם המתאים או הראוי ביותר לשיטת משפט נתונה. חריס מציג שלוש תשובות אפשריות לשאלה הבסיסית מדוע יש ללמד תלמידי משפטים משפט השוואתי.²¹ ראשית, ההשוואה בין שיטות משפט הינה מרחיבת אופקים, ומציעה לבעיה משפטית נתונה פתרונות נוספים שהמשפטן אינו מודע להם כל עוד ידיעותיו ואופקיו מוגבלים לשיטת המשפט שממנה הוא מגיע. חשיפה לפתרונות אלה מאפשרת לבחון את היתרונות והחסרונות היחסיים של כל אחד מהם, ובכך להביא לידי שיפור הדין הקיים. שנית, עצם ההשוואה מאפשרת למשפטן להתבונן בצורה אנליטית וטהורה יותר על שיטת המשפט שממנה הוא מגיע. הגבלת האופקים העיוניים לשיטת משפט אחת מעמעמת את ההבחנה בין לבני המשפט הבסיסיות ביותר, ומסע בין שיטות אחרות יאפשר לזהות את הלבנים הבסיסיות האוניורסליות שכל שיטה משפטית נתונה בנויה מהן. זיהוי השוואתי זה יסייע למשפטן לחזור אל שיטתו ולזהות בה את אותן לבנים בסיסיות, ובכך לנתח בצורה טובה יותר את ההסדר הקיים בין לבני המשפט ואת קשרי

21 ראו בהרחבה רון חריס "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל?" עיוני משפט כה 443, 444 – 444 (2001).

הגומלין ביניהן. **שלישית**, להתייחסות הגומלין ההשוואתית יש גם פן מעשי, שכן בעידן הגלובלי עורך הדין נדרש לייצג לקוחות מארצו במדינות אחרות וכן לקוחות זרים במדינתו. כמו כן, היכרות עם שיטות משפט אחרות תשפר את השיח בין המשפטנים ממדינות שונות, ובכך תקדם גם שלום ואחוה, התקרבות בין שיטות המשפט וכן הרמוניזציה, שאולי תוביל בסופו של דבר לכינונו של משפט גלובלי אחיד.²²

השאלה בדבר מעמדו ומקומו של המשפט ההשוואתי אינה נותרת כמובן בגדרי בתי הספר למשפטים, ובמרוצת השנים היא זכתה בדיון נרחב בשדה המחקר האקדמי ובהלכה הפסוקה הישראלית. הנשיא ברק, למשל, ציין כי "כוחו של המשפט ההשוואתי בהרחבת האופק ושדה הראייה הפרשני. כוחו בהדרכתו של הפרשן באשר לפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בשיטת המשפט... מגבלותיו הן בייחוד של כל שיטת משפט, מוסדותיה, האידאולוגיה המאפיינת אותה והאופן שבו היא מטפלת בפרט ובחברה. אכן, המשפט ההשוואתי הוא כחבר בעל ניסיון. רצוי לשמוע בעצתו הטובה, אך זו אינה צריכה להחליף הכרעה עצמית".²³ במקום אחר הזהיר השופט חשין כי "נטל הוא המוטל עלינו להיזהר שלא נלך שבי אחרי שיטות משפט זרות, ובעיקר – שנדע להבחין ולברור בין עקרונות ודוקטרינות ואופני מחשבה וטכניקות לפתרון – שמהם ניתן לשאוב השראה וחוכמה – לבין פרטים ופתרונות ספציפיים שלא נשגיה בהם. אכן, יש בו במשפט המשווה כדי להרחיב את הדעת, להעשיר בידע ובחוכמה, למלט אותנו מפרובינציאליזם, ואולם בה-בעת בל נשכח כי בשלנו ובמקומנו אנו עושים, ונישמר מפני חיקוי של התבוללות והתבטלות".²⁴

יש הסבורים כי המשפט המשווה הינו תת-תחום של המדע המשפטי. אחרים גורסים כי משפט השוואתי אינו ישות משפטית נפרדת, אלא כלי ל"התקרבות" לשיטות משפט אחרות.²⁵ השימוש במשפט ההשוואתי הינו מגוון, החל בניסוח של הצעות חוק ועד

22 הן לאחידות של שיטות משפטיות שונות והן לייחודיות של כל אחת מהן יש יתרונות וחסרונות. ראו Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, 39 AM. J. COMP. L. 1, 2 (1991); פבלו לרנר "המשפט המשווה בעידן של הרמוניזציה" ספר אורי קיטאי – אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט 131 (בועז סנג'ור עורך, 2007).

23 בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 516, 503 (2004).

24 רע"פ 8472/01 מהרשק נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 442, 474 (2004). ראו גם את דבריו של השופט פוגלמן בבג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 72 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.9.2014): "...בחינה משווה היא בחינה מוגבלת. עליה להתבצע בזהירות, תוך התייחסות להקשר הספציפי ולמגבלות נורמטיביות, תרבותיות וחברתיות שעשויות להשפיע על טיב ההשוואה. אין לבודד הוראת חוק פלונית ולמדוד את טיבה במנותק מהסדר הכולל שבמסגרתו נוצרה ושכחצו צמחה, שהרי 'משפט משווה אין עניינו השוואה של הוראות משפט גרידא'..."

25 ראו Esin Örüçü, *Methodological Aspects of Comparative Law*, 8 EUR. J.L. REFORM 29 (2006); David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CAL. L. REV. 1163, 1179 (2011): "...[M]embership in the 'world society' of nation-states requires compliance with the norms and standards of 'world

להחלטות בפסקי דין.²⁶ המשפט ההשוואתי מתיימר בהקשר זה ליצור מחדש את מדע המשפט הכולל לגבי העולם כולו, כדי לשרת את אנשי המשפט. הרי כל כלל משפטי, בין שהוא חרות ובין שהוא יציר החלטה משפטית, מהווה פתרון לבעיה חברתית. חוקר המשפט ההשוואתי סוקר את שיטות הדין המצויות והנגישות לו ומחפש את הפתרון הטוב ביותר לשיטת המשפט שממנה הוא מגיע.²⁷ אכן, במידה מסוימת תפקידו של כל משפטן – עורך דין, שופט, אנשי מחקר ואנשי הוראה – הוא להשוות בין עובדות להלכה פסוקה; בין הלכה פסוקה לנוסח החוק; בין חוק ישן לחוק חדש; ובין פרשנויות שונות של נוסח מסוים.²⁸ הקושי העיוני והמעשי מתגלה בעיקר כאשר מדובר בהשוואה בין שיטות משפט שונות.²⁹ מלומדים שונים רואים את תפקידו המרכזי של המשפט המשווה כתפקיד מעשי בעיקרו – כדרך לעודד שופטים להכיר פתרונות מתחומי שיפוט אחרים לבעיות בתחומי המשפט השונים.

סקירה היסטוריוגרפית של התפתחות המשפט המשווה מלמדת כי שורשיו נטועים עוד בימי יוון העתיקה, מטפסים דרך עידן ההומניזם בתקופת הרנסנס ומגיעים עד לעידן המודרני של המאות האחרונות.³⁰

culture,' and countries seek to demonstrate their compliance by incorporating these norms into their constitutions". ראו עוד שם, בה"ש 64 והמקורות המובאים שם. השפעה בין-לאומית זו בין שיטות משפט מכונה בספרות mimicy. ראו Beth A. Simmons & Zachary Elkins, *The Globalization of Liberalization: Policy Diffusion in the International Political Economy*, 98 AM. POL. SCI. REV. 171, 185–187 (2004).

26 ראו בהרחבה Jan M. Smits, *Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 513 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2006). על השימוש הנרחב במשפט ההשוואתי, בפרט בשיטות משפט "מעורבות", ראו עוד Jacques Du Plessis, *Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 477 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2006).

27 קונרד צוויגרט "משפט השוואתי וקידום הדין" עיוני משפט ב 607, 608 (1972); דפנה ברק-ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" דין ודברים 81 (2008).

28 מרדכי א' ראבילו ופבלו לרנר "על מקומו של המשפט ההשוואתי בישראל" מחקרי משפט כא 89, 91 (2004).

29 שם.

30 לסקירה היסטורית נרחבת ראו K. ZWIEGERT & H. KÖTZ, INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 49–61 (Tony Weir trans., 3rd ed. 1998). ראשון היה אפלטון בחיבורו "החוקים", שערך השוואה בין החוקים הקיימים בערי-מדינה שונות ביוון. אריסטו, בחיבורו "פוליטיקה", בחן אף הוא את חוקותיהן של לא פחות מ-153 ערי-מדינה. השיטה שנהגה באימפריה הרומית, לעומת זאת, אינה מגלה עדויות לקיומו של משפט השוואתי, והשופטים הרומאים של אותה עת, בדומה לשופטי אנגליה המאוחרים, היו משוכנעים בעליונותן של שיטת המשפט והפוליטיקה הנהוגות בממלכתם מכדי להקדיש תשומת לב לחוקים זרים. בעידן ההומניזם נעשו נסיונות מפותחים יותר באופן יחסי לקיים ניתוח השוואתי בין שיטות משפט נתונות. מלומדים דוגמת גרוטיוס, פופנדרוף ומונטסקייה פנו למשפט ההשוואתי על מנת לתמוך בגישתם ללימוד משפט הטבע. תרומת ההוגים בעידן

עם כניסת הקודים הלאומיים, בסוף המאה התשע-עשרה, נהפכו שיטות המשפט כולן לנגישות ובפורמט כתוב. חוקרים הגיעו למסקנה כי משפט השוואתי הוא לא רק חשוב או נחוץ, אלא אף הכרחי. אכן, קונגרס בין-לאומי ראשון מסוגו למשפט השוואתי התכנס בפריז בשנת 1900. הכנס היווה פריצת דרך בנושא השימוש במשפט השוואתי.³¹ מומחים מכל רחבי יבשת אירופה דנו בטבעו, במטרתו ובהיבטים נוספים של המשפט המשווה, תוך שימת דגש מיוחד בתפקידו של המשפט המשווה בעצם כינונו של ה-"common law for the civilized world".³² שלב חשוב נוסף בהתפתחותו של המשפט השוואתי התרחש לאחר מלחמת העולם הראשונה. מדינות אירופה ניצבו למעשה בפני בררה אחת והיא לפרוץ את גבולות המשפט האירופי המוכר ולמצוא פתרונות לבעיות הפוקדות את המשפט במקורות נורמטיביים חיצוניים. דוגמה בולטת לכך היא גרמניה, שהוכפפה לעקרונות משפטיים חיצוניים בעקבות הסכם ורסאי, ולכן נאלצה להשתמש במשפט השוואתי על מנת לפרש עקרונות אלה.³³ אם המטרה בקונגרס הראשון על משפט השוואתי שנערך בפריז בשנת 1900 הייתה להשוות טקסטים וקודקסים משפטיים, המטרה במחצית השנייה של המאה העשרים הייתה להשוות בין פתרונות שונים ממערכות משפט שונות לאותה בעיה משפטית. מטרה זו מלווה את השימוש במשפט השוואתי עד ימינו אנו.

ככל שרעיון השימוש במשפט השוואתי נעשה ברור יותר כן עלתה קרנו וגברה תדירות השימוש בו. תחילה נעשה השימוש במשפט השוואתי בעיקר בשיטת המשפט הקונטיננטלי, אך אט אט החלו עורכי דין ואנשי אקדמיה לערוך השוואות בין שיטות משפט גם בשיטת המשפט המקובל. הפנייה למשפטן של שיטות אחרות שימשה בסיס לפיתוח המשפט בעיקר בתקופות משמעותיות של תמורות – מדיניות או כלכליות³⁴ –

ההומיניזם היא אפוא ההכרה בערך הערכי של המשפט השוואתי, ולא בערך המעשי שבו. להרחבה ראו שם.

31 H.C. GUTTERIDGE, *COMPARATIVE LAW: AN INTRODUCTION TO THE COMPARATIVE METHOD OF LEGAL STUDY AND RESEARCH* 18 (1946): "[T]he First Congress of Comparative Law held in Paris in 1900, which is regarded by many as the occasion on which modern comparative law first came into being".

32 René David, *Comparative Law*, ENCYC. BRITANNICA (Sep. 25, 2019), ראו www.britannica.com/science/comparative-law#ref423595.

33 ZWEIGERT & KÖTZ, לעיל ה"ש 30, בעמ' 60–61. אחרי המלחמה הוקמו מוסדות אקדמיים נוספים בצרפת ובגרמניה שחקרו את השפעות המשפט השוואתי. השאלות שהעסיקו את חוקרי המשפט השוואתי השתנו בשנים אלה משאלות בדבר עצם מקומו ותפקידו של המשפט השוואתי לשאלות מעשיות בדבר הצורך בשימוש במשפט השוואתי. הסיבה לכך הייתה ההבנה כי החומר המשפטי העומד לרשות המשפטנים הוא רחב ומקיף עד כדי כך שקביעת תפקידו של המשפט השוואתי בעוד מועד תעשה לו עוול. ראו בהרחבה שם.

34 לעיון כללי במושג "שתלים משפטיים" (legal transplants) ראו Pierre Legrand, *What "Legal Transplants"?*, in *ADAPTING LEGAL CULTURES* 55 (David Nelken & Johannes Feest eds., 2001); William Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*,

וזאת מכוח ההיגיון המעשי של לימוד מניסיון קיים והימנעות מ"המצאת הגלגל מחדש". כך, למשל, בימי הביניים התפשט החוק הרומי ברחבי אירופה הקונטיננטלית משום שמערכות הכללים האחרות שהיו באותה תקופה לא היו מספקות. המשפטים שפנו אל החוק הרומי במקום אל הכללים המקומיים לא עשו זאת משום שהם השוו בין השניים, אלא משום שברוב המקרים הכללים הרומיים היו היחידים שהם הכירו. בדומה לכך, הצופן הצרפתי התפשט בכל אירופה לא בעקבות מחקר השוואתי, אלא עקב התפשטות הרעיונות הליברליים.³⁵ העניין הגובר במשפטן של מדינות אחרות קיבל משנה תוקף לקראת סופה של המאה העשרים הודות לשני תהליכים מרכזיים שהתרחשו בשדה המשפט ומחוץ לו: תהליך הגלובליזציה ועליית קרנו של המשפט הבין-לאומי הפומבי.³⁶ סוגיה נוספת המעסיקה את המשפט השוואתי היא אם יש לערוך השוואה בין המערכות המשפטיות תוך הכללה או השמטה של מאפיינים אנתרופולוגיים של שיטת המשפט הנתונה.³⁷ עם זאת, מי שעוסק במשפט המשווה אינו צריך ליהפך לסוציולוג או לחוקר מדעי המדינה, אלא ליצור זווית רחבה של הבנה משפטית המרחיבה את אופקיו של החוקר. חשוב לציין כי התופעות המשפטיות מתרחשות במציאות חברתית-כלכלית מסוימת, ובעת עריכת מחקר השוואתי עלינו לזכור כי פתרון משפטי המתאים למציאות אחת עשוי לא להתאים למציאות חברתית-תרבותית-כלכלית אחרת.³⁸

ראוי לציין דווקא בנקודה זו סיבה נוספת לשימוש במשפט השוואתי, והיא הקרבה התרבותית. כך, למשל, מערכות המשפט באוסטרליה ובניו זילנד עושות שימוש במשפט השוואתי מבריטניה, בעוד מערכת המשפט הקנדית עושה שימוש השוואתי נרחב במשפט האמריקני.³⁹ השימוש במשפט משווה אינו אחיד בכל מדינות העולם ובכל

43 Am. J. Comp. L. 489 (1995); ALAN WATSON, LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW (2nd ed. 1993).

35 Sacco, לעיל ה"ש 22, בעמ' 2.

36 ברק-ארז, לעיל ה"ש 27, בעמ' 84; Annelise Riles, *Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information*, 40 HARV. INT'L L.J. 221, 223 (1999); David J. Gerber, *Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law*, 75 TUL. L. REV. 949 (2001); לרנר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 132-135.

37 יש מלומדים המתנגדים לכלילת אנתרופולוגיה משפטית במחקר השוואתי בין דינים. ההתנגדות נובעת במקור מהתפיסה הפוטיביט באשר למהותו של החוק. לעומתם יש חוקרים הסבורים כי אין סיבה לסרב להשוות בין כללים השייכים לשתי קטגוריות שונות, מכיוון שמטרת המשפט המשווה היא לא רק לשפר את החוק המקומי, אלא גם ללמוד אמיתות בסיסיות, כגון תפיסות, הבדלים וקווי דמיון בין מערכות משפט שונות. ראו Sacco, לעיל ה"ש 22, בעמ' 8-9. לדיון בין-תחומי בתפקידה של האנתרופולוגיה בחקר המשפט השוואתי ראו, למשל, את אוסף המאמרים COMPARATIVE LAW AND ANTHROPOLOGY (James A.R. Nafziger ed., 2017).

38 ראבילו ולרנר, לעיל ה"ש 28.

39 ראו THE INTERNATIONALISATION OF LEGAL EDUCATION: THE FUTURE PRACTICE OF LAW 49 (William van Caenegem & Mary Hiscock eds., 2014); Simon Chesterman, *The Evolution of Legal Education: Internationalization, Transnationalization, Globalization*,

שיטות המשפט השונות. ניכר כי יש שוני בין אירופה לארצות הברית, בעיקר בהתייחסותם לשאלה איך ומתי יש להתייחס לדין זר בסכסוכים פנים-מדינתיים. בעוד במדינות אירופה השראה השוואתית מתקבלת בהתלהבות יחסית, במדינות ארצות הברית יש שיח ער וחריף סביב השאלה אם חשיבה השוואתית "מותרת" בכלל,⁴⁰ בעיקר בנושאים הקשורים למשפט חוקתי. כך, יש הטוענים כי ארצות הברית הינה יוצאת דופן בין מערכות המשפט העולמיות, וכי עליה להישאר כזאת, ולעומתם יש הטוענים כי ארצות הברית משפיעה על עיצוב מערכות המשפט והחוקים בכל העולם, ולכן יש לה הזכות להשתמש במשפט השוואתי שהיא עצמה עזרה ליצור.⁴¹ בעשורים האחרונים הועלתה בספרות המחקרית האמריקנית הטענה כי בתי המשפט הפדרליים ובתי המשפט העליון האמריקני מִפְּנִים לדין זר יותר מאשר לפני שישים שנה. הביקורת על השימוש הגובר הנטען בדין משווה במסגרת הפסיקה הפדרלית האמריקנית הניעה את דייוויד זרינג (Zaring) לבחון טענה זו באופן אמפירי.⁴² זרינג בחן באופן מדויק כמה פעמים הפנו בתי משפט פדרליים בארצות הברית לדין זר במהלך שישים השנים האחרונות בכל תחומי המשפט, ולא רק בתחומי המשפט החוקתי, ומצא כי על אף הספקולציות שלפיהן בתי המשפט הפדרליים מִפְּנִים כיום לדין זר יותר מאשר לפני שישים שנה, אין לכך

10 GERMAN L.J. 877 (2009). לבחינה מהעת האחרונה של הסכנות הנשקפות להשכלה המשפטית הגלובלית בבריטניה בעידן שלאחר ה"ברקזיט" ראו Jessica Guth & Tamara Hervey, *Threats to Internationalised Legal Education in the Twenty-First Century UK*, 52 L. TCHR. 350 (2018).

40 Roger P. Alford, *In Search of a Theory*, למשל, במחלוקת העמוקה בארצות הברית ראו, למשל, *for Constitutional Comparativism*, 52 U.C.L.A. L. REV. 639 (2005); Steven G. Calabresi & Stephanie Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47 WM. & MARY L. REV. 743 (2005); Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, *The Law of Other States*, 59 STAN. L. REV. 131, 138–139 (2006): "The controversy has clearly become both partisan and ideological; Supreme Court Justices who support the practice have even received death threats." לביקורת על השימוש במשפט השוואתי בארצות הברית ראו Nicholas Quinn Rosenkranz, *Condorcet and the Constitution: A Response to "The Law of Other States"*, 59 STAN. L. REV. 1281 (2007). לתגובה על הביקורת ראו Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, *Response: On Learning from Others*, 59 STAN. L. REV. 1309 (2007) Roger P. Alford, *Misusing International Sources to Interpret the Constitution*, 98 AM. J. INT'L L. 57 (2004); Kenneth Anderson, *Foreign Law and the U.S. Constitution*, 131 POL'Y REV. 33 (2005). ראו עוד, לאחרונה, David S. Law, *Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy*, 163 U. PA. L. REV. 927 (2015).

41 Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 1225, 1255 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2006).

42 David Zaring, *The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis*, 3 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 297 (2006).

אחיזה אמפירית ממשית.⁴³ ממצא מעניין במחקרו של זרינג מלמד כי בית המשפט העליון הישראלי ניצב לצד בית המשפט האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג (European Court of Human Rights – ECHR), בית המשפט העליון של אוסטרליה, Corte di Cassazione האיטלקי ובית המשפט העליון בהודו במסגרת קבוצת המדינות שאליהן הפנו בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית בין 25 ל-32 פעמים בתקופה הנחקרת.⁴⁴

השימוש במשפט השוואתי בולט יותר במדינות העושות שימוש בשיטת המשפט המקובל, למעט ארצות הברית. אחת הסיבות לכך שהשימוש במשפט השוואתי באירופה נרחב יותר מאשר בארצות הברית הוא שיעור המשפטים בעלי השכלה זרה.⁴⁵ כמו כן, באירופה סטודנטים יכולים ללמוד ברחבי היבשת ולחצות את הגבולות בין מערכות המשפט הקונטיננטלי למערכות המשפט המקובל, וכך רעיונות השוואתיים נעשים מקובלים יותר ויותר ברחבי היבשת.⁴⁶

בצד זאת קיימת התנגדות מתודולוגית לעצם השימוש בדין הזר הנקראת "קטיפ דובדבנים" (Cherry Picking): מכיוון שאי-אפשר להביא בחשבון כל החלטה זרה בכל פסק דין, ואין כללים מדויקים המנחים את השופט לאיזה דין זר עליו לפנות, כל שופט פונה לדין הזר התומך בדעתו ובתוצאה הרצויה מבחינתו, כביכול ללא כל מדיניות מנחה וללא רציונלים ברורים. השימוש במשפט השוואתי נוח לשופטים, שכן הם בוחרים, בהתאם לדעתם, באיזו מערכת משפט להשתמש. לדוגמה, בית משפט המעוניין לפסוק בעד זכויות אדם לא יעשה שימוש בחוקה אסייתית.⁴⁷ דוגמה לכך ניתן למצוא בפסיקה בארצות הברית, שבה יש שופטים הפונים לדין הזר בסוגיית "עונש המוות" אך לא בסוגיות הקשורות ל"הפללות". שופט בית המשפט העליון האמריקני אנטונין סקליה (Scalia) טען כי פרשנות של נושאים חוקתיים מחייבת שימוש במקורות מקומיים בלבד.⁴⁸ שימוש במשפט השוואתי חוקתי יוצא מנקודת הנחה שהחוקתיות של שתי המדינות זהה, אך אין זה כך בהכרח.⁴⁹ השופט, מטבע הדברים ולנוכח אופיו של המשפט, אינו חוקר בדרך כלל את תולדותיו או נסיבותיו של המשפט הזר, ולכן ההתבססות על המשפט המשווה הינה חלקית בלבד מטבעה. בשל סוגיות אלה נהפכה לא מכבר השפעת הדין הזר על שיטות משפט לאחד הנושאים הנחקרים בזירה המשפטית.

בעידן הגלובלי, שבו חומרים משפטיים נגישים באופן מלא יחסית, הפנייה לכלי המשפט השוואתי אינה מתמצה עוד רק בהיבט הנורמטיבי או ההשראתי הגלום

43 שם, בעמ' 314.

44 שם, בעמ' 324–325.

45 THE INTERNATIONALISATION OF LEGAL EDUCATION, לעיל ה"ש 39, בעמ' 7.

46 שם, בעמ' 14.

47 Tushnet, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1255.

48 Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

49 Tushnet, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1253.

בשימוש בחומרים זרים, אלא מהווה ביטוי לדיאלוג שיפוטי בין-לאומי בין שיטות משפט וערכאות שיפטיות שונות. השינויים הטכנולוגיים שינו לבלי הכר את האופן שבו הקהילה המשפטית הגלובלית פועלת ואת האופן שבו ערכאות שיפטיות מחילות את הדין על עובדות המקרה שלפניהן. אכן:

"This development is a tremendous change from the way judicial influence between jurisdictions occurred in the past, when colonial powers such as Britain and France were the most influential, and to many, the only acceptable sources of foreign authority on most matters. In the fields of human rights and constitutional principles, the United States often had a similar influence. However, as courts look *all* over the world for sources of authority, the process of international influence has changed from *reception* to *dialogue*."⁵⁰

תפיסת השיח בין בתי משפט בזירה הבין-לאומית נעה בשנים האחרונות ממושג ה"קבלה" (reception), המניח שביחסים בין שתי מדינות אחת מהן מצויה באופן בלעדי בצד אשר "מקבל" או "קולט" את הדין הזר של המדינה האחרת, אל מושג ה"דיאלוג", המניח שקילה הדדית של הדין הזר בכל אחת מהמדינות המשתתפות בדיאלוג.⁵¹ קהילת בתי המשפט והטריבונלים המקומיים והבין-לאומיים משתפת לעיתים פעולה באמצעות שקילה, ציטוט, הסתמכות, אימוץ, קבלה, אבחון ודחייה של פסקי דין בתחומי משפט

Claire L'Heureux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International* 50
Impact of the Rehnquist Court, 34 TULSA L. REV. 15, 16–17 (1998). ראו
 Jay Lawrence Westbrook, *International Judicial Negotiation*, 38 TEX. INT'L L.J. 567 גם
 (2003).

Michael Freitas Mohallem, *Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice* 51
of Constitutional Courts in South America, in JUDICIAL DIALOGUE AND HUMAN RIGHTS
 67, 68 (Amrei Müller ed., 2017). אולם לא תמיד מדובר בשקילה הדדית ומרצון. לעיתים קרובות
 מדובר במנגנוני כפייה (coercion) המביאים לידי אימוץ בשל הפעלת לחץ כלכלי או צבאי על
 המדינה על ידי מדינה אחרת. מנגנוני חלחול נוספים הם תחרות (competition), למידה (learning)
 והטמעה תרבותית (acculturation). לדיון אמפירי על חלחול של זכויות חוקתיות בחוקות שונות
 בעולם ראו Benedikt Goderis & Mila Versteeg, *The Diffusion of Constitutional Rights*,
 39(C) INT'L REV. L. & ECON. 1 (2014). מחקרם של גודריס וורסטיג מלמד כי בחירתן של מדינות
 לאמץ בחוקותיהן זכויות מעוצבת דרך מנגנוני חלחול שונים כתלות בתולדות המדינה, בעברה
 הקולוניאלי, ברקע הדתי שלה, בסיוע הכלכלי שהיא מקבלת ובמקורות המשפט בשיטה המשפטית
 שלה. לדיון בהיווצרות שתלים משפטיים במשפטן של מדינות מתפתחות שתכליתם הגנה על נכסי
 קניין רוחני, תוך שימוש במנגנוני חלחול שונים, ראו Jean-Frédéric Morin & Edward Richard
 Gold, *An Integrated Model of Legal Transplantation: The Diffusion of Intellectual*
Property Law in Developing Countries, 58 INT'L STUD. Q. 781 (2014).

שונים, לרבות בתחום המשפט החוקתי.⁵² מושג "הדיאלוג השיפוטי" קשור בטבורו להופעתו של תהליך הגלובליזציה בעשורים האחרונים ולהיפכותו למרכזי כל כך בכל תחומי החיים, שכן בעבר, כאמור, אף שהמשפט ההשוואתי היה חלק בלתי נפרד מהאקדמיה ומהמחקר, הוא לא היה חלק מחיי המשפט היומיומיים. במהלך עשרים השנים האחרונות נראה כי מצב זה השתנה. תהליך האינטגרציה האירופית, כביטוי לתהליכים אזוריים ובין-לאומיים בתחומי משפט מגוונים, הוא אחד הביטויים של התגברות הדיאלוג השיפוטי הן כמושג עיוני והן כתפיסה מעשית של משפטנים, עורכי דין ושופטים החפצים למצוא פתרונות מקוריים ויצירתיים, בעיקר לסוגיות משפטיות שלא נדונו בעבר.⁵³ בעזרת השימוש במשפט ההשוואתי ניתן ליצור מערכת משפטית חדשה, כזו שהיא לאומית ובר כבד גלובלית.⁵⁴

אחת המטרות של השימוש במשפט השוואתי בשנים האחרונות היא ליצור שפה משפטית אחידה בסוגיות מסוימות. השימוש בכלי ההשוואתי מפותח מאוד במגזר הפרטי, שכן בעידן הגלובלי ניתן לדון במערכת משפט אחת על אודות מוצר המיוצר תחת סמכות שיפוטה של מערכת משפט אחרת, וכך נוצר הצורך לעשות שימוש במשפט השוואתי על מנת לבחון את הסוגיה מבעד למשקפיה של מערכת משפטית אחרת.⁵⁵ תהליך הגלובליזציה יוצר מצב שבו נחוצה הרמוניה בין המשפט הלאומי למשפט הבין-לאומי, ולכן למשפט ההשוואתי יש לגיטימציה רחבה יותר,⁵⁶ כחלק מהדיאלוג השיפוטי המתרחב. לא בכדי מציינת קנאור כי "כל עוד... [הדיאלוג השיפוטי] נועד ליצור סדר עולמי השומר על האוטונומיה המקומית, על הליך קבלת החלטות דמוקרטיות ועל שלטון החוק, אין לראות בו פשרה שנועדה לכונן היררכיה של בתי-משפט, אלא בסיס ליצירת מערכת שיפוטית אופקית ושוויונית. תהליך דיאלקטי בין בתי-משפט לאומיים הוא האמצעי המתאים ביותר לכינונו של שיח שופטים, שכן הוא מושתת על שכנוע והנמקה

52 איריס קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה – בית המשפט העליון של ישראל כשותף ביצירת קהילת בתי-משפט טראנס-לאומית" *מחקרי משפט* כג 223 (2006). למאמרי יסוד מכוננים ומקיפים העוסקים בהיבטים שונים של הדיאלוג השיפוטי, לרבות יחסי בית המשפט האירופי עם בתי משפט עליונים מדינתיים באירופה, ראו Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 VA. J. INT'L L. 1103 (2000); Anne-Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 U. RICH. L. REV. 99 (1994); Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 HARV. INT'L L.J. 191 (2003) (להלן: *A Global Community of Courts*). לגבי השימוש במשפט ההשוואתי בתחום המשפט החוקתי, על יתרונותיו וחסרונותיו, ראו Ruth Bader Ginsburg, "A Decent Respect to the Opinions of [Human]kind": *The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, 64 CAMBRIDGE L.J. 575 (2005); Christopher McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 OXFORD J. LEGAL STUD. 499 (2000); VICKI C. JACKSON, *CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA* (2010).

53 ראו חריס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 444.

54 קנאור, לעיל ה"ש 52, בעמ' 227.

55 שם, בעמ' 228.

56 שם, בעמ' 224–225.

— כלים המשמשים את השופטים בעבודתם היומיומית.⁵⁷ הדיאלוג השיפוטי בין שופטים ברחבי העולם מתרחש במגוון דרכים, שחלקן גלויות וחלקן סמויות מן העין. דיאלוג יכול להתרחש דרך הפניה הדדית לפסיקה זרה, התייחסויות גומלין בין-אישיות, כנסים מקצועיים וכיוצא באלה. בעידן הדיגיטלי רבים הצמתים שבהם שופטים "חולפים" זה על פני זה, והסיכוי להתרחשותה של הפריה הדדית גדל באופן טבעי. אכן:

"[T]hese interactions both contribute to a nascent global jurisprudence on particular issues and improve the quality of particular national decisions, sometimes by importing ideas and sometimes by insisting on an idiosyncratic national approach for specific cultural, historical, or political reasons."⁵⁸

כאמור, מאמר ההמשך יבקש להציג בצורה מלאה את אופן הפנייה הרחב של שופטי בית המשפט העליון הישראלי למקורות הנורמטיביים של משפט האיחוד האירופי, אולם כבר עתה ראוי לציין כי עיון בפסיקת ה-CJEU מלמד כי במסגרת הדיאלוג המתקיים בין ישראל לבין האיחוד האירופי התייחס בית המשפט האירופי רק פעם אחת ויחידה לפסיקתו של בית המשפט העליון הישראלי. באותו מקרה הפנה בית המשפט האירופי לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין בג"ץ הסיכולים הממוקדים,⁵⁹ תוך ציטוט קטעים מפסק דינו:

"In the words of Aharon Barak, the former President on the Supreme Court of Israel: 'It is when the cannons roar that we especially need the laws... Every struggle of the state – against terrorism or any other enemy – is conducted according to rules and law. There is always law which the state must comply with. There are no 'black holes'... The reason at the foundation of this approach is not only the pragmatic consequence of the political and normative reality. Its roots lie much deeper. It is an expression of the difference between a democratic state fighting for its life and the fighting of terrorists rising up against it. The state fights in the name of the law and in the name of upholding the law. The terrorists fight against the law, while violating it. The war against terrorism is also law's war against those who rise up against it."⁶⁰

57 שם, בעמ' 236.

58 Slaughter, *A Global Community*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 195.

59 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006) (להלן: בג"ץ הסיכולים הממוקדים).

60 C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi v. The Council of the Eur. Union and the Comm'n of the Eur. Communities, 2008 E.C.R. ¶ 45 I-06351.

על אף התעלמותו של ה-CJEU מהדין הישראלי כמקור השוואתי, ממצאים אמפיריים שעליהם הצביעה דפנה ברק־ארז מלמדים כי בכל הנוגע בפסיקתו של הנשיא ברק, כמו גם בכתיבתו המחקרית, אי־אפשר לומר שהיא נעלמה מעיני השופטים בערכאות המקומיות בתוך המדינות החברות באיחוד האירופי. כך, למשל, עד לשנת 2011 נרשמו בבריטניה (שהייתה חברה באיחוד האירופי מינואר 1973 עד ינואר 2020) 5 הפניות לפסיקות של הנשיא ברק, לצד 3 הפניות לספרותו המחקרית; הן בפולין והן באירלנד נרשמה הפניה אחת לפסיקה של הנשיא ברק; ואילו בצ'כיה נערכה הפניה אחת לספרות מחקרית של פרופ' ברק. עם זאת, באופן מעניין, באמריקה הצפונית קיבלה פסיקתו של ברק תהודה גדולה יותר מאשר בערכאות השיפוטיות של היבשת האירופית. בקנדה, למשל, נמצאו 6 הפניות לפסיקות של הנשיא ברק, לצד 6 הפניות לכתיבתו המחקרית; ובארצות הברית נעשו 4 הפניות לפסיקות של הנשיא ברק ו־14 הפניות לכתיבתו המחקרית.⁶¹

את ההתעלמות היחסית הזו של הדין האירופי מהדין הישראלי כמקור השוואתי ניתן לייחס להעדר נגישות של החומרים המשפטיים הישראליים בשפות אחרות מלבד השפה העברית. ייתכן שהעובדה שה-CJEU בחר בכל זאת לפנות לפסק הדין בנושא הסיכולים הממוקדים נובעת מעצם העובדה שבית המשפט העליון בשיתוף משרד החוץ הישראלי פרסמו במרוצת השנים שלושה כרכים של פסקי דין ישראליים עקרוניים וכולטים בתחום הביטחון והמלחמה בטרור, תחת הכותרת: JUDGMENTS OF THE ISRAEL SUPREME COURT: FIGHTING TERRORISM WITHIN THE LAW, ובתוכו נכלל גם התרגום לשפה האנגלית של בג"ץ הסיכולים הממוקדים.⁶² ניתן לשער כי לדוקטרינות החדשניות המתפתחות בדין הישראלי יימצא שימוש ראוי גם בדין הזר, ובכלל זה בדין האירופי, אם ההחלטות העיקריות, הכוללות והעקרוניות יתורגמו לשפה האנגלית, ואולי גם לשפות אירופיות נוספות. בכך יהיה כדי להגדיל ולהעמיק את הדיאלוג השיפוטי בין שיטות המשפט השונות, ולהרחיב את ההפריה ההדדית ביניהן בכל תחומי המשפט.⁶³

61 ראו בהרחבה Daphne Barak-Erez, *Judicial Conversations and Comparative Law: The Case of Non-Hegemonic Countries*, 47 TULSA L. REV. 405 (2011).

62 לעיון בכרכים בגישה מקוונת ראו ISRAEL SUPREME COURT & ISRAEL MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, JUDGMENTS OF THE ISRAEL SUPREME COURT: FIGHTING TERRORISM WITHIN THE LAW vol. 1 (2005), mfa.gov.il/MFA/AboutIsrael/State/Law/Pages/Fighting%20Terrorism%20within%20the%20Law%202-Jan-2005.aspx; ISRAEL SUPREME COURT & ISRAEL MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, JUDGMENTS OF THE ISRAEL SUPREME COURT: FIGHTING TERRORISM WITHIN THE LAW vol. 2 (2006), mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/Terrorism/Palestinian/Pages/Judgments_Israel_Supreme_Court-Fighting_Terrorism_within_Law-Vol_2.aspx; ISRAEL SUPREME COURT & ISRAEL MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, JUDGMENTS OF THE ISRAEL SUPREME COURT: FIGHTING TERRORISM WITHIN THE LAW vol. 3 (2009), mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/Terrorism/Palestinian/Pages/Judgments_Israel_Supreme_Court-Fighting_Terrorism_within_Law-Vol_3.aspx.

63 Barak-Erez, לעיל ה"ש 61, מציינת כי הפנייה לשיטות משפט זרות והשימוש במשפט ההשוואתי

2. התרבות השיפוטית בישראל

בעוד השיטה המשפטית הישראלית מבוססת על אימוץ מרכיבים משיטות משפט זרות, המשפט המשווה כתחום דעת עצמאי אינו זוכה בהתייחסות רבה בספרות המחקרית המקומית.⁶⁴ בחינה של תולדות המשפט בישראל מעלה כי יש גורמים שהשפיעו על הנטייה לייחס למשפט ההשוואתי חשיבות בישראל, ביניהם התפתחותה של תרבות שיפוטית ייחודית בישראל במשך יותר משבעים ואחת שנות קיומה. הפנייה למשפטן של מדינות אחרות היוותה מרכיב עיקרי בהתהוותו של המשפט הישראלי, וזאת בשני רבדים מרכזיים: ראשית, עקב השלטון העות'מאני והשלטון המנדטורי על ארץ ישראל, שימשו החוק העות'מאני והחוק האנגלי בסיס למשפט הישראלי;⁶⁵ ושנית, הקהילה המשפטית בישראל בתקופת "דור המייסדים" הורכבה ממשפטנים שרכשו את השכלתם המשפטית מחוץ לישראל. את ההשפעה של דור המייסדים ניתן למצוא באקדמיה ובמחקר, אך גם במישור המעשי – במסגרת החקיקתית, במסגרת התפקיד השיפוטי⁶⁶ ובפרקטיקה של מקצוע עריכת הדין.

אחת הדוגמאות הבולטות לנסיגות ההשפעה על החקיקה הישראלית היא פועלו של הפרופסור למשפטים אורי ידן, אשר פעל להחדיר לחקיקה הישראלית את הרוח המשפטית הקונטיננטלית, בהסתמכו על עשייתם של פרופסורים למשפטים נוספים, דוגמת גד טדסקי והשופט יואל זוסמן.⁶⁷ מבחינה חקיקתית, השימוש במשפט משווה הוא לרוב תוצר של הצוות המקצועי של הכנסת ושל הממשלה. ככל שהאמצעים לחקר

מוטה באופן טבעי לשיטות משפט "הגמוניות" ולמקורות זמינים בשפות בין-לאומיות, דוגמת אנגלית.

64 ראבילור ולרנר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 90. לגישתם של ראבילור ולרנר, סתירה זו היא פגם, וכדי לתקנו יש לעודד את ההתעניינות בלימודי משפט השוואתיים. לרנר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 143, סבור כי אף שניתן לראות סממנים המעידים על מעבר לשיטה קודיפיקטיבית, ובראשם הכנת ההצעה לקודקס בדיני ממונות, ספק אם אכן קיימת גישה השוואתית אמיתית בדוקטרינה הישראלית, וגם אם קיימת כזו, לרנר סבור כי היא נוטה לכיוון האנגלו-אמריקני. לסקירת היתרונות הקיימים במשפט המשווה הן לחוקרים מן האקדמיה והן לעוסקים בפרקטיקה המשפטית ראו, למשל, Kai Schadbach, *The Benefits of Comparative Law: A Continental European View*, 16 B.U. INT'L L.J. 331 (1998).

65 מכוח ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948; ברק-ארוז, לעיל ה"ש 27, בעמ' 85.
66 לרנר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 143, מצייין כי האבות המייסדים של המשפט היו ברובם אירופים, והביאו עימם דפוסים חשיבתיים של תרבות זו. אותם עולים תרמו להעברת השיטה הישראלית משיטת משפט מקובל לשיטה מעורבת בעלת מרכיבים קונטיננטליים, אך השפעתה דעכה, בין היתר, משום שלא היה דור המשך למסורת זו. ראו עוד אסף לחובסקי "החינוך המשפטי בארץ-ישראל המנדטורית" **עיוני משפט** כה 291 (2001); אליקים רובינשטיין **שופטי-ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל** (1980); ברק-ארוז, לעיל ה"ש 27, בעמ' 85.

67 ראבילור ולרנר, לעיל ה"ש 28. לסקירה נרחבת של פועלו של אורי ידן ראו יורם שחר "יומנו של אורי ידן" **עיוני משפט** טז 537 (1991).

המשפט ההשוואתי העומדים לרשותם נרחבים יותר, הסיכוי שהסדר המשפטי יתאם את המשפט המשווה גדל.

"למעשה, זירת החקיקה של המשפט ההשוואתי עולה בחשיבותה על הזירה השיפוטית. אימוץ הסדרים משפטיים, הקיימים במדינות אחרות אך שונים מעיקרם מן המצב השורר בישראל, יכול להיעשות רק בחקיקה... ההבחנה בין המישור הפסיקטי למישור החקיקתי אינה מלאה. לעתים, רפורמות שהונהגו במדינות אחרות בפסיקה נקלטות במשפט הישראלי באמצעות חקיקה, או להפך, בתי המשפט מאמצים פתרונות שזכו לחקיקה במדינות אחרות."⁶⁸

עמיחי מגן בחן את הדרכים הרבות שבהן מתרחש שינוי דרך מנגנוני השפעה שונים על המערכת החקיקתית והמוסדית בישראל – בין דרך מנגנוני השפעה ישירה של האיחוד האירופי ובין דרך מנגנונים של חלחול וחיכוך.⁶⁹ לגישתו, ישראל היא שחקן בררני, מתוחכם וזהיר בזירה הגלובלית, כפי שניתן ללמוד מן האופן שבו היא מתאימה וקולטת אל תוך מוסדותיה ואל הדין הפנימי הישראלי כללים ותקנים אירופיים בתחומי מדיניות ספציפיים.⁷⁰ אכן, כך מציין מגן בהתייחס לכמה דברי חקיקה ישראליים שנחקקו בהשפעת הדין האירופי בעשורים האחרונים:

"More prevalent are instances of lesson-drawing, involving adaptation to local needs, sometimes in hybrid form, combining American, Australian, Canadian, English, and German legislative models. Leading examples are found in the 2006 Class Actions Law, certain aspects of environmental legislation, anti-

68 ברק-ארז, לעיל ה"ש 27, בעמ' 87. באופן ממוקד יותר, ברק-ארז מצביעה על גורמים אחדים המשפיעים על מידת פנייתם של מחוקקים להסדרים משפטיים רווחים במדינות אחרות: ראשית, האמצעים העומדים לרשותם של חברי הכנסת וצוותיהם המקצועיים לצורך קבלת מידע על הסדרים משפטיים במדינות אחרות; שנית, הצוותים המקצועיים של משרדי הממשלה והאמצעים העומדים לרשותם לשם למידה מההסדרים הקיימים במדינות אחרות; שלישית, אופייה החדשני של הסוגיה – ככל שהנושא העומד להכרעה הוא בעל אופי חדשני יותר, כגון נושא מתחומי הטכנולוגיה או הרפואה, כן גוברת הנטייה לפנות וללמוד מהתמודדותן של שיטות אחרות; ורביעית, היבטים תחרותיים של ההסדרים המשפטיים – לחלק מההסדרים המשפטיים יש היבטים תחרותיים בכלכלה הבין-לאומית, למשל בתחום המיסוי, כך שהלימוד ההשוואתי ממשפטן של מדינות אחרות בהקשרם הוא מחויב המציאות. ראו עוד שם.

69 Amichai Magen, *Israel and the Many Pathways of Diffusion*, 35 W. EUR. POL. 98 (2012) שם, בעמ' 99: "While there is little evidence that direct EU influence mechanisms – manipulation of utility calculations, socialisation, or persuasion – have produced substantial impact, Israelis emerge as sophisticated emulators of EU institutions, adapting and implementing EU standards in carefully selected policy realms, typically as the result of two distinct mechanisms of emulation: competition and lesson-drawing"

money laundering rules, and animal protection standards. Emulation of this type appears to be completely independent of EU efforts to promote its rules, and does not seem to involve socialisation per se – here domestic actors are engaged in voluntary policy transfer, motivated primarily by dissatisfaction with existing policies, rather than the seeking of international social acceptability.⁷¹

ברוח דומה טען הרפז כי קירוב דיניה של ישראל לאלה של האיחוד האירופי עשוי להניב למדינת ישראל ולכלכלתה יתרונות רבים. לנוכח העובדה שישראל נמצאת בתהליך של אימוץ נורמות בין-לאומיות שונות מבית מדרשם של ארגונים בין-לאומיים, דוגמת ארגון הסחר העולמי, קירוב דיניה של ישראל לדיני האיחוד האירופי הינו צעד אבולוציוני טבעי בתהליך התאמתו של ספר החוקים הישראלי לאמות מידה משפטיות בין-לאומיות.⁷²

כאשר פונים לבחון את ההשפעה הגלובלית-התרבותית על התפתחותם של מוסדות המשפט הישראלי, ובתוך כך את השפעתה על בית המשפט העליון, ניתן להניח כי גם מוצאם של שופטי בית המשפט העליון בישראל השפיע לא מעט על אופן פסיקתם ועל האופן שבו הם תפסו את תפקידם השיפוטי כמו גם את מהותו של המשפט ההשוואתי. מתחילת דרכו ועד לראשית שנות השבעים הלך בית המשפט העליון, בדרך כלל, בתלם השיטה של פסיקת בתי המשפט באנגליה.⁷³ בשיטה זו בלט השופט – ולימים נשיא בית המשפט העליון – שמעון אגרנט. השופט אגרנט רכש את השכלתו המשפטית בארצות הברית, ונטייתו הטבעית הייתה אנטי-פורמליסטית.⁷⁴ נטייה זו נעוצה, בין היתר, גם ברעיון הציוני, שכן אגרנט ינק ציונות מגיל קטן – אביו היה מן המשכילים היהודים, אנשי הרנסנס, אשר סקרנותם האינטלקטואלית לא ידעה גבול וביקשה לחבוק עולם ומלואו.⁷⁵ השופט אגרנט בלט באותם ימים בייחודו, בכותבו פסקי דין מקיפים שהייתה בהם מגמה דידקטית והנחת יסודות כלליים לפסיקה נוספת, בדומה לשיטה ששופטים אנגלים נוקטים בפסיקתם.⁷⁶ תחום השוואתו העיקרי של השופט אגרנט היה המשפט

71 שם, בעמ' 111 (ההפניות הושמטו). ראו עוד, למשל, Amichai Magen, *Transformative Engagement Through Law: The Acquis Communautaire as an Instrument of EU External Influence*, 9 EUR. J.L. REFORM 361 (2007).

72 גיא הרפז "מדיניות השכנות האירופית של האיחוד האירופי והשפעותיה האפשריות על תבנית הנוף המשפטית, הכלכלית, החברתית והפוליטית של מדינת-ישראל" **משפט ועסקים** ד 431, 448–456 (2006).

73 משה לנדוי "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" **עיוני משפט** ח 500, 502 (1982).

74 פנינה להב "קווים להשקפת העולם המשפטית של השופט אגרנט" **גבורות לשמעון אגרנט** 9, 13 (אהרן ברק ואח' עורכים, 1986) (להלן: להב "אגרנט"); פנינה להב "העוז והמשרה: בית-המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" **עיוני משפט** יד 479 (1989) (להלן: להב "העוז והמשרה").

75 להב "אגרנט", שם.

76 לנדוי, לעיל ה"ש 73.

האנגלו-אמריקני במונח הרחב, שכלל לא רק פנייה להלכה פסוקה, אלא גם לדעותיהם של חכמי המשפט, שהיו חומר חשוב בידיו של הפרשן אגרנט.⁷⁷ כיום צורת כתיבה זו, המבקשת להקיף סוגיה בשלמותה ולהעמידה על יסודותיה העיוניים, נהפכה אצל שופטים רבים כמעט לכלל מנחה בכתיבת החלטה או פסק דין בעלי חשיבות.⁷⁸

אולם המשפט האנגלו-אמריקני אינו ניצב לבדו בהשפעה הגלויה והסמויה על שופטי בית המשפט העליון בעשורים הראשונים לקיומו. החוקרים זלצברגר ועוד זלצברגר ביקשו לבחון את השפעתו של המשפט הגרמני על תורת המשפט הישראלית. מחקרם בחן את סיפורם של השופטים אשר נולדו או רכשו את השכלתם המשפטית ברפובליקת ויימאר, הגיעו ארצה בראשית שנות השלושים של המאה העשרים וכיהנו בבית המשפט העליון בעשורים הראשונים לקיומו.⁷⁹ מבין 25 השופטים הראשונים בבית המשפט העליון, שמונו עד שנת 1978, 36% היו ילידי גרמניה. 36% מהשופטים (לא בהכרח אותם 36% שנולדו בגרמניה) רכשו את השכלתם המשפטית באוניברסיטאות גרמניות, 28% מהשופטים רכשו את השכלתם המשפטית באוניברסיטאות בריטיות ואמריקניות, 12% מהשופטים רכשו אותה באוניברסיטאות מזרח-אירופיות, ו-20% מהשופטים רכשו את השכלתם בישראל.⁸⁰ זלצברגר ועוד זלצברגר מוסיפים כי מושאי מחקרם חוו בצעירותם לפחות חלק מאותה תקופה סוערת של רפובליקת ויימאר, וכי נשיאו הראשון של בית המשפט העליון הישראלי, משה זמורה, אף דיבר בנימה חיובית על חוקתה של רפובליקת ויימאר כבר באחד מפסקי הדין הראשונים של בית המשפט העליון.⁸¹ השופט ויתקון, יליד רפובליקת ויימאר, תיאר את

77 להב "העוז והמשרה", לעיל ה"ש 74, בעמ' 500–501: "בשנים 1952–1953, מוציא השופט אגרנט, הקונה לו מקום כמלומד המשפטי בהא-הידיעה של בית-המשפט העליון, סדרה חשובה של פסקי-דין, שבהם הוא מנסה להכניס למשפט הארץ מודל אנליטי של זכויות, תפישה ליברלית של הפוליטיאה כמיועדת לשמור על זכויות האזרח ומעורבות אקטיביסטית של בית-המשפט בשיקול-הדעת של הרשויות."

78 לנדוי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 503.

79 עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל" **עיוני משפט** כא 259 (1998); יורם שחר "משפט פלילי ותרבות בישראל" **פלילים** ז 77, 104–105 (1998): "...ניתוח הפרופיל הערכי של המשפטן היהודי-הגרמני חורג הרבה מן הרכילות האישית, והוא חשוב להבנת שיטת המשפט הישראלית בתקופתה הפורמטיבית... מאבק התרבויות, לפחות כפי שנראה מצידם של יוצאי גרמניה, לא היה רק מאבק בין תרבויות שלטון, אלא גם בין תרבויות של יחסים בינאשיים. לפחות בתפיסתם העצמית, ראו עצמם יוצאי גרמניה מציבים מודל של יושר, הגינות ואמינות מול המודל המזרח-אירופי של עורמה מעשית, חמקנות ואלתור. אני מאמין גם כי המשפט המקובל האנגלי, על אופיו הקוואיסטי והפרגמטי, נתפס בעיניהם במודע או שלא במודע כבעל-בריתו של אותו מודל התנהגות מזרח-אירופי."

80 זלצברגר ועוז-זלצברגר, שם, בעמ' 266. ההגדרה של "יקה" במחקר הסתמכה על הרעיון שהוצע בספרו של שלמה אראל: מי שהתחנך במוסדות חינוך גרמניים ויודע להגות את תנועות "האולמאוט" כהלכה. ראו שם, בעמ' 262.

81 שם, בעמ' 266. מדובר בבג"ץ 5/48 ליון נ' גוברניק, פ"ד א 58, 68 (1948): "איננו סבורים כי מחוקק

חיי היהודים הגרמנים הוותיקים והמבוססים ברפובליקה כ"גן-עדן".⁸² גם השופט ויתקון וגם השופט חיים כהן ציינו כי לא חוו על בשרם אנטישמיות באוניברסיטאות הגרמניות. במכתב ששלח השופט כהן אל החוקרים זלצברגר ועוז-זלצברגר הוא כתב כי "רובנו ככולנו היינו פטריוטים די נלהבים של הרפובליקה, וחסידי גדולים של חוקתה".⁸³ עוד הטעים כי רוב השופטים הגרמנים בשנות העשרים של המאה העשרים עשו מלאכתם נאמנה, ואם היו ביניהם – בעיקר בדרגות הנמוכות – שופטים אשר הקלו עם עברייני ימין והחמירו עם עברייני שמאל, אין די בעובדה זו כשלעצמה להסיק מסקנה על רפובליקת ויימאר כמדינת חוק.⁸⁴ מסקנתם של החוקרים זלצברגר ועוז-זלצברגר היא כי שנות הלימודים באוניברסיטאות הגרמניות של רפובליקת ויימאר לא הותירו בשופטים ויתקון וכהן חותם טראומטי, אלא היו דווקא, ככל הנראה, שנות חניכות יפות, ולכן יש לחפש את ההשפעות התורת-משפטיות בסגנון האקדמי ובקוריקולום של המוסדות שבהם הם למדו.⁸⁵

- במדינה דימוקרטית אינו יכול להוציא חוק המאפשר תקנות-לשעת-חירום. נמצאים חוקים כאלה גם בחוקות הדמוקרטיות ביותר, למשל, בחוקה של הרפובליקה הווימריה של גרמניה.⁸²
- אלפרד ויתקון "זכר ליציאת גרמניה – מדוע לא ראו היהודים את הכתובת על הקיר" דבר 11.2.1983, 20: "בשנות העשרים הללו, עד אמצע 1931 בערך, היתה גרמניה גן-עדן לאלפי יהודים. ואני מעז לומר, לרוב היהודים שגרו שם מזמן. אסור לדבר בהכללות, ואני מדגיש, שכל הכתוב כאן אינו מחקר היסטורי אלא סתם זכרונות והתרשמויות של יחיד שהיה במקום."⁸³
- זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 79, בעמ' 269, שם מתואר מכתב שכתב השופט כהן למחברים ב-8 ביולי 1995.⁸⁴
- שם.⁸⁴
- ראו שם, בעמ' 270–276. זלצברגר ועוז-זלצברגר דנים בעובדה שרוב הפקולטות למשפטים בגרמניה היו בשנות העשרים של המאה העשרים מעוזים של שמרנות. "בפקולטות למשפטים של רפובליקת ויימאר לא הדהדו אפוא ויכוחים עזים על אודות הפילוסופיה של המשפט: התפיסה השלטת היתה פוזיטיביזם משפטי בגרסה שהתגבשה במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה... [בלטון] כמה קווי רקע כלליים: עוצמתם המסורתית של הפרופסורים מן-המניין, אנשים מבוגרים ושמרנים בדרך-כלל, בהיררכיה האקדמית; הזדהות רוב סגל ההוראה עם תפיסות של לאומנות גרמנית, קר-אופי שאיפייין חלקים גדולים של האליטות הגרמניות למן הפשרה ההיסטורית בין הליברלים לביסמרק; וכן התהליך של התמקצעות וספציאליזציה, שאיפייין גם מקצועות אחרים, כרפואה, אך לא פסח על המשפטים. לתהליך זה נלוותה התרוששות אינטלקטואלית: נחלשה הזיקה לתרבות רחבה ולתחומי מחשבה אחרים, כמו פילוסופיה ותיאולוגיה, שאיפיינה בעבר את האקדמאים הגרמניים. אל הווקום הזה נכנסה השקפת-העולם הנאצית בהצלחה ניכרת. ההזדהות הפעילה עם המפלגה הנציונל-סוציאליסטית לפני עלות היטלר לשלטון לא היתה גדולה, אבל נתוני ההצטרפות למפלגה מייד לאחר תפיסת השלטון, בשנת 1933, ונתוני הפיטורים של סגל הוראה יהודי ואנטי-נאצי, מעידים על סחף מהיר וחזק של הפקולטות למשפטים – יותר מכל יחידה אקדמית אחרת, למעט הפקולטות לרפואה – לעבר הנאציזם." שם, בעמ' 274. לפיכך מצב הדברים הפוליטי, החברתי, התרבותי והמשפטי שהתקיים ברפובליקת ויימאר "הנחיל לבית-המשפט העליון בישראל מורשת מורכבת, ולעיתים מסוכסכת עם עצמה: מחד גיסא, פורמליזם מוצהר והתמחות בפרוצדורה – גישה שיואל זוסמן הוא נציגה המובהק; מאידך גיסא, שימת דגש בגמישות מחשבה ובפרשנות יוצרת, במיוחד אצל בר-פלוגתא הגדול של זוסמן, חיים כהן. רגישות לחירויות הפרט, ועם זאת ממלכתיות נלהבת. מחויבות

זלצברגר ועוז-זלצברגר סוקרים במחקרם גם את פסק הדין המכונן בעניין **ירדור**.⁸⁶ בהרכב השופטים בעניין זה ישבו השופט חיים כהן, המתואר במחקר כ"אחד הַיָּקִים המובהקים בבית-המשפט", הנשיא אגרנט, בעל ההשפעות האנגלו-סקסיות, והשופט זוסמן, המתואר במחקר כ"גרמנופיל המובהק ביותר בבית-המשפט, יליד קרקוב שבפולין וחניך אוניברסיטות היידלברג, פרנקפורט, ברלין, לונדון וקיימברידג'".⁸⁷ צמד החוקרים מציין כי "בפסק-דין ירדור, יותר מאשר בכל פסק-דין אחר של בית-המשפט העליון, הדהד העבר הגרמני האישי והקולקטיבי של מחבריו. אבל ההד הגרמני היה מורכב יותר מכפי שניתן לצפות, וגם גרמניותן של הנפשות הפועלות בפסק-הדין – ובבית-המשפט העליון בכלל – פנים רבות לה. אין ספק שהכישלון הוויימארי עיצב את השקפתם של שופטי בית-המשפט העליון, ולא רק של הַיָּקִים שביניהם, על תפקיד הרשות השופטת במדינה דמוקרטית".⁸⁸ זלצברגר ועוז-זלצברגר מתארים את "הלכה הוויימארי" בפסק הדין בעניין ירדור כמסובך אף יותר מכפי שניתן להתרשם במבט ראשון:

"בית-המשפט בוויימאר הכבידו את ידם על אנשי שמאל והקלו מאוד ביחסם לאוייבי הדמוקרטיה מימין; ואילו רשימת הסוציאליסטים שנפסלה בשנת 1965 על-סמך הלכה הוויימארי היתה דווקא מפלגת שמאל מובהקת; היא לא היתה אויבת הדמוקרטיה, אלא דווקא אויבת הציונות. בקריאה ראשונה קל להחמיץ את התהפוכה המרתקת הזאת: הגנת הדמוקרטיה התחלפה לשופטי בית-המשפט העליון באופן חד וחלק, בלתי-מודע או לפחות בלתי-מוצהר, בהגנת הציונות".⁸⁹

השופט כהן, שניצב בעמדת המיעוט בפסק דין ירדור, הפנה (לראשונה, לטענת זלצברגר ועוז-זלצברגר, בתולדות בית המשפט העליון הישראלי) לחוקת הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, המגבילה את חופש ההיבחרות של מפלגות המתכוונות לפגוע בסדרי היסוד של דמוקרטיה חופשית או לסכן את קיומה של הרפובליקה, בבחינת הוראות המהוות דמוקרטיה לוחמת, וקבע כי זו "דרך חקיקה אשר יכולה לשמש דוגמה גם למחוקק שלנו".⁹⁰ השופט זוסמן, שניצב בעמדת הרוב לצד השופט אגרנט, ציטט אף הוא פסקי דין של הרפובליקה הפדרלית של גרמניה.⁹¹ ממחקרם של זלצברגר ועוז-

של בית-המשפט לבניינה של מדינת היהודים, ומכיוון אחר עמידה לימין הדמוקרטיה המתגוננת מפני אויביה העקרוניים, ולעיתים... עירוב בין השתיים. לכל הנטיות האלה היו גם שורשים גרמניים, משום שבעבר הגרמני המשותף היה חומר עשיר דיו לפרנס את כולן". שם, בעמ' 275–276.

86 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965).

87 זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 79, בעמ' 279.

88 שם, בעמ' 281.

89 שם.

90 עניין ירדור, לעיל ה"ש 86, בעמ' 384; זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 79, בעמ' 280.

91 זלצברגר ועוז-זלצברגר, שם, בעמ' 281: "השופט זוסמן מצטרף לפסיקתו של אגרנט, אך בסיס הנמכתו שונה. גם הוא, כשופט כהן, עושה שימוש בפסקי-דין של הרפובליקה הפדרלית של גרמניה,

זלצברגר אנו למדים כי העבר הגרמני של שופטי בית המשפט העליון נוכח ברבדים הסמויים והגלויים של הנמקות המותב במלוא עוצמתו באחד מפסקי הדין המכוננים שידעה המערכת המשפטית בישראל, אולם האופן שבו עבר זה משפיע הלכה למעשה על התוצאה משתנה משופט לשופט. בלשונם של החוקרים זלצברגר ועוז-זלצברגר: "גרמניותן של הנפשות הפועלות בפסק-הדין – ובבית-המשפט העליון בכלל – פנים רבות לה."⁹²

עיון בפסיקתו של בית המשפט העליון היוצא מנקודת מוצא של התורה המשפטית הריאליסטית יכול ללמד כי גם חוויות אישיות אחרות בעברם של שופטים משפיעות בצורה זו או אחרת על פסיקתם, אם כי לא תמיד באופן גלוי. חוויות אלה משפיעות ברבדים הגלויים והסמויים על עיצוב עקרונותיו וערכיו של המשפט הישראלי, והם חלק בלתי נפרד מעיצובן של התרבות השיפוטית בישראל כמו גם של תורת המשפט הישראלית. כך, למשל, רק פעם אחת, ובאופן יוצא דופן, הזכיר השופט ברק בפסק דין את עברו כילד ניצול שואה.⁹³ פסק הדין נסב סביב עתירה נגד המועצה לביקורת סרטים ומחזות שהחליטה לפסול מחזה שהשווה בין הממשל הישראלי לבין הכיבוש הנאצי. על אף התייחסותו האישית לעברו בפסק הדין, לא היה בהתייחסות זו כדי להשפיע באופן ישיר על הכרעתו המשפטית, אשר קיבלה את העתירה תוך שימוש בדוקטרינות חופש הביטוי, ועל הדיון על אודות ערכיה ועקרונותיה של הדמוקרטיה. בפסיקתו זו כתב השופט ברק: "אני עצמי, ילד הייתי בשואה, וחציתי גדרות וגבולות שנשמרו על-ידי הצבא הגרמני, כאשר על גופי דברים שהעברתם אסורה. ההקבלה בין חייל גרמני העוצר ילד זה לבין חייל ישראלי העוצר נער ערבי צורבת את לבי."⁹⁴ התייחסות אישית

אך דווקא באלה שהכירו בקיומו של חוק עליון לחוק הכתוב ואפילו לחוקה. ראו גם עניין ירדור, שם, בעמ' 390: "בין אם נקרא לכללים בשם 'דין טבעי' (natural law) ללמדך שמטבע ברייתך של מדינת דין הם... ובין אם נקרא להם בשם אחר, שותף אני לדעה, שהנסיון שבחיים מחייב אותנו שלא לחזור על אותה שגיאה שכולנו היינו עדים לה."

⁹² זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 79, בעמ' 281: "זו הפעם הראשונה במשפט הישראלי שבית-המשפט משתמש בתפיסת המשפט הטבעי בהחלטותיו. ומי שעושה כן הוא לא אחר מהשופט זוסמן – השופט הפורמליסט ביותר בבית-המשפט. דווקא בהקשר הניסיון הגרמני, אם-כן, נשא זוסמן את נס המשפט הטבעי, ואילו חיים כהן בחר להתבטא בלשון פורמליסטית." לדיון על מקומו של פסק הדין באופן כללי במרוצת הזמן ראו ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" **מחקרי משפט** כב 327 (2006).

⁹³ נעמי לויצקי **כבודו: אהרן ברק – ביוגרפיה** 82 (מהדורה שנייה, 2001).

⁹⁴ בג"ץ 14/86 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421, 441 (1987). ראו גם AHARON BARAK, JUDICIAL DISCRETION 121 (1987): "Every judge has a complex human experience that influences his approach to life and therefore also his approach to law. A judge who experienced the Weimar Republic will not have the same attitude toward the activity of undemocratic political parties as someone who did not experience it" במקום אחר אמר הנשיא ברק: "הלקח האחר שלי הוא לקח חיובי ולא שלילי. זה אינו לקח של שנת אדם; זה אינו לקח של חוסר אמון באדם ושל ייאוש מהאדם – נהפוך הוא... הלקח הזה, הלקח האחר שלי, הוא לקח המבוסס על האמונה באדם, על האמונה בכל אדם – יהודים ולא יהודים כאחד. מכאן

וייחודית זו של השופט ברק – שאת השכלתו המשפטית רכש באוניברסיטה העברית בירושלים, ואשר אינו נמנה עם דור המייסדים של בית המשפט העליון – עשויה לרמוז לנו על האופן שבו התרבות השיפוטית מתעצבת ומשתנה במרוצת השנים בפסיקתו של בית המשפט העליון, תוך עיצוב והתאמה של תורת המשפט הישראלית, עקרונותיה וערכיה. אין משמעות הדבר שקריאה ריאליסטית של פסיקות בית המשפט או הכרת עברו האישי, האקדמי או המקצועי של השופט יאפשרו בהכרח לנבא את המקורות הזרים שאליהם יפנה השופט בפסיקתו, אולם אנו סבורים כי הן עשויות לפתוח צוהר אל עולמו של השופט, אשר התבוננות דרכו יכולה ללמדנו רבות על תפיסת עולמו הערכית והשיפוטית. כך, למשל, פנייתם הגוברת בעשורים האחרונים של שופטי בית המשפט העליון בישראל לדין הזר עשויה להיות מוסברת, בין היתר, גם בהשכלה האקדמית המשפטית הבין-לאומית שרכשו דור השופטים שלאחר דור המייסדים וכן דור השופטים המכהן כיום בבית המשפט העליון. ההשכלה המשפטית הזרה של שופטי בית המשפט העליון נעה על כל טווח התארים האקדמיים הקיימים, החל בתואר הראשון, עבור בלימודי התואר השני, המשך בלימודי דוקטורט וכלה בלימודי פוסט-דוקטורט. רוב שופטי בית המשפט העליון שילבו השכלה אקדמית בישראל עם השכלה אקדמית במוסדות זרים. כך, למשל, השופט אנגלרד השלים לימודי דוקטורט במשפטים באוניברסיטת פריז; הנשיא גרוניס השלים לימודי דוקטורט באוניברסיטת יורק בקנדה; השופטת ברק-ארז השלימה לימודי פוסט-דוקטורט באוניברסיטת הרווארד בארצות הברית, ואף לימדה באוניברסיטאות רבות ברחבי העולם, לרבות באירופה, בטרם מונתה לכהונת שפיטה; השופט גרוסקופף השלים אף הוא את לימודי התואר השני שלו באוניברסיטת הרווארד; השופט אלרון הינו בוגר לימודי תואר ראשון במשפטים מאוניברסיטת בקינגהם שבאנגליה; והשופט שטיין סיים את לימודי הדוקטורט שלו במכללה האוניברסיטאית של לונדון. אכן, בעידן הנוכחי יש להשכלה המשפטית הבין-לאומית חשיבות מרכזית להבנת ראשית הנסיבות שבגינן שופטים בוחרים לפנות לדין הזר, ובאופן טבעי להבנת לבני המשפט הקיימות בדין הזר אשר מוכרות להם בצורה טובה ומאפשרות להם לגבש פתרונות יצירתיים לסוגיה המשפטית המובאת לפנייהם.

מובן שהייחודיות המאפיינת את שופטי בית המשפט העליון הישראלי בעשורים הראשונים לקיומו, שהגיעו לכס השיפוט מרקעים שונים אשר השפיעו על תפיסת עולמם השיפוטית, אינה מנת חלקה של מערכת המשפט הישראלית בלבד. ניתן להבחין בהשפעות דומות (בהבחנות המתאימות) גם בקרב שופטים המכהנים בטריבונלים בין-

המרכזיות החשיבה שלי למושג המשפטי והתפיסה המשפטית באשר לכבוד האדם – dignity; לכבודו של כל אדם שבצלם נברא, לחירות של כל פרט ופרט; אותו כבוד שאותו רמסו הגרמנים בשואה; זאת אותה חירות שנשללה מאתנו בשואה. הלקח שלי השני הוא הצורך לקיים, לחזק, לבטא ככל האפשר את אותו כבוד של כל אדם ואדם באשר הוא אדם, ואת החירות של כל אדם ואדם באשר הוא אדם. ראו "דברי השופט אהרן ברק בכנס מורשת הניצולים" **יד ושם** 11.4.2002 www.yadvashem.org/he/righteous/stories/rakevicius-mozuraitis/aharon-barak-remarks.html

לאומיים. להבדיל מבתי משפט לאומיים, שבהם השופטים מגיעים על פי רוב מרקע דומה בתרבותם ובהשכלתם המשפטית, בטריבונלים בין-לאומיים השופטים מגיעים מלאומים שונים, וכתוצאה מכך נושאים עימם מטען תרבותי שונה, דוברים בדרך כלל שפה שונה, באים מרקע חינוכי-משפטי שונה ואף משיטות משפט שונות.⁹⁵ יש אף הטוענים כי שופטים בטריבונלים בין-לאומיים מייצגים אינטרס פוליטי של המדינה השולחת, ולא בהכרח אינטרס משפטי. אכן, נקודת המוצא היא שגם השופטים המכהנים ב-CJEU אינם "חסינים" מפני השפעות הנובעות מהמסורת המשפטית ומהתרבות המשפטית שמהן הם מגיעים, והשפעות אלה הן כמובן מגוונות ורחבות.⁹⁶ אף על פי שהחלטות של ה-CJEU מפורסמות כדעה אחת, לא מן הנמנע ששונות זו יוצרת לעיתים מחלוקות בסיסיות בין השופטים.⁹⁷ אולם להבדיל מהטענות המופנות לעיתים כלפי טריבונלים בין-לאומיים אחרים, הטענה הרווחת בספרות המחקרית היא שהשופטים ב-CJEU פוסקים ללא משוא פנים, ולעיתים אף נגד האינטרסים של המדינה שלהם עצמם, וזאת כדי לחזק את הלגיטימיות של בית המשפט עצמו.⁹⁸

חשוב לזכור כי עצם פנייתם של שופטי ישראל למשפטן של מדינות אחרות מושפעת לא רק משיקולים משפטיים, כי אם גם מהיבטים הקשורים לקשרים התרבותיים שבין ישראל לבין המדינות המשמשות לה מודל השראה. המשפט הישראלי חל ומיושם בחברה רבת-תרבותית, ובכך למעשה ניתן להצדיק את ההשפעה הרבת-תרבותית של שיטות משפט שונות על הדין הישראלי.⁹⁹ לצד זאת יש עוד סיבות לא מעטות לחשיבות השימוש במשפט השוואתי בישראל על ידי בית המשפט העליון, שאחת מהן היא אופייה המעורב של שיטת המשפט הישראלית.¹⁰⁰

- 95 דוגמאות לכך ניתן למצוא בבית הדין הבין-לאומי (ICJ), בבית הדין הפלילי הבין-לאומי (ICC) וכן בבית המשפט האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג. להרחבה על השפעות אלה, ובאופן כללי על טריבונלים בין-לאומיים, ראו Leigh Swigart, *The "National Judge": Some Reflections on Diversity in International Courts and Tribunals*, 42 MCGEORGE L. REV. 223 (2010).
- 96 GUNNAR BECK, *THE LEGAL REASONING OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EU* (2012).
- 97 ליאור זמר ושרון פרדו "הרהורים על אקטיביזם שיפוטי: מקרה בית-המשפט האירופי" **משפט ועסקים** ז 203, 213–215 (2007). על אף המחלוקות הבסיסיות המתגלעות לא אחת בין השופטים, עצמאותם של שופטי בית המשפט האירופי ביחס לממשלות של המדינות החברות שמינו אותם אינה מוטלת בספק. שופטי בית המשפט האירופי וצוות עובדיו מגלים נאמנות חוצת גבולות לעקרונות האיחוד האירופי, ויש הטוענים כי בית משפט זה הוא אולי המוסד ה"אירופי" מכולם. T.C. HARTLEY, *THE FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW* 59 (3rd ed. 1994).
- 98 Karen J. Alter, *Who Are the "Masters of the Treaty"?: European Governments and the European Court of Justice*, 52 INT'L ORG. 121 (1998).
- 99 ראו אמנון רובינשטיין **שבטי מדינת ישראל: ביחד ולחוד – ליברליזם ורבת-תרבותיות בישראל** (תומר קנת עורך, 2017).
- 100 אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" **הפרקליט** מ 197, 209 (1992); Daniel Friedmann, *The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period*, 10 ISR. L. REV. 192 (1975); ברק-ארז, לעיל ה"ש 27, בעמ' 85: "פרקטיקה זו מקרינה אל

3. השימוש בכלי השוואתי בקרב שופטי ישראל

המחקר הכמותי האמפירי המקיף הראשון שנעשה בישראל על נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון נערך על ידי שחר, חריס וגרוס, ופורסם בשנת 1996.¹⁰¹ המחקר בחן את ההנמקות והאזכורים של בית המשפט העליון בשנים 1948–1994 בכל סוגי התיקים הנדונים בו. מאגר הנתונים התבסס על 7,147 פסקי דין שנתן בית המשפט העליון בתקופת הזמן הנבדקת, המהווים מדגם אקראי מתוך כלל פסקי הדין שפורסמו בשנים הנחקרות.¹⁰² ממצאי המחקר מעידים כי כ-21% מכלל ההפניות של בית המשפט העליון בתקופה הנחקרת היו למקורות נורמטיביים זרים.¹⁰³ פילוח המקורות הזרים שאליהם הפנה בית המשפט העליון העלה כי חלה ירידה בשימוש במקורות השייכים לשיטות קונטיננטליות – משיעור של 2% בשנת 1954 לשיעור אפסי בשנת 1994.¹⁰⁴ ממצא נוסף שעלה באותו מחקר הוא שעל אף הדומיננטיות האמורה של מקורות המשפט המקובל בהפניות של שופטי בית המשפט העליון, חלה ירידה במעמדה של האסמכתה האנגלית בבתי המשפט בישראל, במיוחד החל בשנות השמונים.¹⁰⁵ החוקרים מצביעים על כך שההתפתחות העיקרית בתקופה הנבדקת היא גידול במשקלם היחסי של אזכורים אמריקניים על חשבון אזכורים אנגליים. כך, בסוף התקופה הנבדקת היה שיעור האזכורים האמריקניים גדול משיעור האזכורים האנגליים, בעוד שבשנים הראשונות לפסיקתו של בית המשפט העליון היה שיעור ההפניות האנגליות גדול עשרות מונים משיעור ההפניות האמריקניות.¹⁰⁶ לנוכח נתוני המחקר ניתן לכאורה לסבור כי זיקתה של מערכת המשפט הישראלית למערכת המשפט האנגלית נבעה גם מכוח חוק, ולא רק מתוך עניין או רצון של המשפטנים, שהרי אם בית המשפט העליון פנה בשנת 1956 למקורות השיטה האנגלית ב-32.3% מהפניותיו, נשאלת השאלה מדוע בשנת 1980 ירד שיעור הפנייה למקורות אלה ל-12.5%. האם הסיבה נעוצה בכך שמערכת המשפט הישראלית "השתחררה" מהזיקה האנגלית שהייתה טבועה בחוקיה? לגישתם של שחר,

הקהילה המשפטית כולה, בכך שהיא מעודדת טיעונים משפטיים המבוססים על עיון משווה ומחזקת את הלגיטימציה של השימוש בטיעונים השוואתיים.

101 יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כז 119 (1996).

102 שם, בעמ' 126–128.

103 שם, בעמ' 152–153.

104 שם, בעמ' 154–156. לדברי החוקרים, "שיטות המשפט המקובל תורמות כמעט 100% מן האזכורים הזרים במהלך רוב שנות המאגר" (שם, בעמ' 156). מסקנה זו נתמכת בממצא שלפיו בתקופת המאגר רק 0.5% מכלל האזכורים הגיעו מהמשפט הקונטיננטלי ורק 0.1% הגיעו מהמשפט הבין-לאומי, לעומת 20.9% שהגיעו מהמשפט המקובל (מתוכם 17.69% מאנגליה).

105 שם, בעמ' 157–159. "בולטת העובדה שמגמה זו מתרחשת תוך כדי פיחות משקלם הכולל של האזכורים הזרים... בפסיקת בית המשפט העליון, יחסית לאזכורי מקורות ישראליים." שם, בעמ' 158.

106 שם, בעמ' 157.

חריס וגרוס, התשובה לכך שלילית, שכן ממצאי המחקר אינם מגלים שלאירועים של ניתוק זיקת החובה בין הדין הישראלי לדין האנגלי הייתה השפעה של ממש על קצב הפיחות במעמדה של ההפניה למקורות הדין האנגלי.¹⁰⁷ על מנת להסביר נסיגה עקבית זו ממקורות הדין האנגלי, הציגו החוקרים את השאלה מדוע חלה מגמת עלייה באזכור האמריקני דווקא בראשית שנות השמונים, ועליה השיבו כי "אין נתוני המחקר נותנים סיבה להאמין כי התעוררותה של מגמת האזכור האמריקני בראשית שנות השמונים נובעת מנפילתו של קשר החובה לפסיקה האנגלית סמוך לאותו זמן. גם כאן יש להניח כי 'פגישתם' של הטעם האמריקני והטעם האנגלי בשולי עולם האזכורים הישראלי של שנות התשעים נובעת מסיבות אחרות, כגון זמינות המקור ואיכותו, חינוכו המשפטי של השופט והתגברות ההשפעה האמריקנית על התרבות הכללית".¹⁰⁸

הנה כי כן, דבריהם של שחר, חריס וגרוס בדבר חינוכו המשפטי של השופט, כמו גם העלייה בזמינות החומרים, מהווים אישוש נוסף לסיבה שבגינה שופטי בית המשפט העליון בישראל בוחרים לפנות לדין הזר בפסיקותיהם. בגדרי אמירות אלה ניתן לכלול גם את הפנייה למקורות של משפט האיחוד האירופי. התמונה הכוללת שעולה ממחקרם של שחר, חריס וגרוס היא שהפסיקה הישראלית נכון לשנת 1996, ובוודאי היא זה נכון להניח זאת גם כיום, תופסת מקום מרכזי במאגר ההפניות של שופטי בית המשפט העליון, ועובדה זו משמעותה תהליך של ביסוס האזכור הישראלי כחומר הגלם העיקרי ב"תעשיית האזכורים הישראלית" שבפסיקתו של בית המשפט העליון.¹⁰⁹ שחר, חריס וגרוס טוענים כי ביסוסו של האזכור הישראלי כחומר הגלם העיקרי אינו נובע, לפחות בשנות המחקר הנבדקות, "ממוצאו זה או האחר של היצע היבוא הזר, אלא מעצם ישראליותו של המוצר המקומי".¹¹⁰

במחקר המשך, שפורסם בשנת 2008, ביקש שחר לבחון את מרחב הסמך של בית המשפט העליון בהיבטים הקשורים להפניות שהוא עורך – בהיבט הגיאוגרפי ובהיבט של סוג המקור (פסיקה, חקיקה או הגות) – בשנים 1950–2004.¹¹¹ מאגר המחקר של שחר מבוסס על מאגר המחקר של שחר, חריס וגרוס משנת 1998, שאליו הוספו –

107 שם, בעמ' 158–159. בהמשך, בעמ' 167, גרוס החוקרים כי "יש להניח, כי נכונותם של שופטי בית- המשפט העליון לצרוך חומרי פסיקה אנגליים דווקא, ולא זרים אחרים, נבעה בעיקרה מן הזהות האנגלית המובהקת של מרבית חומרי הדין שירשה השיטה הישראלית, כמעט ללא שינוי מן השיטה המנדטורית, מנגישות המקורות האנגליים, מהחינוך המשפטי והמקצועי ובמידה לא מעטה – מן ההרגל".

108 שם, בעמ' 159.

109 שם, בעמ' 167: "...יש להניח כי עתיד היחס בין פסיקה ישראלית לפסיקה זרה כמקור לאזכורים תלוי במידה רבה בהשפעתה של הפסיקה האמריקנית. הפסיקה האנגלית מיצתה כנראה את השפעתה על הפסיקה הישראלית. משקלה היחסי מתייצב בשנים האחרונות על 5% בקירוב מכלל אזכורי הפסיקה ואיננו מגלה סימני שינוי של ממש. הפסיקה האמריקנית מצדה עוברת תנודות חריפות בשוליים ה'זרים' של אזכורי הפסיקה... ומגיעה בשנים אחדות לרמות גבוהות יחסית".

110 שם.

111 יורם שחר "מרחב הסמך של בית המשפט העליון, 1950–2004" הפרקליט נ 29 (2008).

באותה דרך סינון שבה נוצר המאגר המקורי – עוד 1,331 פסקי דין שניתנו מהמחצית השנייה של שנת 1994 עד סוף שנת 2004.¹¹² ממצאיו של שחר מלמדים כי בעידן הנוכחי בית המשפט העליון מקבע מנת שימוש יציבה בדין הזר, הנובעת מצורך ענייני בחומרים השוואתיים לשם פיתוח וביסוס של שיטה משפטית קטנה, ממורכזת ומבודדת כשיטת המשפט הישראלי, תוך זניחה הדרגתית של החיבור ההיסטורי עם שיטות משפט זרות.¹¹³ לדידו של שחר, סיפור הכרסום במעמדה של הפסיקה הזרה בפסיקתו של בית המשפט העליון הוא בעיקרו סיפור החלפתה של הפסיקה הזרה בפסיקה הישראלית.¹¹⁴ מחקרו החדש של שחר מצביע על כך שבשנים 1995–2004 היו 85% מההפניות של בית המשפט העליון לפסקי דין שניתנו מטעמו, 4% מההפניות היו לפסקי דין של ערכאות ישראליות נמוכות יותר, ו-11% מההפניות היו להפניות זרות, רובן ככולן אנגלר-אמריקניות.¹¹⁵ באשר להפניות לדין האירופי הקונטיננטלי נמצא כי משקלן הממוצע בכל חמישים וחמש שנות המחקר היה כ-2%,¹¹⁶ והפניות לפסקי דין בדין הבין-לאומי, לאמנות, לספרים ולכתבי עת במשפט הבין-לאומי היוו בממוצע רב-שנתי קצת פחות מ-0.6% מכלל האסמכתאות הזרות.¹¹⁷ בהשוואה למחקר משנת 1996 טוען שחר כי בעידן הנוכחי בית המשפט העליון "מקבע מנת שימוש יציבה [באסמכתאות זרות] הנובעת מצורך ענייני בחומרים השוואתיים לפיתוחה ולביסוסה של שיטה משפטית קטנה, ממורכזת ומבודדת כשיטת המשפט הישראלית... אם במאמר המקורי דווחה במידה מסוימת של ביקורת מגמת ההתכנסות של בית המשפט העליון אל מרחב הסמך המקומי, הרי מגמה זו נבלמה. בתקופת נשיאותו של אהרן ברק התייצבה 'הגזרה הזרה' [במרחב הסמך של פסיקת בית המשפט העליון] ואיננה ממשיכה להצטמצם".¹¹⁸

מחקר אמפירי מעניין נוסף נעשה על ידי סוזי נבות ופורסם בשנת 2013.¹¹⁹ בהשוואה למחקרם של שחר, חריס וגרוס משנת 1996, וכן למחקרו של שחר משנת 2008, מחקרה של נבות מצומצם יותר הן מבחינת טווח השנים שנבדק (1994–2010) והן מבחינת סוג התיקים שנבדקו, שכן נבות התמקדה רק בתיקים העוסקים בסוגיות

112 שם, בעמ' 30.

113 שם, בעמ' 41.

114 שם, בעמ' 42–43. תוצאות מחקרו של שחר מגלות כי בשנת 1950 היוו פסקי הדין הזרים כ-30% מכלל האסמכתאות והמקורות, אך מאז רשמה הפסיקה הזרה צניחה רצופה ועקבית עד לאמצע שנות התשעים, ומאז נותרה יציבה פחות או יותר.

115 שם, בעמ' 63 ו-65–67.

116 שם, בעמ' 46. שיעור זה כולל בתוכו את רוב האסמכתאות מדין האיחוד האירופי בשנות המחקר האחרונות שנבדקו.

117 שם. שחר מציין כי אסמכתאות אלה רשמו התעוררות קלה בשנים האחרונות למחקר.

118 שם, בעמ' 41.

119 Suzie Navot, *Israel: Creating a Constitution – The Use of Foreign Precedents by the Supreme Court (1994–2010)*, in *THE USE OF FOREIGN PRECEDENTS BY CONSTITUTIONAL JUDGES* 129 (Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau eds., 2013).

חוקתיות.¹²⁰ מחקרה של נבות ביקש להקיף את כל פסקי הדין שפורסמו במסגרת קובצי הפד"י בתקופת המחקר הנבדקת.¹²¹ כלומר, המאגר במחקרה של נבות כולל את כל ההחלטות הרלוונטיות מן השנים 1994–2005 המופיעות בעותק הקשיח של הפד"י ואת כל ההחלטות הרלוונטיות מן השנים 2006–2010 המופיעות במאגר האלקטרוני.¹²² ממצאי מחקרה של נבות העלו כי מספר ההליכים החוקתיים שנדונו לאחר "המהפכה החוקתית" בישראל נותר יציב פחות או יותר, ולא נרשמה עלייה דרמטית במספרם.¹²³ אותה יציבות ניתן למצוא גם בשיעור ההפניות של בית המשפט העליון למקורות זרים בהליכים חוקתיים, ובשנים האחרונות שנבחנו במחקר נרשמה אף ירידה קלה בשיעור זה.¹²⁴ עוד מצאה נבות כי 74% מהפניות לדין הזר נעשו בדעת רוב. לטענתה, נתונים אלה חושפים מצב נפוץ ומוכר באשר לתפקיד שהפניה לדין הזר ממלאת: השופטים משתמשים בה כדי להראות כי מדינות בעלות ערכים משפטיים דומים תומכות במסקנותיהם המשפטיות, והדבר מעניק לגיטימציה נוספת לפסיקתם.¹²⁵ ממצאיה של נבות עולה כי שיטת המשפט שבית המשפט העליון מפנה אליה בפסיקותיו החוקתיות היא בעיקר השיטה האמריקנית (בשיעור של 64% מכלל ההפניות הזרות בפסקי הדין שנבדקו). שיטות משפט מקובלות נוספות שבית המשפט העליון מפנה אליהן כוללות את קנדה (13% מסך ההפניות הזרות)¹²⁶ ואנגליה (9.54% מסך ההפניות הזרות). בשיטת המשפט הקונטיננטלי הייתה זו גרמניה שזכתה בשיעור ההפניות הגבוה ביותר במחקרה של נבות – 5% בלבד מסך ההפניות. רוב המדינות המשתייכות לשיטת המשפט הקונטיננטלי לא חצו את רף האחוז במסגרת מחקר זה. ממצא זה של נבות מתיישב היטב עם המגמה שעליה הצביעו שחר, חריס וגרוס במחקרם משנת 1996 ועם הממצאים שעלו ממחקרו של שחר משנת 2008.

אחת ממסקנותיה של נבות לנוכח הממצאים האמורים היא שהמשפט החוקתי

120 אחד הקשיים שעליהם עמדה נבות במחקרה הוא הקושי בסיווג תיק כתיק "חוקתי" בהעדר טקסט חוקתי שלם וערכאה חוקתית ייחודית. על שיטת הסיווג ראו שם, בעמ' 139–140.

121 שם, בעמ' 138.

122 שם, בעמ' 139.

123 שם, בעמ' 141.

124 שם.

125 שם, בעמ' 148–151.

126 פסקת ההגבלה הישראלית דומה לזאת הקיימת בצ'רטר הקנדי, וניתן להעריך כי זאת הסיבה לשיעורן הגבוה יחסית של ההפניות לקנדה. אולם חשוב לציין כי אזכור של תקדימים קנדיים אינו מסתכם אך ורק בפסקת ההגבלה, אלא שזור גם בפסיקה חוקתית נוספת. ראו בהרחבה שם, בעמ' 147. כך, למשל, בבג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נו(5) 393 (2002), אשר דן בחובתה של העירייה להשתמש בשפה הערבית בשילוט דרכים עירוני באזור שמתגורר בו מיעוט ערבי, כלל פסק הדין – הן בדעת הרוב והן בדעת המיעוט – תשע התייחסויות לדין הזר, רובן מהדין הקנדי, תוך הצגת מקרים שבהם נדונה חשיבותה של השפה כגורם מרכזי בחברה.

הישראלי עבר – ועודנו עובר – תהליך אמריקניזציה.¹²⁷ נבות מציינת כמה סיבות אפשריות לתהליך זה, ביניהן "המהפכה החוקתית" והשלכותיה על השיח החוקתי בכלל ועל שיח זכויות האדם בפרט; תהליך האמריקניזציה שהתחולל בבתי הספר למשפטים בישראל בכל הנוגע בשיטת ההוראה; והעובדה שסטודנטים ישראלים למשפטים ממשיכים ללימודים מתקדמים בארצות הברית, ובכך משפיעים על כיוון השיח המחקרי המתקיים בישראל.¹²⁸ הסברים נוספים שנבות מונה הם ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, מחד גיסא, ושימוש באקטיביזם שיפוטי, מאידך גיסא.¹²⁹ לשיטתה, כל אלה מסבירים, בין היתר, את נטישת הדין האנגלי ואת החיבור החדש שנוצר עם הדין האמריקני.

אולם ראוי לציין כי כבר בראשית דרכו יצר בית המשפט העליון שורה של זכויות אדם והגן עליהן, וזאת בהעדר כל מסמך חוקתי להישען עליו. מפעל זה של זכויות אדם יציר הפסיקה היה קשור בזיקה הדוקה לפנייה אל תקדימים זרים בתיקים חוקתיים ולשימוש בהם.¹³⁰ אבן היסוד הייתה פרשת **קול העם** משנת 1953, שבה התייחס הנשיא אגרנט למעמדו המיוחד של חופש הביטוי, שבלעדיו אי-אפשר לקיים מדינה דמוקרטית.¹³¹ במסגרת החלטתו אימץ הנשיא אגרנט את מבחן האיזונים ואת מבחן "הוודאות הקרובה", אשר רק בהתקיימותם ניתן למנוע את חופש הביטוי או לכל הפחות להגבילו. בפסק דין מכונן זה אוזכרו כמה פסקי דין מהותיים מהפסיקה האמריקנית העוסקים בחופש הביטוי.¹³² פסק הדין בעניין **קול העם** הינו דוגמה מייצגת לאופן שבו פנו שופטים לתקדימים זרים על מנת לבסס הכרה בצורך להגן על זכויות אדם גם בהעדרו של טקסט חוקתי.¹³³ נבות סבורה כי אף שבית המשפט העליון עשה – ועודנו עושה – שימוש נרחב בתקדימים זרים ובהפניות למערכות משפט חיצוניות, הדין החוקתי הישראלי הוא עדיין התפתחות ישראלית מקורית המבוססת על היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.¹³⁴ יש להדגיש כי הפנייה לדין האמריקני היא ברובה בנושאים העוסקים בזכויות אדם. שימוש בתקדימים אמריקניים העוסקים בנושאים חוקתיים-מוסדיים הנוגעים בתפקודם של המוסדות הדמוקרטיים אינו קיים כמעט בפסיקה הישראלית, וזאת בשל השונות האינהרנטית בין מערכת הממשל האמריקנית לבין זו הישראלית.¹³⁵

127 Navot, לעיל ה"ש 119, בעמ' 145.

128 ראו עוד בהרחבה שם.

129 שם, בעמ' 137; מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז (1993) 503.

130 Navot, לעיל ה"ש 119, בעמ' 131–132.

131 בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים**, פ"ד ז 871 (1953).

132 Schenck v. United States, 39 S. Ct. 247 (1919); Abrams v. United States, 40 S. Ct. 17 (1919).

133 Navot, לעיל ה"ש 119, בעמ' 131–132.

134 שם, בעמ' 152.

135 שם, בעמ' 145.

על רקע מחקרים אלה הגיע עידו פורת למסקנה כי התרבות החוקתית הישראלית משתמשת באופן מסורתי בדין הזר, וכי ניתן לצפות שבעתיד יימשך שימוש זה באופן דומה.¹³⁶ פורת מציין, באופן מעניין, שהגורם שיכול להסביר את השימוש בדין הזר בפסיקה החוקתית הישראלית הוא האימוץ של מודל חוקתי אירופי אל תוך חוקי היסוד של שנת 1992.¹³⁷ לפיכך, לשיטתו, אין להתפלא על הדמיון בין השיטה החוקתית הישראלית לבין השיטה החוקתית האירופית הרחבה יותר – לאו דווקא בהקשר של משפט האיחוד האירופי – המלמדת על מגמת הידמות כללית של הדין הישראלי לדין האירופי תוך התרחקות מסוימת מהדין האמריקני, שכן –

"Hand-in-hand with adopting the methodology of European constitutionalism, Israel may have also gotten closer to the substantive commitment of the European model that differs from the American one... In addition, the European model is more expansive in terms of the concept of rights, and allows for a positive rather than only negative rights, and for rights to have effect in the private sphere and not only in the public one. These developments characterise Israeli constitutional law, and further promote and ease the use of foreign law in it."¹³⁸

לפי פורת, יש ארבע סיבות עיקריות לכך שהחוק הישראלי ומערכת השיפוט הישראלית בנויים באופן שמזמין הפניה לדין הזר, ולפיכך להשפעתו של האחרון על הדין המקומי. ראשית, העובדה שהדין החוקתי הישראלי הוא בעל אופי לא טקסטואלי ברובו; שנית, התרחשותה של המהפכה החוקתית בשנת 1992; שלישית, אימוץ תפיסה אירופית בעלת אופי אוניוורסלי בכל הנוגע בשפיטה בחקים חוקתיים (constitutional adjudication); ורביעית, אופי הדיון הלא-פורמליסטי בבית המשפט העליון, במיוחד למן שנות השמונים.¹³⁹ ההיסטוריה של המשפט החוקתי הישראלי נחלקת לשתי תקופות עיקריות: משנת 1948 ועד לשנת 1992; ומשנת 1992 – שנת

Iddo Porat, *The Use of Foreign Law in Israeli Constitutional Adjudication*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 151, 152 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) "regarded as part of a global trend in which constitutional courts compete over leadership and innovation in rights protection, and taking into account Israel's shaky ground for its 'Constitutional Revolution', the use of foreign law may raise some valid concerns" (ראו שם, בעמ' 151).

"The two Basic Laws of 1992 have a limitation clause framed after the Canadian Charter of Rights and Freedoms, which is based on a European model and a model that exists in international human rights Conventions"

שם, בעמ' 161.

שם, בעמ' 160.

המהפכה החוקתית – ואילך.¹⁴⁰ פורת מסביר כי בעקבות "החלטת הררי" ואי-כינון חוקה עם קום המדינה, התבסס המשפט הישראלי עד למהפכה החוקתית בעיקר על המודל האנגלי, ומערכת המשפט הישראלית נתפסה כמערכת ללא חוקה פורמלית. האופי הלא-טקסטואלי והעדר החוקה סיפקו את הבסיס ופתחו צוהר רחב לשימוש בדין זר, אף שבדרך כלל בסוגיות של משפט חוקתי קיימת התנגדות מסוימת לשימוש בפסיקה ובחקיקה זרות, משום שיש רצון להיצמד ללשון החוק ולכוונתו הראשונית של המחוקק. השיטה לפירוש חוקתי היא על בסיס כוונתו הראשונית והלך הרוח של המחוקק. האופן שבו מדינה מסוימת מפרשת את החוקה שלה אינה רלוונטית בדרך כלל למדינה אחרת. אך במדינה נטולת חוקה כישראל מכשול זה אינו קיים, ועל כן קל יותר להשתמש בחקיקה זרה ובפסקי דין זרים שונים.¹⁴¹

קיימים אומנם כמה חוקי יסוד, אך אלה מהווים מעין חוקה לא שלמה לישראל, וניתן לומר שלפחות במונחים של מגילת זכויות האדם הבסיס הישראלי אינו שלם.¹⁴² קבוצת הזכויות הגלומות בחוקי היסוד על פי פרשנותם הדווקנית נפרצה פעמים אין ספור על ידי בית המשפט העליון, אשר העניק פרשנות רחבה לחוקי יסוד אלה. במובנים רבים המשיך אם כן המשפט החוקתי הישראלי, גם לאחר "המהפכה החוקתית" של 1992, את מסורת בנייתם של חוקי היסוד לא על פי ביסוסם בטקסט או תוך היצמדות ללשון החוק, אלא בעזרת פנייה לחוקים ולפסיקה מהדין הזר.¹⁴³ תימוכין לפרשנות רחבה של החוק על מנת להגן על זכויות אדם בסיסיות רבות ככל האפשר ניתן לשאוב מחוקים השייכים למדינות זרות. ניתן אף לראות את "המהפכה החוקתית" עצמה כמבוססת במידה לא מבוטלת על משפט השוואתי. ישראל הייתה בין המדינות המערביות הדמוקרטיות היחידות ללא משטר חוקתי וביקורת שיפוטית ברורה, ועל כן התקיים רצון חזק "לצמצם את הפער" החוקתי-הדמוקרטי מול מדינות אחרות.¹⁴⁴ באמצעות המשפט השוואתי בית המשפט נתן ונתן לגיטימציה לצעד הנועז של הכרה בביקורת שיפוטית אף ללא טקסט חוקתי. הנשיא ברק, בפסק הדין המכונן בעניין **בנק המזרחי**,¹⁴⁵ התבסס בהרחבה

140 לקריאה נוספת על ההיסטוריה של המשפט החוקתי בישראל ראו רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21 (1997).

141 Porat, לעיל ה"ש 136, בעמ' 160–161.

142 לדיון בהיקפה של המהפכה החוקתית בכל הנוגע בשלמותה של מגילת זכויות האדם, ולגישה ביקורתית כלפי הרחבת תחולתם של חוקי היסוד אל מעבר לזכויות המנויות בהם במפורש, ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997); ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595 (2017). על הצורך בכינון מבוא לחוקה ראו, למשל, אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" **המשפט** יא 79 (2007).

143 Porat, לעיל ה"ש 136, בעמ' 162.

144 שם, בעמ' 160.

145 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) (1995).

על פסק הדין האמריקני הידוע והמכונן בעניין *Marbury v. Madison*,¹⁴⁶ שבו השתמש בית המשפט האמריקני בפרשנות חוקתית על מנת לבסס סמכות לביקורת שיפוטית שקיימת לבית המשפט העליון. לא בכדי מציינים גוטפלד ורבין כי –

“כך התבססה תורת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק (Judicial Review of Constitutionality), שהיא אבן מרכזית במסד החוקתי האמריקני, תנאי לקיומו של המבנה החוקתי כולו. הנשיא ברק מסכם כי הניסיון האמריקני בעניין הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק פרץ את גבולותיה של אמריקה. הוא השפיע על החשיבה החוקתית בעולם כולו. הוא שולט בהסדרים החוקתיים שנתקבלו לאחר מלחמת העולם השנייה. הוא התקבל כקו המנחה בכל המדינות של הגוש המזרחי לאחר התפרקות ברית המועצות. דומה כי זו תרומתה המרכזית של החשיבה החוקתית האמריקנית למחשבה החוקתית האוניברסלית... גם במדינות שבחוקותיהן אין הוראה מפורשת – והן חלק מהתרבות המשפטית עצמה באנגליה (המשפט המקובל) – נתקבלה ההשקפה כי חוק לא-חוקתי הוא בטל, ובית המשפט מוסמך להכריז על כך.”¹⁴⁷

המבחן העיקרי והמוכר ביותר שאומץ ממקורות זרים הוא מבחן המידתיות, המבוסס על הגישה האירופית. באמצעו מבחן זה נכנס בית המשפט העליון הישראלי למשפחה גדולה של בתי משפט חוקתיים המשתמשים במידתיות. דבר זה אפשר ליצור מערכות יחסים ודיאלוג עימם, ובכך הרחיב את נגישותו של המשפט הזר והגביר את הלגיטימיות של השימוש בו.¹⁴⁸ ספרו של פרופ' ברק העוסק במידתיות בתיקים חוקתיים מציג דיון השוואתי על מונחי המידתיות. הוא כולל בתוכו הפניות למשפט הגרמני, הקנדי, האירופי, האנגלי והאירי, ומציג כיצד רעיון המידתיות יוצא לכל העולם.¹⁴⁹ למן שנות השמונים בית המשפט העליון ממשיך בפיתוח הגישה של פרשנות רחבה, אשר מעורבת בצורה רחבה יותר בחיים הציבוריים, ואוחזת ביכולת פיקוח ממשית על החלטות מנהליות באמצעות מושגי שסתום כגון צדק וזכות עמידה. משכך התגברה המגמה של אימוץ הצורה הלא-פורמלית בפירוש חוקים. על פי מאוטנר, בתי המשפט נהיו פורמליסטיים פחות, וזאת מכמה סיבות עיקריות. ראשית, החברה הישראלית

¹⁴⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

¹⁴⁷ ארנון גוטפלד ויורם רבין “גבולות כוחו של בית המשפט: פרשת *Marbury v. Madison* והשתקפותה במשפט החוקתי הישראלי” ספר אדמונד לוי 75, 87 (אוהד גורדון עורך, 2017) (ההדגשה במקור). לדיון בביקורות של הנשיא לנדוי, של רות גביוון ושל דניאל פרידמן על ההקבלה בין המקרה הישראלי למקרה האמריקני ועל עצם הפנייה לעניין *Marbury* ראו שם, בעמ' 88–91.

¹⁴⁸ לדיון בהתפשטותו של מבחן המידתיות אל דיני חוקה שונים ברחבי העולם, ובדיאלוג שמבחן זה מאפשר, ראו Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72 (2008).

¹⁴⁹ AHARON BARAK, *PROPORTIONALITY: CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THEIR LIMITATIONS* 149 (2012).

השתנתה מחברה קולקטיביסטית לחברה אינדיבידואליסטית, אשר מטילה ספק וחושדת במדינה.¹⁵⁰ כמו כן, בית המשפט העליון נוטל חלק פעיל הרבה יותר בחיי החברה הישראלית, ובמידה מסוימת ניתן לומר שהאזרחים מעבירים לבית המשפט העליון את הכוח להיות מעורב. שנית, בעקבות תהליך היחלשותן של מפלגות השמאל בישראל והתחזקותן של מפלגות הימין למן המהפך השלטוני בשנת 1977 נוצר צורך באיזון, וזה הושג באמצעות הליברליות ודרך מערכת המשפט, אשר פירשה את החוקים בצורה רחבה כדי להגן על זכויות אדם.¹⁵¹ סיבה נוספת לכך שבתי המשפט הישראליים משתמשים פעמים רבות בחקיקה זרה ובפסיקה זרה היא הבידוד הגיאוגרפי שישראל נתונה בו.¹⁵² הדמוקרטיה הישראלית מוקפת מדינות וישויות עוינות, כמו גם דיקטטורות, ועל כן באופן טבעי, מאז ומתמיד, היא מחפשת ומקבלת לגיטימציה ממדינות (מערב) אירופה ומאמצות הברית. הפנייה לפסיקה ולחקיקה הזרות הינה רק דרך אחת מני רבות להתקרב אל התרבות המערבית ולשאוב ממנה. נוסף על כך, וחשוב לא פחות, ישראל מבודדת גם מבחינה משפטית. לארצות הברית, לדוגמה, יש חמישים מדינות לעריכת השוואה, וכך גם למדינות אירופה למן כינונו של פרויקט האינטגרציה האירופית. ישראל, לעומת זאת, אינה נהנית מזכות היתר הזו, ולכן היא מחויבת לשאוב חומרים חוקתיים ממדינות זרות.¹⁵³ החשיבות ההולכת וגדלה המיוחסת בישראל לתרבות האמריקנית כוללת גם את התרבות המשפטית.¹⁵⁴

לסיכום, המחקרים האמפיריים שהצגנו בפרק זה בחנו את השפעת הדין הזר על התפתחות המשפט הישראלי מזוויות מחקריות שונות. מחקרים אלה התמקדו בעיקר בשיטות המשפט הטבעיות, ה"גדולות" – האנגלו-אמריקניות והקונטיננטליות. הסיבות ההיסטוריות לכך ברורות, וטבועות בעצם העובדה שהדין הישראלי מבוסס על שיטות אלה ומשתנה ברוח השינויים החלים בהן. עם זאת, המשפט הישראלי התפתח ונהפך לפסיפס רבגוני השואב את השראתו ממקורות רבים ושונים, אשר טרם נבחנו במחקרים אמפיריים. מקור נורמטיבי בולט בהעדרו בספרות המחקרית האמפירית הוא משפט האיחוד האירופי, שבו נתמקד במחקרנו זה. הפרק הבא יבקש לסקור את יחסי ישראל והאיחוד האירופי החל בהקמתה של הקהילה הכלכלית האירופית (European Economic Community – EEC), המשך בתקופתה של הקהילה האירופית (European Community – EC) וכלה בעידן האיחוד האירופי (EU), כלומר משנת 1957 ועד לשנת 2019, במטרה לבסס את חשיבותו של משפט האיחוד האירופי כדין זר במשפט הישראלי.

150 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 129.

151 Porat, לעיל ה"ש 136, בעמ' 166.

152 שם, בעמ' 164–165.

153 שם, בעמ' 168.

154 חיים זנדברג "קולוניאליזם תרבותי: האמריקניזציה של החינוך המשפטי בישראל" המשפט יד 419 (2010); Haim Sandberg, *Legal Colonialism – Americanization of Legal Education in Israel*, 10(2) GLOBAL JURIST (2010).

פרק ב: האיחוד האירופי וישראל – קווים למערכת היחסים ביניהם

1. רקע כללי

קשריה של ישראל עם הקהילות האירופיות החלו עוד לפני כניסתה לתוקף של אמנת רומא – האמנה המכוננת של הקהילה הכלכלית האירופית. ב-1 במאי 1957, פחות מחודשיים לאחר החתימה על אמנת רומא, כבר תורגמה האמנה כולה לשפה העברית ופורסמה בכתב העת "חדשות סחר חוץ" של משרד המסחר והתעשייה. תרגום האמנה ופרסומה מעידים כשלעצמם על רמת העניין והרצינות מצידה של ישראל ביחס לכינון של הקהילות האירופיות החדשות. למעשה, באמצע שנת 1957 בחנו בכירים ישראלים, בשליחותו הסודית של ראש הממשלה דאז דוד בן-גוריון, את האפשרות של חברות ישראלית מלאה בקהילה הכלכלית האירופית.¹⁵⁵ שנה מאוחר יותר, בשנת 1958, כבר הציגה ישראל חשיבה ריאלי-פוליטית, כלכלית ומשפטית מחוברת יותר לקרקע המציאות, והחלה לפעול לקבלת מעמד של "חברה שותפה" (associate member) ביחסיה עם הקהילות האירופיות.¹⁵⁶ באפריל 1958 נהייתה ישראל למדינה השלישית בעולם, לאחר יוון וארצות הברית, שביקשה לפתוח שגרירות המאומנת לקהילות האירופיות, ובפברואר 1959 נהייתה ישראל למדינה הרביעית בעולם שכוננה מערכת יחסים דיפלומטית מלאה עם אירופה המאוחדת.¹⁵⁷

הסכם הסחר הראשון בין ישראל לקהילה הכלכלית האירופית נחתם בשנת 1964. היה זה הסכם סחר בלתי מועדף (non-preferential trade agreement), והוא קבע הפחתה של 20% במכסי המגן של הקהילה הכלכלית האירופית ביחס לעשרים מוצרים תעשייתיים ומסחריים שלישראל היה עניין מיוחד בהם.¹⁵⁸ ביוני 1970 כבר חתמו ישראל והקהילה הכלכלית האירופית על הסכם סחר מועדף חדש, אשר אפשר הפחתה של כ-50% במכסים האירופיים על ייצוא של מוצרים ישראליים והפחתה של 40% על מספר

155 ראו בהרחבה Pardo, לעיל ה"ש 7.

156 Gadi Heimann, *The Need to be Part of Europe: Israel's Struggle for an Association Agreement with the EEC, 1957–1961*, 20 ISR. STUD. 86 (2015).

157 ראו עוד בהרחבה Pardo & Peters, *UNEASY NEIGHBORS*, לעיל ה"ש 3; Sharon Pardo & Joel Peters, *ISRAEL AND THE EUROPEAN UNION: A DOCUMENTARY HISTORY* (2012) (להלן: Pardo & Peters, *ISRAEL AND THE EUROPEAN UNION*); Sharon Pardo, *NORMATIVE POWER EUROPE MEETS ISRAEL: PERCEPTIONS AND REALITIES* (2015).

158 Yaacov Cohen, *Israel and the EEC, 1958–1978: Economic and Political Relations*, in *THE ECONOMIC INTEGRATION OF ISRAEL IN THE EEC: TEL AVIV CONFERENCE 13* (Herbert Giersch ed., 1980); Guy Harpaz & Gadi Heimann, *Sixty Years of EU-Israeli Trade Relations: The Expectations-Delivery Gap*, 50 J. WORLD TRADE 447 (2016).

מוגבל של גידולים חקלאיים שיוצאו מישראל לשווקים האירופיים.¹⁵⁹ חמש שנים מאוחר יותר, במאי 1975, שדרגו הצדדים את מערכת היחסים ביניהם וחתמו על הסכם לכינונו של אזור סחר חופשי (להלן: הסכם אס"ח), אשר ביטל את חסמי הסחר על מוצרים המיוצרים על ידי ישראל עד סוף שנת 1979.¹⁶⁰

מערכת היחסים של ישראל והקהילה האירופית חוותה הידרדרות משמעותית ביותר לאחר הכרזת ונציה מיוני 1980,¹⁶¹ כאשר תשע חברות הקהילה האירופית הודיעו על שאיפותיהן למלא תפקיד מרכזי יותר בסכסוך המזרח-תיכוני. הצהרת ונציה התוותה כמה עקרונות, אשר מאז ועד היום מגדירים את חזון הקהילה (וכיום את חזונו של האיחוד האירופי) ביחס ליישוב הסכסוך הישראלי-ערבי/פלסטיני.¹⁶² תגובת ישראל על הצהרת ונציה הייתה נזעמת ובלתי מתפשרת. מבחינתה של ישראל, המדינות חברות הקהילה האירופית גילו משוא פנים בגישתן, נקטו עמדה פרו-ערבית והיו נכונות להקריב את בטחונה של ישראל על מזבח הנפט המזרח-תיכוני ועסקות הסחר האירופיות עם מדינות ערב. "הצהרת ונציה סימנה נקודת שפל ביחסי ישראל והאיחוד האירופי, ואלה טרם השתקמו במלואם מאז."¹⁶³ ההצהרה הטילה צל גדול על יחסי ישראל והקהילה האירופית במהלך שנות השמונים, וממועד ההצהרה ועד לוועידת השלום שהתקיימה במדריד באוקטובר 1991 התנגדה ישראל נחרצות לכל ניסיון אירופי למלא תפקיד משמעותי בתהליך השלום המזרח-תיכוני.

בסיומה של מלחמת המפרץ הראשונה, בקיץ 1991, מיקדה ארצות הברית את תשומת ליבה בסכסוך הערבי-ישראלי. הקהילה האירופית ציפתה וקיוותה למלא תפקיד מרכזי במאמצים הדיפלומטיים הבין-לאומיים להחייאת תהליך השלום המזרח-תיכוני. אולם תקוותיה של הקהילה האירופית היו קצרות מועד, שכן התעקשותה של ישראל הובילה לכך שהקהילה האירופית ולאחר מכן האיחוד האירופי הודרו מכל תפקיד משמעותי בתהליך השלום המזרח-תיכוני שהושק בוועידת מדריד.¹⁶⁴ הסכמי אוסלו

Daphna Kapeliuk-Klinger, *A Legal Analysis of the Free Trade Agreement of 1975 Between the European Community and the State of Israel*, 27 *ISR. L. REV.* 415 (1993).

RICHARD W.T. POMFRET & BENJAMIN TOREN, *ISRAEL AND THE EUROPEAN COMMON MARKET: AN APPRAISAL OF THE 1975 FREE TRADE AGREEMENT* (1980).

PARDO & PETERS, *UNEASY NEIGHBORS*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5-26. העקרונות של הצהרת ונציה כוללים את חזון הקהילה האירופית באשר לשלושה מרכיבי יסוד בסכסוך: (1) "הבעיה הפלסטינית"; (2) שאלת ירושלים; (3) ההתנחלויות הישראליות.

Joel Peters, *Europe and the Arab-Israeli Peace Process: The Declaration of the European Council of Berlin and Beyond*, in *BOUND TO COOPERATE – EUROPE AND THE MIDDLE EAST* 150, 156 (Sven Behrendt & Christian-Peter Hanelt eds., 2000).

SØREN DOSENRODE & ANDERS STUBKJÆR, *THE EUROPEAN UNION AND THE MIDDLE EAST* (2002); COSTANZA MUSU, *EUROPEAN UNION POLICY TOWARDS THE ARAB-ISRAELI PEACE PROCESS: THE QUICKSANDS OF POLITICS* (2010); PATRICK MÜLLER, *EU FOREIGN POLICYMAKING AND*

שנחתמו בשנים 1993 ו-1995 בין ישראל לפלסטינים הובילו לשינוי באופי היחסים בין ישראל לאיחוד האירופי, ומגעים לכינון הסכמי סחר חדשים בין ישראל לבין האיחוד החלו באופן מיידי. בדצמבר 1994, בפגישתם של ראשי מדינות האיחוד האירופי בעיר אסן שבגרמניה, נתנו מנהיגי האיחוד האירופי תנופה משמעותית לקידום יחסי ישראל והאיחוד האירופי, תוך התייחסות ספציפית למעמדה המיוחד של ישראל במערכת יחסי החוץ של האיחוד האירופי.¹⁶⁵

2. הסכם ההתאגדות בין ישראל לאיחוד האירופי משנת 1995

בנובמבר 1995 חתמו ישראל והאיחוד האירופי על הסכם סחר חדש, שנכנס לתוקפו ביוני 2000.¹⁶⁶ הסכם ההתאגדות האירופי-תיכונית, המכונה גם "הסכם האסוציאציה" (להלן: הסכם ההתאגדות), מהווה שדרוג משמעותי להסכם האס"ח משנת 1975, שקבע את מסגרת הקשרים הכלכליים בין ישראל לקהילה האירופית בשני העשורים שקדמו להסכם ההתאגדות. ההסכם משנת 1995 מהווה ציון דרך מרכזי ביחסי ישראל והאיחוד האירופי.¹⁶⁷ החתימה על ההסכם מיצבה את ישראל במעמד מיוחד, אשר הפך אותה למדינה חברה בשותפות האירופי-תיכונית (Euro-Mediterranean Partnership – EMP), המכונה גם "תהליך ברצלונה" (Barcelona Process – BP).¹⁶⁸ בעת חתימת ההסכם הייתה ישראל השותפה האגן-תיכונית היחידה – למעט טורקיה, בעלת הקשרים האדוקים ביותר לאיחוד האירופי – שהגיעה לרמת תיעוש פנימי שהייתה בת השוואה לרמה בקרב חברות האיחוד האירופי, וכך התאפשר לישראל לשתף פעולה עם

THE MIDDLE EAST CONFLICT: THE EUROPEANIZATION OF NATIONAL FOREIGN POLICY (2012); ANDERS PERSSON, THE EU AND THE ISRAELI-PALESTINIAN CONFLICT 1971–2013: IN PURSUIT OF A JUST PEACE (2014)

European Council Meeting on 9 and 10 December 1994 in Essen – Presidency 165 Conclusions, www.europarl.europa.eu/summits/ess1_en.htm: "Israel, on account of its high level of economic development, should enjoy *special status* in its relations with the European Union on the basis of *reciprocity* and common interests" (ההדגשות הוספו).

Euro-Mediterranean Agreement establishing an association between the European 166 Communities and their Member States, of the one part, and the State of Israel, of the other part, June. 21 2000, O.J (L 147/1), eeas.europa.eu/archives/delegations/israel/documents/eu_israel/asso_agree_en.pdf

PARDO & PETERS, UNEASY NEIGHBORS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 48–57. 167 השותפות האירופי-תיכונית יצאה לדרכה בנובמבר 1995 במטרה להגדיר מחדש את יחסי האיחוד האירופי עם מדינות אגן הים התיכון הנמצאות בפריפריה של האיחוד ולפתח עימן מסגרת עבודה שתקדם שיתוף פעולה ויחסי שלום ואחוזה באגן הים התיכון. ראו הצהרת ברצלונה: *Barcelona Euro-Mediterranean Conference (27–28 November 1995) – Declaration and Work Programme*, Eur. Comm'n. Doc. 95/7 (Dec. 4, 1995), ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC_95_7

מדינות האיחוד באופן מיטבי במסגרת הסכם ההתאגדות על בסיס יחסי גומלין מלאים.¹⁶⁹

הסכם ההתאגדות שם לו למטרה, בין היתר, לחזק את שיתוף הפעולה המדעי והטכנולוגי. באוקטובר 1995 חתמו ישראל והאיחוד האירופי על הסכם מחקר ופיתוח, אשר הודות לו נהייתה ישראל למדינה הלא-אירופית הראשונה שהוכרה כשותפה מלאה בתוכניות "מסגרת המחקר" של האיחוד. למן שנת 1996 ישראל היא חברה מלאה ושותפה פעילה מאוד במיזמי מחקר ופיתוח של האיחוד האירופי, ומהווה מקור חשוב לחדשנות הן במחקר אירופי בסיסי והן במחקר אירופי יישומי. האיחוד האירופי הוא כיום מקור מימון המחקרים הגדול ביותר בישראל, גדול אף יותר מהקרן הלאומית למדע. משנת 1996 ועד מאי 2017 מימן האיחוד האירופי יותר מ-3,250 פרויקטים מחקריים בהשתתפות ישראלית, וזאת באמצעות תוכנית "מסגרת המחקר האירופית החמישית" (1998–2002), "מסגרת המחקר האירופית השישית" (2002–2006), "מסגרת המחקר האירופית השביעית" (2007–2013) ותוכנית המחקר והפיתוח האירופית "הורייזון 2020" (2014–2020). גופים ישראליים השתתפו במיזמי מחקר אירופיים, שזכו בתמיכה כספית של האיחוד האירופי בסכום כולל של כ-1.7 מיליארד אירו. בשנים 1996–2017 העבירה ישראל מתקציבה שלה יותר מ-1.27 מיליארד אירו לתוכניות המחקר והפיתוח של האיחוד האירופי,¹⁷⁰ ולתקציב של תוכנית המחקר "הורייזון 2020" לבדה היא צפויה להעביר כמיליארד אירו.¹⁷¹

על אף העובדה שהסכם ההתאגדות האירופי-ישראלי הוא בעיקרו הסכם כלכלי, באופיו הוא הרבה מעבר להסכם אס"ח רגיל, והוא כונן גם מסגרת לשיח פוליטי מתמשך בין ישראל לאיחוד האירופי. במסגרת ההסכם הוקמו מוסדות רשמיים לקיום דיאלוג מתמשך בין הצדדים. אחד מהם הוא "מועצת ההתאגדות" (Association Council), המתכנסת אחת לשנה בדרג שרי חוץ במטרה לבחון את הנושאים המרכזיים שעל סדר היום של הסכם ההתאגדות, לצד נושאים דו-צדדיים אחרים וכן נושאים בין-לאומיים שלשני הצדדים יש עניין משותף בהם.¹⁷² נקבע כי כל מחלוקת בין הצדדים שמועצת ההתאגדות לא תצליח ליישב תופנה למנגנון בוררות ייחודי שיוקם על ידי המועצה. גוף נוסף שהוקם במסגרת הסכם ההתאגדות הוא "ועדת ההתאגדות" (Association Committee), אשר מתכנסת בדרג פקידים בכירים משני הצדדים ואחראית ליישומו

Peter Malanczuk, *The Legal Framework of the Economic Relations Between Israel and the European Union*, in ISRAEL AMONG THE NATIONS 263 (Alfred E. Kellermann, Kurt Siehr & Talia Einhorn eds., 1998)

Press Release, *EU Commissioner for Research, Science and Innovation Visits the Start-Up Nation* (May 17, 2017), eeas.europa.eu/delegations/israel/26342/eu-

רועי גולדשמידט *השתתפות מדינת ישראל בתוכנית המסגרת למחקר ופיתוח של האיחוד האירופי* (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2014) knesset.gov.il/committees/heb/material/data/mada (2014-02-10).pdf

172 בשל המתיחות הפוליטית השוררת בשנים האחרונות בין ישראל לאיחוד האירופי, מפגשה האחרון של מועצת ההתאגדות התקיים ביולי 2012.

היומימי של ההסכם. בהתאם להסכם ההתאגדות הוקמו גם עשר תת-ועדות וקבוצת עבודה לא רשמית אחת בדרג של מומחים לטובת דיונים בעניינים מקצועיים.¹⁷³ בעוד המבוא להסכם ההתאגדות מתייחס לקשר ההיסטורי בין האיחוד האירופי והמדינות החברות בו לבין ישראל, וכן לערכים המשותפים שהם חולקים, ההסכם עצמו אינו מפרט את הערכים והנורמות שהם חולקים, ואינו מסביר כיצד ערכים אלה יתוו את מערכת היחסים בין הצדדים. כך, למשל, סעיף 2 להסכם מציין בפשטות כי "היחסים בין הצדדים, כמו גם כל ההוראות של ההסכם עצמו, יתבססו על כבוד לזכויות אדם ולעקרונות דמוקרטיים, אשר מנחה את המדיניות הפנימית והבין-לאומית שלהם, ומהווה יסוד חיוני בהסכם זה". אלא שבמהלך השנים נותר סעיף יסוד זה הצהרתי בעיקרו. הסכם ההתאגדות מעיד על העדר כל חשיבה מערכתית בין ישראל לאיחוד האירופי באשר לאופי היחסים ביניהם מעבר לצורך המידי להעמיק את הקשרים הכלכליים ביניהם. בסופו של יום, הסכם ההתאגדות הוא מסמך א-פוליטי להפליא,¹⁷⁴ אשר נעדר תכנון אסטרטגי ארוך טווח – הן מצד ישראל והן מצד האיחוד האירופי – באשר לעתידה של מערכת היחסים על כלל היבטיה.¹⁷⁵

3. המחלוקת בדבר כללי המקור, והנחיותיו של האיחוד האירופי בנוגע לתמיכה כלכלית בישויות ישראליות בשטחים המוחזקים

סוגיית הטובין המיוצרים בהתנחלויות הישראליות, אשר מיוצאים לשוקי האיחוד האירופי כשהם פטורים ממכסים או בהנחות ובהטבות מיוחדות תחת הסכם ההתאגדות משנת 1995, עוררה מחלוקת ממושכת בין ישראל לבין האיחוד האירופי באשר לפרשנותם של "כללי המקור" (rules of origin) במסגרת תנאי ההסכם.¹⁷⁶ הפרוטוקול הרביעי להסכם מגדיר את המושג "מוצרי מקור" (originating products) ואת מנגנון שיתוף הפעולה המנהלי בין הצדדים להסכם. הפרוטוקול מציין בפירוט את אמות המידה לקביעת מקור הטובין לגבי קטגוריות שונות של מוצרים, אולם הסכם ההתאגדות אינו כולל הגדרה ברורה ל"שטחה של מדינת ישראל".

173 עשר התת-ועדות עוסקות בנושאים הבאים: מסחר, תעשייה ושירותים; השוק הפנימי; מחקר, חדשנות, חברת ידע, חינוך ותרבות; תחבורה, אנרגיה וסביבה; דיאלוג פוליטי ושיתוף פעולה; משפט ונושאי חוק; כלכלה ונושאים פיננסיים; שיתוף פעולה מכסי ומיסוי; נושאי חברה והגירה; חקלאות ודגה; וארגונים בין-לאומיים. הצדדים מקיימים גם דיאלוג סדיר בנושאי זכויות אדם במסגרת קבוצת העבודה הבלתי-רשמית.

174 Pardo & Peters, *Uneasy Neighbors*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 48–51.

175 Yehezkel Dror & Sharon Pardo, *Approaches and Principles for an Israeli Grand Strategy Towards the European Union*, 11 EUR. FOREIGN AFF. REV. 17 (2006).

176 בשנת 2019, כ-36% מהייבוא של מדינת ישראל (להוציא יהלומים) הגיע מהאיחוד האירופי, וכ-30% מהייצוא של מדינת ישראל (להוציא יהלומים) נעשה לשוקי האיחוד האירופי. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "סחר החוץ לפי ארצות בשנת 2019" 4 (הודעה לתקשורת, 19.1.2020).

בהתבסס על הצהרות העבר של הקהילה האירופית ושל האיחוד האירופי בנוגע לסכסוך הישראלי-ערבי, "שטחה של מדינת ישראל" מבחינת האיחוד האירופי הוא בגבולות שנקבעו בהסכמי שביתת הנשק של 1949. האיחוד האירופי תומך באופן מלא בהחלטות 242 ו-338 של מועצת הביטחון של האומות המאוחדות, ומבחינתן של עשרים ושבע המדינות החברות באיחוד האירופי החלטות אלה מתוות את קווי המתאר הבסיסיים לכל הסכם עתידי שיעסוק בשטחים המוחזקים ובהקמתה של מדינה פלסטינית.¹⁷⁷ בינואר 2016 הבהיר האיחוד האירופי באופן חד-משמעי את עמדתו באשר לשאלת "שטחה של מדינת ישראל". מועצת שרי החוץ של האיחוד הצהירה כי "האיחוד האירופי והמדינות החברות בו מחויבים להבטיח יישום מתמשך, מלא ויעיל של חקיקת האיחוד האירופי וההסדרים הדו-צדדיים הקיימים החלים על מוצרים מההתנחלויות. האיחוד האירופי מביע את מחויבותו להבטיח – בהתאם למשפט הבין-לאומי – שכל ההסכמים בין מדינת ישראל לאיחוד האירופי יצינו באופן חד-משמעי ומפורש כי הם אינם חלים בשטחים שנכבשו על ידי ישראל ב-1967".¹⁷⁸ ישראל, לעומת זאת, מעדיפה להותיר את תחימת גבולותיה באופן מעורפל.

השאלה העוסקת במקור הטובין המיוצרים בהתנחלויות הישראליות הועלתה על ידי הנציבות האירופית בעיצומה של חקירה אחרת. בשנת 1993 חשדה הנציבות האירופית שיצרני מיץ תפוזים בישראל השתמשו בתרכיז מיץ תפוזים מברזיל במשקאות שהודבקה עליהם תווית "מיץ ישראלי", וזאת במטרה ליהנות מהטבות מס תחת הסכם האס"ח שנחתם בין ישראל לקהילה האירופית בשנת 1975. אף על פי שהנציבות האירופית לא הצליחה לאתר ראיות חד-משמעיות להתקיימותה של הונאה, היא פרסמה בנובמבר 1997 "התראה ראשונה ליבואנים" שבה היא הודיעה ליבואנים האירופיים כי קיים יסוד סביר לספקות בנוגע לתוקפן של "תעודות המקור" ("תעודת תנועה" EURI) למיץ הישראלי, וכן שהיבואנים האירופיים יהיו אחראים להחזר המכסים או ההנחות וההטבות המיוחדות בהתאם להסכם ההתאגדות משנת 1995. חקירה זו של הנציבות האירופית שימשה תמריץ להטלת ספק במקור הטובין המיוצאים לאיחוד האירופי מההתנחלויות הישראליות, מאחר שבאותה "התראה ראשונה" גם יידעה הנציבות את היבואנים האירופיים בדבר בעיות הנוגעות ביישומן של פרק כללי המקור בהסכם ההתאגדות על ידי ישראל ככל שהדבר נוגע במוצרים מההתנחלויות הישראליות.

¹⁷⁷ החלטה 242 של מועצת הביטחון של האו"ם קוראת לנסיגה צבאית ישראלית מכל השטחים שנכבשו במלחמת ששת הימים; לסיום מצב הלחימה; להכרה בריבונותה, בשלמותה הטריטוריאלית ובעצמאותה המדינית של כל מדינה באזור; להכרה בזכותה של כל מדינה באזור לחיות בשלום בגבולות בטוחים ומוכרים ללא איומים או מעשי תוקפנות; ולהשגת הסדר צודק בנוגע לבעיית הפליטים. ראו S.C. RES. 242 (Nov. 22, 1967). החלטה 338 של מועצת הביטחון של האו"ם שבה ומדגישה את חשיבותה של החלטה 242, וקוראת לצדדים לפתוח במשא ומתן במטרה להשיג שלום יציב ובר קיימא. S.C. RES. 338 (Oct. 22, 1973).

¹⁷⁸ Council Conclusions on the Middle East Peace Process, conclusion 8, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (Jan. 18, 2016), www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/01/18/fac-conclusions-mepp.

במאי 1998 הגיעה הנציבות האירופית למסקנה כי בהתאם להחלטות של העצרת הכללית ושל מועצת הביטחון של האו"ם, ההתנחלויות הישראליות בשטחים המוחזקים אינן מהוות חלק משטחה של מדינת ישראל. בהתאם לכך קבעה הנציבות האירופית כי טובין שמקורו בהתנחלויות הישראליות בשטחים המוחזקים אינו זכאי לביטול מכסים או להנחות והטבות מיוחדות תחת הסכם ההתאגדות. כתוצאה מכך פסקה הנציבות האירופית כי על רשויות המכס הישראלי להפסיק את הפקתן של תעודות מקור ישראליות לטובין שמקורו בהתנחלויות הישראליות. לשיטתה של הנציבות האירופית, במעשה זה ישראל מפרה את הגדרת הפרוטוקול הרביעי להסכם ההתאגדות בדבר כללי המקור.¹⁷⁹ הדיונים שהתקיימו בין ישראל לבין האיחוד האירופי על סוגיית כללי המקור נמשכו שנים מספר, אך הצדדים כשלו בניסיון להגיע לפתרון משביע רצון. בסופו של דבר נאלצה ישראל להיכנע לדרישות האיחוד האירופי, ובדצמבר 2004 הגיעו הצדדים ל"הסדר טכני" בעניין המחלוקת בנוגע לכללי המקור. בינואר 2005 פרסמה הנציבות האירופית התראה חדשה לרשויות המכס האירופיות, לעמילי המכס וליבואנים האירופיים, ובה יידעה אותם כי "טובין שמקורם במקומות המצויים בשליטה ישראלית למן שנת 1967 אינם זכאים ליהנות מיחס מועדף" תחת הסכם ההתאגדות, ולפיכך יש להטיל עליהם את מלוא המכסים.

בהתאם לעקרונות "ההסדר הטכני" בין הצדדים, שנכנס לתוקפו בפברואר 2005, טובין מההתנחלויות הישראליות מסומנים אומנם כ"מיוצרים בישראל", אלא שעתה תעודות המקור הישראליות חייבות לכלול גם את שם מקום הייצור ואת קוד המיקוד המדויק של אתר הייצור. באוגוסט 2012 פרסמה הנציבות האירופית "התראה חדשה ליבואנים", בצירוף רשימה מעודכנת של קודי המיקוד של האזורים אשר טובין המיוצרים בהם אינם זכאים ליהנות מיחס מועדף תחת הסכם ההתאגדות.¹⁸⁰ רשויות המכס ברחבי האיחוד האירופי תוזכרו כי "יסורב יחס מועדף לטובין אשר תעודת המקור שלו מעידה כי הוא יוצר במיקום הנמצא בשטחים הכפופים למנהל ישראלי למן יוני 1967".¹⁸¹

בהקשר זה יש להוסיף כי בפברואר 1997 חתם האיחוד האירופי על הסכם התאגדות זמני עם הארגון לשחרור פלסטין (אש"ף) לטובת הרשות הפלסטינית (רש"פ). הסכם זה, בפרוטוקול השלישי שלו, מגדיר את המושג "מוצרי מקור" וכן את מנגנון שיתוף

Lior Zemer & Sharon Pardo, *The Qualified Zones in Transition: Navigating the Dynamics* 179 of the *Euro-Israeli Customs Dispute*, 8 EUR. FOREIGN AFF. REV. 51 (2003); ליאור זמר "סכסוך עם האיחוד האירופי בעניין 'כללי מקור': חלופות לפתרון" **מיסים** טז(1) א-87 (2002); Pardo & Zemer, לעיל ה"ש 4.

180 רשימת אזורי המיקוד אשר טובין המיוצרים בהם אינם זכאים ליהנות מיחס מועדף תחת הסכם ההתאגדות עודכנה בשנים 2014, 2015 ו-2019.

Notice to Importers – Imports from Israel into the EU, 2012 O.J. (C 232/3), eur-181 .lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:232:FULL&from=EN

הפעולה המנהלית בין הצדדים להסכם.¹⁸² לקיומה של מערכת הסכמת מקבילה מול ישראל ומול אש"ף, ולעובדה ששני ההסכמים כוללים בתוכם סעיפים בדבר כללי המקור, יש חשיבות קריטית. במילים אחרות, אם האיחוד האירופי לא יישם ככתבו וכלשונו את סעיף כללי המקור המצוי בהסכם ההתאגדות מול ישראל, הוא יפר באופן בוטה את סעיף כללי המקור המצוי בהסכם ההתאגדות הזמני עליו חתם עם אש"ף לטובתה של הרש"פ.

אכן, בשנת 2010 פסק בית המשפט האירופי בפרשת *Brita* כי לכל אחד משני הסכמי ההתאגדות האמורים יש תחולה טריטוריאלית עצמאית, וכי אין כל חפיפה טריטוריאלית ביניהם.¹⁸³ לגישתו של בית המשפט האירופי, רשויות המכס הישראליות ורשויות המכס הפלסטיניות צריכות להיות בעלות סמכות בלעדית בתוך המרחב הטריטוריאלי השיפוטי שלהן להפקת תעודות מקור. מכך גזר בית המשפט כי אי-אפשר לפרש את הסכם ההתאגדות בין האיחוד האירופי לבין ישראל באופן המאלץ את הרשויות הפלסטיניות לוותר על זכותן לממש את סמכויותיהן הבלעדיות במרחב הטריטוריאלי השיפוטי שלהן, המוקנות להן מכוח הסכם ההתאגדות הזמני שנחתם בין האיחוד האירופי לבין אש"ף לטובת הרש"פ.¹⁸⁴ בית המשפט האירופי פסק, אם כן, כי הסכם ההתאגדות בין האיחוד האירופי לישראל "חייב להיות מפורש כמורה כי מוצרים שמקורם בגדה המערבית אינם נופלים לתוך המסגרת הטריטוריאלית של הסכם זה, ולפיכך אינם זכאים ליחס מועדף מכוח ההסכם".¹⁸⁵ בנובמבר 2015 פרסמה הנציבות האירופית "התראה פרשנית" נוספת שבה הבהירה כי תוויות "יוצר בישראל" המתייגות מוצרים מההתנחלויות הישראליות בשטחים המוחזקים מוליכות שולל צרכנים אירופים, ואינן עולות בקנה אחד עם החקיקה הקיימת של האיחוד האירופי.¹⁸⁶ בשנת 2019 חזר בית המשפט האירופי לדון בסוגיה ובאופן יישומה של "ההתראה הפרשנית" משנת 2015 בפרשת *Psagot*. בית המשפט פסק כי על המדינות חברות האיחוד האירופי חלה החובה לאכוף את "ההתראה הפרשנית", אשר בהתאם לה על מוצרי מזון מההתנחלויות הישראליות בשטחים

Euro-Mediterranean Interim Association Agreement, O.J. EUR. Cmty. L 187/3 (Jul. 16, 1997).

Case C-386/08, *Firma Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, 2010 E.C.J. I-01289 (להלן: עניין *Brita*).

184 *Dror & Pardo*, לעיל ה"ש 175.

185 עניין *Brita*, לעיל ה"ש 183, פס' 53. השוו עם *Case C-104/16, P Council v. Front Polisario*, 2016 E.C.J. I-973, שבו דחה בית המשפט האירופי את אפשרות יישומם של הסכם ההתאגדות שנחתם בין האיחוד האירופי למרוקו ואת הסכם הליברליזציה בין הצדדים בשטחי סהרה המערבית. תוקפם של הסכמים אלה, הדגיש בית המשפט, חל רק בשטחה המוכר של ממלכת מרוקו. *Guy Harpaz, The Front Polisario Verdict and the Gap Between the EU's Trade Treatment of Western Sahara and Its Treatment of the Occupied Palestinian Territories*, 52 J. WORLD TRADE 619 (2018).

186 Interpretative Notice on Indication of Origin of Goods from the Territories Occupied by Israel Since June 1967, COM (2015) 7834 final (Nov. 11, 2015).

המוחזקים לשאת תיוג ברור המבהיר שמוצרים אלה לא יוצרו בישראל, אלא בהתנחלויות ישראליות. בית המשפט פסק כי העדר תיוג כזה מטעה את הצרכנים האירופים: "אי-אפשר לצפות שהצרכנים ינחשו, בהעדר מידע... שמקור מוצרי המזון הוא... בהתנחלות שהוקמה... תוך הפרה של חוקי המשפט ההומניטרי הבינ-לאומי... המידע שמסופק לצרכנים חייב לאפשר להם לקבל החלטות מושכלות, בפרט תוך התייחסות לשיקולים בריאותיים, כלכליים, סביבתיים, חברתיים ואתיים."¹⁸⁷

בעניין אחר לכאורה, אך במידה רבה בדיוק באותו עניין, פרסם האיחוד האירופי ביולי 2013 הנחיות האוסרות הקצאות כספים לחברות, לארגונים ציבוריים ולארגוני חברה אזרחית הפועלים בהתנחלויות הישראליות בשטחים המוחזקים.¹⁸⁸ האיסור כולל גם שיתופי פעולה במסגרת תוכנית המחקר והפיתוח האירופית "הוריזון 2020". פרסום ההנחיות האירופיות הוביל לפתיחתה של "מלחמת מהלומות" בין ישראל לאיחוד האירופי, אשר הסתיימה בסופו של דבר בפשרה שאפשרה הן את יישום ההנחיות האירופיות והן את השתתפותה של ישראל בתוכנית המחקר "הוריזון 2020".¹⁸⁹ על פי ההנחיות, למן ינואר 2014 גופי האיחוד האירופי אינם רשאים עוד לממן או להעניק פרסים ומענקים לישויות ישראליות בהתנחלויות הישראליות. לצד פסיקתו של בית המשפט האירופי בפרשת *Brita*, ולמן נובמבר 2019 גם בפרשת *Psagot*, הבהירו ההנחיות כי האיחוד אינו מכיר בריבונות הישראלית בשטחים המוחזקים, וזאת ללא כל קשר למעמדם המשפטי בהתאם לחוק הישראלי. עוד הוסיפו ההנחיות תנאים ברורים לכל מימון ציבורי מתמשך לישויות ישראליות. תגובתה הרשמית של ישראל על ההנחיות האירופיות הייתה נועמת. ישראל פירשה את ההנחיות ככלי מלחמה במסגרת המערכה למניעת השקעות ולהטלת עיצומים המנוהלת נגדה (BDS), וכחלק מנסיונות הדה-לגיטימציה של ישראל בזירה הבינ-לאומית.¹⁹⁰

המחלוקת בדבר כללי המקור בין האיחוד האירופי לישראל, כמו גם איסור התמיכה הכלכלית האירופית בישויות ישראליות בשטחים המוחזקים, משקפים את חשיבותו של האיחוד האירופי לכלכלת ישראל ולמחקר ולפיתוח האקדמיים והתעשייתיים הנעשים בה, ומבליטים את הפער העמוק בין הצדדים באשר לתפיסות ולתובנות הפוליטיות-המשפטיות בכל הנוגע במעמדן המשפטי הבינ-לאומי של ההתנחלויות הישראליות.

Case C-363/18, Organisation Juive Européenne, Vignoble Psagot Ltd v. Ministre de l'Économie et des Finances, 2019 E.C.J. I-954 ¶¶ 50, 53 (להלן: פרשת *Psagot*).

European Commission, Guidelines on the Eligibility of Israeli Entities and Their Activities in the Territories Occupied by Israel Since June 1967 for Grants, Prizes and Financial Instruments Funded by the EU from 2014 Onwards, O.J. (C 205/9).

Agreement Between the European Union and the State of Israel on the Participation of the State of Israel in the Union Programme 'Horizon 2020 – The Framework Programme for Research and Innovation (2014–2020)', O.J. L 177/1 (June 17, 2014), available at [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0617\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0617(01)&from=EN).

Neve Gordon & Sharon Pardo, *Normative Power Europe and the Power of the Local*, 53 J. COMMON MKT. STUD. 416 (2015).

כניעתה של ישראל לדרישותיו השונות של האיחוד האירופי, כפיית "ההסדר הטכני" משנת 2004 וההנחיות האירופיות משנת 2013 על ישראל, בחירתה של ישראל לא להתייצב לפני בית המשפט האירופי בפרשות *Brita* ו-*Psagot*, ובפועל צמצום גבולותיה הכלכליים, המחקריים והתעשייתיים הבין-לאומיים המוכרים של ישראל לגבולות 1967, מהווים סימן ברור שישראל הבינה – לאחר סגת כללי המקור, פרשות *Brita* ו-*Psagot* וכן פרשת ההנחיות בדבר איסור התמיכה הכלכלית האירופית בישויות ישראליות בהתנחלויות – את מקומה במערכת יחסיה עם האיחוד האירופי. בסופו של יום קלטה ישראל את עוצמתו וחשיבותו של האיחוד האירופי למדינת ישראל מבחינה כלכלית, מסחרית, פוליטית ומחקרית, ובמידה מסוימת אף את עוצמתו המשפטית ואת מקומו של האיחוד האירופי בזירת המשפט הבין-לאומית. נוסף על כך, סירובו המתמשך של האיחוד לקבל את טענותיה המשפטיות של ישראל מעיד גם על תפקידו הנורמטיבי המתעצם של האיחוד האירופי בעולם בכלל ובישראל ובמזרח התיכון בפרט.¹⁹¹

4. מדיניות השכנות האירופית

בשנת 2004 השיק האיחוד האירופי את "מדיניות השכנות האירופית" (European Neighbourhood Policy – ENP). ישראל קידמה מדיניות זו בהתלהבות רבה, במיוחד לנוכח ההזדמנויות שהיא כללה לפיתוח מערכת יחסים דו-צדדית הדוקה יותר. התלהבותה הרבה של ישראל הונעה בעיקר מהתקווה הישראלית לזניחת המסגרת האזורית האירופי-תיכונית ("תהליך ברצלונה"), שבה ראתה ישראל מכשול מרכזי לקידום ולפיתוחם של יחסיה עם האיחוד האירופי. "תוכנית הפעולה" שהושקה בדצמבר 2004 על ידי ישראל והאיחוד האירופי הייתה תוכנית הפעולה הראשונה שאושרה על ידי הנציבות האירופית במסגרת מדיניות השכנות האירופית. אף שתוכנית הפעולה הישראלית-האירופית מבוססת על הסכם ההתאגדות בין הצדדים, היא מתווה ופורשת בצורה רחבה מערכת מקיפה ומשותפת של סדרי העדיפויות של שני הצדדים, ופותחת אפשרות לפני ישראל להשתתף באופן הדרגתי בתוכניות ובמדיניות מרכזיות של האיחוד האירופי. תוכנית הפעולה שמה דגש מיוחד ב"שדרוג היקף הפעולה הפוליטית", על ידי קריאה לדיאלוג פוליטי מחודש "המבוסס על ערכים משותפים, לרבות סוגיות כגון קידום זכויות אדם וחירויות יסוד והגנה עליהן; שיפור הדיאלוג בין תרבויות ודתות; קידום פעולות רב-צדדיות יעילות במסגרת האו"ם; [1]מאבק

Neve Gordon & Sharon Pardo, *The European Union and Israel's Occupation: Using Technical Customs Rules as Instruments of Foreign Policy*, 69 MIDDLE E. J. 74 (2015); Anders Persson, *Shaping Discourse and Setting Examples: Normative Power Europe can Work in the Israeli-Palestinian Conflict*, 55 J. COMMON MKT. STUD. 1415, 1415-1431 (2017); Patrick Müller & Peter Slominski, *The Role of Law in EU Foreign Policy-making: Legal Integrity, Legal Spillover, and the EU Policy of Differentiation Towards Israel*, 55 J. COMMON MKT. STUD. 871 (2017).

באנטישמיות, בגזענות, בשנאת זרים ובאסלאמופוביה"¹⁹². נוסף על כך, תוכנית הפעולה מעודדת גם דיאלוג מעמיק ליישוב הסכסוך במזרח התיכון, למניעת תפוצת נשק להשמדה המונית ופיתוח טילים בליסטיים, למיגור הסחר הבלתי-חוקי בצידוד צבאי ולחיזוק המאבק נגד הטרור. בזירה הכלכלית תוכנית הפעולה מעודדת את הגברת האינטגרציה הכלכלית בין ישראל לאיחוד האירופי על ידי העמקת הסחר וההשקעות ההדדיות; ליברליזציה של סחר ושירותים, במיוחד שירותים פיננסיים; וכן העמקה והעצמה של הדיאלוג הכלכלי הקיים, לצד זיהוי תחומים נוספים שבהם אפשר לפעול בדרך חקיקתית לקירוב דינים בין האיחוד האירופי לישראל.

תוכנית הפעולה מפרטת גם מגוון של תוכניות ויוזמות משותפות לפעילות ישראלית-אירופית בארבעה תחומים: (1) הידוק שיתוף הפעולה המשטרתי והמשפטי בנושאים הקשורים להגירה וכן ללחימה בפשע מאורגן, לרבות מאבק בסחר בבני אדם; (2) קידום שיתוף הפעולה בנושאי מדע, טכנולוגיה, מחקר ופיתוח, חברת ידע, תחבורה, אנרגיה ורשתות תקשורת; (3) הדגשת שיקולים של איכות הסביבה במדיניות ציבורית; (4) הידוק הקשרים ושיתופי הפעולה במיזמי "עם לעם" בתחומי החינוך, התרבות, החברה האזרחית ובריאות הציבור.

למן אימוצה בשנת 2004 אפשרה תוכנית הפעולה לאיחוד האירופי ולישראל להעצים ולהעמיק את יחסיהם הפוליטיים, הבטחוניים, הכלכליים והמשפטיים, וסייעה בהאצת שיתוף הפעולה המדעי והחברתי-התרבותי. שיתוף הפעולה המוסדי במועצת ההתאגדות, בוועדת ההתאגדות, פת-ועדות ובקבוצת העבודה הלא-פורמלית סייעו בהידוק קשרי העבודה היומיומיים בין המומחים הישראלים והאירופים המופקדים על יישום תוכנית הפעולה. אין כל ספק שאימוצה של תוכנית הפעולה מדגיש עוד יותר את חשיבותו של האיחוד האירופי לכלכלה, למסחר, לחברה, למדע, למשפט ולתשתית של ישראל, כמו גם את היות האיחוד האירופי שחקן מרכזי בזירה הבין-לאומית (כפי שניכר, לדוגמה, בהסכם הגרעין עם איראן, במלחמות הסחר ובמאבק הבין-לאומי במשבר האקלים ובפליטת גזי חממה) ושחקן פוליטי עולה בזירה המזרח-תיכונית (לעניין תהליך השלום הישראלי-פלסטיני ולעניין קירובן של מדינות ערב לגוש מדינות המערב), אשר אל לה לישראל לזלזל בו ולזנוח אותו, על אף מערכת היחסים ההדוקה בינה לבין ארצות הברית.¹⁹³

במסגרת תהליך העדכון של מדיניות השכנות (ENP Review Process), שאותו השיק האיחוד האירופי בנובמבר 2015, פעלו האיחוד האירופי ושותפותיו, וביניהן ישראל כמובן, לייצוב מרחב השכנות האירופית, תוך התמקדות בסדרי העדיפויות המרכזיים שזוהו על ידי הצדדים לתהליך. במהלך משא ומתן זה הצהירה ישראל כי סדרי העדיפויות החדשים שלה לשיתוף פעולה עם האיחוד האירופי הם בתחומי האנרגיה, התחבורה והביטחון.¹⁹⁴ סדרי עדיפויות אלה טרם נדונו בין הצדדים בפגישת שרי החוץ

192 ראו Pardo & Peters, Israel and the European Union, לעיל ה"ש 157, מסמך 5/9.

193 Pardo & Peters, Uneasy Neighbors, לעיל ה"ש 3, בעמ' 111-123.

194 ריאיון אישי עם בכיר בשירות החוץ האירופי (2.7.2018).

במועצת ההתאגדות, אשר כאמור לא התכנסה לפגישותיה השנתיות לִמְן שנת 2012 לנוכח הידרדרות היחסים המדיניים בין ישראל לאיחוד האירופי.

5. שדרוג ועדכון של יחסי ישראל והאיחוד האירופי

ביוני 2008 החליטה מועצת ההתאגדות של האיחוד האירופי וישראל להדק ולקרב את יחסי האיחוד האירופי וישראל, במסגרת תוכנית הפעולה של מדיניות השכנות האירופית, בשלושה תחומים: שיתוף הפעולה הדיפלומטי; השתתפותה של ישראל בסוכנויות אירופיות, בקבוצות עבודה ובתוכניות; ושילובה של ישראל בתוך השוק האירופי האחד. בהקשר זה, בצד הצהרתו על מחויבותו לפיתוח יחסים קרובים יותר עם ישראל, הדגיש האיחוד האירופי כי "משותפות מעין זו תשתמע גם מעורבות משמעותית יותר של האיחוד האירופי בתהליך השלום ובפיקוח על המצב בשטח". עוד הדגיש האיחוד האירופי כי "את התהליך של פיתוח שותפות הדוקה יותר בין האיחוד האירופי לישראל יש ליישם ולראות בהקשר של הטווח הרחב של האינטרסים והיעדים המשותפים שלנו, הכוללים במיוחד את יישוב הסכסוך הישראלי-פלסטיני באמצעות יישומו של פתרון שתי המדינות"¹⁹⁵. בדצמבר של אותה שנה שב האיחוד האירופי ואישר את נחישותו לשדרג את היחסים עם ישראל, ופרסם הנחיות להידוק מבני הדיאלוג עם ירושלים (המכונות גם "הנחיות בריסל")¹⁹⁶.

אולם כשבועיים לאחר פרסום הנחיות בריסל פתחה ישראל במבצע "עופרת יצוקה" ברצועת עזה. כתוצאה מהמתחים הפוליטיים, שגברו על רקע המבצע הצבאי, הוקפא המשא ומתן לשדרוג יחסי האיחוד האירופי וישראל, והצדדים החליטו על הארכת תוקפה של תוכנית הפעולה משנת 2004, אשר פגה בשנת 2008, במקום לשדרג את מערכת יחסיהם. במהלך המפגש של מועצת ההתאגדות ביוני 2009 הדגיש האיחוד האירופי לפני ישראל כי תהליך השדרוג צריך להיראות בהקשר הרחב יותר של תהליך ממושך לקראת יישוב הסכסוך הישראלי-פלסטיני. עם זאת, ביולי 2012 החליטו שרי החוץ של האיחוד האירופי "לעדכן" את מערכת היחסים של ישראל והאיחוד האירופי ב-60 פעילויות קונקרטיות וב-15 תחומים ספציפיים, כולל שיתוף פעולה עם כמה סוכנויות אירופיות במסגרת תוכנית הפעולה הנוכחית.¹⁹⁷

בדצמבר 2013 הציגה מועצת שרי החוץ של האיחוד האירופי לישראל הצעה לשדרוג יחסי ישראל והאיחוד האירופי לרמה של "שותפות מועדפת מיוחדת" (Special Privileged Partnership) לאחר השגת הסכם שלום ישראלי-פלסטיני. בהתאם להצעת המועצה, במסגרת הסכם שלום כזה יספק האיחוד לישראלים ולפלסטינים חבילה של סיוע אירופי פוליטי, כלכלי ובטחוני, שתכלול, בין היתר, גם "נגישות מוגברת של

195 Pardo & Peters, Israel and the European Union, לעיל ה"ש 157, מסמך 5/39.

196 שם, מסמך 5/41.

197 Council of the EU Press Release, Eleventh Meeting of the EU-Israel Association Council (July 24, 2012).

השווקים האירופיים, קשרי תרבות ומדע הדוקים יותר, סיוע במסחר ובהשקעות, כמו גם קידום היחסים בין עסקים שונים".¹⁹⁸ ישראל לא הגיבה מעולם באופן רשמי על הצעת האיחוד לשותפות מועדפת מיוחדת, ומסרבת לדון עם האיחוד האירופי על האפשרות לשדרוג מערכת היחסים לרמת שותפות זו.

לסיכום, יחסי ישראל והאיחוד האירופי מקפלים בתוכם כמה מגמות סותרות, אשר עם השנים יצרו מערכת יחסים טעונה והפכפכה מאוד: מחד גיסא, מערכת היחסים מתאפיינת בקשרים כלכליים, תרבותיים ואף אישיים הדוקים, אשר מעמיקים ומתגברים עם השנים; מאידך גיסא, ברמה הפוליטית זוהי מערכת מריחה ומאכזבת מבחינת שני הצדדים. במהלך השנים הציגה ישראל רצון כן בהידוק הקשרים עם האיחוד האירופי ורצון להשתלב בפרויקט האינטגרציה האירופית, אולם בד בבד ישראל חשדנית מאוד כלפי האיחוד האירופי והמדינות החברות בו, ואינה בוטחת בכוונות האירופיות בכל הקשור לסכסוך הישראלי-ערבי ולאזור המזרח התיכון בכללותו. כתוצאה מכך ישראל נחושה למזער את תפקידו של האיחוד האירופי בתהליך השלום במזרח התיכון.¹⁹⁹ האיחוד האירופי, מצידו, אומנם הציע לישראל לשדרג את יחסיה עימו לרמת שותפות מועדפת מיוחדת, אולם כשל בנסיונו להבהיר מה נכלל במעמד ייחודי זה שהוצע לישראל. האיחוד האירופי והמדינות החברות בו מבקשים מישראל לאמץ את פרויקט האינטגרציה האירופית ואת הערכים האירופיים, אך בה בעת מוסדות האיחוד האירופי והמדינות החברות בו מתייחסים לישראל כאל "האחר" האולטימטיבי.²⁰⁰

פרק ג: ממצאים דסקריפטיביים ואמפיריים ראשוניים

מאמר ההמשך למאמר הנוכחי מצטרף למחקרים הכמותיים בספרות המשפטית. מחקרים אלה אינם נמצאים במוקד המחקר המשפטי, אולם עיון בספרות המחקרית העכשווית המקומית והעולמית מלמד על מגמה של שינוי בכל הנוגע במקומו של הכלי האמפירי, ועל הכרה גוברת בפוטנציאל הגלום בכלי זה. מתודולוגיות אמפיריות שונות מוכרות יותר ויותר כבעלות יכולת לאשש או להפריך השערות בתחום המחקר המשפטי, או

Council of the EU Press Release, Council Conclusions on the Middle East Peace Process 198 (Dec. 16, 2013); Bruno Oliveira Martins, *Interpreting EU-Israel Relations: A Contextual Analysis of the EU's Special Privileged Partnership Proposal*, 29 CAMBRIDGE REV. INT'L AFF. 151-170 (2016).

PARDO & PETERS, UNEASY NEIGHBORS 199, לעיל ה"ש 3, בעמ' 111-123.

Iver B. Neumann, *Self and Other in International Relations*, 2 EUR. J. INT'L REL. 139 200 (1996); Patrick Müller & Sharon Pardo, *Israel and Palestine and the European Neighbourhood Policy*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK ON THE EUROPEAN NEIGHBOURHOOD POLICY 347 (Tobias Schumacher, Andreas Marchetti & Thomas Demmelhuber eds., 2016).

להאיר באופן שונה סוגיות משפטיות שונות אשר באופן מסורתי היו מוצגות באמצעות מחקר תיאורי בלבד. לשאלה בדבר עצם השימוש במשפט השוואתי יש היבטים פילוסופיים-יוריספרודנטליים, אך גם היבט מעשי. אכן, בעוד המאמר הנוכחי מבקש להניח תשתית עיונית באשר למקומו של כלי המשפט ההשוואתי בישראל, כמו גם להניח תשתית עיונית לאנטומיית היחסים בין ישראל לאיחוד האירופי ולמגמות ההתקרבות ביניהם בכל תחומי החיים, מאמר ההמשך יבקש להציג כיצד מגמות התקרבות אלה משתקפות מבחינה מעשית בפסיקתו של בית המשפט העליון. מטרת פרק זה היא להציג ממצאים דסקריפטיביים ואמפיריים ראשוניים המעידים לטעמנו על מגמות התקרבות אלה, כפי שהן באות לידי ביטוי בעולם המעשה השיפוטי. הניתוח המלא, שיוצג במאמר ההמשך, יהווה ניתוח של כלל פסקי הדין שבהם נעשתה הפניה כלשהי למקורות של משפט האיחוד האירופי, תוך שימוש בכלי דסקריפטיבי-אמפירי משולב ובהתבסס על המתודולוגיה של ניתוח מובאות (citation analysis).²⁰¹

כאמור, פרק זה מניח את התשתית המקדמית, על ידי בחינת דוגמאות ייחודיות מהמשפט הציבורי ומהמשפט הפרטי, כהכנה למאמר ההמשך. אחד מפסקי הדין המכוננים בתחום המשפט הציבורי שבו נעשתה הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי הוא פסק הדין בעניין **עדאלה**,²⁰² שהוא אחת ההלכות המשמעותיות ביותר בתחום המשפט החוקתי בישראל. בפסק דין זה נדונה עתירה שהוגשה לבג"ץ נגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, בטענה שחוק זה פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון. הדיון בעתירה התקיים בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים, ואנו בדעה שפסק הדין הינו דוגמה מייצגת לשימוש הנרחב שבית המשפט העליון עושה, בין היתר, במקורות נורמטיביים שונים שמקורם במשפט האירופי בכללותו.

הנשיא ברק, בדעת מיעוט, מציין כי "הזכות לאיחוד משפחות מוכרת כמרכיב בזכות לחיי משפחה גם במשפט הבינלאומי ובמשפט החוקתי של מדינות רבות",²⁰³ ומפנה לשורה של פסקי דין שבהם נפסק כי החלטות בנושאי הגירה הפוגעות בקשר שבין בני

201 המתודולוגיה של ניתוח מובאות מבוססת על ההבנה הבסיסית שפנייה למובאות משפטיות מהווה חלק מכל פסיקה משפטית כמעט. הערך המחקרי בניתוח מובאות בפסיקתו של בית המשפט העליון הוא היכולת לזהות את מקורותיה של השיטה המשפטית. בכך ניתוח מובאות יכול לשמש כלי לניבוי כמותי של השפעה, והוא נתפס כסובייקטיבי פחות מאשר מתודולוגיות מחקריות אחרות. ראו, למשל, Richard A. Posner, *The Theory and Practice of Citations Analysis, with Special Reference to Law and Economics* 2 (John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 83, 1999). ראו גם Zaring, לעיל ה"ש 42, אשר השתמש גם הוא במתודולוגיה זו על מנת לבחון את היקף הפנייה לדין הזר במסגרת הערכאות הפדרליות בארצות הברית. מתודולוגיית המחקר של זרינג דומה מאוד לזו שיישמנו אנו במחקרנו זה, בשינויים המחייבים. דיון נרחב במתודולוגיה זו, במגבלותיה ובאופן יישומה במחקרנו ראו במאמר ההמשך.

202 בג"ץ 7052/03 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: עניין **עדאלה**).

203 שם, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק.

זוג או בקשר שבין הורה לילדו עשויות לפגוע בזכויות לפי סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם.²⁰⁴ אחד מאותם פסקי דין ניתן על ידי בית המשפט האירופי בעניין *Carpenter*.²⁰⁵ הפניה זו לפסק הדין, שנעשתה ללא התייחסות מפורטת, נועדה לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת הדין המקומי לדין האירופי בכלל, ולמשפט האיחוד האירופי בפרט, בכל הנוגע בהכרה בזכות לאיחוד משפחות. בהמשך מפנה הנשיא ברק לאמנת אמסטרדם משנת 1999,²⁰⁶ ומציין כי בעקבות כינונה הועברו ענייני ההגירה לסמכותה של הקהילה האירופית. הנשיא מציין כי בעקבות כינונה של האמנה חוקקה המועצה האירופית את הדירקטיבה בדבר הגירה משנת 2004.²⁰⁷ דירקטיבה זו מחייבת את כל מדינות האיחוד (למעט אירלנד, בריטניה ודנמרק) – בהתבסס, בין היתר, על סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות האדם – וקובעת כי איחוד משפחות מהווה דרך הכרחית לאפשר חיי משפחה.²⁰⁸ הנשיא ברק מציין כי הדירקטיבה בדבר הגירה "מקנה זכות רחבה לאיחוד משפחות לכל תושבי האיחוד האירופי, בין אם בן הזוג הזר הוא אזרח מדינה החברה באיחוד, ובין אם לאו".²⁰⁹

שני שופטים נוספים שישבו במושב שדן בעניין **עדאלה** הפנו אף הם למקורות נורמטיביים של משפט האיחוד האירופי. המשנה לנשיא (בדימ') חשין מציין, בדרך אגב, כי "בעקבות הלכה מן הדין הבינלאומי, חוקק האיחוד האירופי את הדירקטיווה של שנת

204 European Convention on Human Rights. אמנה זו אינה חלק ממשפט האיחוד האירופי. בפסק הדין בעניין **עדאלה** נעשה שימוש רב במקורות נורמטיביים המשתיכים לפסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג. מקורות נורמטיביים אלה אינם שייכים למשפט האיחוד האירופי, והם מוצגים כאן, בחלקם, על מנת להציג את ההתייחסות הרחבה למשפט האירופי בכללותו, לצד השימוש במקורות הנורמטיביים של משפט האיחוד האירופי.

205 Case C-60/00 *Carpenter v. Secretary of State*, [2002] ECR I-6279

206 Treaty of Amsterdam Amending the TEU, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, 2 October 1997, 1997 O.J. (C340) 1, 37 I.L.M. 253.

207 Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC

208 כאמור, אמנה זו אינה מקור נורמטיבי של משפט האיחוד האירופי, והשימוש בהפניה זו מוצג במחקרנו כדי ללמד על שימוש מעמיק במקורות המשפט האירופי בכללותו. כמו כן, במסגרת אזכור האמנה מציין הנשיא ברק שלושה פסקי דין שמקורם בבית המשפט האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג (ה-ECHR), ואשר במסגרתם נקבע כי החלטות בנושאי הגירה הפוגעות בקשר שבין בני זוג או בקשר שבין הורה לילדו עשויות לפגוע בזכויות לפי סעיף 8 לאמנה: *Berrehab v. Netherlands*, 11 EHRR 322 (1988); *Moustaquim v. France*, 13 EHRR 82 (1991); *Ciliz v. Netherlands*, 33 EHRR 623 (2000). ראו עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 202, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק. פסקי דין אלה לא נספרו כהפניות במחקרנו.

209 עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 202, פס' 37 לפסק דינו של הנשיא ברק.

2004, ובה קיבלו על עצמן מיקצת מדינות האיחוד לחוקק הסדרים פנימיים – מסוייגים – שלפיהם יותרו לבני זוגם הזרים של תושבים להגר למדינה. בטרם היות הדירקטיווה לא הייתה זכות שכזו לבני הזוג אלא בהתאם למשפטה הפנימי של כל מדינה ומדינה.²¹⁰ הפניה זו נעשתה אומנם ללא כל הפניה לדירקטיבה מסוימת, אך ברור שהכוונה לדירקטיבה הנדונה לאורך פסק הדין, ועל כן היא סווגה במחקרנו כאזור חולף.

השופטת נאור מפנה למאמרם של רובינשטיין ואורגד,²¹¹ ומתמקדת במסקנותיהם ביחס לדירקטיבה האירופית משנת 2004:

“רובינשטיין ואורגד מתייחסים במאמרם למחקרו של ארתורו ג'ון, שהוקדש לסקירת נושא זה [של הגירה לצורכי נישואים – ל' ז' וש' פ'] במשפט הבינלאומי והאירופי. הם העירו כי 'המחבר מדגים כיצד כל מסמך בין-לאומי המעניק לכאורה אפשרות זו מסייגה מיד או קובע תנאים ומגבלות שמרוקנים אותה מתוכן. זהו עניין למדינות ובמסגרת ריבונותן. זהו אידיאל ושאפה הומניטארית יותר מאשר חובה משפטית'... בהתייחס לדירקטיבה האירופית משנת 2004, המוזכרת בפסק דינו של הנשיא, נאמר כי היא אמנם הרחיבה את האפשרות להגר לצרכי נישואין באיחוד האירופי, אך בה בעת היא איפשרה 'שיקול דעת רחב למדינות לקבוע תנאים והגבלות סביב אפשרות זו'...”²¹²

האופן שבו השופטת נאור (שניצבה בדעת רוב) משווה את דין האיחוד האירופי לדין הישראלי מנוגד לאופן הפרשנות ולמסקנות הנלוות של הנשיא ברק (שניצב בדעת מיעוט) ביחס לאותו מקור נורמטיבי. ההפניות למשפט האירופי בולטות בפסק הדין, והן נעשו במטרה לפרש את הדין המקומי תוך השוואת הדין הישראלי לדין האירופי. אף על פי כן נדחתה העתירה בקביעה כי גם אם החוק פוגע בזכות לחיי משפחה, הפגיעה היא מידתית. נראה שעל אף החשיבות שהוקנתה לזכות לחיי משפחה הן בדין הישראלי והן בדין האירופי, המציאות הפוליטית, החברתית והבטחונית השונה הכריעה את הכף בפרשה זו.

הניתוח במאמר ההמשך יבקש להציג בבחינה כרונולוגית כיצד בפסק הדין בעניין **גלאון**,²¹³ שבו עלו לדיון שאלות דומות לאלה שניצבו בבסיס הדיון בעניין **עדאלה**, עמדה השופטת נאור בהרחבה על השינויים שחלו בדין האירופי בכללותו ובדין האיחוד האירופי בפרט מאז ניתנה חוות דעתה בעניין **עדאלה**.²¹⁴ למעשה, השימוש הראוי לציון

210 שם, פס' 53 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

211 אמנון רובינשטיין וליאב אורגד “זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין” הפרקליט מח 315 (2006).

212 עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 202, פס' 5 לפסק דינה של השופטת נאור (בעמ' 525–526).

213 בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44 (2012).

214 שם, בעמ' 215–216. כן ראו בהרחבה במאמר ההמשך.

שהציגה השופטת נאור בעניין גלאון במקורות של משפט האיחוד האירופי מעיד, לטעמנו, על הקשבה ישראלית לשיח האירופי, ומלמד כי בית המשפט הישראלי מקפיד להתעדכן בחקיקה ובפסיקה חדשות של האיחוד האירופי בסוגיות המתעוררות במשפט הישראלי.

עיון בממצאים מתחום המשפט הפרטי, כפי שיערך במאמר ההמשך, מגלה התכתבות רבה וגוברת עם מקורות של משפט האיחוד האירופי. אחד מפסקי הדין הבולטים בהקשר זה הוא פסק הדין בעניין סוויסה,²¹⁵ שעוסק בסוגיית סימני מסחר – המהווה אחד מענפי הקניין הרוחני שנבדקו במחקרנו – ואשר ניתן למצוא בו התייחסות מקיפה ומעמיקה למקורות של משפט האיחוד האירופי. במקרה זה ייבאו המערערים לישראל מוצרי לבוש של חברת בגדים בעלת מוניטין בין-לאומי, אף על פי שהם אינם בעלי הזכויות בסימן המסחר הרשום של החברה בישראל ואף אינם קשורים עימה בחוזה ישיר המקנה להם מעמד של יבואן רשמי. הייבוא נעשה באמצעות רכישה מספקים במדינות אחרות, שבהן משווקים את מוצרי החברה במחירים נמוכים יותר, במתכונת של "ייבוא מקביל". המערערים קיימו את פעילותם העסקית תוך הדגשת העובדה שמותגים יוקרתיים נמכרים במחירים זולים יותר. השופטת ברק-ארו מפנה בפסק דינה ללא פחות משנים-עשר דברי חקיקה ופסיקה מעולם משפט האיחוד האירופי, וכל ההפניות נעשות במטרה לפרש את הדין המקומי ביחס לדין האירופי. השופטת ברק-ארו מייחדת את פסקאות 37 עד 41 בפסק דינה למשפט האיחוד האירופי, כחלק מסקירת המשפט ההשוואתי שהיא עורכת. פסקאות אלה מתמקדות בתופעת "ייבוא המקביל" ובאופן התייחסותו של הדין האירופי אליה. השופטת מציינת כי "ייבוא מקביל" אל הגוש האירופי הינו אסור, אך אין מגבלות לגבי "ייבוא מקביל" בין מדינות אירופה לבין עצמן – דבר המוביל בפועל לקיומה של תחרות לפחות בתוך הגוש האירופי.²¹⁶ נוסף על כך היא מציינת כי סעיף 101 לאמנת האיחוד האירופי²¹⁷ אוסר נקיטת פעולות אשר ימנעו, יצמצמו או יעוותו את התחרות במסגרת המסחר בין המדינות החברות באיחוד. עוד מציינת השופטת ברק-ארו כי בית המשפט האירופי קבע כבר בשנת 1966 כי אי-אפשר להשתמש בסימן מסחר על מנת לחסום ייבוא מקביל בין מדינות האיחוד.²¹⁸

סעיף 36 לאמנת האיחוד האירופי מתיר הגבלת ייבוא, בין היתר לצורך הגנה על "הקניין המסחרי והתעשייתי", אך אוסר הפליה שרירותית או הטלת הגבלות סמויות על מסחר בין מדינות האיחוד. נאמר כי הסעיף משמש אף הוא בסיס לדוקטרינת המיצוי בגרסתה האירופית, כלומר, לקביעה שבעל זכות קניין רוחני אינו יכול למנוע מכירה והפצה של סחורתו לאחר שזו כבר נמכרה בהסכמתו באחת ממדינות האיחוד. בהקשר זה

215 ע"א 7629/12 סוויסה נ' TOMMY HILFIGER LICENSING LLC (פורסם בנבו, 16.11.2014).

216 שם, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו.

217 בגרסתה המעודכנת משנת 2007 (אמנת ליסבון).

218 *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community* CMLR 418 (1966).

מפנה השופטת לפסק הדין המכונן בעניין *Deutsche Grammophon*,²¹⁹ בהמשך היא מפנה לדירקטיבה האירופית לעניין סימני מסחר משנת 2008,²²⁰ שבה נקבעת באופן מפורש דוקטרינת המיצוי האזורי. השופטת ברק־ארז מתייחסת לסעיפים 7(1) ו-7(2) לדירקטיבה, ומסבירה את משמעותם לגבי חוקיותו של "הייבוא המקביל". בפרשו את סעיף 7(2) לדירקטיבה, הכיר בית המשפט האירופי בכך ש"ייבוא מקביל" בין מדינות האיחוד עלול לפגוע בנסיבות מסוימות במוניטין של בעל סימן המסחר. דברים אלה הודגשו היטב בפסק הדין המרכזי של בית המשפט האירופי בנוגע לשיווקם של בשמים מתוצרת "כריסטיאן דיור" במסגרת "ייבוא מקביל".²²¹ השופטת מוסיפה כי בית המשפט האירופי נמנע עד כה מלקבוע כי פעולות שיווק של יבואן מקביל אכן פגעו בפועל במוניטין של סימן מסחר, ומפנה לפסק דין *Bristol-Myers*²²² במטרה להראות כי השיקול המרכזי שהנחה את פסיקתו של בית המשפט האירופי בתחום "הייבוא המקביל" נסב בעיקר על השאלה אם המוצרים ששווקו במתכונת של "ייבוא מקביל" נמכרו תוך הכנסת שינויים באריזה או בסימון. השופטת ברק־ארז מסכמת את הגישה שהמשפט האירופי נוקט ביחס לסוגיה שעל הפרק, ומאזכרת פסיקה של בית המשפט האירופי משנת 1998 שלפיה דוקטרינת "מיצוי הזכויות" חלה רק כאשר המוצר נמכר לראשונה באחת מהמדינות חברות האיחוד.

בהמשך לכך נקבע כי מדינות האיחוד אינן רשאיות לקבוע במסגרת המשפט המדינתית שלהן כי זכויות קניין רוחני ימוצו גם כאשר הטובין נמכרו לראשונה מחוץ למדינות האיחוד.²²³ בהמשך דבריה מפנה השופטת לפסק דין של בית המשפט האירופי אשר

Case 78/70 *Deutsche Grammophon v. Metro* [1971] ECR 487 219
215, בעמ' 24.

2008 Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council [2008] OJ L 220
299/25. לפירוט על הדירקטיבה ראו פרשת **טוויסה**, לעיל ה"ש 215, בעמ' 24.

221 [1998] 1 CMLR 737 *Parfums Christian Dior SA v. Evora BV C-337/95*. באותו מקרה נקבע כי ככלל משווק של סחורה שיובאה בייבוא מקביל רשאי לא רק למכור את הטובין שצמוד להם סימן מסחר, אלא גם להשתמש בסימן המסחר על מנת להביא לידיעת הציבור את העובדה שהוא משווק את הטובין. כן נקבע בפסק הדין כי אף כאשר מדובר במוצרים יוקרתיים ביותר, בעל סימן המסחר אינו יכול להסתמך על סעיף 7(2) לדירקטיבה כדי למנוע ייבוא מקביל של מוצריו או פרסום שלהם, אלא כאשר הוא מוכיח שהשימוש בסימן המסחר גורם נזק חמור למוניטין של סימן המסחר. יתר על כן, נקבע כי הכרעה בשאלה אם שיטת השיווק פוגעת בסימן המסחר מחייבת בחינה של מכלול הנסיבות, לרבות סוג הסחורה והשוק שמדובר בהם.

222 Case C-427/93 *Bristol-Myers Squibb v. Paranova A/S*, and Case C-429/93 *C.H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG and Boehringer Ingelheim A/S v. Paranova A/S* and Case C-436/93 *Bayer Aktiengesellschaft and Bayer Danmark A/S v. Paranova A/S*, [1996] EUECJ C-427/93, [1996] ECR I-3457, [2000] Ch 75, [1997] FSR 102, [2002] 3 WLR 1746, [1996] ETMR 1, [1997] 1 CMLR 1151, (1997) 34 BMLR 59, [1996] CEC 716.

223 Case C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH v. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* [1998] ECR I-4799, [1998] 2 CMLR 953

דחה את קביעתו של בית המשפט בבריטניה שכאשר יצרן הסכים לשיווק מוצר באחת ממדינות האיחוד, הוא מיצה בכך את זכויותיו, אף אם המוצר שווק קודם לכן מחוץ לאיחוד.²²⁴

בנושא "דוקטרינת הדילול", אשר נבחנה גם היא בפסק הדין, מעירה השופטת כי גישת המשפט האירופי בנוגע לדוקטרינת זו הינה מרחיבה יותר מהגישה הנהוגה בישראל. הגישה האירופית, לדבריה, בוחרת לנקוט זהירות בכל הנוגע בהחלטה של הדוקטרינה על שיווק מוצרים "אמיתיים" של בעל סימן המסחר. במשפט האירופי, קובעת השופטת, תוך הפניה נוספת לפרשת *Dior*, "זכותו של בעל סימן המסחר להתנגד ליבוא מקביל של מוצרים שצמוד להם סימן מסחר עקב כך שמאמצי השיווק של היבואן המקביל פוגעים באופן קשה במוניטין הצמוד לסימן המסחר... נובעת מסעיף ספציפי בדירקטיבה (שאינה חלה כמוכן בישראל) ולא מדוקטרינת הדילול".²²⁵ בהקשר אחר מצינת השופטת ברק-ארז את קביעת בית המשפט האירופי שלצורך קבלת טענה המבוססת על "דוקטרינת הדילול" יידרש בעל סימן המסחר להוכיח כי בעקבות הדילול הנטען חל שינוי בהתנהגות הכלכלית של הצרכן הממוצע או למצער קיימת סבירות גבוהה שיחול בה שינוי כזה.²²⁶ השופטת ברק-ארז מסכמת באומרה כי בכך הציבה הפסיקה האירופית משוכה נוספת בפני בעלי סימני מסחר המבקשים להיבנות מ"דוקטרינת הדילול".

הפניה אחרונה של השופטת ברק-ארז היא לשני פסקי דין של בית המשפט האירופי שבהם נקבע כי השימוש בסימן מסחר כ"מילת מפתח" לפרסום ממומן אין בו כשלעצמו כדי להפר את סימן המסחר, ובלבד שלא נגרמת הטעיה באשר לזהותו של המוכר.²²⁷ ניתוח דסקריפטיבי דומה של שאר פסקי הדין בתחומי המשפט הציבורי והמשפט הפרטי שבהם נעשתה הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי יוצג בהרחבה ובצורה כרונולוגית במאמר המשך. הצגה ודיון כרונולוגיים אלה, בחלוקה לתחומי המשפט, מאפשרת להציג, לדעתנו, כיצד פנייתם של שופטי בית המשפט העליון למקורות של משפט האיחוד האירופי נהייתה משמעותית יותר במרוצת השנים הן בהיקפה והן באיכותה, עד כדי כך שניתן לטעון, בזהירות המתחייבת, כי בית המשפט העליון רואה במשפט האיחוד האירופי דין זר הראוי לשמש בסיס להשראה פרשנית, נורמטיבית ורעיונית, בסיס לחיזוק הדין הישראלי או אף בסיס לביקורת עליו. עם זאת,

מסחר רשאי למנוע ייבוא מקביל מבולגריה (אשר באותה התקופה לא הייתה עדיין חברה באיחוד האירופי), ולמעשה סגר את הדלת בפני ייבוא מקביל מחוץ לארצות האיחוד. על גישה זו, המכונה "אירופה כמבצר" (שכן היא חסמה את האיחוד האירופי לכל ייבוא מקביל חיצוני), נמתחה ביקורת רבה בספרות.

Zino Davidoff SA v. A & G Imports Ltd [2002] All E.R. (EC) 55 224

225 פרשת **טוויסה**, לעיל ה"ש 215, פס' 59 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

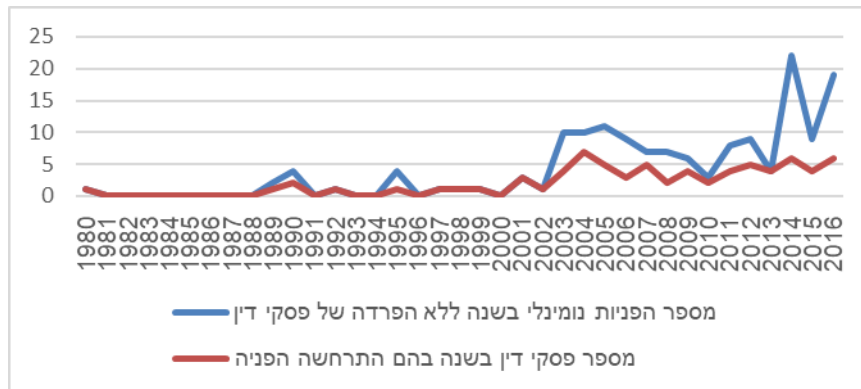
Case C-252/07 Intel Corp. v. CPM United Kingdom [2009] ETMR 13 226

Case C-236/08 Google France SARL and Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier SA 227
[2011] All ER (EC) 411; Case C-558/08 Portakabin Ltd v. Primakabin BV [2010] ECR I-06963

אנו בדעה כי משפט האיחוד האירופי, בהשוואה למקורות השוואתיים מתחרים, אינו מוכר דיו, ואינו זוכה עדיין במקום הראוי לו בפסיקתו של בית המשפט העליון. לשיטתנו, דלות ההפניות למשפט האיחוד האירופי נובעת מתפיסה היסטורית בדבר מקורות השיטה ובדבר חשיבותן של "שיטות המשפט הגדולות" והמוכרות. מצב זה משפיע על התפתחות המשפט הישראלי במרחבים משפטיים שונים, ועל כך נעמוד במאמר ההמשך.

תרשים 1 מציג את מגמות פנייתו של בית המשפט העליון למשפט האיחוד האירופי ברמתן הכללית ביותר. טווח השנים המוצג בתרשים הוא 1980–2016, שכן הפעם הראשונה שבה הפנה בית המשפט העליון למקור נורמטיבי של משפט האיחוד האירופי הייתה בפסק הדין בעניין קוואסמה משנת 1980.²²⁸ ניתן להבחין בתרשים 1 כי חלה מגמת עלייה ברורה בפניית בית המשפט העליון למקורות של משפט האיחוד האירופי.

תרשים 1: מספר פסקי הדין של בית המשפט העליון שמפנים למקורות של משפט האיחוד האירופי ומספר ההפניות הכולל למקורות אלה, בחלוקה לשנים (1980–2016)

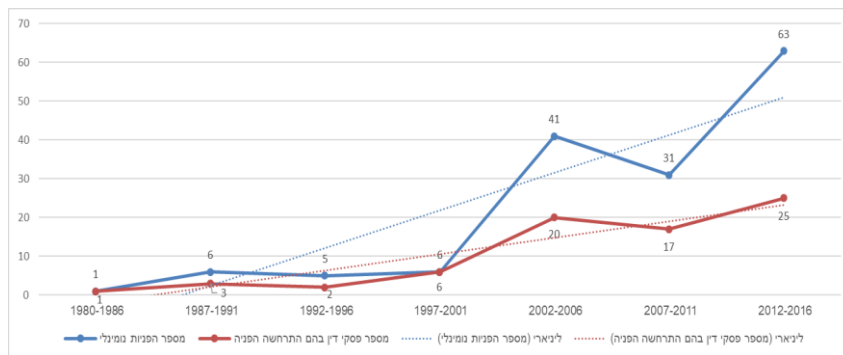


על מנת להבחין במגמת העלייה בצורה ברורה יותר, נערוך חלוקה לטווחי זמן בתוך התקופה הנבדקת. התצוגה הגרפית בתרשים 2 מחלקת את התקופה הנבחנת לקבוצות של חמש שנים, למעט הקבוצה הראשונה, הכוללת פרק זמן של שבע שנים בשל מיעוט ההפניות בתקופה זו. תצוגה גרפית זו ממחישה בצורה ברורה יותר את העלייה במספר פסקי הדין המפנים למקורות נורמטיביים של משפט האיחוד האירופי ואת העלייה במספר ההפניות הכולל למקורות אלה. ניתן לראות (לפי קווי המגמה) כי העלייה בנפח האזכור תלולה יותר מהעלייה במספר פסקי הדין המאזכרים מקורות אלה. נתון זה מלמד כי למרות העלייה המתונה יחסית במספר פסקי הדין שבהם בית המשפט העליון מפנה לפסיקת האיחוד האירופי, חלה עלייה משמעותית בנפח האזכור. יש להדגיש שהעלייה

228 בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (1) 617 (1980).

בהפניות המוצגת אינה עלייה יחסית לסך ההפניות למשפט ההשוואתי בפסיקתו של בית המשפט העליון, שכן המאגר שנבנה במסגרת מחקרנו בוחן אך ורק את ההפניות בפסיקתו של בית המשפט העליון למקורות של משפט האיחוד האירופי, ולא למקורות זרים נוספים. מאמר המשך יבחן ויצג את כלל פסקי הדין, בחלוקה לתחומים, יציג היבטים כמותיים נוספים וידון בהם.

תרשים 2: מספר פסקי הדין של בית המשפט העליון שמפנים למקורות של משפט האיחוד האירופי ומספר ההפניות הכולל למקורות אלה, בחלוקה לקבוצות של שנים (2016–1980)



סיכום

מאמר זה, המהווה חלק ראשון מבין צמד מאמרים, מבקש לספק תשתית עיונית והיסטורית לממצאים הדסקריפטיביים והאמפיריים שיוצגו במסגרת מחקר ההמשך. פרק א במאמר זה ביקש להציג את התפתחותו ההיסטורית והעיונית של המשפט ההשוואתי, תוך שימת דגש בעליית קרנו בעשורים האחרונים, במיוחד על רקע התחזקות השיח על אודות הדיאלוג השיפוטי העולמי. נמצאנו למדים כי לתרבות השיפוטית בישראל יש השפעה – גלויה וסמויה – על עולם החקיקה והפסיקה הישראלית. כמו כן, כבסיס הכרחי למחקר ההמשך, ביקשנו להציג את העדויות האמפיריות שנאספו עד כה בספרות המחקרית המקומית המלמדות על פנייתם של שופטי ישראל לכלי ההשוואתי ועל השימוש שלהם בו. ביקשנו להבדיל מחקרים אלה ממחקרנו זה על בסיס היעד המחקרי וכן אופן הניתוח הכמותי. בעוד מחקרי העבר התמקדו באופן דווקני וטבעי בשיטות המשפט "גדולות" (האנגלו-אמריקנית והאירופית-הקונטיננטלית), מחקר זה מבקש להציג נקודת מבט שונה.

ייחודיותה של נקודת המבט שלנו נעוצה בעובדה שהיעד המחקרי שאנו מתמקדים בו אינו שיטה מדינתית, אלא שיטת משפט על-מדינתית, המהווה מקור נוכח יותר ויותר

בפסיקתו של בית המשפט העליון. מחקר ההמשך יבקש להציג כיצד פנייתו של בית המשפט העליון למקורות של משפט האיחוד האירופי אומנם הולכת וגוברת, אך עדיין מועטה לנוכח הישגיו של האיחוד האירופי מבחינת אסדרה משפטית. בית המשפט העליון פנה (ועודנו פונה) למקורות של משפט האיחוד האירופי למטרות שונות ומגוונות, דוגמת הסתמכות, פרשנות של הדין המקומי, השוואת דינים, חיזוק הדין המקומי, השראה לפתרון משפטי, ואף כבסיס לביקורת שיפוטית על הדין הנוהג בישראל.

כמו כן, בעוד חלק ניכר ממחקרי העבר ביקשו לבחון את מגמות ההשתנות בהיקף הפנייה לדין הזר בכל מצאי פסיקתו של בית המשפט העליון לאורך תקופה נבדקת, וללא התייחסות למשפט האיחוד האירופי כשיטת משפט, מחקרנו, כפי שהוצג כאן ויוצג במאמר ההמשך, מתמקד אך ורק בפסקי הדין שבהם נעשתה הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי. ודוק: אין אנו מבקשים להצביע במסגרת מחקר זה על מגמות השתנות כלליות או יחסיות בהיקף או באיכות של הפנייה לדין הזר, אלא להצביע על מגמת התקרבות מסוימת בין שיטת המשפט הישראלית לבין זו של האיחוד האירופי, הנלמדת מהפנייה הגוברת למקורות של משפט האיחוד האירופי, כפי שהיא משתקפת בפסיקותיה של הערכאה השיפוטית העליונה בישראל.

בפרק ב במאמר זה ביקשנו להציג קווים למערכת היחסים הדו-צדדיים בין האיחוד האירופי לבין מדינת ישראל. דיון זה, שבחלקו הוא דיון היסטורי, הציג את מערכת היחסים מראשית דרכו של האיחוד האירופי כ"קהילת הפחם והפלדה" ועד ימינו אנו. ביקשנו לעמוד על שיתופי הפעולה הכלכליים, המסחריים, הפוליטיים, המחקריים-המדעיים והתרבותיים בין ישראל לאיחוד האירופי, כמו גם על מעורבותו ההיסטורית של האיחוד האירופי – במישור הפוליטי ובמישור המשפטי – בסכסוך הישראלי-ערבי/פלסטיני. למעורבותו של האיחוד בסכסוך המזרח-תיכוני יש השלכות משמעותיות ביותר על מערכת היחסים המורכבת והטעונה כל כך בין ישראל לבין האיחוד. מעורבות פעילה זו היא שתחמה את גבולותיה של מדינת ישראל מבחינה כלכלית ומבחינה משפטית לקווי 1967, והיא גם המעצבת את עתידה של מערכת היחסים האירופית-ישראלית בפרט ואת מערכת יחסיו של האיחוד האירופי עם מדינות המזרח התיכון ואגן הים התיכון בכלל. נוסף על כך ביקשה סקירה זו לטעון כי ההנחה שיחסי ישראל והאיחוד האירופי קפאו על השמרים אינה נכונה כלל ועיקר. מממצאי הסקירה עולה כי על אף הקשיים המסוימים והמורדות (כמו גם העליות) שהצדדים חווים במסגרת יחסיהם, מערכת היחסים ביניהם ממשיכה להתפתח כל העת.

כל אלה משמשים בסיס להבנה כי הפנייה למשפט האיחוד האירופי בפסיקתו של בית המשפט העליון אינה נעשית בחלל ריק או במנותק משאר מרכיביה של מערכת היחסים בין הצדדים, אלא כחלק בלתי נפרד ממגמת ההתקרבות הכללית המקיפה את רוב נדבכיה של מערכת יחסים זו. מכאן גם נובעת הביקורת שתוצג במאמר ההמשך על דלות ההפניות למשפט האיחוד האירופי בשיטת המשפט הישראלית. לנוכח העובדה ששורשיהם של רבים משופטי ישראל נטועים במדינות אירופה, ובעיקר לנוכח מערכת היחסים הייחודית כל כך שהמדינה מקיימת עם האיחוד האירופי ועם המדינות החברות

בו, מתבקש שהאסדרה המשפטית האירופית – אשר מתקדמת במגוון תחומים ומשפיעה על החקיקה המקומית בישראל – תמצב את מעמדה כמשפט זר נוכח יותר בפסיקה הישראלית. ביטוי לכך יובא במאמר ההמשך, אשר ישלים את המסגרת המחקרית שהוצגה במאמר זה, כמו גם את תמונת הממצאים שהוצגה בקצרה בפרק ג, על ידי ניתוח דסקריפטיבי ואמפירי משולב של כלל פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם נעשתה הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי. שני המאמרים יחדיו מהווים כאמור חלקים של אותו שלם מחקרי המבקש לתור אחר חשיבותו של משפט האיחוד האירופי כדין זר במשפט הישראלי ולא תגר את נוכחותו הדלה כל כך בדיון המשפטי בישראל.