

מעמדו של משפט האיחוד האירופי כדין זר בישראל – התנהגות הפסיקה במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי (חלק שני)

ליאור זמר*, שרון פרדו**

ביטוי לחשיבותם ולמשמעותם של מקורות השוואתיים להתפתחות המשפט בישראל ניתן למצוא בחקיקה ובפסיקה המקומיות. מחקרים רבים בספרות המקומית 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

* פרופסור חבר, סגן דקן בית ספר הארי רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.
** פרופסור חבר, Jean Monnet Chair *ad personam* במחלקה לפוליטיקה וממשל וראש מרכז סימון וייל למחקר וללימודי אירופה בת זמננו, המרכז הלאומי למצוינות במחקר ובהוראת הלימודים האירופיים ע"ש ז'אן מונה, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב.

לעיון בחלקו הראשון של מחקר זה ראו ליאור זמר ושרון פרדו "מעמדו של משפט האיחוד האירופי כדין זר בישראל – עיון באנטומיה של מערכת יחסים" **משפט ועסקים** כב 457 (2019).

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, לדיוויד 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, נטלי שניידר-דרומי, עידו מור-חיים, ג'ייסון רוזנברג, עדן יגזאו, אלמוג לוי, מאי ארלובסקי, תמר סצ'רדוטי, עקיבא פונד, יהונתן חצרוני ורעות דהן. תודתנו מסורה למערכת כתב העת **משפט ועסקים** על הארות ביקורתיות מועילות אשר תרמו לגיבוש גרסתו הסופית של המאמר. תודה מיוחדת ועיקרית לשגיאת 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 השפעותיו של משפט האיחוד האירופי על התפתחות המשפט במדינות שאינן חברות באיחוד האירופי.

הישראלית התפתח במרוצת השנים ונהפך לפסיפס רבגוני, אשר בסוגיות משפטיות מסוימות 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 מבקש להשלים את התמונה המחקרית שהוצגה במאמר קודם, אשר הניח תשתית עיונית והיסטורית למקומו של המשפט ההשוואתי בישראל וכן ליחסים בין ישראל לאיחוד האירופי במרוצת השנים. השלמת התמונה המחקרית במאמר זה נעשית באמצעות ניתוח דסקריפטיבי ואמפירי משולב של כל פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם נעשתה הפניה כלשהי למקורות של משפט האיחוד האירופי.

ממצאי המחקר מלמדים על חלחול הדרגתי אך עקבי של נורמות משפטיות שמקורן במשפט האיחוד האירופי אל תוך פסיקת בית המשפט העליון, ועל עלייה גוברת ומתמדת במעמדו ובקרנו של משפט האיחוד האירופי בקרב שופטי בית המשפט העליון בישראל. הפניות למקורות של משפט האיחוד האירופי, כפי שממצאי המחקר מלמדים, נעשות, בין היתר, במסגרת פסיקות תקדימיות או עקרוניות בעלות השלכות רוחב, ואותם מקורות של משפט האיחוד האירופי מהווים בהן בסיס להשראה פרשנית, נורמטיבית או רעיונית, או אף כבסיס לחיזוק הדין המקומי או לביקורת כלפיו. ממצאי המחקר מלמדים על עלייה מתמדת, חיובית ויציבה במספר פסקי הדין שבהם נעשתה הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי. נוסף על כך, מחקר זה מצביע גם על עלייה תלולה ואיכותית בהיקפה ובנפחה של ההפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי בתקופה הנבדקת. ממצאי המחקר מאתגרים את נפקדותו של משפט האיחוד האירופי בשיח המשפט ההשוואתי, ומצביעים על תפקידו של המשפט האירופי בהתפתחות נורמות בשיטות משפט של מדינות שאינן חברות באיחוד האירופי. ממצאי המחקר מניחים ומחזקים את הטענה כי חלה התקרבות פרשנית ורעיונית של שיטת המשפט הישראלית אל עבר הרעיונות והנורמות המצויים בשיטת המשפט של האיחוד האירופי, כחלק מתהליך התקרבות כולל של ישראל אל האיחוד האירופי בכל תחומי החיים.

מבוא

פרק א : נתונים ושיטות

1. מאגר הנתונים

2. מתודולוגיה: ניתוח מובאות

פרק ב: ממצאים

1. השפעתו של משפט האיחוד האירופי על המשפט הציבורי הישראלי
2. השפעתו של משפט האיחוד האירופי על המשפט הפרטי הישראלי
3. מקורות אירופיים נוספים בפסיקת בית המשפט העליון
4. מגמות כלליות במעמדו של משפט האיחוד האירופי כדין זר

סיכום

"אנחנו מושפעים יותר מדי מהמשפט האמריקני שהוא מאוד לא תאורטי; טוב ללמוד גם את המשפט המתפתח ב[יבשת] אירופה."¹

מבוא

מאמר זה מבקש להשלים, באמצעות בחינה דסקריפטיבית ואמפירית משולבת, את הדין העיוני וההיסטורי שהוצע במאמר המהווה את חלקו הראשון של מחקר זה.² המאמר הראשון הציג את התפתחות המחקר המשפטי ההשוואתי בישראל, תוך התייחסות לרעיונות המניעים מרחב מחקרי זה ולעליית קרנו של המשפט ההשוואתי על רקע התחזקות הדיאלוג השיפוטי הבין-לאומי. במאמר הראשון נסקרו העדויות האמפיריות שנאספו עד כה בספרות המחקרית המקומית על אודות השימוש בכלי ההשוואתי בקרב שופטי ישראל, המעידות על המקורות הזרים שאליהם הפנו שופטי בית המשפט העליון במרוצת השנים. מחקר זה נסוג ומבקר מחקרי עבר. בעוד שמחקרי עבר התמקדו באופן דווקני בשיטות המשפט ה"גדולות" (האנגלו-אמריקנית והאירופית-היבשתית),³ מחקר זה מציע נקודת מבט ייחודית וראשונה בשיח המשפט ההשוואתי. היעד של מחקר זה אינו שיטה מדינתית, אלא שיטה על-מדינתית – זו של האיחוד האירופי. נפקדותה של שיטה זו מהמחקר ההשוואתי היא מוחלטת, אף שהיא מהווה מקור נוכח יותר ויותר בפסיקת בית המשפט העליון, כפי שנלמד ממצאי המחקר המוצגים במאמר זה. בעוד שחלק ניכר ממחקרי העבר ביקשו לבחון את מגמות ההשתנות בהיקף ההפניות לדין זר בכל המצאי של פסיקת בית המשפט העליון לאורך תקופה נבדקת, ללא התייחסות נפרדת למשפט האיחוד האירופי, מחקרנו מתמקד רק בפסקי הדין שבהם

1 דבריו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) שלמה לויין המובאים אצל אליחי שילה ואח' **ללא גלימה – שיחות עם שופטי בית המשפט העליון** 69 (ענת סרגוסטי עורכת, 2017).

2 ראו ליאור זמר ושרון פרדו "מעמדו של משפט האיחוד האירופי כדין זר בישראל – עיון באנטומיה של מערכת יחסים" **משפט ועסקים** כב 457 (2019).

3 ראו שם, תת-פרק א3.

נעשתה הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי. מחקרנו אינו מבקש אם כן להצביע על מגמות השתנות אמפיריות כלליות או יחסיות בהיקף או באיכות של ההפניות לדין זה, אלא להצביע על מגמת התקרבות פרשנית ורעיונית הולכת וגוברת – באמצעות דיאלוג שיפוטי גלוי – של שיטת המשפט הישראלית אל משפט האיחוד האירופי, כחלק ממגמת התקרבות כללית יותר, בכל תחומי החיים, הנובעת מנסיבות היסטוריות ומהיחסים בין ישראל לאיחוד האירופי. חלקו השני של המאמר הראשון הציג את פסיפס היחסים הפוליטיים בין ישראל לבין האיחוד האירופי. ממצאיו ביקשו להראות כי על אף התנודתיות ביחסים בין הצדדים, הרחבת היחסים והדדיות בין האיחוד האירופי למדינת ישראל נמשכת כל העת ונמצאת במגמת התפתחות. כל אלה משמשים, לדעתנו, בסיס להבנה כי הפנייה ההולכת וגוברת למשפט האיחוד האירופי בפסיקת בית המשפט העליון, כפי שתוצג במאמר זה, אינה נעשית בחלל ריק או במנותק מיתר מרכיבי היחסים בין הצדדים, אלא כחלק ממגמת התקרבות שלמה.

מטרתו של מאמר זה היא להמחיש לקוראים ולהציג לפנייהם את האופן שבו שופטי בית המשפט העליון הפנו במרוצת התקופה הנבדקת למקורות הנורמטיביים של משפט האיחוד האירופי למטרות שונות. איסוף הנתונים האמפיריים והדסקריפטיביים במסגרת צמד מאמרים זה הינו ייחודי, ולמעשה זהו מאגר הנתונים הראשון בישראל ובעולם שבחן את היחסים בין האיחוד האירופי לישראל בתחום המשפטי. זה המקום להאיר את עיני הקוראים כי באופן טבעי בחינתו של מאגר הנתונים שנוצר במסגרת המחקר והשימוש בו לא מוצו (ולמעשה אינם יכולים להתמצות) עד תום בצמד מאמרים המבקש לחקור תופעה ייחודית בפעם הראשונה. אנו סבורים ובטוחים כי מאגר נתונים זה עוד ישמש אותנו וחוקרים אחרים במחקרים עתידיים לצורכי בחינה סטטיסטית ואמפירית מתקדמת של המובא במסגרת מחקר זה. אולם, כאמור, בשל העובדה שזו הפעם הראשונה שהתופעה נבחנת, עיקר מטרתנו היא לפרוש לפני הקוראים את יחסם של שופטי בית המשפט העליון למקורות של משפט האיחוד האירופי, כמשתקף בפסיקתם.

ממצאי מחקר זה מלמדים על חלחול נורמות משפטיות של משפט האיחוד האירופי לתוך פסיקתו של בית המשפט העליון,⁴ ועל עלייה גוברת, למן שנת 1980, במעמדו של משפט האיחוד האירופי בפסיקת בית המשפט העליון. בית המשפט מפנה כיום במסגרת פסיקותיו – ובכלל זה גם בפסיקות עקרוניות ובעלות השלכות רחב – למקורות שונים של משפט האיחוד האירופי, תוך שאיבת השראה פרשנית, נורמטיבית ורעיונית ממערכת המשפט העל-מדינתית האירופית. בזירת המשפט הציבורי נמצא כי בפסיקות במשפט החוקתי נעשית ההפניה הרבה ביותר למקורות של משפט האיחוד האירופי; ובתחום המשפט הפרטי נמצא כי בענף הקניין הרוחני, על ענפיו השונים, נעשית ההפניה הרבה ביותר למקורות של משפט האיחוד האירופי. ממצאי המחקר מלמדים גם על עלייה מתמדת, חיובית ויציבה במספר פסקי הדין שבהם נעשית הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי. נוסף על כך, מחקר זה מצביע גם על עלייה תלולה ואיכותית בהיקפה

Ian Manners, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, 40 J. COMMON MKT. 4 .STUD. 235 (2002).

ובנפחה של ההפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי בתקופה הנבדקת. נתונים אלה ונתונים אחרים המוצגים במסגרת מחקר זה, כמו גם במאמר הראשון, מצביעים על התקרבות פרשנית ורעיונית של שיטת המשפט הישראלית אל עבר הרעיונות והנורמות המצויים בשיטת המשפט של האיחוד האירופי.

מבנה הדיון במאמר יהיה כדלקמן. פרק א יסקור את החומרים והשיטות שעמדו בבסיס הממצאים האמפיריים במחקר זה. נציג את האופן שבו נבנה מאגר הנתונים, את מקומה של מתודולוגיית ניתוח המובאות (citation analysis) בספרות המחקרית ואת אופן יישומה במחקרנו. פרק ב יציג מקבץ לא ממצה של פסקי דין של בית המשפט העליון שבהם נעשתה הפניה למשפט האיחוד האירופי, ואת האופן שבו שולבו מקורות אלה וקיבלו מעמד של דין זר בפסיקה הישראלית. בחרנו מנעד של דוגמאות מענפי משפט שונים, שניתן ללמוד מהן על האופן שבו בחרו שופטי בית המשפט העליון בתקופה הנבדקת לפנות למקורות של משפט האיחוד האירופי, להקיש מהם ולהסתמך עליהם לצורך הכרעה בסוגיות שלפניהם. חלק מפסקי הדין שיוצגו בפרק השני הם פסקי דין מכוננים במשפט הישראלי. ראשית תוצג השפעתו של משפט האיחוד האירופי על ענפי המשפט הציבורי בישראל, ולאחר מכן תוצג השפעתו על ענפי המשפט הפרטי. בחינה כללית ומדגמית של פנייה למקורות אירופיים נוספים, שאינם חקיקה או פסיקה, תוצג לקראת סיומו של הפרק השני, ולפני פרק הסיכום נדון במגמות כלליות נוספות במעמדו של משפט האיחוד האירופי כדין זר, כפי שהן נלמדות ממאגר הנתונים שנאסף במסגרת מחקר זה.

פרק א: נתונים ושיטות

מבחינה מסורתית והיסטורית, שיעור המחקרים הכמותיים שנערכו בעולם המשפט נמוך באופן משמעותי משיעור המחקרים האיכותניים. לאורך השנים נערכו בספרות המחקרית בעיקר מחקרים תיאוריים העוסקים בדיון בנורמות חברתיות, בשאלות פילוסופיות ובפיתוח תיאוריות לשם הצדקתן או דחייתן של נורמות. אך עם עליית הריאליזם המשפטי זכה המחקר האמפירי במעמד מרכזי בדיון על מתודולוגיות רצויות לחקר המשפט ועל הפוטנציאל של מתודולוגיות אלה להאיר באופן שונה סוגיות משפטיות.⁵

5 Michael Heise, *The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism*, 2002 U. ILL. L. REV. 819, 822: "The legal realism movement provided the first significant and visible forum for the intersection between applied social science and legal scholarship. Concurrent with the development of legal realism, critical events were unfolding outside law schools that, in time, enormously influenced empirical legal research. Prominent among these events was the emergence of the social sciences as discrete fields of study and the development of related methodologies... Whatever influence the Realists may have exerted at that time, looking

אכן, שיעור המחקרים האמפיריים בשדה המשפטי נמצא בעלייה בעשורים האחרונים, וחלק מחוקרי המשפט סבורים כי עלייה זו הכרחית לביסוסו העתידי של חקר המשפט כ"מדע".⁶ באופן אינטואיטיבי ניתן לטעון כי שדות המחקר הפילוסופיים והספרותיים הם דוגמאות לשדות מחקר שבהם המתודולוגיה האמפירית אינה רלוונטית, שכן פתרון סוגיות פילוסופיות, למשל, נעשה על ידי מתודות היפותטיות-דוקטיביות.⁷ אכן, גם השדה המחקרי המשפטי טומן בחובו היבט פילוסופי, כאשר קוהרנטיות משפטית ונורמטיבית מהווה עילה לבחינת סוגיות בדרך היפותטית-דוקטיבית, אך השדה המשפטי מורכב גם מהיבט מעשי.⁸

יותר ממאה ועשר שנים לאחר שהגדיר Holmes את המשפט כניבוי העונשים או ההשלכות שייקבעו על ידי בתי המשפט,⁹ אחת ההצדקות הבולטות כיום לשילוב המדע

back it is clear that they are 'distant relatives' to those presently engaged in empirical legal scholarship"; Mark Suchman, *Empirical Legal Studies: Sociology of Law, or Something Else Entirely?*, 13 AMICI 1 (2006). ראו גם תאודור אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט: מקורו, טיבו וההבטחה הגלומה בו" **עיוני משפט** לד 303 (2011).

6 Thomas S. Ulen, *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law*, 2002 U. ILL. L. REV. 875, 900-901. במחקר שנערך בקרב 60 כתבי עת משפטיים בארצות הברית נמצא כי בשנים 1998-2008, 45.8% מהמחקרים שהתפרסמו בכתבי עת אלה כללו הצגת מחקר אמפירי. נתון זה כשלעצמו מעיד על רצון הולך וגדל לעגן את התיאוריות המוצגות במאמרים אלה בנתונים אמפיריים. אולם רק בקרב 6% מהמחקרים הוצגה עבודת מחקר אמפירית מקורית, וברובן המוחלט של ההפניות הוצגה עבודה של חוקר אחר. דבר זה מעיד על חוסר ניסיון שיש לאותם חוקרים בעריכת מחקר אמפירי בעצמם. ראו בהרחבה Shari Seidman Diamond & Pam Mueller, *Empirical Legal Scholarship in Law Reviews*, 6 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 581, 587 (2010). לדיון אמפירי בהיקף המחקר האמפירי של המשפט הישראלי ראו אריאל בנדור ויפעת הולצמן-גזית "מחקר אמפירי של המשפט בישראל – ממצאים ומשמעויות" **עיוני משפט** לד 351 (2011). כן ראו אייזנברג, שם, בעמ' 325: "המחקר האמפירי של המשפט התפתח במהירות מרשימה. אני סבור כי הסיבה לכך היא ההבטחה הגדולה שמחקר זה טומן בחובו בכמה תחומים."

7 ראו John F. Pfaff, *A Plea for More Aggregation: The Looming Threat to Empirical Legal Scholarship* (Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1444410, 2009), המוסיף כי בעוד המחקר התיאורטי עוסק באמידה השראית – מצב המאפשר שלל תוצאות פוטנציאליות נכונות – המחקר האמפירי עוסק בשלילה דוקטיבית, כאשר התוצאות מוכוונות מטרה ואינן אובייקטיביות בעיקרן. דהיינו, המידע הכמותי מושג כדי לאשר או לשלול דעה קדומה. המחקרים התיאורטיים אינם יישומיים ללא תמיכה אמפירית, אולם המחקרים האמפיריים המתפרסמים כיום מוכוונים כדי לאשר תיאוריה, ולא כדי להתמודד איתה בכנות. אכן, לכל מחקר יש יכולת פוטנציאלית לשלול תיאוריה על ידי הצגת חריג לכלל. אולם, כדי לאשר או לאמוד את התקיימותה של תיאוריה, נדרשת הסתכלות רחבה יותר על כמה מחקרים התומכים בתוצאה מסוימת. לכן Pfaff גורס כי הניתוח המחקרי הנכון ביותר צריך שיעשה באמצעות סינתזה איכותית של כלל המחקרים בנושא מסוים.

8 Ulen, לעיל ה"ש 6.

9 Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 110 HARV. L. REV. 991, 993 (1997).

הכמותי בחקר המשפט היא שבחינת התיאוריה המשפטית בראי חברתי טומנת בחובה רכיב של ניבוי, ועשויה להוביל לאישוש וחיזוק של התיאוריה המשפטית הנבחנת או לחלופין להחלשתה עד כדי הפרכתה המוחלטת.¹⁰ מלומדים המבקשים להצדיק את שילובו והטמעתו של המחקר האמפירי בספרות המשפטית גורסים כי המחקר הכמותי מחדד את הבנתנו באשר לסוגיות משפטיות נתונות. המחקר האמפירי מסביר סוגיות משפטיות עתיקות יומין, אשר המחקר התיאורי המסורתי אינו יכול לספק להן תשובה ברורה או להתמודד עימן באופן מלא.¹¹ לפיכך המחקר האמפירי הוא כלי להבנת ההשלכות הפרטיקולריות של המשפט על מערך המשפט ככלל. אכן, באותו ערך של ניבוי הנזכר בדבריו של Holmes קיים לא רק ערך של צפיית פני העתיד, אלא גם ערך הבוחן את האפקטיביות של השיטה המשפטית. אין משמעות הדבר, כמובן, שאין ערך בתיאור דסקריפטיבי של תופעה חברתית או משפטית נתונה, אלא שניתוח כמותי-אמפירי יכול לתרום באופן משמעותי לביסוס התיאוריה הנטענת במחקר המשפטי, וכן לביסוסם של פתרונות נורמטיביים מוצעים. נראה כי בעתיד הקרוב ובעתיד הרחוק ילך ויגדל מקומו של הכלי האמפירי במחקר המשפטי. כבר כיום ניתן לראות כי ההכרה במקומו ממשיכה להתרחב כל העת. כך, למשל, הכרה זו כוללת ייסוד של כתבי עת העוסקים בתחום המחקר האמפירי של המשפט,¹² קיום כנסים והקמתן של עמותות אקדמיות בתחום.¹³ גם בתחום ההוראה, בחלק גדול של המוסדות ללימודי משפטים מועברים כיום קורסים במחקר השוואתי אמפירי (empirical legal studies).¹⁴ צמיחה זו מחייבת הכרה בחשיבותו של הכלי האמפירי. עם זאת, עלינו לזכור בתוך כך את הסכנות הלא-מבוטלות הטמונות בשימוש לא נכון בכלי זה.¹⁵

10 Kathryn Zeiler, *The Future of Empirical Legal Scholarship: Where Might We Go from Here?*, 66 J. LEGAL EDUC. 78, 81 (2016): "Empirical validation helps us move from a conversation in the pages of academic literature to the application of science in the form of evidence-based policy. Theory is useful. Theory backed by a single, methodologically sound empirical study is better"

11 Michael Heise, *The Importance of Being Empirical*, 26 PEPP. L. REV. 807, 834 (1999)
ראו, למשל, CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL, JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES, www.lawschool.cornell.edu/SELS/journal.cfm

12 ראו בהרחבה אייזנברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 305-308.

13 שם.

14 לצד היתרונות הגלומים בשימוש בכלי האמפירי בשדה המחקרי המשפטי, דווקא הצמיחה הברורה בעצם השימוש בהם הניעה חוקרי משפט שונים בעת הנוכחית להזהיר מפני הסכנות הטמונות בשימוש שגוי אשר מוביל לממצאים שאיכותם נמוכה. Zeiler, לעיל ה"ש 10, מציגה כמה סיבות אשר מובילות לגישתה לאיכות נמוכה של המחקר האמפירי. ראשית, בשל העובדה שמחקרים אמפיריים מחייבים בחינה מדוקדקת והיצמדות לכללים שונים ונוקשים, להבדיל ממחקר תיאורי, קיים הבדל איכות ניכר בין המחקרים האמפיריים המתפרסמים בכתבי עת בשיפוט סטודנטיאלי לבין מחקרים אמפיריים המבוססים על שיפוט עמיתים. שנית, Zeiler סבורה כי הכשרת חוקרי המשפט בכל הנוגע במחקר אמפירי לא זכתה בהדגשה רבה בשנים האחרונות, וניכרת התעלמות מלימוד ממשי של עקרונות השיטה האמפירית. ראו גם דפנה הקר "מחקר אמפירי של המשפט: הערות-

1. מאגר הנתונים

השלב הראשון במחקרנו היה יצירת מאגר מידע בהתבסס על חיפוש פסקי דין במאגר המידע המשפטי "נבו", שבמסגרתו חיפשנו הפניות שעשה בית המשפט למשפט האיחוד האירופי, על מוסדותיו ומקורותיו הנורמטיביים: אמנות, חקיקה (תקנות ודירקטיבות) ופסיקה.¹⁶ החיפוש נעשה בפסיקת בית המשפט העליון שניתנה החל בראשית ימי המדינה, בשנת 1948, ועד סוף שנת 2016.

השלב השני היה שלב הקריאה והקטלוג של פסקי הדין שנמצאה בהם הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי ואשר נמצאו מתאימים להיכלל במאגר. בשלב זה סווגו פסקי הדין לשני תחומי משפט מרכזיים – תחום המשפט הציבורי ותחום המשפט הפרטי. תחום המשפט הציבורי כולל בתוכו שלושה ענפי משנה: ענף המשפט החוקתי; ענף המשפט המנהלי; וענף המשפט הפלילי. בתחום המשפט הציבורי נכללים באופן טבעי הליכים משפטיים שבהם המדינה או רשות מרשויותיה הן צד להליך. תחום המשפט הפרטי כולל בתוכו מספר רב יחסית של ענפים, אשר בפרק הדסקריפטיבי להלן (פרק ב) יקובצו לחמש קבוצות: דיני הקניין הרוחני; דיני התחרות הכלכלית (הגבלים עסקיים); משפט בין-לאומי; משפט מסחרי (דיני חברות וניירות ערך, דיני מיסים ודיני עבודה); ודיני חוזים, נזיקין ומשפחה, שבהם ההפניה למשפט האיחוד האירופי נמוכה באופן יחסי.

המאגר שנוצר מכיל 74 פסקי דין, הכוללים יחדיו 153 הפניות למקורות של משפט האיחוד האירופי. התמקדותנו המודעת בערכאה העליונה בשיטה המשפטית הישראלית, תוך התעלמות מערכאות נמוכות יותר או ממערכת בתי הדין לעבודה, אף שהפסיקות בערכאות אלה עשויות להכיל "שלל" רב יותר של אזכורים, מחייבת הבהרה כי מסקנותינו, שיוצגו בפרק הבא, אינן נוגעות בערכאות אלה.

פסיקת בית המשפט העליון, כפי שתוצג בהמשך, הפנתה ועודנה מפנה לעיתים קרובות הן למשפט האיחוד האירופי והן למשפט האירופי בכללותו כמקשה אחת, ולא תמיד תוך הבחנה ברורה ביניהם. כך, לצד הפניות לפסיקות של בית המשפט האירופי לצדק (CJEU) נמצאו בפסיקה הישראלית גם הפניות לפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם (ECHR) ולאמנה האירופית לזכויות אדם שמכוחה פועל ה-ECHR. שני המקורות הנורמטיביים האחרונים, אף שמקורם ביבשת אירופה, אינם חלק ממשפט האיחוד האירופי, ועל כן ההפניות אליהם לא נכנסו למאגרנו. נוסף על כך אותרו בפסיקת בית המשפט העליון גם הפניות למועצת אירופה (Council of Europe), שאינה גוף של

אזהרה אוהדות על המגמה העכשווית "עיוני משפט" לד 327, 338–344 (2011). הקר מביעה גישה אוהדת למגמה העכשווית של המחקר האמפירי, אך מזהירה מפני שלושה כשלים המחייבים מודעות והתמודדות: התחזות לאמת, רדידות מחקרית ויותר על הנורמטיבי. ראו בהרחבה שם.

16 בחיפוש נעשה שימוש בהטיות של מילות המפתח הבאות (ודומות להן), בעברית ובאנגלית, על מנת למצוא את מירב פסקי הדין הרלוונטיים: אירופה; תקנות; דירקטיבה; האיחוד האירופי; הקהילה האירופית; קהילת הפחם והפלדה; אמנה אירופית; המועצה האירופית.

האיחוד האירופי, לצד הפניות למועצה האירופית (European Council), השייכת לאיחוד האירופי. במאגר הנתונים שיצרנו לא כללנו את ההפניות למועצת אירופה. לצד זאת יש מקרים שבהם הפנו שופטי ישראל בפסיקתם למקורות משניים, כגון ספרות משפטית אירופית המאזכרת חקיקה או פסיקה שמקורן במשפט האיחוד האירופי, אך ללא הפניה ספציפית למשפט האיחוד האירופי בתוך פסק הדין. ההפניות למקורות אלה לא נכללו במאגר הנתונים במחקר זה, משום שמקורות אלה אינם נחשבים מחייבים מהבחינה הנורמטיבית במשפט האיחוד האירופי. עם זאת, לשם השלמות הדסקריפטיבית יוצגו חלק מההפניות האלה במסגרת פרק הממצאים להלן. אנו סבורים כי בכך תתאפשר הצגת תמונה מלאה ורחבה יותר על אודות השימוש הנרחב במשפט האירופי בכללותו, אך תוך שימת דגש בממצאים האמפיריים הנוגעים במקורות של משפט האיחוד האירופי בלבד. בנקודה זו ראוי להאיר את עיני הקורא בנוגע לייחודיותו של מחקרנו ביחס למחקרים קודמים שבחנו את הפנייה לדין זר בבית המשפט העליון הישראלי. מאגר הנתונים שעליו התבסס מחקרם של שחר ושותפיו התייחס ל-7,147 פסקי דין של בית המשפט העליון שניתנו בתקופה הנבדקת ופורסמו בכרכי פד¹⁷, ואלה היו אך מדגם אקראי מתוך כלל פסקי הדין שפורסמו באותן שנים.¹⁷ באופן דומה, גם מחקרה של נבות לא הקיף את כלל הפסיקות שניתנו בתקופה הנבדקת, שכן לגבי יותר משני שלישים מאותה תקופה נבדקו רק הפסיקות שפורסמו בכרכי הפד¹⁸. המאגר שנוצר במסגרת מחקרנו שונה. הוא מתיימר לכלול את כל פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם נעשתה הפניה למקור נורמטיבי מחייב של משפט האיחוד האירופי, ובכך ייחודו. הוא מאפשר, לראשונה, קבלת אמת מידה למעמדו ולהיקף נוכחותו של משפט האיחוד האירופי כדין זר בפסיקת בית המשפט העליון, וזאת על פני כל תקופת קיומה של שיטת המשפט הישראלית.

2. מתודולוגיה: ניתוח מובאות

השלב השני במחקרנו ביקש לסווג כל הפניה לפי אופייה. שלב זה כלל מהלך פרשני, אשר נלווה באופן טבעי לקריאה של טקסט משפטי. קטלוג הממצאים נעשה על ידי קבוצה רחבה של חוקרים ועוזרי מחקר, אשר קראו את פסקי הדין ואת ההפניות למשפט האיחוד האירופי המופיעות בהן. בדרך זו ביקש שלב זה לנטרל השפעות סובייקטיביות שעשויות להתהוות באופן טבעי במהלך הקריאה.

ממצאי ההפניות סווגו לארבע קטגוריות מרכזיות: הפניה שנעשתה לשם פרשנות של הדין המקומי והשוואת דינים; הפניה שנעשתה לשם חיזוק הדין המקומי; הפניה

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

18 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).

שנעשתה לשם פרשנות של הדין הבין-לאומי; והפניה שנעשתה על דרך האזכור החולף, ללא השפעה ניכרת על ההכרעה בפסק הדין. הבחירה בארבע קטגוריות עיקריות אלה נעשתה משני טעמים עיקריים. ראשית, אנו סבורים כי הרחבה יתרה של הסיווג הקטגוריאל של מטרת ההפניה הייתה עלולה להגדיל את הסובייקטיביות וההטיה בעת סיווגה של מטרת ההפניה על ידי החוקרים השונים שבחנו את הטקסט השיפוטי. שנית, מכיוון שמדובר במאגר המכיל מספר מצומצם יחסית של הפניות (בוודאי ביחס למחקרי עבר שהתמקדו בשיטות המשפט ה"גדולות"), שכן הוא בוחן את פנייתו של בית המשפט העליון רק לדין האיחוד האירופי כדין זר, ריבוי אפשרויות הסיווג היה עלול לא להניב תוצאות או מגמות ברורות באשר למטרות השימוש בדין האיחוד האירופי, כפי שהן נלמדות מקריאת פסקי הדין השונים הנכללים במאגר. יצוין כי בחלק מענפי המשפט שנבדקו נמצאו הפניות שנועדו רק לשם סקירת הליכים קודמים או מתן רקע לפרשה המוצגת בפסק הדין, אולם שיעורן של הפניות אלה זניח. סיווג ההפניות נעשה על בסיס המתודולוגיה המכונה בספרות "ניתוח מובאות" (Citation Analysis).¹⁹

לצד הסיווג לפי מטרת ההפניה, סווגה כל הפניה לפי כמה תבחינים נוספים: סוג המקור הנורמטיבי שאליו נעשתה ההפניה (אמנה, תקנה, דירקטיבה או פסק דין); שנת מתן פסק הדין; אם ההפניה למשפט האיחוד האירופי ניתנה בדעת רוב או בדעת מיעוט; וכן זהות השופט המאזכר.

פנייה למובאות משפטיות מהווה חלק מכל פסיקה משפטית כמעט, ולפיכך יש חשיבות גדולה לדיוק רב ככל האפשר בסיווג ההפניה.²⁰ הערך המחקרי בניתוח מובאות בפסיקת בית המשפט העליון הוא הבנת מקורותיה של השיטה המשפטית. ניתוח מובאות יכול לשמש מנבא כמותי להשפעה, והוא נתפס סובייקטיבי פחות מאשר מתודולוגיות מחקריות אחרות.²¹ מתודולוגיה זו מאפשרת להציג תמונה אמפירית בדבר התפתחות ההפניות למקורות הנורמטיביים השונים לאורך השנים, תוך זיהוי מגמות שונות בדבר היקפן ואופיין של ההפניות בתוך שיטה משפטית נתונה.

Richard A. Posner, *The Theory and Practice of Citations Analysis, With Special Reference to Law and Economics* (John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 83 (2nd series), 1999) גם Zaring עשה שימוש במתודולוגיה זו במחקרו על היקף הפנייה לדין הזר במסגרת הערכאות הפדרליות בארצות-הברית. David Zaring, *The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis*, 3 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 297 (2006). מתודולוגיית המחקר של Zaring דומה מאוד למתודולוגיה שבה השתמשנו במחקרנו, בשינויים המחויבים.

Filippo Galgani, Paul Compton & Achim Hoffmann, *LEXA: Building Knowledge Bases for Automatic Legal Citation Classification*, 42 EXPERT SYSTEMS WITH APPLICATIONS 6391, 6405 (2015).

Russell Smyth, *Academic Writing and the Courts: A Quantitative Study of the Influence of Legal and Non-legal Periodicals in the High Court*, 17(2) U. TAS. L. REV. 164, 169 (1999); Erin H. Kao, Chuan-Hao Hsu, Yunlin Lu & Hung-Gay Fung, *Ranking of Finance Journals: A Stochastic Dominance Analysis*, 42 MANAGERIAL FINANCE 312, 313 (2016).

למתודולוגיה של ניתוח מובאות יש כמה מגבלות שראוי להציגן, ואשר מחקר זה מבקש לנטרל אותן ככל האפשר. ראשית, עצם אזכורו של מקור נורמטיבי אינו מוליך למסקנה חד־משמעית כי הפנייה למקור זה השפיעה על ההחלטה של השופט או של בית המשפט.²² ניתוח מובאות במובנו המסורתי בוחן את הפן הכמותי של אותם אזכורים, מבלי להידרש להערכת השפעתו האיכותית של האזכור על החלטת השופט. במחקרנו חשש זה מנוטרל במידה רבה באמצעות שני מנגנוני ריכוך עיקריים: האחד, צמצום הסובייקטיביות שבקריאת פסקי הדין על ידי קריאה מרובת משתתפים; והאחר, צמצום מנעד הסיבות האפשריות לפנייתו של השופט אל המקור הנורמטיבי של משפט האיחוד האירופי. קושי נוסף במתודולוגיית ניתוח המובאות בעולם המשפטי הוא השימוש של ערכאת הערעור בהפניה פרוצדורלית למקורות שנדונו בערכאה הדיונית. לעיתים בית המשפט של הערעור מפנה לאותם מקורות נורמטיביים שאליהם הפנו שופטי הערכאה הדיונית, גם אם אין בהפניה זו כדי להשפיע באופן ממשי על פסק הדין. החשש מפני קיומן של הפניות אלה, אשר עלולות לגרום להטיה מספרית בעת כימות ההפניות, קיים גם במחקרנו, המתמקד באופן בלבדי בבית המשפט העליון, אשר דן במסגרת סמכותו גם בערעורים שונים – אזרחיים, פליליים ומנהליים – כמו גם בבקשות רשות ערעור בגלגול שלישי.²³ לצד זאת אנו רואים לנכון לציין כי אי־אפשר לומר באופן א־פריורי ומוחלט כי סקירת הליכים קודמים המכילה בתוכה הפניה למשפט האיחוד האירופי מהווה כפילות בנתונים המצדיקה את השמטתה, משום שהשופט הכותב את פסק הדין הוא הבורח אילו חלקים לצטט במסגרת פסק דינו, וייתכן שדווקא הבחירה בציטוט המכיל הפניה למקורות של משפט האיחוד האירופי נעשתה על ידי השופט באופן מודע, ולא באופן מקרי או אך לשם סקירת הליכים קודמים. לכן במקרים מעין אלה הפעילו החוקרים שיקול דעת. מכל מקום, בצד החשש האמור, שיעור ההפניות מסוג זה זניח, והן אף זכו בקטגוריה סיווגית נפרדת על מנת לנטרל את השפעתן ואת החשש מהטיה בעטיין. מאותן סיבות, ובמסגרת שאיפתנו להקיף את כלל האזכורים למשפט האיחוד האירופי הקיימים בפסיקת בית המשפט העליון, בחרנו לכלול במאגר הנתונים גם הפניות למשפט האיחוד האירופי שנעשו בתכלית הקיצור ובכלליות רבה. ראוי לציין כי יש מקרים שבהם הפנו שופטי ישראל בפסיקתם למקורות משניים – ספרות משפטית אירופית המאזכרת חקיקה או פסיקה שמקורן במשפט האיחוד האירופי – אך ללא הפניה ספציפית למשפט האיחוד האירופי בתוך פסק הדין. ההפניות למקורות אלה לא נכללו במאגר הנתונים במחקר זה, משום שמקורות אלה אינם נחשבים מחייבים מהבחינה הנורמטיבית במשפט האיחוד האירופי. יודגש שכך התהווה לעיתים קושי באיתור המקורות הקונקרטיים

22 Frederick Schauer & Virginia J. Wise, *Nonlegal Information and the Delegalization of Law*, 29 J. LEGAL STUD. 495, 513 (2000); Matthias Van Der Haegen, *Building a Legal Citation Network: The Influence of the Court of Cassation on the Lower Judiciary*, 13 UTRECHT L. REV. 65, 67 (2017).

23 ראו, למשל, דנ"א 3113/03 א.מ. חנויות (ירושלים) (1993) בע"מ נ' עירית ירושלים, פס' 12 להחלטה (פורסם באר"ש, 10.7.2003).

שהובילו להחלטת בית המשפט. בכך נוצרת למעשה הלכה מקומית המתבססת על משפט האיחוד האירופי, אך ללא פירוט נורמטיבי מספק בפסק הדין. השימוש במתודולוגיית ניתוח המובאות הינו חיוני להבנת ההשפעות הקיימות בתהליך קבלת ההחלטות של שופטי בית המשפט העליון, והדבר חשוב במיוחד כאשר בוחנים את פסיקתה של הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במערכת משפטית נתונה. על אף החסרונות הפוטנציאליים הקיימים במתודולוגיה זו, היא מאפשרת לראות באופן אמין ומהימן את תדירות הפנייה של שופטי ישראל למקורות של משפט האיחוד האירופי. אומנם, ייתכן שבסופו של יום החלטתם אינה נשענת בעיקרה או באופן בלבדי על משפט האיחוד האירופי, אך יש בממצאים כדי להציג את האופן שבו הם רואים את מקומו של משפט האיחוד האירופי כמקור נורמטיבי השראתי המשפיע על שיטת המשפט הישראלית. לא זו אף זו, ניתוח המובאות מאפשר לנו לדעת איזה סוג של מידע השופטים מוצאים כבעל ערך, איזו הנמקה משפטית הם בוחרים לאמץ, ובאילו סוגי תיקים הם מוצאים כי משפט האיחוד האירופי ראוי יותר לעצם הנמקתם – תיקים מן המשפט הציבורי או מן המשפט הפרטי, מענף הקניין הרוחני או מענף התחרות הכלכלית, וכיוצא באלה. כמובן, בהקשר של משפט האיחוד האירופי הממצאים יכולים לספק גם ממצא מוחלט בנוגע לשאלה אם החוק של האיחוד האירופי מובא בחשבון על ידי בית המשפט העליון בעצבו את הדין הנוהג בישראל. מתודולוגיה זו מאפשרת לבחון לראשונה את מקומו, קרנו ומעמדו של משפט האיחוד האירופי בדין הישראלי. ממצאי המחקר, שיוצגו להלן, יהיו ניצנים ראשונים שיניחו בסיס לסינתזה איכותית נוספת בעתיד לבוא, ובכך יהא בהם כדי לאשש את מסקנות מחקר זה. כמו כן, ונוסף על מטרתו הכללית, מטרתו הנוספת של מחקר זה היא להוסיף על המידע הקיים בנושא משפט האיחוד האירופי כדין זר וכשחקן בזירה הבינ-לאומית.

פרק ב: ממצאים

פרק זה יציג את השפעתו של משפט האיחוד האירופי בפסיפס הפסיקה של בית המשפט העליון של ישראל. הפרק מציע עיון (לא ממצה) ראשון מסוגו בפסקי דין שבהם הפנה בית המשפט העליון למשפט האיחוד האירופי ובכך העניק לו מעמד של מקור נורמטיבי כדין זר במשפט הישראלי. הצגת הממצאים מתחלקת לשני חלקים עיקריים: האחד עוסק בהשפעה ובנוכחות של מקורות משפט האיחוד האירופי בענפי המשפט הציבורי, והאחר עוסק בהשפעתם ובנוכחותם בענפי המשפט הפרטי. הדוגמאות שנבחרו לפרק זה מעידות על המנעד המגוון שבו מקורות נורמטיביים שמקורם במשפט האיחוד האירופי מופיעים בפסיקת הערכאה העליונה ביותר במשפט הישראלי. מדוגמאות אלה ניתן ללמוד על האופן שבו שופטי בית המשפט העליון בוחרים לפנות למקורות של משפט האיחוד האירופי, להקיש מהם ולהסתמך עליהם לצורך הכרעה בסוגיות המשפטיות שלפניהם. חלק מפסקי הדין שיוצגו בפרק זה מהווים אבני יסוד במשפט הישראלי.

לדעתנו, עצם העובדה ששופטי בית המשפט העליון בחרו לפנות בפסיקות מכוננות אלה, בין היתר, למקורות של משפט האיחוד האירופי מעידה על החשיבות הרבה שהם מקנים לפרקטיקה של משפט השוואתי בכלל ולמקורות של משפט האיחוד האירופי כיעד השוואתי בפרט. אולם, כפי שיוצג מייד, בחלק מפסקי הדין לא נרתעו שופטי בית המשפט העליון בישראל מדיון השוואתי ביקורתי, תוך שהם בוחנים בקפידה יתרה את מידת התאמתו של דין האיחוד האירופי לדין הישראלי. הפנייה לדין האיחוד האירופי בפסיקת בית המשפט העליון לא נעשתה אם כן כלאחר יד או ב"ריצה עיוורת", אלא תוך שקילה מעמיקה, ביקורתית ומפוכחת. מקבץ פסקי הדין שיוצג בניחות הדסקריפטיבי שערכנו במסגרת מחקר זה יבקש לעמוד על כך.

1. השפעתו של משפט האיחוד האירופי על המשפט הציבורי הישראלי

ענפי המשפט הציבורי שנבחנו במסגרת המחקר הם המשפט החוקתי, המשפט המנהלי והמשפט הפלילי (דיני העונשין). נוכחותם של מקורות נורמטיביים שונים שמקורם במשפט האיחוד האירופי בולטת בפסיקת בית המשפט העליון בתחומי המשפט הציבורי. שופטי ישראל מוצאים חיזוק והשראה מן האופן שבו סוגיות דומות שמתעוררות בין הפרטים במדינה לבין רשויות המדינה עלו גם בפסיקת בית המשפט של האיחוד האירופי ובאו לידי ביטוי בדברי חקיקה של האיחוד, דוגמת אמנות, תקנות והנחיות.

בתחומי המשפט הציבורי הפנה בית המשפט העליון ל-76 אסמכתאות שמקורן במשפט האיחוד האירופי, השוורות ב-32 פסקי דין והחלטות שלו. מסך האסמכתאות הללו, כ-22% נעשו על דרך האזכור החולף; כ-62% שימשו לפרשנות של הדין המקומי ולהשוואת הדינים; כ-13% שימשו לחיזוק הדין המקומי; שתי אסמכתאות (2.63%) שימשו להצגת הרקע לפרשה שעמדה במסגרת פסק הדין; ואסמכתה אחת שימשה לפרשנות של הדין הבין-לאומי (ראו טבלה 1). בחלוקה למקורות הנורמטיביים ניתן לראות כי כמעט מחצית (כ-49%) מהאסמכתאות שמקורן במשפט האיחוד ואשר נעשה בהן שימוש בתחומי המשפט הציבורי הן דירקטיבות; כ-34% מההפניות נעשו לפסיקתו של בית המשפט האירופי, על ערכאותיו השונות; כ-9% מההפניות נעשו לאמנות האיחוד; וכ-8% מההפניות נעשו לתקנות של האיחוד האירופי (ראו טבלה 2). בחלוקה לענפי המשפט הציבורי, רוב השימוש באסמכתאות שמקורן במשפט האיחוד האירופי נעשה בענף המשפט החוקתי – בסך הכל 48 אסמכתאות, המהוות כ-63% מכלל האסמכתאות בתחום זה; בענף המשפט המנהלי נעשה שימוש ב-23 אסמכתאות, המהוות כ-30% מסך האזכורים בתחום המשפט הציבורי; ורק מיעוט מהאסמכתאות, כ-7%, נעשו בתחום המשפט הפלילי (ראו תרשים 1).

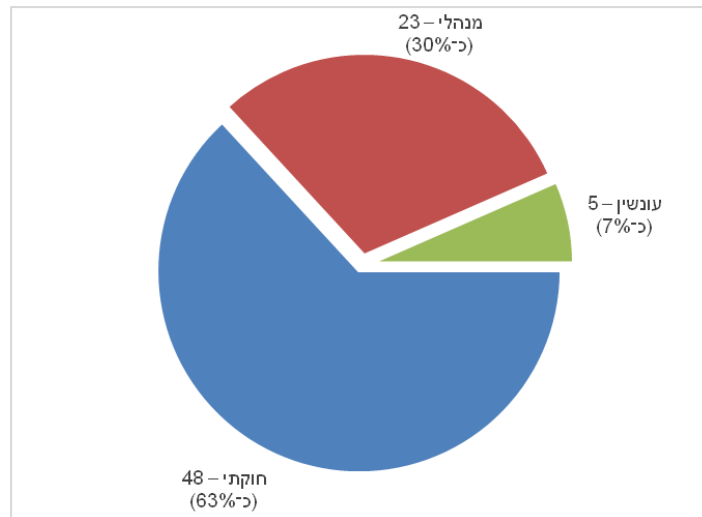
טבלה 1: התפלגות ההפניות במשפט הציבורי למקורות האיחוד האירופי לפי מטרת ההפניה (N=76)

מטרת ההפניה	סך אזכורים	אחוז
אזכור חולף	17	22.36%
אחר – רקע לפרשה	2	2.63%
חיווק הדין המקומי	10	13.15%
פרשנות הדין הבינ-לאומי	1	1.31%
פרשנות הדין המקומי (השוואת דינים)	46	61.52%

טבלה 2: התפלגות ההפניות במשפט הציבורי למקורות האיחוד האירופי לפי סוג המקור הנורמטיבי (N=76)

המקור הנורמטיבי	סך אזכורים	אחוז
פסיקה	26	34.21%
תקנה	6	7.89%
דירקטיבה	37	48.68%
אמנה	7	9.21%

תרשים 1: התפלגות ההפניות במשפט הציבורי למקורות האיחוד האירופי לפי ענף המשפט הציבורי (N=76)



מובן שלא כל 32 פסקי הדין שאותרו בתחום המשפט הציבורי יוצגו להלן, שכן לא ככולם נעשתה הפניה משמעותית למקורות של משפט האיחוד האירופי או נערך דיון נרחב בהם. במסגרת תת-פרק זה נבקש להציג קבוצה נבחרת של פסקי דין בתחום המשפט הציבורי שבהם נעשתה הפניה משמעותית למקורות של משפט האיחוד האירופי. עם זאת, אופן הניתוח שיוצג דומה או אף זהה לאופן שבו נותחו יתר פסקי הדין במסגרת מחקרנו, אשר אינם מוצגים להלן.

הפעם הראשונה שבה הפנה בית המשפט העליון בישראל למקור נורמטיבי כלשהו שמקורו במשפט האיחוד האירופי הייתה בשנת 1980, בפסק הדין בעניין **קוואסמה**.²⁴ העותרים בפרשה זו, אזרחי ירדן, גורשו מבתיהם שבאזור יהודה והשומרון אל לבנון, בהתאם לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. בתחילה אף לא ניתנה להם האפשרות לפנות לוועדה המייעצת, אך גם כאשר ניתנה להם אפשרות זו, החליטה הוועדה להשאיר את צווי הגירוש בתוקפם. אחת השאלות שלגביהן ניטשה מחלוקת בין שלושת שופטי ההרכב הייתה אם סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית משקף דין הסכמי או שמא מדובר בהוראה שהינה חלק ממשפט העמים ולפיכך משקפת דין מנהגי. הנשיא לנדוי והשופט יצחק כהן קבעו בדעת רוב כי הסעיף אינו אלא חלק מהמשפט הבינ-לאומי ההסכמי בלבד. ממלא מקום הנשיא חיים כהן, בדעת מיעוט, ביקש לקבוע כי הסעיף הינו חלק מהמשפט המנהגי, תוך שהוא פונה למקורות שניוניים על מנת למצוא חיזוק לקביעתו. בין האסמכתאות לחיזוק קביעה זו הפנה ממלא מקום הנשיא כהן, לראשונה בתולדות בית המשפט העליון הישראלי, למקור נורמטיבי שמקורו במשפט האיחוד האירופי – פסק הדין בעניין *Van Duyn*.²⁵ בפסק הדין בעניין *Van Duyn* ניצבה בעיקרה שאלת חופש התנועה של עובדים בין המדינות החברות. במקרה זה טענה העותרת כי הממשלה הבריטית הפרה את הוראות האמנה בכך שמנעה את כניסתה של העותרת למדינה מפאת השתייכותה לכת הסיינטולוגיה, וזאת בשעה שבבריטניה עצמה לא הייתה החברות בכת הסיינטולוגיה אסורה בחוק. בית המשפט האירופי לצדק קבע שם כי הדיקטיבה בדבר חופש התנועה של עובדים²⁶ – ולמעשה כל דיקטיבה כמקור נורמטיבי של האיחוד האירופי – חלה באופן ישיר על המדינות החברות. ממלא מקום הנשיא ציין כי בפרשת *Van Duyn* "פסק בית-דין הצדק של הקהילה הארופאית לאמור: 'עקרון המשפט הבינלאומי הוא שמדינה מנועה מלסרב לאזרחיה שלה זכות הכניסה לשטחה או הישיבה

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

25 K.R. Simmonds, *Van Duyn v. Home Office*, [1974] ECR 1337. ראו גם Case 41/74, *Van Duyn v. The Home Office: The Direct Effectiveness of Directives*, 24 INT'L & COMP. L.Q. 419 (1975); Alan Dashwood, *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, 9 CAMBRIDGE Y.B. EUR. LEGAL STUD. 81 (2007).

26 Council Directive 64/221/EEC of 25 February 1964 on the Co-ordination of Special Measures Concerning the Movement and Residence of Foreign Nationals Which Are Justified on Grounds of Public Policy, Public Security or Public Health, 1964 O.J. (117) אופן ההפניה במחקר זה לבית המשפט האירופי ייעשה בהתאם לשמו של בית המשפט נכון למועד מתן הפסיקה.

בו"מ²⁷. ממלא מקום הנשיא כהן עושה שימוש במסקנה מפסק הדין בעניין *Van Duyn* שלפיה כשם שמדינה אינה יכולה לגרש את אזרחיה, כך היא גם חייבת לקבלם בחזרה לשטח המדינה. פנייתו של ממלא מקום הנשיא כהן לעניין *Van Duyn*, לצד הפירוש שנתן לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית כדין מנהגי²⁸, הובילו להצגת נוהג במשפט העמים שלפיו מדינות אינן יכולות לגרש את אזרחיהם מאדמתם. מכך גזר ממלא מקום הנשיא כהן חיזוק למסקנתו כי יש לקבל את העתירה ולקבוע כי צווי הגירוש אינם תקפים. השימוש באסמכתה זו נעשה לשם פרשנות של הדין הבין-לאומי, והוא אפשר לממלא מקום הנשיא כהן להסתמך על הנוהג המוצג לצורך הקביעות בפסיקתו, בשעה שהוא מצוי בדעת מיעוט בפסק הדין.

רק כעבור עשור, בעניין **נבו**, הפנה בית המשפט העליון למקור נורמטיבי נוסף של המשפט האירופי בתחום המשפט החוקתי.²⁹ כפי שיוצג להלן, פער הזמנים בין הפניות למשפט האיחוד האירופי מצטמצם ככל שאנו מתקדמים בציר הזמן, ויש בכך כדי ללמד על התפתחות משמעותית בשימוש בדין המשווה בכלל, ובמקורותיו הנורמטיביים של משפט האיחוד האירופי בפרט, עם התפתחות פסיקתו של בית המשפט העליון. בפרשת **נבו** דן בית המשפט העליון בשאלה אם קביעת גיל פרישה שונה לנשים ולגברים עולה כדי הפליה. השופט בך מפנה לפסק דין מכונן של בית המשפט האירופי לצדק בעניין *Marshall*,³⁰ תוך שהוא מציין כי פסק הדין משמש "דוגמה מאלפת ומנחה" בפסיקה הבין-לאומית לעיקרון שלפיו פער בגיל הפרישה הכפוי לגמלאות בין גברים לנשים מהווה הפליה פסולה.³¹ זו הפעם הראשונה שבה שופט ישראלי מתייחס לטיבו ולקרנו של משפט האיחוד האירופי, על מנת להצדיק את עצם הפנייה למקורות נורמטיביים זרים אלה ואת עצם השימוש בהם כאסמכתאות במסגרת פסק הדין. כך, השופט בך עומד בפירוט על עובדות המקרה בעניין *Marshall*, תוך שהוא מצטט באופן נרחב את הוראות הדירקטיבה שלגביה התגלעה מחלוקת בפסק דינו של בית המשפט האירופי לצדק, אשר קבעה כי יש לנהוג באופן שוויוני כלפי נשים וגברים במקום עבודתם.³² הפניות אלה לפסיקה ולהוראות הדירקטיבה נעשו לשם פרשנות של הדין המקומי והשוואה בין דיניה של מדינת ישראל לדיני האיחוד האירופי. השופט בך, על דרך האזכור החולף, מגדיל לעשות ומפנה לפסק דין בסיסי נוסף של בית המשפט האירופי לצדק, *Defrenne v. Belgium*,³³ הדן בכך שיש לתת לגברים ולנשים תשלום שווה כעבור עבודה שווה.

27 עניין **קוואסמה**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 642.

28 שם, פס' 3 ו-6 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא כהן.

29 בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749 (1990).

30 Case 152/84, *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, [1986] ECR 723.

31 עניין **נבו**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 758.

32 Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the Implementation of the Principle of Equal Treatment for Men and Women as Regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion, and Working Conditions, 1976 O.J. (L 39/40).

33 Case 80/70, *Defrenne v. Belgium (Defrenne I)*, [1971] ECR 445.

השופט כך מציין כי בפסק דין זה נקבע תקדים להגבלת תחולתו של פסק דין עקרוני בעניין שיווי זכויות האישה, אך מסייג את דבריו באומרו כי נושא זה חורג מגדר המחלוקת בעניין שלפניו.³⁴

פסק דין מכונן, אשר נהפך לימים לאבן יסוד בתחום המשפט החוקתי בישראל, הוא פסק הדין בפרשת **בנק המזרחי**.³⁵ בפרשה זו נדונה השאלה אם חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993, פוגע בהוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפיכך יש לראותו כבטל. בפסק הדין, המהווה בעיני רבים מבשרה של "המהפכה החוקתית",³⁶ נדונה השאלה אם בית המשפט מוסמך לבטל חוק הפוגע בזכויות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכיוון שחוק היסוד נמצא במדרג נורמטיבי גבוה יותר. בפסק הדין שזורה לכל אורכו פסיקה זרה ענפה. הנשיא (בדימוס) שמגר דן בפסק דינו בשאלה אם הכנסת מוסמכת לחוקק הוראות חוק המגבילות את סמכות החקיקה שלה בעתיד,³⁷ ומשיב עליה בחיוב, תוך הפניה למקורות שניוניים רבים. בין היתר מבקש הנשיא (בדימוס) שמגר ללמוד מהליך הצטרפותה של הממלכה המאוחדת לקהילה האירופית: "שיטת משפט חוקתית ששאבנו ממנה רבות – המשפט האנגלי – הטילה מגבלות על כוח החקיקה של הרשות המחוקקת. הגבלות אלה באו במסגרת הצטרפותה של הממלכה המאוחדת לקהילייה האירופית".³⁸ בהמשך מפנה הנשיא (בדימוס) שמגר לשני פסקי דין נוספים של בית המשפט האירופי לצדק,³⁹ על מנת להציג כיצד הגישה הקלסית שלפיה הפרלמנט אינו יכול לכבול את עצמו ירדה מגדולתה, תוך שהוא מקיש מהתהליכים שהתרחשו בעת הצטרפותה של הממלכה המאוחדת לקהילה האירופית. הפניות אלה נעשו ללא כל הרחבה נוספת, ולכן סווגו במחקרנו כהפניות על דרך האזכור החולף. בהמשך דבריו דן הנשיא (בדימוס) שמגר בהעדרה של הוראת עליונות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וכן בחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁴⁰ לאחר סקירה קצרה של הדין האוסטרי והדין הגרמני, הוא מפנה, על דרך האזכור החולף, לאחד מפסקי הדין היסודיים של המשפט האירופי – *Costa v. ENEL* – ולהוראות אמנת האיחוד האירופי.⁴¹ הנה כי כן, ארבע ההפניות של הנשיא (בדימוס)

34 עניין **נבו**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 767.

35 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת **בנק המזרחי**).

36 ראו ה"ש 70.

37 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 288 ואילך.

38 שם, בעמ' 291. לדבריו אלה של הנשיא (בדימוס) שמגר נלווית הפניה ל- European Communities Act, 1972, ובמיוחד לס' 3(1) ו-2(4).

39 Case C-221/89, *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport*, [1991] ECR I-3905; Case 129/79, *Macarthy's Ltd. v. Smith*, [1980] ECR 1275.

40 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 299.

41 Case 6/64, *Costa v. ENEL*, [1964] ECR 585; ס' 177(b) לאמנת האיחוד האירופי. ראו פרשת **בנק המזרחי**, שם, בעמ' 301: "חוק-יסוד: חופש העיסוק דן אפוא בתוקפם של חוקים הפוגעים בהוראה שבחוק היסוד (בדומה לאמנת האיחוד האירופי – סעיף 177(b); *Costa v. Enel* (1964)

שמגר נעשו כולן על דרך האזכור החולף. אופן השימוש מדגיש את עצם השימוש עצמו ואת עצם ביסוסן של הקביעות על המשפט המשווה באופן כללי, ופחות את חשיבותו וקרנו של משפט הקהילה האירופית (שקדמה לאיחוד האירופי המוכר לנו כיום) בפסיקה זו. כפי שנראה להלן, עובדה זו תשתנה עם התקדמות פסיקתו של בית המשפט העליון, ונוכל להיווכח כי בית המשפט העליון בוחר בהמשך הדרך להשתמש באופן מעמיק וביקורתי במקורותיו הנורמטיביים של משפט האיחוד האירופי, תוך התייחסות מפורשת לקרנו העולה של מקור זה להשוואת דינים ושאיבת השראה פרשנית.

פסק דין נוסף שבו נעשו הפניות רבות למשפט האירופי הוא עניין נח.⁴² העותרת במקרה זה ביקשה כי ייקבע שפיטום אווזים לשם ייצור כבד שומני למאכל אדם אסור לפי הדין הישראלי, וכי תקנות צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים) (הלעטת אווזים), התשס"א-2011, בטלות, בהיותן מנוגדות לחוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), התשנ"ד-1994. השופט גרוניס, שניצב בדעת מיעוט בפסק הדין, קבע כי הפרקטיקה הקיימת של פיטום אווזים אינה בלתי חוקית, ולכן סבר כי יש לדחות את העתירה. בחוות דעתו המקיפה הוא מייחד – לראשונה בתולדות בית המשפט העליון הישראלי – פרק שלם ל"מצב החוקי באירופה".⁴³ בפרק זה מפנה השופט גרוניס ללא פחות מחמישה מקורות נורמטיביים שמקורם במשפט האיחוד האירופי. הפרק עוסק במעמדו של המשפט המקובל באיחוד האירופי בכל הנוגע בהתעללות בבעלי חיים, והשופט גרוניס מפנה למקורות אלה במטרה לפרש את הדין המקומי הישראלי וכן על מנת להשוות בין הדינים. השופט גרוניס מציין כי בשנת 1976 קיבלה מועצת אירופה אמנה בעניין הגנתן של חיות המוחזקות למטרות חקלאיות,⁴⁴ וכי אמנה זו תוקנה בשנת 1992.⁴⁵ בהמשך הוא מציין כי המדינות החברות באיחוד האירופי אשררו את האמנה, תוך שהוא מצטט בפסק הדין את סעיפים 3 ו-6 לאמנה. כמו כן, השופט מציין כי בית המשפט האירופי לצדק קבע כי הוראותיה של האמנה נושאות אופי מנחה בלבד.⁴⁶ בהמשך הוא מבקש להפנות ל"מסמך אירופי נוסף שיש להזכירו" – דירקטיבה של האיחוד האירופי משנת

42 [108], at 590... מסקנה דומה [עולה] מהוראותיהם של סעיפים 8, 10 ו-11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. "על חשיבותו של פסק הדין בעניין *Costa* במשפט האיחוד האירופי ראו, Bruno de Witte, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, in THE EVOLUTION OF EU LAW 323, 328–329 (Paul Craig & Gráinne de Búrca eds., 2nd ed. 2011).

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

44 שם, בעמ' 225–227.

45 European Convention for the Protection of Animals Kept for Farming Purposes (1976).

46 עניין נח, לעיל ה"ש 42, בעמ' 225.

47 Case C-1/96, R. v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, EX P Compassion in World Farming Ltd., [1998] ECR I-1281, sec. 34: "It is clear from the very wording of those provisions that they are indicative only and are limited to providing for the elaboration of recommendations to the Contracting Parties with a view to application of the principles which they set out"

1998, שחוקקה במטרה ליישם את הוראות האמנה במדינות האיחוד האירופי.⁴⁷ סעיפי הדירקטיבה שהשופט גרוניס מפנה אליהם בפסק הדין כוללים גם הוראות ספציפיות לטיפול בבעלי חיים, ולא רק ליישום האמנה. עם זאת, הוא מציין כי האמנה והדירקטיבה אינן מתייחסות במפורש לפיטום אווזים, על אף הנחיותיה הכלליות. הפניה אחרונה של השופט גרוניס היא לשתי דירקטיבות נוספות, הנוגעות בגידול עגלים, ובהקשר זה הוא מדגיש את העובדה ששתייהן כוללות הוראות מעבר, ואף קובעות זמן מסוים לכניסה לתוקף של הוראות הדירקטיבה.⁴⁸ השופט גרוניס משתמש בהפניה אחרונה זו במטרה להראות את החשיבות הטמונה בקביעת הוראות מעבר לדבר חקיקה אשר משנה הסדר שהתקיים במשך זמן רב.⁴⁹ ניתן לראות פסק דין זה כנקודת המפנה בהתייחסותו של בית המשפט העליון למשפט האירופי, כאשר לראשונה שופט מיחד פרק נפרד למשפט האירופי, ומציג באופן ברור ומפורט את המצב החוקי הקיים באיחוד האירופי בנושא הנדון לפניו.⁵⁰ נקודת מפנה זו מראה לטעמנו את עליית קרנו של המשפט האירופי בעיני המשפט הישראלי ואת החשיבות המיוחסת לפנייה לדין זה בעת פרשנותו של הדין

47 Council Directive 98/58/EC of 20 July 1998 Concerning the Protection of Animals Kept for Farming Purposes, 1998 O.J. (L 221/23)

48 Council Directive 91/629/EEC of 19 November 1991 Laying Down Minimum Standards for the Protection of Calves, 1991 O.J. (L 340/28); Council Directive 97/2/EC of 20 January 1997 amending Directive 91/629/EEC Laying Down Minimum Standards for the Protection of Calves, 1997 O.J. (L 25/24)

49 עניין נח, לעיל ה"ש 42, בעמ' 237: "מדוע נקבעו הוראות מעבר הן באנגליה הן באיחוד האירופי? נראה שהתשובה לשאלה זו פשוטה. ההוראות החדשות נועדו לשנות הסדרים שהיו קיימים במשך שנים, ושעל-פיהם פעלו חקלאים תקופה ארוכה. אין זה מן הראוי שהוראות בעניין גודלם של התאים שבהם מוחזקים עגלים ייכנסו לתוקף באופן מיידי. יש צורך ליתן לחקלאים תקופת התארגנות מספקת, מה גם שהשינויים הנדרשים כרוכים בהשקעות חדשות, וכנראה שכתוצאה מכך צפויה אף עליית מחיר של המזון המסוים." ראו גם Mariann Sullivan & David J. Wolfson, *What's Good for the Goose... The Israeli Supreme Court, Foie Gras, and the Future of Farmed Animals in the United States*, 70 LAW & CONTEMP. PROBS. 139, 169 (2007): "It is one of the first instances of a court applying an anti-cruelty law to a common farming practice, and one of the few examples of the judiciary discussing the issue with seriousness and intelligence"

50 זה המקום לציין כי השופט גרוניס הפנה בפסק דינו, בין היתר, גם להמלצות המופיעות ברוח הוועדה המדעית שליד מועצת אירופה (THE SCIENTIFIC COMMITTEE ON ANIMAL HEALTH AND ANIMAL WELFARE, WELFARE ASPECTS OF THE PRODUCTION OF FOIE GRAS IN DUCKS AND GESE (1998) (להלן: דוח הוועדה המדעית שליד מועצת אירופה)) וכן להמלצותיה של הוועדה המתמדת בנושא (Standing Committee of the European Convention for the Protection of Animals Kept for Farming Purposes: Recommendation Concerning Domestic Geese and Their Crossbreeds (1999) (להלן: המלצות הוועדה המתמדת)). מקורות שניוניים אלה מקורם בגופים השייכים למועצת אירופה. גופים אלה אינם חלק ממשפט האיחוד האירופי, כאמור, ולפיכך אינם נכללים במאגר שיצרנו במחקר זה, אולם יש בהם כדי ללמד על התשתית העיונית המקיפה שהשופט גרוניס פורש בחוות דעתו כביסוס להנמקתו. ראו עניין נח, לעיל ה"ש 42, פס' 4 ו-10, בהתאמה, לפסק דינו של השופט גרוניס.

המקומי. התייחסות מקיפה זו סייעה לשופט גרוניס, בין היתר, להגיע למסקנה כי הוראות החוק חוקתיות ואינן מנוגדות לפרקטיקה המקובלת בעולם, וכי יש לדחות את העתירה. במילותיו המסכמות: "אף שקיימת באירופה מודעות לבעייתיות הכרוכה בהזנה כפויה של אווזים לשם ייצור כבד אווז, הרי שההסדרים השונים הקיימים – בדמות האמנה, הדירקטיבה והמלצת הוועדה המתמדת – לא אסרו על הפרקטיקה הנזכרת... מסתבר שלא זו בלבד שלא הוטל איסור, אלא הוחלט אף לאפשר המשך המצב הקיים."⁵¹ לפני חתימת חוות דעתו ציין השופט גרוניס כי עיין בפסק דינה של השופטת (בדימוס) שטרסברג-כהן, וכי "נראה כי בעוד שבניתוח המצב המשפטי אין הבדל רב בין דעותינו, הרי קיים פער משמעותי באשר לסעד הראוי. מסקנתה של חברתי כי נפל פגם מהותי בתקנות הינה מרחיקת לכת לטעמי. כפי שצינתי, ההסדר שבתקנות הולך בעקבות ההסדר האירופי. אף לא מצאנו שבמדינה כלשהי שהיה קיים בה ענף חקלאי של פיתום אווזים הוחלט לאסור על פיתום."⁵²

השופטת (בדימוס) שטרסברג-כהן, אשר כתבה את חוות דעת הרוב בעניין נח, התייחסה בהרחבה לדברי החקיקה האירופית ולדוחות האירופיים שהציג השופט גרוניס, ובאופן מעניין וראוי לציון עמדה על כך כי "בכל הנוגע לחיות משק נראה כי הגישה הישראלית דומה לחקיקה האירופית והניו־זילנדית יותר מלחקיקה האמריקנית־קנדית. גישה זו אינה מתעלמת מן הצורך לספק הגנה ורווחה לחיות משק המטופלות בפרקטיקות חקלאיות, אלא שהיא מתווה מסגרת פעולה ברורה לעוסקים בגידול חיות משק לצורכי מאכל ומקנה גמישות המאפשרת למחוקק התאמת הכללים ועריכת שינויים בהם בהתאם לידע המדעי המצטבר והתפיסות החברתיות המשתנות."⁵³ השופטת (בדימוס) שטרסברג-כהן מפנה לסעיף 14 בתוספת הראשונה לאותה דירקטיבה שאליה הפנה השופט גרוניס,⁵⁴ וכן לאמנה שעליה עמד השופט גרוניס בחוות דעתו.⁵⁵ גם פנייתה של השופטת שטרסברג-כהן למשפט האיחוד האירופי נעשתה לשם פרשנות של הדין המקומי והשוואת הדינים. מעניין שבפסק דין זה נעשה שימוש באותם מקורות נורמטיביים הן בעמדת המיעוט והן בעמדת הרוב, וניתן ללמוד מכך כי למשפט האיחוד האירופי הייתה חשיבות לא מבוטלת בהנמקת חוות הדעת בפסק הדין. ניתן להעלות על הדעת סיבה משוערת לכך שפסק הדין בעניין נח מהווה נקודת מפנה מבחינת היקפה ועומקה של הישענות השופטים על מקורות של משפט האיחוד האירופי, הן בדעת הרוב והן בדעת המיעוט, ולייחס זאת לעובדה שתחום החקיקה בישראל באשר לפיתום האווזים בעת מתן פסק הדין היה עדיין בראשיתו, בעוד שדברי החקיקה האירופיים כבר היו מבוססים, לאחר שהחלו להתפתח כבר בשנת 1976, עם קבלת האמנה האמורה על ידי מועצת אירופה.

51 עניין נח, שם, בעמ' 227.

52 שם, בעמ' 242.

53 שם, בעמ' 255.

54 שם, בעמ' 258.

55 ראו לעיל ה"ש 44 והטקסט שלידה.

פסק הדין בפרשת **עדאלה**,⁵⁶ המהווה את אחת ההלכות המשמעותיות ביותר בתחום המשפט החוקתי בישראל, ניתן בעתירה שהוגשה לבג"ץ נגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, בטענה שהוא פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון. הדיון בעתירה התקיים בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים, ופסק הדין מספק דוגמה 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",⁵⁷ ומפנה לשורה של פסקי דין שבהם נפסק כי החלטות בנושאי הגירה הפוגעות בקשר שבין בני זוג או בקשר שבין הורה לילדו עשויות לפגוע בזכויות לפי סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם.⁵⁸ אחד מאותם פסקי דין ניתן על ידי בית המשפט האירופי לצדק בעניין *Carpenter*.⁵⁹ הפניה זו לפסק הדין, שנעשתה ללא התייחסות מפורטת, נעשתה לשם פרשנות של הדין המקומי והשוואה בין הדין המקומי לדין האירופי בכלל ולמשפט האיחוד האירופי בפרט בכל הנוגע בהכרה בזכות לאיחוד משפחות. בהמשך מפנה הנשיא ברק לאמנת אמסטרדם משנת 1999,⁶⁰ ומציין כי בעקבות כינונה הועברו ענייני ההגירה לסמכותה של הקהילה האירופית. הנשיא מציין עוד כי בעקבות כינונה של האמנה חוקקה המועצה האירופית את הדירקטיבה בדבר הגירה משנת 2004,⁶¹ הקובעת כי איחוד משפחות מהווה דרך הכרחית לאפשר חיי משפחה.⁶² הנשיא ברק מציין כי הדירקטיבה בדבר הגירה "מקנה

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

57 שם, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק.

58 European Convention on Human Rights. אמנה זו אינה חלק ממשפט האיחוד האירופי. בפרשת **עדאלה** נעשה שימוש רב במקורות נורמטיביים המשתייכים לפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג. גם מקורות נורמטיביים אלה אינם שייכים למשפט האיחוד האירופי, והם מוצגים כאן, בחלקם, על מנת להמחיש את ההתייחסות הרחבה למשפט האירופי בכללותו, לצד השימוש במקורות הנורמטיביים של משפט האיחוד האירופי.

59 Case C-60/00, *Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] ECR I-6305.

60 Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Act (1997).

61 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.

62 כאמור, אמנה זו אינה מקור נורמטיבי של משפט האיחוד האירופי, והשימוש בהפניה זו מוצג כאן 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, שבהם נקבע כי החלטות בנושאי הגירה הפוגעות בקשר שבין בני זוג או בקשר שבין

זכות רחבה לאיחוד משפחות לכל אזרחי האיחוד האירופי, בין אם בן הזוג הזר הוא אזרח מדינה החברה באיחוד, ובין אם לאו.⁶³

שני שופטים נוספים אשר ישבו במושב שדן בפרשת **עדאלה** הפנו אף הם למקורות נורמטיביים של משפט האיחוד האירופי. המשנה לנשיא (בדימוס) חשין מציין, בדרך אגב, כי "בעקבות הלכה מן הדין הבינלאומי, חוקק האיחוד האירופי את הדירקטיווה שלשנת 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 למשפט הפנימי של כל מדינה ומדינה".⁶⁴ הפניה זו נעשתה ללא כל אזכור של דירקטיבה מסוימת, ובשל כך סווגה במחקרנו כאזכור חולף, אף שברור כי היא פוונה לדירקטיבה הנדונה לאורך פסק הדין.

השופט נאור מפנה למאמרם של רובינשטיין ואורגד,⁶⁵ ומתייחסת למסקנותיהם ביחס לדירקטיבה האירופית משנת 2004:

"רובינשטיין ואורגד מתייחסים במאמרם למחקרו של ארתור ג'ון, שהוקדש לסקירת נושא זה 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 ושאיפה 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'..."⁶⁶

ניתן לראות כי 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 השוואה בין הדין הישראלי

הורה לילדו עשויות לפגוע בזכויות לפי סעיף 8 לאמנה: Berrehab v. The Netherlands, App. No. 10730/84, 11 Eur. H.R. Rep. 322 (1988); Moustaquim v. Belgium, App. No. 12313/86, 13 Eur. H.R. Rep. 802 (1991); Ciliz v. The Netherlands, App. No. 29192/95, [2000] ECHR 365. ראו פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 56, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק. פסקי דין אלה אינם נספרים כהפניות במחקרנו.

63 פרשת **עדאלה**, שם, פס' 37 לפסק דינו של הנשיא ברק.

64 שם, פס' 53 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין.

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

66 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 525–526.

לאירופי. למרות זאת נדחתה העתירה בקביעה כי אם החוק פוגע בזכות לחיי משפחה, הפגיעה היא מידתית. נראה שעל אף החשיבות שהוקנתה לזכות לחיי המשפחה הן בדין הישראלי והן בדין האירופי, המציאות הפוליטית, החברתית והבטחונית השונה שהתקיימה בישראל באותן שנים הכריעה את הכף בפרשה זו.

בדומה לפרשת **עדאלה**, פרשת **גלאון**⁶⁷ עסקה בשאלת חוקיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, בעקבות תיקונו של החוק. גם בפסק דין זה נדונה חוקתיותו של חוק האזרחות בהרכב מורחב, בדומה לדיון בפרשת **עדאלה**, וגם בפסק דין זה נעשה שימוש נרחב בפנייה למקורות מן המשפט האירופי בכללותו, לצד פנייה למקורות נורמטיביים שמקורם במשפט האיחוד האירופי. עם זאת, כל ההפניות למשפט האיחוד האירופי נעשו במקרה זה בחוות דעת שהשתייכו לדעת הרוב. השופט מלצר דן בחוות דעתו ב"עקרון הזהירות המונעת", ובכואו לבדוק את התאמתו של העיקרון למבחן המידתיות, הוא מפנה לפסק דין שמקורו במשפט האיחוד האירופי, אשר משמש בחוות דעתו כר נרחב לפרשנות הדין המקומי ולהשוואת הדינים:

"בנושא זה, פסק הדין המנחה באירופה הוא Case T-13/99, Pfizer Animal Health SA v. Council of the European Union... של בית הדין האירופי לצדק, אשר שילב למעשה את עקרון הזהירות המונעת עם מבחן המידתיות וקבע, במינוחים שלנו, כי במקרים שבהם מתקיימים התנאים להחלת עקרון הזהירות המונעת – אין מקום לומר כי מעשי הרשות לא עמדו בדרישות הפרופורציונליות. זאת, שכן בנסיבות כאלה ניתנת הבכורה לשיקולי הרשות הרגולטורית, שהרי **עליה האחריות** במקרה שהקטסטרופה תתממש, ואז היא זו שתאלץ להצדיק את מעשיה, או את מחדליה."⁶⁸

ובהמשך, בכואו לדון במבחן "המידתיות במובן הצר", מציין השופט מלצר:

"לעניות דעתי, כאשר תוספת התועלת שהחוק העומד לבחינה מבקש להביא היא **במניעת נזק צפוי**, ובמיוחד בנסיבות שעקרון הזהירות המונעת יפה להן – החקיקה הרלוונטית צולחת בהצלחה מבחן משנה זה. כפי שציין בית המשפט בפרשת *Pfizer* בעניין זה: [...] a cost/benefit analysis is a particular expression '...of the principle of proportionality in cases involving risk management'⁶⁹

פנייתו של השופט מלצר בפסק דין זה שילבה את עקרון הזהירות המונעת עם מבחן המידתיות. השופט קבע כי כאשר מתקיימים התנאים להחלת "עקרון הזהירות המונעת", אין מקום לטעון כי מעשי הרשות לא עמדו בדרישות המידתיות. במיוחד יש התייחסות

67 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1 (2012).

68 שם, בעמ' 235 (ההדגשות במקור).

69 שם, בעמ' 236 (ההדגשות במקור).

לפרופורציונליות, שכן קיימת העדפה במצבים אלה לשיקוליה של הרשות הרגולטורית, שכן עליה מוטלת האחריות, והיא שתצטרך להצדיק את מעשיה או את מחדליה. מבחן המידתיות מהווה מבחן יסוד במשפט החוקתי בישראל, ואנו רואים חיזוק לחשיבותו בעצם השימוש בו במשפט האירופי.⁷⁰ הנה כי כן, פנייה זו למשפט האיחוד האירופי נעשתה במטרה לחזק את מבחני הדין המקומי תוך השוואה בין אופן יישומם בארץ לבין אופן יישומם בדין האירופי.

השופטת נאור מפנה לספרות אירופית שלפיה הזכות לחיי משפחה כוללת, בין היתר, את הזכות להתחתן, את הזכות לבחור שם, את הזכות לשיתוף בהחלטות לגבי עתיד הילד ואת הזכות שילד לא יימסר לאימוץ ללא הסכמה או ידיעה של ההורה.⁷¹ באופן מעניין וראוי לציון, השופטת נאור מבקשת לעמוד על השינויים שחלו בדין האירופי בכללותו ובדין האיחוד האירופי מאז ניתנה חוות דעתה בפרשת **עדאלה**:

"בפסק דיני הקודם [בפרשת **עדאלה**] הראתי בהרחבה, ולעניין זה חלקתי על עמדת הנשיא ברק, כי במדינות העולם הדמוקרטי לא הוכרה זכות **חוקתית** של אזרח או של תושב להביא לארץ מגוריו בן זוג זר. הזכרתי פסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם שדנה בסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם. סעיף 8 מדבר, כזכור, על הזכות לחיי משפחה. והנה, **לאחר** פסק דיננו, נקבע בבית הדין האירופי לצדק (ECJ) כי **אין** לפרש את הזכות לחיי משפחה כמחייבת את המדינה להתיר איחוד משפחות דווקא בשטחה. ובלשון בית הדין: '[...] this right [from article 8...] is not to be interpreted as necessarily obliging a Member State to authorize family reunification in its territory' ... בית הדין האירופי לצדק מפנה גם הוא לפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם ושב ומזכיר כי **על עסקינן בענייני הגירה אין לראות את הזכות לחיי משפחה כמקימה חובה כללית על המדינה לאפשר איחוד משפחות דווקא בשטחה**: 'Where immigration is concerned, article 8 cannot be considered to impose on a State a general

70 על מקורותיו ההיסטוריים של מבחן המידתיות במשפט הקהילה האירופית ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט** 234–235 (2010). לסקירה מעמיקה על מבחן המידתיות במשפט ראו באופן כללי שם, וכן משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" **משפט ועסקים** טו 317 (2012), הדין בתרבות החוקתית, שבה מידתיות היא יסוד אינהרנטי. ראו עוד Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, 59 AM. J. COMP. L. 463 (2011). לגישה ביקורתית ראו גילה שטופלר "עליית המידתיות, ירידת ההסתברות והשלכותיה הבלתי-צפויות של המהפכה החוקתית על המשפט החוקתי הישראלי" **משפט וממשל** יט 187 (2018). שטופלר מצביעה על חסרונותיו של מבחן המידתיות המשפטי, ומציעה מענה בדמות שילוב מבחני ההסתברות במתכונתם ה"ישנה" בתוך מבחני המידתיות, ובפרט במבחן המידתיות השלישי, המבקש לאזן בין הנזק לזכות לבין התועלת לאינטרס מהגבלה הנתונה.

71 עניין **גלאון**, לעיל ה"ש 67, בעמ' 249. ספרות זו אינה נספרת כחלק מהמאגר שבמחקרנו.

obligation to respect the choice by married couples of the country of their
 "72...matrimonial residence and to authorize family reunion in its territory"

דיון זה בפסיקתו של בית המשפט האירופי לצדק, שנעשתה לשם חיזוק הדין המקומי, מלמדת לטעמנו על ההשראה וההפריה מפסיקת בית המשפט האירופי לצדק, ועל כך שבית המשפט העליון מקפיד להתעדכן בפסיקה של בית המשפט האירופי לצדק אשר רלוונטית לסוגיות המתעוררות במשפט הישראלי.

השופט הנדל מפנה אף הוא לפסק הדין שאליו הפנתה השופטת נאור בחוות דעתה, תוך שהוא מציין כי "אין זכות חוקתית מוקנית לכל אזרח להכניס אדם זר לגבולות מדינתו, גם אם הוא נשוי לו".⁷³ הפניה זו נעשתה ללא כל התייחסות ממוקדת לפסק הדין, ולפיכך סווגה כהפניה על דרך האזכור החולף. הנה כי כן, שלוש הפניות למשפט האיחוד האירופי נעשו בפסק הדין בעניין גלאון – כל אחת למטרה אחרת: לשם חיזוק הדין המקומי, לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת הדינים, וכן על דרך האזכור החולף. בפרשת איתן⁷⁴ הוגשו שתי עתירות, אשר אוחדו לדיון אחד, בעניין חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, שמאפשר להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של שנה, ואשר מכוחו הוקם מרכז השהייה למסתננים המכונה "מתקן חולות". השופט פוגלמן, בדעת רוב, שוזר בפסיקתו מקורות נורמטיביים המהווים חלק ממשפט האיחוד האירופי לצד מקורות שאינם מהווים חלק ממנו. בתחילת פסק דינו מפנה השופט פוגלמן, בין היתר, לנספח מדיניות משנת 2013 שפרסם האיחוד האירופי,⁷⁵ וזאת על מנת להמחיש כי "במדינות רבות, עצם הגשת בקשה לזכות במעמד של פליט מובילה להחלטה של מערכת דינים ייחודית ונפרדת מזו שחלה על שוהים בלתי חוקיים שאין בפיהם טענת זכות להגנה מיוחדת ושלא ניתן להרחיקם מסיבות טכניות. זאת, על רקע ההכרה בנסיבות יוצאות הדופן של מי שעזבו את מדינתם שלא מתוך בחירה או העדפה, אלא מתוך כורח ואילוץ".⁷⁶ בהמשך מפנה השופט לדיקטיבה שלפיה אסור להחזיק שוהים בלתי חוקיים במעצר אם לא מתנהל

72 שם, פס' 9 לפסק דינה של השופטת נאור (ההדגשות במקור). פסק הדין שהשופטת נאור מפנה אליו הוא Case C-540/03, European Parliament v. Council of the European Union, [2006] ECR I-5769.

73 עניין גלאון, שם, בעמ' 285.

74 בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 22.9.2014) (להלן: עניין איתן).

75 E.U. AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, HANDBOOK ON EUROPEAN LAW RELATING TO ASYLUM, BORDERS AND IMMIGRATION 41–57, 135–157 (2014). מקור זה אינו נכלל במאגר שבמחקרנו, שכן הוא אינו מהווה מקור נורמטיבי מחייב לפי אמנת ליסבון, אולם יש בנוכחותו בפסק הדין כדי ללמד על עומק המחקר שבית המשפט העליון עורך במשפט האיחוד האירופי על מנת למצוא פתרונות לסוגיות שמתעוררות במשפט הישראלי.

76 עניין איתן, לעיל ה"ש 74, פס' 34 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

בעניינם הליך גירוש אפקטיבי שצפוי להתממש בתוך פרק זמן סביר.⁷⁷ לשם הדגשת גישה זו, ובאותה נשימה, מפנה השופט פוגלמן לשני פסקי דין – האחד של בית המשפט האירופי לזכויות אדם⁷⁸ והאחר של בית המשפט האירופי לצדק⁷⁹ – שמטרתם לחזק את הנאמר בדירקטיבה. בהמשך פסק דינו מפנה השופט פוגלמן שוב לאותה דירקטיבה, ומציין כי חלק מהמדינות שהוזכרו בפסק הדין עיצבו את חקיקתן הפנימית בהתאם למתאר של הדירקטיבה.⁸⁰ לפי מתאר זה, אם אין בנמצא אמצעים פוגעניים פחות, ניתן להחזיק שוהה לא כדין במשמורת (בעיקר כאשר יש סכנה שהוא יימלט או יסכל את גירושו מהמדינה) לתקופה של עד שישה חודשים. תקופה זו ניתן להאריך לפרק זמן של עד שנים-עשר חודשים נוספים (שמונה-עשר חודשים בסך הכל), אם המוחזק אינו משתף פעולה עם גירושו או כאשר יש עיכוב בהשגת המסמכים הנדרשים לצורך הוצאת הגירוש אל הפועל. כמו כן נאמר כי בית המשפט האירופי לצדק קבע כי ניתן להאריך את תקופת המשמורת בחלוף שישה חודשים רק אם מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי. באחרית דבריו מפנה השופט פוגלמן לדירקטיבה האירופית בדבר תנאי הקליטה, הקובעת כי במסגרת תנאי ההחזקה של פליטים יש לכלול הגנה על בריאות הנפש של המוחזקים.⁸¹ ארבע ההפניות בפסק דין זה למקורות מן המשפט האירופי נעשו במטרה לפרש את הדין המקומי וכן להשוות בין הדין המקומי לדין האירופי. הפנייה הרחבה והמעמיקה לדין האירופי בכללותו נעשתה במטרה לקבוע את המדיניות הראויה כלפי פליטים בישראל.

בפרשת **קו לעובד**⁸² נדונה עתירה לחייב את שר הבריאות ושר הרווחה להתקין תקנות למען עובדים זרים שיש להם זיקה חזקה לישראל, אשר יעניקו להם זכויות על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ומכוח חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. השופטת ארבל מפנה בפסק דינה, במסגרת פרק המשפט המשווה (בלשונה – "מבט מעבר לים"), לדירקטיבה שמועצת האיחוד האירופי חוקקה בשנת 2003, אשר חלה על אזרחי מדינה שלישית שהם תושבים לטווח ארוך במדינות

77 Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals, art. 15(1), 2008 O.J. (L 348/98)

78 Chahal v. United Kingdom, App. No. 70/1995/576/662, 23 Eur. H.R. Rep 413 (1996) פסק דין זה ניתן בבית המשפט האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג, ה-ECHR, ולפיכך אינו נספר במאגר שבמחקרנו.

79 Case C-357/09 PPU, Kadzoev, [2009] ECR I-11189

80 עניין **איתן**, לעיל ה"ש 74, פס' 77 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

81 Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Laying Down Standards for the Reception of Applicants for International Protection (recast), art. 17(2), 2013 O.J. (L 180/96)

82 בג"ץ 1105/06 **קו לעובד נ' שר הרווחה** (פורסם באר"ש, 22.6.2014).

האיחוד האירופי.⁸³ השופט ארבל מציינת כי "תושבות לטווח ארוך מוגדרת בדירקטיבה כשהייה חוקית ורצופה של חמש שנים ומעלה במדינה החברה באיחוד". השופטת מפרטת על סעיף 5, שעניינו תנאים נוספים הנדרשים לקבלת סטטוס של תושבות לטווח ארוך, וכן על סעיף 11, הקובע "מתן יחס שווה לתושב לטווח ארוך ולתושב האיחוד האירופאי, בין היתר בנוגע לזכויות סוציאליות הכוללות גם טיפול רפואי".⁸⁴ הפניה זו לדירקטיבה שמקורה במשפט האיחוד האירופי סייעה לשופטת ארבל בפירוש הדין המקומי, תוך השוואה בינו לבין משפט האיחוד האירופי, דבר שהוביל בסופו של דבר לקבלת העתירה.

בעניין **דסטה**⁸⁵ נבחנה חוקתיותם של סעיף 30א ופרק ד לחוק למניעת הסתננות (עברות ושיפוט), התשי"ד-1954, לאחר תיקונים שנעשו בחוק לשם מניעת הסתננות לישראל והבטחת יציאתם של מסתננים מישראל.⁸⁶ התיקונים מורים כי ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה שבין שלושה חודשים לעשרים חודשים במרכז שהייה. בג"ץ, בהרכב מורחב, פסק כי הוראת החוק הקובעת כי ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד שלושה חודשים היא חוקתית, וזאת בכפוף לפרשנות שנקבעה, שלפיה קיים קשר מובנה בין החזקתו של המסתנן במשמורת לבין קיומם של הליכים לזיהויו או למיצוי אפיקי הרחקתו מישראל. כמו כן נפסק כי גם הוראות החוק המקנות סמכות להורות למסתנן לשהות במרכז שהייה הן חוקתיות, אך בוטלו הסעיפים הקובעים כי התקופה המרבית להחזקה במרכז שהייה היא עשרים חודשים, בשל כך שהתקופה אינה מידתית.

במסגרת פסק הדין נעשתה הפניה לחמישה מקורות נורמטיביים שמקורם במשפט האיחוד האירופי, על ידי שלושה שופטים שונים.⁸⁷ הנשיאה נאור מפנה בפסק דינה לדירקטיבה האירופית בדבר קליטתם של מבקשי מקלט,⁸⁸ במסגרת התייחסותה לאינטרס של מניעת ריכוזם של מבקשי מקלט במרכזי הערים והפחתת הנטל המוטל על ערים שבהן קיים ריכוז משמעותי של זרים. במסגרת סקירת הנעשה במדינות השונות מציגה הנשיאה את הגישה שלפיה למבקשי המקלט מוקנה חופש תנועה בשטח המדינה שבה הם שוהים, אם כי המדינות רשאיות לקבוע אזורי גיאוגרפיים שבהם הם יתגוררו, ולעיתים אף מקומות מגורים ספציפיים. לנוכח חשיבות הדבר בחרה הנשיאה לצטט את סעיף 7 לדירקטיבה במלואו.⁸⁹ עם זאת, הנשיאה מסייגת את סמכות המדינות בהבהירה

83 Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 Concerning the Status of Third-Country Nationals Who are Long-Term Residents, amended by Directive 2011/51/EU

84 פרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 82, פס' 75 לפסק דינה של השופטת ארבל.

85 בג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת** (פורסם באר"ש, 11.8.2015).

86 חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, ס"ח 84.

87 זאת, לצד פנייה למקורות נוספים במשפט האירופי בכללותו.

88 Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 Laying Down Minimum Standards for the Reception of Asylum Seekers, 2003 O.J. (L 31/18)

89 עניין **דסטה**, לעיל ה"ש 85, פס' 71 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

כי על ההגבלה להיות קשורה לאינטרסים הציבוריים או לטיפול יעיל בבקשות המקלט, ומפנה לעדכון שנעשה לאחרונה בדירקטיבה בנוגע לאלה שהגישו בקשה להגנה בין-לאומית כלשהי.⁹⁰ בהמשך פסק דינה, בהתייחסה לנסיבות חריגות שבעטיין ניתן לנקוט אמצעים המגבילים את חופש התנועה של מבקשי המקלט ולעיתים אף את חירותם, הנשיאה מפנה לדירקטיבה העוסקת בהגנה זמנית.⁹¹ הפניות אלה של הנשיאה למקורות של משפט האיחוד האירופי נעשו לשם פרשנות הדין המקומי והשוואה בין הדין הישראלי למשפט האיחוד האירופי.

השופט הנדל, בדעת מיעוט, סבר כי דינה של העתירה להידחות על כל חלקיה, שכן לטעמו הוראות החוק צולחות את המבחן החוקתי. במסגרת פסק דינו, בהתייחסו למגמה הרווחת במשפט המשווה לצמצם את תקופת ההחזקה במרכזי שהייה, הוא מפנה לדירקטיבה של האיחוד האירופי משנת 2003 ולגרסתה המעודכנת, שאליה הפנתה אף הנשיאה נאור,⁹² ואף מצטט את סעיפים 7(1) ו-7(2), שעניינם חופש התנועה.⁹³ אזכורים אלה נועדו להבהיר שהדירקטיבה אינה מורה על מגבלת זמן להוראות אלה. לבסוף, השופט מלצר, בהתייחסו לחובת המדינה לטפל במהירות הראויה בבקשות המקלט, ולא לנקוט פעולות הנראות כמסכלות את אפשרות קבלתן, מפנה, על דרך האזכור החולף, לדירקטיבה אירופית הנוגעת בענייננו.⁹⁴ פסק דין זה הוא דוגמה נוספת לשימוש שבית המשפט העליון עושה במשפט האירופי במטרה לפתח את המשפט המקומי, במיוחד בנושאים טעונים מבחינה פוליטית ותרבותית כהגירה, שלגביהם חלה בשנים האחרונות התפתחות משמעותית בדין האיחוד האירופי, על רקע תמורות דמוגרפיות ופוליטיות שהתרחשו ביבשת.

בעניין זיק דינור בע"מ⁹⁵ הוגשה עתירה נגד החלטות של משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה לעניין בדיקות הנערכות לזיקוקים מיובאים עם הגעתם לישראל. במקרה זה דחה בג"ץ את העתירה, בקובעו כי ההחלטה לקיים את בדיקות ההתאמה לתקן החל בישראל הינה "מידתית ומצויה במתחם הסבירות".⁹⁶ השופט פוגלמן מתייחס לטענותיהן של העותרות שלפיהן קיים טעם לפגם בכך שהרשות לא אספה מידע בנוגע

90 Directive 2013/33/EU, לעיל ה"ש 81.

91 עניין **דסטה**, לעיל ה"ש 85, פס' 72 לפסק דינה של הנשיאה נאור; Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving Such Persons and Bearing the Consequences Thereof, 2001 O.J. (L 212/12).

92 Council Directive 2003/9/EC, לעיל ה"ש 88; Directive 2013/33/EU, לעיל ה"ש 81.

93 עניין **דסטה**, לעיל ה"ש 85, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

94 שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט מלצר; Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Common Procedures for Granting and Withdrawing International Protection (recast), art. 31, 2013 O.J. (L 180/60).

95 בג"ץ 8467/10 זיק דינור בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה (פורסם בנבו, 29.11.2011).

96 שם, פס' 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

למצב הנוהג באירופה בסוגיה זו, שכן למידע זה יש חשיבות רבה, לשיטתן, מאחר שמדינות אירופה – שעל יסוד התקן הנוהג בהן נקבע התקן הישראלי – מסתפקות בעריכת הבדיקות המדגמיות במדינות הייצור.⁹⁷ כבר בשלב זה מציין השופט פוגלמן: "אכן, להשקפתי – על רקע הנתונים עליהם עמדנו ובכללם אימוץ התקן האירופי – היה מקום לכך שמשרד התמ"ת יקיים בחינה מעמיקה יותר של המצב הנוהג באירופה בטרם קבלת ההחלטה... נראה כי בדיקה משמעותית של הנושא נעשתה רק לאחר שנקטו ההליכים שלפנינו. עם זאת, כפי שעלה בדיון לפנינו, משרד התמ"ת היה נכון לבדוק את המצב החל באירופה גם בשלב מאוחר זה, ועל יסוד הממצאים שיתגלו – לבחון בשנית את המודל החל בישראל."⁹⁸ אמירה זו משקפת לטעמנו בצורה הטובה ביותר את חשיבותו ומקומו של משפט האיחוד האירופי במשפט הישראלי. זאת, אף שאין בה כל התייחסות מפורשת למקור נורמטיבי כלשהו.

ביחס לטענת העותרות כי מדינות האיחוד האירופי מסתפקות בעריכת הבדיקות המדגמיות במדינות הייצור, וכי משאומץ בישראל התקן האירופי החל על זיקוקים יש מקום לאמץ גם את הנוהל החל באירופה בנוגע לעריכת הבדיקות, מציין השופט פוגלמן:

"כאן המקום להעיר כי ההסדרים הקיימים באירופה בנוגע לייבוא טובין מושפעים במידה רבה מן העיקרון המנחה בקהילה האירופית בדבר ביטול מחסומי הסחר בין המדינות וכינון שוק אחיד (ראו Directive 2007/23/EC on the placing on the market of pyrotechnic articles, OJ L 154, 14.6.2007, p.1 (להלן: הדירקטיבה)). לפיכך, הקהילה האירופית קובעת בדירקטיבות המוצאות מטעמה, דרישות כלליות עבור סוגים שונים של מוצרים – כגון דרישות בטיחות ופיקוח – שהן תנאי סף לכניסת מוצרים למדינות האיחוד האירופי. דירקטיבות אלה מתוות כללים לאימוץ וקביעה של רגולציה פרטנית בכל מדינה. הדירקטיבה העוסקת בייבוא מוצרים פירוטכניים וזיקוקין, הרלוונטית לענייננו, מתווה הליך דו-שלבי לבדיקת זיקוקין מיובאים: שלב ראשון המורכב בעיקרו מבדיקת אב-טיפוס וכן בדיקות מדגמיות לסחורה המיובאת שנועדו לוודא התאמתה לתקן (Batch Testing); ושלב שני, שבו מחויבות מדינות האיחוד האירופי לנקוט בכל הצעדים הנדרשים כדי להבטיח שרק מוצרים שעמדו בדרישות הסף ישווקו בתחומיהן. בכלל זה, עליהן לבצע בדיקות נוספות גם בשטחן על מנת לוודא שהמוצרים המשווקים אינם מסוכנים לבטיחות הצרכנים ובריאותם..."⁹⁹

97 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

98 שם.

99 שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

ניתן להיווכח כי השופט פוגלמן מפרש את הדין המקומי על דרך ההשוואה בין ישראל לאיחוד האירופי, תוך הפניה לדירקטיבה¹⁰⁰ ובכך מבסס את החשיבות העצומה של בדיקות טובין המיובאים לארץ, מה שמוביל אותו לדחיית העתירה. אהדתו של השופט פוגלמן למשפט האירופי כמקור פרשני באה לידי ביטוי גם בעניין **אספו**,¹⁰¹ שבו נדונה שאלה של סבירות לגבי המדיניות של "אי-הרחקה זמנית". המערער, אזרח אריתראי שנכנס לישראל לא כדין, שהה בישראל בהתאם למדיניות זו של משרד הפנים כלפי אזרחי אריתריאה, וביקש להסדיר מעמד זהה גם לבת זוגו, אזרחית אתיופיה השוהה בישראל לא כדין, שאותה הכיר כאן בארץ, נישא לה ואף הביא עימה ילד לעולם. השופט פוגלמן מייחד פרק שלם לבחינת הסוגיה של "הגנה זמנית" באיחוד האירופי.¹⁰² הוא מציין כי מנגנון "ההגנה הזמנית" נבחן במדינות אירופה בשנות התשעים של המאה העשרים, וכי "על יסוד הלקחים שהופקו מהתמודדות המדינות עם המשבר בבלקן, אימץ האיחוד האירופאי בחודש יולי 2001 דירקטיבה העוסקת בסוגיית ההגנה הזמנית (2001/55/EC)".¹⁰³ בהמשך דבריו מפרט השופט פוגלמן על אודות ההגדרה של "הגנה זמנית" בדירקטיבה, ואף מרחיב על דברי המבוא לדירקטיבה ועל סעיפיה השונים, ומציין כי "הדירקטיבה קובעת כי מנגנון ההגנה הזמנית חייב לעלות בקנה אחד עם מחויבויותיהן של המדינות ביחס לפליטים בהתאם למשפט הבינלאומי, ואין במתן הגנה זמנית משום שיפוט מראש של שאלת ההכרה באדם כפליט לפי הוראות אמנת הפליטים".¹⁰⁴ עם זאת, הוא מציין כי נכון ליום מתן פסק הדין הוראות הדירקטיבה משנת 2001 והחקיקה המדינית שיישמה אותה טרם הופעלו, מכיוון שמועצת האיחוד האירופי טרם הכריזה על מצב שמצדיק נקיטת מנגנון של הגנה זמנית.¹⁰⁵ בהמשך דן השופט פוגלמן בזכות לאיחוד משפחות במסגרת של הגנה זמנית, ומציין כך:

"באיחוד האירופאי, עוסק סעיף 15 לדירקטיבה בדבר הגנה זמנית משנת 2001 בעקרון אחדות המשפחה, שאותו יש לכבד במסגרת הפעלת 'ההגנה הזמנית'. עם זאת, סעיף 15(1) מדגיש כי מדובר אך ורק במשפחות שהיו קיימות במדינת המוצא והופרדו בשל נסיבות העקירה ההמונית... הדבר מובהר גם בדברי ההסבר להצעת הדירקטיבה, שם נאמר במפורש כי הדירקטיבה המוצעת איננה מקנה לנהנה מ'הגנה זמנית' את הזכות להקים משפחה חדשה, אלא מכסה רק מצב של משפחה שהייתה קיימת בארץ המוצא. זאת, בשל המאפיינים הייחודיים של

Directive 2007/23/EC of the European Parliament and of the Council of 23 May 2007 on 100
the Placing on the Market of Pyrotechnic Articles, 2007 O.J. (L 154/1)

101 ע"מ 8908/11 **אספו נ' משרד הפנים** (פורסם באר"ש, 17.7.2012).

102 ש"מ, פס' 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

103 ש"מ.

104 ש"מ.

105 ש"מ.

ההגנה הזמנית, שהיא בהגדרתה פתרון ארעי בלבד... הדירקטיבה בדבר הזכות לאיחוד משפחות משנת 2003 (2003/86/EC) – שפרק 5 לה עוסק בהרחבה בזכותם של פליטים לאיחוד משפחות – מחריגה במפורש מגדרי תחולתה פרטים הנהנים מהגנה זמנית (סעיף 3 לדירקטיבה).¹⁰⁶

השופט פוגלמן משתמש בהשוואה זו כדי להראות כי גם באיחוד האירופי אין במעמד הכרוך ב"הגנה זמנית" כדי להעניק לנהנה ממנו זכויות מלאות לאלה של פליט מוכר. באופן ספציפי נקבע כי "הגנה זמנית" אינה מעניקה את הזכות להקים משפחה חדשה תוך הקניית מעמד לבן הזוג הזר. פנייה זו של השופט לשתי דירקטיבות נעשתה לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת דינים, והדבר אפשר לבית המשפט לדחות את העתירה תוך ביסוס נרחב על פנייה למשפט המשווה בכלל ולמשפט האיחוד האירופי בפרט.

בעניין התנועה למען איכות השלטון בישראל¹⁰⁷ נדונה חוקיותו של מתווה הגז. בפסק הדין הוחלט ברוב דעות על ביטולו של מתווה הגז בשל פסקת היציבות הרגולטורית שנקבעה בגדרו, אשר כבלה את הממשלה למתווה למשך עשר שנים. המשנה לנשיאה רובינשטיין בוחן במסגרת חוות דעתו את פרשנותו של סעיף 52 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (שנקרא אז עדיין חוק ההגבלים העסקיים). בתוך כך הוא מפנה לאמנת האיחוד האירופי,¹⁰⁸ ומציין כי "נוכל לשער, כי מצבה הגיאוגרפי אסטרטגי המיוחד של מדינת ישראל עמד ביסוד הסעיף. בהתאם, קשה למצוא הוראה נורמטיבית דומה במדינות מערביות אחרות, דוגמת האיחוד האירופי".¹⁰⁹ לפיכך ניתן לראות בפנייה זו למשפט האירופי בסיס לפרשנות הדין המקומי ולהשוואת הדינים. בהמשך מציין המשנה לנשיאה רובינשטיין כי מדינות שונות מאפשרות שקילת שיקולים שאינם תחרותיים, ביניהם שיקולים בטחוניים, במסגרת אישור מיזוגים ורכישות, תוך שהוא מפנה לתקנה שמקורה במשפט האיחוד האירופי.¹¹⁰ אולם התייחסות זו לעניין השיקולים שאינם תחרותיים נעשית בשולי הדברים, ולכן פנייה זו למשפט האירופי סווגה כפנייה על דרך האזכור החולף. בהמשך פסק הדין עומד המשנה לנשיאה רובינשטיין על כך שחוק התחרות הכלכלית אוסר על בעל מונופולין לנצל את מעמדו לרעה, ובכלל זה לקבוע מחירי קנייה או מכירה לא הוגנים של הנכס או השירות שבמונופולין, ובתוך כך הוא מפנה לפסק דין של בית המשפט האירופי לצדק שאסר

106 שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

107 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 27.3.2016) (להלן: פרשת מתווה הגז).

108 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2008 O.J. (L 24/1) (C 115/47).

109 פרשת מתווה הגז, לעיל ה"ש 107, פס' לג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

110 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings, art. 21(4), 2004 O.J. (L 24/1).

גביית מחיר גבוה על ידי בעל מונופולין, וכן לדוח של ה-OECD שעסק בנושא.¹¹¹ פנייה זו לפסק דין אירופי נעשתה לשם חיזוק הדין המקומי. באותם דברים, ולסיום ההתייחסות לדין האירופי, מפנה השופט רובינשטיין לפסק דין ישראלי משנת 2005 המלמד על "ניצני תמיכה בגישה האירופית".¹¹²

בפרשת קליין,¹¹³ שהינה מענף המשפט הפלילי, דן בית המשפט העליון בערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי שבה הורשעו המערערים בעברות של שימוש במסמך מזויף וקבלת דבר בתחבולה. השופטת פרוקצ'יה מפנה בפסק דינה לפרשת *Bosman* המפורסמת וכן לסעיף 48 לאמנת הקהילה, ומציינת כך:

"תקנון איגוד הכדורגל האירופי (UEFA) אסר על קבוצת כדורגל של מדינה חברה בקהילה האירופית לשתף במשחקה למעלה משלושה שחקנים של מדינה חברה אחרת. בפרשת **בוסמן** פסל בית הדין של הקהילה האירופית את התקנה האמורה מן הטעם, כי היא עומדת בסתירה לסעיף 48 של אמנת הקהילה, המבטיח את מעברם החופשי של עובדים בין המדינות החברות בקהילה האירופית, ומכאן שאין למנוע מעבר שחקן ממדינה למדינה בתוך הקהילה... עקרון זה הוחל גם על יתר ענפי הספורט, ובכללם ענף הכדורסל. החדרת עקרון התנועה החופשית של שחקנים בתוך מדינות הקהילה האירופית נתן תמריץ לשחקנים זרים מחוץ לאירופה להתאזרח במדינה אירופאית כדי להיקלט בחופשיות בקבוצות ספורט שונות באירופה."¹¹⁴

פנייה זו למקורות של משפט האיחוד האירופי נעשתה כחלק מפירוט הרקע הכללי של נסיבות הפרשה, ולא הייתה לה משמעות משפטית להמשך ההכרעה בפסק הדין, שכן הכללים החדשים שהונהגו בעולם הכדורסל האירופי הובילו לשינוי בתקנונים של איגוד הכדורסל בישראל, דבר שהוביל לקביעת מכסות של שחקנים זרים ושחקני בוסמן במסגרת הקבוצות המקומיות.¹¹⁵

111 פרשת **מתווה הגו**, לעיל ה"ש 107, פס' פב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; Case 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v. Commission of the European Communities*, [1978] ECR 209, 301. ההפניה לדוח של ה-OECD אינה נספרת במחקר זה, והיא מוצגת כאן רק כדי ללמד על אופן ההתייחסות המעמיק של המשנה לנשיאה רובינשטיין לפסיפס של המשפט האירופי בכללותו, על מקורותיו השונים.

112 פרשת **מתווה הגו**, שם.

113 ע"פ 5102/03 **מדינת ישראל נ' קליין** (פורסם באר"ש, 4.9.2007).

114 שם, פס' 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. השופטת מפנה לפסק הדין Case C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association (ASBL) and Others v. Jean-Marc Bosman*, [1995] ECR I-5040.

115 פרשת **קליין**, לעיל ה"ש 113, פס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

2. השפעתו של משפט האיחוד האירופי על המשפט הפרטי הישראלי

בתחומי המשפט הפרטי הפנה בית המשפט העליון ל-77 אסמכתאות שמקורן במשפט האיחוד האירופי, השוורות ב-42 פסקי דין והחלטות שלו. מסך ההפניות האלה, כ-21% נעשו על דרך האזכור החולף; כ-12% נעשו לשם חיזוק הדין המקומי; הפניה יחידה נעשתה במסגרת סקירת הליכים קודמים; וכ-66% מההפניות נעשו לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת דינים (ראו טבלה 3). מעניין שגם בתחומי המשפט הפרטי, בדומה לתחומי המשפט הציבורי, רוב ההפניות נעשו לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת הדינים, מה שמעיד על החשיבות הרבה שבית המשפט העליון מקנה למקורות נורמטיביים אלה. מבחינת סוג המקורות, יותר מ-36% מההפניות נעשו לפסיקה שמקורה במשפט האיחוד האירופי; כ-31% מההפניות נעשו לדירקטיבות; כ-18% מההפניות נעשו לתקנות; וכ-14% מההפניות נעשו לאמנות מכוננות של האיחוד האירופי (ראו טבלה 4).

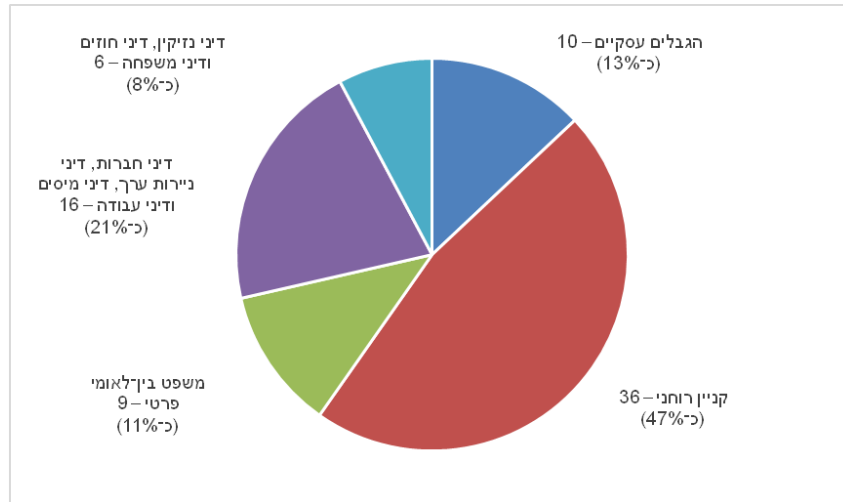
טבלה 3: התפלגות ההפניות במשפט הפרטי למקורות האיחוד האירופי לפי מטרת ההפניה (N=77)

מטרת ההפניה	סך אזכורים	אחוז
אזכור חולף	16	20.77%
סקירת הליכים קודמים	1	1.29%
חיזוק הדין המקומי	9	11.68%
פרשנות הדין המקומי (השוואת דינים)	51	66.23%

טבלה 4: התפלגות ההפניות במשפט הפרטי למקורות האיחוד האירופי לפי סוג המקור הנורמטיבי (N=77)

המקור הנורמטיבי	סך אזכורים	אחוז
פסיקה	28	36.36%
תקנות	14	18.18%
דירקטיבות	24	31.16%
אמנות	11	14.28%

תרשים 2: התפלגות ההפניות במשפט הפרטי למקורות האירופי לפי ענף המשפט הפרטי (N=77)



בחלוקה לענפי המשפט הפרטי, רוב ההפניות, כ-47%, נעשו בפסיקות העוסקות בענפי הקניין הרוחני; כ-13% נעשו בתחום התחרות הכלכלית; וכ-11% נעשו בענף המשפט הבינ-לאומי הפרטי. בענפי המשפט המסחרי – דיני חברות, דיני ניירות ערך, דיני מיסים ודיני עבודה – נעשו 16 הפניות, המהוות כ-21% מסך ההפניות; ובתחומים דיני נזיקין, דיני חוזים ודיני משפחה נעשו 6 הפניות, המהוות כ-8% מסך ההפניות במשפט הפרטי (ראו תרשים 2).

בדומה לתחום המשפט הציבורי, גם כאן אי-אפשר לסקור בהרחבה יתרה את כל פסקי הדין בתחום המשפט הפרטי שהתייחסו למשפט האירופי, שכן לא בכולם נעשתה הפניה משמעותית למקורות של משפט האיחוד האירופי או נערך דיון נרחב בהם. תת-פרק זה מבקש אם כן להציג קבוצה נבחרת של פסקי הדין בתחום המשפט הפרטי שבהם נעשתה הפניה משמעותית למקורות של משפט האיחוד האירופי. עם זאת, אופן הניתוח שיוצג דומה או אף זהה לאופן שבו נותחו יתר פסקי הדין במסגרת מחקרנו, אשר אינם מוצגים להלן.

בתחום המשפט הפרטי פנה בית המשפט העליון לראשונה למשפט האירופי לפני כשלושה עשורים. היה זה בפסק הדין בעניין בלאס, שבו נדונה סוגיית תגמולים מפטנט רשום.¹¹⁶ במסגרת הסקירה המשווה דן השופט מלץ באיזון האינטרסים שבין עידוד פעילות המצאתית לבין הבטחת פעילות כלכלית חופשית, תוך שהוא מצטט חלק נרחב

116 ע"א 427/86 בלאס נ' קיבוץ השומר הצעיר "דן", פ"ד מג(3) 323 (1989).

מפסק הדין בעניין *Beyrard*.¹¹⁷ בהמשך הוא מציין כי הלכה זו אומצה לתוך סעיפים ספציפיים בתקנה אירופית.¹¹⁸ פנייתו של השופט מליץ לשני מקורות נורמטיביים תוך התייחסות נרחבת להלכה הקיימת במשפט הקהילייה האירופית נעשתה לשתי מטרות עיקריות: הפנייה לפסק הדין נועדה להשוות בין המצב החוקי בישראל לבין זה השורר באירופה, והפנייה לתקנה נעשתה לטובת חיזוק הדין המקומי.

דירקטיבות ממלאות מקום משמעותי במאמצי הפרשנות של בית המשפט העליון בתחום הקניין הרוחני. דוגמה לכך ניתן למצוא בעניין *Bristol-Myers Squibb Company*,¹¹⁹ שבמסגרתו נדונה עתירתן של יצרניות תרופות ובעלות פטנט על תרופות המיובאות לישראל נגד הסדר המאפשר "ייבוא מקביל" של תרופות גם על ידי מי שאינם פועלים על דעת היצרן. חברות התרופות טענו לפסלות התקנות, משום פגיעתן בקניין הרוחני ובמיוחד בזכויות הפטנט שבבעלותן. במקרה זה דן השופט אנגלרד בדוקטרינת "תקופת הבלעדיות", אשר עוגנה בדירקטיבה אירופית.¹²⁰ בהמשך מפורטת ההבחנה בין עקרון המיצוי הלאומי לעקרון המיצוי הבינ-לאומי, ומפורט "מצב ביניים" – המיצוי האזורי. פניות אלה למשפט האיחוד האירופי במסגרת הצגת המשפט המשווה נועדו לחיזוק הדין המקומי, והובילו בסופו של דבר לדחיית העתירה במקרה דנן.

בכמה פסקי דין מכווננים בתחום של זכות יוצרים פנה בית המשפט העליון למקורות מהמשפט האירופי ושאל מהם דרכי פרשנות של יסודות הזכות. בפסק הדין בעניין *עיריית חולון*¹²¹ נדון ערעור על פסק דין שבו התקבלה תביעת המשיבה בדבר הפרת זכויות יוצרים במסגרת הפעלת ספרייה ציבורית בעיר חולון, שבה קיימת גם ספרייה מוזיקלית שנוהגת להשאיל תקליטורים לציבור הרחב. פסק דין זה הוא סמן מרכזי בהתפתחות של זכויות היוצרים בישראל, של השימוש ההוגן ביצירות ושל זכויות ההשכרה וההשאלה. השופט לוין מפנה בפסק דינו לדירקטיבה אירופית,¹²² והדיון בדירקטיבה זו, כמו גם באופן פרשנותה ויישומה בתחומי האיחוד האירופי, שזור לכל אורכו של פסק הדין. דיון זה בדירקטיבה נעשה לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת הדינים. בסכמו את הדיון מציין השופט לוין:

117 שם, בעמ' 336–337; Commission Decision of 2 December 1975 Relating to a Proceeding Under Article 85 of the Treaty Establishing the EEC (IV/26.949 AOIP/Beyrard). 76/29/EEC, 1975 O.J. (L 6/8).

118 עניין **בלאס**, שם, בעמ' 337.

119 בג"ץ **Bristol-Myers Squibb Company** 5379/00 נ' **שר הבריאות**, פ"ד נה(4) 447 (2001).

120 Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the Approximation of Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action Relating to Proprietary Medicinal Products, art. 4(8), 1965 O.J. (369).

121 ע"א 326/00 **עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ**, פ"ד נז(3) 658 (2003).

122 Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on Rental Right and Lending Right and on Certain Rights Related to Copyright in the Field of Intellectual Property, 1992 O.J. (L 346/61).

"ראינו כי גם הדירקטיבה האירופית, שצמחה על רקע תפיסה שונה של דיני זכויות יוצרים – תפיסה [כך במקור] המדגישה ביתר שאת את זכותו של היוצר לתגמול בגין יצירתו – מאפשרת קביעת פטורים על-ידי המדינות החברות באיחוד האירופי כשמדובר בפעילות מהסוג שאנו דנים בו. נוכח כל אלה נראה לי כי יש לקבוע כי אין מקרא יוצא ידי פשוטו, וכי פעילותה של הספרייה נשוא הערעור אינה פעילות לצורכי מסחר... דומה כי טענתן של המשיבות שלפיה יש לאפשר להן למנוע לחלוטין את השאלת התקליטורים על-ידי הספריות הציבוריות, חורגת אף מעבר לתפיסת הדירקטיבה האירופית, המחמירה יחסית, שדנו בה לעיל.¹²³"

אזכורים נרחבים אלה, לצד אזכורים נוספים המופיעים בעמודים רבים בפסק הדין, מראים את חשיבות תוכנה של הדירקטיבה האירופית ואת השלכותיה על פרשנות הדין הישראלי ועל השוואת הדינים בתחום זה.¹²⁴

בעניין **ערוצי זהב ושות'**¹²⁵ דן בית המשפט בשיטות טכנולוגיות המאפשרות שידור של תוכניות ומופעים ללא הסכמת הבעלים. שיטות אלה מובילות להפרת זכויות היוצרים של בעלי התוכניות בגין שידור יצירותיהם. במקרה זה שידרו העותרות את משחקי טורניר הטניס בווימבלדון ללא אישורה של המשיבה, שהייתה הבעלים של זכות השידור. השופט חשין, בדעת מיעוט, מבקש ללמד על ההבחנה הנהוגה בשיטות משפט בין "שידור" לבין "שידור משני", ומציין כי בהתאם לדירקטיבה האירופית משנת 1993 העוסקת בזכות השידור,¹²⁶ "זכויות יוצרים יחולו על שידור משני אף-הוא, עם זאת מימוש זכות היוצרים בהקשר זה (ה-cable retransmission right) – התרתו ואיסורו של השידור המשני וקביעת שיעור התמלוגים – הוצא מידי הבעלים של זכות היוצרים והועבר לארגון מרכזי – אגודת גבייה (collecting society) – שעמו חברות הכבלים אמורות לנהל משא-ומתן. כן נקבעו כללים לניהולו של משא-ומתן ליישום ההנחיות. ראו סעיפים 8, 9, 11 ו-12 לדירקטיבה".¹²⁷ הפניה זו לדירקטיבה וכן להנחיות ליישום הדירקטיבה נועדה לשם פרשנות הדין המקומי.

בפרשת **טלראן**¹²⁸ נדון ערעור על קביעתה של הערכאה הדיונית כי מכירתם והפצתם של מכשירים המאפשרים לעקוף תוכנות הגנה טכנולוגיות מהוות "הפרה עקיפה" של

123 עניין **עיריית חולון**, לעיל ה"ש 121, בעמ' 671.

124 שם, בעמ' 666–667.

125 דנ"א 6407/01 **ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd.**, פ"ד נח(6) 6 (2004).

126 Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the Coordination of Certain Rules Concerning Copyright and Rights Related to Copyright Applicable to Satellite Broadcasting and Cable Retransmission, 1993 O.J. (L 248/15).

127 עניין **ערוצי זהב ושות'**, לעיל ה"ש 125, פס' 59 לפסק דינו של השופט חשין.

128 ע"א 5097/11 **טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ** (פורסם באר"ש, 2.9.2013) (להלן: עניין **טלראן**).

זכויות יוצרים. השופט זילברטל מאזכר בפסק דינו דירקטיבה אירופית¹²⁹ אשר "הטילה על המדינות החברות חובה לנקוט בפעולות חוקיות למניעת אמצעי 'עקיפה' טכנולוגיים. בהתאם, מדינות אירופה יזמו חקיקה האוסרת על אמצעי 'עקיפה' טכנולוגיים, ואשר מגדירה פעולות הקשורות בהם כהפרה".¹³⁰ הפניה זו נעשתה במטרה להשוות בין המשפט הישראלי למשפט האירופי, תוך שימת דגש בשוני המהותי בין השניים, המוביל לתוצאות משפטיות שונות.

מפסקי הדין העוסקים בזכויות יוצרים ניתן ללמוד כי בסוגיות השונות המתפתחות בתחום זה, דוגמת שידור תכנים דרך המרשתת ללא קבלת רישיון, וכן בעקבות שיפורים טכנולוגיים מתמידים, עולות שאלות נורמטיביות חדשות בסוגיות הנוגעות בקניין רוחני. מבט אל המשפט האירופי, המתקדם מבחינה חקיקתית בתחום זה בהשוואה לחקיקה במדינת ישראל, יכול לאפשר הסדרה נורמטיבית ראויה יותר.

פנייה נוספת למשפט האירופי ניתן למצוא בפסק הדין המכונן **אלוניאל בע"מ**,¹³¹ אשר דן בהפרת סימן המסחר של רשת מקדונלד'ס שהתרחשה בעת מאבק פרסומי בינה לבין רשת בורגר קינג בישראל. במסגרת פסק הדין נדונו גבולות המותר בכל הנוגע בשימוש שאדם עושה בשמו, היתה לסימן מסחר של אחר, כאשר אין בשימוש זה סכנת הטעיה. שאלה נוספת נגעה בזכותו הכלכלית של אדם בשמו ובתדמיתו. השופט ריבלין מתייחס למונח "פרסומת השוואתית", ומבקש להשוות בין הדין הישראלי לבין הדין החל באירופה מכוח הדירקטיבה האירופית משנת 1997 העוסקת בנושא.¹³² השופט מציג דוגמה,¹³³ ולאחריה מציין כי "לציבור יש עניין בקיום תיאור שכזה ובקיומה של תחרות בשוק חלקי המשנה, לפיכך במקרים שכאלה קובע הדין האירופי הקהילתי למשל כי בתנאי שהשימוש נעשה בתום-לב, לא הופר סימן המסחר. (ראו סעיף 6 לדירקטיבה 89/104/EEC (1989 O.J. L40/1)). בדין הישראלי יידרש בית המשפט לשאלה עד כמה השימוש בסימן המסחר הוא שימוש... בהגדרה אמיתי של מהותם או איכותם של טובין

129 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, 2001 O.J. (L 167/10)

130 עניין **טלראן**, לעיל ה"ש 128, פס' 23 לפסק דינו של השופט זילברטל.

131 ע"א 8483/02 **אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד**, פ"ד נח(4) 314 (2004).

132 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט ריבלין; Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 Amending Directive 84/450/EEC Concerning Misleading Advertising so as to Include Comparative Advertising, art. 2a, 1997 O.J. (L 290/18)

133 עניין **אלוניאל בע"מ**, לעיל ה"ש 131, פס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין: "אלמוני מפרסם כי המוצר שהוא מייצר מתאים – כחלק חילוף או כתוספת – למוצר הנושא את סימן המסחר של פלמוני. במקרה זה אלמוני מבהיר כי המוצר שלו אינו המוצר של פלמוני, ואין הוא יוצר זיקה שקרית בין המוצר שלו לבין סימן המסחר. אולם משעושה הוא שימוש בפרסום בסימן המסחר של פלמוני, הרי שלפי הוראת סעיף 1, מפר הוא את סימן המסחר. אכן, מפרסם שכזה מפיק יתרון מסימן המסחר של האחר, אלא שהוא בא אך לתאר את המוצר שהוא מייצר ואת מטרת השימוש בו בדרך שהיא אולי הדרך האפשרית היחידה לשם כך."

של' – שימוש המוגן מכוח הוראת סעיף 47 לפקודה¹³⁴. כאשר השופט פונה לרון בפרסומת השוואתית בין שתי החברות המתחרות, הוא מציין כי "די בצפייה חטופה בתשדיר מטעם ברגר קינג על-מנת להבין כי לא הייתה זו פרסומת השוואתית. פרסומת השוואתית, לדעתנו, כשמה כן היא: משווה היא בין המוצרים המסופקים על-ידי מתחרים, בין המחירים שגובה כל אחד מהם, בין טיב השירות שניתן על-ידי כל אחד מהם וכיוצא באלה. דבר מכל אלה לא הופיע בתשדיר מטעם ברגר קינג. אין די, לשיטתנו, בעצם אזכור שמו של המתחרה על-מנת להפוך פרסומת לפרסומת השוואתית"¹³⁵. לאחר שהוא עומד על הדין הישראלי, משווה אותו השופט לנהוג במשפט האירופי: "שונה לכאורה דין הקהילה האירופית, המגדיר בדירקטיבה 97/55/EC (O.J. L290/18), בסעיף a2, פרסומת השוואתית ככל פרסומת שבה מוזכר המתחרה – ולו ברמיזה. עם זאת יודגש כי גם לאור הדירקטיבה הזו הפרסומת מטעם ברגר קינג הייתה פסולה משום שהוראת סעיף a3 לדירקטיבה אוסרת פרסומת השוואתית אם היא מלעזזה (denigrate) על סימן מסחר של מתחרה או פוגעת בשמו הטוב (discredit) – שאז היא תיחשב להפרת סימן מסחר. ראו: recital 15 לדירקטיבה"¹³⁶. עם זאת, השופט ריבלין מסייג את דבריו וקובע כי הדין הישראלי אינו מעניק הגנה למשתמש בסימן המסחר של מתחרהו לצורך פרסומת השוואתית.¹³⁷ פנייה זו למקורות של משפט האיחוד האירופי נועדה לערוך השוואת דינים ולסייע בפירוש הדין המקומי, אשר אינו מעניק הגנה למשתמש בסימן מסחר של מתחרהו לצורך פרסומת השוואתית.

בפרשת **אבסולוט שו בע"מ**¹³⁸ שדנה בהפרת סימן המסחר הרשום של חברת אבסולוט (Absolut), ביקשו העותרות לצוות על בעלת רשת חנויות הנעלה לחדול משימוש בסימן זה בעיסוקה ולהסירו מחנויותיה. השופט רובינשטיין מאזכר מקורות שונים מהמשפט האירופי, ואף מגדיל לעשות ומייחד פרק שלם מפסק הדין לסקירת התייחסותו של המשפט האירופי לשאלה המשפטית הנדונה.¹³⁹ במסגרת הפרק מוצגת מסגרת נורמטיבית לסימני המסחר בקהילה האירופית, המצויה ב- Trade Marks Directive שנחקקה בשנת 1988 בעקבות הסכם פריז. בפסק דינו מצטט השופט באופן מלא את הוראות הדירקטיבה הרלוונטיות (ובפרט את סעיף 5, אשר דן באפשרות של בלבול (confusion) מצד הציבור כתוצאה מאפשרות של זיקה (association)). פנייה נרחבת זו למקורות המשפט האירופי נעשתה לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת הדינים. בהקשר זה מפנה השופט רובינשטיין לפסק הדין האירופי המרכזי *Sabel* בדרך של אזכור חולף, ומציין כי בפסק דין זה ניתן לראות כי הנטייה באיחוד האירופי היא

134 ש.ם.

135 ש.ם, פס' 16 לפסק דינו של השופט ריבלין.

136 ש.ם.

137 ש.ם.

138 ע"א 9191/03 V&S Vin Spirit Aktiebolag נ' אבסולוט שו בע"מ, פ"ד נה(6) 869 (2004).

139 ש.ם, בעמ' 881–883.

לפרשנות מצמצמת של המונח "זיקה", המתפרש בזיקה ל"בלבול".¹⁴⁰ בתוך כך מפנה השופט לספרות אירופית המקשרת בין שני המושגים, אך זו אינה נספרת במסגרת המאגר שיצרנו במחקר זה.¹⁴¹

פסק דין מעניין נוסף שהתייחס באריכות ובפירוט למקורות מהאיחוד האירופי ניתן בעניין August Storck KG נ' אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ.¹⁴² במקרה זה עסקו השופטים בבחינת הפרת סימן מסחר תלת-ממדי של הממתק TOFIFEE. השופט גרוניס מפנה לפסיקות שונות של בית המשפט האירופי לצדק, במטרה להראות שכדי שצורה ספציפית תהיה קבילה לרישום כסימן מסחר, עליה להיות בעלת מערך מאפיינים ייחודי, המגיע לרמה שבה קהל הצרכנים מצפה לתפוס את הסימן כסמל של טובין החברה.¹⁴³ השופט מציין כי כאשר סימן מסחר נופל תחת אחת הקטגוריות המוגדרות בדירקטיבה האירופית כמגבילות את רישום סימן המסחר, הסימן אינו בר תוקף לרישום, ולפיכך אין עוד חשיבות לשאלת המאפיינים המבחינים האינהרנטיים או הנרכשים של סימן המסחר. בהמשך פסק דינו מוסיף השופט גרוניס, למעלה מן הצורך, כי בית המשפט האירופי לצדק פסק כי הכללים הנוכריים חלים אף ביחס לסימנים דו-ממדיים המורכבים מהצגה גרפית של צורת המוצר.¹⁴⁴ בשלב מאוחר יותר מוצגות בפסק דינו דירקטיבות ותקנות נוספות העוסקות בנושא.¹⁴⁵ בקשר לסייג הנוגע בסימנים המורכבים מצורתם של מוצרים, בוחר השופט להפנות לפרשת Philips, שם נדונה נפקות ההבחנה בין אופי מבחין אינהרנטי לנרכש.¹⁴⁶ בהתייחסו ל"צורתם הטבעית" של הטובין, במסגרת הדיון שהוא עורך בצורות הנובעות מעצם טבעם של הטובין, מפנה השופט לפסיקה אירופית נוספת של בית המשפט האירופי לצדק.¹⁴⁷ התקנות והדירקטיבה מופיעות פעמים מספר לאורך פסק דינו של השופט גרוניס, וחלק ניכר מהסעיפים במקורות אלה מפורטים בצורה רחבה ומקיפה.

אחד התחומים המייצרים קונפליקטים משפטיים בתחום סימני המסחר הוא הייבוא המקביל. בפסק דין סוויסה¹⁴⁸ נדון מקרה שבו יובאו לישראל מוצרי לבוש של חברת

.Case C-251/95, Sabel BV v. Puma AG, [1997] ECR I-6214 140

Gert Württenberger, *Risk of Confusion and Criteria to Determine the Same in European Community Trade Mark Law*, 24(1) EUR. INTELL. PROP. REV. 20 (2002) 141

.ע"א 11487/03 August Storck K.G. נ' אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ, פ"ד סב(4) 1 (2008). 142

.C-456/01, 457/01, Henkel KGaA v. OHIM, [2004] ECR I-5115, secs. 34–39 143

.C-25/05, August Storck KG v. OHIM, [2006] ECR I-5739, secs. 25–29 144

First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, 1989 O.J. (L 40/1); Council Regulation (EC) No. 145

.40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark, 1993 O.J. (L 11/1)

Case C-299/99, Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd., [2002] ECR I-5490 146

.Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd. [1999] R.P.C. 809, 820 147

ע"א 7629/12 סוויסה נ' TOMMY HILFIGER LICENSING LLC (פורסם באר"ש, 16.11.2014). 148

בגדים בעלת מוניטין בין-לאומי על ידי יבואנים שאינם 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, שבהם משווקים את מוצרי החברה במחירים נמוכים יותר, במתכונת של "ייבוא מקביל". אותם יבואנים אף פרסמו את העובדה שבבית העסק שלהם מוכרים מותגים יוקרתיים בזול.

השופטת ברק-ארז מפנה בפסק דינה ללא פחות משנים-עשר דברי חקיקה ופסיקה הלכותיים מהאיחוד האירופי. כל ההפניות נעשות במטרה לפרש את הדין המקומי, תוך השוואה בינו לבין הדין האירופי. השופטת ברק-ארז מייחדת את פסקאות 37–41 בפסק דינה למשפט האיחוד האירופי, כחלק מסקירת המשפט ההשוואתי שהיא עורכת. הפסקאות מתמקדות בתופעת "הייבוא המקביל" ובאופן התייחסותו של הדין האירופי אליה. השופטת מציינת כי "ייבוא מקביל" אל הגוש האירופי הינו אסור, אך אין מגבלות בנוגע ל"ייבוא מקביל" בין מדינות אירופה לבין עצמן, דבר המוביל בפועל לקיומה של תחרות לפחות בתוך הגוש האירופי.¹⁴⁹ נוסף על כך היא מציינת כי סעיף 101 לאמנת האיחוד האירופי¹⁵⁰ אוסר נקיטת פעולות שימנעו, יצמצמו או יעוותו את התחרות במסגרת המסחר בין המדינות החברות באיחוד. עוד מציינת השופטת כי בית המשפט האירופי לצדק קבע, כבר בשנת 1966, כי אי-אפשר להשתמש בסימן מסחר על מנת לחסום ייבוא מקביל בין מדינות האיחוד.¹⁵¹ סעיף 36 לאמנת האיחוד האירופי מתיר הגבלת ייבוא, בין היתר לצורך הגנה על "הקניין המסחרי והתעשייתי", אך אוסר הפליה שרירותית או הגבלות סמויות במסחר בין מדינות האיחוד. נאמר כי הסעיף משמש אף 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 מפנה השופטת לפסק הדין המכונן בעניין *Deutsche Grammophon*¹⁵². בהמשך היא מפנה לדירקטיבה האירופית לעניין סימני מסחר משנת 2008,¹⁵³ שבה נקבעת באופן מפורש דוקטרינת המיצוי האזורי. השופטת ברק-ארז מתייחסת לסעיפים (1)7 ו-(2)7 לדירקטיבה, ומסבירה את משמעותם בהתייחס לחוקיותו של "הייבוא המקביל". על פי הסברה, במסגרת הפרשנות שנתן לסעיף (2)7 לדירקטיבה, הכיר בית המשפט האירופי לצדק 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 לצדק שנסב על אודות שיווקם של בשמים מתוצרת "כריסטיאן דיור" במסגרת "ייבוא מקביל".¹⁵⁴ השופטת מוסיפה כי בית המשפט

149 שם, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

150 בגרסתה המעודכנת משנת 2007 (אמנת ליסבון).

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

152 פרשת **טוויסה**, לעיל ה"ש 148, בעמ' 20.

153 2008 Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council [2008] OJ L 299/25. לפירוט על הדירקטיבה ראו פרשת **טוויסה**, שם.

154 Case C-337/95, *Parfums Christian Dior SA v. Evora BV*, [1998] 1 CMLR 737 (להלן: פרשת

האירופי לצדק נמנע עד כה מלקבוע כי פעולות שיווק של יבואן מקביל אכן פגעו בפועל במוניטין של סימן מסחר, ומפנה לפסק דין *Bristol-Myers*,¹⁵⁵ במטרה להראות כי השיקול המרכזי שהנחה את פסיקתו של בית המשפט האירופי לצדק 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 פסק דין של בית המשפט האירופי לצדק משנת 1998 שלפיו דוקטרינת "מיצוי הזכויות" חלה רק כאשר המוצר נמכר לראשונה באחת ממדינות האיחוד. בהמשך לכך נקבע באותו פסק דין כי מדינות האיחוד אינן רשאיות לקבוע במסגרת המשפט המדינתי שלהן כי זכויות קניין רוחני ימוצו גם כאשר הטובין נמכרו לראשונה מחוץ למדינות האיחוד.¹⁵⁶ בהמשך מפנה השופטת לפסק דין של בית המשפט האירופי לצדק אשר דחה את עמדת בית המשפט בכריטינה שקבע כי כאשר יצרן הסכים לשיווק מוצר באחת ממדינות האיחוד, הוא מיצה בכך את זכויותיו, אף אם המוצר שיווק קודם לכן מחוץ לאיחוד.¹⁵⁷ בנושא דוקטרינת הדילול, אשר נבחנה בפסק דין *סוויסה*, מעירה השופטת כי גישת המשפט האירופי לדוקטרינה זו, שהינה מרחיבה יותר מהגישה הנהוגה בישראל, בוחרת לנקוט זהירות בנוגע להחלת הדוקטרינה על שיווק מוצרים "אמיתיים" של בעל סימן המסחר.¹⁵⁸ השופטת מסבירה, תוך הפניה נוספת לפרשת *Dior*,¹⁵⁹ כי במשפט האירופי יש לבעל סימן המסחר זכות להתנגד ל"ייבוא מקביל" של מוצרים הנושאים סימן מסחר רק אם מאמצי השיווק של היבואן המקביל פוגעים באופן קשה במוניטין של הסימן. בהקשר אחר מציינת השופטת ברק-ארז את קביעת בית המשפט האירופי לצדק כי לצורך קבלת טענה המבוססת על "דוקטרינת הדילול" יידרש בעל סימן המסחר להוכיח שבעקבות הדילול הנטען חל שינוי בהתנהגות הכלכלית של הצרכן הממוצע או למצער שקיימת

(*Dior*). באותו מקרה נקבע כי ככלל משווק של סחורה שיובאה בייבוא מקביל רשאי לא רק למכור את הטובין עצמו 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 אם כן הוא מוכיח כי השימוש בסימן המסחר גורם נזק חמור למוניטין של סימן המסחר. יתר על כן, נקבע כי בחינת השאלה אם שיטת השיווק פוגעת בסימן המסחר מחייבת בחינה של מכלול הנסיבות, לרבות סוג הסחורה והשווק שמדובר בהם.

¹⁵⁵ Case C-427/93, *Bristol-Myers Squibb v. Paranova A/S*, [1996] ECR I-3514.

¹⁵⁶ Case C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH v. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, [1998] ECR I-4822. באותו מקרה קבע בית המשפט כי בעל סימן מסחר רשאי למנוע ייבוא מקביל מבולגריה (שלא הייתה אז חברה באיחוד), ולמעשה סגר את הדלת בפני ייבוא מקביל מחוץ לארצות האיחוד. על גישה זו, המכונה "מבצר אירופה" (שכן היא חסמה את האיחוד האירופי לכל ייבוא מקביל חיצוני), נמתחה ביקורת רבה בספרות.

¹⁵⁷ Case C-414/99 to 416/99, *Zino Davidoff SA v. A & G Imports Ltd.*, [2001] ECR I-8731. על דוקטרינת הדילול במשפט הישראלי ראו לאחרונה, למשל, מיכאל כהן "העלייה, הנפילה והצעה לרגנרציה של דוקטרינת דילול המותגים הישראלית" *משפטים* מז (2018).

¹⁵⁹ פרשת *Dior*, לעיל ה"ש 154.

סבירות גבוהה שיחול בה שינוי כזה.¹⁶⁰ השופטת ברק-ארו מסכמת באומרה כי בכך הציבה הפסיקה האירופית משוכה נוספת בפני בעלי סימני מסחר המבקשים להיבנות מ"דוקטרינת הדילול". הפניה אחרונה נעשית לשני פסקי דין של בית המשפט האירופי לצדק, שהשופטת דנה בהם במאוחד. במסגרת שני פסקי הדין 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.¹⁶¹

עקרון חופש התחרות במסגרת ענף התחרות הכלכלית עלה לדיון בעניין **בורוביץ**,¹⁶² אשר דן בהגבלת הסכמים בין חברות הביטוח, קרי, בהגבלת הסכמים היוצרים קרטלים – הסכמים כובלים – המנוגדים לחוק התחרות הכלכלית. אכן, כפי שכבר ראינו, כאשר הפרת עקרון התחרות החופשית נדונה לפני בית המשפט העליון, ההפניות למשפט האיחוד האירופי מציגות את החוק החולש על האיחוד האירופי, בהנחה שחוק זה משתלב היטב עם החוק הישראלי ועם התכליות המנחות שדה משפטי זה. עובדה זו מסייעת לשופטים לפסוק במקרים אלה באופן שעולה בקנה אחד עם הדין החל באיחוד האירופי. בעניין **בורוביץ** דן בית המשפט העליון ב"פטורי הסוג" לסוגים שונים של הסדרים כובלים בענף הביטוח. שופטי ההרכב – אשר נתנו את פסק דינם במשותף בלא הבחנה בין המשנה לנשיא (בדימוס) מצא, השופט לוי והשופט גרוניס – פנו למשפט האירופי בחיפוש אחר סיוע בפרשנות הדין המקומי ובהשוואת הדינים: "בקהילייה האירופית ניתן 'פטור סוג' כזה, בתנאים מסוימים, להסדרים בין חברות ביטוח שעניינם, בין היתר, בשיתוף פעולה בקביעת תעריפי פרמיות סיכון על יסוד סטטיסטיקה ונתוני תביעות שנאספו באופן קולקטיבי, בתנאי פוליסה סטנדרטיים משותפים ובכיסוי משותף של סוגים מסוימים של סיכונים... הצורך במתן הפטור התעורר לאחר שבית הדין של הקהילייה האירופית קבע, כי סעיף 81 לאמנת רומא... האוסר על עריכת הסכמים מתואמים שמטרתם או תוצאתם היא פגיעה בתחרות, חל לגבי ענף הביטוח..."¹⁶³ אכן, בענף התחרות הכלכלית בית המשפט העליון מפנה למקורות של משפט האיחוד האירופי לנוכח העובדה שמבחינים הנהוגים בתחומי האיחוד האירופי זהים למבחינים בישראל. מיטיבה להמחיש זאת פרשת **וול**, המכונה גם פרשת "קרטל המעטפות".¹⁶⁴ בפרשה זו נדונו ערעורים פליליים על פסק דין מרשיע שקבע כי המשיבים תיאמו מכרזים, חילקו ביניהם את השוק ושילמו ליבואן בתמורה לכך שיפסיק לייבא מעטפות. השופט רובינשטיין, שביקש להציג את הדמיון בהגדרת השוק הרלוונטי במשפט המשווה ובכך לחזק את הדין המקומי, הפנה לפסק הדין בעניין *Hoffman-La*

.Case C-252/07, Intel Corporation Inc. v. CPM United Kingdom Ltd., [2009] ECR I-8852 160
Case C-236/08 to C-238/08, Google France SARL and Google Inc. v. Louis Vuitton 161
Malletier SA, 2010 E.C.R. I-2417; Case C-558/08, Portakabin Ltd. v. Primakabin BV,
[2010] ECR I-6963.

162 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' **בורוביץ** (פורסם באר"ש, 31.3.2005).

163 שם, פס' 84 לפסק הדין. בנקודה זו מפנה בית המשפט לעניין Case 45/85, Verband der
Sachversicherer v. Commission of the European Communities, [1987] ECR 405

164 ע"פ 2560/08 מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ' **וול** (פורסם באר"ש, 6.7.2009).

Roche, תוך שהוא מפנה להנחיות של הנציבות האירופית בדבר הגדרת השוק.¹⁶⁵ פסק הדין בפרשת **עמותת קו לעובד**¹⁶⁶ הוא אחד מפסקי הדין מענף המשפט הביין-לאומי הפרטי שבו משמעותו של משפט האיחוד האירופי לפרשנות הדין המקומי ניכרת. במקרה זה דן בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, בהרכב מורחב, בעתירתם של תושבי יהודה והשומרון שאינם אזרחי ישראל נגד בית הדין הארצי לעבודה בירושלים. העותרים הגישו תביעות לבתי הדין האזוריים לעבודה נגד מעסיקיהם הישראלים שעסקיהם פועלים בשטחים המוחזקים. בתי הדין האזוריים קבעו כי הדין החל הוא הדין הישראלי. בית הדין הארצי לעבודה קבע בערעור מאוחד כי הדין החל הוא דין העבודה המקומי בשטחים המוחזקים, ועל פסק דין זה הוגשה העתירה. המשנה לנשיאה ריבלין מציג את הליך שחיקתה של הגישה הטריטוריאלית ומדגים את הגישה המודרנית הגמישה של שקלול מכלול זיקותיו של החוזה. לדבריו:

"מדינות מערביות רבות בחרו בנתיב דומה. כך, נשחק קמעה מעמדה של הגישה הטריטוריאלית, אשר מילאה תפקיד חשוב בעיצוב כללי ברירת הדין במשפט המקובל ובמשפט הקונטיננטלי עד למחצית המאה העשרים. זאת – בשל נוקשותה של גישה זו ובהתחשב בכך שהקשר של החוזה לטריטוריה מסוימת, דוגמת מקום כריתת החוזה, לעתים אינו רב-משמעות... דוגמאות מובהקות לגישה המודרנית הגמישה ניתן למצוא בסעיפים 3 ו-4 לאמנת רומא משנת 1980 (EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 1980), המציעים הסדר לברירת הדין בחוזים למרבית מדינות היבשת ואנגליה..."¹⁶⁷

בהמשך מפנה המשנה לנשיאה ריבלין לסעיף 6(2) לאמנת רומא משנת 1980, ומציין:

"ככלל, מבחן 'מירב הזיקות' כפי שנסקר הוא מבחן ראוי לצורכי ברירת הדין גם בכל הנוגע ליחסי עבודה... ברוב מדינות העולם מתקיימת, במידה זו או אחרת, רגולציה של יחסי העובד והמעביד, ולזו נודעת השפעה ממשית וחשובה גם על כללי ברירת הדין באשר לחווי עבודה. סעיף 6(2) לאמנת רומא, לדוגמה, קובע כללים ייחודיים של ברירת דין לחוזה העבודה האישי... ולפיהם, כנקודת מוצא, יחול על יחסי עבודה כלל של ברירת דין טריטוריאלי (מקום ביצוע העבודה או מקום מושבו של המעסיק), אלא אם כן מירב הזיקות האובייקטיביות והסובייקטיביות שאופפות את החוזה קושרות

165 שם, פס' קיח לפסק דינו של השופט רובינשטיין; Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities, [1979] ECR 461.

166 בג"ץ 5666/03 **עמותת "קו לעובד" נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד (3) 264 (2007).

167 שם, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

אותו לדינה של מדינה אחרת שאליה יש להתקשרות קשר קרוב ומציאותי יותר...¹⁶⁸

לסיכום התייחסותו לדין האירופי, מציין המשנה לנשיאה ריבלין כך:

"השפעתם של הדין המהותי שתחולתו נשקלת ושל המדיניות ועקרונות היסוד שבבסיס השיטה המשפטית, על כללי ברירת הדין, מקובלת גם במשפט הזר. כך, פורש סעיף 6(2) באמנת רומא כמבקש להגן על הצד החלש יותר (לפחות לכאורה) בחוזה מפני שלילת תחולתו של הדין המגן הראוי ביותר בנסיבות המקרה, והיו שהגדילו לעשות ופירשו את הכלל כהוראה שנועדה לאפשר לעובד להסתמך על הוראות הדין שיעניקו לו את ההגנה הרחבה ביותר, אפילו היא מבוססת על יותר מאשר שיטה משפטית אחת..."¹⁶⁹

הנה כי כן, התייחסותו הנרחבת של המשנה לנשיאה ריבלין להוראות האמנה משנת 1980 נעשתה באופן המבקש לחזק את הדין המקומי בהסתמך על האמור באמנת רומא משנת 1980, המבקשת להגן על הצד החלש יותר (לכאורה) בחוזה מפני שלילת הדין המגן הראוי ביותר בנסיבות המקרה. גם השופט ג'ובראן מוצא חיזוק לדין המקומי בסעיף 6 לאמנת רומא האמורה משנת 1980, שהוא אף מצטטו במלואו בהמשך דבריו:

"מאחר שעקרונות משפט העבודה של הדין הישראלי מיטיבים עם העובד לעומת הוראות הדין הירדני, בנסיבות העניין, יש להעדיףם בהיותם משקפים את עקרונות משפט העבודה המגן על העובד... גם אמנת רומא משנת 1980, אימצה השקפה זו בשל אותו רציונל, שלפיו יש לספק לעובד הגנה יתרה. תכליתו של הסעיף היא למנוע מצב שבו יקופח עובד המגיע ממדינה שתנאי ההעסקה בה נופלים מאלה ש[ב]מדינת העבודה. ההנחה היא כי עובד לא יעבור ממדינת עושר למדינת עוני, אלא אם כן הדבר יהיה לו כדאי, וממילא שאין הוא זקוק להגנת הדין..."¹⁷⁰

התייחסותם של המשנה לנשיאה ריבלין ושל השופט ג'ובראן לאמנת רומא משנת 1980 נעשתה לשם חיזוק הדין המקומי, והדבר הוביל את בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לקבלת העתירה ולקביעה כי בנסיבותיהם של המקרים הנדונים הדין הישראלי הוא שחל על יחסי העבודה שבין המעבידים הישראלים לבין העובדים תושבי אזור יהודה והשומרון שאינם ישראלים.

168 שם, פס' 19 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

169 שם, פס' 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

170 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

בפרשת יובינר¹⁷¹ נדון ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי שבו נדחתה על הסף תביעתו של יובינר נגד המשיבה. המשיבה הייתה אחת משלושה אזרחים תושבי ישראל אשר חברו לטיול בניו זילנד. כאשר נהגה ברכב בניו זילנד התרחשה תאונת דרכים אשר הותירה את המערער נכה בשיעור של 100%. המערער הגיש תביעה לבית המשפט לפיצויים בגין נהיגה רשלנית תוך הפרת חובה חקוקה. תביעה זו נדחתה על הסף. השאלה שבית המשפט העליון ניצב בפניה הייתה אם בית המשפט הישראלי הוא הפורום המתאים לדיון בתביעת רשלנות המוגשת בגין תאונת דרכים שהתרחשה בניו זילנד. כל אחת משלוש שופטות ההרכב – השופטת נאור, השופטת ארבל והשופטת חיות – מפנה לתקנה שמקורה במשפט האיחוד האירופי, ומצטטת חלקים ממנה.¹⁷² ההתייחסות לתקנה נעשית בהתייחס לשאלה אם יש לאמץ את החריג הקבוע בסעיף 4(2) לתקנה בדבר מקום המושב.¹⁷³ השופטת נאור, בדעת מיעוט, מצטטת את סעיף 4(2) לתקנה, וקובעת כך:

“מאז שניתן פסק הדין בפרשת ינון¹⁷⁴ נפל דבר במדינות האיחוד האירופאי והתקבלה Council Regulation 864/2007, On the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, art. 32, 2007 O.J. (L 199) 40 (להלן – ROME II) ... פרק 2 עניינו ב-"Torts/Delicts", הכלל בסעיף 4(1) הוא שיחול דין המקום בו ארע הנזק... אגב, המקום בו ארע הנזק איננו בהכרח זהה למקום בו ארעה העוולה, אך בענייננו אין לכך חשיבות. סעיף 4(2) קובע חריג, לפיו אם לתובע ולנתבע מקום מושב משותף יחול דין מקום המושב... ROME II אמורה להיכנס לתוקף בשנת 2009. כללי ROME II לא יחולו על ארועים שקדמו לכללים... במוקד דיוננו, כמבואר, השאלה אם יש מקום לקבוע חריג לכלל שנקבע בפרשת ינון בנוסח זה המצוי בסעיף 4(2) ל-ROME II. חריג כזה, שנמצא לנו במשפט המשווה יכול לתמוך בגישת המערער בענייננו. במבט ראשון, למקרא החריג שבסעיף 4(2) ל-ROME II הרהרתי בשאלה שמא ואולי בקביעת חריג דומה אצלנו תבוא ישועתו של המערער... ואולם בסופו של דבר הגעתי לכלל מסקנה שאין מקום לקביעת חריג כזה במשפטנו.”¹⁷⁵

השופטת נאור מפנה לספרות משפטית שעסקה בסעיף 4(2) לתקנה, ובדעת מיעוט קובעת כי אין להחיל בעניין הנדון את הדין הישראלי.

171 ע"א 3299/06 יובינר נ' סקלאר (פורסם באר"ש, 26.4.2009).

172 Council Regulation 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations, art. 32, 2007 O.J. (L 199/40).

173 פרשת יובינר, לעיל ה"ש 171, פס' 24–25 לפסק דינה של השופטת נאור.

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

175 שם (ההדגשות במקור).

השופטת ארבל, בדעת רוב, דנה אף היא באפשרות של אימוץ החריג מהדירקטיבה האירופית, ומסבירה בהרחבה כך:

"הכלל הבסיסי, לפי ROME II, בעניין ברירת הדין בנוזקין הינו כי הדין שיחול הינו דין המקום בו אירע הנזק (להבדיל ממקום ביצוע העוולה כפי שנקבע אצלנו). עם זאת, לכלל זה ישנו חריג לפיו אם לתובע ולנתבע מקום מושב משותף יחול דין מקום המושב. חריג נוסף עניינו במקרה בו מכל נסיבות המקרה גלוי וברור כי קיימת זיקה קרובה יותר למדינה שונה מזו שהוגדרה בהתאם לכלל או לחריג מקום המושב המשותף. במקרה כזה יחול דין מדינה זו. זיקה קרובה באופן ברור למדינה אחרת יכולה להתבסס על קשרים קודמים בין הצדדים, כגון קשר חוזי שיש לו קשר לעוולה הנידונה.

בדברי ההסבר ל-ROME II מובהר כי לנגד עיני המנסחים עמד הצורך להשיג צפיות וודאות משפטית באופן כללי וכן להגיע לתוצאה צודקת במקרים אינדיבידואליים. לפיכך נוסחה ROME II כמחילה כלל אשר לצידו מתקיימים חריגים (ROME II, Preliminary Statement (14)). באשר לחריג בסעיף (2)4, המנסחים סברו כי מדינת מקום מושבם המשותף של הצדדים היא בעלת הזיקה המתאימה ביותר לקביעת זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים אחד כלפי השני, גם אם העוולה אירעה במקום אחר לגמרי... כמו כן יצוין כי אחת ממטרותיה העיקריות של ROME II הינה ליצור האחדה בכללי המשפט הפרטי הבינלאומי בין המדינות החברות באיחוד האירופאי..."¹⁷⁶

בהמשך דבריה מפנה השופטת ארבל לחריג בארצות הברית, באנגליה ובצרפת, ולבסוף קובעת כי יש מקום להחיל את החריג ואת דין מקום המושב המשותף – ישראל – במתכונתו האירופית.

השופטת חיות סבורה כי השאלה שעומדת במוקד הערעור אינה אם יש מקום לאמץ את החריג ברוח הדירקטיבה האירופית. לדידה, יש להחיל את הדין הישראלי לנוכח נסיבותיו המיוחדות והנדירות של המקרה, אשר בהצטברן מצדיקות סטייה מכלל ברירת הדין הרגיל שאומץ בעניין ינון¹⁷⁷ והחלת החריג של טעמי צדק.¹⁷⁸

פרשת סקאלר,¹⁷⁹ שהינה הדיון הנוסף בפרשת יובינר, עסקה בשתי שאלות מרכזיות: האחת, מהו הדין החל בתביעת נזיקין כאשר העוולה נעשתה מחוץ לישראל אך מקום המושב המשותף של הצדדים הוא בישראל? והאחרת, אם הדין הישראלי חל, ובהינתן שמדובר במקרה של תאונת דרכים, האם יש להחיל את פקודת הנזיקין או את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים? במאמר מוסגר מציין המשנה לנשיאה ריבלין כי מסעיף

176 שם, פס' 8–9 לפסק דינה של השופטת ארבל.

177 לעיל ה"ש 174.

178 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

179 דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר, פ"ד סה(1) 735 (2011).

4(2) לאמנת רומא עולה לכאורה שיש להחיל על הצדדים לעולה גם את כללי ההתנהגות (conduct regulation) הלב-נזיקים של מדינת מקום המושב, ולא רק את כללי הערכת הנזק (loss-allocating rules), אולם לגישתו הדבר נובע מכך שסעיף זה נוסח במונחים גלובליים.¹⁸⁰ בהמשך פסק הדין הוא מאזכר דירקטיבה אירופית שלפיה הופעלה שיטה בשם green card, אשר באה "להבטיח כי כל תייר הנכנס עם רכבו למדינה זרה מחזיק בביטוח אחריות תקף במדינה שבה הוא מבקר".¹⁸¹ הפניה זו נעשתה על דרך האזכור החולף. בהמשך, כדי לבסס את עמדתו בצורה רחבה אשר תוביל להפיכת ההלכה מושא הדיון הנוסף, מציין המשנה לנשיאה ריבלין כי "מן הבדיקה המקיפה שנתקיימה קודם לאימוץ אמנת רומא ומתשומת הלב המיוחדת שהוקדשה לנושא תאונות הדרכים חוצות הגבולות, ניתן ללמוד כי אימוץ החריג בדבר מקום המושב המשותף באמנת רומא לא בא בחלל ריק. קודם לאימוצו נעשתה עבודת הכנה מקיפה ביותר שנגעה לשלל המרכיבים הנוגעים לנושאים של תאונות הדרכים ושל פיצוי הקרבנות ולצורך לפתור קשיים מעשיים הכרוכים באימוץ החריג. עבודה זו טרם הגיעה לסיימה, וצפויים, כך נראה, תיקוני חקיקה נוספים בהקשר זה בעתיד. ספק אם כלים אלה פתרו את הקשיים הכרוכים באימוץ החריג בדבר מקום המושב המשותף. אין ספק כי כלים אלה אינם מצויים בבית המשפט הבא להכריע בשאלה זו בישראל".¹⁸² פנייתו הרחבה של המשנה לנשיאה ריבלין לאמנת רומא, שכללה בחינה של סעיף 4(2) לאמנה, שימשה בסיס לפרשנות הדין המקומי והשוואת הדינים, ותמכה בסופו של דבר בהנמקה שלפיה אין מקום לאימוץ החריג.¹⁸³

השופט ארבל, שנותרה בדעת מיעוט לצד השופטת חיות, נותרה בעמדתה כפי שהייתה בפסק הדין בערעור מושא הדיון הנוסף. היא אף מציינת באופן גלוי, בפתח דבריה, כי "בשאלה הראשונה, שעניינה מהו הדין החל בתביעת נזיקין שעה שמקום ביצועה של העוולה הנטענת הוא מחוץ לישראל ומקום המושב המשותף של הצדדים הוא בישראל, הבעתי את עמדתי כבר בפסק הדין שבערעור. לטעמי, יש לאמץ את החריג שנקבע במשפט האיחוד האירופי, ולפיו אם יש מקום מושב המשותף לשני הצדדים לתביעת הנזיקין, יחול הדין של אותו מקום. דעתי בעניין זה לא השתנתה".¹⁸⁴ בהמשך פסק דינה השופטת ממשיכה וקובעת כי לנוכח היתרונות הגלומים בחריג זה, שאותם היא מונה בדבריה, היא קוראת לאמצו כחריג במשפט הישראלי.

כאמור, השופטת ארבל הייתה בדעת מיעוט בפסק דין זה, שהוכרע בהתאם לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, אשר קבע כי יש לדחות את העתירה ולא לקבל את

180 שם, פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

181 שם, פס' 21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; Directive 2009/103/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 Relating to Insurance Against Civil Liability in Respect of the Use of Motor Vehicles, and the Enforcement of the Obligation to Insure Against Such Liability, 2009 O.J. (L 263/11).

182 פרשת סקאלר, שם, פס' 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

183 שם, פס' 10 ו-22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

184 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ארבל.

החריג הנדון, אף שאין בכך חפיפה מלאה לכללי המשפט הבין-לאומי הפומבי. זאת, תוך שימת דגש בייחודה של "תקנת הציבור החיצונית" הישראלית.¹⁸⁵ אנו רואים כי בית המשפט העליון אומנם דוחה את החלת הכלל האירופי לאחר דיון מעמיק, אך מנמק זאת בהוויה הייחודית של ישראל, אשר אינה עולה בהכרח בקנה אחד עם זו הבין-לאומית בכלל ועם זו האירופית בפרט.

בעניין הסדרות העובדים החדשה¹⁸⁶ נדון מקרה של העברת מפעל לבעלותה של חברה נפרדת. ארגון העובדים היציג של עובדי המפעל הגיש לבית הדין האזורי לעבודה בקשת צד לדיון בסכסוך קיבוצי, ובה עתרו למתן פסק דין המצהיר כי כל עוד לא יוסכם אחרת עם הארגון היציג, ימשיכו עובדי המפעל להיחשב עובדים של הבעלים המקוריים. בקשתם זו נדחתה הן בבית הדין האזורי לעבודה והן בבית הדין הארצי לעבודה, ומכאן העתירה לבג"ץ. המשנה לנשיא (בדימוס) אור מפנה הן לדירקטיבה והן לפסיקה של בית המשפט האירופי לצדק, כחלק מפרק שמיועד לסקירת המשפט המשווה. ראשית, הוא מצטט את סעיפי הדירקטיבה האירופית הדנה בהבטחת זכויות עובדים במקרה של העברת מפעלים, עסקים או חלקים של עסקים למעביד אחר כתוצאה מהעברה משפטית או ממיזוג.¹⁸⁷ את סעיפים 3 ו-4 לדירקטיבה הוא מצטט כמעט במלואם, ומסביר כי "סעיף 4 לדירקטיבה קובע כי העברת עסק או חלק לא תהווה כשלעצמה עילה לפיטורין על-ידי המעביד או הנעבר".¹⁸⁸ זאת ועוד, המשנה לנשיא (בדימוס) מציין כי סעיף 7 לדירקטיבה מטיל חובה הן על המעביד הקודם והן על המעביד החדש ליידע את נציגיהם של העובדים העלולים להיפגע כתוצאה מההעברה ולהתייעץ איתם בנושא. בהמשך הוא מאזכר פסק דין אירופי שבמסגרתו עלתה השאלה אם לנוכח סעיף 3(1) לדירקטיבה עובד רשאי להתנגד להעברתו למעביד חדש ולהמשיך את העסקתו אצל מעבידו הקודם, בדומה לשאלה שנדונה לפני בית המשפט.¹⁸⁹ המשנה לנשיא (בדימוס) מתאר את עובדות המקרה, אשר התרחש בגרמניה, ומספר כי לפי הדין הגרמני, במקרה שעובד מתנגד להעברתו למעביד חדש, שאליו הועבר העסק שהוא עובד בו, ההתקשרות בינו לבין המעביד הקודם נמשכת. בית המשפט האירופי לצדק התבקש להעניק חוות דעת בשאלה אם דין זה עולה בקנה אחד עם הוראות הדירקטיבה לעיל. המשנה לנשיא (בדימוס) מביא ציטוט נרחב של פסק הדין האירופי,¹⁹⁰ ואומר כי את שאלת ההכרעה

185 שם, פס' 41 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (ההדגשה במקור).

186 בג"ץ 8111/96 הסדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481 (2004).

187 שם, בעמ' 524-525; Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the Approximation of the Laws of the Member States Relating to the Safeguarding of Employees' Rights in the Event of Transfers of Undertakings, Businesses or Parts of Undertakings or Businesses, 2001 O.J. (L 82/16).

188 עניין הסדרות העובדים החדשה, שם, בעמ' 525. Cases C-132/91, C-138/91 & C-139/91, Grigorios Katsikas v. Angelos Konstantinidis, 189 [1993] 1 CMLR 845.

190 עניין הסדרות העובדים החדשה, לעיל ה"ש 186, בעמ' 526-527.

בנוגע למעמד העובד בנסיבות אלה הותר בית הדין להכרעת המשפט הפנימי של המדינות החברות. המשנה לנשיא (בדימוס) אור, אשר כתב את דעת הרוב בפרשה זו, קובע כי יש לקבל את העתירה ולאפשר לעובדי המפעל לסרב להיות עובדים של הבעלים החדשים. אנו רואים אם כן כי השופט אור השתמש באזכורים אלה מהמשפט האירופי ככלי להשוואת הדינים וכעזר לפירוש הדין המקומי באופן שעולה בסופו של דבר בקנה אחד עם הדין האירופי.

פסק הדין היחיד בתחום דיני החברות שבו נעשתה הפניה למשפט האיחוד האירופי הוא עניין **קיטאל החזקות ופיתוח בינלאומי בע"מ**.¹⁹¹ בפרשה זו נקבע, ברוב דעות, כי יש להעדיף את שיטת ה-DCF כשיטת בסיס להערכת השווי ההוגן של המניות בהצעת רכש מלאה, אלא אם כן מצא בית המשפט כי הנתונים והמאפיינים של המקרה שלפניו מצדיקים יישום שיטת הערכה אחרת.

השופט דנציגר, בדעת רוב, מציין כי הזכות לסעד הערכה מוכרת גם בדיני החברות ממדינות אירופה, אשר מקנים לבעל מניות שנוטר במיעוט בחברה ששינתה את פעילותה בצורה מהותית, בין היתר בעקבות מיזוג או רכישה, לפנות בנסיבות מסוימות לבית המשפט בבקשה להעריך את שוויין ההוגן של מניותיו ולאפשר לו להתנתק מהחברה.¹⁹² בהמשך פסק דינו, כחלק מסקירת המשפט המשווה, מתייחס השופט לגישתו של המשנה לנשיא (בדימוס) ריבלין ולפנייתו לדירקטיבה האירופית (שתוצג להלן), תוך שהוא מדגיש כי הוא אינו סבור שיש מקום לקביעת "חזקת הוגנות" פסיקתית המבוססת על הסכמת הרוב ולהפיכתו של סעד ההערכה ל"סעד משני" השמור למקרים חריגים ומצומצמים בלבד.¹⁹³ הפניה זו של השופט דנציגר נעשתה אגב התייחסות לחוות דעתו ולהפנייתו של המשנה לנשיא (בדימוס) ריבלין, ועל כן לא נספרה במחקרנו כהתייחסות למשפט האיחוד האירופי. יתר על כן, הפניה זו נעשתה אגב הסתייגות מהעמדה המוצעת בדעת המיעוט של המשנה לנשיא (בדימוס) ריבלין, השואבת השראה ברורה וישירה מגישת האיחוד האירופי לסוגיה.

המשנה לנשיא (בדימוס) ריבלין, בדעת מיעוט, סבור כי יש להעדיף את שיטת שווי השוק הממוצע כשיטת בסיס, בכפוף לחריגים, שלגביהם יש להחיל שיטות אחרות. למסקנה זו הוא מגיע לאחר שהוא משווה בהרחבה רבה בין הדין באיחוד האירופי, הדין במדינת דלוור שבארצות הברית והדין בישראל. לנוכח ההשוואה הרחבה ותוצאותיה, ראוי להביא את הדברים במלואם:

"ניתן להבחין בשוני עקרוני בולט בין שיטת המשפט בדלאוור ובין הדירקטיבה האירופית. ההגנה היחידה שמספקת שיטת המשפט בדלאוור לבעלי מניות שמניותיהם חולטו על-ידי בעל השליטה היא הגנה שבדיעבד על-ידי סעד

191 רע"א 779/06 **קיטאל החזקות ופיתוח בינלאומי בע"מ נ' ממנ** (פורסם באר"ש, 28.8.2012) (להלן: עניין קיטאל).

192 שם, פס' 55 לפסק דינו של השופט דנציגר.

193 שם, פס' 104 לפסק דינו של השופט דנציגר.

ההערכה. כאשר חברת אם בדלאוור מחזיקה ביותר מ-90% ממניות חברת בת, היא רשאית למזג את שתי החברות ולקנות בכפיה את מניות המיעוט, תוך תשלום תמורה שנקבעת באופן חד-צדדי. המפלט היחידי שנותר לבעלי מניות המיעוט בדלאוור, הוא סעד ההערכה. לעומת זאת, על-פי הדירקטיבה האירופית, ההגנה המרכזית הניתנת לבעלי מניות המיעוט כנגד חילוט מניותיהם היא על-ידי מנגנון שוק. לא ניתן לרכוש את מניות המיעוט בכפיה אלא לאחר שהתקבלה הצעת רכש שהוצעה לכל בעלי המניות בחברה. בדרך זו, הדרך המרכזית בה נשמרת זכותם של בעלי מניות המיעוט לתמורה הוגנת היא על-ידי דחיית הצעות שמחירן אינו הוגן. אמנם, גם הדירקטיבה האירופית מאפשרת לבעלי מניות לדרוש בדיעבד כי ישולם להם מחיר הוגן, אך זהו סעד משני, ולא בכדי נקבעו חזקות חלוטות לפיהן קבלת ההצעה ברוב מסוים מוכיחה כי המחיר הוא הוגן. דיני הצעת הרכש המלאה הישראליים, אינם זהים לדינים הקיימים במשפט המשווה. בולטים במיוחד ההבדלים הניכרים בינם ובין הדינים הנוהגים במדינת דלאוור. בדומה לדירקטיבה האירופית, חוק החברות הישראלי כולל הגנה כפולה על בעלי מניות המיעוט – הן על-ידי התניית חילוט המניות בהסכמת רוב מבעליהן להצעת הרכש, הן על-ידי מתן סעד הערכה. קשה להשוות בין סעד ההערכה דנן, לבין הסעד שנותנים בתי המשפט בדלאוור כתרופה יחידה ומוגבלת כנגד עריצותם המוחלטת של בעלי השליטה. הקושי ההשוואתי רק מתחזק והולך שעה שמשווים את הסיכון שלוקח על עצמו תובע סעד ההערכה האמריקאי אשר נדרש לסרב לקבל תשלום כלשהו עבור מניותיו ולהמתין להחלטת בית המשפט שעשויה גם לקבוע כי המחיר ההוגן נמוך מזה שהוצע, לבין הסיכון של התובע הישראלי. האחרון יכול לשלשל לכיסו את התמורה המוצעת, להגיש תביעה ייצוגית – ששכרה בצידה – בשם כל הניצעים, וליהנות מ'ביטוח' בדמות העובדה שבית המשפט אינו רשאי לקבוע כי המחיר ההוגן נמוך מהמחיר שהוצע. הבדלים אקוטיים אלה, מורים כי מאזן הכוחות בין בעל השליטה לבין תובע סעד ההערכה בישראל רחוק מזה הקיים בדלאוור, כרחוק מזרח ממערב. משכך, בניגוד לדעת הרוב בפרשת עצמון, אינני סבור כי יש לשאוב השראה מהדינים הנוהגים בדלאוור, לשם פרשנות סעיף 338(א) לחוק החברות. דמיון גדול יותר קיים בין דיני הצעת הרכש הישראליים לבין הדירקטיבה האירופית. גישתה העקרונית של הדירקטיבה, לפיה הסכמת הניצעים להצעת הרכש ראויה לשמש במקרים מסוימים כחזקה להגינות המחיר, וסעד ההערכה צריך להישמר למקרים חריגים, ראויה באופן כללי לאימוץ גם בשיטתנו ומתאימה לגישה העקרונית המתוארת לעיל.¹⁹⁴

194 שם, פס' 40–41 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין (ההדגשות הוספו).

הנה כי כן, המשנה לנשיא (בדימוס) ריבלין פנה אל הגישה הנוהגת באיחוד האירופי לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת הדינים, ומצא כי היא מתאימה יותר לגישה הישראלית, אולם עמדתו נותרה בדעת מיעוט.

בפרשת **מלון עדן נהריה**¹⁹⁵ הוגש ערעור על פסק דין שקבע כי המשיבים יכולים לבטל חוזה מחמת עושק או השפעה בלתי הוגנת בעת כריתתו ולקבל השבה. במקרה דנן דובר ביורשיהם של בני זוג קשישים ועירייים אשר התגוררו בבית אבות שבבעלות המערערים במשך שנים מספר ושילמו לפי חוזים שנחתמו עימם. סמוך לאחר מות הבעל נכרת חוזה בין האישה הקשישה לבית האבות, שבו היא התחייבה למסור לבית האבות סכום כסף נכבד תמורת הזכות להתגורר בו עד יום מותה. בחוזה פטרה המנוחה את בית האבות מלהשיב ליורשיה סכום כסף כלשהו כאשר תלך לעולמה. השופט מלצר, במסגרת הדיון בחופש הבחירה הכללי בהתקשרות בחוזה או בהימנעות מהתקשרות כחלק מהאוטונומיה האישית, מפנה לדירקטיבה אירופית, ומציין כי "שלילה של חופש ההתקשרות של הצרכן, או פגיעה מהותית בחופש ההתקשרות שלו, היא, כשלעצמה בגדר 'הפעלת השפעה בלתי הוגנת'. כך נקבע בדירקטיבה האירופית בדבר נהגים מסחריים בלתי הוגנים (The Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC), שמדינות איחוד אירופה הונחו לאמצה. הדירקטיבה קובעת כי בכללו של 'הנהג הבלתי הוגן' באים לא רק נוהג מטעה, המונע מהצרכן בחירה מדעת, אלא גם נוהג אגרסיבי הפוגע בחופש הבחירה של הצרכן וגורם לו לקבל החלטה שלא היה מקבל אילו לא אותו נוהג. ברוח הדירקטיבה האירופית האמורה המליצה ועדת היגוי בראשותו של עו"ד רוור שטרומ, הממונה על ההגבלים העסקיים דאז, לנסח מחדש את סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן ולהחליפו בסעיף חדש תחת הכותרת 'איסור הפעלת השפעה בלתי הוגנת'".¹⁹⁶ הנה כי כן, השופט מלצר מציג כיצד דין האיחוד האירופי השפיע באופן ישיר על עיצוב החקיקה הישראלית, ובמובן זה פנייתו לדין זה נועדה לחיזוק הדין המקומי. זו אך דוגמה אחת להשפעה של המשפט האירופי כיחידה עצמאית – ולא כאגד של משפט זר של מדינות חברות – על חקיקה ישראלית, שכן למעשה הדירקטיבה "נקלטה" לדין הישראלי.

3. מקורות אירופיים נוספים בפסיקת בית המשפט העליון

מעבר לשימוש ששופטי בית המשפט העליון עושים לאורך השנים במקורות נורמטיביים של האיחוד האירופי – כגון חקיקה, על רבדיה השונים, ופסיקת בתי המשפט של האיחוד האירופי – השופטים פונים ונעזרים בספרות, ב־white papers, ב־green papers, ב־handbooks וכן בדוחות שונים שגופים רשמיים שונים באיחוד האירופי מפרסמים. בדומה לשימוש במקורות הנמצאים ברמה נורמטיבית גבוהה, גם השימוש במקורות כגון אלה נעשה לצורך פרשנותם של עקרונות וכללים במשפט המקומי, לצורך חיזוק הדין המקומי או על דרך האזכור החולף. כאמור, הפניות אלה לא נכללו במאגר הנתונים

195 רע"א 617/08 מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל (פורסם באר"ש, 21.9.2014).

196 שם, פס' 71 לפסק דינו של השופט מלצר.

שנוצר במסגרת מחקר זה, שכן המקורות הללו אינם נחשבים מקורות נורמטיביים מחייבים במשפט האיחוד האירופי. בית המשפט העליון מפנה לא אחת למקורות כאלה שמקורם במשפט האיחוד האירופי או במשפט האירופי בכללותו, כמו גם לספרות אקדמית העוסקת במשפט האיחוד האירופי, ומטרתו של תת-פרק זה היא להציג מדגם מייצג של הפניות אלה. הדוגמאות ילמדו כי פנייה למקורות נוספים במשפט האיחוד האירופי משרתת את בתי המשפט בישראל במידה לא מבוטלת.

בתחומי המשפט הציבורי נעשות לא אחת הפניות למקורות במשפט האיחוד האירופי שאינם מחייבים מבחינה נורמטיבית, כמו גם למקורות שניוניים העוסקים בדין האיחוד האירופי. כך, בפסק הדין בעניין **מנהלי ההשקעות בישראל**¹⁹⁷ הפנה הנשיא ברק לספרות העוסקת בפסיקותיו של בית המשפט האירופי לצדק, על מנת להראות כי גם במערכות משפטיות נוספות בעולם הנפקת צו ביניים במטרה לעכב את כניסתו של חוק לתוקף נמצאת בתחום סמכותו של בית המשפט ונתונה לשיקול דעתו.¹⁹⁸ בעניין **נח**,¹⁹⁹ לצד אזכורים נורמטיביים ברמה גבוהה, אזכור השופט גרוניס, בדעת מיעוט, את ההמלצות של דוח הוועדה המדעית שליד מועצת אירופה בנושא בריאות חיות ורווחת חיות,²⁰⁰ וכן את המלצותיה של הוועדה המתמדת בנושא,²⁰¹ שמהווה למעשה מסמך מפורט הקובע את התנאים שבהם יש לגדל אווזים. גם השופטת (בדימוס) שטרסברג-כהן, אשר כתבה את פסק הדין של דעת הרוב, התייחסה בהרחבה לא רק לדברי החקיקה האירופית, אלא גם לדוחות האירופיים שהציג השופט גרוניס, ואף הפנתה לספרות נוספת העוסקת ברווחתם של בעלי חיים באירופה ובקנדה.²⁰² בפרשת **עדאלה**²⁰³ הפנה המשנה לנשיא (בדימוס) חשין למחקר שפרסם האיחוד האירופי בשנת 2004 בנוגע להסדרים המשפטיים ששררו באיחוד האירופי עד אותה שנה בנושא איחוד משפחות.²⁰⁴ אזכור זה נעשה לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת דינים. בעניין **גלאון** אזכור השופט הנדל צמד מקורות ספרותיים, וציין כי מבחן המידתיות במובן הצר הינו "נחלת המשפט החוקתי באיחוד האירופי".²⁰⁵ בעניין **אספו**²⁰⁶ אזכור השופט פוגלמן ספרות אירופית בנוגע לצעדים המגוונים שנקטו מדינות אירופיות בשנות התשעים לשם התמודדות עם

197 בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997).

198 שם, בעמ' 381; K.P.E. LASOK, THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE: PRACTICE AND PROCEDURE (2nd ed. 1994).

199 עניין **נח**, לעיל ה"ש 42.

200 שם, בעמ' 220; דוח הוועדה המדעית שליד מועצת אירופה, לעיל ה"ש 50.

201 עניין **נח**, שם, בעמ' 225; המלצות הוועדה המתמדת, לעיל ה"ש 50.

202 עניין **נח**, שם, בעמ' 246; Elaine L. Hughes & Christiane Meyer, *Animal Welfare Law in Canada and Europe*, 6 ANIMAL L. 23 (2000).

203 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 56.

204 FAMILY REUNIFICATION EVALUATION PROJECT – FINAL REPORT (The European Commission: Targeted Socio-Economic Research Programme, Brussels 2004).

205 עניין **גלאון**, לעיל ה"ש 67, בעמ' 289.

206 עניין **אספו**, לעיל ה"ש 101.

גלי ההגירה.²⁰⁷ אזכור זה נעשה לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת דינים. בפרשת וול²⁰⁸ הפנה השופט רובינשטיין למשפט האיחוד ולהנחיות של הנציבות האירופית בדבר הגדרת השוק. הפניות אלה שימשו אותו במסגרת דיונו במשפט המשווה על מנת להדגיש כי המבחנים המקובלים בישראל להגדרת השוק הרלוונטי הינם אותם מבחנים שנעזרים בהם באיחוד.²⁰⁹

גם בתחומי המשפט הפרטי פונים שופטי בית המשפט העליון למקורות נוספים שאינם מחייבים מבחינה נורמטיבית. כך, למשל, בעניין **תערוכות הצפון בע"מ**²¹⁰ נסבה המחלוקת סביב השאלה אם זני הצמחים הנזכרים בעתירה (שני זנים של חיטה) היו כשרים לרישום זכות מטפחים. השופט אנגלרד מציין בפסק דינו כי לאחרונה החל שימוש במונח variety constituents בחקיקת האיחוד האירופי, ומפנה לספרות העוסקת בנושא.²¹¹ הפניה זו נעשית במטרה להראות את הפרשנות הרחבה של ביטוי מסוים בחוקים מסוג זה, וזאת לשם פירוש הדין המקומי והשוואת הדינים.

דוגמה נוספת ניתן לראות בפרשת **אקו"ם**,²¹² הנוגעת בהסכמים כובלים ובבחינת האיזון בין זכויות היוצרים לבין אינטרס הכלל בשימוש ביצירות במרחב הציבורי. במקרה זה צוטטו כמה המלצות מהאיחוד האירופי, על מנת להציג את המצב המשפטי באירופה בהתייחס לנושא זה בהשוואה לישראל. דוגמה לכך, הנוגעת בתאגידי המנהלים זכויות יוצרים, היא הקביעה כי גם תאגידי לניהול משותף הפועלים במדינות אירופה נתונים בפיקוח הכפוף לדיני התחרות של האיחוד האירופי. במסגרת זו אוזכרה ספרות אירופית שעוסקת בנושא.²¹³ השופטת דפנה ברק-ארז מאזכרת בפסק דינה שלושה מקורות אירופיים נוספים: בהקשר של ההשלכות הצפויות של מנגנון ההחרגה על כלל המשתמשים במרחב המקוון, ובמיוחד בנוגע לחשיבות של ניהול משותף של יצירות בסביבה דיגיטלית, מפנה השופטת להמלצת הנציבות האירופית משנת 2005²¹⁴

Karoline Kerber, *Temporary Protection in the European Union: A Chronology*, 14 GEO. 207 IMMIGR. L.J. 35, 35–36 (1999).

208 פרשת וול, לעיל ה"ש 164.

209 Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purpose of Community Competition Law, 1997 O.J. (C 372/5).

210 ע"א 2909/98 **תערוכות הצפון בע"מ נ' הזרע (1939) בע"מ**, פ"ד נד(3) 652 (2000).

211 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

212 ע"א 5365/11 **אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים נ' emi music publishing ltd** (פורסם באר"ש, 3.9.2013) (להלן: **עניין אקו"ם**).

213 Lucie Guibault & Stef van Gompel, *Collective Management in the European Union*, in COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS 135 (Daniel Gervais ed., 2nd ed. 2010).

214 Commission Recommendation 2005/737/EC of 18 May 2005 on Collective Cross-Border Management of Copyright and Related Rights for Legitimate Online Music Services, 2005 O.J. (L 276/54).

ולהצעת הדירקטיבה משנת 2012; 215 ובהמשך פסק דינה היא מאזכרת פסיקה אירופית²¹⁶ הנוגעת באפשרות של בעל זכויות להצטרף לתאגיד ניהול משותף אף כאשר הוא מבקש לשמור לעצמו את ניצול הזכויות במרשתת או באמצעות תקליטורים, ומפנה לסעיף 5(3) להמלצת הנציבות לעיל.²¹⁷ שלוש הפניות אלה נעשות לשם פרשנות הדין המקומי והשוואת הדינים, ובסופו של דבר מובילות לדחיית הערעורים. בעניין **Bristol-Myers Squibb Company**²¹⁸ מפנה השופט אנגלרד לספרות העוסקת במיצוי זכויות בקניין הרוחני באירופה. בד בבד הוא מאזכר את העובדה שהמיצוי האזורי מעורר שורה של בעיות מיוחדות, ומפנה לספרות אירופית המציגה את המצב הנוהג במדינות האיחוד.²¹⁹

בעניין **פלוריסט דה קוואקל ב.ו.**²²⁰ נבחנו טיבה, אופייה והיקף התפרשותה של זכות המטפחים בזני צמחים. כן נבחנה השאלה אם בעל זכות מטפחים בזן רשום רשאי למנוע את מי שעוסק בישראל בגידול הזן הרשום ובשיווקו מלהמשיך לנצלו לאחר ששתיליו של זה נמכרו לו על ידי סוכן מורשה של המטפח, ואם כן – באילו נסיבות ובאילו סייגים. במסגרת הערעור נדחתה בקשה למתן צו מניעה קבוע שיאסור ניצול זני שתילים ופרחים מוגנים מסוג "גרברה". השופט מלצר מפנה לסקירה בדבר הסדרי תמלוגים דומים לאלה של החוק הדני בקשר למשאבי קניין רוחני אחרים, כגון יצירות אומנות, הקבועים בחוק הצרפתי ובחוק הגרמני, ובתוך כך מאזכר ספרות שמציינת את אימוצה של הדירקטיבה האירופית בשנת 2001.²²¹

בפסק הדין המכונן בעניין **עיריית חולון**,²²² לצד אזכור דירקטיבה, מאוזכרת ספרות אירופית המסבירה את הצורך בדירקטיבה, אשר נחקקה בשל פער שעיוות את הסחר בין מדינות האיחוד. השופט לוין מרחיב בצורה ייחודית בפסק דינו על הגדרות שונות של מונחים בתחום בהתאם לדירקטיבה זו, ומציג סעיפים חשובים במטרה להשוות בינם

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Uses in the Internal Market (11.7.2012).

Commission Decision of 6/8/2002 in case COMP/C2/37.219 Banghalter / Homem Christo (Daft Punk) v. SACEM

עניין **אקו"ם**, לעיל ה"ש 212, פס' 77 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

עניין **Bristol-Myers Squibb Company**, לעיל ה"ש 119.

שם, פס' 29, 35 ו-38 לפסק דינו של השופט אנגלרד; CHRISTIANE FREYTAG, PARALLELIMPORTE NACH EG- UND WTO-RECHT: PATENTE UND MARKEN VERSUS HANDELSFREIHEIT (2001).

ע"א 10717/05 **פלוריסט דה קוואקל ב.ו. נ' חג'ג** (פורסם באר"ש, 3.9.2013).

221 ניבה אלקין-קורן "זכויות יוצרים ותחרות – משוק עותקים למשטר רישוי" **דין ודברים** ב 485, 525–526 (2006).

222 עניין **עיריית חולון**, לעיל ה"ש 121.

לבין סעיפי החוק הישראלי. נוסף על כך הוא מציין את הדוח האירופי²²³ המעיד כי רוב מדינות האיחוד יישמו את הדירקטיבה האמורה.

במקרה מכונן נוסף, העוסק בזכויות בלבני משחק, *Exin-Lines 'n' Interlego A/S* Bros. S.A.²²⁴ מפנה הנשיא שמגר להצעת חוק אירופית הנוגעת בהגנתן של צורות במוצרים פונקציונליים-תעשייתיים, כחלק מהגנת זכויות מדגמים ועיצוב תעשייתי. הנשיא שמגר משתמש באזכור זה במטרה להראות כי החוק הישראלי בנושא זה קוהרנטי ביחס לחוק האירופי, ומכך גוזר מעין אישור לערכו ולנכונותו, התורם לחיזוק הדין המקומי, ובסופו של דבר מחליט לדחות את הערעור והערעור שכנגד.

בפסק דין **מחלבות יטבתה בע"מ**²²⁵ מציין השופט רובינשטיין, לצד הדירקטיבה והעיקרון שהוא מציג, את קביעתו של בית המשפט האירופי לצדק כי "...האינדוקציה המשמעותית ביותר להפיכתו של סימן מסוים לשם גנרי היא האופן בו תופסים הצרכנים אותו סימן", תוך שהוא מפנה לספרות אירופית המפנה לפסיקת בית המשפט האירופי לצדק.²²⁶

בעניין **קיטאל**²²⁷ מפנה השופט דנציגר, בדעת רוב, לספרות אירופית אשר בוחנת במבט השוואתי את דיני החברות באירופה,²²⁸ לרבות המנגנונים שנועדו להגנת בעלי מניות המיעוט בהקשר של מיזוגים ורכישות של חברות מקומיות ותאגידים אירופיים. נוסף על כך הוא מפנה לספרות אירופית העוסקת ביחס שבין דיני החברות האיטלקיים לבין הדינים שחלים על האיחוד האירופי.²²⁹ בהמשך פסק דינו, כחלק מסקירת המשפט המשווה, הוא מתייחס לגישתו של המשנה לנשיא (בדימוס) ריבלין ולדירקטיבה האירופית שהוא מאזכר, תוך שהוא מדגיש כי הוא אינו סבור שיש מקום לקביעת "חזקת הוגנות" פסיקתית המבוססת על הסכמת הרוב ולהפיכתו של סעד ההערכה ל"סעד משני" השמור למקרים חריגים ומצומצמים בלבד.²³⁰ המשנה לנשיא (בדימוס) ריבלין, בדעת

REPORT FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL, THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE ON THE PUBLIC LENDING RIGHT IN THE EUROPEAN UNION (Brussels, 12.9.2002) 223

ע"א 513/89 *Interlego A/S 'n' Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח(4) 133 (1994). 224

ע"א 8778/04 **מחלבות יטבתה בע"מ נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (פורסם באר"ש, 30.4.2007). 225

שם, פס' כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשה במקור); DAVID KITCHIN ET AL., KERLY'S LAW OF TRADE MARKS AND TRADE NAMES 306 (14th ed. 2005). 226

עניין **קיטאל**, לעיל ה"ש 191. 227

THE EUROPEAN COMPANY – ALL OVER EUROPE: A STATE-BY-STATE ACCOUNT OF THE INTRODUCTION OF THE EUROPEAN COMPANY (Krzysztof Oplustil & Christoph Teichmann eds., 2004). 228

Marco Ventoruzzo, *Cross-Border Mergers, Change of Applicable Corporate Laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights Under Italian Law*, 4 ECFR 47 (2007). 229

עניין **קיטאל**, לעיל ה"ש 191, פס' 104 לפסק דינו של השופט דנציגר. 230

מיעוט, סבור כי יש להעדיף את שיטת שווי השוק הממוצע כשיטת בסיס בכפוף לחריגים, שלגביהם יש להחיל שיטות אחרות. גם הוא מפנה במסגרת פסק דינו לספרות אירופית שמציגה את המדיניות שנבחרה בקרב מדינות האיחוד לאור האפשרויות שהדירקטיבה מתווה.²³¹

בפרשת **מלול**²³² נערך דיון במצבים של "סיבתיות עמומה" לקרות נזק ובנושא של פסיקת פיצויי בדיני הנזיקין על פי הסתברות. במקרה זה לא היה ברור אם מחלתה של הילודה נגרמה בשל עיכוב של ארבעים וחמש דקות בניתוח הקיסרי, שהוא גורם עוולתי, או שמא בשל עצם הפגות והמחלות הנלוות אליה, שהם גורם לא עוולתי. לכן, תחת הנסיבות שפורטו בפסק הדין, שרר מצב של "סיבתיות עמומה". השופטת נאור מאזכרת בפסק דינה את "דברי ההסבר לעקרונות האירופיים"²³³ וכן את "העקרונות האירופיים"²³⁴ דוגמת פתרון של "פיצוי יחסי לפי הסתברות". תכליתם של העקרונות הללו לשאוף ביישומם ליצירת הרמוניזציה ובסיס משותף לדיני הנזיקין במדינות אירופה. שני מקורות אירופיים אלה מאוזכרים לאורך כל פסק דינה של השופטת נאור, ומטרתם לפרש את הדין המקומי ולהשוות בין הדין האירופי לדין הישראלי. דגש מיוחד היא שמה בחריג "האחריות היחסית", שלגביו היא מצטטת חלקים נרחבים מ"העקרונות האירופיים" ומ"דברי ההסבר לעקרונות האירופיים", וקובעת כי הדין האירופי מקבל חריג זה.²³⁵ נוסף על כך היא בוחרת לצטט סעיפים במלואם בכל הנוגע ב"פיצוי יחסי לפי הסתברות".²³⁶ בית המשפט קבע ברוב דעות, וכנגד דעתה החולקת של השופטת נאור, כי הדין הישראלי אינו מכיר ככלל בחריג ה"אחריות היחסית" במקרים של "סיבתיות עמומה".

בפרשת **סקאלר**²³⁷ מאזכר המשנה לנשיאה ריבלין דוח שהתבקש על ידי ה-European Parliament's Committee on Legal Affairs ואשר עסק בהבדלי הפיצויי הקיימים בין מדינות שונות החברות באיחוד האירופי קודם לאימוץ אמנת רומא. המשנה לנשיאה מציין כי מחברי הדוח בחנו פתרונות אפשריים נוספים, ביניהם מתן פיצוי במדינה שבה נעשתה העוולה לפי דין המדינה שבה התממש הנזק; בחירת החוק המתאים יותר; ויצירת כללים אחידים לפיצויי בכל מדינות האיחוד. המשנה לנשיאה מציין כי פתרונות

Marco Ventoruzzo, *Freeze-Outs: Transcontinental Analysis and Reform Proposals*, 50 VA. J. INT'L L. 841, 894–896 (2010).

232 דנ"א 4693/05 **בית חולים כרמל – חיפה נ' מלול**, פ"ד סד (1) 533 (2010).

233 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW: TEXT AND COMMENTARY (2005).

234 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW (PETL), www.egtl.org/docs/PETL.pdf.

235 פרשת **מלול**, לעיל ה"ש 232, פס' 108–109 לפסק דינה של השופטת נאור.

236 שם, פס' 29 ו-32 לפסק דינה של השופטת נאור.

237 פרשת **סקאלר**, לעיל ה"ש 179.

אלה נשללו עקב החסרונות הטמונים בהם.²³⁸ בהמשך דבריו הוא מאזכר דוח מקיף שהוגש בנוגע לעלויות הביטוח הקשורות לעניין.²³⁹ כפי שצוין לעיל, במיזוגים אשר מובילים להשגת בעלות ושליטה בשוק מסוים, בית המשפט העליון פונה למשפט האירופי במטרה לחזק את החלטותיו המחייבות, לצד בחינת הדרך שבה ראוי לערוך מיזוגים בין חברות במטרה למנוע השגת שליטה כאמור. דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק הדין **יורוקום די.בי.אס בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**,²⁴⁰ שבו השופטת חיות מפנה ל-Guidelines של הנציבות האירופית בנושא לשם חיזוק הדין המקומי,²⁴¹ ומציינת כי קיימת נטייה של רשויות התחרות בעולם להעדיף תנאים מבניים על תנאים התנהגותיים, כדי לענות על החשש לפגיעה בתחרות.

4. מגמות כלליות במעמדו של משפט האיחוד האירופי כדין זר

תרשים 3 מבקש להציג את המגמות של פניית 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 1980.²⁴² ניתן להבחין בתרשים כי חלה מגמת עלייה ברורה בפניית בית המשפט העליון למקורות של משפט האיחוד האירופי.

238 שם, פס' 21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; POLICY DEPARTMENT C, COMPENSATION OF VICTIMS OF CROSS-BORDER ROAD TRAFFIC ACCIDENTS IN THE EU: ASSESSMENT OF SELECTED OPTIONS (2007).

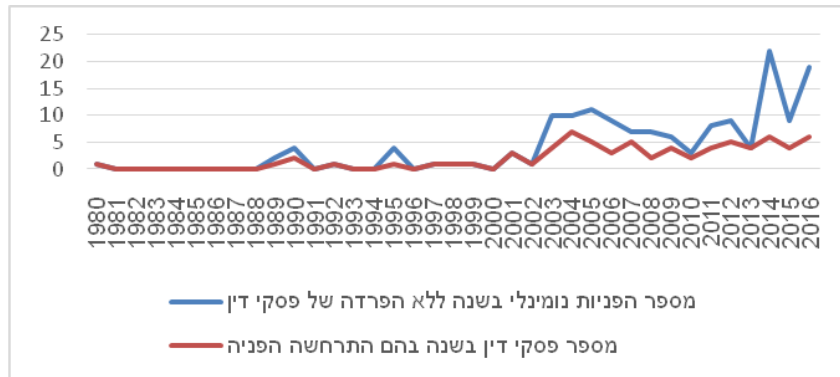
239 פרשת **סקאלר**, שם.

240 ע"א 2082/09 **יורוקום די.בי.אס בע"מ נ' בוק חברת התקשורת הישראלית בע"מ**, פ"ד סג(2) 788 (2009).

241 Guidelines No. 2008/C 265/07 on the Assessment of Non-horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, art. 7, 2008 O.J. (C 265/6); Guidelines No. 2004/C 31/03 on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, arts. 58–60, 2004 O.J. (C 31/5).

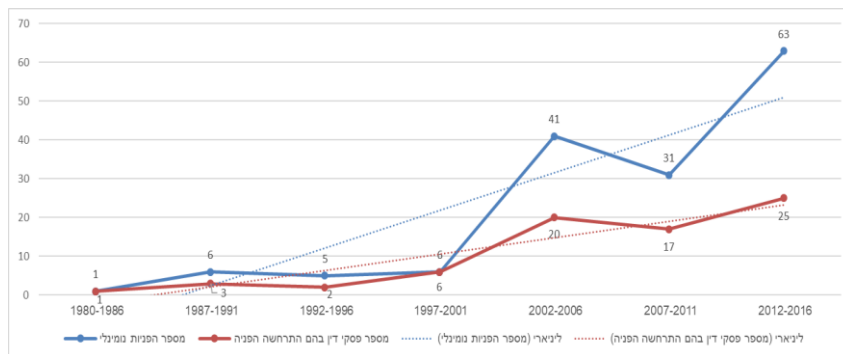
242 **עניין קוואסמה**, לעיל ה"ש 24.

תרשים 3: מספר פסקי הדין של בית המשפט העליון שמפנים למקורות של משפט האיחוד האירופי ומספר ההפניות הכולל למקורות אלה, בחלוקה לשנים (1980–2016)



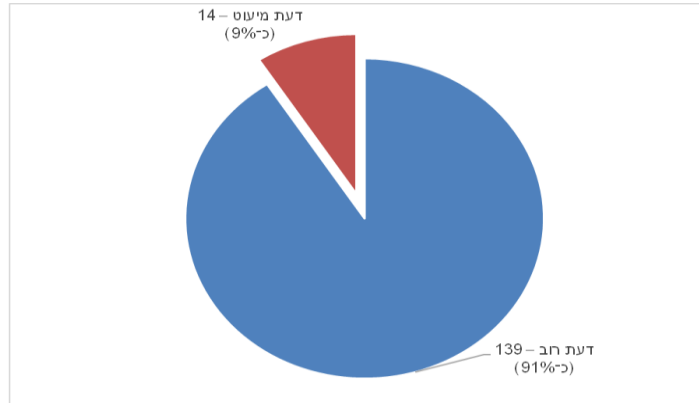
על מנת להבחין במגמה זו בצורה ברורה יותר, חילקנו את התקופה הנבדקת לטווחי זמן. תרשים 4 מחלק את התקופה הנבדקת לקבוצות של חמש שנים, למעט הקבוצה הראשונה, הכוללת שבע שנים בשל מיעוט ההפניות בתקופה זו. תצוגה גרפית זו מראה בצורה ברורה יותר את העלייה במספר פסקי הדין ובמספר ההפניות למקורות נורמטיביים במשפט האיחוד האירופי. ניתן לראות כי העלייה בנפח האזכור מדי קבוצת שנים תלולה יותר (לפי קו המגמה) מהעלייה במספר פסקי הדין שבהם מאוזכרים מקורות אלה.

תרשים 4: מספר פסקי הדין של בית המשפט העליון שמפנים למקורות של משפט האיחוד האירופי ומספר ההפניות הכולל למקורות אלה, בחלוקה לקבוצות של שנים (1980–2016)



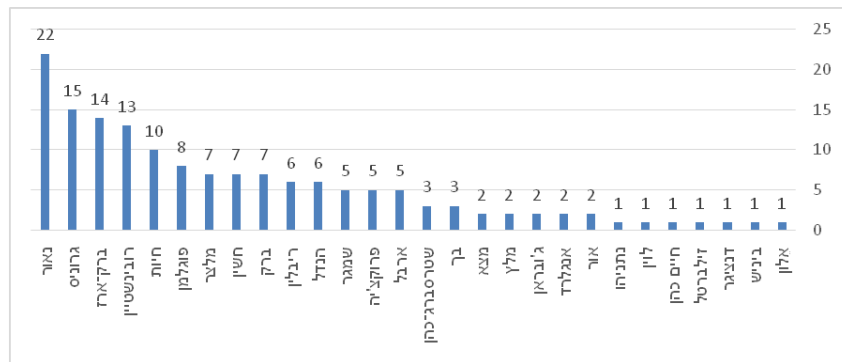
תרשים 5 מבקש להציג את מיקום ההפניה למשפט האיחוד האירופי בחלוקה לדעות מיעוט ולדעות רוב. ניתן לראות כי רוב ההפניות, 91%, נעשו במסגרת עמדת הרוב בפסק הדין, ורק 9% מההפניות שנבדקו במסגרת מחקר זה נעשו במסגרת דעת המיעוט.

תרשים 5 : מספר ההפניות למקורות האיחוד האירופי בחלוקה לדעת רוב ולדעת מיעוט



תרשים 6 מציג את מספר ההפניות של כל אחד משופטי בית המשפט העליון למקורות נורמטיביים שמקורם באיחוד האירופי. השופטת נאור היא "שיאנית" ההפניות למשפט האיחוד האירופי, לאחר שהפנתה לא פחות מ-22 פעמים למשפט האיחוד האירופי. אומנם ברי כי שופטים אחדים כיהנו תקופות קצרות יותר משופטים אחרים, אולם הדבר אינו חוסם בהכרח את פנייתם למקורות של משפט האיחוד האירופי. כך, למשל, השופטת נתניהו, חרף תקופת כהונה קצרה יחסית, הפנתה בכל זאת פעם אחת למשפט האיחוד האירופי. שופטים נוספים שמפנים פעמים רבות למשפט האיחוד האירופי הם השופט רובינשטיין, השופט גרוניס והשופטת ברק-ארז.

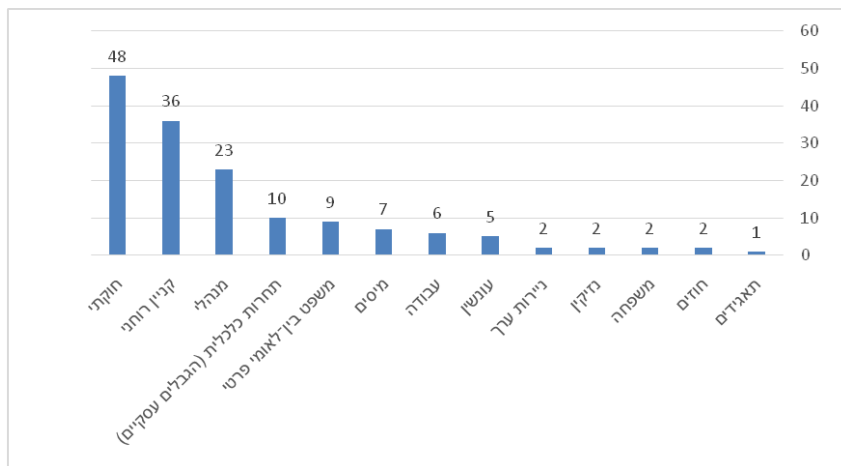
תרשים 6 : מספר ההפניות למקורות האיחוד האירופי בחלוקה לשופטים



תרשים 7 מראה כי התחום שבו נעשה מספר ההפניות הרב ביותר למשפט האיחוד האירופי הוא תחום המשפט החוקתי. על רקע הנתונים המוצגים בפרק ב למאמר הראשון במחקר זה, הדן ביחסי המסחר בין ישראל לבין האיחוד האירופי, היה טבעי לשער כי מספר ההפניות דווקא בתחום המשפט המסחרי על גווניו יהיה גבוה, לנוכח היות

האיחוד שותף הסחר המרכזי של מדינת ישראל והעיון הבלתי-מוסתר של המחוקק הישראלי בנעשה במשפט האירופי. יתר על כן, השונות המוסדית ואולי אף השונות התרבותית במשפט הציבורי יחייבו, כך חשבנו, פנייה מובהקת דווקא למשפט האנגלו-אמריקני. מחקר זה אינו בוחן אומנם את ההשפעה של משפט האיחוד האירופי על המשפט הישראלי בהשוואה לזו של מקורות המשפט האנגלו-אמריקני, אולם ניכר כי משפט האיחוד האירופי נוכח בצורה משמעותית בפסיקות ישראליות תקדימיות שבהן עולות שאלות עקרוניות מהמשפט הציבורי בכלל ומתחום זכויות האדם בפרט.²⁴³ זאת, בין היתר, בשל זהות הסוגיות ששיטת המשפט הישראלית מתמודדת עימן.

תרשים 7: התפלגות ההפניות למקורות האיחוד האירופי לפי התחום המשפטי



סיכום

מחקר זה, שנפרש על פני שני מאמרים, ביקש להראות את התקרבותה של שיטת המשפט הישראלית אל שיטת המשפט של האיחוד האירופי. מגמת העלייה הברורה במספרן ובאיכותן של ההפניות למשפט האיחוד האירופי מעידה, לדעתנו, כי שופטי ישראל מוצאים בשיטת האיחוד האירופי מקור פרשני ראוי לשאלות משפטיות המחייבות פנייה למקורות העשויים לספק השראה פרשנית. זאת, בעיקר במקרים שבהם הדין האירופי נמצא מתקדם יותר בסוגיות שטרם נדונו בדין הישראלי – הן ברמת המחוקק והן ברמת בית המשפט.²⁴⁴ החל בפנייה הראשונה של בית המשפט העליון למקורות של משפט

243 ראו פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 56; עניין **איתן**, לעיל ה"ש 74.

244 ראו עניין **נח**, לעיל ה"ש 42.

האיחוד האירופי, שנעשתה בשנת 1980 בעניין **קוואסמה**,²⁴⁵ ובמשך שלושים ושש שנות המחקר הנבדקות, ערך בית המשפט העליון השוואות מקיפות בין הדין הישראלי לבין דין האיחוד האירופי, ופעמים רבות אף הקדיש בפסיקתו פרקים שלמים לסקירת משפט האיחוד האירופי בסוגיה שלפניו.²⁴⁶ במקרה אחד אף דנו כל שלוש שופטות ההרכב בשאלה אם יש לאמץ כלל הקבוע בדין האירופי אל תוך הדין הישראלי, ושאלה זו אף נדונה בהמשך במסגרת דיון נוסף.²⁴⁷ מקרה זה מלמד יותר מכל כי על אף הפנייה המתגברת אל מקורות של משפט האיחוד האירופי לצורכי פרשנות, אין זו הליכה "עיוורת" הנעשית מתוך כורח או העדר מקורות מקומיים, שכן במקרה זה קבע בית המשפט העליון כי אין לאמץ את הכלל הקבוע בדין האיחוד האירופי בשל אי-התאמתו להוויה הישראלית הייחודית. במקביל אנו מניחים כי משפט האיחוד האירופי, בהשוואה למקורות השוואתיים מתחרים, אינו מוכר עדיין דיו, ואינו מקבל את המקום הראוי לו בפסיקת בית המשפט העליון. אנו מניחים כי דלות ההפניות למשפט האיחוד האירופי נובעת מתפיסה היסטורית בדבר מקורות השיטה ובדבר חשיבותן של "שיטות המשפט הגדולות" והמוכרות. מצב זה משפיע על התפתחות המשפט במרחבים משפטיים שונים. ייחודו של מקרה המבחן של משפט האיחוד האירופי נעוץ בכך שמדובר בשיטה משפטית על-מדינתית, ולא מדינתית. ההתקרבות מתרחשת אפוא בין מדינה לבין מערכת על-מדינתית המקיימות יחסים ענפים וממוסדים היטב. לטעמנו, העובדה שבית המשפט של האיחוד האירופי (CJEU) הפנה פעם אחת בלבד לפסיקה ישראלית אינה מעידה על חוסר עניין של שיטת המשפט של האיחוד האירופי בדין הישראלי, אלא נובעת מהעובדה שפסקי הדין הישראליים אינם מתורגמים כמעט בצורה רשמית. אכן, פנייתו היחידה של ה-CJEU נעשתה לפסיקה בעניין בג"ץ **הסיכולים הממוקדים**,²⁴⁸ אשר תורגמה על ידי בית המשפט העליון בשיתוף משרד החוץ הישראלי מתוך רצון להנגיש חומרים משפטיים העוסקים בלוחמה בטרור במסגרת החוק. אנו סבורים כי הנגשת חומרים מתחומי משפט אחרים לשפות בין-לאומיות נוספות תניב הפניות נוספות של שופטי האיחוד האירופי אל המשפט הישראלי. כמו כן, הנגשת חומרי המשפט הישראליים תוכל לשפר את הדיאלוג השיפוטי של בית המשפט העליון עם ה-CJEU, כמו גם עם מוסדות שיפוטיים נוספים ברחבי העולם, ובכך להעלות את קרנו של המשפט הישראלי כדין זר.

245 עניין **קוואסמה**, לעיל ה"ש 24.

246 הפעם הראשונה שבה הוקדש פרק לסקירת משפט האיחוד האירופי הייתה בפסק דינו של השופט גרוניס בעניין **נח**, לעיל ה"ש 42.

247 ראו את הדיון בפרשת **יובינר**, לעיל ה"ש 171, ובפרשת **סקאלר**, לעיל ה"ש 179.

248 בג"ץ 769/02 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סב(1) 507 (2006).

