|  |
| --- |
|  |
| שיטות משפט – ד"ר ניר קידר |
| בוצ'ומנסקי אורי |
|  |
|  |
|  |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| אוניברסיטת בר-אילן (ע"ר)  המרכז למשפטים ע"ש מ.ע. רקמן  הפקולטה למשפטים ע"ש יעקב הרצוג | | NewLogoHebGrey | **BAR-ILANUNIVERSITY (RA)**  THE EMANUELRACKMANLAWCENTER  THE YAACOV HERZOG FACULTY OF LAW | |
| רמת-גן 52900, ישראל |  | | | Ramat-Gan52900, Israel |

|  |
| --- |
|  |

2.11.11

**שיטות משפט – ד"ר ניר קידר**

* ידע והכרה של שיטות המשפט השונות הופכות משפטנים באשר הם לטובים יותר.
* השיעורים בעידן השטוח הזה הם יותר לפיתוח דרכי חשיבה מאשר ללימוד חומר.
* בקורס ילמדו שיטות משפט שונות, ובכל פעם תידון סוגיה אחרת מעולם המשפט.
* שלוש סיבות ללמוד תחום זה:

1. הסיבה ה"השוואתית תיירותית" שחופפת עם העובדה ש-
2. דרך הלימוד על אחרים בעצם אנו לומדים יותר על עצמנו. שכן היחס שלנו כלפי עצמנו נגזר מההתבוננות שלנו על אחרים.
3. עוזר לנו ללמוד על המשפט כתופעה – המשפט אינו תורה מסיני אלא הוא תלוי תרבות וגורמים חברתיים.

בקורס נדבר על שיטות המשפט באירופה וצפון אמריקה (העולם המערבי), משום שהן אלו שהשפיעו על השיטה הישראלית והן הנפוצות בכל העולם.

**מקורות המשפט , אופיו ותכליתו**

המשפט הוא מערכת נורמטיבית שמנסה לומר מה טוב ומה לא. המערכת אומרת להימנע ממה שלא טוב ולאפשר לעשות מה שבסדר. כלומר: זוהי מערכת שמכווינה התנהגות. (גם דת, אוניברסיטה, כמעט כל דבר הוא מערכת נורמטיבית).

בגלל שהמשפט הוא מערכת נורמטיבית שמכווינה התנהגות טבועים בה שני יסודות: יציבות וודאות. בלי שני אלה הוא לא יוכל לקיים את תפקידו ולהכווין את הציבור. לא יתכן כי היום יותר גניבה ומחר יאסר ומחרתיים יותר שוב, ולא יתכן שלא יהיה ברור מהי גניבה – מכאן שצריך יציבות וודאות (יציבות החוק וודאות למה הוא החוק). אולם, מצד שני, לא ניתן לדבוק רק ביציבות וודאות כי אז יצא חוסר צדק - מפני שכל הזמן דברים משתנים ותמיד צצים מצבים ייחודיים, שונים וחדשים.

הפער הזה, המתח הזה שבין הדין לצדק תמיד קיים ותמיד יהיה קיים. המתח קיים בכל אחד ממקורות המשפט. החקיקה אינה מספיקה, היא תמיד תהיה צרה מדי ולא ספציפית מספיק. משלים את החקיקה זה ההלכה ופסקי הדין, כמו כן המציאות הרווחת בקרב הציבור גם יוצרת נורמה מסוימת. כלומר – לפעמים הציבור משלים לבד באמצעות דרכי התנהגותו – את החקיקה, מאין תת-נורמה. בגלל שהחוק אינו מספיק ספציפי וכל הזמן צריך להתעדכן – חוק חדש גובר על ישן וכל הזמן נחקקים חוקים חדשים, כמו כן, על כל חוק – מוציאה הממשלה עשרות, מאות ואלפי תקנות לכל חוק.

חקיקה, תקדים, מנהג– הסיבה שהתקדים הפך למחייב היא הרצון לוודאות, כאשר יש תשובה מוסמכת על נושא שעד כה היה לא ברור – זה מעניק יציבות וודאות. אלה אשר יוצרים את התקדים אלו אנשים בעלי אוטוריטה משפטית, בכל תקופה והאנשים שלהם (אנשי דת, חכמי העם, משפטנים מוסמכים, ושופטי עליון).

אנו מעוניינים בגמישות של הפוסקים – משלמים להם כסף כדי שיהיו גמישים. כדי שהם ישתמשו בסמכותם ויכולת (שבגללה נבחרו) ויתאימו את החוק והמשפט למקרה ספציפי. מטרתם של השופטים היא להכניס את אלמנט הצדק למנהג ולדבר הקיים והקשיח שקיים.

פעם בכמה זמן קם לו האדם (איש חזון) אשר שואף לאגד את כל הידע המשפטי והאמת של אותה תקופה (דוגמת יוסטיניאנוס). לא ניתן להגיע בחקיקה לחקיקה מושלמת אבל יפה ושווה לנסות כי אנשים אלה מצעידים את האנושות בכלל ואת המשפט בפרט – קדימה. השופטים עושים את זה באמצעות "מונחי השסתום" שנמצאים כמעט בכל חוק.

מסביב לכל חוק מתפתח הילה של מנהגים על כל צורותיהם (מנהג, תקנה וכו'). מנהג הוא התנהגות מחזורית שעצם המחזוריות שלה גורם לציפייה בקרב בני אותה חברה מה שיגרום למחזוריות הזו להמשכיות. למנהג יש שאיפה להפוך לנורמה קשיחה יותר – להפוך לנורמה מסוג אחר, למשל חקיקה. חלק גדול מהחוקים במדינות היו בעבר מנהגים. דרך אחרת של מנהג היא להפוך לפסיקה.

התהליך הזה גורם למשפט באירופה להפוך, לאט לאט, למשפט קשיח של חוקים ופסיקות.

**בעולם המערבי התפתחו שתי משפחות של שיטות משפט, שתי מסורות –**

1. השיטה הרומנו-גרמאנית– שיטה שהתפתחה בכל אירופה, למעט אנגליה, ולה שני מקורות היסטוריים – המשפט הרומי והמשפט של השבטים הגרמאנים (שהתיישבו בכל רחבי אירופה החל מהמאה ה-3). זוהי גם שיטת המשפט האזרחי- civil law– משום שאחד המקורות הוא המשפט הרומי –הרומים קראו למשפטם המשפט של אזרחי רומא (המשפט של האזרחים). זוהי מסורת המשפט הנפוצה ביותר בעולם. גם בדרום אמריקה מתנהגים ע"פ שיטת משפט זו. באנגליה התפתחה שיטת משפט אחרת. לדעתם, מדובר במשפט קונטיננטלי – דהיינו של היבשת. האנגלים רצו להבדיל עצמם מהמשפט הקונטיננטלי, והתייחסו לעצמם ולמשפט האנגלי כנפרדים מימנו.
2. השיטה האנגלוסקסית (שיטת המשפט המקובל –common law)– שיטה שהתפתחה באנגליה, שהתנתקה משאר מדינות היבשת, ופיתחה שיטת משפט משלה. שיטה זו נפוצה באנגליה ובווילס. השיטה הגיעה למקומות אחרים בעולם – הקולוניות שבהם התיישבו בריטים רבים – ארה"ב, קנדה, אוסטרליה. כיום, רבים קוראים לשיטה זו השיטה האנגלו-אמריקנית, על מנת להדגיש את שני המוקדים בהם פועלת השיטה.

לסיכום:

|  |  |
| --- | --- |
| הרומאנו – גרמאנית | האנגלוסקסית – האנגלו אמריקנית |
| המשפט האזרחי – civil law | המשפט המקובל – common law |
| המשפט הקונטיננטלי |  |

**המשפט הרומי –**

ניקח את המשפט הרומי כנקודת פתיחה לדיון על מקורות המשפט – הנורמות השונות והכללים המנחים את התנהגותנו.

רומא הייתה ציוויליזציה ענקית ששלטה על חלקים גדולים של העולם למשך כ-1000 שנה. כך שמבחינה מסוימת מוזר לדבר על "המשפט הרומי".נהוג לחלק את התקופה הרומית, בת האלף שנים, לשתי תקופות עיקריות:

1. תקופת המלוכה –רומולוס היה המלך הראשון, לאחר שהרג את אחיו. מקובל לומר כי היו שמונה מלכים. אחרי שהמלך האחרון ברח, נוצרה בעיר רומא רפובליקה. רפובליקה – עניין ציבור. המדינה שייכת לכולם והיא עניין כלל ציבור, היא נשלטת ע"י כולם. זהו **משטר ממוזג**, קבוצות שונות באוכ' משתתפות בשלטון. . שלו כמה גורמים:
   1. גורם עממי– מעין דמוקרטיה, **אסיפת העם**, עם 4 סוגים של כאלו.
   2. גורם אריסטוקרטי – קבוצה של **משפחות חשובות** שהיו מעורבות בשלטון וייעצו לפקידים שעמדו בראש העיר.בנוסף לאסיפת העם הייתה עזרה לשליט ברומא גם ע"י **הסנאט.**
   3. אלו שניהול את העיר בפועל - ע"מ למנוע מונרכיה, שלטו ברומא אנשים שהיו מכונים **פקידים** והיו מתחלפים כל שנה . תמיד בכל תפקיד אחזו שניים. התפקיד החשוב ביותר היה זה של **הקונסול** (היו שניים) שהיה למעשה שליט העיר ולימים האימפריה ואליו ניתן להתייחס כרוה"מ.
   4. בנוסף לכך, היום עוד שני תפקידים חשובים - **הפריטורים**-– שהפכו לאחראים על מערכת המשפט **והקורליםהאידים** – אלו שניהלו את ענייני האי.

פקידים נוספים–**הקנסרים**, שתפקידם היה לספור, מפעם לפעם, את האנשים והרכוש. כמו כן, אחראים על המוסר. (עד היום משמשת המילה censorלתיאור מפקד אוכלוסין.) הם גם שימשו כ"ועדת האתיקה", ומשם הגיעה המילה צנזורה.נוסף להם היו את **הטריבונים**, נציגי העם, שלימים קיבלו מעמד וסמכות (ומשם מגיע השם טריבון לעיתונים).

בשלבמסויםשיטתהשלטוןהממוזגהופכתלמסובכת. הרומים מתפשטים ע"י כיבושים, מפקדי הצבא תופסים כוח באימפריה, מבנה הרפובליקה מתחיל להתערער ומתחילות מלחמות אזרחים. כתוצאה מאחת מהן, יוליוס קיסר תופס את השלטון, וממציא את הפרינקיפוס(האזרח המוביל), שלפיההכלנשארעלכנואךלוישאתהמילההאחרונה.מבנה האימפריה נשמר, בצרוף שלטון היחיד שלו. העם והאריסטוקרטיה לא אהבו שמפקד הצבא הפך לשליט יחיד. כמה שנים לאחר מיכן רוצחים את יוליוס ושוב רומא שוקעת למאבקים עדשאוקטיביאנוס תופס את השלטון ומכריז על עצמו כפרינקיפוס ומשנה את שמו לאוגוסטוס. זוהי תקופת הפרינקיפט אך כל המבנה של האימפריה נשמר.

1. תקופתהפרינקיפאט –תקופתהקיסרות. שכאמור, המבנה נשאר על כנו,אךלקיסרישאתהמילההאחרונה.
2. בסוףהמאההראשונה-תחילתהמאההשנייהמתחילהתקופתהזוהרשלהרומים(50-100 שנה).רומאבשיאהלארקמבחינת התפתחות כלכלית,אלאגםמבחינתספרותוכמשפיעעלהמשפטעדהיום.

הברברים (אלושלאיוונים) מתיישביםומעליםאתמאבקם. בתוךרומאעצמהמתחולליםמאבקיםשבסופםנחלקתרומאלשתיים:הגושהמזרחיוביזנטיון – קונסטנטינופוליס (כיוםאיסטנבול).בהמשךהיאמחולקתל4 ואחרכךנפלשתונבזזת. רומאנופלתואחדהשבטים – הרומאנו-גרמאנישורדהרבהיותר,עדל-1423.

**מקורות המשפט-**

את הדיון על המשפט הרומי ננצל לדיון על הנושא –מקורות המשפט (מה הנורמות שמחייבות אותנו).

המקורות הפורמליים של המשפט - סוגי הנורמות השונות המכוונות את החיים שלנו. אילו נורמות, מאילו סוגים, קיימות במערכת המשפט.**נורמות שהחברה יוצרת**:

* חקיקה
* תקדים (פסיקה)
* מנהג

חוזה וצוואה – התחייבויות של בני אדם פרטיים. נורמה משפטית שהאנשים יוצרים בינם לבין עצמם. המשפט מכירה בהן.

המשפטהואמע' נורמטיבית,מע' המכוונתהתנהגות, האומרתלנואיךאנוצריכיםלהתנהג. היאמציבהתוויערךלידכלמינידברים – זהטוב, זהרע, זהנכון, זהצודקזהלאצודקוכו'. המשפטאיננו המערכת הנורמטיביתהיחידה – ישמוסר, דת , כלליאונ', כללימשחק, כללינימוס.

מכיווןשהמשפטהואמערכתנורמטיבית,ישבוערכיםהטבועיםבומעצםטבעו:

ערךהודאות –המשפטכמוכלמע' נורמטיביתאחרתחייבלהיותודאי. שאםלאכןאנשיםלאידעואיךהםצריכיםלהתנהג. ודאותהיאתכונהאינהרנטיתשלהמשפט.

ערךהיציבות –המשפטחייבלהיותיציב, הואלאיכוללהשתנותכליומייםכיאזאנשיםלאידעואיךלהתנהגויפסיקולהשתמשבה.

**חקיקה-**

חקיקה-הגדרה של מעשה החקיקה – החקיקה היא מעשה שתכליתו ליצור נורמה משפטית. יצירה מודעת של נורמה משפטית, יצירה מתוך כוונה. חקיקה היא עדות לשליטה פוליטית ומעוררת בעיות פוליטיות רבות.

תקדים –מטרתו הראשונית של פסיקת השופט היא להכריע בסכסוך, ומתוך זה נולדת הנורמה המשפטית.

החקיקה מעלה הרבה מאוד שאלות: עצם **יצירת החקיקה**– מדובר בפעולה מאוד מורכבת וארוכה. חקיקה היא בעצם פעולה של תרגום, תרגום לשפה המשפטית - פעולה זו אינה פשוטה. עולות שאלות בדבר **ניסוח החקיקה, מהות המחוקק**. שאלות נוספות עולות בדבר **צורת החקיקה**, איזה צורה יש לחוקים? הבחנה בין חוקים רגילים וקודקסים (חוקים רחבים המחילים תחום שלם של המשפט – הקודקס הפלילי). שאלות על **תוכן החקיקה**– האם חוק יכול להיות על כל תוכן שהוא? מה צריך להיות על מנת שהחוק יהיה תקף? בעיה אחת של תוכן החקיקה - הפוזיטיביזם המשפטי– כדי שנורמה משפטית תהיה תקפה, מספיק להצביע על נורמה חברתית שיצרה אותו, ומנגד יש החושבים שהנורמה צריכה בנוסף לכך לעמוד בנורמת-על (מוסרית, דתית וכו'). בעיה נוספת בדבר תוכן החקיקה, עוסקת בפרשנות החקיקה, כיצד מפרשים חוקים?

צורת החקיקה-

הבחנה בין כללים לסטנדרטים:

* ניתן לנסח את החוק ע"י כללים ברורים. השאיפה היא לחוקק את החוק בצורה הברורה ביותר. אך לא ניתן לנסח את כל המשפט ע"י כללים, היות וזה עשוי ליצור חוסר צדק.
* רוב החקיקה היא על בסיס סטנדרטים של התנהגות, עקרונות רחבים יותר (עקרון תום-הלב). על מנת ליצור מרחב פעולה, מרחב של אפשרויות. סטנדרטים כאלה קיימים בכל ענפי המשפט (סבירות, מידתיות), אלו הם **"סעיפי שסתום"**– אשר מכניסים אלמנט של חוסר וודאות למשפט (הפעלת שיקול דעת של בית המשפט, שיכניס פנימה את מה שהוא מעוניין לקבל מהתחום האחר).

החקיקה לעולם תכלול גם כללים וגם סטנדרטים.

חוק –חוק הוא נורמה פוזיטיבית הניתנת ע"י הגורמים השולטים בחברה.

נורמה פוזיטיבית -נורמה שניתן לקלוט אותה בעזרת החושים שלנו, נורמה "כתובה שחור על גבי לבן". מדובר בחקיקה כתובה. מנהג, למשל, היא נורמה לא פוזיטיבית. מעבר להיותה כתובה, חוק היא נורמה הניתנת ע"י הגורם השולט בחברה, כלומר נורמה הניתנת מלמעלה. יש נורמות הניתנות ע"י החברה, מלמטה, דוג' – מנהג.

**החקיקה כנורמה פוזיטיבית-**

הצורך בפוזיטיביות נובע מכך שבעזרתה אנו יכולים לדעת בדיוק **איך להתנהג** - מה מותר ומה אסור לנו לעשות. ע"פ נורמות לא כתובות, קשה לנו לדעת זאת. העובדה שהנורמה כתובה תורמת לוודאות. החקיקה היא נורמה שאופיינית לחברות מתקדמות יחסית, בהן קיים מרכיב גדול של חוסר וודאות. משפט בצורה של חקיקה תורם ליציבות ולוודאות. כל זאת, בניגוד גמור לנורמה ממנהג. ככל שהחברה גדולה יותר, החיים הופכים למורכבים יותר, והצורך בנורמה שתסדיר את החיים החברתיים באופן שותף גדל. חברה גדולה צריכה להוציא לפועל פרויקטים גדולים, אותם קשה לנהל ע"י מנהגים בלבד, לכן מתחיל להיווצר סוג חדש של משפט – חקיקה. עולה דרישה מהציבור לנורמות קבועות וכתובות, על מנת שאנשים ידעו כיצד להתנהג.

אולם, לחקיקה כנורמה פוזיטיבית (כתובה) יש חשיבות גם **מבחינה פוליטית** (ולא רק ליציבות ולוודאות). ברגע שיש חקיקה, אנו יודעים מה מותר ומה אסור מבחינה פוליטית. השליטה במשפט היא שליטה ע"י כוח פוליטי, שיכול להתארגן לכוח אחר. גם ברומא ניתן לראות את הדרישה של המעמדות הנמוכים (המאה ה-5 לפנה"ס) לחוקק חוקים כתובים. אנשי העיר ברומא (הפלבים) דורשים שהחוק יהיה חרוט וכתוב. ידע זה כוח. הם רוצים לדעת בעיקר את המשפט הפרוצדורלי (איך תובעים וכדומה). הדבר מלמד כי חשוב לרומאים מה הדין המהותי, אולם הכי חשוב להם זה המשפט הפרוצדורלי (לא רוצים שמישהו מאנשי הבכירים, בעל הכוח, יוכל לתבוע אדם אחר ויעשה כרצונו, כי הוא יודע את החוק).**יש חשיבות פוליטית עצומה למשפט הפרוצדורלי**. הדרישה לחוק כתוב מעידה על ההתקדמות של החברה (טכנולוגית, כלכלית), אך היא גם דרישה פוליטית חשובה.

בשנת 451לפנה"ס, יצאה משלחת של 10 אנשים ללמוד את המשפט המתוחכם מפי היוונים. לאחר חזרת המשלחת לרומא, היא חוקקה את חוק 10 הלוחות. חוקים אלו מוצבים בפורום רומנו, כדי שכל אזרחי רומא יוכלו לקרוא ולדעת. לאחר שנתיים התעוררו סכסוכים לגבי חוקים אלו, ולכן ב-544 נוספו שתי לוחות של תיקונים. מכאן אנו למדים דבר חשוב על חקיקה –**חקיקה לעולם אינה מספיקה**. היא לעולם לא מצליחה לענות על כל התשובות. "הכלל הוא סופי אך האדם הוא לא סופי". ישנם שאלות פרשניות המתעוררות לאחר החקיקה. אחד הפתרונות למצב זה – תיקון/עדכון חקיקה. דרך נוספת היא לשתול בחקיקה סעיפי שסתום (סטנדרטים ועקרונות כללים – תום לב, סבירות וכו'...). הדבר יאפשר שמירה על החוק גם בעת שינויים חברתיים. לפעמים, אין ברירה אלא לחוק חוק חדש.

הלוחות הראשונים עסקו בפרוצדורה – משום שזה הדבר החשוב ביותר לאנשי רומא הפשוטים, וזהו למעשה המניע החשוב ביותר לחקיקה. לאחר מיכן, החוקים עוסקיםבדיני משפחה, ירושה, קניין, משפט פלילי ודת ופולחן.

חוקי עשרת הלוחות מלמדים אותנו על המבנה היסודי של המשפט, הנכון עד לימנו. לפי חוקי עשרת הלוחות, המשפט הפרטי מורכב משלוש קומות מרכזיות (המבנה הקלאסי של המשפט הפרטי, הנכון גם לימנו):

הקומה התחתונה – דיני אישים, עוסקת באנשים עצמם (כשרות משפטית, דיני משפחה, דיני ירושה).

קומת הבינים – דיני הקניין (לפי הצרפתים - הצורות שבהן רוכשים קניין).

הקומה העליונה – עוסקת בדיני החיובים הרצוניים (חוזה) והלא רצוניים.

העובדה שלחקיקה חשיבות פוליטית, מסבירה במשהו את הרכיב השני המאפיין את החוק – נוצר מלמעלה, ע"י הגורמים השולטים בחברה. זוהי עדות נוספת לחברות מתקדמות וגדולות, בהן יש צורך בהנהגה באופן שותף. **השליטה על יצירת המשפט היא תמיד צומת של כוח**. **שליטה על יצירת המשפט מעידה על שליטה בחברה.**הפלבים דורשים כי גם ההחלטות שלהם יוכרו כחוק, ורק לאחר לחץ כבד, נחקק חוק המכיר בהחלטות שלהם כחוק (Lexliortensia, ב-287). חוק הוא נורמה פוזיטיבית הנוצרת ע"י הגורם השולט בחברה, דבר הבא לידי ביטוי ברומא ברומא, לאורך התקופות שונות –

המלוכה – מקור הסמכות המרכזי הוא המלך.

רפובליקה – מקור הסמכות העיקרי הוא העם, שבוחר את נציגיו באמצעות הסנאט, אספות העם והמאגיסטריטים.

קיסרות – הקיסר הוא מקור הסמכות המשפטית העיקרי.

הרומים היו צריכים להוסיף שתי לוחות נוספים, משמע כי החקיקה לעולם אינה מספיקה.אמנם ניתן להכניס תיקון או סעיפים שסתום, אולם זה עדין לא עוזר יותר מידי. תמיד אנו צריכים להשלים את החקיקה באמצעות נורמות אחרות. הנורמות האחרות יכולות להיות נורמות מסוג אחר של חקיקה, למשל – תקנות שמפרשות את החוקים (פירוט החקיקה ע"י חקיקה נוספת – תקנות), אולם גם זה לא מספיק. לכן, אנו תמיד חייבים להשלים את החקיקה ע"י נורמות מסוגים אחרים – תקדים ומנהג.

**תקדים-**

אנו נתייחס לתקדים ולא פסיקה, משתי סיבות:

1. תקדימים לא נוצרים רק כתוצאה מהחלטות של שופטים, אלא גם ע"י אמירות והחלטות של אנשים אחרים (חוות דעת של מומחים).
2. כדי להבהיר שמדובר בנורמה כללית המחייבת חלקים רחבים בחברה, ולא פסק דין בין שני אנשים.

איך הפסיקה הופכת בפועל לתקדים (נורמה פרטית הופכת לנורמה כללית)?

כשהשופט נותן פסק דין, המטרה שלו היא, בראש ובראשונה, לפתור את הסכסוך. פסיקות תמיד הופכות לתקדימים, בכל החברות האנושיות ובכל התקופות. הדבר קורה משני טעמים:

1. דמות הפוסק/השופט -בעת סכסוך, אנו רוצים לגשת לאדם בעל**אוטוריטה** (סמכות), שנובעת מכל מיני סיבות – זקן ובעל ניסיון, כהן דת – מכבדים אותו מעצם תפקידו, בעל אוטוריטה מקצועית וכן יכולה להיות סמכות הנובעת מכוח. בבית המשפט במדינה, האוטוריטה נובעת מהכוח של השופט, וגם כי אנו מאמינים ברעיונות של המדינה המודרנית, בה מערכת המשפט תבטיח משפט הוגן. השופט הוא אוטוריטה ולכן נוהגים לפי פסיקתו.
2. הצורך בוודאות ויציבות -פסיקות הופכות לתקדימים בגללנו, משום שאנו מעוניינים בכך. המשפט הוא מערכת של נורמות, מערכת המכוונת התנהגות. מערכת זו, חייבת להיות מערכת יציבה ו-וודאית, עקבית וקוהרנטית. כאשר קורה משהו בחברה (סכסוך), הדבר מטלטל את החברה כולה, הוא מעניין את כל החברה, הסדר החברתי מתערר ונפער בור. לכן, קורים שני דברים:
3. **ההליך השיפוטי הוא הליך חברתי, פומבי -** הוא מעניין את החברה כולה. הדבר נכון בעבר וגם כיום. החברה כולה מעוניינת לדעת מהו הפתרון, היא מתעניינת בפסק הדין. אנו רוצים להפוך את הפסיקה לתקדים, משום שיש גורם מוסמך שנתן תשובה. הציבור דורש לדעת, והוא מתנהג לפי התשובה. את הציבור מעניין תחילה, שתהיה תשובה ורק אחר כך מהי. כלומר, אחת המטרות העיקריות של ההליך הוא למצוא פתרון. ההחלטות תמיד נכנסות למערכת הכללים המשפטיים (מערכת הנורמות). הנמקות השופטים פחות מעניינות את הצדדים. החברה רוצה בתקדים יותר מאשר השופט מעוניין ליצור תקדים, משום שהיא רוצה לדעת כיצד להתנהג, מהן הנורמות. לכן, ההחלטות תמיד הופכות לתקדימים – החברה והשופטים מסתכלים על ההחלטות ופועלים לפיהן.
4. אנו למדים כי התפקיד העיקרי של ההליך השיפוטי היא למצוא **פתרון**, בלי קשר לתוכן. את הציבור מעניין תחילה, שתהיה תשובה ורק אחר כך מה מהותה.

תקדימים מעניינים את החברה כולה, אך גם את השופטים שיבואו לאחר מיכן. כששופט צריך לתת פסק-דין, הוא לא רוצה לחשוב שהוא עובד בצורה שרירותית. לכן השופטים מנסים לעגן את החלטותיהם בכל מיני דברים (פסיקות קודמות, למשל), הם רוצים להאמין שהם בדרך מוסרית והגיונית ולהראות באור חיובי. הם חשים כי הם פועלים לפי מסורת שאינה משתנה, מתוך קו חברתי קיים. לכן, ההחלטות הופכות לתקדימים גם בעייני השופטים הבאים המסתמכים עליהן, ולא רק בעייני החברה. העשייה השיפוטית היא תמיד מעין שרשרת.על כן, ניתן לסכם ולומר כי פסקי הדין תמיד הופכים לתקדימים.

* בשיטות המשפט האנגלו-סקסיות התקדימים תמיד מחייבים! בחלק משיטות המשפט האחרות, חלק מהתקדימים רק מנחים. זוהי הבחנה בין **תקדים מנחה לתקדים מחייב**.
* אנו מבחינים בין תקדים אופקי לתקדים אנכי-

**תקדים אופקי**– תקדים של אותה ערכאה. למשל, שופט בית משפט שלום מחויב לתקדימו של שופט אחר בבית המשפט שלום. בעבר היה רק בית משפט אחד, לכן היה רק תקדים אופקי ולא היו ערעורים.

**תקדים אנכי**– החלטות מערכאה גבוה יותר מחיבות ערכאות נמוכות יותר – למשל, החלטות של בית המשפט העליון מחייבות את בית המשפט המחוזי/שלום. זה המצב כיום בישראל, ההחלטות בבית משפט שלום/מחוזי הן אך ורק מנחות.

הבעיה בתקדים דומה לבעיה בחקיקה. נוצרת נורמה קשיחה שלא ניתן לזוז מימנה. לכן, יש חשיבות רבה לפרשנות התקדים. השאלה הראשונה בעת פרשנות התקדים – מהו התקדים בפסק הדין? לכן מתקיימת הבחנה בין הרציו (לב ההחלטה) לאוביטר (אמרת אגב). ההבחנה הזו נזילה מאוד ובעייתית. גם אם מצליחים להבחין ברציו, יש אי-וודאות בנוגע לגבולות הרציו, מתי הוא מתחיל ומסתיים? השופטים חייבים לקדם את ההלכה, למצוא פתרון, משום שאם נשאר בתקדים זה עשוי לגרום לחוסר-צדק, לתקיעה של החברה. ע"י הפשרנות של התקדימים השופטים מזיזים את ההלכה קדימה. כל תקדים "זז קצת" קדימה. אורך חייו של התקדים הממוצע – 12 שנה, לכן השופטים יפנו לתקדימים מהזמן הקרוב. אם כן, מצד אחד אנו נשארים באותו הקו (מסתמכים על התקדים), אך מצד שני מתקדמים קצת. זוהי התפתחות אבולוציונית של ההלכה המשפטית.

ברומא, הממונה על מערכת המשפט הוא הפרייטור. בתחילה הוא היה מעין ראש-עיר, אך בהמשך הפך לממונה על מערכת המשפט. מערכת המשפט ברומא שימרה במידה רבה את העיקרון, לפיו ההליך השיפוטי הוא הליך חברתי. השופטים בפועל היו אנשים פשוטים, הדיוטות, ללא ידע - היודקס. הפרייטור היה ממונה על המערכת, לא היה שופט בפועל.

תפקידיו העקרים של הפרייטור -

1. אחראי על ענייני הפרוצדורה – עניינים רחבים מאוד. מהםהסעדים, איך ההליך מתחיל ומתנהל וכו'. ההליך הפרוצדורלי הוא החשוב ביותר לרומאים, משתי סיבות: ראשית, מבחינה פוליטית - השימוש במערכת המשפט הוא ע"י כוח. שנית, חשוב להם עצם קיומו של המשפט וההליך. האדיקטם של הפרייטור הפך עד מהרה לתקדים מחייב– המטוטלת חוזרת לכוון היציבות. הפרייטור המשיך את האדיקטה של הפרייטור שקדם לו. זה נקרא "האדיקטום התמידי". ההליך השיפוטי – ההליך החל לפני הפרייטור, ששמע את התובע וזימן את הנתבע. לאחר מיכן היה מסכם את הדברים, קובע את נושא הדיון ומעבירו לשופט.
2. סמכות הפרייטור והשופטים במצבי לאקונות–היו מצבים רבים של לאקונות, שפגעו בצדק. לכן, היודקס (השופטים) יכלו להעניק סעד, גם אם אין חוק! השופט מחויב למצוא פתרון ולהעניק סעד. לכן, הפרייטור, מכוח הסמכות שלו, רשאי היה לחייב צד אחד להעניק סעד לצד אחר, משמע להשלים את הלאקונה. אנו כחברה רוצים שהשופטים ישפטו תמיד, משום שזהו המקור היחיד מימנו אנו יכולים לתבוע סעד. שיטת המשפט מוצאת דרך עבור השופטים להכריע גם בהיעדר חוק מפורש.
3. הגמשה של החקיקה באמצעות הכנסה של נורמות גמישות ע"י שיפוט של אנשים זרים ברומא –במהלך השנים, כשרומא הפכה לאימפריה, החולשת על שטחים רבים, התעוררה הבעיה בנוגע לסכסוך בין אזרח רומי לזר, או בין שני זרים? הרומים לא רצו להחיל על הזרים את המשפט הרומי, לכן היה צריך למצוא שיטת משפט שתתאים להם. היה צורך **בעקרונות צדק כללים**, הנכונים בכל מקום (סטנדרטים בסיסיים של התנהגות) – זהו "משפט העמים". היה פרייטור מיוחד לענייני זרים, שעמד בראש אותה מערכת. במהלך השנים, הייתה חדירה הדדית (דיפוזיה) בין שתי המערכות הללו. עם הזמן, עקרונות הצדק הכללים ממשפט העמים חדרו למשפט הרומי. בתי המשפט מכניסים את העקרונות הגדולים למשפט. השופטים, מכוח סמכותם, מכניסים עקרונות של צדק לתוך ההליך השיפוטי ולחקיקה. המחוקק מסורבל מידי, לכן השופטים עושים זאת.

**התפקידים הנ"ל של הפרייטור, מלמדים על תפקידי בית המשפט בכל חברה. בית המשפט צריך להכניס גמישות למערכת, עליו לפתור סכסוכים, במקומות בהם קיימות נורמות קשיחות. השופט, כמו החוק, מדלג בין היציבות (הנוקשות) לגמישות.. מצדאחדהולכיםלשופטשישפוטלפידיןצדקמצדשניאנורוציםיציבות.**

תקדימים אינם נוצרים אך ורק מההחלטות של השופטים בפסקי הדין.

תקדימים הנוצרים ע"י מנהיגים פוליטיים-לעיתים, אנו נוטים לראות במנהיג פוליטי כמישהו שלא משויך לתחום המשפט. אולם, ההנהגה הפוליטית מעורבת לעומק בשאלות משפטיות. ישנם תקדימים שנוצרים ע"י שליטי המדינה. שליטי המדינה מעורבים בחקיקה. הקיסרים הרומים יצרו צורות שונות של משפט – הקיסרים הוציאו אדיקטות, שהפכו לצווים מחייבים. מה בנוגע להוראות של הקיסרים (מנדטה)? האם זוהי נורמה מחייבת? האם החלטות הממשלה מהוות נורמות מחייבות? הרי מדובר בהוראות, לא בחוקים. אותן הוראות מקבלות מאפיינים של תקדימים (חזרה ליציבות), משום שבפעם הבאה שיתנו הוראה שכזו, הקיסר/המנהיג הפוליטי יתייחס להוראה הקודמת שניתנה בנושא, הוא לא רוצה לחשוב שהוא פועל בצורה שרירותית, אלא פועל מתוך מסורת קיימת. למנהיג יהיה קל יותר ל"תרץ" את החלטותיו, משום שהוא מעגן אותם לפי קריטריונים שנקבעו בהחלטות קודמות, בתקדימים.גם הנתינים יכולים לטעון כי ההחלטות סותרות את ההחלטות הקודמות (התקדימים). המנהיגים הפוליטיים שימשו במקרים רבים כשופטים. בעבר, היה ברור כי המלך/הקיסר אחראי על השפיטה. ראש המדינה, מעצם היותו ראש המדינה, הוא השופט העליון, שכן הוא האוטוריטה. אך גם החלטותיו, על אף עליונותו, הפכו לתקדים כלפי הנתינים (הנמענים של התקדימים) וגם כלפיו. בעידן המודרני, המנהיגים הפוליטיים מתערבים באין ספור מקרים שיפוטיים. האוטוריטה הפוליטית הינה גם סוג של אוטוריטה, אותה מחפשים אנשים בכדי ליישב סכסוכים. אנו מעוניינים שהאוטוריטה אליה אנו פונים תסדיר עבורנו את החיים. בנוסף להחלטות, ראשי המדינה מעניקים חוות דעת לגבי המשפט. למשל, בעבר אנשים פנו לקיסר, על מנת שיבאר את החוק. הדרך בה פירש הקיסר את החוק הופך "לדרך המלך", נוהגים לפי פירוש זה. נוצרות נורמות משפטיות מחייבות, שמקורן לא בפסקי דין ובחקיקה, אלא בהחלטות ואמירות של המנהיגים הפוליטיים.גםכאןקייםהמתח – מצדאחדהשופטיכוללהגידמהשהוארוצהאךאנומחפשיםיציבות.

תקדימים הנוצרים ע"י סמכות דתית-מדובר באנשים בעלי אוטוריטה דתית. למשל, **כוהני הדת** ברומא. פנו אליהם משום שהייתה להם אוטוריטה דתית. כוהני הדת ברומא נתנו תשובות, אשר עוברות תהליך של תקדימיזציה (יציבות) – הם עוברות תהליך של הקשחה מבחינת הצורה, מתקיים תהליך של האחדה בין כוהני הדת, התשובות וחוות הדעת שכוהני הדת נאספות והועלו על הכתב. ההחלטות הופכות לתקדימים, מדובר בנורמות המחייבות את כולם. גורמים נוספים הינם ה"**מומחים**", חכמי המשפט. אחד התהליכים המעניינים שקרו ברומא ובמדינות אחרות, הוא שככל שהמדינה מתחילה להשתכלל, לא רק שנוצרת פונקציה של שלטון, אלא הפונקציות המשפטיות מתחילות להיפרד מהשלטון, הוקמו מוסדות משפטיים עצמאיים שבעצמם מתחילים להסתעף. נוצרה קבוצת אנשים שהחלה להתמחות במשפט. העיסוק העיקרי של חברי הקבוצה הוא המשפט. במהלך הזמן, קבוצה זו התפצלה לקבוצות משנה בתוכה. נוצר מקצוע של עריכת הדין – מקצוע זה נוצר מכל מיני אנשים שישבו בכיכר העיר ברומא, ובילו את היום בלבחון משפטים. הם החלו להיות מומחים בפרוצדורה, ופיתחו חוש היכרות פנימי עם המערכת. כאשר אנשים מגיעים להליך השיפוטי, הם מייעצים להם מה לומר וכיצד להתנהג.הרבה פעמים גם עורכי הדין וגם השופטים (היודקס) פונים לחכמי המשפט לקבלת ייעוץ. הם מתערבים, לוקחים כסף, והאדם הופך ללקוח. כך, נוצר, לאט-לאט, מקצוע העו"ד. גם מקצוע זה נחלק לשנים –

1. המעאכרים (היועצים המשפטיים) מלווים את הלקוח, כותבים את כתבי הטענות, מדברים בפני השופט. עוסקים בעניינים זוטרים.
2. עו"ד המגיעים מהאצולה והאנטיליגנציה הרומית. הם האורטורים הגדולים בחברה (נואמים בעלי יכולת רטורית גבוהה וידע רב בתחום המשפט). הם מייצגים לקוחות בנושאים חשובים ולא זוטרים. היו שוכרים אותם על מנת להגן בקייס מסוים או לתבוע. הם חקרו את המשפט וניסו להסבירו ולדלות מעולם המשפט עקרונות כללים. בשלב מסוים, הם חדלו מלעסוק בעריכת דין. בשל הידע הרב שלהם במשפט ומומחיותם, פנו אליהם גם בנוגע לחוות דעת, הצדדים עצמם וגם השופטים. התשובות של **חכמי המשפט** עוברות תהליך של תקדימיזציה, החברה כולה מתייחסת אליהם, לא רק מי שפנה אליהם לשם מתן חוות דעת. ההחלטות שלהם מחייבות את כולם. חוות הדעת הועלו על הכתב והפכו למעין חוקים. ההחלטות מחייבות מעצם הסמכות של חכמי המשפט, זהו עוגן חשוב שיש להתייחס אליו.פונים אליהם כי יש צורך בהכרעה, צריכים מוסד גמיש שייתן תשובה. אך בהמשך ישנו תהליך של הקשחה – פונים לתקדימים המחייבים, שהרי יש לפעול ולהחליט על פיהם.

**המשפט נע בין הצורך לגמישות (לשם הכרעה) והצורך לנוקשות (לשם ודאיות). המטוטלת הזו נכונה לחקיקה ולתקדימים.**

* מהחלוקה הזו התפתחו שני סוגים שונים של גילדות –גילדת עורכי הדין (המעאכרים הפשוטים) והגילדה של אותם נואמים גדולים. החלוקה הזו הייתה מקובלת ברוב מדינות אירופה, אך נעלמה בהדרגה עד למאה ה-20, למעט אנגליה.

ישנם 2 תהליכים שקורים כל הזמן במשפט:

מצד אחד המשפט הינו מערכת נורמטיבית שחייבת וודאות ויציבות ולכן יש כתיבה של פסקי הדין למשל. אך יחד עם זאת ישנו תהליך מנוגד שבא להגמיש את המשפט ולהגיד שהחוק לא מספיק ולכן המשפט כל הזמן רוצה להתגמש. ישנה התקשחות מול גמישות.

דוג' טובה לכך היא **קוד יוסטיניאנוס**Corpus iuriscivilis. יוסטיניאנוס היה קיסר באימפריה הרומית המזרחית ושלט במאה ה-6, כ60 שנה אחרי שהאימפריה המערבית נופלת. אחת ממטרותיו הינה להחזיר את עטרת רומא ליושנה ולכן יוצא למסעות כיבוש גדולים ומבצע איסוף גדול מאד של הספרות היוונית והרומית ובין השאר עושה גם מבצע איסוף של המשפט הרומי ומנסה לחוקק אותן בחוק אחד מקיף – קודקס ולשם כך ממנה קבוצת אנשים שעושים זאת. יוסטיניאנוס מאמין שהוא יצר חוק משוכלל ומקיף שמתבסס על 1000 שנות ציוויליזציה רומית ושלא יצטרכו יותר חוקים אך כבר בימי חייו מתעוררות שאלות על הקודקס ולכן 5 שנים אחרי שיוצא הקודקס הראשון יוצאת מדורה מעודכנת.

**מנהג –**

מנהג - התנהגות מחזורית, שעצם המחזוריות שלה יוצרת הכרה וציפייה שההתנהגות תמשיך ותחזור על עצמה. קיים רכיב התנהגותי – התנהגות שחוזרת על עצמה, מעין מסורת. החזרה יוצרת כוח נורמטיבי, כוח מחייב. החזרה יוצרת ציפייה שההתנהגות תחזור על עצמה. זה מה שיוצר את הכוח של הנורמה.

המנהגים הם הנורמות המשפטיות הקדומות ביותר. לכל אחד ואחד יש נטייה להרגלים קבועים. לעיתים כשהמנהג/המסורת מופרת, הולכים לשופט. לרוב לא קורה, כי הכוח של המנהג כה חזק, שאנשים לא חושבים הפר אותה. מאחר שהמנהג לא כתוב, לא ברור מה הגבולות שלו. קשה לנהל כך חברה מפותחת ומגוונת. זוהי אחת הסיבות להתפתחות החקיקה.

הפיכת המנהג לנורמה מסוג אחר -

המנהג הינה נורמה נזילה (יותר מידי גמישה), לכן יש לה נטייה להפוך לנורמה מסוג אחר, נורמה קשיחה יותר. למשל, להפוך לחקיקה- לוקחים מנהג ומחוקקים אותו. הופכים את המנהג לנורמה כתובה.

דרך אחרת לעגן מנהגים, היא ע"י הפיכתם לתקדימים. זאת אחת הסיבות שבחברות הקדם-מודרניות ההליך השיפוטי הוא הליך חברתי, כל החברה משתתפת. חוזרים על המנהגים באוזניי הקהילה כולה. זהו הליך שיפוטי מאוד מקובל בעבר – לחזור על המנהגים באוזניי הקהילה, מזכירים מהן הנורמות, מה מותר ומה אסור. בפועל, החזרה הופכת את המנהג לתקדים. זוהי החלטה/הוראה של נכבדי הכפר. בימי הבינים באירופה, היו אזורים (מערב גרמניה וצפון צרפת), בהם היה הליך שיפוטי של "הכרזת מנהגים" – פעם בכמה שנים הקהילה הייתה מתכנסת, ובמשך מס' ימים זקני הכפר היו מכריזים על המנהגים. הפיכת המנה לתקדים מוכרת גם ברמה הגבוהה יותר של החברה. ע"י הכרזת המנהגים נולדו הפרלמנטים. ישנה מוסכמה חוקתית (קונבנציות חוקתיות), כלומר מקובל מבחינה חוקתית שככה פועלים.

נוטים לחשוב, שבעולם המודרני אין מנהגים. אך אין זה נכון. נוצרת פרקטיקה. מסביב לכל חוק נוצרת הילה של מנהגים – ככה פועלים, מבלי שאף אחד הכתיב זאת. בפועל, נוצר מנהג (כמו נהיגה על 110 קמ"ש).

עיקר המשפט במרבית חלקי אירופה היה משפט מנהגי. אי לכך, המשפט היה שונה ממקום למקום. כל קהילה פיתחה את המנהגים המשפטיים שלה. נוצרו הרבה מאוד שיטות משפט. יחד עם זאת, היו גורמים שבמהלך השנים הובילו להאחדה במשפט האירופי –

1. החוק הכנסייתי הקתולי (המשפט הקנוני)- הנורמות היו משותפות, היו תחומים שברור היה שהדינים יהיו דינים של הדת הנוצרית.החל מהמאה ה-13, כשהאפיפיור גריגוריסערך קובץ של המשפט הקנוני, הקתולי. המשפט הזה תורם להאחדה של המשפט האירופאי בעיקר במשפט הפרטי. מכיוון שהכנסייה שולטת בכל אזורי אירופה היא יכולה להכפיף את הכמרים והבישופים לרצון שלה והקובץ הזה מגיע לכל מקום והופך לחלק מהמשפט. על המשפט הפלילי והאזרחי הכנסייה פחות הצליחה להשפיע. המשפט הקאנוני הופך את המשפט לאחיד יותר.
2. המשפט הרומי – החל מהמאה ה-11, עם העלייה ברמת החיים באירופה והתפתחות המסחר, אירפה מגלה מחדש את המשפט הרומי. למעט המסחר, מגיע ידע ורעיונות מהעולם המערבי: פילוסופיה, מתמטיקה וידיעות על המשפט הרומי. המשפט הרומי היה מוכר בימה"ב אך בשלב זה מגיעים לאירופה חלקים עיקריים מכתבי המשפט הרומי ובעיקר קוד יוסטיניאנוס והאירופאים נפעמים מכתבים אלה ומהעולם המשפטי המסודר והברור שנגלה לעיניהם. המשפט הרומי ייצג צוויליזצה מפותחת, מבנה ברור, תורת משפט מפותחת, הרבה מאוד נורמותומשפט התומך בחיים מסחריים מפותחים. חוקקו את המשפט הרומי לתוך המשפט בימי הבינים. קם ענף של המשפט הרומי–הגלוסטריםוהקומנטרים. הלומדים באוניברסיטאות באיטליה (בבולוניה) את המשפט הקאנוני והמשפט הרומי. לא למדו את המנהגים המקומיים. המשפטניםהפיצו את המשפט הרומי במדינותיהם ע"פ שיטות אלה,ותרמו להאחדת של המשפט. נוצר גוף אחד, עם שפה משפטית אחת ושיטת אחת לימוד והעברת חומר משפטי.ישנם מקומות בהם משפט זה החליף את המשפט המנהגי וישנם מקומות בהם היה משפט מנהגי לצד המשפט הכתוב.
3. דיני הסוחרים – המשפט המסחרי –הסוחרים עוברים ממקום למקום ודוחפים להאחדה של המשפט, בעיקר בירידי המסחר בהם נפגשים סוחרים ממדינות שונות. נוצרת האחדה של דיני המסחר, שכן עליהם לקיים עסקאות אחד עם השני. הם יצרו מעין עולם משפטי משלעצם, משום שאי אפשר להסתמך על חוקי הבית אלא צריכים למצוא משפט אחיד. דיני מסחר אלה השפיעו מאד על אחידות המשפט.

שלושת הגורמים הנ"ל, המהווים שכבה דקה,תורמים להאחדה של המשפט האירופאי בימי הבינים – החוק המשותף. אולם, מרבית שיטות המשפט בימי הבינים באירופה היו שיטות משפט מנהגי, שהשתנה ממקום למקום. לקראת שלהי ימי הבינים, נוצר גורם חדש, המוביל לדעיכה למשפט המנהגי.העלייה של הרצון למדינה, צמיחת הריבונות המדינית, מדינה השולטת עליותר ויותר שטחי חיים. המשפט חוזר להיות בצורה של יותר חקיקה. חזרה ממשפט מפוזר של מנהגים (גמישות) למשפט כתוב, מרוכז ויציב (נוקשות).

**חקיקה בעת המודרני – חקיקה קודיפיקטיבית**

זוהי חקיקה בצורה של קודקסים שהחלה להופיע באירופה במאה ה-18 והפכה לסימן ההיכר של שיטות המשפט המודרניות. משמעות המילה קודקס בלטינית – אוסף.

קודקס – ספר, אוסף, חוק גדול ורחב המחיל בתוכו הרבה מאוד תחומים, הוא מסדיר תחום רחב במשפט. למשל, תחום המשפט הפלילי. אנו מוציאים קודקסים באירופה החל מסוף המאה ה-18. למה זה החל רק בתקופה זו? ישנם מס' תשובות לשאלה זו (סיבות לחקיקה הקודיפיקטיבית):

1. החיית המסורת המשפטית הרומית -האירופאים האמינו שהם מחיים מחדש תפיסה/מסורת משפטית מאז התקופה הרומית. בהתאם לקוד יוסטניאנוס, וכן קודקסים קודמים אחרים. גם בימי הביניים היו חוקים מקיפים שנקראו קודקסים (למשל השבטים הגרמאניים שכתבו מספר קודקסים). וכמו שמחקים את הארכיטקטורה הרומית, חשבו שמין הראוי להחיות ולשמר את גם המסורות המשפטיות הרומיות. הקודקסים לטענתם, משמרים את המסורת המשפטית הרומית. בכל הקשור לשמירה על מסורת, לקודקסים תפקיד מהותית. הרומים האמינו כי החקיקה הקודיפיקטיבית הינה חלה מהמסורת המשפטית שלהם, גם אם היה ברור שאין זה נכון.
2. עליית המדינה הריכוזית המודרנית – החקיקה היא שיאה של תופעה רחבה יותר שמתרחשת במעבר מימי הבינים (משפט מנהגי) לעת המודרנית –פיזיטיביזציה של המנהגים, המשפט הולך ומועלה על הכתב. החקיקה הולכת ותופסת את מקומה כמקור החשוב ביותר. בימי הבינים המשפט היה ברובו מנהגי ולא כתוב. בעת המודרנית המנהגים הועלו על כתב. עולה גל חדש של חקיקה, הנחוצה לניהול ריכוזי (מעיר הבירה) של המדינה החדשה, לא ניתן להסתמך רק על מנהגים. מאז סוף ימה"ב קורה באירופה תהליך של ריכוז הכוח הפוליטי. מתחילה לצמוח המלוכה האבסולוטית – בתי מלוכה ששולטים על שטחים גיאוגרפיים הולכים וגדלים ומסדירים יותר ויותר תחומי חיים. המדינה מסדירה יותר ויותר תחומי חיים באמצעות החקיקה – המנהגים אינם מספיקים, צריכים נורמה משפטית מתאימה יותר, לכן המנהגים מועלים על הכתב בצורה של חוקים (פוזיטיביזציה). הקודיפיקציה היא שיא הרעיון והתפיסה של המדינה החדשה. **ככל שהארגון הפוליטי הופך לריכוזי גם המשפט המלווה אותו משתנה והופך למשפט בצורת חוקים כאשר השיא הנו הקודקסים.**
3. עליית רעיונות הנאורות – זוהי למעשה הסיבה העיקרית. מתפתחות תפיסות חדשות באירופה – התפיסות הללו שמות את האדם במרכז, עולה הערך של ריבונות הפרט/האדם, **האדם הוא ריבון על חייו**, אנו שולטים ומעצבים את חיינו ואת עתידנו. האדם במרכז. זהו רעיון פילוסופי, אך גם רעיון פוליטי.
4. רעיונות התבונה - מבחינה פילוסופית, התפיסה שמה דגש על האדם כיצור תבוני, בעל רצון חופשי, אנו מעצבים בעצמנו את חיינו כיצורים תבוניים, באמצעות התבונה שלנו אנו יכולים להבין את האדם, לשלוט על העולםולשפר את העולם. זוהי המהפכה העיקרית בעת המודרנית, מכאן נולדה הכלכלית המודרנית ויתר התפיסות המודרניות. התפיסה משפיעה גם על צורת המשפט שלנו. יש ז'אנר ספרותי אחר שצומח באותה עת – האנציקלופדיה. האמונה שבכוח המחשבה שלנו אנו יכולים להקיף את הידע האנושי כולו. אותו דבר קורה במשפט, אנו מאמינים שנוכל **לכתוב חוקים שיקיפו את כל המשפט** (חוק אחד גדול או מס' של חוקים). יתרה מזאת, יוצרי האנציקלופדיה האמינו שהם יכולים גם לקטלג את הידע האנושי – להבדיל בין כימיה לביולוגיה, למשל, ולהראות איך תחום אחד נגזר מתחום אחר ומה היחסים ביניהם, הכללים. האירופאים האמינושאפשר לעשות את אותו הדבר למשפט. ניתן **לחלק את המשפט לקטגוריות תבוניות**– משפט פרטי ומשפט ציבורי (זוהי חלוקה מודרנית!). זוהי תפיסה שהיא ביסודה גם פוליטית – האדם חופשי לעצב את חיוו ועתידו, הוא צריך לבחון באמצעות תבונתו כל דבר. מהרעיון הזה (תבונתו של האדם) נגזרו כל הרעיונות המודרניים שאנו מכירים – הדמוקרטיה, שלטון החוק (החלת החוק בצורה אחידה, וכו. חקיקה קודיפיקטיבית מתאימה לרעיונות אלה, משום שהיא מסודרת, רציונלית וגם משום שהיא מתאימה לרעיונות הפוליטיים החדשים.
5. הרעיונות הפוליטיים של הנאורות – הנאורות היא בראש ובראשונה מודל פוליטי. האדם במרכז ולא שום דבר אחר. ישנו שוויון בין בני אדם כיון שכולם נולדו בני חורין. לכן בתקופת הנאורות נולדים כל הרעיונות הגדולים של המודרנה שאנו מכירים גם היום. הנאורות מתאימה לרעיון שלטון החוק (חקיקה שוויונית החלה על כולם) ומעודדת את השתתפות האדם במרחב הציבורי (תפיסה רפובליקנית). נפוליאון רצה שהקודקס יהיה כתוב בלשון ברורה ופשוטה כדי שיהיה ברור לכל האנשים וידעו מה אומר החוק וישתתפו בחיים הציבוריים ובעולם המשפטי, יוכלו לעסות עסקאות, למשל, ללא עזרת מומחים. הקודקס התאים לרעיונות החדשים שנולדו בעת המודרנית – גם לעליית המדינה החדשה הריכוזית וגם הרעיונות הפוליטיים. יש פה מפגש אינטרסים.

התוצאה – המנהיגים הרואים עצמם כמהפכנים ממהרים לחוקק קודקסים, משום שזה מכשיר שלטוני יעיל ונתפס בעיינם דבר רציונלי המתאים לתפיסה הרווחת. כמו כן, המדינות המודרניות ממהרות לחוקק קודקסים גם כן, הקודקס האזרחי הצרפתי, למשל. ישנן 5 קודקסים – הקודקס האזרחי, קודקס לפרוצדורה אזרחית, קודקס מסחרי, קוד פלילי והקוד לפרוצדורה פלילית. רוב המדינות המודרניות מאמצות את כולן, אך הקודקס המרכזי הוא הקודקס האזרחי, המאומץ על ידי כל מדינה מודרנית חדשה. גם החוקה נולדת מאותה סיבה שנולד הקודקס האזרחי. גם החוקה הינה תוצאה של הפוזיטיביזם. החוקה והקודקסים הינם סממנים למדינה מודרנית. כל מדינה חדשה מאמצת אותם על מנת לאותת כי היא מדינה מודרנית ועצמאית עם משפט מתקדם משלה. הקודקס האזרחי הוא סמל מובהק של לאומיות. דוגמאות – קוויבק בקנדה, קטלוניה בספרד. בעת נפילת ברית המועצות, כל המדינות החדשות מחוקקות קודקסים. גם כשמדינת ישראל מוקמת, ברור לכל כי יש צורך בקודקס אזרחי (הדבר לא היה אפשרי באותה עת, אז הוחלט שתחילה יהיו חוקים בודדים שיאספו בעתיד לקודקס).

במהלך השנים שלושה קודקסים אזרחיים הפכו לקודקסים סמליים. המדינות הפכו את הקודקס למעין מותג, אותו ניצלו לדברים אחרים. הקודקס הצרפתי – קוד נפוליאון מ-1804, הקודקס הגרמני מ-1900(BGB), והקודקס השוויצרי מ-1907 ((ZGB. הקודקס הצרפתי והגרמני מייצגים ומבטאיםאדיאולוגיות, תפיסות עולם דמוקרטיות יותר, במובן כזה שהיה ניסיון שהקודקס יהיה יותר קומפקטי (לא צלח לחלוטין).

**הקודקס הצרפתי-**נכנס לתוקף בשנת 1804 בתק' שלטונו של נפוליון. הקודקס מנסה להיות יותר פשוט, בשפה המובנת לכל אדם. המטרה הייתה מטרה רפובליקנית. הרעיון - האדם הוא חיה חברתית, אנו חייבים לחיות בחברה, לכן אנו חייבים לפתח את עצמנו וגם את הספירה הציבורית החברתית בה אנו חיים. מכאן התפתחה התפיסה שתורתה היאשהמדינה צריכה להסתכל לא רק על האדם אלא גם על המרחב הציבורי, האדם צריך לקחת חלק במרחב הציבורי- להשתתף בחיים החברתיים והפולטים. הקודקס הצרפתי נכתב מנק' מבט יותר רפובליקנית, לעודד את האזרחים להשתתף במשפט.

הקוד הצרפתי מייצג את העולם המודרני ואת רעיונותיו הפוליטיים שלאחר המהפכה. חשיבות נוספת בקוד הצרפתי הינה השתקפות הרעיון הדמוקרטי בו. נפוליאון דאג בעצמו לקיצור הקודקס במידת האפשר וכן לפשטותו הלשונית. הדבר הביא להתרחבות השפעתו של הקוד הצרפתי למדינות אירופאיות רבות, לאזורים נרחבים באמריקה הלטינית ואף ברחבי העולם העותומני.

**הקודקס הגרמני, ה-BGB-**נחקק כ-100 שנה אחרי הצרפתי ב-1900. גם הוא נחשב למודל אך מסיבה שונה מהצרפתי. הקודקס מייצג תפיסה אחרת. הוא פחות שם דגש על ההשתתפות של האדם, על הלשון הברורה, הוא שם דגש על המבנה הרציונלי של הקודקס, המבנה הכמעט מדעי. הקודקס הגרמני נכתב בתקופה (הרבע האחרון של המאה ה-19) שהייתה מאוד שמרנית, תקופה של שגשוג כלכלי ואמונה מאוד גדולה במדע ובתבונה (מהפכות גדולות ברפואה – לואי פסטר, למשל). זוהי תקופה של שינויים גדולים ושגשוג כלכלי. יש אמונה רבה במדע, לכן רוצים להסתכל בצורה מדעית גם על מדעי החברה. הכלכלה נתפסת כמדע, הפסיכולוגיה והסוציולוגיה נולדות. מתחילות להתפתח תפיסות מדעיות של המשפט. רצון לפתח את המשפט ולבנות מערכת משפטית שתיתן לכל שאלה תשובה נכונה, חוקים משוכללים, יצירת מערכת פסיקה משוכללת ומדעית. הקודקס הגרמני הוא תוצר של התפיסה הזו. לפי התפיסה ניתן לבנות את החוק בצורה מאוד רציונלית, עם דגש על הניקיון המחשבתי. את גרמניה, הקיסרית באותה עת, לא עניין האלמנט הרפובליקני (השתתפות האנשים בעולם המשפט), עניין אותם בעיקר הסדר והניקיון המחשבתי. הקודקס הגרמני נשאר בתוקף עד היום, כולל בתקופה הנאצית.

הסיבות להתבססותו של הקוד הגרמני על תבונת האדם ולא על הדמוקרטיה:

1. גרמניה לא הייתה שותפה למהפכה (הדמוקרטיה אינה קיימת בגרמניה עד לאחר מלחמת העולם הראשונה).
2. הקוד אינו מתבסס על הלהט המהפכני, אלא על האסכולות ההיסטוריות.
3. הקוד הגרמני מושפע רבות מן המדע, מתוך כתיבתו בעת שהייתה רוויה מן האמונה במדע (חשמל, תקשורת, חיסונים).

מעמד הקודקס ופרשנותו - הקודקס הוא חזות הכול?

עריכת הקודקס יוצרת שלושה שינויים:

א. הפשטת העקרונות הכלולים במשפט.

ב. ארגון המשפט והאחדתו, יצירת סדר ומניעת סתירות.

ג. רפורמה במשפט המהותי עצמו, כחלק מיצירת הקודקס.

העובדה שהקודקסים נולדות מרעיונות הנאורות והסדר מביאה הרבה אנשים לטעון שהקודקסים ניסו להיות חוק מוחלט שמיתר את הצורך בפסיקה. כיוון שהקודקסים משקפים את רעיונות הנאורות והדמוקרטיה, היו קבוצות שראו בקודקס חקיקה שלמה, הבאה להחליף את המשפט הקודם.**זוהי טענה מוטעית.**האמונה שהקודקס יחליף את הכול, ולא נצטרך יותר שופטים איננה נכונה. המחשבה המופרכת הזו נתפסת גם כיום ע"י מספר אנשים, אך היא איננה יכולה.

כל המחוקקים מעוניינים ליצור חוק אולטימטיבי שיקיף את כל הנושאים, אין מחוקק שאין לו את התקווה הזו. יש אנשים ותקופות שאמונה זו היא יותר חזקה. יש אנשים מגלומנים שסבורים שהם יכולים לעשות זאת. **יוסטניאנוס**, למשל האמין כי יוכל ליצור חוק משוכלל, מודרני. הוא האמין כי אם יתבסס על המשפט הרומי הקדום והמשפטנים הרומים, הוא יוכל לעשות זאת. גם **נפוליאון** חשב שמפעלו יהיה רלוונטי לתמיד. ישנם תקופות בהם הייתה אמונה גדולה מאוד בתבונה האנושית והמדע. אמונה ביכולות האנושיות וביכולתו של האדם לרתום את רזי העולם לתועלת האנושות. **קבוצות קיצוניות אלו האמינו כי ניתן ליצור עולם משוכלל, בו תפקידו של השופט מוגבל.** אולם, למרות האנשים והתקופות הללו, רוב בני האדם ובעיקר רוב המשפטנים לא מאמינים ברעיונות אלו. **הרוב המכריע של מנסחי הקודקסים באירופה לא חשבו שהם יוצרים קודקסים שלא יצריכו פרשנות משפטית, ויהיו תקפים לעד**.אף אחד לא מאמין שהקודקס הוא חזות הכול, הוא לא יצריך שינוי חקיקתי כלשהו או תיקון לאקונה.

**הקודקס הצרפתי** קובע כי אין תקדים מחייב, יש להתייחס למקרה הספציפי. סעיף אחד בקודקס האזרחי הצרפתי, קובע כי השופט צריך להכריע במשפט, גם אם אין מידע בקודקס. ברור להם כי השופט עשוי ליצור תקדים בהחלטתו. אותו דבר **בגרמניה**, הגרמנים, למרות הניסיון לדיוק וניקיון מחשבתי, שתלו סעיפי שסתום בחלקים שונים של הקודקס – שתלו בכוונה את הסעיפים כדי לתת מרווח פרשנות לשופטים. בדומה, נקבע במפורש **בקודקס האזרחי האוסטרי** (1811), **בקודקס האיטלקי** (סעיף 12) וכן **בקודקס הספרדי**, כי אם אין השופט מוצא תשובה בקודקס למקרה הבא לפניו, אף באמצעות היקש מדין אחר בקודקס - עליו לפנות לעקרונות השיטה ולשיקול דעתו.

כלומר, **האירופאים מאמינים ברעיון שהאדם הוא יצור תבוני, וניתן ליצר חוק כמה שיותר מסודר, אך הם יודע שמהשפט והתרבות אינם מוחלטים, יש צורך בפרשנות**. לכן, השופטים חייבים לפסוק בכל מקרה, גם אם אין פתרון בקודקס. לכן הם גם מתקנים את הקודקסים מפעם לפעם. אי לכך, הטענה כי באירופה אין פרשנות ויצירתיות שיפוטית, איננה נכונה.

**מערכות בתי המשפט –**

לכאורה, נדמה כי בתי המשפט זהים בכל מדינה, אך הדבר אינו נכון. בתי המשפט נראים בצורה מעט שונה במדינות שונות.

ההבדל העיקרי בין מערכות המשפט במדינות הרומנו-גרמניות למערכת המשפט במסורת האנגול-סקסית (ובישראל), הוא שבאחרונה מדובר **במערכת יחידנית**. כלומר, זוהי מערכת אחת הדנה בכל הנושאים. אותו בית משפט דן בעניינים פליליים, אזרחיים ועוד. בארץ, למשל, יש שלושה חריגים – מערכת בתי דין צבאיים (חריג בכל מדינות העולם), מערכת בתי הדין הדתיים ומערכת בתי הדין לעבודה (חריג שנכנס ב-1969, בתק' בה המשפט הישראלי התקרב למודל הקונטיננטלי – תהליך של אירופיזציה). במדינות הרומני-גרמניות ישנן מס' מערכות בתי משפט העוסקות בתחומים שונים, מדובר בפירמידות שונות לחלוטין. אלו הם בתי משפט שונים לגמרי – למשל, מערכת בתי המשפט לעניינים פליליים ואזרחיים הינו נפרדת לחלוטין מבתי המשפט לעניינים מנהליים –אלו הן פירמידות נפרדות, מס' ערכאות שונה, בית משפט עליון שונה. ישנן מס' סיבות למבנה זה:

1. סיבה רעיונית – נובעת מתפיסת רעיון המדינה- בכל התרבות המערבית יש תרבות פוליטית אחת. אולם בתוך התרבות התפתחו 2 מסורות שונות לגבי ההתייחסות למשפט ולמדינה: המסורת האירופית והמסורת האנגלוסקסית. מדינה זו מיוסדת על 2 רעיונות:
   1. רעיון הריבונות– המדינה היא החזקה ביותר.
   2. רעיון האוניברסליות– המדינה שייכת לכלל האוכלוסייה ולא למלך. המדינה מגנה על האינטרס הכללי ומבטאת אותו. ולכן לא יכול להיות שסכסוך בין 2 אנשים פרטיים יהיה דומה לסכסוך של אדם מול המדינה.

בעולם המערבי התפתחו שתי תפיסות שונות של מדינה:

1. **בעולם האנגלו-סקסי** התפתחה תפיסה שחושדת במדינה, עוד בשלהי ימי הביניים. מאז המאה ה-11 מלכי אנגליה הוא זרים שהגיעו מחוץ לאנגליה. היותם זרים גרמה לפקפוק בהם, יש לכבד את המדינה אך לחשוד בה. אומנם אי אפשר בלי מוסדות ממלכתיים, אבל צריך גם להיזהר מהמדינה. למלך ובהמשך גם למדינה הממלכתית יש נטייה להשתמש בכוח הרב שלה לרעה. מצד אחד, אנו חייבים מדינה, אך מצד שני צריך להישמר מימנה. המשפט נתפס גם כן כיצור דו-מהותי. מצד אחד, זהו משפט המדינה (מכשיר של המדינה), אך מצד שני בתי המשפט נתפסו באנגליה (ויותר מאוחר גם בארה"ב) גם כמכשיר לא של המדינה אלא של החברה, מכשיר שאחד מתפקידיו החשובים הוא להגן על הפרט מפני כוחה הרב של המדינה, לכן אין צורך בשתי מערכות משפט כיוון שהכל מגן על הפרט מפני המדינה.

**באירופה** התפתחה תפיסה אחרת, שאינה חושדת במדינה, להיפך. באירופה, כאשר צומחת המדינה המודרנית של המלוכה, המלך כורת ברית עם המעמד הבינוני כנגד האצולה. המעמד הבינוני נכנס לבירוקרטיה, משתלב במנגנון המלכותי. לכן, הוא פחות חושד במוסד המדינה. במהפכות באירופה, האזרחים לא חושדים במדינה, אלא טוענים כי המלך "לקח" להם, מהמדינה. באירופה, אין את החשד במדינה כמוסד. באירופה אין חשד במדינה, כי מעמד הביניים רואה במדינה כשלו. המשפט באירופה נתפס כזרוע העיקרית של המדינה ולא כמכשיר שלה. המדינה חשובה משום שהיא שומרת על שלום הציבור ועל הביטחון, אך היא גם שומרת על השוויון ועל זכויות האדם. המדינה עלולה להיות מסוכנת, אבל כרעיון היא דבר טוב. המשפט איננו מגן על האזרח מפני המדינה, אלא הוא זרוע של המדינה, שפועלת דרכו. השפה שהמדינה מדברת היא משפטית.

לפי תפישת המדינה האירופאית, המשפט המנהלי הינו משפט של האדם כנגד רשויות המדינה, ולכן לא דומה למשפט רגיל, זאת מאחר שמבחינה פילוסופית ומהותית המדינה (או אף נציגיה) מייצגת את הציבור – את האינטרס הכללי.

**האירופאים** טוענים שכאשר עותרים נגד המדינה בשאלה מנהלתית או חוקתית זה שונה מאשר עתירה כנגד אדם אחד, כי מדובר בעתירה נגד הציבור. מחשבתית, מדובר בעולם אחר, לכן זה לא יכול להיות באותו בית משפט. האדם דורש משהו מהמדינה, מהציבור כולו, לכן אין זה יכול להיות בבית משפט רגיל. עתירה נגד המדינה צריכה להיות במוסד אחר לגמרי. הגשת עתירה נגד המדינה שונה מבחינה מהותית ומעשית מהגשת עתירה כנגד אדם פרטי.

**האנגלים** טוענים כי בתי המשפט ממלא רגילים להגן על הציבור, לכן זה נכון שבתי המשפט יעסקו גם בעניינים מנהליים וחוקתיים. מבחינה מהותית, אין זה שונה להגיש עתירה נגד המדינה או כנגד אדם פרטי. לדעת האנגלים, ממלא כבר מימי הביניים בתי המשפט הרגילים מגנים על זכויות האזרח, לכן אין צורך בבית משפט מיוחד לצורך זה. לתפיסה התרבותית ההיסטוריה הזו יש כוח רב במדינות האנגלו-סקסיות.

1. סיבה פרקטית-תוצאתית–מלבד ההבדל הרעיוני, ההליך מתקיים אחרת כאשר המדובר בתיק מנהלי וגם התוצאה אחרת. כאשר יש תיק אזרחי התוצאה נוגעת לשני הצדדים. לעומת זאת במשפט המנהלי יש דמיון לחקיקה. תוצאותיו חלות באופן אוטומטי על כלל האוכלוסייה. למשל פ"ד שתוצאתו גביית מס,ההחלטה חלה על כלל האזרחים. מעצם טבעו של ההליך, ישנו נפקות כללית, כיון שהמדינה מייצגת את הכלל והשיקולים הבאים בחשבון בפסיקה כזאת שונים לחלוטין. האירופאים טוענים שבית משפט לעניינים מנהליים לא יכול להיות דומה לבית משפט רגיל, כי התוצאה שלו חלה על כל הציבור. עניינים מנהליים חלים מיידית על כל הציבור. המשפט המנהלי-הציבור הוא מין "חיה אחרת".

אפילו הארכיטקטורה הפנימית של בתי המשפט שונה בין המדינות הרומנו-גרמניות לאנגלו-סקסיות. האולם נראה אחרת. באירופה המדינה יושבת כשהיא מורמת, היא לא באותה דרגה כמו העותר, כי מהותית המדינה נתפסת כמייצגת את הציבור. לעומת זאת, בישראל למשל אין הבדל בין העותר למדינה, שניהם יושבים למטה.

**במשפט הגרמני ישנם 5 מערכות שונות**: אזרחי, מנהלי, יחסי עובדה, סוציאלית ומערכת לתקצוב ציבורי. ישנם מקרי ביניים למשל רכב של משרד הבריאות שעשה תאונת דרכים. לאן ניקח זאת? לבית משפט מנהלי או לאזרחי? ישנם שיטות שונות להחליט, אחת אומרת להגיש למה שרוצים וביהמ"ש יחליט אם יש או אין סמכות. שיטה אחרת אומרת כי יש להגיש לערכאה מגשרת המחליטה לאיזה בימ"ש יש להגיש את הבקשה.

בתי המשפט לחוקה -

באירופה ישנם גם בתי משפט נפרדים לעניינים חוקתיים. **בתי המשפט לחוקה** הראשונים הוקמו לאחר מלחמת העולם הראשונה, ההוגה הוא המשפטן הנס קלזן. כיום, כמעט לכל מדינות אירופה יש בתי משפט לחוקה. ישנם שני מודלים:

1. תקיפה מראש – מביאים לביהמ"ש לחוקה חוקים עוד כאשר הם בתהליך החקיקה שלהם. זהו מודל שקיים בצרפת ובמדינות סקנדינביה.
2. תקיפה בדיעבד –ביהמ"ש תוקף נורמות, לאחר שהן כבר בתוקף. זה המודל שקיים ברוב מדינות אירופה. המודל עצמו נחלק ל-2 סוגים: תקיפה ישירה ועקיפה. תקיפה ישירה –מתקיימת פנייה לביהמ"ש באופן ישיר ע"י עתירה, בה נטען כי ההחלטה/החוק אינם חוקתיים. תקיפה עקיפה –יש תיק אחר, שבמסגרתו עולה שאלה חוקתית. אם וכאשר עולה השאלה, מפסיקים את ההליךומעבירים אותו לדיון בביהמ"ש לחוקה, לאחר מיכן התיק היה חוזר לביהמ"ש הרגיל בכדי לדון בעניין הפלילי (המודל קיים באיטליה).

המנויים בביהמ"ש לחוקה נעשים ע"י הרשויות הפוליטיות.

מערכת בתי המשפט האזרחי-פלילית-

המערכת מורכבת לרוב מ-3 ערכאות: הערכאה הראשונה היא ערכאת דיון, זוהי ערכאה בה כל התיקים מתחילים. מעל לערכאת הדיון קיימת ערכאת ערעור, המאפשרת לכל אדם ערעור אחד בזכות. בראש, נמצא ביהמ"ש העליון. לביהמ"ש העליון באירופה ישנם שני דגמים של פעולה, תלוי במדינה:

1. דגם רגיל בית משפט לערעורים, אפליציה - אופייני במדינות צפון אירופה. יש צורך להגיש בקשת רשות ערעור. ביהמ"ש העליון בוחר כמה מאות/אלפים ודן בהם.
2. הדגם של בית משפט לקסציה– דגם החל בביהמ"ש העליון הצרפתי. זו צורה אחרת של ביהמ"ש. בלקסציה מדובר בסוג אחר של פיקוח, לא מדובר בהליך ערעור רגיל. ביהמ"ש לא דן מחדש בתיק ולא נותן החלטה מחודשת. הוא קורא את ההחלטה הקודמת, שומע את הטיעונים וקובע אם לאשר את ההחלטה או לא. אי לכך, פסקי הדין בלקסציה קצרים מאוד. אין שמות, אין נימוקים. ביהמ"ש יכול להחליט כי הוא שובר את ההחלטה. במקרה זה, התיק יורד בחזרה לביהמ"ש מימנו הגיע. ביהמ"ש ממנו הגיע התיק דן מחדש בתיק באותו הרכב. ביהמ"ש אינו מחויב ללכת בעקבות החלטתו של ביהמ"ש העליון. אם ביהמ"ש לקסציה מחליט בפעם השנייה לשבור את ההחלטה, לא ניתן לערער שוב. בצרפת, ניתן "לחזור" על הערעור פעמיים. זהו סוג נוסף של פיקוח. מדובר בהליך מהיר. פורמלית, ניתן להגיש עתירה לקסציה מכל בית משפט. ביהמ"ש לקסציה מורכב מעשרות שופטים, שיושבים בהרכבים לפי תחומים (בד"כ 7 שופטים).

ביהמ"ש העליונים בכל העולם, הם בתי משפט מפקחים, הם מעל לכל מערכת המשפט, הם מפקחים על עבודתם. ברוב מדינות העולם, הפיקוח נעשה באמצעות כך שביהמ"ש בוחר "בפינצטה" מס' פסקי דין ודן הם. הליכי ערעור בכל העולם מוגבלים לשאלות משפטיות. לא פותחים את הדיון בשאלות עובדתיות, אלא רק לשאלה משפטית.

דמות השופט -

פסקי הדין במדינות אירופה הם **אנונימיים**, מלבד פסקי הדין בביהמ"ש לחוקה. פסק הדין ניתן ע"י ביהמ"ש, גם אם ברוב המקרים ישנו הרכב של מס' שופטים, לא ניתן לדעת כיצד התקבלה ההחלטה (באיזה רוב). ההחלטה בד"כ **קצרה** (במיוחד בלקסציה). האנונימיות נובעת מתפיסת המדינה השונה. לדעת האירופאים, האדם מגיע לביהמ"ש על מנת לקבל פתרון לבעיה שלו, שמות השופטים לא אומרים לעניין אותו. השופטים אינם נתפסים כפקידים. מדובר בתפיסה פוליטית, לפיה ביהמ"ש הוא רשות ממלכתית, הוא מייצג את הממלכתיות, את המדינה והציבור, אין זה משנה מיהו השופט שבמקרה יושב בהליך, קל וחמור כאשר השופט איננו נבחר ציבור. לכן פסקי הדין אנונימיים (מלבד פסקי הדין בביהמ"ש לחוקה).

בעולם האנגלו-סקסי, המצב הפוך. הציבור מכיר את השופטים. החלטותיהם בפסקי הדין אינן אנונימיות.

**עולם הדיונים –**

סדרי הדיון האזרחי –

כשאנו מסתכלים על הדיון בביהמ"ש, מתבהרת תפיסת המדינה השונה בין העולם האנגלו-סקסי לעולם האירופי. אנו נראה שבעולם האירופי המדינה יותר מתערבת גם בהליך האזרחי. זאת משום שהאירופאים לא רואים במדינה דבר רע, אלא להיפך, המדינה היא הגורם המבטיח את היציבות החברתית, הצדק, השוויון וכו'. על כן, זה בסדר ומקובל שהמדינה תתערב. השופט עצמו יותר מעורב. הליך אזרחי בכל העולם הוא אדם א' נ' אדם ב', ביהמ"ש מכוון את התנועה. באירופה השופט יותר מעורב, כל מסמך עובר דרכו (קובע אם לאשר אותו), הוא ממנה עדים מומחים מטעמו (בניגוד לעולם האנגלו-סקסי, בו כל צד מביא מומחה משלו). מעבר לכך,כל ההליך השיפוטי הוא אחר באירופה. אנו נוהגים להבדיל בין שתי צורות דיון:

1. בעולם האנגלו-סקסי צורת הדיון (בעניינים אזרחיים ופליליים) היא אדברסרית – שני הצדדים מנהלים ביניהם את הסכסוך לבד, הם חוקרים את העדים, למשל. השופט משמש כ"שוטר תנועה", הוא רשאי לשאול רק שאלת הבהרה. החקירה המשולשת- קיימת חקירה ראשית, חקירה נגדית וחקירה חוזרת. הסיבה לתפיסה זו היא תפיסת המדינה האנגלית. כל מה שהצדדים רוצים מהמדינה הוא פורום לניהול הסכסוך, אין רצון שהשופט יהיה יותר ממכוון, הצדדים יכולים לנהל את הסכסוך בעצם. בשיטה זו, בה היריבים שווים, ההנחה הבסיסית היא שכל אדם חף מפשע עד אשר הוכחה אשמתו. שני הצדדים במשפט האזרחי, והמדינה והנאשם במשפט הפלילי, מציגים את טענותיהם ע"פ כללי סדרי דין מפורטים ונוקשים, שמטרתן היא להבטיח שוויון הזדמנויות לשני הצדדים. המקור ההיסטורי של השיטה נעוץ במאבק על זכויות הפרט בהליך המשפטי במשפט המקובל.
2. בעולם הרומנו-גארמני,השיטה היא השיטה האנקוויזטורית– זוהי השיטה החקירתית. החקירה ה מתנהלת ע"י השופט, הוא בוחן את הראיות וחוקר את העדים. השופט מייצג את הציבור ואת האינטרס הציבורי, לכן אין כל בעיה כי יהיה מעורב. בשיטה האנקוויזטורית ההליך השיפוטי מהיר, זול, ולרוב אינו נגמר בפשרה. לטענת הרומנו-גארמנים, ההליך האזרחי שלהם טוב יותר, משום שהרבה פחות תיקים נגמרים בפשרה. בעולם האנגלו-סקסי, מנגד, רוב המקרים נגמרים בפשרה, מהסיבה שההלכים יקרים וארוכים יותר משמעותית.

מדוע יש הבדל בין השיטות הנ"ל?

1. סיבה היסטורית – השיטה החקירתית הייתה מקובל בקרב בתי המשפט של הכנסייה הקתולית. הכמרים התערבו, הם אלה ששאלו את השאלות, שיטה זו השפיעה על המסורת הרומאנוגרמאנית.
2. סיבה רעיונית – קשורה לתפיסת המדינה, ליחס השונה שיש למדינה כרעיון וכמוסד בין אירופה לבין העולם האנגלוסקסי.בעולם האנגלוסקסי התפיסה הנה כיבוד המדינה אך גם חשש ממנה. חייבים מדינה אשר משליטה סדר, שלום, בטחון ויציבות, אך צריך להיזהר ממנה. לא רוצים כי המדינה תתערב יתר על המידה בחיים ואולם בית המשפט מייצג בזעיר אנפין גישה זו. המדינה נותנת לנו את האולם, המקום, לקיום הדיון בדרכי שלום אבל את הסכסוך עצמו לא המדינה מנהלת, המדינה מעניקה רק את המסגרת. את ההליך עצמו ינהלו היריבים עצמם. התפיסה האירופאית, מנגד, רואה את המדינה כדבר טוב בבסיסה (מהסיבות לעיל, בשיעור הקודם) ולכן אין בעיה שהשופטים יתערבו לעומק, יחקרו ויגיעו לאמת. יתר על כן, זה בכלל לא משנה שהשופט מתערב וחוקר כיון שהשופט מייצג את המדינה והמדינה היא הכלל.

בשיטה חקירתית ישנה התערבות גדולה יותר של השופטים, וזה מתבטא בשלשה אופנים עיקריים:

1. התערבות בהליך עצמו –
   1. באירופה מאד מקובל הליך של 'קדם משפט' - הצדדים לדיון באים בתחילה אל השופט, על מנת לברר באופן ראשוני את המחלוקת. בין המדינות האירופאיות ישנו הבדל באופן ההליך. במידה מסוימת, קיים הליך זה בחלק מן המדינות האנגלוסקסיות, אולם יש לציין כי הדבר אינו בולט במיוחד במשפט האזרחי. שני הצדדים באים עם הסכסוך לשופט שעושה סדר. השופט קובע את גדר המחלוקת ומברר כמה שיותר פרטים. כאשר המשפט מתקדם, התיק בשל והמחלוקת כבר ברורה, ברור איזה ראיות יש, איזה מסמכים וכו'. שיטה זו יותר צודקת, כי השופט שנותן את ההחלטה ראה רק את המסמכים ה'יבשים' ולא אנשים. שיטה זו נובעת מהמסורת – זו הייתה שיטת העבודה בבתי המשפט הכנסייתיים. גם בעולם האנגלוסקסי השלב הראשון הנו סידור העניינים אך זה אינו שלב מובנה.
   2. השופט מתערב בכל פרט בהליך השיפוטי- גם בתוך אולם המשפט וגם מחוצה לו. כמו כן העדים המומחים ממונים ע"י המדינה, השופט מחליט מי העד המומחה. בשל האמור לעיל כל ההליך הרבה יותר מהיר, זול ויעיל ולעומת זאת בעולם האנגלוסקסי ההליך יקר (למשל הוצ' על עדים מומחים) ולכם הרבה תיקים נגמרים בפשרה בניגוד לעולם האירופאי בו ברוב המקרים מגיעים להכרעה.
2. בעולם הרומאנוגרמאני אין מושבעים בהליך האזרחי – מדוע?
   1. יעילות הדיון– במשפט האזרחי עניין זכויות האדם פחות בא לידי ביטוי, משום שמדובר בכסף ולא כליאה וכו'. ברוב העולם המודרני אין כיום מושבעים, משום שהם המושבעים מסרבלים את הדיון והופכים אותו במידה רבה להצגה.
   2. תפיסת המדינה – בעולם האנגלוסקסי הצדדים מנהלים את הדיון והחברה היא הקובעת ולא השופט. המשפט הוא מכשיר של **החברה** שמגן על הפרט ולכן החברה היא גם זו ששופטת. ואילו התפיסה באירופה הפוכה, אין בעיה עם זה שהמדינה שופטת את האדם שהרי השופט הוא המייצג את החברה-הכלל, מעצם טבעה המדינה מייצגת את החברה ולכן אין מושבעים כלל אולם, במשפט האירופי יש *שופטים הדיוטות*– שופטים לא משפטנים שיושבים בתיקים כאשר מדובר בתיקים פליליים חמורים (מאסר של 5 שנים ומעלה) ובכל מיני בתי דין מיוחדים, למשל בבתי הדין לעבודה רוצים לקחת אנשים מומחים בתחום. זה נעשה מטעמי 'שכל ישר' ושופטים אלה לא מושבעים אלא שופטים אינקוויזיטורים.
3. התערבות רחבה יותר של פרקליטות המדינה בהליכים אזרחיים- באירופה מאד מקובל שבכל תיק אזרחי או בנושאים מסוימים צריך לתת העתק מכתב התובענה לפרקליטות המדינה והיא מחליטה האם המדינה רוצה להתערב כצד בתיק. אמנם זה סכסוך אזרחי אבל הרבה פעמים ישנה השפעה על כלל הציבור גם בתיקים אזרחיים. תפעה זו מוכרת גם בעולם האנגלוסקסי אך באירופה זה עניין שבשגרה.

סדרי הדין הפליליים -ישנן שתי תפיסות עיקריות:

1. השמת דגש על דיני העונשים המהותיים – הכללים המשפטיים.
2. השמת דגש על הפרוצדורה הפלילית.

**העולם האנגלוסקסי שם את הדגש על הפרוצדורה הפלילית**, מה שמגן על הנאשם זו הפרוצדורה ולא הרעיונות הגדולים. לעומת זאת **האירופאים אומרים כי הפרוצדורה חשובה ומגנה על זכויות הנאשם אך העקרונות הבסיסיים חשובים יותר** ולכן דיני העונשין האירופאים הרבה יותר מתוחכמים ויורדים לפרטים.

בניגוד, לסדרי הדין האזרחי המתנהלים רובם ככולם בביהמ"ש עצמו, סדרי הדין האזרחים מתנהלים עוד לפני ההגעה לביהמ"ש. בכל הקשור להליכים הלא-שיפוטיים (לפני ואחרי המשפט), באירופה קיימות כל ההגנות,כל זכויות הנאשם/מעוקב/נחקר נשמרות במסגרת ההליכים הפליליים, בצורה דבקנית. קיימת החמרה עם הפרקליטות, אין עסקאות טיעון, הדבר נובע מתפיסת המדינה, המדינה לא יכולה "לסגור דיל" עם הנאשם. המדינה תעמיד את הנאשם לדין, אם היא לא יכולה להוכיח את אשמתו, הוא ישוחרר. כמו כן, לא קיים בכלל שיקול אם להעמיד לדין או לא (בניגוד לעולם האנגלו-סקסי, בו ישנם שיקולים נוספים).

במקביל להקפדה הגדולה של האירופאים על זכויות האדם והשמירה עליהם לאורך כל ההליך הפלילי, ההליך עצמו בביהמ"ש הוא יותר גמיש. הפרקליטות היא המאשימה, והשופט הוא זה שחוקר את הכול, הוא איננו מעורב לטובת אחד הצדדים. בעולם האנגלו-סקסי ההליך הינו פחות גמיש.

גם **דיני הראיות**שונים בין שתי תפיסות העולם. בעולם האנגלו-סקסי אנו מדברים על קבילות הראיות – יש ראיות שהם קבילות ויש ראיות שאינן קבילות. למשל – עדות מפי השמועה איננה קבילה. באירופה, הקבליות הינה אך ורק כאשר הדבר (הראיה או העדות) פגע בזכויות אדם. מעבר לזה, הכול קביל. מה שחשוב איננו הקבילות אלא המשקל, השופט יעניק משקל אחר לכל עדות וראיה, ויקבע לפי זאת.

בניגוד לתפיסה המקובלת בעולם האנגלו-סקסי, אין פגיעה בזכויות האדם באירופה. כל זכויות האדם נשמרות בקפדנות. השיטה האנקוויזטורית, שבגינה ההליך יותר זריז בשל התערבות השופט, איננה גורמת לפגיעה בזכויות אדם.

בעולם האנגלו-סקסי שואלים בתחילת הדיון את הנאשם אם הוא מודה באשמה, אם הוא מודה באשמה, נסגר הדיון ועוברים לדון בסנקציות. באירופה, המדינה מחויבת להביא ראיות שיתמכו בכתב האישום, גם אם הנאשם עצמו מודה באשמתו.

ישנם מס' דברים שמגנים באירופה על הנאשם:

1. באירופה, דיני העונשין מאד קפדניים והנאשם צריך להתאים להגדרה מסוימת. ישנן דרישות מחמירות כלפי המדינה בדיני העונשין. (כללי)
2. גם במשפט האירופאי יש את כל החוקים לזכות הנאשם (אי אפשר לעצור סתם וכו'). מתן הגנות רבות לנאשם בהליך הטרום שיפוטי: זכויות במעצר, חיפוש וכדומה.
3. לנאשם יש זכויות במהלך המשפט עצמו: העברת כל חומר התביעה לנאשם, ללא אפשרות למדינה 'להפתיעו'.
4. כבר מהשלב של החקירה המשפטית יש פיקוח של הפרקליטות והפרקליט אמור לדאוג לא רק למדינה, אלא צריך לדאוג גם לזכויות האדם של הנאשם. בגרמניה זה אפילו כתוב בחוקה, ניתן לעתור כנגד אי קיום עניין זה, כפגיעה חוקתית.
5. פיקוח שיפוטי על עבודת החקירה- שופט חוקר מלווה את החקירה משלב הפרקליטות, מעין שופט של קדם משפט פלילי, בוחן את סעיפי האישום וכו'. בגלל שהוא שופט,עליו לדאוג גם לזכויות הנחקר. הנאשם נהנה מהגנה שיפוטית כבר בשלב מוקדם.
6. האירופאים לא חושבים בצורה פרקטית כמו האנגלוסקסים אלא העקרונות. נכון כי נקבל כל ראיה אך אדם לא יכול להפליל את עצמו. בעולם האנגלוסקסי הודאת הנאשם הנה 'מלכת הראיות' ואז עוברים ישר לגזר הדין, ואילו באירופה גם אם ישנה הודאה של הנאשם אי אפשר להסתמך עליה ועל המדינה להוכיח כי הוא אכן ביצע את העבירה. מסיבה זו אין באירופה עסקאות טיעון, אם המדינה מעמידה לדין עליה להוכיח את האשמה ואם לא מצליחה יש לשחררו. כמו כן באירופה לא סוגרים תיקים מחוסר ראיות. אין עסקאות טיעון בארצות אירופה, מתוך ראיית הדבר כפגם במשפט הצדק. בעולם האנגלוסקסי, לעומת זאת, רואים בכך כורח הבא בכדי לייעל את ההליך, ולכן ניתן להגיע לעסקת טיעון.
7. באירופה שומרים על זכויות האדם גם אחרי המשפט. בעולם האנגלוסקסי לא יודעים מה קורה עם הנאשם אחרי שנשלח לכלא ואילו באירופה מפקחים באופן שוטף גם על רשויות האכיפה. ישנו פיקוח על הענישה, בכדי לשמור על זכויות הנאשם.

**הנצרות והמשפט הקנוני –**

ניתן לחלק את הדתות המונותיאסטיות לשתי קבוצות:

1. היהדות והאסלם – אלו הן דתות הלכה, דתות אורתו-פרקטיות. יש להן מעט מאוד עיקרים. עיקר האנרגיה הדתית מופנה להתנהגות נכונה.
2. הנצרות – איננה דת אורתופקרטית ולא דת הלכה, מדובר בדת אורתודוכסית של אמונה ישרה, אמונה נכונה. ההתנהגות איננה מעניינת את האל, אלא האמונה בדבר הנכון. זוהי דת של עיקרי אמונה ולא הלכה.

עיקרי האמונה הנוצרית –

יש לחזור למיתולוגיה הנוצרית, שנשענת במידה רבה על המיתולוגיה היהודית. הנוצרים נולדו ככת יהודית. המיתולוגיה הנוצרית דומה מאוד לסיפורי בראשית- אל אחד שקדם לזמן, הוא נצחי, הוא לא נוצר, אין לו תואר ואין לו גוף, זוהי ישות תבונית. האל החליט לברוא עולם ויצורים שהם תבוניים, שבאו איתו במגע ישיר, הם ידעו את האל. אלו הם המלאכים. חלק מהמלאכים נוגעו בחטא הגאווה (ההיבריס), הם רצו לקרוא תיגר על האל. מוביל המרד היה השטן. בסופו של דבר האל ניצח וזרק אותם מעיר האלוהים השמימית (סיפור דומה לסיפורו של הילל בן שחר בתנ"ך).

לאחר מיכן, האל התחרט על מעשיו, הוא החליט לברוא יצורים תבוניים, שלא יוכלו לבוא עימו במגע. כך הוא ברא את אדם וחווה והשאירם בגן העדן. גם אדם וחווה נוגעו בחטא ההיבריס, וטעמו מעץ הדעת. האל כעס עליהם וגירש אותם מגן העדן. לדעת הנוצרים, חטא הגאווה של בני האדם הוא החטא הקדמון, לא רק במובן שהוא הראשון, אלא גם במובן שהוא חטא מהותי, שורשי, הוא טימא את בני האדם מאז ועד לימנו. גם הצאצאים של אדם וחווה ירשו את החטא הקדמון, את אותו ניסיון של בני התמותה להידמות לאל. זהו חטא כה שורשי ומהותי, שיורד לעצם ההגדרה של האדם, שאין לו כפרה, אין שום דבר שיכול לכפר עליו. אולם, האל רחום וחנון, על כן החליט, שאין טעם בלברוא את בני האדם ולהענישם בצורה כזו. יש רק דרך אחת לכפר, והיא שהאל ימות בעצמו כקורבן. האל מתגלגל כאדם בשר ודם, הוא ייוולד, יסבול וימות. הסבל והמוות שלו הם אלה שיכפרו על החטא. וכך אכן היה – יהושע בן יוסף מנצרת (ישו) נצלב ומת. לפי הסיפור הנוצרי, כאשר באו אחרי יומיים לקברו של ישו, הם גילו שהקבר ריק. לפי האומנה הנוצרית,ישו היה מת במשך שלושה ימים, בהם ירד לשאול, ו"שדד" את הגיהנום מכל הצדיקים (שהגיעו לשם כי היו טמאים בחטא הגאווה) והעלה אותם לגן עדן. לאחר מיכן הוא חזר לחיים ובהמשך עלה לשמיים. כלומר, ישו פתח את האפשרות לגן העדן. אלה הם עיקרי האמונה הנוצרית.

מבחינת הנצרות, ישנה ישות אלוקית אחת, ולה שלושה מופעים – האב, הבן (הגלגול של האל כאדם) ורוח הקודש.

ההיסטוריה הנוצרית –

לפי עדויות היסטוריות ומקורות חוץ נוצריים, ניתן להסיק כי קיים פער בין הסיפור הנוצרי הרשמי לבין הכתוב. מבחינה היסטורית, אנו יכולים לומר שאכן היה אדם כזה שקרוא לו יהושוע בן יוסף מנצרת, נולד בפסח בעיר בית לחם. ישו חי את כל חיוו בישראל, למד תורה לפי היהודים הפרושים, אך דרך זו לא נראתה לו. מצד שני, גם לא נראה לו הפולחן העברי סביב בית המקדש, עליו התבססה היהדות הצדוקית. זוהי תקופה בה שרר מתח דתי ואינטלקטואלי. ישו עצמו התחיל להטיף, הוא גרר אחריו חסידים שהלכו אחריו. ישו, מבחינתו, היה יהודי לכל דבר ועניין, אך הוא קרא לחזור ליהדות האמתית, לתפיסתו. הוא בז לפולחן במקדש וללימודי התורה שבכתב. הוא התנגד ליהדות הפרושיתוהצדוקית כאחד. מאגר סיפורי הנסים של חסידיו של ישו הם במידה רבה שאולים מהמאגר התנ"כי. ישו החל "לעצבן" את האליטה, הוא גם הפנה גב לרבנים. בסופו של דבר, הוא נעצר, נשפט והוצא להורג בפקודת הנציב העליון הרומי. צליבה היא מוות שנשמר לאנשים הנחותים ביותר. ישו נולד, חי ומוות כיהודי, אפילו הסעודה האחרונה הייתה סעודת ליל הסדר. הוא הטיף כיהודי. עשרות שנים אחרי ישו, חסידיו של ישו ראו עצמם כיהודים לכל דבר ועניין, וחיו על פי היהדות. הם טענו כי הם "יותר יהודים" מאחרים, סוג של "יהודים אקסטרה". היה להם גם את המנהגים שלהם, שלא נגדו את היהדות ולא הוציאו אותם מהיהדות.

כמו כל קבוצה, גם הנוצרים חשבו שהם היהודים הנכונים. הם ניסו לעשות לעצמם נפשות. אולם, הם עשו זאת אך ורק בקרב יהודים. הם לא תפסו עצמם כדת אחרת, אלא כאל נאמניו של הרב מנצרת. נוצרה הזדמנות לקבוצה הזו להפוך ל"מיינסטרים" של היהדות והחברה. ככל שהתרחקו מישו, מהאיש עצמו, התעוררה השאלה בנוגע למהותו. ישוהפך מגורו מטיף למשיח.

השינוי הגדול בנצרות מגיע כמה עשרות שנים לאחר מות ישו. מי שביצע את ההפרדה בפועל מהיהדות, וייסד את הנצרות הוא יהודי בשם שאול התרסי, פאולוס. שאול היה יהודי, ששנא נוצרים ורדף נוצרים. בדרכו לדמשק, הוא שמע קול מהשמיים - "שאול, שאול, למה תרדפני". שאול חזר בתשובה גמורה, הפך לנוצרי. שאול הפך להיות המפיץ העיקרי של הנצרות. הואהציג את הרעיון הנוצרי. לפי שאול, אם אנו מאמינים בסיפורו של ישו, כל הקו של היהדות הוא קו מוטעה, זהו קו שהיה נכון לתקופה מסוימת ואיננו נכון כיום. הנבחרים האם אלה שמקבלים את הסיפור של הקרבת האל לכפרה על חטא הגאווה, מי שמכיר בסיפור ומקבל אותו, הוא זה שנמנה בין הנבחרים. התפיסה של עם ישראל כעם הנבחר הינה ישראל שבבשר, יש לעבור לישראל שברוח. כלומר, לב העניין הוא בקבלת הסיפור של הקרבת האל, האמונה. היהודים הם העם הנבחר של האתמול, של הבשר. זוהי מהפכה מחשבתית. לפי פאולוס, ישו פתח את אפשרות הכניסה לגן העדן, אם נהיה צדיקים, וזה מה שחשוב. אי לכך, הנוצרים מתחילים להטיף לא רק ליהודים, אלא בכלל בעולם, מנסים לנצר אנשים.

הכנסייה הנוצרית –

הקהילות הדתיות הנוצריות חיו ביחד. הם יצרו לעצמם טקסים שהם מקודשים במובן זה שהשכינה מתגלה דרכם – סקרמנט הטבילה, המיסה, הוידוי, הנישואין, המשיכה האחרונה לעת מוות, ההסמכה.

בנוסף, הם יצרו היררכיה של כוהני הדת – שבע דרגות של כמורה (3 נחותות ו-4 עליונות). הדרגה הנמוכה ביותר היא של הכומר הפשוט, שממונה על קהילה מסוימת. מעליו יש את הכומר המשגיח, הבישוף, שממונה על אזור יותר גדול, הוא יושב במטרופוליס. מעל לכומר זה, יושב משגיח העל, הארכי בישוף, שמשגיח על מעין מדינה. זוהי הדרגה הכי גבוה. חמשת הארכי בישופים שישבו בערים החשובות – רומא, ירושלים, קוסטנטינופול, אנטיוכה ואלכסנדריה, נקראו האבות, הפטריאכים. הם היו חשובים יותר משוםשישבו בערים החשובות. הפטריאך של רומא הוא האפיפיור, החשוב ביותר. הקרדינלים הם אלה שבחצר של האפיפיור, הם גם כן ארכי בישופים.

במשך הזמן, התפתחו בנצרות כל מיני זרמים, בגלל המרחקים הגיאוגרפים, מדינות רבות שנוצרו. נוצרו כנסיות . אנו מפרידים בין הכנסיות המזרחיות לאגן הים התיכון, לכנסיות המערביות לו (הקטוליות). התפתחו כל מיני זרמים אחרים. במזרח, למשל,נמצא את היוונים האורתודוכסים, הכנסייה הארמנית, הסורית וכו'. אולם, אין הבדל תיאולוגי גדול בין הכנסיות המזרחיות לקתוליות. דוג' להבדל - במזרח לא קיבלו את לוח השנה הגרגוריאני, בניגוד לכנסיות הקטוליות. אין בניהם הבדלי אמונה תהומיים, אלא בעיקר מנהגים שונים שהתפתחו במעגן הים התיכון.

יש הבדל גדול בין הקטולים לפרוטיסטנטים (המתנגדים). הפרוטסטנטים התנגדו לכנסייה הקתולית. לדעתם, הכנסיות מסאבות את הדת ומיותרות. האדם צריך רק את חסד האל, רק האמונה בו ובכתובים. אין כמרים אצל הפרוטסטנטים, משום שלטענתם אין צורך בתווך. הדבר יצר שבר גדול מאוד בנצרות, מלחמות דת גדולות באירופה, מעשי רצח ועוד. הפרוטסטנטים, בגלל היעדר ממסד הכנסייה, יצרו הרבה מאוד כיתות פרוטסטנטיות. הפרוטסטנטיות היה דת הרבה יותר קשה מהדת הקתולית. הם חזרו לדעתו המקורית של פאולוס, לפיה יש להתפלל לחסד האל, אך גם אז לא בטוח שנגיע לגן העדן. לגישתם, הכנסיות לא מייצגות את הנצרות האמתית, יש רק לקוות לחסד האל.

הקתולים הגיבו בחיזוק הנצרות הקתולית, והדגשת הפולחנים והטקסים (קישוט הכנסיות). הפרוטסטנטים התנגדו לפולחנים, טענו כי הדבר מחזיר את האמונה לאמונה פוליתאיסטית.

חגי הנוצרים –

שני מחזורי החיים העיקריים של הנוצרים הם סביב היום הארוך והקצר ביותר.

מבחינה תיאולוגית, החג החשוב של הנוצרים איננו חג המולד, אלא חג **הפסחא**. סיפורו של החג הוא מותו של ישו, מותו ועלייתו לשמיימה. הנוצרים מתחילים את ההכנות לחג 40 יום קודם לכן. כל הפסחא הוא שחזור מותו של ישו. הנוצרים נכנסים לתקופת אבל טרם כניסת החג, תקופת הלד, לקראת מותו של ישו. בתקופה זו הם לא אוכלים בשר, בין היתר. לפני הכניסה לתקופה האבל, הם עורכים חגיגה גדולה, חגיגות הבשר. שיא האבל מגיע בשבוע הקדוש, השבוע שלפני הפסחא. כל יום בשבוע זה הם עושים פעולות, לפי מעשיו של ישו בשבוע האחרון לחיו. יום שישי של השבוע, הוא שיא שיאו האבל. הנוצרים מגיעים לכנסיה, שם הם קוראים את הפרקים אודות מותו של ישו. במקומות מסוימים ערכו מעין מחזה. ביום ראשון הם חוגגים את תחייתו של ישו, זהו חג הפסחא.

חודש לאחר מיכן (40 ימים)הנוצרים חוגגים את חג העלייה לשמים של ישו, זהו חג העלייה, "**עליית האדון**". לאחר מיכן, מתקיים **חג הפנטקוס** (מקביל לחג השבועות), חג של יצירת ישראל שברוח, ישראל החדשה, הלב הדתי של חג שבועות. זהו חג בדת ה[נוצרית](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A0%D7%A6%D7%A8%D7%95%D7%AA) המציין את ירידת [רוח הקודש](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A8%D7%95%D7%97_%D7%94%D7%A7%D7%95%D7%93%D7%A9_(%D7%A0%D7%A6%D7%A8%D7%95%D7%AA)) על [שליחיו](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A9%D7%A0%D7%99%D7%9D-%D7%A2%D7%A9%D7%A8_%D7%94%D7%A9%D7%9C%D7%99%D7%97%D7%99%D7%9D) של [ישו](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%A9%D7%95)' חמישים ימים לאחר חג ה[פסחא](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A1%D7%97%D7%90).

**המשפט האנגלי –**

**שלטון המלך ויצירת מערכת המשפט-**

תפיסת המשפט האנגלי שמה דגש על ההתפתחות ההיסטורית של המשפט. עד המאה ה-17, דמה המשפט האנגלי למשפט האירופאי (או להיפך: האירופאי לאנגלי) בביסוס על מנהגים של חברות ומנהגים אתניים (אצילים מעטים תיקנו מערכות משפט קטנות). במאה ה-17 חל השינוי בכיוון התפתחות המשפט האירופאי ואילו המשפט האנגלי המשיך בדרכו הוא.

בשנת 1066, החליט השליט בחבל נורמנדי (מערב צרפת), גיום, לפתוח במלחמה כנגד האוכלוסייה האנגלית (בראשות הרולד). לאחר נצחונו ('הכיבוש הנורמני') וכיבושו את כל אנגליה ו-ווילס, הוא מכתיר את עצמו כמלך, ומקבל את הכינוי 'ויליאם הראשון (הכובש)'. ויליאם, שצבאו ניחן בעליונות מנהלית וטכנולוגית והיה אף חדור אמונה נוצרית, יצר באנגליה שלטון ריכוזי יעיל (באופן יחסי לימי הביניים), בשל כוחו הרב. ויליאם יצר 'פירמידה פיאודלית' ריכוזית ויעילה, בה עומד המלך בראש, ומתחתיו נאמניו, הברונים, אשר ביניהם חילקת את קרקעות המדינה כולה (תוך רישום כל הקרקעות). בתמורה לקרקע, חייב הווסל (מקבל הקרקע) בהעברת מס וביציאה למלחמה עם המלך. על מנת לנהל את השטח שקיבלו, מחלקים הווסלים עצמם את הקרקעות לווסלים נוספים. השיטה התפתחה גם באירופה בימי הבינים, אך לא ניתן היה לנהל אותה בצורה יעילה, לכן היא לא החזיקה מעמדה יותר ממספר שנים.הנורמנדים הצליחו לבנות באנגליה מערכת ריכוזית ויעילה. זהו דבר ייחודי באירופה של ימי הבינים, זוהי מהפכה של ממש. הדרגות הללו של יעילות שלטונית וריכוזיות הופיעו ביתר מדינות אירופה רק במאות שלאחר מיכן.

לתהליך הזה הייתה משמעות גם על המשפט. הנורמנדים יצרו מערכת משפט ריכוזית ויעילה. המשפט נסע מסמכותו של המלך, הוא מוסמך להוציא צווים ולחייב להישפט בפני אותם בתי משפט מלכותיים. נוצרה מערכת משפט שנהנית מגב חזק של השלטון, שכן אלו הם בתי המשפט של המלך.

"מערכת המשפט של המלך" נהנתה משלושה מרכיבים ייחודיים:

1. מערכת משפט ריכוזית ויעילה - כחלק מתפיסת שלטונו של המלך. עיקרו של הסדר זה, נקבע במאה ה-12 בידי הנרי השני ('ארי המשפט'), אשר ריכז את בתי המשפט ויצר את מערכת המושבעים. זהו יסודו של 'המשפט המקובל' (Common Law), בהיותו משותף לאנגלים כולם. משפט זה לא התבסס בתחילתו על חקיקה אלא על בתי המשפט, ההופכים למקורו העיקרי של משפט ולמוסד המרכזי של המערכת. זאת, כיוון שזכו בתי המשפט לגיבוי המדינה (בניגוד לארצות אירופה, בהם היו בתי משפט של אצילים שהיו חזקים מאלה של המלך).
2. ניתוק הקשר למלך מסוים - בתק' מוקדמת יחסית, מערכת בתי המשפט הזו נפרדה **מהאישיות של המלך הספציפי**, וכך לא איבדו מכוחם גם בתקופות שהייתה המלוכה חלשה, דבר שהביא לאמון רב במערכת המשפטית. המשמעות הינה כי אפשר לשנוא את המלך הספציפי, אך עדין להעריך את מערכת בתי המשפט. מצד אחד יש מערכת בתי משפט של המלך, המזוהה עם המלך, ולו כוח לאכוף את החלטותיה, אך מצד שני היא עוברת ממערכת מלכותית למערכת ממלכתית. שני הגורמים הללו הופכים אותה למערכת כה חזקה.

המערכת נפרדה אפוא מהמלך באופן **גיאוגרפי/פיזי**. בתחילה, שפט המלך את הציבור, ומטבע הדברים, העביר סמכות זו לאחד מנציגיו. לאורך זמן, היה הדבר נתון למועצתו של המלך. ערי בירה לא התקיימו באותה התקופה ולא יכול היה המלך לשבת באותו המקום כל הזמן, מתוך הצורך לבקר את נתיניו.המערכת השיפוטית נדדה עם המלך במסעותיו, דבר שיצר קשיים בדיוני קרקעות ומיסים. זוהי הבעיה הקשה ביותר, העניין **פגע בהכנסת המדינה**. כשמלכי אנגליה ראו שנפגעת יותר מידי ההכנסה ממיסים, הם קבוע שביהמ"ש הקובע לגבי המיסים ייפרד מהמלך. על כן, הושאר בית המשפט לענייני קרקעות ומיסים (Exchequer) בלונדון, בווסטמיניסטר(בניין הפרלמנט של היום). לאחר זמן, נוסף אליו אף בית המשפט לענייני תביעות כלליות (Common Pleas). בית המשפט לעניינים פליליים-חוקתיים (King's Bench) נותר עם המלך, אולם לאחר זמן מה, נוסף אף הוא לבית המשפט בלונדון. דבר זה, יצר עצמאות למערכת השיפוטית. שופטים מבית המשפט בלונדון היו יוצאים אף לערים רחוקות (Assizes).

1. מערכת נגישה וזולה יחסית - מערכת זו הביאה לנגישות בתי המשפט לשכבות רחבות יותר באוכלוסייה.כתוצאה מכך, נתפסו בתי המשפט של המלך מימי הביניים כמקור העיקרי של המשפט האנגלי. תהליך זה, בידל את המשפט האנגלי מאירופה, ויצר חשיבה משפטית ומבנית שונה.

התוצאה הייתה שמערכת בתי המשפט של המלך נפרדה קודם כל פיזית מהמלך, הם ישבו במקום קבוע, ולכן יכלו לעבוד באופן יציב ורציף, ולקבוע נורמות באופן שותף. הם היו יותר נגישים, ההליך יחסית זול, ויכלו ליצור משפט באופן שוטף. מי שהשתמש באותה מערכת היו האצולה האנגלית, ששלמו מיסים. המערכת הזו הלכה והתרחבה, יותר ויותר אנשים החלו להשתמש בה.

מבחינת הרעיון, ביהמ"ש הולכים ונתפסים כמוסד ממלכתי, שעומד בפני עצמו. מצד אחד הוא נהנה מהגב של המדינה, אך מצד שני הוא מנותק מהמלך. מצד אחד נוצרה מערכת שהיא ריכוזית ונהנית מגב של שלטון יעיל, ריכוזי וחזק, האוכ' מקבלת אותה כמקור המשפט, ומצד שני בתי המשפט הללו הצליחו להתנתק גם פיזית וגם בתודעה של הציבור מהאישיות של המלך הספציפי, הם הופכים ממוסד מלכותי למוסד ממלכתי.

כשהאצולה האנגלית מתקוממת כנגד המלך, המשפט אינו מעורב, לא התנגדו למשפט. בתי המשפט נשארו מחוץ לסיפור. הם נשארו כמוסד מאוד חזק, משלוש סיבות –

1. המוסד נהנה מהגב של השלטון.
2. הוא מוסד יציב, שיושב במקום אחד, המהווה מקור לנורמות.
3. המוסד נהנה מהיוקרה ומאמון של הציבור.

הגורמים הללו הופכים את ביהמ"ש באנגליה כבר במאה ה-12 למקור העיקרי ולמוסד החשוב ביותר בשיטת המשפט האנגלי. הוא המקור המוסך לקבל נורמות משפטיות. בתי המשפט יוצרים את המשפט המקובל על האנגלים (קומון לו). בתי המשפט של המלך יצר את הנורמות של המשפט האנגלי. מאוחר יותר, הביטוי משפט מקובל הפך לביטוי נרדף להלכה פסוקה, משפט שנוצר בביהמ"ש ולא בצורה של חקיקה. ביהמ"ש הוא המוסד שיוצר את רוב הנורמות. הפסיקה היא מקור עיקרי וחשוב מאוד בשיטת המשפט האנגלי.

**החשיבה האנגלית ביסוד המערכת השיפוטית -**

המוטו של מערכת בתי המשפט של המלך באנגליה –**במקום שבו נמצא הסעד** (הפתרון המשפטי/העזרה המשפטית), **שם נמצא המשפט** (הזכות המשפטית). המשפט הזה מנוגד לתפיסת המשפט על ידנו, שכן הנורמה המקובלת היא הפוכה – במקום בו נמצא הזכות המשפטית, שם ימצא גם הסעד. לפי האנגלים, אם יש סעד, אז ניתן לדבר על זכות משפטית. המשפט מלמד שלושה דברים על החשיבה האנגלית ותפיסת המשפט האנגלית:

1. פרקטיות המחשבה האנגלית –מה שפיט ומה לא? התרבות האנגלית שמה דגש גדול מאוד על מחשבה פרקטית. לתפיסה הזו השפעה רבה על עולם המשפט. לפי האנגלים, מערכת המשפט צריכה לספק תשובות ולהעניק סעדים, זה הדבר החשוב בה, אנו לא מתחילים בבחינת הזכויות. האנגלים לא חושבים במושגים של זכויות (בניגוד למחשבה האירופאי על זכויות ועקרונות). ביהמ"ש כמוסד, הוא מוסד פרקטי, שנועד לתת פתרון. השאלה המרכזית - במה ביהמ"ש יכול להתעסק ובמה לא? לפי האנגלים, אם ביהמ"ש יכול לתת סעד, יש זכות והנושא שפיט. אם הוא לא יכול לתת סעד, אז הנושא לא שפיט. לביהמ"ש מגיעים על מנת להשיג פתרון ספציפי, להעניק סעד אם יש צורך. **ביהמ"ש סובב סביב הסעד, יש לו תכלית פרקטית.** אין לדבר על זכויות, אם מזכויות אלה לא ניתן להקנות סעדים. מגיעים לביהמ"ש על מנת לקבל סעד. בעניין זה ישנה בעיה, אך קובעים אם יש סעד או לא? ישנם עניינים הנמצאים בתחום אפור, דוג' - לקח למשפט האנגלי 100 שנה עד שהכיר בדיני החוזים. השאלה האם ניתן להעניק סעד היא שאלה שהיא גם **תרבותית, פוליטית והיסטורית** (אין מדובר רק בשיקול הפרקטי – ניתן או לא להעניק סעד), מה נחשב למשפט ולכן ניתן להעניק סעד, ומה לא?

הפרקטיקה מוליכה לכך שברוב המקרים יושבים 2 שופטים, כי לרוב ניתן להגיע להחלטה ולא תהא מחלוקת. באותם מקרים בודדים בהם יש מחלוקת, מוסיפים שופט נוסף. התפיסה הפרקטית הזו היא מאפיין חשוב מאוד במחשבה האנגלוסקסית.

1. פוזיטיביזם -השיטה שמה דגש על הפוזיטיביות (היכולת לקלוט את המשפט בחושים, בכתיבת החוק או בהכרזתו), בכך שמוגדר המשפט כדבר הנוצר באמצעות עובדה חברתית.
2. פרוצדורליזם ופורמליזם - מאפיין נוסף של התפיסה האנגלית (בניגוד למשפט האירופאי) הוא הדגש על פרוצדורליזם. עיצובם של תהליכים גדולים, מתקיים בכך שיהיה על הרשויות לפעול בדרך פרוצדורלית. זאת, משום שלא מתבססת המערכת האנגלית על החקיקה, ועל כן עליה לפעול לביסוס יציבותה.

הדבר יוצר כללים ברורים לאופי ההליך השיפוטי (על אף היותו שקול) ונותן כוח בידי מכירי השיטה. לדעת האנגלים, ישנו בכך ביטוי מרחיב לדמוקרטיה, שכן למעט 'כללי המשחק', יכולים הצדדים לדיון לנהל אותו בכוחות עצמם (נתינת מקום נרחב לראיות, ללא מערכת חוקים מרובה).הפרוצדורה, לשיטת האנגלים, שומרת אף על השוויון ועל זכויות האדם, ועל כן נכללים העניינים הפרוצדורליים בין הזכויות המוגנות בחוק (1815, המגנה כרתה). באותו האופן, היו עשרת התיקונים הראשונים לחוקה האמריקאית בענייני פרוצדורה. הסיבות לפרוצדורליזם המשפטי:

1. המחשבה הפרקטי האנגלית – יש לפרוט את העיקרון לעניינים פרקטיים (איך מתרגמים זכויות אדם? בפרוצדורות). יש לכתוב שחור על גבי לבן, ועגן זאת במוסדות ובטקסטים. מה עוזר לדבר על זכויות אדם ועקרונות השיטה, אם אי אפשר לתרגם זאת למוסדות, לפרוצדורות, לנורמות? יש לתרגם את זכויות האדם לנורמות, מוסדות ופרוצדורות שיגנו עליהם. המחשבה הפרוצדורלית נגזרת מהמחשבה הפרקטית.
2. וודאות ויציבות - המוסד המרכזי במערכת המשפט האנגלי הוא ביהמ"ש. ביהמ"ש הוא מוסד מאוד בעייתי, משום שמראש הוא מוסד שפועל על הסתברות – האנשים לא יכולים להיות בתוכים בדרגת וודאות מוחלטת כי ינצחו או יפסידו במשפט. לכן צריך למצוא עוגן שיצור את היציבות והוודאות במערכת בתי המשפט. העוגן הוא הפרוצדורה! **הפרוצדורה מספקת וודאות ויציבותבמשפט**. זוהי סיבה היסטוריה, שיטת המשפט האנגלית התפתחה מסביב לבתי משפט, מתקופה מוקדמת מאוד בתי המשפט הפכו למוסד מרכזי בשיטת המשפט האנגלית. בביהמ"ש יש בעיה הינהרנטי, זה מוסד מאוד בעייתי מבחינת הוודאות והיציבות של השיטה. אנו לא יודעים מה יפסוק השופט. בשיטת משפט שמבוססת על בית משפט, אין חקיקה מסודרת ומערכת אקדמית שמגבה ומנסחת את הרעיונות המרכזית, יוצרת תרבות משפטית, נוצרת בעיה, יש צורך בעוגן שיוסיף יציבות למערכת. הפרוצדורה היא העוגן המרכזי, היא משרטטת מסגרת שרק בתוכה השופטים יכולים לעבוד. אנו יודעים איך ההליך מתחיל, איך הוא מתנהל, מהם דרכי הוכחת האמת ומהי קשת הסעדים האפשריים. יש מסגרת, "ההתפרעות" של השופטים מוגבלת ע"י המסגרת, אלמנט של יציבות וודאות נכנס למערכת. ההקפדה היא קודם כל במובן הקלאסי של הפרוצדורה.

**נוקשות הפרוצדורה האנגלית -**

הכרת ההיסטוריה האנגלית תורמת אף להבנת המחשבה המשפטית האנגלית, המחפשת דרכי פעולה ולפיהם גוזרת את הזכות המשפטית. כך, תופסים האנגלים את הדמוקרטיה כעליונותו של הפרלמנט, דבר הגורר את אי קיומה של החוקה או של הביקורת השיפוטית על הליכים של הפרלמנט.

ההקפדה האנגלית על פרוצדורה באה לידי ביטוי בכמה מובנים (המחשבה הפרוצדורלית בא לידי ביטוי במחשבה האנגלית בכלל, גם על המשפט המהותי):

1. צווי הבאה לביהמ"ש ה-WRITS- ההליך המשפטי מתחיל בבקשתו של התובע מבית המשפט לזמן את הנתבע לדין. במשפט האנגלי, לא התחיל הדבר בבית המשפט, אלא בגישה אל הלורד צ'נסלור, על מנת שיורה לבית המשפט לזמן את הנתבע. דבר זה, דומה לפעולתו של הפרייטור, במשפט הרומי.הצ'נסלור היה שומע את הטענות ומורה על ההליך השיפוטי. לאחר זמן, התקבע הדבר, ונוצרו עילות מוכנות מראש (בדומה למשפט הרומי). לדבר ישנה אף חשיבות פוליטית, שכן לא רצו האצילים שניתן יהיה לזמן למשפט בכל עילה, אלא בדרכים מוגדרות מראש.בשנת 1285, כופה האצולה הבריטית על המלך את **'תקנות אוקספורד'**, האוסרות על הצ'נסלור להמציא צווים חדשים. לדבר זה, ישנה חשיבות ליציבות המשפט. קיומן של מספר עילות מצומצם וחיובו של התובע להתאים תביעתו לאחת מהן יצרה בעיות במישור הצדק הפרטי, כיוון שלא ניתן היה לתבוע במקרים בהם הייתה פגיעה בולטת בצדק, שלא נכנסה לאחת מהגדרות הצווים.

כך, לא התפחתו דיני החוזים עד לתקופה מאוחרת, כיוון שלא התקיימו צווים כאלה (מכך שבתחילה התקיים מסחר חליפין, שאינו דורש חוזה, הדבר התקיים בכל המאה ה-16, עד שנת 1602). פעילות זו, דומה לפעולתו של הפרייטור, המוציא צו ליודקס. הליכים אלו התקיימו במשך תקופה ארוכה, תוך הגשמה מתמשכת.

1. פרוצדורה נוקה באולם הדיונים בביהמ"ש-גם לגבי הצורה בא המשפט מתנהל יש פרוצדורות מאוד ברורות. באירופה יש גמישות יחסית באולם המשפט לשופט וליכולת החקירה שברשותו, על מנת להגיע לחקר האמת. לעומת זאת, באנגליה יש פרוצדורה מאוד נוקשה, המתבטא בכמה מישורים:
2. סדר מובנה בהליך השיפוטי, בשיטה האדברסרית, חקירות הצדדים - ישנן דרכי חקירה ברורות, החקירה המשולשת- ראשית, נגדית וחוזרת, בהן מוגבלים הצדדים באפשרויות החקירה שלהם (אסור לשאול שאלות מנחות, למשל).
3. שמירה על העילה בה התחיל המשפט –לכל עילת תביעה הוצמד סעד מסוים, לא ניתן לחרוג מימנו.
4. דיני ראיות נוקשים של קבילות ולא של משקל ראיות, בשל ראיית הפרוצדורה כשמירה על הצדק.
5. עקרון התקדים המחייב–עקרון התקדים המחייב, זהו כלל פרוצדורלי מהותי בעולם האנגלוסקסי. האנגלים הפכו את זה לכלל מחייב בשיטת המשפט. התקדים המשפטי הוא העוגן עליו מתבססת השיטה המשפטית, כיוון שאין התמקדות בחקיקה משפטית או בתיאוריות מופשטות. הם עשו זאת בשל היציבות שהתקדים מכניס למערכת. האירופאים סולדים מזה, משום שממלא החלטות חשובות הופכות לתקדימים. אין שיטת משפט שאינה כוללת תקדימים, שכן הדבר נותן לגיטימיות לשיפוט, מעצם היותו של המשפט מערכת לקביעת נורמות חברתיות. ישנן חברות בהן נקבע כי תקדימים אלו אינם מחייבים (סעיף 5 לקודקס האזרחי הצרפתי), אולם האנגלים קובעים את עיקרון התקדים כמחייב את השופטים, 'להישאר בהחלטה' (Stare decisis).

תורת התקדים המחייב מתארת את הדרך בה מיישמים את פסקי הדין מהעבר, כדי להביא ליציבות ויעילות למערכת המשפט. בתחילה, כל שופט יישם תקדימים כראות עיניו, אך מהמאה ה-17 נוצרה תורת התקדים המחייב, שכללה שני אלמנטים:

1. תקדים של ביהמ"ש גבוה מחייב ביהמ"ש נמוך מימנו בהיררכיה. הרציו צריך להיות קשור למקרה, אך גם בעל אופי כללי יותר, שניתן יהא ליישם אותו במקרה אחר.
2. יש לאתר בכל פסק דין את "סיבת ההכרעה" (הרציו) ואת "אמרת דרך אגב".
3. הפרוצדורה בחשיבה האנגלוסקסית בשאלת גמירת הדעת- מה מעיד על גמירת הדעת? המבחן העיקרי לגמירת דעת בשיטות המשפט **באירופה** הוא הסיבה, **האם ישנה סיבה הגיונית להאמין שהצדדים נכנסו ליחסים חוזיים**(המבחן הקזואלי– סיבתי). לעומת זאת, **האנגלים** לא מקבלים תפיסה כזו, אם אדם נכנס ליחסים חוזיים, רוצים שתהא **פרוצדורה שמעידה על כך**, שהוא עבר את הסף מהיחסים הטרום חוזיים ליחסים החוזיים (מבחן מהותי). בתחילה, הייתה דרישה שהחוזים יהיו בכתב. הבעיה הייתה כפולה –ראשית, רוב החוזים הם חוזים בעל פה. שנית, באותה תקופה, רוב האוכלוסייה לא ידעה קרוא וכתוב.

האנגלים החיו פתרון משיטות משפט עתיקות –**התמורה** (כמו במשפט העברי). מקבל ההצעה, הניצע, כדי להעיד שקיבל את ההצעה, צריך לתת תמורה כלשהי למציע (להעביר קניין). זהו עניין מרכזי בדיני החוזים האנגלוסקסי עד היום. הדבר מעיד על המחשבה הפרקטית והפרוצדורלית של האנגלוסקסים, לעומת המחשבה הקונטיננטלית.

**דרכים להגמשת המשפט האנגלי-**

ההקפדה הכה גדולה על הפרוצדורה יצרה מערכת יותר מידי שמרנית, קשיחה וקפואה, שלא משתנה. מרוב הדגש על פורמליזם נהיה המשפט מסורבל, דבר המוביל לקיפאון משפטי ואף לחוסר צדק במקרים ספציפיים. על כן, מצאו האנגלים דרכים להגמשת המשפט ולהתאמתו למציאות הכלכלית, החברתית והפוליטית המשתנה. ישנן שלוש דוגמאות לדרכים אלו:

1. פרשנות ויצירה שיפוטית- אף שהאנגלים דבקים בפרוצדורה כמבטיחה יציבות, מפרשים השופטים את כללי הפרוצדורה על פי שיקול דעתם, במטרה שלא להביא לפגיעה בצדק, מתוך תפיסת 'השכל הישר'. סוג ייחודי של פרשנות הינה שימוש **בפיקציות**: שינוי מהותי בדין, המתאים לפרוצדורה המשפטית. דבר זה, יכול להיעשות רק בידי סמכות בעלת לגיטימיות, כשופט.פיקציה היא בדיה אשר במערכות נורמטיביות מהוות סטייה ברורה מהכללים הבסיסיים של ההלכה אך סטייה זו נעשית בתוך המסגרת הפורמאלית של ההלכה.הפיקציה עוזרת לשופט להתאים את ההלכה למציאות המשפטית הקיימת ללא שבירת הכללים. זהו פטנט מעולה המאפשר להתאים את ההלכה לעולם המשתנה ויחד עם זאת לשמור על המסגרת הכללית של ההלכה.
2. חקיקה- במקרים של סיבוך מרובה, נתקבלו חוקים, שפתרו מורכבויות פרוצדורלית בהינף אחד. בשנת 1285, לאחר שכפתה האצולה הבריטית על המלך להעביר דרכה כל שינוי, תיקנה את **'חוק ווסטמיניסטר ב'**, המאפשר לצ'נסלור לסטות במקרים דומים, ולהתקין צו חדש. לדבר זה, הייתה חשיבות רבה לעניין הגמישות המשפטית. החוק פתח בפני הצ'נסלור אפשרות לקדם את המשפט. בדרך זו התפתחו דיני החוזים באנגליה, דרך דיני הנזיקין. גם חוקים שחייבו חשיבה על זכויות (**'המגנה כרתה'**),יצרו גמישות במערכת המשפטית. חוק נוסף הוא **חוק בתי המשפט**משנת 1973.החוק כלל שורת חוקים שפישטו את מערכת המשפט האנגלית.
3. הקמה או פנייה למערכות בתי משפט מקבילים-אחת המערכות העיקריות היא המערכת של דיני היושר, האקוויטי.

בית המשפט לערעורים – Court of Appeal

בית הלורדים – House of Lords

בימ"ש גבוה לצדק – High Court of Justice

ביהמ"ש של המחוז – County Court

בית המשפט של הכתר – Crown Court

בית המשפט של הממלכה – Magistrates` Court

פלילי

אזרחי

**שיטת המשפט האמריקאי-**

שיטת משפט זו היא בעצם חלק מהמסורת האנגלו-סקסית, היא התפתחה משיטת המשפט האנגלי, בעקבות ההגירה של האנגלים לארה"ב. שיטת המשפט האמריקאית שואבת מן השיטה האנגלית מס' מאפיינים- הדגש הניתן לבתי המשפט, לפסיקה, למשפט המקובל, למחשבה הפרקטית ולתפיסת החשד במדינה.

אולם לשיטת המשפט האמריקאי יש מס' מאפיינים ייחודיים:

1. המרכזיות של המשפט בחברה/בתרבות האמריקאית – אין עוד מדינה אחרת בעולם בה למשפט יש מקום כל כך מרכזי בתרבות. כאשר טקוויל סייר בארה"ב הוא שם לב לעניין זה, המשפט מאוד מרכזיים בתרבות הפוליטית האמריקאית. הרבה מאוד שאלות פוליטיות מגיעות לבתי המשפט ומקבלות לבוש משפטי. ויכוחים תרבותיים, כלכליים ופוליטיים, נידונים בארצות הברית תוך שימוש במערכת המשפט (על כן, יש להיזהר מן הנטייה להסתמך על המשפט האמריקאי בישראל באופן גורף מדי). ארה"ב ייחודית בעניין זה, הדבר בא לידי ביטוי גם בתרבות הפופולרית (סרטים/סדרות המתעסקים במשפט). הדבר לא נובע רק מתעשיית הקולנוע המפותחת הקיימת בארה"ב. זוהי תופעה יוצאת דופן בארה"ב.

מדוע זה כך? שתי הסיבות להסבר תופעה זו נוגעות לכך שארה"ב היא מדינת הגירה, מדינת הגירה של נעורים.

1. ארץ מהגרים של נאורים -התרבות האמריקאית עוצבה במידה רבה ע"י מהגרים שהגיעו מהעולם האנגלוסקסי במאות ה-17-18. הם הצליחו להשריש תרבות מאוד חזקה ועמוקה, בלי אופוזיציה, שנשארה מאוד עמוק, נחרטה.

בניגוד למחשבה המקובלת, חברות מהגרים הן חברות **הומוגניות** במידה רבה. החברה באמריקה איננה תמונת ראי של החברה באנגליה. השכבות החברתיות באירופה, קודם ההגירה לארצות הברית, היו מוגדרות ביניהן באופן ברור. האצולה והכמורה הגבוהה אינן מהגרות למדינה חדשה - כיוון שאין להן מניע לכך. אף העניים אינם יכולים להגר, עקב העלות הגבוהה.

**המהגרים העיקריים לאמריקה הם האנשים מהמעמד הביניים האנגלי, שיכל היה לממן את ההגירה ובנוסף היו לא כל מיני דברים שדחפו אותו להגר. מעמד הביניים בונה חברה בצלמו וכדמותו, משום שהוא הרוב המוחלט. נוצרה חברה אחידה ומונוליטית. זוהי חברה שהיא במידה רבה הומוגנית, אין לה אופוזיציה רעיונית. תפיסת העולם שמעמד הביניים מביא איתו, הופך לתפיסת העולם השולטת.** גם כיום, אין שוליים קיצוניים בארה"ב, ההבדל בין הדמוקרטים לרפובליקניים הוא מינורי.

עיקר ההגירה מאנגליה לצפון אמריקה נעשתה במחצית השנייה של המאה ה-17 ובמאה ה-18, דבר שהביא לפיתוחם של רעיונות ההשכלה והרעיונות המדעיים של התקופה. מעמד הביניים הביא איתו את הרעיונות של תקופת הנאורות וההשכלה, האדם עומד במרכז – חירות, שוויון, שלטון החוק, החוקה כדבר מקודש וכו'. כך, אף רעיון חשיבות המשפט נוצר כחלק מן התרבות.

עקרונות אלו כמעט ולא נתקלו באופוזיציה רעיונית, הם התפתחווהשתרשו בחברה האמריקאית, האמריקאים לא ערערו עליהם.אלו הם רעיונות שהוטמעו במציאות. כתוצאה מרעיונות אלו נבנו מוסדות, נכתבו טקסטים, נוצרו תהליכים, חינכו על פיהם. רעיונות כאלה, שהוטמעו כל כך בחברה, קשה מאוד לשנות.

בצרפת התקבלו במשך השנים 16 מסמכים חוקתיים. הדבר נובע מההטרוגניות של החברה בצרפת. מנגד, בארה"ב החוקה לא הוחלפה אפילו פעם אחת, היא תוקנה רק 27 פעמים במשך כל השנים, יש **יציבות מוחלטת**. היציבות הזו והמקום המרכזי של המשפט בתפיסה זו הוא אלמנט מאוד חזק. המרכיבים התרבותיים שהביא איתו מעמד הביניים האנגלי נכנסו מאוד חזק לתרבות האמריקאית. כך גם לגבי הרעיונות המשפטיים- שלטון החוק, הפרדת רשויות. הם חלק מהתרבות האמריקאית, האמריקאים לא מערערים על עקרונות אלו.

1. התפיסה הפרוצדורליסטית האמריקאית (אופייה של החברה הפתוחה)–בארה"ב הדבקות בפרוצדורה התעצמה. בעת תקופת ההגירה, אירופה הייתה בסופה של תקופה של מאבקים ומלחמות. המהגרים בורחים, הם רוצים בעולם חדש, בו המוטו יהא "**חיה ותן לחיות**". הם לא דבקים בתפיסת עולם מסוימת, אלא בפרוצדורה, בכלי. את הכלי ניתן למלא בכל תוכן שרוצים. כל עוד כולם ישמרו על הפרוצדורה (הכללים המשפטיים) המחשקים את החברה, הכול מותר. זוהי תפיסה מאוד חזקה בתרבות האמריקאית, מאוד הומניסטית (האדם במרכז, כל בני האדם שווים, האדם כיצור תבוני).

התפיסה התקבלה והצליחה באמריקה כי לא הייתה לתפיסה אופוזיציה, כולם פחות או יותר באותו מצב סוציו-אקונומי ("כולם אותו דבר"), לכן אין בעיה להחזיק בתפיסה הזו, הדוגלת ב"חיי ותן לחיות". היותה של החברה האמריקאית תזזיתית ומשתנה תדיר, נובע מעצם שטחי הארץ הרחבים המונחים לפניהם (מתן אפשרות 'להתחיל מחדש' בכל עת). דבר זה, מונע את יצירת המעמדות בתקופה הראשונה (התפתחות איטית של הפער בין העשירים לעניים) ואף מביא לכך שאין רעיון תרבותי או דתי מסוים הקושר את החברה יחדיו.מחשבה זו הינה חלק מרכזי בתרבות האמריקאית. החברה פתוחה, האפשרויות פתוחות. התודעה האמריקאית נסמכת על השינוי, 'To go west', בהכרה כי ניתן לפתוח בעתיד חדש בכל עת. דבר זה, יוצר למערכת המשפט תפקיד חשוב ומרכזי בקשירת החברה.

**לכן החברה האמריקאית יכולה באמת להאמין ברעיון הפרוצדורליסטי– ראשית, כולם מאמינים בתפיסות הללו (בורחים מהאידיאולוגיות באירופה, מקימים חברה השמה דגש על הפרוצדורה, על המשפט), שנית, האפשרויות פתוחות, גם לאנשים עניים.**היותו של המשפט 'כללי המשחק' של החברה האמריקאית, מקבל משנה תוקף מאמצע המאה ה-19, בעת שמהגרים מכל רחבי העולם באים לארצות הברית, דבר היוצר צורך חזק בשמירת החוקה, כמקיימת 'החוק והסדר'. כעת, כשהחברה האמריקאית כבר הטרוגנית ולא הומוגנית, התפיסה עוד יותר מתחזקת, הדבקות בפרוצדורה ובמשפט נשמרת. העיקר – לקיים את החוק במובן המינימלי.

**האמונה בפלורליזם פרוצדורלי** (יש פרוצדורה שהיא החוק, פרוצדורה מינימלית. מעבר לזה, יש חופש אידיאולוגי) **היא אחת הסיבות העיקריות שהמשפט נתפסת כגורם מאוד חשוב, גורם שמחשק את החברה, מחזיק אותה מאוחדת.**

**שתי הסיבות הנ"ל, הן הגורמים שהפכו את המשפט לגורם כה מרכזי בחברה האמריקאית.**

1. המשפט האמריקאי הוא משפט דמוקרטי או לפחות רפובליקני –המהגרים מביאים עימם את התפיסות המודרניות – האדם במרכז, שוויון בין בני אדם ועוד. **הם מביאים גם תפיסה רפובליקנית**– האדם הוא חייה חברתית, הוא חייב לחיות בחברה, אין טעם לחיים אנושיים מחוץ לחברה. לכן, **כל חברה צריכה לכבד את הפרט (זכויות אדם), אבל גם לטפח ולשמר גם את הספירה הציבורית.כחלק מהתפיסה הזו, האדם כיצור ריבוני, חופש, חייב להשתתף בסירה הציבורית, הוא חייב לקחת בה חלק.** השיא- השתתפות בפוליטיקה ובמשפט. מכאן, צמח גם הרעיון של הדמוקרטיה. העובדהשהאדם ניצב במרכז, מצד אחד, וחייב להשתתף בחיים הציבוריים מצד שני, מוביל להתפתחות הרעיון הדמוקרטי. לרעיון זה מס' מרכיבים:
2. תפיסת המשפט כמכשיר בידי החברה- כפי שמקובל באנגליה, לא תופסים האמריקאים את המשפט כמכשיר בידי המדינה, אלא **כמגן זכויות האזרח.**
3. בחירת נושאי משרה משפטיים -**האמריקאים בוחרים חלק גדול מנושאי המשרות המשפטיות שלהם.** חלקם נבחרים במישרין ע"י האוכלוסייה ואחרים ע"י המדינה. אם הם לא נבחרים, הם מאושרים ע"י האוכלוסייה. לא ברור לאמריקאים איך לא בוחרים שופטים במקומות אחרים.אף התביעה הציבורית והפלילית נבחרת בידי אזרחי המדינה
4. הצמדות לשיטת המושבעים -הדמוקרטיות, ההשתתפות של האוכ' האמריקאית, בא לידי ביטוי גם בכל **נושא המושבעים**. מושבעים יש בהרבה שיטות משפט, זהו שריד לשיטות המשפט העתיקות**. ארה"ב היא המדינה היחידה בעולם בה משפט בפני מושבעים היא זכות חוקתית**. כיום, בכל מדינות המערב בד"כ מושבעים יש אך ורק בתיקים פליליים חמורים, **ובארה"ב יש זכות להישפט בפני מושבעים הן בתיקים פליליים והן בתיקים אזרחיים**. המושבעים משמשים בארה"ב לתפקיד נוסף – חבר מושבעים גדול (גראנד ג'ורי), שתפקידו **פיקוח על הפרקליטות.** באנגליה, שופטי השלום הם המפקחים על הפרקליטות.
5. הדמוקרטיות של האמריקאים באה לידי ביטוי גם **בתוכן ובצורה של המשפט**. למשל, במאה ה-19 המשפט האמריקאי היה חריג, הוא היה מודרני יותר, המשפט (בעיקר הפרטי) לא כלל כל מיני מגבלות שהיו קיימות במשפט האירופאי בתקופה הטרום-מודרנית. המשפט האמריקאי היה יותר מתקדם, לא היו המגבלות של העולם הישן. יותר מודרני – יותר דמוקרטי – התיר ליותר אנשים להשתתף במשחק הכלכלי ובחיים החברתיים.**דמוקרטיזציה של המשפט המהותי.**
6. הצורה של המשפט –תמיכה בקודיפיקציה-אנו מוצאים בארה"ב (חריג בעולם האנגלוסקסי) יותר **חקיקה קודיפיקטיבית** מאשר במקומות אחרים בעולם האנגלוסקסי. בארה"ב, בלא מעט מדינות, יש קודקסים אזרחיים (קודקס פלילי יש בכל המדינות).

**במשפט האמריקאי מפעם איזשהו אתוס דמוקרטי, שמתבטא בתוכן ובצורה של המשפט.**

1. תפיסה מדעית, אקדמית, של המשפט – ארה"ב חריגה בכך מיתר העולם האנגלוסקסי. אחד המאפיינים של המשפט האמריקאי, המבדילים אותו מן המשפט המקובל האנגלי, הינו נתינת יחס מדעי למשפט, בצד הסתמכותו על הפסיקה. המחקר האקדמי המשפטי מתפתח בעיקר באוניברסיטאות באירופה. המשפט האנגלי מתפתח בעיקר בביהמ"ש, ע"י השופטים. המהגרים האמריקאים, מביאים עמם את האתוס של התבונה, של המדע, לכן ארה"ב יותר קרובה לחברה האירופאית מאשר לאנגליה במובן הזה. האקדמיה המשפטית מתכתבת עם האקדמיה המשפטית באירופה ומושפעת מימנה. לימודי המשפטים הופכים לחובה, ואף לתואר מתקדם. עולה תפיסה מדעית של המשפט, הרבה מאוד מחקר מדעי של המשפט, ניתוח מדעי של המשפט, ואף ניתוח ביקורתי של המשפט.

**משפט במדינה פדראלית –**

פדרציה היא מדינה שמורכבת מיחידות פוליטיות קטנות יותר, בעלות דרגה גבוהה של ריבונות. כלומר, המחוזות המרכיבים את ארה"ב יש להם דרגה גבוהה של ריבונות (לא עצמאות מוחלטת). בד"כ אנו מוצאים פדרציות בשתי סוגים של מדינות:

1. פדרציה מבחינה היסטורית –בעת בנו את המדינה, כדי לצרף את המחוזות השונים (לשכנע את המחוזות להתאחד למדינה), השאירו בידם מס' סמכויות.
2. פדרציה בשל גודל המדינה – משום שהמדינה היא ענקית. מדינות גדולות, מבחינת שטח ואוכ', אי אפשר לנהל בשלטון ריכוזי ממקום אחד. היוצא מהכלל – סין. יתר המדינות הגדולות בעולם מנוהלות כפדרציות.

בארה"ב, מעבר לעניין הגודל, יש עניין היסטורי. ארה"ב לא הוקמה מלכתחילה כפדרציה. במאה ה-18, 13 מבין המושבות האנגליות בצפון אמריקה מתקוממות כנגד השלטון הבריטי. הן מכריזות על עצמאותן. **ארה"ב מוקמת כקונפדרציה**– חבר מדינות, שהן מדינות עצמאיות לחלוטין, אך הן משתפות פעולה מסיבות שונות. המדינות מתאחדות לקונפדרציה, על מנת להחזיק מעמד במלחמת העצמאות ולצורך ניהולן. האליטה הכלכלית והפוליטית בארה"ב דחפה כל הזמן לכוון של ריכוז ואיחוד המדינות –**מעבר מקונפדרציה לפדרציה**. תהליך זה מתרחש בארה"ב לאורך כל העשור הראשון של הקיום האמריקאי. ההנחה היא שאיחוד יוביל לעמדה חזקה יותר של האמריקאי.

בסופו של דבר, בשנת 1787, המדינות מצליחות סף ולהוביל לאיחוד בין כל המדינות. האמנה שכל המדינות חותמות עליה היא בעצם חוקת ארה"ב. ב-1788 האמנה נכנסת לתוקף, וארה"ב הופכת מקונפדרציה לפדרציה, כשבירתה הראשונה פילדלפיה. התהליך לא היה קל, יש תמיד מתח בין העילית לאוכ' הרחבה, בין הפריפריה למרכז. המדינות הקטנות התנגדו לאיחוד, הן פחדו משליטתן של המדינות הגדולות. גם האזרחים פחדו מההתערבות הגדולה של המדינה בחיי הפרט (חשש מהשלטון). בסופו של דבר, הפדרציה הוצגה לאדם הפשוט בטענה כי אין לאזרחים ממה לפחד, זה סוג נוסף של הפרדת רשויות, מערכת נוספת של איזונים ובלמים (כל אדם שייך בו-זמנית לשתי מדינות, הוא יכול לחפש סעד בכל מדינה, כשהשנייה פוגעת בו).

האזרח האמריקני חשש מרעיון הפדרציה. לכן החוקה מכניסה כל מיני הסדרים למיתון הפחד. דוג' – חלוקת הקונגרס לשני בתים: הסנאט (בו יש ייצוג זהה לכל מדינה), ובית המחוקקים (ייצוג יחסי, בהתאם לגודל המדינה). כל זאת על מנת ליצור איזון. בנוסף, **החוקה קבעה שהמדינות יישארו בעלות דרגת ריבונות גבוהה**. יש רשימה סגורה של נושאים שבהם ורק בהם יש לפדרציה סמכות לעסוק. יתר הנושאים הם בסמכות המדינות. **התיקון העשירי** לחוקה קובע במפורש **שמה שלא מסור לפדרציה, הוא בסמכות המדינות** (כל מה שלא נכלל ברשימה הוא בסמכות המדינות).

העניין הפדראלי טבוע עמוק בתרבות האמריקאית. ארה"ב היא פדרציה גם בשל גודלה וגם בשל ההיסטוריה שלה. אולם, המדינות שונות בין לבין עצמן, לכל מדינה יש מוסדות פוליטיים ומשפטיים נפרדים. לכל מדינה יש חוקה, מושל, בית נבחרים, משרדי ממשל, משטרה, מערכת בתי משפטוחוקיםמשלעצמה.

פיצול שיטות המשפט - המדינות נפרדות, יש 51 מערכות משפט שונות, לצד מערכת המשפט הפדראלית.

פיתוח המשפט הבינלאומי הפרטי – תחום מאוד מפותח בארה"ב. זהו תחום שעוסק בהתנגשות בדינים מאזורי שיפוט שונים. איפה ידון המקרה? לפי איזה מערכת משפט? איך אוכפים? ארה"ב מדינה חופשית, ולכן נושא זה מתעורר לעיתים קרובות.

תחרות באמצעות המשפט - זהו תחום בו מדינות שונות בעולם מגמישות מאוד את המשפט שלהם, על מנת למשוך תיירים ואזרחים – הסרת הרגולציה. פטנט זה הוא לא המצאה חדשה. בארה"ב זה מכשיר מאוד מקובל בגלל שיש יחסית זהות תרבותית בין המדינות, כולם מדברים את אותה השפה. הגמשת המשפט הינה אמצעי למשיכה תושבים למדינה. הדבר מכונה **''המרוץ לתחתית''**, הבוחן מי מגמיש את חוקיו יותר. אף שהדבר קיים בין מדינות בכל העולם, הוא בולט במיוחד בפדרציה, מתוך היות הציבור משותף.

**מדינת ניו ג'רזי** (שהינה מדינה קטנה, בין ניו יורק ופנסילבניה, העשירות והחשובות ממנה) הגמישה מאוד את חוקי התאגידים בה, על מנת למשוך אליה אנשי עסקים. על כך התעוררה ביקורת, בטענה שמגמישה המדינה את חוקיה באופן רב מדי, היכול להביא לבעיות פליליות. על כן, החליט מושל המדינה, וודרו וילסון (נשיא ארה"ב לעתיד) על צמצומן. ווילסון מקשיח מחדש את הרגולציה על דיני החברות.**מדינת דלוור** ניצלה זאת והגמישה את דיני החברות, היא מושכת את החברות להתאגד במדינה. הדבר קיים עד היום.

דוג' נוספת - **מדינת נבאדה**, שהינה מדינה מדברית, התירה את תחום ההימורים (שהיו אסורים בשאר מדינות הפדרציה מתוך עקרונות דתיים), דבר שהפך את לאס-וגאס ורינו לערי מסחר שוקקות (ניו ג'רזי חיקתה זאת ב'אמריקן סיטי'). כמו כן, הגמישה נבאדה את חוקי הזנות, הנישואין והגירושין (דיני המשפחה), וביטלה את 'משטר האשמה' (הנישואין נתפסו כדבר מקודש. מי אשם בשבירת הקשר המקודש, מי בגד?) שנהג עד שנות השישים של המאה ה-20, דבר שמשך אליה מיליוני אנשים בשנה.

**מדינת קליפורניה** הגמישה את חוקי הסודות המסחריים.

**גורמים המובילים להאחדת המשפט האמריקאי –**

1. הממשל הפדראלי - אף שקובעת החוקה הפרדת סמכויות בין הפדרציה למדינות, לשלטון המרכזי דרכים ישנן לשכנע את המדינות לשנות את חוקיהן. לכל אחת משלוש הרשויות הפדרליות ישנה השפעה בכך.
2. לחץ כלכלי ופוליטי – מעבר ליצירת דעת קהל באמצעות התקשורת ויצירת לחץ אישי מצד **הנשיא** ופמלייתו, ישנם חוקים, כמס ההכנסה, שהינם פדרליים. דרך החלטות על חלוקת התקציבים, ניתן להשפיע על המדינות.
3. פרשנות מאוד מרחיבה של הקונגרס האמריקאי של הסמכויות שלו מכוח החוקה–**הקונגרס** יכול להשפיע על החקיקה במדינות, על אף החוקה, באמצעות ניצול שני סעיפים בה. סעיף 8 לחוקה, נותן לקונגרס אפשרות להשתמש ב"כל מה שנחוץ" כדי לשמור על הסמכויות שבתחומו. 'פסקת המסחר' בחוקה, מקנה לקונגרס סמכות להסדיר את המסחר הבינלאומי והבין-מדינתי (שמירה על סחר חופשי בין המדינות וכדומה). פירושו של סעיף זה הינו שלקונגרס אפשרות להכפיף את חוקי כל מדינה להחלטותיו. ניתן למנות לכך מספר דוגמאות:

העסקת ילדים- עקב חוסר סמכותו בחוקי עבודה, אסר הקונגרס העברת תוצרת מעבודת ילדים בין המדינות, דבר שהביא (לאחר ויכוח בבית המשפט העליון), לאיסור על העסקת ילדים במדינות ארצות הברית.

הפרדה גזעית- בשנות ה-60, קבע הקונגרס כי בכבישים בין-מדינתיים (שהקמתם ופיקוחם נתון לפדרציה) אסורה הפרדה גזעית בבתי עסק וכדומה, דבר שהביא לסופה של ההפרדה הגזענית (האפרטהייד).

1. ההשכלה המשפטית האמריקאית - בבתי הספר למשפטים מלמדים עקרונות כלליים ולא את חוקי המדינה הספציפית (הדין הנוהג במדינתם).
2. ספרות המחקר המשפטית - מעבר לכתיבה ולמחקר הנעשה בכל מדינה בקשר לדיניה, נעשה חלק גדול מספרות המחקר באופן כללי. חלק הגדול מספרי המשפטים עוסקים **בעקרונות משפטיים כלליים**.

**Restatment** - בשנות ה-20 של המאה ה-20 קמה יוזמה, שמטרתה ליצור **אחידות בחקיקה** ובפסיקה הפרטית בארצות הברית. לצורך כך, חולק המשפט הפרטי לתחומים, ובכל תחום נערך קודקס המגדיר את עקרונות המשפט האמריקאי, ומתחתיו - הסבר העיקרון בדוגמאות מכל שיטות המשפט (סיכום הנורמה כפי שהיא משתמעת מן השילוב בין החקיקה לבין הפסיקה). בשנות ה-60 יצאה הסדרה השנייה וכיום יוצאת הסדרה השלישית למפעל זה. ליוזמה ניתנה חשיבות רבה בקרב עורכי הדין והשופטים בכל מדינה, אף שאין לה תוקף באף אחת מהן. היא שילוב של פסיקה וחקיקה כאשר העורך יכול לבחור את הגישה הטובה והמתקדמת גם אם היא לא רווחת ברוב המדינות. הריסטיינמנט הוא סוג של אנציקלופדיה משפטית המחולקת לכרכים, משהו שהוא בין חוק לספר.

גם המאגרים האמריקאים המשפטיים תורמים להאחדה, הם מכילים את כל התקנות, הפסיקה וכתבי עת מכל המדינות.

1. יוזמות לחקיקה אחידה – ישנן שתי דוגמאות בולטות להאחדה של מערכות החקיקה:

**Model Penal Code:** מודל **לחוק עונשין אחיד**, שהתקבל ע"י כל המדינות. מתוך רצון להאחיד את חוקי העונשין בארצות הברית, על אף הסמכות המקומית לכל מדינה, הוקמה ועדה שניסחה 'מודל' להצעת חוק, שהובאה לכל אחת מהמדינות, תוך שכנוע לקבלו. כיום, התקבל הקוד באופן דומה ברוב מדינות ארצות הברית.

**האחדת חוקי המסחר - UCC:** מתוך השוני והמורכבות במסחר התוך-מדינתי, שיצר קושי לאנשי עסקים שפעלו בכמה מדינות, נוצר לחץ להאחיד את חוקי דיני המשפט המסחרי. בשנת 1940 קיבלו רוב מדינות ארצות הברית חוק המאחיד את דיני השטרות, ובשנת 1956 הציעה ועדה מיוחדת אץ הקודקס המסחרי האחיד, ה-UCC, שהתקבל ככתבו וכלשונו בכל מדינות ארצות הברית (מלבד שינויים מועטים בלואיזיאנה). כיום, איש עסקים אמריקאי, יודע שהדין המסחרי בכל מדינה ומדינה יהא זהה.

**מערכת בתי המשפט האמריקאית –**

מתוך השוני בין המדינות, קיימת לכל אחת מהן מערכת משפטית נפרדת. ברוב מדינות ארצות הברית קיימת מערכת בעלת שתי ערכאות: ערכאת דיון ומעליה בית המשפט העליון של המדינה, המשמש אף כבית המשפט לערעורים. ב-15 המדינות הגדולות בארצות הברית קיימות שלוש ערכאות, הכוללות בית משפט גבוה מעל ערכאת הערעור, כיוון שמחייב גודלן הקמת מספר בתי משפט לערעורים, שמפקח בית המשפט הגבוה מעליהם. לכל אחת מהמדינות יש את מערכת המשפט שלה, היא מחייבת אך ורק אותה.

לכל מדינה ישנה סמכות לדון רק בדיני מדינתה, ולפדרציה ישנה סמכות לדון רק בעניינים פדרליים (פליליים ואזרחיים) הנמנים בחוקה, ומעבר לכך - בסכסוכים בין מדינת ארצות הברית כנגד פרט מסוים (סכסוך מנהלי או פלילי), בסכסוכים בין מדינות ארצות הברית (סכסוכים בענייני פסולת, זיהום אוויר וכדומה), בין מדינה אחת לתושב מדינה אחרת, סכסוכים בין פרטים משתי מדינות (אם אין הצדדים מעוניינים לדון באחת מן המדינות) וכשארה"ב עצמה צד לסכסוך.

כיום, **בית המשפט הפדרלי מחויב לפסוק לפי חוקי המדינות**(על פי מבחנים מיוחדים).בעבר נקבע כי בית המשפט הפדרלי אינו מחויב לפסקי דין של מדינה מסוימת, וביכולתו לפתח 'משפט מקובל' משל עצמו (פ"ד סוויפט&טיסון). הדבר עורר ביקורת, מצד אפשרות בחירת בית המשפט הפדרלי מתוך אינטרס אישי והוחלט (פ"ד אריה ראילרואד&טומפקין) כי מחויב בית המשפט הפדרלי לפסיקת המדינה, ואין באפשרותו ליצור 'משפט מקובל' משל עצמו.

המערכת הפדרלית מורכבת אף היא משלוש ערכאות - ערכאת דיון, ערכאת ערעור ובית משפט עליון.

המערכת המשפטית הפדראלית מורכבת מ-3 ערכאות:

ערכאת דיון- כמאה בתי משפט בכל ארצות הבית, לפחות אחד בכל מדינה.

ערכאת ערעור- ביהמ"ש לערעורים. שנים עשר בתי משפט לערעורים בארצות הברית. מבחינה פדרלית, מחולקת ארצות הברית ל-11 מחוזות ולוושינגטון הבירה כמחוז נפרד, ולכל אחד מהם ניתן בית משפט.

בית המשפט הפדרלי העליון- תשעה שופטים (מתוך קיומם של תשעה מחוזות בעבר). זהו בית משפט עליון מפקח, שלא ניתן להגיע אליו ללא בקשת ערעור מבית המשפט הפדרלי לערעורים או מבית המשפט העליון של אחת המדינות, אם הדבר עוסק בעניין פדרלי. על שופטי בית המשפט להחליט אם לקבל את העתירה (בהסכמת ארבעה מתוכם לפחות). בכל שנה הוא מעיין בכמה מאות תיקים בלבד, ברובם ניתנת החלטה קצרה בכתב, ובמיעוטם (כמאה) החלטה מנומקת.

**החוקה האמריקאית והרשות השופטת בארצות הברית**

רעיון החוקה ומטרתה-

כיום מקובל רעיון החוקה בעולם, אולם ראשיתה של המצאה זו במאה ה-18. החוקות נולדו כחלק מתהליך הפוזיטיביזציה של המשפט (תהליך הקודיפיקציה), הבא הן כדי ליצור יעילות במערכת המשפטית והן כדי להביא לוודאות לגבי האסור והמותר (הטעמים הפוליטיים). במערב אירופה ובצפון אמריקה עלתה דרישה להכליל במסמך משפטי שניים מן הנושאים החשובים לכל קהילה פוליטית: **מבנה המשטר וזכויות האדם**.

לאחר המהפכות בצרפת, מלחמות האזרחים באנגליה (שנות הארבעים והשישים במאה ה-17) והמהפכה בארצות הברית, עלתה דרישה מצד החברה להבהיר במסמך משפטי את 'הזכויות הטבעיות' שכל אדם זכאי להן. בניגוד לארצות הברית, בה ראו האמריקאים את המהפכה כיוצרת מדינה חדשה, אין האנגלים מתייחסים בתחילה למסמך המשפטי שנוצר כחוקה.

רעיון החוקה הוליד את רעיון **שלטון החוק**, הבא לפקח על החברה בידי חוק כתוב העובר תהליך שריון (כחוקה האמריקאית, המשוריינת באופן נוקשה). זאת, מתוך השאלה הפילוסופית 'מי ישמור על השומרים'(ראשי המדינה) וכתחליף לכוח דתי עליון ולזכויות טבעיות, ששימשו כשומר מפגיעה מצד השלטון הקדום.

מרכיבי החוקה האמריקאית-

החוקה האמריקאית מיישמת **פיקוח על השלטון** לא רק באמצעות החוק הכתוב, אלא אף ביצירת 'מאזני כוח' בתוך המדינה. כיוון שאין די בנורמה המפקחת על החברה, יש ליצור **''איזונים ובלמים''** בין הקבוצות השונות השולטות במדינה, על מנת שייווצר ביניהן פיקוח הדדי, שימנע מקבוצה אחת להשיג כוח רב ולנצלו לרעה. אמנם, רעיון מאזני הכוח אינו רעיון אמריקאי או מודרני ביסודו (אף ברומא נבחרו שני נושאי משרה לכל תפקיד וכן ריבוי אחראים למטרה זו). החוקה האמריקאית מכילה שלושה מרכיבי איזון:

1. השלטון הדמוקרטי- התלות של כל רשויות השלטון האמריקאיות בבחירות, יוצר פיקוח על הרשויות.
2. הפרדת רשויות השלטון- התיאוריות של ג'ון לוק ומונטסקיה עוסקות בהפרדת רשויות השלטון למספר תחומים, כדי ליצור ביניהן **פיקוח ואיזון**. ארצות הברית מיישמת תיאוריה זו באופן הנרחב ביותר. האיזונים והבלמים בין רשויות השלטון נוגעת אף למבנה הרשויות עצמן, כפי שמחולקת הרשות המחוקקת לשני בתים (דבר הנלקח מן השיטה האנגלית). אחת הביקורות על השלטון האמריקאי כיום נוגעת להפרדה הרבה בין הרשויות, המקשה על תפקודן.
3. המבנה הפדרלי- אחת הדרכים להעברת איחוד ארצות הברית ויסוד החוקה. זאת, בשל היותו של כל אזרח אמריקאי 'אזרח של שתי מדינות' - המדינה הקטנה וארצות הברית. באופן זה, מגנה המדינה הקטנה מפני השלטון המרכזי ואף המדינה הפדרלית יכולה להגן על אזרח המדינה הקטנה.

יצירת החוקה האמריקאית-

ארצות הברית הוקמה בתחילה כקונפדרציה של 13 מדינות, הפורקות את עול מלך אנגליה. במשך הזמן, עולה הטענה שהקונפדרציה לא מתפקדת באופן יעיל (דבר הבא לידי ביטוי ביחסי חוץ בעייתיים). על כן, לוחצות חלק מן המדינות להביא לאיחוד רב יותר. בשנת 1787, מתגבשת החוקה האמריקאית בקונגרס בין 13 המדינות, והיא נכנסת לתוקף לאחר אשרורה בידי תשע מבין המדינות.

כחלק מהיות החוקה המסמך 'היוצר' את המדינה, נצרכו פשרות פוליטיות על מנת לקבלה. שתי בעיות מרכזיות התעוררו בתהליך קבלת החוקה:

1. מעמד העבדות- כלכלת דרום ארצות הברית התבססה באופן נרחב על עבדות (יותר מצפון ארצות הברית), ועל כן אין לשאלת העבדות מקום בחוקה.
2. שלטון ריכוזי חזק- המדינות הקטנות וכן האזרח הפשוט חששו מיצירת כוח רב מדי בידי המדינה, שיביא לפגיעה בהן.

בעיות אלו הביאו להגבלת כוחה של הפדרציה (בעיקר בתיקון העשירי) וכן לחלוקת הרשות המחוקקת לשניים: **בית הנבחרים** - הנבחר באופן יחסי לאוכלוסיה(על פי מפקד אוכלוסין)**והסנאט** - אליו שולחת כל מדינה ומדינה שני נציגים (מתוך רצון לפייס את דעתן של המדינות הקטנות). כמו כן, נוספו עשרת התיקונים הראשונים לחוקה, המשמשים **כ''מגילת זכויות האדם''**.

הפיקוח השיפוטי בארצות הברית-

החוקה האמריקאית, כיוצרת המדינה, הציגה לעולם את ה'מבנה החוקתי' (בניגוד להיות הפרלמנט הסמכות העליונה, שאינה יכולה לטעות). כחלק ממבנה זה, תופס בית המשפט בחברה המערבית את תפקיד הביקורת החוקתית. סמכות זו, מקובלת על הרשות המחוקקת והרשות המבצעת (מבלי לראות זאת כגאונותם של העומדים בראש המערכת השיפוטית). בארצות הברית ניתן למנות לכך שלוש סיבות:

1. מקומם המרכזי של המשפט ובתי המשפט בתרבות האמריקאית- כחלק מן המסורת האנגלוסקסית, ומגודלה העצום של המדינה - מקבל בית המשפט את הסמכות המרכזית להשלטת החוק והסדר (אף מתוך היכולת להתאים עצמו לשינויים החברתיים, הרחוקים מעיני המחוקק המרכזי).
2. שחיתות בתי הפרלמנט וביקורת ציבורית על חקיקתם- הדבר מוביל את החברה לפנות לבתי המשפט.
3. תקדימים של פסילת חקיקה בתוך המדינות- יכולת בתי המשפט במדינות לפסול חוק (כתקדימי בית המשפט בניו יורק, שפסל את הפקעת רכושם של תומכי השלטון האנגלי מקרב האזרחים) הוביל את האוכלוסייה להכיר בסמכות הרשות השופטת לבקר את רשויות השלטון האחרות.

**משפט משווה בין שיטות המשפט –**

מערכות בתי המשפט -

**המסורת האנגלוסקסית-** מערכת בתי משפט אוניטרית (יחידה, אחודה), המורכבת מפירמידת בתי משפט אחת.

**המסורת הרומנו-גרמאניות-** מערכת בתי המשפט בנויה מכמה מערכות - מערכות העוסקות בעניינים אזרחיים ופליליים כלליים, בתי משפט לענייני עבודה ולעניינים סוציאליים ובית משפט לחוקה. יש ביהמ"ש מיוחד לענייני חוקה, בניגוד לעולם האנגלוסקסי.

פסקי הדין -

**המסורת האנגלוסקסית-** רוב פסקי הדין הינם קצרים, אולם יתכנו אף פסקי דין ארוכים, בעלי עשרות עמודים. בפסקי דין אלו ניתן לדעת את זהות השופט שהכינם. בשיטה זו נשמעת אף דעת המיעוט בפסק הדין וכן דעות יחיד (המצטרפות לדעת הרוב מנימוקים שונים). לפי התפיסה האנגלוסקסי ביהמ"ש הוא מקום בו מעוצב המשפט ולא רק מיישם, לכן יש חשיבות לכל דיון (השקלאוהטריא).

בשיטה האנגלוסקסית נחשבים פסקי הדין לאחת היצירות המשפטיות החשובות. בעבר, אספו אותן חברות וגופים פרטיים, וכיום הן זמינות באינטרנט.

**המסורת הרומנו-גרמאנית-** רוב פסקי הדין הינם קצרים (במיוחד בערכאת הערעור וביהמ"ש לקסציה), המזכירים מספר סיבות קצרות ולאחריהן הכרעת הדין. אף פסקי דין ארוכים, עניינם לרוב אזכור משקל הראיות השונות שהביאו להכרעת הדין (ופחות שעת השופט). לרוב, פסקי דין אלו אנונימיים, מתוך תפיסת בית המשפט כנציג המדינה. אף לא ניתן לדעת על קיומה של דעת המיעוט, או על שמות הצדדים. פסקי הדין אנונימיים, דעות הרוב והמיעוט נשמטים. אם השופטים הם קודם כל מיישמים את המשפט, אין סיבה להביא גם את חוות הדעת של המיעוט.

אף באירופה נאספים פסקי הדין בקבצים רשמיים, מתוך עיקרון פומביות המשפט (כאחד מעקרונות שלטון החוק). אולם, כמעט ולא נעשה בהם שימוש מקביל לזה הנעשה במדינות האנגלוסקסיות. לרוב, הם נאספים לצורך שימוש סטטיסטי בידי מומחי משפטים, שישנן ארצות, כצרפת, בהן יש לחישובים אלו תוקף רשמי.

השופטים –

תפקיד השופט הינו תפקיד מכובד בשתי המערכות המשפטיות.

**המסורת האנגלוסקסית-** השופט הינו דמות חשובה בעולם המשפטי, המוכרת בציבור. על כן, מקובל בארצות אלו שיהיה הליך בחירת השופטים פוליטי (בייחוד בארצות הברית, אולם אף באנגליה נבחרים השופטים בידי הלורד צ'נסלור). בעולם האנגלוסקסי, ניתנת חשיבות רבה לשופט ולאישיותו. השופט בעולם הא"ס מפתח את החוק. השופטים נחשבים, לפחות באופן היסטורי ותרבותי, ליצרניים העיקריים של המשפט. השופטים הם דמויות מוכרות. הם דמויות מרכזיות מבחינה תרבותית (נכון לאנגליה ולארה"ב).

**המסורת הרומנו-גרמאנית-** השופט הוא תפקיד מכובד, אך אין הוא דמות תרבותית חשובה במיוחד. השופטים לא יוצרים את המשפט, אלא ע"י מחוקקים ואקדמאים. השופטים לא רק משרתי המדינה, הם דמויות ממלכתיות, לא מתייחסים אליהם כאל פקידים. ישנה טעות בקרב משפטנים, שלפיה השופטים הם מעין פקידים, אין זה נכון. השופטים כבודם במקומם מונח, אך הם לא נחשבים כיצרנים העיקריים של המשפט מסיבה היסטורית – ביהמ"ש לא נחשב למוסד המרכזי של מערכת המשפט. אין חשיבות מבחינה תיאורטית לדמות הספציפי של השופט, זוהי דמות ממלכתית (מייצג את הממלכתיות, דעותיו לא משנות), זה לא משנה מיהו השופט הספציפי, ולכן פסקי הדין הם אנונימיים (האנשים מגיעים לקבל סעד, זהות השופט לא אמורה לשנות להם). יש קריירה שיפוטית, הוא נכנס לקריירה בגיל מוקדם יחסית והוא מתקדם עם השנים. בהרבה מקרים השופטים יושבים בהרכב מורחב (לעמעום האישיות הספציפית של השופט), לעומת העולם האנגלוסקסי, בו דן שופט יחיד. השופט אינו דמות מוכרת, אף לא בשמו, מפני מספר סיבות:

1. פסקי הדין ניתנים באופן אנונימי.
2. מערכת הכשרת שופטים ובחירתם נתונה למדינה, כמערכת פנימית השייכת למשרד המשפטים המקומי.
3. השופטים אינם נבחרים בהחלטות פוליטיות (מינוי פוליטי באירופה נעשה רק במינויי שופטים לבית המשפט לחוקה).אמנם, אין השופט נתפס כ'פקיד', אולם תפקידו נתפס כממונה מטעם המדינה (על כן, אין מוגשת במדינות אירופה תביעה כנגד ממונה ספציפי מטעם הרשות, אלא כנגד המדינה).
4. השופט אינו מפתח את החוק, אבל פסקי דינו יכולים לדחוף את האקדמיה והמחוקק לפתח את החוק.

המושבעים -

המושבעים הם שריד להלכים שיפוטיים בעולם העתיק, לתקופות בהם החברה כולה השתתפה בהליך השיפוטי. רציונל נוסף מהעת המודרנית - ההשתתפות של אוכ' הרחבה נובעת גם מטעמים של זכויות אדם.

יסודו של מוסד המושבעים נעוץ בעולם העתיק, בו היה ההליך השיפוטי מוכרע בכמות הנשבעים לטובת אדם, במסגרת 'משפט קהילתי'. מתוך תפיסה דמוקרטית, המאפשרת לחברה שיתוף בהליך השיפוטי, ניתן לראות מושבעים בכל שיטות המשפט. הליך זה הינו זכות הנתונה בידי הנאשם, וביכולתו להחליט כי ברצונו לערוך את הדיון בפני השופטים המקצועיים לבדם.

אמנם, במחצית השנייה של המאה ה-20 צומצם מוסד המושבעים בכל שיטות המשפט, והוגבל לתיקים **פליליים חמורים**. באירופה קיימים אף 'שופטים הדיוטות', השופטים בבתי הדין המיוחדים (כבית הדין לעבודה בישראל). במקרה זה, נובע הדבר מתוך הנחה שמומחים לנושאים הספציפיים יוכלו לשפוט בעניינים אלו באופן יעיל, לצד השופטים המקצועיים.

אף בכך ישנו הבדל בין המסורת הרומנו-גרמאנית למסורת האנגלוסקסית:

**המסורת הרומנו-גרמאנית-** דגם של שופטים הדיוטות (בביהמ"ש השלום באנגליה גם יש שופטים חסרי השכלה משפטית), אנשים מהרחוב מצטרפים לשופטים על כס השיפוט, והם מעורבים גם כן בהליך השיפוט (חלה השיטה האנקוויזטורית, בה השופט מנהל את הדיון). המושבעים אינם פאסיביים, אלא **אקטיבים** - אזרחים המוזמנים לשמש כ'שופטים הדיוטות' **ויכולים להתערב בהליך**, בחקירת העדים וכדומה. בצרפת, לדוגמא, יפנו בהליך פלילי שעונשו המקסימלי מחמש שנים ומעלה להרכב של שלושה עשר שופטים (עשרה הדיוטות ושלושה שופטים מקצועיים). אמנם, יכול כל צד לדין לפסול חלק מן המושבעים (אם יוכח כי הנפסל אינו 'מאמין' במערכת וכדומה).

**המסורת האנגלוסקסית-** המושבעים **פסיבים** - אינם מתערבים בהליך השיפוטי (השיטה האדברסרית, הצדדים עצמם מנהלים את הדיון, השופט כשוטר תנועה), אלא מקשיבים למהלך המשפט וביכולתם לקבוע בסופו את מידת האשם. זאת, מתוך הנחה דמוקרטית של הגנה על זכויות הנאשם (הוכחה לא משפטית גרידא, אלא הוכחה היכולה 'לשכנע' אף את האזרח מן השורה). באנגליה ניתן לפסוק ברוב המושבעים ואף לאפשר את פעילותם החלקית, עקב נבצרות מצד חלקם. מנגד, עולה הטענה כי פוגעת אפשרות הדרכתם של המושבעים בידי השופט (קודם למתן הכרעתם) במהותו של מוסד זה.

באנגליה, חבר המשפטים נמצא אך ורק במשפטים פליליים הנידונים ב- Crown Court. ע"פ החוק באנגליה, כל אדם בוגר בגילאים 18-70 יכול לשמש כמושבע. אדם אינו יכול לסרב לשמש כמושבע, שכן זוהי חובה אזרחית, אולם קיימות 5 קבוצות אשר פסולות מראש לשמש כמושבעים:

1. משפטנים – בשל הצורך לדון בעובדות בלבד ולא בחוק.
2. אנשי משטרה – בשל נטייתם לפסוק כנגד הנאשמים.
3. אנשי דת (מי שעיסוקם הוא בדת)– בשל גישת הנצרות למחול לאדם על פשעיו.
4. חולי נפש.
5. עבריינים שהורשעו על עבירה פלילית.

**ארצות הברית-** יש זכות חוקתית להישפט בפני מושבעים, גם בתיקים אזרחיים. מקיימת הליך מושבעים חריג משאר העולם (כחלק משני התיקונים הראשונים לחוקה המעגנים הליך זה במשפט האזרחי והפלילי), הקובעים את קיומו של הליך בפני מושבעים. כמו כן, **נקבעו לפעילותם של המושבעים בארצות הברית כללים מחמירים, כדרישת פעילות כל שנים עשר המושבעים וכדרישת הכרעה בהחלטה פה אחד**. לעומת זאת, באנגליה ניתן לקבל החלטה בדעת רוב, עד 10 מול 2, וכן ניתן לרדת ממספר המושבעים (אם אחד מהם חולה, למשל) והצדדים רשאים לבטל מושבעים (הצדדים שואלים שאלות את המושבעים ולפי זה רשאים לפסול). הנאשם זכאי במשפט פלילי לשיפוט בפני ושבעים, הוא ורק הוא רשאי לוותר על זכות זו.

עורכי הדין –

**פרקליטות המדינה-**

בכל העולם המערבי, פרקליט המדינה (ראש התביעה הציבורית) הינו אחד השרים בממשלה, מתוך תפיסת התפקיד כבעל חשיבות חברתית ופוליטית רבה. במדינות אירופה, בארצות הברית ובקנדה משמש שר המשפטים בתפקיד זה ובאנגליה אחראי התובע הראשי על התביעה והלורד צ'נסלור - על בתי המשפט והרשויות המשפטיות (ישראל הינה החריג היחיד בתחום זה, בהגדרת היועץ המשפטי לממשלה כמי שאינו חבר בה).

**המסורת האנגלוסקסית**- על מנת להיות עורך דין בפרקליטות המדינה, לומד עורך הדין משפטים, ולאחר מכן נבחר במכרז מנהלי לתפקיד פנוי. באנגליה, כדי להיות עורך דין אין צורך ללמוד משפטים. במדינות פדראליות, עורך הדין מוסמך לעבוד אך ורק במדינתו. יש מעבר חופשי בין השוק הפרטי לציבורי.

**המסורת הרומנו-גרמאנית**- מתוך תפיסת המדינה, המעבר מהשוק הפרטי לציבורי מאוד מצומצם, הדבר נובע מתפיסת המדינה השונה – לייצג אדם פרטי שונה מלייצג אינטרס ציבורי (מדובר בקריירה, מתחילים בתחום מסוים ומקדמים בסולם). על כן, צריך עורך דין המעוניין לשמש בתפקיד ציבורי ללמוד בבית ספר מיוחד של המדינה (יחד עם השופטים).

## עורכי דין פרטיים-

ברומא, החל מקצוע עריכת הדין מעסקנים שהיו מצויים בסמוך לבית המשפט של הפרייטור. כך, נוצרו שני מקצועות נפרדים, שהמשיכו ללוות את התרבות האירופאית בימי הביניים, עד לשנות השבעים של המאה ה-20 (למעט באנגליה, בה הם קיימים אף כיום):

א. **מעאכרים**(solicitor)**:** תפקידם לעזור להתמצא בנבכי העולם המשפטי, בפסקי הדין, בתקדימים וכדומה. לעורכי דין אלו היו גילדות נפרדות ואף כינויים נפרדים.

ב. **נואמים** (barrister)**:** תפקידם של עורכי דין אלו לא היה ללוות הליך משפטי רגיל, אלא לייצג אדם בפני שופט גבוה, אסיפת העם, הסנאט או הפרייטור. לרוב אלו אנשים משכילים, בעלי ידע תיאורטי רחב, היודעים להתנסח בצורה ראויה. אף להם היו גילדות נפרדות.(גם הם לא חייבים תואר במשפט, אפשר כל תואר אחר + מבחן). ההנחה היא כי קבוצה זו אינה מייצגת פרט מסוים אלה את הציבור בפני הצדק ולכן אין להם משרד. הם גם היחידים שיכולים להפוך לשופטי הערכאות הגבוהות. אחרי כמות מסוימת של שנות ותק במקצוע מקבל הבאריסטר תואר queen counselourqc- .

במהלך המאה ה-19 והמאה ה-20 נופלות המחיצות בין התחומים, ועוסק עורך הדין בשני התחומים. הדבר נעלם בתחילה בארצות הברית ובקנדה, מתוך תפיסת העולם החדש, ולאחר מכן אף ברוב מדינות אירופה.

ברוב העולם, מאוגדים עורכי הדין בלשכה, המוסדרת בחוקי המדינה. על מנת להתקבל ללשכה זו יש ללמוד משפטים ובחלק מן המדינות יש לעשות סטאז' (הכולל בחלקן 'מבחן אמצע'). בחלק מן המדינות (כישראל) ישנה חובה להיכלל בלשכה.

במדינות פדראליות, כארצות הברית וכקנדה, אין לשכה כלל-מדינתית אלא לשכה מיוחדת לכל מדינה, אליה נבחן עורך הדין במקומו. על כן, לא יכול עורך דין שעבר את מבחני הלשכה במדינה מסויימת לייצג נאשם ממדינה אחרת (כלפי המשפט הפדראלי, כולל כל מבחן את החלקים הרלוונטיים).

**אנגליה-** המדינה היחידה שמשמרת את החלוקה לשני סוגים של עורכי דין (דבר המייקר את ההליך, בצורך לקחת בתחילה שתדלן, ולהוסיף עורך דין לצידו):

א. **עסקנים -** (solicitor)**:** עורכים מסמכים משפטיים, מייצגים לקוח בפני רשויות חוק ובתי משפט נמוכים ומאוגדים ב'חברת המשפט' (Law society), בו אין חובת השתתפות (אולם רובם עושים זאת). למילוי תפקיד זה אין צורך בלימודי משפטים, אותם ניתן להחליף בלימודים במסגרת הלשכה. עורכי הדין הרגילים המלווים את הלקוח בכל ענייניו.

ב. **נואמים** (barrister)**:** כיום ישנן ארבע לשכות (inns of courts) המייצגות לקוחות אך ורק בפני בתי המשפט הגבוהים של אנגליה. יש להם כללי אתיקה נוקשים, הנהוגים ביניהן לקוחים מימי הביניים (כלבישת פאות וגלימות וכשימוש בכינוי 'יועץ המלכה' ובמשי על בגדיהם). עורכי דין אלו עובדים בנפרד (ביכולתם למנות עוזר אחד), והם מקבלים את לקוחותיהם מן השתדלנים. אף התשלום אינו ניתן להם כשכר, אלא כהוקרה (לא מקובל לתבוע את הלקוח).

מקצוע עריכת הדין באנגליה נחלק ל- 2 סוגים:

Barrister– עו"ד המופיע וטוען בפני בית המשפט (לטיגציה).

Solicitor– עו"ד שפועל במשרד.

כאשר מתעוררת בעיה משפטית, פונים תמיד ל- Solicitor על מנת לקבל ייעוץ ושירותי עו"ד בניתנים במשרד (ניסוח חוזים, הסכמים וכו'). כאשר יש צורך ללכת לפנות לבית המשפט, פונה ה- Solicitor ל- Barrister בבקשה לייצג את התיק בבית המשפט או להעריך את הסיכויים לזכות בתיק. הפניה נעשית אד הוק ואינה קושרת את הלקוח עם ה- Barrister.

## האקדמיה המשפטית -

**המסורת הרומנו-גרמאנית-** נותנת חשיבות רבה לאקדמיה, משום שהיוותה הגורם המאחד למשפט האירופאי (באמצעות המשפט הרומי והמשפט הכנסייתי) וכן מתוך עקרונות הנאורות וחשיבות המדע. הדבר יוצר דו שיח מתמיד בין האקדמאים לעורכי הדין, שופטים ושאר המערכת המשפטית (אף שלא מקובל לצטטם במסגרת פסקי הדין). ישנם מסלולים באוניברסיטאות האירופאיות ללימודי משפטים. בעולם האירופאי לפקולטות למשפטים, להשכלה המשפטית, לניתוח המשפטי יש תפקיד חשוב, ע"י חקר המשפט הרומי והקנוני, הן יוצרות חלק חשוב מהמשפט המשותף האירופאי.

בארצות אירופה אורכים לימודי המשפטים חמש שנים (דבר המקובל אף במקצועות האחרים), ולאחריהם מקבל הסטודנט תואר שני.

שיטת הלימוד – לא לומדים פסיקה בכלל. לומדים את החוק, ואת הפרשנות של האקדמיים על החוק, הפרשנות שלהם מכילה גם ניתוח של הפסיקה, האקדמיים מחלצים מהפסיקה את התאוריה המשפטית של השופטים.לימודי המשפטים נמשכים 5 שנים, תואר ראשון ושני.

**המסורת האנגלוסקסית-**רואה את המשפט כצומח מן השטח (לימודי המשפטים נלמדים ונחקרים באוניברסיטאות רק החל מן המאה ה-19, אולם אין לכך השפעה). מכיוון שמהמאה ה-12 בתי המשפט הם המוסד המרכזי, עיקר יצירת המשפט, לכן יש פסקי דין יותר ארוכים (מחליף את המאמרים של המלומדים). המשפט נוצר ומפותח בביהמ"ש, ע"י שופטים ועורכי דין, אין צורך בכתיבה של אקדמאים מלומדים, בשל הדיון בביהמ"ש. האקדמיה המשפטית בעולם האנגלוסקסי נשארת עד לסוף המאה ה-18 בשוליים. יש פחות חשיבות ללימודים אקדמיים של המשפט. לימודי המשפטים נתפסים כנטע זר, רק בתקופה המאוד מאוחרת, המודרנית, עם חדירת רעיונות הנאורות והתבונה, המדע (ניתן לחקור את המשפט בצורה מדעית), רק אז האקדמיה המשפטית מתחילה לתפוס מקום.

באנגליה אין קיימת חובה רשמית ללימודי משפטים על מנת לעסוק בעריכת דין, אולם רוב עורכי הדין לומדים לימודי משפטים אקדמיים קודם ודי הלשכה.

שיטת הלימוד - לימודי משפט בכלל לא היו מקובלים, הם היו בשוליים.אין חובה ללמוד משפטים, מי שכן לומד, לומד תואר ראשון 3 שנים.

**ארצות הברית-** חוקרת את המשפט באופן יסודי, מתוך תפיסה מדעית שהחלה בסוף המאה ה-19. בארצות הברית ישנה חובה ללימודים אקדמיים ואף חובה ללימוד מקצוע נוסף קודם ללימודי המשפטים. הדבר החל להתקבל אף בקנדה האנגלית ובדרום אפריקה.

שיטת הלימוד –כתוצאה מהתפיסה החשובה נדרש ללמוד תואר ראשון במקצוע אחר ותואר ראשון נוסף במשפטים. התפתחה השיטה הסוקרטית, דיון בין המרצה לתלמידים על פסקי הדין.