שיעור 1

**שיטות משפט**- ד"ר ניר קידר

הציון מורכב מ100% ציון בחינה סופית.

רשימת קריאה בשפה האנגלית.

שיטות משפט- הקורס הבסיסי במשפט השוואתי.

שיטות המשפט שהתפתחו בעולם המערבי- אירופה ואמריקה.

שלוש שמות לאותה המסורת (הנפוצה ביותר בעולם): באירופה:

1. השיטה הרומאנו-גרמאנית/ רומאנו-קאנונית. קאנוני(הכנסייה הקטולית). רומאנו (רומאים).
2. המשפט האזרחי civil law .
3. המשפט הקונטיננטלי.

אנגליה: האנגלוסקסית- שיטת המשפט המקובל common law .

\*\*בשנים האחרונות מדברים יותר לא על השיטה האנגלוסקסית אלא על האנגלוסאמריקנית.

**המשפט הרומי**

השפיע מאוד על התפתחות המשפט המערבי.

רומא- התפתחה מעיר מדינה קטנה בחבל לטיו. מבחינה שלטונית היו 3 תקופות:

1. שלטון מלכים- 8 מלכים, כשהמלך ה8 גורש התפתחה הרפובליקה.
2. רפובליקה- משטר ממוזג המבוסס על קבוצות שונות באוכלוסיה (אספות עם). והיה גם מוסד האצלים ( הסנט הרומי- מטרתו לדון בענייני השעה ולייעץ לשליטים). השליטים היו נושאי תפיקידים (מעיין פקידים) בינהם היו הקונסולים שהיו 2 ושירתו למשך שנה כדי שלא יהפכו לשליטים יחידים. גם היו הפראיטורים שהיו ממונים על המשפט. רומא החלה לכבוש שטחים רבים והרומאים יצאו מעבר להרים וכבשו מקום בדרום צרפה וקראו לו המושבה שלה. לאחר מכן השתלטו על כל אגן הים התיכון. במהלך השנים היה קשה לשלוט על האימפריה הגדולה הזו באמצעות המשפט הממוזג וכך ירד כוחם של ה"פקידים" עלה כוחם של מפקדי הצבא שכוחם עלה לראשם ויצאו למלחמות אזרחים שזעזעו את האימפרייה הרומית במאה הראשונה ואת עלה שלטונו של המנצח השליט היחידה יוליוס קיסר. דבר שלא מצא חן בעיניי העם והם קשרו קשר ורצחו את יוליוס קיסר. ושוב נכנסה רומא למערובלת של מלחמות עד שהצליח אחד מהם אוקטביונוס יוליוס קיסר לנצח את מפקדי הצבא ואז החלה תקופה חדשה בעיר רומא עוד הפעם של שלטון יחיד והחלה תקופת הקיסרות.
3. קיסרות- כל הקודם נשמר אך מילתו של הקיסר הייתה הקובעת. אחרי המאה הראשונה הבעייתית נהייתה תקופה של שגשוג כלכלי, תרבות, מחזות, שיטת המשפט. לאחר מכן עוד הפעם החלה לצנוח כוחה של רומא והם מנסים לפתור זו באמצעות חילוקה של האימפריה לשניים ואזל4 ואז שוב ל2. מה שנותן עוד קצת אויר לנשימה ל100 שנים אך שוב בשנת 476 אחרי הספירה נופלת רומא. לעומתה רומא המזרחית ממשיכה לחיות עוד 1000 שנה עד לכיבושה ע"י הטורקים העותמאנים.

המקורות הפורמאלים של המשפט- סוגי הנורמות השונים שמכוונים את חיינו. ניתן לחלקם ל:

1. חקיקה.
2. תקדים.
3. מנהג.

**חקיקה** – חקיקה היא מעשה שתכליתו ליצור נורמה משפטית.

**חוק**- חוק הוא נורמה פוזיטיבית שנוצרת ע"י הגורם השולט בחברה.

להגדרה זו יש שני רכיבים:

רכיב צורני-חוק הוא נורמה פוזיטיבית: הכוונה לנורמה שניתן לקלוט אותה בחושינו, כתובה שחור ע"ג לבן.

בחינה פוליטית- חוק נוצר ע"י הגורם השולט החברה. ז"א החוק נוצר מלמעלה.

הדבר אומר שחקיקה קשורה בקשר מאוד חזק לכוח פוליטי. חקיקיה היא נורמה שאופיינית לחברות מפותחות (מבחינה חברתית כלכלית וכו').

כשהחברות הפרימיטיביות החלו להתפתח החלו להיווצר מחלוקות רבות ושופט החברה מתבקש להיות המנהיג כל הזמן משום שהמחלוקות רבות. כך בעצם החל להתפתח שלטון פוליטי.

מצד אחד קיים תהליך יצירת שלטון פוליטי ומצד שני תהליך של יצירת נורמה חדשה.

בשל הסתכות החברה החדשה ההנהגה הפוליטית יוצרת נורמה חדשה הנקראת חקיקה.

ומאז החקיקה הולכת יד ביד עם הגורם השולט בחברה.

כשברומא חוקקו החוקים ונחרטו ב12 לוחות החוקים. שלושת הראשונים עסקו בפרוצדורה.

חלק גדול מאוד מהסעיפים בחוקות המודרניות עוסקים בפרוצדורה פלילית.

מבנה 12 הלוחות הוא המבנה הקלאסי של המשפט עד היום. הלוח הרביעי עסק בענייני משפחה אחר כך בנושאים אזרחיים ואחר כך בנושאים פליליים..

|  |
| --- |
| פרוצדורה |
| כשרות משפטית, משפחה, ירושה |
| קניין |
| חיובים- רצוניים ולא רצוניים |
| פלילי |
| דתי |

חקיקה פוסיטיבית חשובה משום שהיא מכניסה יציבות לחברה.

כאן נוצרת בעייה: החוק היה כתוב אך הוא נוקשה וצריך לפעול על פיו, מה עושים כשהחוק כבר אינו מתאים לחברה? משנים אותו ומתקנים אותו כדי שיתאים למציאות.

* לתקן
* לשתול סעיפי שסתום
* לחוקק עוד חוקים שמסבירים את החוקים הקודמים (תקנות)- אינם משנים את החוק אלא מסבירים איך מוציאים את החוק לפועל. (מחקקים ע"י אנשים עם אוטוריטה ולא ע"י המחוקק הראשי).

\*\*למרות כל אלו עדיין קיימים נושאים רבים שהחוק לא עונה עליהם ופה פונים לסוג נוסף של נורמה:

**תקדים –** החלטה של בעל סמכות (כמו שופט) ההופכת לנורמה מחייבת.

איך החלטות הופכות לנורמה כללית הנקראת תקדים?

1. אוטוריטה של שופט
2. כמיהה לסדר- החברה כמהה לוודאות . ולכן כל פסק הלכה שמסדיר דבר לא מובן אנו מיד מאמצים אותו כי הוא מעניק לנו וודאות.

בתי המשפט ברומא העתיקה- בעלי הסמכות נקראו preator (אחראי על מערכת בתי המשפט). בתפקיד הפרייטור היה את המתח שהמתבטא שפנייה לבית המשפט כדי להגמיש את הדין ולהתאימו לחברה ופריטיו הנוקשים החדשים..

התנהלות ההליך המשפטי עליו אחראי הפרייטור-

אחראי על ענייני הפרוצדורה ופרסום הדרך שלו על הגשת תהליכים.

עם השנים במקום ליצור פרוצדורה חדשה עם התחלפות הפרייטור הם פשוט העתיקו מקודמיהם וכך כבר נוצרו קריטריונים חוזרים ונשנים. פה מתבאת הכמיהה ליציבות.

כהיה מגיע אדם לפרייטור ורצה פסיקה לגבי נושא מסויים, הפרייטור היה מפנה אותו לשופט (iudex). אז נוצרה דרישה מהפרייטור להגדיר לשופט כיצד לשפוט (בשל הכמיהה לוודאות). תיקים היו נופלים ולא היו מקבלים פסיקות משום שלא היו תואמים למקרים קודמים יותר עליהם התבסס המשפט הרומי. אז בוצעה הגמשה בטיפול בדין והפרייטור היה מתרגם את פניות הציבור לשפה משפטית וכך בעצם נבתנה שיטת המשפט של האשמה – הוכחה –אפשרויות וכו'. בעצם הפרייטור בנה מסגרת דיון המכילה ; נושא, הגנה, אפשרויות, תשובה. הפרייטור בנה את כללי המשחק.

\*\*בדוגמא הנ"ל רואים את תזוזת המטוטלת שבין החוק הנוקשה להגמשתו ולרצון להסבר נוקשה עוד הפעם.

לפרייטור הייתה הסמכות לקבוע כללים משפטיים כאשר החוק שותק. כלומר, אין תשובה בחוק ויש חוסר. בעצם הוא היה קובע תקדימים.

דוגמא נוספת למתח הנ"ל- ius gentium

תחילה כולם ברומא נוהגים עפ"י ה ius civile החוק הרומים.

רומא מתרחבת ויש בה זרים רבים ולא מניחים להם להשפט עפ"י החוקים "הרומים הנעלים" וכאן מחליטים הרומאים להקים מערכת מקבילה לזרים וממנים עוד פרייטור שיטפל בזרים.

בשל העובדה כי הזרים באים ממקומות שונים לא ידעו עפ"י מה לשפוט אותם, ולא רצו לשפוט עפ"י החוק הרומי ולכן החליטו פשוט לשפוט עפ"י "עקרונות הצדק הכללים" שהייתה גמישה במיוחד כי לא רצו לשבת ולחוקק חוקים נוקשים ן"לשבור את הראש" ושפטו עפ"י "חוק העמים- ius gentium " . פה בעצם נוצרה מערכת משפטית נוקשה מאוד של הרומים ומצידה האחר מערכת גמישה מאוד לזרים. בשל העובדה כי בעיקר שפטו אותם האנשים בשני המערכות נוצרה זליגה מהשיפוט הרומי הנוקשה לשיפוט "כל העמים" הגמיש ולהפך.

הרצאה 2

 (חזרה משיעור קודם)

אחד הדברים שמאפשרים לשופטים או עוצרים אותם ליותר או פחות חופש הוא החברה.

אם החברה נותנת להם לפרש בצורה יותר יצירתית אז כך הם פועלים. ואילו הפוך אז גם בית ביהמ"ש נסוג אחורה בפסיקותיו.

התרבות הכללית משפיעה מאוד על השופטים וקבעת כמה השופטים ידבקו בקוטב השמרני של מה דובק החוק או בקוטב היצירתי יותר.

\*\*התקופה בה אנו חיים כיום היא תקופה שמחמירה מאוד עם ביהמ"ש.

מצד אחד השופט הוא הגורם המגמיש ומאידך אנו דורשים שיסביר לנו לפי אילו קריטריונים הוא פועל.

ולכן הם פועלים לפי תקדימים- כי אנו דורשים שיפעלו לפי מסורת ויראו לנו על סמך מה הם מבססים את החלטותיהם.

המשך תקדים-

קוראים לזה תקדים משום שלא רק פסקי דין של בתי המשפט הופכים לתקדימים- כל החלטה של בעל סמכות הופכת לתקדים.

**שתי דוגמאות לתקדימים שאינם של שופטים:**

1. החלטות של מנהיגים פוליטיים:

 למרות מה שהורגלנו אליו שיש הפרדת רשויות אנו מוצאים עצמינו פעמים רבות פונים לאנשים בעלי סמכות שלטונית ע"מ לעשות שלום בית, חנינה למשל.

 ברומא:

* הקיסרים ברומא היו יכולים לחוקק – להוציא צווים- צו זה חוק!
* מנדטה- הוראות. אחד הפקידים הגבוהים נותן הוראה למישהו והוראה זו הופכת לתקדים.

התקדים הופל לנורמה מחייבת משום שאנו עצמינו מחפשים את התקדים הזה. (דוגמאת העבודה שסבא נפטר והדיקן הסכים לדחות וגם בפעם הבאה יסכים לדחות לאדם אחר וכך נוצרת הנורמה).

* נאומי הקיסר ותשובות הקיסר היו הופכים לתקדימים גם הם משום שהחברה הייתה רוצה וזקוקה לתשובות אלו (כמו שהציבור הדתי נוהג עפ"י תשובת הרב ).
1. תקדימים שנוצרים ע"י אנשים עם סמכות דתית ואינטלקטואלית:

ברומא:

* החלטות הכהנים – החוקים היו מוצגים בכיכר המרכזית. ובשאלות פרשניות שהתעוררו היו הולכים לכהן הדת בעל האוטוריטה. החלטות כהני הדת לאט לאט נהפכו עצמם לתקדימים וכך בעצם נוצרו ההלכות וכהני הדת החלו לשנות תקדימים אלו (לחזור עליהם) מדור לדור. (בשנת 35 לפני הספיר כבר היו תקדימים של כהני הדת שנכתבו ברומא ).
* פרשנות המשפט בשלב מסויים עבר לחכמי משפט אזרחיים- נוצרו כל מיני תפקידים שקשורים למשפט, אנשים שהחלו להתמחות במשפט.
* תפקיד עורכי הדין- אנשים שישבו בכיכר העיר והיו מודעים לכל החוקים ולכל האנשם שהיו באים ובעצם היו נותנים כבר עצות לאנשים החדשים שהיו באים.
* יוריס פרודנטס (חכמי המשפט)- אנשים אינטקלטואלים שישבו והתעמקו במשפט והתמחו בו. ואנשים החלו לפנות אליהם בנוסף לכהני הדת (מאוחר יותר הם נהיו אוטוריטה מעל כהני הדת) לאחר מכן גם החלו להעלות את דבריהם על כתב וגם השופטים החלו לפנות אליהם בשאלות משפטיות.

**מנהגים:**

מנהג זוהי הנורמה המשפטית העתיקה ביותר- זוהי מילה נוספת למסורת.

אלו אינם כללים קבועים אך אנו נוטים לחזור עליהם כל הזמן. זוהי "גחמה שנתקעה".

מנהג- התנהגות מחזורית שיוצרת הכרה או ציפייה בבני אותה חברה שההתנהגות תמשיך ותחזור על עצמה.

ההתנהגות המחזורית הזו יוצאת כוח נורמטיבי מכוון התנהגות, כוח משפטי ובמידה וזה לא קורה אנו רואים בכך פגיעה של ממש בצדק.

מנהגים היו תמיד בחברות קטנות וצקדים וחקיקיה התפתחו מאוחר יותר.

הבעיה במנהגים היא בהמנהג לא ברור דיו ואנו לא מרגישים נוח עם כך לכן אנו מנסים לעגן את המנהג בכל מיני דברים כמו:

* להפוך את המנהג לחוק- כמו שחוקקו את חוק הפיצויים לפיטורים לאחר שזה היה מנהג.
* להפוך את המנהג לתקדים- אנו באים לביהמ"ש וטוענים כי אדם סטה מהמנהג ודורשים כי יקבע כי אכן כך צריך להיות הדבר.

\*\*בחברה מנהגית אחד התפקידים החשובים של המשפט הוא קודם כל לעגן את המנהג- להכריז עליו. (כמו החגים שיש לנו). פעם היו טקסים של הכרזת מנהגים וההליך השיפוטי הוא מעין טקס שכזה. תכלית תהליך זה הוא לתת משנה תוקף, לכן ההליך הוא תהליך ציבורי.

גם כאשר מנהגים הופכים לחוק או לתקדים הם לא נעמים וכל מסיבי לכל חוק ישנה הילה שלמה של מנהגים האומרץ לנו איך להתנהג ואיך לפרש את המנהגים (למשל תקנת התעבטרה שקובע שבכביש מסויים מוצר ליסוע 100 קמ"ש אך ההילה מסביב טוענת כי אפשר ליסוע 10 יותר – זה המנהג).

המשפט כל הזמן נע בין שני כוחות סותרים שפועלין עלינו בו זמני. מצד אחד הכמיהה שלנו לוודואות ויציבות , (החברות הקדמות היו מנהגיות וזה לא היה ודאי מידי ולכן נוצרה החקיקה) ומצד שני הכוח שרוצה להגמיש וטוען כי אי אפשר להיתלות רק בכללים פן נהפוך למיטת סדום. לכן פונים לשופט שיגמיש את החוק ומפתחת תרבות שלמה של מנהגים אך גם אותם הופכים לכללי: החלטות של שופטים הופכים לתקדימים וכך בעצם נוצר מעגל של הגמשה- הקשחה.

**המשפט בימי הביניים באירופה**

לאחר התמוטטות השלטון הרומי לא היה שלטון ...

בימי הביניים החלה להיווצר באירופה משפט שהיה פחות או יותר משותף לחלקים גדולים באירופה ובמרכזה. והמשפט הזה נקרא בלטינית: ius commune . זה לא היה משפט משותף לכולם אלא פשוט מערכת של עקרונות, כללים והבנות משפטיות שהיו משותפים לאירופה במערבית והמרכזית. היוס קומונה היו 3 מרכיבים משותפים:

1. החוק הקאנוני- המשפט של הכנסיה הקטולית. הנצרות הקטולית הייתה הדת של הרוב ולכן ברור שהמשפט של הכנסיה הקטולית היה משותף לכל האירופאים.

המשפט הקטולי שונה ממה שאנו מכירים כהלכה היהודית. הדת הנוצרית שונה מהדת היהודית (הדת היהודית והאיסלאמית הם דתות הלכה (מכוונות את התנהגות האדם במהלך כל חייהם) לעומת זאת הנצרות היא דת אורתודוקסית של הלכה אלא של אמונה, מהות הנצרות היא לא משנה איך אתם מתנהגים (אוכל, שבת, וכו') מה שחשוב הוא האמונה). ולכן החוק הקאנוני הנוצרי לא דומה הלכה היהודית והוא הרבה יותר מצומם. מאז המאה ה11 בשורה של רפורמות בכנסיות מתעצמת ההבדלה בין המשפט האזרחי למשפט הדתית (הפרדה זו תמיד הייתה קיימת בנצרות). אחרי המאה ה11 החלה העבודה הרצינית והכניסה הקטולית מתחילה גם לגבש את המשפט של הכנסיה הקטולית (שאלות- תשובות). האוסף הקאנוני המחייב של הכניסה הקטולית הוא בשנת 1234 ע"י האפיפיור גרגוניאנוס וכך נוצר אוסף כללים משפטיים שעסקו גם בדיני משפחה, ירושה, ילדים ואפילו קצת משפט פלילי ואזרחי בנוסף לשאלות הדתיות. אח"כ נוספו עוד ספרים ע"י האפיפיורים הבאים עד שנוצר הקאנון המלא.

1. המשפט הרומי- גם אחרי נפית האימפריה הרומית, החוק הרומי של נעלם. במאה ה10-11 ואילך כאשר עולה רמת החיים באירופה ומתחיל המסחר מגיעים לאירופה טקסטים משפטיים מהמשפט הרומי מהאימפריה הביזנטית והאירופאים מגלים פתאום שיטת משפט מרהיבה ועצומה בהיקפה (1000 שנים של יצירה משפטית עצומה) בכל הנושאים המשפטיים בעלי עומק פילוסופיה משפטית. הם מתחילים לחקור את המשפט הרומי ולחבר חיבורים על סמך המפט הרומי והארות על חוקיהם. באותה תקופה קם מוסד חדש "אוניברסיטה" המממוקמת בוולוניה שבאיטליה ולאחריה מוקמות עוד אוניברסיטאות מחוץ לאיטלה גם כן. באוניברסיטאות למדו משפטים, בעיקר את החוק הקאנוני ואת המשפט הרומי.
2. משפט הסוחרים- בתקופת ימי הביניים אנשים בדר"כ לא היו עוברים ממקום למקום. אחד הקבוצות שכן היו מסתובבות ממקום למקום הם הסוחרים שהיו מביאים סחורה ממקום למקום. המסחר היה מתנהל בירידים בהם הסוחרים היו נפגשים כמה פעמים בשנה ומחליפים בינהם סחורות וחזרים למקום ביתם. מטבע הדברים היו גם סכסוכים בין הסוחרים ונוצרו כללים כיצד ראוי להתנהג. המנהגים הללו הפכו משופתים לכולם, בלי הבדל ממקום מוצאם. כך שהמשפט המסחרי הפך דומה מאוד בכל רחבי אירופה.

\*\* אותם עקרונות משותפים של המשפט הרומי והקאנוני ומשפט המסחר הופצו בעולם כולו ונוצר ה ius commune .

**קודקס מהו?**

קודקס = אוסף.

חוק גדול ומקיף בתכונת של אוסף (המקיף תחום שלם של המשפט).

החוקים הראשונים בעולם העתיק היו כולם קודקסים- לא הייתה חקיקה אחרת. לכולם היה חוק אחד גדול שהקיף את כל תחומי המשפט. למשל, בכל מדינות בעולם יש קודקס פלילי (בישראל- חוק העונשין) זהו חוק אחד עם מאות סעיפים בעל רשימה ענקית של מאות עבירות.

לכל המדינת בעולם יש קודקסים של םרוצדורה- חוק אחד המקיף את כל נושא הפרוצדורה, פלילית ואזרחית ( פרוצדורה מדברת על סמכויות, ובאילו דרך מתבצעים הדברים – הגשת תביעה וכו'). במאה ה18 החלו האירופאים לחוקק גם קודקס אזרחי, כלומר לקחו את כל המשפט האזרחי הקלאסי וקיבצו לחוק אחד. למה?

**סיבות עיקריות ליצירת קודקס אזרחי במאה ה18:**

1. סיבה תרבותית- האירופאים האמינו כי המשפט הרומי היה מסודר בצורה של קודקסים (למרות שהדבר לא באמת נכון- הייתה מעט מאוד חקיקיה ולכן היה פשוט חוק אחד הקיף הכל היה דליל ונקרא קודקס. גם קוד יוסטיניאנוס המפורסם היה בסה"כ חלק מאיסוף תרבותי של חוקים ותקנות רבות שהיו קיימות ואין שום מסורת רומית של קודקס, וכי הקודקס הוא חלק מהמורשת שלהם). \*\* אנו למדים כאן כי לא באמת משנה לנו מה באמת היה והרצון לנו להיאחז בסמלים הוא המניע אותנו.
2. רעיונות תקופת הנאורות ("ההשכלה")- מתחילה בשלהי המאה ה17 ונמשכת לאורך כל המאה ה18, שמה דגש על האדם מרכז. מביאה לשיא את הרעיונות ההחלו בתקופת הרנסאנס. תבונת האדם וחופש הרצון לו, הוא חופשי וריבוני. אם רק ישתחרר האדם מהכבלים אותם כבל עצמו מחוסר בגרותו נגיע לחיים נאורים.

תפיסות אלו השפיעו על החקיקה הקודיפיקטיבית בשני מובנים:

1. עצם ההדגשה של תבונת האדם והאמונה שהאדם יכול באמצעות התבונה שלו לפענח את צפונות העולם ולבנות עולם טוב יותר. הגיבור הגדול של אנשי הנאורות הוא ניוטון. ולכן הם חשבו שהם יכולים לעשות זאת גם במשפט. בדומה לז'אנר האנציקלופדיה שהתפתח באותה תקופה= ניתן להקיף את כל הידע האנושי בחיבור אחד ולקטלג את זה. חשבו כי ניתן להקיף את כל התחום האזרחי בחוק אחד ולחלק בין דברים (חוזים, נזיקין וכו').
2. המובן הפוליטי- תפיסה ששמה את האדם במרכז היא קודם כל תפיסה פוליטית. הלב של העולם המודרני הוא פוליטיקה. אין שום כוח חיצוני שיכול לקבוע לאדם מה לעשות והאדם הוא ריבון והוא חופשי לעצב את חייו כרצונו. (כאן גם צומח מחדש הרעיון של דמוקרטיה- מתוך האמונה בריבונות של חייו). צומחת התפיסה "רפובליקניזם" האדם חלק מהחברה וחייב להשתתף בחיים הציבוריים.

תהליך הפוזיטיביזציה- כלומר, הכתיבה של המשפט שחור על גבי לבן. אם האדם במרכז אנו רוצים שהמשפט יהיה רק משפט שנוצר על ידינו ולא איזה משפט שתמיד היה קיים מבלי לדעת מי ולמה הוא נוצר. בתוך הגל של הפוזיטיביזציה נוצר רעיון החוקה- טקסט שהמטרה שלו היא לטפל שנושאים של מבנה המשטא וזכויות האדם.

קיים גם האלמנט שחקיקה היא צורת משפט דמוקרטית וכך האנשים יכולים להשתמש בחור ולהשתתף בו- ושיהיה כתוב, ואם כבר כתוב אז בטקסט אחד.

**הקודקס מבטא את רעיונות הנאורות של המודרנה- ולכן הופך לסמל של המודרנה.**

1. המדינה הריכוזית (סוג חדש של מדינה שנוצרה)- בעבר לא היה כוח אחד גדול שמרכז את המדינה ולכן גם המשפט היה מופשט והיו רק נקודות של חקיקיה ולא חקיקה מסיבית. מסוף ימי הביניים כשהחל להיווצר בהדרגה סוג חדש של מדינה זה עם שלטון יעיל, בתי המלוכה האבסולטים ששולטים מהמרכז על שטחים גיטוגרפיים גדולים (מלך ספרד, אנגליה, צרפת..) ברגע שזה שהמדינה הופכת למסועפת יותר צריך משפט מסוג אחד ואי אפשר להסתמך על מנהגים, ואם כבר מנהגים אז אילו? המשפט הופך לפוזיטיבי יותר, לכתוב וריכוזי ויש גוף שכותב את המשפט ומפיץ אותו בצורה ריכוזית וגם אוכף אותו. בתוספת הרעיונות של הנאורות מקבלים מגה-חקיקה , ככל השהשליטים רואים עצם יותר נאורים כך הן נוטים יותר לכתוב קודקסים.

מדינות אירופה החלו לחוקק קודקסים בהתלהבות רבה. אחד הקודקסים הידועים ביותר הוא :

**הקודקס האזרחי- צרפתי 1804(קוד סיויל/ קוד נפוליאון)**

קוד נפוליאון הוא קודקס קלאסי מודרני המביע את רוב הרעיונות שהוזכרו לעיל. הקודקס הצרפתי הוא מופת לקודקס מאורגן. הקודקס מחולק לשלושה ספרים:

* "האנשים"- מכיל את ענפי המשפט העוסקים באדם, החלק של כשרות משפטית( דיני משפחה, ירושה).
* דיני הקניין.
* הדרכים השונות להעברת קניין ( דיני החיובים- רצוניים ולא רצוניים).

היה מאמץ שהקודקס יהיה קצר ומובן. נפוליאון רצה במפורש שהמשפט יהיה נגיש לצרפתי ההמוצע, שיוכל להבין מהחוק. **יש פה אלמנט דמוקרטי ברור של הדגשת המשפט לעם.** בזכות בהירותו, וההילה האינטלקטואלית שלו הוצא הקודקס למדינות רבות ורוב מדינות העולם העתיקו/קיבלו השראה ממנו.

**הקודקס האזרחי הגרמני BGB , 1900**

נכנס לתוקף ב 1 בינואר 1900 ונחשב לאחד הקודקסים המשפיעים ביותר בעולם ומדינות רבות העתיקו/ השוראו ממנו. הוא מייצג את תקופת הנאורות גם כן אך באופן שונה, הקודקס הגרמני פחות דמוקרטי ואין בו שום רצון להנגיש את המשפט לחברה. החקיקה הייתה רק בהשתתפות פרופ' וחכמים.

הייתה יומרה למדעיות פחות מלדמוקרטיה מכמה סיבות:

א. גמרניה לא הייתה בכלל מדינה דמוקרטית (גם צרפת לא הייתה, אך שם הייתה יומרה לשמר את המבנה המהפכני הרפובליקני של השתתפות האזרחים בעם ובחברה). היה קיסר עד מלחמת העולם ה1 והשולטים ה האצילה היונקרית והמעמד הבינוני כלל אינו משתתף בשלטון.

ב. הקודקס הצרפתי נכתב בתקופת הרומנטיקה, תקופה של ראקציה לרעיונות הנאורות וההבנה כי האגם הוא לא רק שכל אלא גם יש לו רגשות, רצונות וחייבים להביא אותם לידי ביטוי. **לעומת זאת הקודקס הגרמני**, עובדים עליו במשך 20 שנה ובתקופה שבה עוד הפעם יש התלהבות אדירה מהמדע , תקופה סופר מהפכנית. הגילויים המהפכניים השפיעו עליהם בחיי היומיום (חשמל בבתים, בנייה גבוה, מעליות, טלפון, מכוניות, רכבות, גילויים ברפואה) ובשל השינוי בחיים הנגרם ע"י המדע והשלטון במדע עולה המחשבה כי ניתן להוביל את החברה בצורה מדעית ולפתח את החברה בצורה טובה יותר, נולדים מדעי החברה. ובינהם התפיסה המדעית של המשפט, ניתן ליצור משפט יותר מדעי ויותר משוכלל, ניתן לנסח חקיקה בצורה יותר טובה, בתקופה זו נכתב הקודקס הגרמני ולכן הוא יותר מדעי ומתוכנן. הוא מכיל 5 ספרים שמחולקים בצורה יוצאת דופן ובעל הגדרות משפטיות מצויינות. הקודקס לא כל כך ברור ולא נוח לשימוש להדיוט, אבל זוהי קתדרלה של משפט.

**הקודקס השוויצרי מ1907**

היווה גם כן מקור השראה לחקיקה רבה במדינות אחרות וגם לישראל.

**פרשנות הקודקסים** היחס שבין דבר החקיקיה לפרשנות השיפוטית שלו.

ישנה איזו הנחה מוטעית בעיקר בקרב משפטנים שלא שייכים למסורת הרואמנו- גרמנית/קאנונית אלא שייכים לאנגלוסקסית, ששיטה עם קודקסים נועדה ליתר פרשנות שיפוטית ולצמצם את תפקידם של בתי המשפט. הנחה זו מוטעית וחכן נדון בעניין ונעשה בו סדר.

האם זה נכון כי בחיקוק הקודקסים אכן רצו לייתר את הפרשנות המשפטית של המשפטנים ובתי המשפט?

* נכון, מנסחי הקודקסים המודרניים באירופה אכן האמינו ברעיונות הנאורות והתבונה האנושית וקיוו והאמינו כי יוכלו ליצור משפט ובעיקר חקיקה משוכללת שתעזור להם לחשוב ולמנוע בעיות שיצעוררו בעתיד, חקיקה שתיתן תשובות לבעיות םרשניות שעלולות להתעורר. ( אם כי זה נכון לכל מחוקק בעקרון).
* נכון, בעולם המודרני במאה ה19 ןבעיקר במאה ה20 הירופאים מדגישים כי מבחינת התאוריה הפוליטית, הפרלמנט נמצא למעלה והוא זה שיוצר את המסגרת של החוק.
* זה לא אומר שהאירופאיים חשבו/ קיוו/ האמני שקודקסים מייתרים בתי משפט ופרשנות משפטית! האירופאים לא מטומטמים והם לא באמת חשבו כי אין צורך בעוכי דין ומשפטנים וכי יש צורך ביצירה המשפטית. לדוגמא:
1. סעיף 5 לקודקס האזרחי הצרפתי קובע כי אסור לקבוע אמירות כלליות ולהתייחס רק לאדם הסצפציפי הזה. אין תקדים מחייב.

סעיף 4 קובע את העקרון כי השופט חייב לשפוט בכל תיק שמגיע אליו. נכתב כי בכוונה הוכנס הסעיף הזה, בכדי שגם כאשר השופטים לא מוצאים פתרון בקודקס ולא בהיקש אנו רוצים שהם יפסקו! "שייצרו משפט" – השופטים אשכרה מייצרים משפט! ( למרות שהם לא נפוליאון ולא הפרלמנט).

אין בצרפת תקדים מחייב כמו באנגלוסאקסיות אבל אכן יש תקדים.

 בקודקס הצרפתי יש רק 4 סעיפים בדיני הנזיקין. אז על מה בנויים דיני הנזיקין הצרפתים? על הלכה פסוקה.

סעיפים דומים לסעיף 4 הצרפתי מצויים בכל הקודקסים האירופאיים.

\*\*הצרפתים אכן רצו ליצור חוק משוכלל אך אין זה אומר כי הם רצו לייתר את הפרשנות המשפטית. אי אפשר בלי בתי משפט ומשפטנים- הדבר יגרום לחוסר צדק.

1. הקודקס הגרמני עם כל המדעיות. גם בו יש אלמנטים של השלמת משפט ופרשנות. ה BGB במפורש שוטל סעיפי שסתום (תום לב בחוק הישראלי- העתקנו מהקודקס הגרמני) וזה נעשה בכוונה כדי לתת לשופטים מרווח יצירה.
2. במאה ה19 בתקופות מסוימות אכן היו פרשנויות מצומצות כי לשופטים אסור ליצור. אלו אסקולות קטנות שנעלמו, והחל מהמאה ה19 עולה האסקולה התיליאולוגית- התכליתית (המשמשת בארץ) כשהשופט פוסק הוא צריך לחשוב למה נוצר החוק ולהבין מה תכליתו. (אנו אנשים עם שכל ולא רובוטים).

**לסיכום, האירופאים ניסו ליצור את החקיקיה הכי משוכללת שהם יכולים, אך מעולם לא חשבו כי יש לייתר הפרשנות השיפוטית.**

תפקיד השפיטה בעקבות הנאמר בשיעורים האחרונים:

1. שיפוט זהו תפקיד שכולל בחובו מעצם טבעו, שיקול דעת. לשם כך יש שופטים.

הגדרה של שיפוט היא התאמה של כלל למקרה ספציפי. אין שיפוט בלי שיקול דעת.

1. תפקיד שיפוטי מעצם טבעו הוא תפקיד יצירתי. התאמת הכלל למקרה ספציפי משמעה יצירה של דבר חדש. היצירתיות היא לא בלתי מוגבלת, הוא לא מסתכל רק על המקרה אלא גם על הכלל.
2. שיקול הדעת של השופט הוא רחב יותר משל פקידים. והשופט פועל מחוץ למסגרת.

לקרוא מדינה הרווחה המודרנית ובתי המשפט.

**בתי המשפט**

1. **מערכות בתי משפט**

בעולם האנגלו סאקסי ובמידה גם בארץ ישנה פירמידה אחת של בתי משפט, יכולות להיות בה כמה ערכאות אבל הפירמידה עוסקת בכל הנושאים כולם. לעומת זאת באירופה ובחלק מהמדינות אמריקה הלטינית יש לפחות 2 מערכות שונות של בתי משפט:

1. עוסקת משפט אזרחי ופלילי.
2. לפחות עוד אחת עם כמה ערכאות שעוסקת במשפט מנהלי, כלומר אותו תחון העוסק במנהל הציבורי (סכסוכים של האזרח עם רשויות המדינה).

ישנם מדינות כמו גרמניה למשל, בהם יש 5 מערכות שונות של מערכת המשפט: אזרחי פלילי, מנהלי, לעניינים סוציאליים, לעניינים פיננסיים, ענייני עבודה. אלו הם בתי משפט נפרדים לחלוטין ואין ערבוב בינהם.

מכיוון שישנם לפחות 2 מערכות שונות של בתי משפט עלולים להיווצר סכסוכים לאן לפנות. אז כמו שנהוג בארץ הולכים לאחד מהם ושם הוא ידון בתיק אלא אם כן יקבע כי התיק צריך לעבור לצד אחר. במקרים קיצוניים אפשר להגיש עתירה לבימ"ש מיוחד שהוא מגשר והם מחליטים לאן התיק הולך.

**נשאלת השאלה למה יש צורך במערכות משפט שונות?**

**האירופאים אומרים כי יש צורך בכך כי קיים הבדל עקרוני בין 2 סוגי בתי המשפט גם בעקרון וגם בתוצאה.** **עקרון-** עתירה כנגד המדינה היא למעשה עתירה כנגד הכלל, הציבור. בעקרון גם במדינות אחרות תביע שכזו היא גנד המדינה, אבל הם טוענים כי חשוב להם העקרון וכי השופט צריך לשקול שיקולים יותר מהותיים הנוגעים למדינה. המדינה היא לא אותו שחקן כמו אדם פרטי. (כשנכנסים לאולם של בימ"ש מנהלי ולא אזרחי כי פרקליטות המדינה יושבת גם כן על במה). **תוצאה-** כשתובע ראובן את שמעון על הפרת חוזה זה סכסוך פרטי בינהם, לעומת זאת בעתירה מנהלית התוצאה אוטומטית חלה על כל העולם (פיירו שמגיד תביעה מנהלית על זה שמילאנו החליטו להחליף את כל הפחים וכל האזרחים של מילאנו צריכים לשלם אגרה על כך. אם ביהמ"ש מקבל את תביעתו של פיירו ולכן האגרה מתבטלת לכל התושבים ולא רק לפיירו) בעצם קביעות ביהמ"ש המנהלי דומות למעין סוג של חקיקה משום שהוא נוגע לכולם אוטומטית מעצם טבעו של ההליך. **ולכן הליך מנהלי עקרונית ותוצאתית הוא אחר לחלוטים מבחינת הרעיון, ההבנה והתוצאה של פסק הדין ויש צורך למערכת נפרדת לחלוטין**.

במדינות אירופה והרומאנו גרמאניות חוץ מזה שיש מערכות משפט שונות של מנהלי אזרחי ועוד. ישנו גם גוף שיפוטי מיוחד לענייני חוקה. לעומת זאת בעולם האנגלו-סאקסי יש רק מערכת משפט אחת שעוסקת בהכל גם בענייני החוקה. ביהמ"ש לחוקה הראשון הוא ב1920 בעיר פראג והשני הוקם באוקטובר 1920 בווינה בירת אוסטריה אחרי מלחמת העולם הראשונה, מי שהקים אותם היה יהודי הנאס קייסל שהמיר את דתו לנצרות והיה מגדולי הגאונים של המשפט במאה ה20 למשפט בינלאומי.

**בתי משפט לחוקה**: אנו נוהגים להפריד בין 2 צורות עיקריות של פנייה לבית המשפט לחוקה (נקרא תקיפה)

תקיפה מראש: (רק במדינות בהם שי בימ"ש לחוקה) המודל המקורי שעליו קנסל חשב. אנו תוקפים את הנורמה שאנו טוענים שהיא לא חוקתית עוד בזמן הליך חקיקתה. ישנם קבוצות אנשים בתוך הפרלמנט שרשאים לפנות לגוף החוקתי ולהגיד כי החוק שמחוקקים כעת הוא לא חוקתי! נקראת תקיפה מראש משום שהנורמה שאנו טוענים שהיא לא חוקתית טרם נחקקה- עוד לפני שיצאה לאויר העולם או ממש תקופה קצר אחרי שחוקקה. למשל בצרפת ביהמ"ש לחוקה נקרא מועצת החוקה והוא חלק מהפרלמנט מבחינה פורמאלית, כך גם במדינות סקנדינביה

תקיפה בדיעבד: החוק / תקנה (צו בית משפט גם כן) כבר קיים שאנו רוצים לתקוף כלא חוקתי ואז פונים לביהמ"ש לחוקה. תקיפה זו מתחלקת לשניים:

1. תקיפה ישירה- מצב בו אנו פונים ישירות לבימ"ש לחוקה וטוענים כי הנורמה הזו לא חוקתית.
2. תקיפה עקיפה- לא פונים ישירות לביהמ"ש לחוקה אלא מגישים תביעה / עתירה נגד המדינה לבימ"ש רגיל ובמסגרת אותה תביעה /עתירה טוענים גם טענה חוקתית. בעולם האנגלו סאקסי ימשיך ביהמ"ש לדון באותה טענה. ואילו באירופה, ברגע שעולה טענה חוקתית, עוברת התביעה/ העתירה לביהמ"ש לחוקה.

בחלק מארצות אירופה, למשל בצרפת התחילה כמדינה של תקיפה מראש אך רוא שזה לא פותר את כל הבעיות ולפעמים בשל שינוי המציאות ראו שהחור יוצר בעיות חוקתיות וכך בהדרגה החל ביהמ"ש לחוקה לבחון חוקים גם בתקיפה בדיעבד.

1. **ערכאות שונות + ביהמ"ש העליון**

בכל העולם גם באירופה יש בדר"כ 3 ערכאות.

1. הנמוכה מבינהם היא- ערכאת דיון. לפעמים ישנם מקומות בהם ערכאת הדיון מתחלת לשניים: לתיקים קטנים ולתיקים גדולים (סכום גבוה או עונד גבוה) .
2. ערכאת ערעור – במאה ה20 מקובל כי על כל תיק שמתחיל יש עליו זכות ערעור אחת.
3. ביהמ"ש העליון- בית משפט מפקח. מפקח על המערכת מלמעלה. באירופה אנו מוצאים שני סוגים של בתי משפטים עליונים מפקחים:
4. בית משפט עליון של ערעורים ברשות- מאחר שבאירופה ישנה ערכאת ערעור מובנית והייתה זכות לערער למחוזי אז הערעור לעליון הוא ברשות וצריך לקבל רשות תוך כדי הסבר מדוע התיק כה חשוב.

להבדיל מישראל (בישראל אין לנו ערכאה ראשונה שהיא רק דיון וניתן לפנות ישר למחוזי ואז הערעור לעליון הוא ערעור בזכות ולא ברשות ואז העליון שלנו מתעסק באלפי תיקים שטותיים).

1. מיוחדת למדינות הרומאנית דרום אירופה (הלטיניות בעיקר) "קסציה" נגזרת משמו של בית המשפט העליון בצרפת court the cassation - זוהי דרך אחרת של פיקוח על פסקי דין והיא הולכת כך: אחרי שאדם ניצל את זכויות הערעור שלו הוא יכול להגיש עתירה לבית המשפט לקבציה בבקשה שביה"מש ישבור את ההחלטה של ביהמ"ש. בקסציה השופטים שומעים עוד הפעם את התיק ורק מחליטים אם הם מאשרים את הפס"ד מלמטה או שוברים אותו (לכן הפס"ד מאוד קצר). אם הם שוברים את הפס"ד התיק חוזר חזרה ביהמ"ש מטה והם צריכים לדון בתיק עוד הפעם והוא יכול להחליט עוד הפעם כמו ההחלטה הקודמת שלו, הוא לא כפוף לפעול עפ"י הקסציה. אם עוד הפעם ביהמ"ש מגיע לאותה החלטה וזה מגיע לקסציה, הקסציה מתכנסת בהקרב מורחב ועוד הפעם שוברת את ההחלטה- הפעם ביהמ"ש מטה יהיה חייב להקשיב לקסציה- לא מטעמים של תקדים מחייב אלא מטעמי יעילות. (באיטליה אם הסציה שוברת אז ביהמ"ש מטה יהיה חייב ישר מהשבירה הראשונה לשנות החלטה). הקסציה מקבל הרבה מאוד עתירות בשנה והוא פשוט עובר עליהם במהירות.

**הבדלים תרבותיים ותפיסתיים בתרבות המערב:**

נראה כי התרבות המערבית היא אחת אך בתוך התרבות המערבית ישנם הבדלים המשפיעים גם על תפיסת המשפט:

1. מחשבה פרקטית מול מחשבה עקרונית- ניתן לומר כי המחשבה האנגלו סאקסית נוטה להיות יותר פרקטית בעוד שהמחשבה האירופית נוטה להיות יותר עקרונית. בעולם האנגלו סאקסי יש יותר מוכנות לקבל פתרונות שהם יותר פראקטיים למשל: עסקאות טיעון- בהם המדינה כורתת עסקה עם עבריין בה הוא מודה בחלק מסעיפי האישום ובתמורה המדינה דורשת עונש מופחת- האירופאים נחרדים מדבר זה "מה ז"א שהמדינה כורתת עיסקה עם עבריין?! זה מנוגד לכל הרעיון הבסיסי של המשפט הפלילי.
2. תפיסת המדינה – באיך האנשים בעולם האנגלו סאקסי תופסים את המדינה- באירופה מכל מיני סיבות היסטוריות המדינה המודרנית המערבית נתפסת כדבר טוב בעיקרו. משום שהריבונות שלה מבוססת על הריבונות של האדם- אנו חופשיים לעצב בעצמינו את חיינו, היא משווה לנגד עיניה את האדם ומחויבת לנהוג בשוויון כלפי כולם. המדינה המודרנית לטענת האירופאים הביא קידמה לאנושות. המשפט לפי התפיסה האירופית הוא המכשיר העיקרי של המדינה- איך המדינה פועלת? באמצעות המוסדות הפוליטיים, המנהליים ובאמצעות המשפט. השפה בה המדינה המודרנית מדברת היא שפה משפטית ולכן המשפט הוא הזרוע העיקרית של המדינה. בלי המשפט כל הערכים הגדולים של שוויוניות , זכויות האדם ועוד היו נשארים כמילים ריקות. לעומת זאת בעולם האנגלו סאקסי התפתחה שיטה אחרת מסיבות היסטוריות והיא חשד כלפי המדינה- המדינה היא דבר חשוב משום שהיא מבטיחה יציבות וסדר ובטחון אבל המדינה היא גם דבר מסוכן בפוטנציה- לפתחה של המדינה רובץ חטט של שימוש מוגזם בכוח ולכן היחס האנגלו סאקסי הוא יחש של "כבדה וחשדה" . לפי התפיסה הזו מערכת המשפט ובעיקר בתי המשפט הם בעלי מהות כפולה: מצד אחד הם זרוע של המדינה ומבטאים את כוחה וריבנותה אך מצד שני הם גם מכשיר שמגן על האזרח מפני הכוח של המדינה.

\*\* כך אנחנו יכולים להבין את עניין הפירמידות באירופה- מבחינתם השוני המהותי הזה מצריך משהו אחר. לעומת זאת האנגלו סאקסי אומרים כי בית המשפט בין כה וכה תפקידם להגן על האזרח.

1. **פרוצדורה משפטית (אזרחית ופלילית)**

אחד ההבדלים הגדולים בצורה בה מתנהלים התיקים בבתי המשפט בין העולם האנגלו סאקסי לאירופה:

ניהול המשפט: בעולם האנגלו סאקסי היא השיטה האדברסרית ובאירופה היא האינקקיזטורית.

השיטה האדברסרית- באה מהמילה יריב באנגלית. הצדדים מנהלים בעצמם את הדיון. כל צד בא עם האמת שלו ומההתנגשות של שתי האמיתות תצא האמת האמיתית לאור. הצדדים הם אלו שחוקרים את העדים (כמו בסרטים) השופט כמעט לא מתערב והוא רק מכוון את הדיון.

השיטה האינקוויזטורית- מהמובן המקורי של אינקוויזיציה- חקירה: השופט הוא שחוקר. השופט מנהל את המשפט, שואל את השאלות וחוקר את העדים.

סיבה עיקרית להבדל היא סיבה היסטורית. בתי המשפט של הכנסיה הקטולית ובתי המשפט שעבדו בשיטה הרומית עבדו שניהם בשיטה האינקוויזטורי. באנגליה לעומת זאת ה"יוס קומונה" לא חדר לאנגליה ושם הייתה התפתחות נפרדת ולא היו אותם שורשים היסטוריים.

סיבה נוספת להבדל היא סיבה תאורטית: האנגלים ובעקבותיהם האמריקאים באים ואמירם למדינה "אנחנו ילדים גדולים" ויכולים לנהל את המשפטים שלנו עצמינו, כל מה שאנו צריכים ממך זה פורום לניהול המשפט. (בגלל זה גם יש בחלק מהם חבר מושבעים- השופט אפילו לא קובע את פסק הדין). לעומת זאת באירופה באים ואומרים " מה הפחד הזה?" הרי השופט שיושב בדין יושב שם בסמל המדינה והוא דמות ממלכתית ושופט מטעם הציבור ולכן אין שום בעיה שהוא יתערב לעומק. הם לא חושדים מראש במדינה ובשופט.

הליכים פליליים

בעולם האנגלו סאקסי **הדגש הוא על פרוצדורה** ופחות על דיני העונשין המהותיים (כמו בסרטים: הראיה הזו קבילה? השאלה הזו מתאימה? וכדומה) . עיקר הדיון הפלילי הוא פרוצדוראלי משום שלטענתם מה שחשוב במשפט הפלילי מעבר לעקרנות יש פרוצידורה שמגינה על הנאשם או לא ועיקר הויכוח הוא פורצדוראלי. למשל זה מתבטא בדיני הראיות (מתבססים על קבילות ראיות) שמאוד נוקשים בעולם האנגלו סאקסי שטוענים כי מה שמגן על הנאשם בתכלס זה הפרוצדורה. אם יש ראיה שהיא לא קבילה כמו למשל "עדות שמיעה" כלל אי אפשר להביא את הראיה הזו למשפט. באירופה לעומת זאת מה שחשוב זה העקרונות הפיליים הגדולים. הפרוצדורה חשובה גם כן אך אין צורך להגזים. אין קבילות ראיות אך יש "משקל ראיות" וניתן להביא כמעט כל ראיה והשופט ייחס את החשיבות הנדרשת לכל ראייה- אין מה לפחד מהשופט הוא ישמע הכל וישקול את הדברים. באנגלו סאקסים שיטות החקירה משולשות ויש חקירה ראשית של הסנגור (שבה אסור לשאול שאלות מנחות) ואז יש חקירה נגדית ואז יש חקירה חוזרת. באירופה לא קיימים הדברים האלו וטוענים כי יש להביא את העד והשופט פשוט ישאל אותו כמה שאלות וזה הכל (האירופאים יותר רוצים להביא לחקר האמת כאילו "בכל דרך").

לסיכום, האירופאים לא חושדים בשופט ומצידים בפניו כל ראייה והאנגלו סאקסים כן חושדים ודוגלים בפרוצדורה ויש להם קיבלות ראיות וכדומה.

\*\*ישנה נטייה בקרב סטודנטים למשפטים בעולם האנגלו סאקסים שהאירופאים יותר נוקשים בהעמדה לדין. להפך, יש הרבה יותר זיכויים באירופה בהליך פלילי מאשר בעולם האנגלו סאקסי. האירופאים יותר גמישים בתוך אולם ביהמ"ש וסומכים על השופט, אך מחוץ לאולם האירופאים מאוד מקפידים על זכויות האדם. למשל:

* כל הליך החקירה במשטרה ופרקליטות מלווה באופן צמוד. החוקים והחוקות האירופאיות מחייבים את התובעים לשמור על זכויות האדם . חיפוש , מעצר וכדומה נשמר ביתר קפידות ויש פיקוח חזק מאוד של רשויות התביעה על המשטרה. ויש פיקוח של השופט על חלק מהחקירה גם כן.
* באירופה הם מאוד עקרוניים ואין עסקאות טיעון
* באירופה אין שיקול דעת לפרקליטות האם להגיש כתב אישום או לא. בעולם האנגלו סאקסי יש לפרקליטות שיקול דעת והוא יכול לא להגיש כתב אישום כי הוא חושב שלא תהיה הרשעה למרות שהתיק חשוב . ואילו באירופה אין אפשרות לא לסגור תיק והם רוצים כי גם אם לא תהיה הרשעה העיקר שמעל ראש האדם יהיה כתוב "זכאי".
* הודאה- אם הנאשם מודה אז בעולם האנגלו סאקסי נגמר המשפט וזה הכל. באירופה לא משנה אם הוא מודה או לא, זה משמש כראייה נגדו אך המדינה צריכה להביא עוד ראיות כנגדו.

הליכים אזרחיים

גם בו באירופה תפיסת המדינה משפיעה בכמה מובנים:

1. גם הליכים אזרחיים הם אינקוויזטורים- אם צריך להביא עד מומחה ביהמ"ש מביא את העד המומחה. השופט מתערב בכל דבר והכל עובר דרך השופט. עיקר התהליכים נעשים בכתב מבלי להגיע לבהימ"ש.
2. השפעה של המדינה- כמעט בכ תיק אזרחי צריך לשים עותק של תהביעה גם בפרקליטות המדינה והפרקליטות גם כן צריכה להחליט אם יש עניין בציבור ואז המדינה מתערבת במשפט למרות שזהו עניין פרטי. המדינה היא עניין ציבורי. גם באנגלו סאקסי המדינה יכולה להתערב, אך הרבה פחות.

**המשפט האנגלי**

1. **הסטוריה של המשפט האנגלי**

מעטות השיטות בהן ההיסטוריה חשובה מאוד כדי להבינם.

עד המאה ה11 אנגליה הייתה דיי דומה לשאר אירופה והמשפט האנגלי היה דומה למשפט באשר אירופה גם כן. במובן הזה שהמשפט התבסס בעיקרו על המנגים. מדי פעם היה פונים לשיפוט, לזקני העיירה / אנשים בלי אוטוריטה לשפוט. והייתה מעט מאוד חקיקה. אם היה איזה מלך טיפה יותר יעיל הוא יצר קצת חקיקה.

במאה ה11 הדברים באנגליה משתנים והיא תופסת כיוון אחר במאורע פוליטי.

בכל אירופה באותה תקופה היו מריבות בין אצילים שונים על כיבושי שטחים וכדומה. בצפון מערב צרפת בחבל נורמנדיה "גיום" הדוכס של החבל, מחליט כי במקום להילחם עם שכניו באזור צרפת של היום, החליט לגייס צבא ולעבור לכיוון אנגליה שם יהיה לו צבא חזק יותר ויצליח לכבוש את אנגליה דיי מהר. באוקטובר 1066 הוא מפליג לאנגליה וב14 באוקטובר 1066 הוא מנצח בקרב וכובש בסערה את הקואליציה של הנאגלוסקסקים. והם קוראים לו וויליאם הראשון. הכיבוש הנורמאני משנה את ההסטוריה הפוליטית והמשפטית. משום שוויליאם מגיע עם צבא חזק יותר מלאנגלים הוא משתלט במהרה על כל אנגליה ויוצר שם משטר ריכוזי יעיל יחסית לימי הביניים. הוא ויורשיו יוצרים משטר פיאודלי (בנוי בצורת פירדמיה על המלך למעלה ומחלק אותה לאחוזות שניתנות לכל מפקד צבא , הם הואסאלים שלו שקיבלו בכחירה רצועות אדמה ומשלמים למלך מיסים ולהילחם איתו במלחמות ובמועצת המלך וכדומה). המערכת הפיאודלית עובדת לא רע על להתקוממות האצילים הואסאלים.

מצד אחד המלכים הנורמאנים יצרו שלטון אחיד פיאודלי ומצד שני שימרו גם את השלטון המקומי ( כיבדו את המכובדים המקומיים שהיו מעיין עירייה כזאת וברמה המקומית נתן לאנשים להמשיך להתנהל בדרכם שלהם) וגם שמרו את מערכת המשפט . הכיבוש הנורמאני מסיט את ההיסטוריה האנגלית וכך באופן יוצא דופן יש לנו באירופה מערכת שלטון ריכוזית פיאודלית שגם משמרת את השלטון המקומי. **שליטה ריכוזית= מערכת משפט יציבה.**

1. **המשפט המקובל**

מדוע מערכת המשפט לא התבססה על חקיקה אלא על בתי משפט?

למדו במשפט הרומי שחברות מתקדמות יחסית יוצרות משפט שמבוסס על חקיקה.

בימי הביניים לויליאם הכבוש היה זה קצת קשה. ראשית כל הם היו זרים (הגיעו מצרפת) והאולוסיה לא ממש אהבה אותה. היה להם קשה ליצור חקיקה מלמעלה. שנית, "השלטון הריכוזי והיעיל" לא באמת כזה ריכוזי ויעיל והוא קשה מאוד לשליטה. מסיבות אלו לא כל כך עובדת החקיקה, משום שהמלך תלוי ברצון הטוב של האוכלוסיה. מה שקורה הוא שהמלך מצליח לגבות מערכת בתי משפט. שלטון הוא יד ביד עם משפט ולכל שליט היה את מערכת המשפט שלו.

הסיבות שהמשפט האנגלי מבוסס על בתי משפט:

1. שהיה שלטון ריכוזי יעיל שגיבה את בתי המשפט.
2. ממלכתיזציה של בתי המשפט- תהליך שבסופו בתי המשפט נפרדו מהמלך גופה- מהאדם עצמו- פיזית, גיאוגרפית ומבחינה תודעתית חברתית. ז"א בתי המשפט נקראו בתי המשפט של המלך, אבל הם לא היו מזוהים יותר עם המלך הספציפי אלא נתפסו בעיני האנגלים כמסודות ממלכתיים ולא כבית המשפט הפרטי של המלך. ויחסם של האנגלים אל בתי המשפט לא נבע ויחסם אל המלך. תוצאת התהליך היא שהמערכת הזו נהנתה מגב המלך והוא עמד מאחוריהם, אך מצד שני הם לא היו קשורים למלך ספציפית .

\*\*חשוב לזכור כי אין מערכות רק של שליטה מלמעלה. המלך כדי להנות מלגיטימציה של הציבור היה צריך לגלם מערכת שבה הוא גם מקשיב להם.

היפרדות בתי המשפט מהמלך לא נוצרו מאיזה תכנון פוליטי והפרדת רשויות אלא בחצי מקרה. בימי היניים לא קיים המושג "עיר בירה" כי זה לא הגיוני מבחינה פוליטית והמלכים מסתובבים בין מחוזות השליטה שלהם (כדי להזכיר את קיומן, לקחת מיסים וכדומה) . בהתחלה בתי המשפט הולכים עם המלך פיזית והבעיה הייתה שזה לא היה יעיל כלכלית. רוב הסכסוכים אז היו סכסוכי מיסים ובגלל שהמשפט היה זז פיסית היה קשה לתפוס אותו לציבור. כך הבינו כי היה יעיל יותר שבית המשפט שמתעסק במיסים ייש במקום קבוע אליו כולם יוכלו להגיע. כך בית המשפט של האוצר exchequer נפרד מפמליית המלך וישר במקום קבוע- כיום לונדון. ומאז כל אחד מהואסאלים של המלך עם בעיית מס לא יכל להתלונן כי לא יודע איפה השופט והייתה כתובת קבועה. (עיקר השינויים היו בתקופה הנרי השני) . מהר מאוד הבינו האנגלים כי זה יעיל וגם בית המשפט לתביעות כלליות common pleas נפרד גם כן מהמלך והצתרף לאותו מקום של האוצר אוחריו גם ה kings bench שעסק בסכסוכים חשובים מאוד כמו ענייני קרקעות. התוצאה הייתה שהיו שלושה בתי משפט של המלך שכבר לא ישבו עם המלך וכך לאט לאט התקבעה בתודעה האנגלית הממליכתיזציה של המשפט ובתי המשפט נתפסו כמוסד ממלכתי נפרד מהמלך.

משום שאין חקיקה, מה שיוצרת מערכת המשפט הופכת להיות המשפט המקובל על כל האנגלים The common Law היום כשאמרים זאת מתכוונים למשפט שמבוסס על הפסיקה אבל אז זהו מקור המשפט שהיה משותף לאנגלים כולם. מה שהיה באנגליה זה שלטון ריכוזי יעיל ובתוכו נוצרת מערכת המשפט הזו וכך גם כשהיו בעיות עם המלך מערכת המשפט המשיכה לתפקד. **בתי המשפט** **הפכו למוסד העיקרי של המשפט האנגלי** גם אחר"כ שהייתה כבר חקיקה בתי המשפט נשארו למוסד העיקרי בשיטת המשפט האנגלית.

1. **משפט שמבוסס על פסיקה**

\*\*חקיקה נוצרה כתוצאה מהמאבקים של המלך עם הואסאלים שלו והם כפו עליו דברים מסויימים והחלטות כלשהם שהיו מעיין חוקים.

מערכת של בתי משפט יש לה אופי מסויים ובעיות מסויימות. לבסס את כל מערכת המשפט על בתי המשפט היא לא דבר של מה בכך . מערכת זו בעייתית בשני מובנים:

* זו מערכת של 50-50 או שמפסידים או שמנצחים ותמיד יש צד אחד שלא מרוצה מהמערכת (הצד שמפסיד) .
* בעצם פעולת השיפוט מניה וביה תבוע שיקול דעת. ושיקול הדעת הזה לפעמים מעורר חוסר נחת ומצד אחד אנו רוצים שהמערכת תהיה גמישה ומצד שני אנו רוצים לראות לפי אילו קריטריונים השופט פסק.

המוטו של מערכת שתי המשפט האנגלית של המלך היה Ubi remedium ibi ius "במקום שבו נמצא הסעד המשפטי שם נמצאת הזכות המשפטית" כלומר: אם אפשר לאכוף את, זה זה משפט.

מפה עולים 3 מאפיינים של המשפט הבריטי:

* מחשבה פרקטית- המחשבה האנגלוסאקסית היא מחשבה פרקטית.
* פוזיטיביזם- זו תפיסה שמתעלמת מהתוכן של החוק ואמרת כי על מנת שנורמה משפטית תחשב תקפה מספיק לנו להצביע על עובדה חברתית שיצרה את הנורמה הזאת. איך הנורמה נוצרה? אם היא נוצרה ע"י מוסד מקובל ע"י החברה זה אומר שהנורמה תקפה. זה שהיא מקובלת או לא זה לא קשור לתוקף שלה. (אנשי המשפט הטבעי יגידו כי נורמה כדי שתהיה תקפה צריך להיות לה תוכן טוב).

מערכת המשפט האנגלית באופו מסורתי היו מאוד פוזיטיביסטים ואמרו כי כדי שנורמה משפטית תהיה תקפה לא משנה התוכן שלה אלא רק השאלה האם יש גוף שיכול לאכוף אותה או לא.

השאלה האם אפשר או אי אפשר לאכוף נורמה היא שאלה לא פשוטה ויש בה הכרעות פוליטיות ותרבותיות.

* המחשבה האנגלית היא מחשבה פרוצדוראלית- שמה דגש עצום על הפרוצדורה "הזכות נגזרת מהסעד" המהות נזגזרת מהפרוצדורה, לב המשפט זה התהליך. מערכת שמבוסס על בתי משפט הפרוצדורה יוצרת מסגרת שמחייבת את השופט לפעול בתוכה. איך המשפט יתחיל יתנהל ויסתיים. הפרוצדורה גם מכניסה שוויון. מאוחר יותר גם יגידו האנגלים כי לפרוצדורה יש אלמנט דמוקרטי- היא לא כופה מנהגים אלא היא רק קובעת את הדרך בה ההליך יתרחש.

לדוגמא:

1. הדבקות של האנגלים בדיני הראיות (דיברנו לעיל).
2. הדרכים שבהם התחיל המשפט באנגליה- צווי הזימון ה writs אחד המובנים בהם המשפט האנגלי דומה לרומי- אנשים לא היו מגיעים לבית המשפט אלא למשרד של קאנסלר lord chancellor שהיה ממונה על בתי המשפט והיה צריך לספר לו את הסיפור, הוא היה מתרגם זאת למשפטית ומזמן את הנתבע ע"י צו הבאה writ . מתקופה מאוד מוקדמת הפכו הווריטס לרשימה מסוגרת של עילות תביעה כדי שהשופטים לא "יתפרעו" עם כל מיני עילות תביעה- לא אכפת לנו מה עילת התביעה רק שזה יהיה עילת תביעה מוכרת מהרשימה (ניתן לראות את הדבקות הפרוצדורה) .
3. עקרון התקדים המחייב- stare decisis האנגלים באו ואמרו כי לא משנה מה אומרים סוציולוגים והסטוריונים, שכל החלטה הופכת לתקדים מחייב, אלא אנו רוצים לקבוע ככלל פרוצדורלי אצלינו שתקדימים מחייבים קודם כל את השופטים והשופט חייב להסתכל ולבדוק מה עשו שופטים לפניו ולהשאר בהחלטה שלהם. האנגלים עושים זאת כי המערכת מבוססת על בתי המשפט ואין בה חקיקה אז הם חייבים להכניס אלמנטים של וודאות.
4. מתחום המשפט המהותי- מדיני החוזים- אחת השאלות הגדולות בדיני החוזים היא איך נדע שהצדדים הגיעו לגמירת דעת? הפתרון במשפט האירופי הוא "הקאוזה" הסיבה בלטינית, אומרים האירופאים כי יש לבדוק האם הייתה לצדדים סיבה הגיונית להכנס לחוזה (הפתרון האירופי- הגיון). לעומת זאת האנגלים שחשדו מאוד במוסד החוזה לא חיפשו סיבה הגיונית אלא רצו לראות בעין אם נכנסו לחוזה או לא ולכן יש לכתוב- חוזים הם רק בכתב. הבעיה שהיו צריכים להתמודד איתה היא שרוב האנשים לא ידעו לקרוא ולכתוב וזה לא היה פתרון טוב ולכן אימצו את העקרון של "התמורה"- כדי להשתכנע כי הייתה גמירת דעת הניצע חייב לתת תמורה כחלק מהקבלה. האנגלים לא מעניין אותם "ההיגיון" הם רוצים לראות דברים "בתכלס".

ראינו שהאנגלים מאוד פחדו מזה שאין להם מספיק וודאות ולכן יצרו פרוצדורה מאוד מסובכת. פעמים רבות הגיעו האנגלים למצבים בהיסטוריה שמערכת המשפט שלהם הייתה מאוד מסובכת ומאוד פורמליסטית. הם התחילו להרגיש כי מערכת המשפט שלהם לא עושה צדק . שם נוצרה בעייה הפוכה:

**איך נגמיש את המערכת?**

בכל מערכת של פסיקה הדרך העיקרית להגמיש את המשפט היא דרך של **פרשנות** . הפרשנות מאפרת לשופט להיות מצד אחד נאמן לטקסט תוך כדי התאמה למציאות המשתנה. איך מה אנו מפרשים?

* נוצרה הבחנה בין ה ratio decidendi ל- obiter dictum את הרציו מפרשים ומהאוביטר מתעלמים וכל השאר הוא הערות שוליים. באנגליה אין חוק נזיקין וכל דיני הנזיקין שם נוצרו ע"י המשפט – תקדים ע"ג תקדים.
* לפעמים שופטים הרחיקו לכת בפרשנות ולכן נקטו בצעד של "פיקציה" – כאילו הם לא סטו מהכלל מבחינה פורמאלית אך מבחינת המציאות היה שינוי גדול. כך גם התקדם המשפט האנגלית, במסגרת הפיקציה. במשפט האנגלי הפיקציות הם דברים טובים, הם נחשבים כנורמות לכל דבר ועניין והם מקדמות את המשפט האנגלי.

לסיכום, הדרך העיקרית להגמשת המערכת היא פרשנות החל מתקדימים ועד הפקיציות.

דרך נוספת להגמשת המשפט היא **חקיקה**: לפעמים המערכת היא כל כך מסובכת וכדי לפתור את זה צריך לבוא במכה אחת מלמעלה . לדוגמא:

* באנגליה הייתה רשימת עילות סגורה והיה צריך להתאים לעילת תביעה מוכרת כדי לתבוע , מה שהפך לבעיה מאוד קשה כי זה פוגע בצדק , לכן הפרלמנט הבריטי באמצע המאה ה13 חוקק את חוק "ווסט מיניסטר" שבא ואומר כי זה בסדר שרשימת העילות נשארת סגורה, אך אם מגיע מקרה שהוא דומה אפשר להכיר בבעית התביעה.
* הרפורמה הגדולה בבתי המשפט האנגליים בסוף המאה ה19- המערכת אז הייתה כל כך מסובכת עם סוגים רבים של סמכויות, כדי לפתור את הבעיה היה צריך להרוס הכל במכה אחת ולבנות הכל מהתחלה.

דרך נוספת להגמשת המשפט היא יצירת **מערכות משפט אחרות**:

* זה דבר שקורה לבד: כאשר החברה רואה שבתי המשפט שלה נוקשים מידי היא מחפשת לעצמה מסגרות אחרות ונתיבים עוקפים. זה מה שקרה באנגליה . אנחנו מבחינים בין שני סוגים של בתי משפט: נמוכים- מלמטה ( ברמה המקומית, של הגילדה) וגבוהים- מלמעלה.באנגליה היו תמיד מערכות מקומיות ומלכי אנגליה הכירו בהם.

סוג אחד היה "בתי המשפט של שופטי השלום": המקור של בתי המשפט הללו הוא בימי הביניים של האבירים. זהו שופט מקומי- אדם מכובד (אביר,שריף- לא עו"ד) האנגליה היו לערכאות המקומיות הללו הכרה מטעם המדינה. בנוסף, היה אפשר ללכת לבית הדין של הכניסה, לבתי דין של אדון האחוזה. היו גם בתי משפט של ימאים ובתי משפט של סוחרים. המדינה לא אהבה את בתי המשפט האלו של "הבוררים הפרטיים" משום שזה פגע במדינה גם מבחינה כלכלית וגם באוטוריטה ולכן הם עשו את כל המאמץ כדי להכניס את בתי המשפט שלהם לחברה (הוזלת אגרות, הקלת פרוצדורה ודומה).

"בתי המשפט מלמעלה"- רשויות השלטון הם אלו ששופטות (כוח פוליטי ומשפט הולכים תמיד ביחד). העם דרש מהמלך שישפוט הוא עצמו (משום שביהמ"ש עשה להם חוסר צדק ) ולאט לאט המלך הקשיב לבעיה ונתן פס"ד משל עצמו. בשל הפניות המרובות למלך וחוסר הזמן שלו הוא האצלי את הסמכות לאותו צ'נסלור השר הבכיר שהיה אחראי על בית המשפט והלורד צ'נסלור החל לשמש כשופט עד שגם הפניות אליו נהיו מרובות והוא האציל סמכות ל"מאסטר אוף דה רולס" שהיה סגנו. במהלך השנים נוצרה מערכת שיפוט מקבילה למערכת של בתי המשפט של המלך (האוצר, הכללים והעניינים החשובים) והיא המערכת של הצ'נסלור (מערכת המשפט של ה equity= Chancery –דיני היושר).

מה עשתה מערכת בתי המשפט של "האקוויטי"?

1. נתנה סעד במקרים ספציפיים – שחרור של עצורים, תיקון פס"ד או מסמך משפטי, ביטול חוזה וכו'.
2. יצירת סוגים חדשים של סעדים – בתי המשפט לא אוהבים להיות יצירתיים בסעדים שהם נותנים , אך המציאות דורשת יצירתיות ובתי המשפט של ה"אקוויטי" ענו על דרישה זו. למשל צווי עשה או אל תעשה או סעד פיצוי בעין (חיוב הצד שהפר את החוזה לקיים את החוזה).
3. המצאת זכויות חדשות- ברוב תחומי המשפט יש רשימה סגורה של זכויות אך המציאות יותר עשירה מזה. בתי המשפט של המלך לא היו מוכנים להכיר בזה. לעומת זאת ה"אקוויטי" כן. למשל המציאו את זכות הנאמנות.
4. יצירת מערכת מסודרת (פחות או יותר) של ערעור- הם פתחו פתח לערעורים מה שלא היה קיים בכלל בבית המשפט של המלך.
5. הכנסת כל מיני עקרונות משפטיים למשפט- maxims of equity - למשל מי שמבקש סעד ממערכת ה"אקוויטי" צריך להיות נקי כפיים, "עקרון העל של האקוויטי"- דיני הצדק והיושר לא יסבלו עוול בלי סעד- אם נגרם עוול אנחנו ניתן סעד.

 שימי לב כי זהו בדיוק עקרון הפוך לעקרון של בתי המשפט של המלך. בתי המשפט של המלך לא רוצים שיחפרו להם עם זכויות משפטיות- בא ה"אקוויטי" ואומר את ההפך- קודם כל יש לך זכויות ולא תשאר בלי סעד אם נגרם לך עוול. בתי המשפט של המלך היא פילוסופיה פורמליסטית ושל ה"אקוויטי" היא פפילוסופית הצדק. שני הפילוסופיות הללו הפוכות אך משלימות אחת לשנייה.

הם חיו במתח זו עם זו משום שהם מייצגות שתי תפיסות שונות של צדק.

בסופו של דבר המלך הכריע ששתי המערכות ימשיכו להתקיים בו זמנית , עם הזמן הם גם השפיעו אחת על השנייה ובתי המשפט של המלך הוגמשו ושל האוקוויטי נהיו בהם תקדימים .במאה ה19 הם אוחדו למערכת אחת.

\*\* אנחנו צריכים לדעת איך בנויה המערכת כיום ולא בדיוק את הסמכויות של כל אחת.

שיעורים: ללמוד את התרשים שבתקשוב. לקרוא את החומר על המשפט האמריקאי חוץ מהפסקי דין החוקתיים

**שיטת המשפט המשפט האמריקני**

שייך למסורת האנגלו-סאקסית.

1. **מאפיינים ייחודיים-**

א. **חשיבות המשפט:**

מרכזיות המשפט בחברה ובתרבות האמריקנית גדולה מאוד. בארה"ב בניגוד לחברות האירופאיות כמעט כל שאלה מוכרעת בסופו של דבר ע"י בית המשפט. גם בתרבות האמירקנית מערכת המשפט מאוד פופולארית (יש הרבה סדרות טלויזיה על המשפט).

למה המשפט תפס עמדה כה משמעותית בארה"ב?

* **רעיונות המהגרים מאנגליה-** אחת הסיבות העיקריות היא שארה"ב היא מדינת הגירה של מהגרים נהורים. ז"א מהגרים שהיגרו לאמריקה בסוף המאה ה17 וה18 בתקופה של הנהורות והביאו תרבות פוליטית מסויימת בה למשפט יש מקום מרכזי- וזה תפס.

לואיס הרץ פיתח תאוריית הגירה – בא ואמר כי מדינות הגירה בניגוד למה שאנו חושבים הם לא הטרוגניות או פלורליסטיות אלא להפך- הם חברות הומוגניות יחסית. הגירה היא לא תמונת ראי של חברת האם ממנה היגרו. למשל, חלק גדול מההגירה של ארה"ב הגיעה מבריטניה של סוף המאה ה17-18 בה יש קבוצות של אצולה, כמורה, עניים ומעמד ביניים גדול. לאצולה ולכמורה לא היה סיבה להגר, לעניים לא היה כסף להגר, ומעמד הביניים האנגלי הוא שהיגר- היו להם סיבות תרבותיות ופוליטות משום שלא אהבו את החיים בעותה עת בשל מלחמות הדת בהם נתונה אירופה וובמאבקים פוליטיים ומעמד הביניים לא קיבל את מה שמגיע לו למרות שנהיה חלק גדול באוכלוסייה. מעמד הביניים האמין כי בחברה החדשה באמריקה יוכלו לבנות עתיד טוב יותר. כל בעצם, אמריקה התמלאה בייצוג גדול של מעמד הביניים מבריטניה ונוצרה חברה ותרבות בדמותה של מעמד הביניים האנגלי. העולם של האנגלי הוא מאוד דתי פרוטסטנטי ובעל הרעיונות של תקופת הנהורות (בא לידי ביטוי גם בבנייה האמריקאית של הערים שהיא מאוד מסודורת ונהורה) , גם האמונה במדע והרעיונות הפוליטיים של תקופת הנהורות (האדם הוא אוטונומי במרכז והוא מחוקק לעצמו) כך החברה האמריקאית עוצבה בדמות מעמד הביניים האנגלי. (שימי לב, גם באירופה עלו הרעיונות הללו, אבל הם היו צריכים להילחם בהרבה קבוצות אחרות ע"מ לממשם). בגלל שבאמריקה לא היה אצולה ומלך לא היה עם מי להיאבק- בגלל זה גם אין סוציאליזם באמריקה. האופוזיציה לרעיוניות אלו החלו להיווצר רק בשלהי המאה ה19.

* **התפיסות האמריקאיות**- מעמד הביניים האנגלי ברח מעולם מלא מאבקים ומלחמות למאמריקה בה רצו לבנות חברה פתוחה בלי כפייה עם עיקרון פורדוראלי- חייה ותן לחיות. בשל גדולה הענק של ארה"ב היא איפשרה חברה פתוחה ובעשרות השנים הראשונות לא נוצרה אריסטוקרטיה אמריקאית (או נוצרה לפחות בצורה מושקטת). וזאת משום הגודל הדמוגרפי בזכותו יכל האדם שלא מצא חן בעייניו משהו במקום אחד- לעבור למקום אחר ולהקים בו בית. ארה"ב הייתה רעיון של ארץ החופש והאפשרויות הבלתי מוגבלות. בגלל האלמנטים של חברה פתוחה מה שהחזיק את החברה יחד הוא המשפט. הדגש לא היה על המהות אלא על פרוצדורה- המשפט הוא הפרוצדורה. "תחיה איך שאתה רוצה כל עוד אתה שומר על הסדר והמשפט". תפיסת המשפט כמחשק מתחזקת אף יותר, יותר מאוחר בשליש האחרון של המאה ה19 כשארה"ב הופכת לארץ הגירה אדירה מכל העולם. עד אז 98% היגרו מאהגליה ולאחר מכן היגרו מליונים – אותם מיליונים, מאוגדים יחד ע"י המשפט.

א.(1) **חשיבות בתי המשפט:**

בתי המשפט חשובים מאוד בחברה האמריקאית בגלל המסורת האנגלית בה לבתי המשפט יש מקום מרכזי (בתי המשפט הם מערכת המשפט כולה). תחילה לא היה פרלמנט אמריקאי והשופטים הם חזית המשפט, שם נעשה המשפט, לא הייתה חקיקה רבה. עד היום, למרות שיש ברה"ב הרבה חוקים ותקנות- לבתי המשפט יש חשיבות גדולה מאוד בתרבות האמריקאית, אפילו יותר מבשאר המדינות האנגלו-סאקסיות.

ב. **דמוקרטיות של המשפט**

אחד המאפיינים של המשפט האמריקני זה שהוא דמוקרטי במובן שהחברה הרחבה מעורבת במשפט.

דוגמאות לדומקרטיה של המשפט:

* מושבעים- זוהי לא המצאה אמריקאית, אלא זה גלגול של שיטות המשפט העתיקות בהם המשפט היה נערך בפני כל הקהילה. ההסבר כיום הוא שזה יותר דמוקרטי שהאדם ישפט ע"י אנשים כמוהו ולא האליטה. מושבעים יש בכל מדינות המערב וארה"ב חריגה בכך שמושבעים זו זכות חוקתית גם במפשט הפלילי וגם באזרחי. כיום רוב מדינות המערב ביטלו של המושבעים במשפט האזרחי והשאירו אותם רק בפלילי- בארה"ב זה נשאר בשניהם.
* האמריקאים בוחרים חלק גדול מאוד מבעלי המשרות בעולם המשפט- שופטים וראשי מערכת התביעה והאנשים הממונים על האכיפה של החוק (השריפים). למשל, במעכת המשפט הפדראלית הנשיא ממנה את השופטים והקונגרס מאשר אותם ואילו במדינות האמריקאיות יש 3 שיטות מינוי שונות: 1. ועדה למינוי שופטים לפי האיכויות שלהם. 2. מינוי ע"י נבחרי הציבור (מושל/ בית הנבחרים). 3. בחירות- 23 מדינות השופטים נבחרים במישרין ע"י הציבור. לא משנה באיזו שיטה השופט נבחר, ברוב מדינות ארה"ב השופטים עומדים לבחירה או אשרור ע"י האוכלוסייה (לאחר שנתיים בכהונה שלהם).
* קודקס אזרחי- בעולם האנגלו סאקסי אין קודקס אזרחי- זה פטנט אירופי. בארה"ב ברוב המדינות גם כן אין. אבל בכ 13 מדינות מערב ארה"ב יש קודקסים ולפי ההיסטוריה הם קיימים מהסיבות הדמוקרטיות. מדינות המערב הם המדינות האחרונות שהוקמו ואנשים שחיו שם לא אהבו את מזרח ארה"ב וטענו שבמזרח כבר נוצרה חברה סגורה כמו באירופה ואילו הם רצו חברה פתוחה ויותר דמוקרטית ולכן החליטו על קודקסים אזרחיים כדי שהאזרחים ידעו את החוק ולא יצטרכו לקחת עו"ד שישחט אותם.
* התקדמות החוק- החוק האמריקאי במאה ה19 היה אז חוק הרבה יותר מתקדם מבאירופה. באירופה החוק עדיין שימר את המצב הישן (למשל, שיש אצולה שהקרקעות שייכות לה, ואין חופש קניין, חופש מסחר לכולם). בארה"ב החוק היה דמוקרטי כבר אז במובן הזה שהיה חופש קניין, חופש מסחר.

ג. **מדע המשפט**

מכיוון שהמשפט מאוד מרכזי בתרבות האמריקאית, הוא הפך גם לחשוב מבחינה אקדמית, מה שמהווה מהלך מאוד יוצא דופן בעולם האנגלו-סאקסי, משום שבעולם האנגלוסאקסי המרכז של המשפט הוא בתי המשפט ולא האקדמיה המשפטית. במשפטים לאמריקאים יש תרומה חשובה מאוד משם שהמשפט הוא מקור מרכזי באקדמיה האמריקאית.

ד. **פדרציה**

ארה"ב היא מדינה פדרלית. כלומר- המחוזות שמרכיבים אותה יש אוטונומיה בדרגה גבוהה מאוד (ריבונות גבוהה) עד שממש אומרים שהן מדינות בפני עצמן מבחינה מסוימת. ישנה המדינה הכללית אך המחוזות שמרכיבים אותה הן ריבוניות במידה רבה- מחוקקות לעצמן ועוד. רוב המדינות הגדולות בעולם הן פדרציות (רוסיה לדוג'). יש בעולם פדרציות משתי סוגים (גודל והסטוריה). ארה"ב היא פדרציה גם בגלל הגודל וגם מסיבה הסטורית.

כמה מילים על הסטוריה אמריקאית:

כשהאירופאים מגלים את אמריקה הם עולים על אוניות ושטים למע' כולם. במהלך הזמן בשטח של צפ' אמריקה מתיישבים גם ספרדים גם אנלגים וגם צרפתים ובסופו של דבר יש ביניהם מלחמת שבע השנים שאנגליה מנצחת את צרפת (גם באירופה וגם באמריקה) ולוקחת לה את כל השטחים שלה במז' צפ' אמריקה. ואז האנגלים הופכים להיות הרוב בשטח של צפ' אמריקה. זהו שטח עצום בגודלו ואי אפשר לנהל אותו באופן ריכוזי ולכן האנגלים מחלקים את השטחים שהם חולשים עליהם לכל מיני מושבות אנגליות שונות. 15-17 מושבות סה"כ. במשך הזמן רמת החיים באמריקה עולה והאנגלים שחיים באמריקה מרגישים פריארים כי הכלכלה באמריקה פורחת והמיסים גדלים בהתאם אבל האנגלים מתייחסים אליהם כ"שוליים". האנגלים שחיו באמריקאים לא יכלו להשתלב ברמות הגבוהות של הכלכלה, הפוליטיקה והחברה האנגלית, הם נתפסו כמתיישבים, כ"פריפריות". ואז הם באו לאנגלים ואמרו- או שאנחנו חלק מ"אנגליה הגדולה" או שאנחנו מפסיקים לשלם לכם מיסים ומתנתקים מכם באופן כללי ולא נראה את מלך אנגליה כסמכות. הרגשות האנטי-אנגליים הולכים ומתגברים עד שבשנת 1773 הכריזו המתיישבים האמריקאים על מרד באנגלים. (13 מבין 17 מושבות אנגליות באמריקה, לא כולן- אלו שלא בעיקר באזור קנדה). היה מעבר של אוכלוסייה של אנטי אנגלים ופרו אנגלים למושבות אחרות בהתאם לדעתם. היתה מלחמה ביניהם ב-1773 וב-1776 המושבות באמריקה החליטו שהן ניצחו את האנגלים ושהן עצמאיות והן הכריזו ב-1776 על עצמאותה של אמריקה (13 המושבות) שכל מה שהן עשו זה להקים- קונפדרציה (כמו האיחוד האירופי של היום, מדינות עצמאיות לחלוטין שעושות ביניהן איחוד מטעמים צבאיים וכלכליים. הם עשו איחוד של 13 המושבות כדי להלחם יחד באנגלים בצבא משותף. מדינות עצמאיות לחלוטין, כל אחת עם המושל שלה, החוקים שלה ועוד והצבא יהיה אחיד). לכן מבחינה הסטורית היו 13 מדינות נפרדות אבל האליטה הפוליטית והכלכלית האמריקאית לחצה לכיוון של איחוד יותר הדוק. חשבו שיהיה טוב יותר גם מבחינה צבאית. אבל במדינות עצמן ישנם הרבה שחוששים (בעיקר במדינות הקטנות- לונג איילנד, קונטיקט, שפחדו שילכו לאיבוד מול מדינות כמו ניו יורק ווירג'יניה) ולכן זה ענין של מו"מ. בשנת 1787 נפגשים בפילדלפיה נציגים של 13 המדינות לדון בתנאים של הקונפידרציה (מה יהיה השיתוף פעולה, מהם יחסי המסחר והמיסים וכו'). באותה וועידה אנשי האליטה דחפו את הקטע של האיחוד המלא ושכנעו את הנציגים לחתום על אמנה בינלאומית בין 13 המדינות. אמנה שאומרת ש-13 מהמדינות מתאחדות לחוקה אחת. האמנה הזו היא חוקת ארה"ב. כדי לשכנע את המתנגדים היו צריכים ל"בלוע הרבה צפרדעים". לכן למשל- האמנה שותקת לגבי העבדות, החוקה מבטיחה סמכויות גדולות למדינות עצמן, החוקה קובעת רשימה של סמכויות שרק הם בסמכות הפדרציה. כל שאר הנושאים הם בסמכות המדינות ולפדרציה אסור להתעסק בהם (התיקון ה-10 לחוקה אפילו קובע זאת במפורש). בנוסף, לא הכניסו את הנושא של זכויות אדם היות היה על זה וויכוחים. לכן, מגילת זכויות האדם נכנסה רק כתיקונים לחוקה (1-10).

כך, עד היום בתרבות האמריקנית הנושא של פדרליזם מאוד חשוב. אין מע' בחירות שזה לא אחד הנושאים העיקריים שעוסקים בהם (עד כמה וושינגטון תהיה מעורבת בחיי תושבי הערים האחרות).

2 המפלגות העיקריות שארה"ב מוקמת היא הפדרליסטים ואנטי-פדרליסטים, הרפובליקנים והם ממש נאבקים אחד בשני.

הפדרליזם משפיע על האמריקאים בשלושה מובנים:

1. פיצול בדין ובמשפט- ישנם 50 מדינות נפרדות בארה"ב, בעלות ריבונות ברמה גבוהה מאוד. לכל אחת מהמדינות יש את החוקה שלה והחוקים שלה (שהם שונים ממדינה למדינה), מע' בתי משפט שונה, בית נבחרים שונה, משטרה שונה. למע' משפט אחת אין סמכות במדינה אחרת.
2. משפט בינ"ל פרטי מפותח- ענף במשפט הפרוצדורלי שעוסק בהתנגשות של דינים ממקומות שונים. במדינה פדרלית התחום הזה מאוד מפותח- לפי איזה חוק תובעים ואיך מוצאים פס"דים והלכות ממקומות שונים.
3. מרוץ לתחתית- מה שהתחרות עושה זה להגמיש את המשפט ואז לאנשים יש נטייה להשקיע ולהתיישב באותה מדינה. במדינה פדרלית זה מאוד נפוץ התחרות בענפי המשפט ולכן המשפט כמה הוא קשוח או גמיש הופך להיות שאלה חשובה בהאם זה מושך משקיעים ומתיישבים או פחות. מה שקורה בדר"כ זה שנוטים להגמיש מאוד עד שזה מגיע לתחתית.

לדוגמא:

1. מדינת ניו ג'רזי: רגשי נחיתות כי היא בין 2 מדינות גדולות והיא ניסתה לחשוב איך מושכים עסקים אליה אז היא הגמישה את חוקי החברות שלה ופנתה לתאגידים באמריקה ואמרה שכדי להם שמטות החברה ישבו אצלה כי היא תתן להן הרבה מאוד הקלות (לא לשלם מיסים וכו'). כשווילסון היה מושל ניו ג'רזי הוא אמר שאי אפשר לרדת עד כדי כך לתחתית והוא הקשיח מחדש את החוקים של ניו ג'רזי. ומי שניצל את זה מיד היתה מדינת דאלוור שלא היה שם כלום חוץ משמורות טבע והיא מיד הגמישה את דיני החברות שלה והתוצאה היא שעד היום היא מרכז התאגידים של אמריקה. (מאז היא הקשיחה את החוקים אבל זה נותר כך). דיני החברות של דאלוור נותנים את הטון לכל ארה"ב.
2. נאוואדה- הגמישו חוקי אלכוהול וחוקי הימורים. התוצאה היתה שנוצרה לאס וגאס להימורים. בנוסף, היא הגמישה את חוקי הזנות ואת דיני הנישואין והגירושין שלה. בעקבות זאת, נאוואדה הפכה למדינה מאוד עשירה. במהלך השנים אכן החוקים מעט התקשחו אך זה לא השפיע עליה כ"כ.

במקביל למגמות המפצלות הללו ישנם גם מגמות מאחידות שגורמות לאחדות המשפט למרות שמדובר ב-50 שיטות נפרדות. ישנם מס' כוחות מאחדים.

1. אמצעי התקשורת, מהפכת המחשוב ןוהתחבורה וכו'. ארה"ב היא חברה אחת עם תרבות אחת, הכל פתוח, ברגע שאנשים מכירים ויודעים איך נראה המשפט במדינות אחרות ומה הדין שם הדבר מוביל אט אט לאחדות בין המדינות. כי אחת שואבת מהשנייה ובשל זאת, יש דימיון רב בין המדינות.
2. החינוך האקדמי המשפטי האמריקני- בחלק גדול מהפוקלטות למשפטים בארה"ב לא מלמדים את המשפט המקומי של המדינה אלא דיני חוזים כללים אמריקאים. המרצים לוקחים כל מיני עקרונות שאפשר למצוא בכל השיטות והם מלמדים אותם. ואז לומדים כלל ונותנים דוגמאות מכל מיני מדינות.
3. הכתיבה המשפטית- ישנה כתיבה משפטית ספציפית. חלק גדול מאוד מהספרות המשפטית היא ספרות אמריקאית כללית שבוחנת סוגיה מבחינה תאורטית ונותנת דוגמאות מכל מיני דוגמאות וזה כשלעצמו מוביל לאחדות בדין. חוץ מזה, גם יש ספרים בתחומים מסויימים כמו נניח ספר בדיני ביטוח שנכתב במיזורי ורלוונטי לכל האמריקאים שעוסקים בביטוח. בארה"ב התפתח ז'אנר כתיבה משפטית מיוחדת שמביאה לעוד יותר האחדה: הריסטייטמנט, פרויקט שנולד בשנות ה-20 של המאה 20 כדי להביא לסדר במשפט האמריקאי. הריסטייטמנט זה סדרה של ספרים שעוסקים כמעט בכל הנושאים של המשפט האזרחי. כל ספר נכתב ע"י קבוצה גדולה של אנשים שישבנו שנים והוא נראה כמו שילוב של ספר למשפטים עם קודקס. הריסטייטמנט הפך ל"חצי תנ"ך" בארה"ב. הם לא וק בעל תוקף מחייב אבל יש להם כח רב בתרבות האמריקאית, מצטטים מהם הרבה. בהמשך יצאו עוד מס' גרסאות של ריסטטיטמנט.
4. המשפט הפדרלי- בארה"ב חוץ מה-50 שיטות משפט יש שיטת משפט של הפדרציה (נשיא ארה"ב, הממשלה שלו, הפרלמנט האמריקאי שמחוקק רק לפדרציה) ובגלל שהפדרציה שולטת בתחומיה ל כל ארה"ב היא יכולה לגרום להאחדה של המשפט. ישנם תחומים שהם בסמכות הפדרציה בלבד. והחוקה קובעת שבנושאים האלו הקונגרס רשאי לעשות כל מה שנחוץ כדי להסדיר אותם והקונגרס מפרש זאת בצורה מאוד רחבה. למשל, האמריקאים רצו לחוקק חוקים נ' עבודת ילדים אבל דיני העבודה הם התחומי המדינות. אז הקונגרס האמריקאי חוקק חוק שכל מוצר שנמכר ע"י עבודת ילדים אי אפשר יהיה למכור אותו במדינה אחרת (כי מותר לפדרציה לעסוק במסחר בין מדינות). המדינות ערערו עד ביהמ"ש העליון של ארה"ב והוא שזו פרשנות לגמרי לגיטימית של החוקה.

מעבר לרשימת הנושאים הזו לממשל המרכזי יש כל מיני שיטות להשיג דברים שהם רוצים גם בתחומים שהם לא בסמכות הפדרציה ע"י מע' המיסוי.

1. פרויקטים של חקיקה אחידה: ישנן קבוצות שהחליטו שכדי שיהיה אותו חוק מילה במילה בכל המדינות בארה"ב. והן ניסחו הצעת חוק ושיכנעו את הפרלמנטים בכל המדינות להעביר את החוק והתוצאה היא שכולן העבירו ולכל המדינות יש היום חוק זהה למרות שהוא לא חוקק מלמעלה.

לדוגמא: אנשי מסחר אמריקאים שהיתה להם בעיה כי לכל מדינה היו חוקי מסחר שונים של מדינה. וכל מה שקשור לצ'קיםף העברצ בעלויות ועוד גרמו לאי-סדר לאמריקאיים ולכן כבר בתחילת המאה ה-20 הביאו להאחדה של דיני המסחר. ישבו בפרויקט הזה משפטנים מאוד חשובים בארה"ב וב-56 הם שיכנעו את כל המדינות בארה"ב לקבל את אותו חוק- ucc. דוגמא נוספת היא חוק העונשין (לא מילה במילה אבל מאוד דומה).

**2.מערכות בתי משפט**

בארה"ב יש 51 מערכות בתי משפט שונות (50 מדינות ופדרציה).

הפרמלנט האמריקאי מורכב מ-2 בתים. בית הנבחרים והסנאט (אליו כל מדינה שולחת 2 נבחרים) (יותר נחשב להיות סנאטור מחבר בבית הנבחרים).

**נתחיל במערכות בתי המשפט של המדינות.**

לכל מדינה יש את מערכת בתי המשפט שלה והתחום שיש לה סמכות הוא רק בתוך המדינה הספציפית.

המבנה מאוד דומה למבנה שדיברנו באירופה.

* יש ערכאה ראשונה- אך ורק ערכאת דיון (ייתכן ותהיה מפוצלת לסוגים שונים או תיקים יותר קטנים וגדולים אך זו הערכאה הראשונה).

בכל מדינה יש 40-60 בתי משפט כאלה.

* מעליהם ישנה ערכאת הערעור שהוא גם ביהמ"ש העליון במדינות הקטנות.
* במדינות הגדולות יש גם ביהמ"ש עליון של המדינה והבית משפט לערעור הוא אך ורק לערעור.

המערכת הפדרלית

סמכות בתי המשפט הפדרליים-

1. סמכות לדון בכל הנושאים שהחוקה מגדירה כנושאים פדרליים. חוץ וביטחון, מס הכנסה, מטבעות, דואר, קניין רוחני, חדלות פירעון. הם יכולים להיות דיונים אזרחיים, מנהליים, חוקתיים ופליליים. ישנן עברות פדרליות (אם אדם מזייף מטבעות לדוגמא).
2. יש סמכות דיון בסכסוכים בין מדינות לבין עצמן. אם מתעורר סכסוך בין ניו-יורק לניו-ג'רזי.
3. סמכות כאשר תושב מדינה א' תובע את מדינה ב'.
4. סמכות מקבילה במקרים של תושב מדינה א' נ' תושב מדינה ב'. אם יש הפרת חוזה בין תושב מאלסקה להוואי הם יכולים ללכת או לביהמ"ש של הוואי, או לאלסקה או לפדרלי. לפי איזה חוק ישפוט ביהמ"ש הפדרלי? הרי אין לו דיני חוזים. עד 1938 ההלכה היתה שאם אין חוק ביהמ"ש שופט לפי מדינה ספציפית. במקרים בהם אין חוק ההלכה היתה שביהמ"ש הפדרלים יכלו לפתח הליכה פסוקה פדרלית. ב-1938 ההלכה נהפכה ונקבע כי אין דבר כזה משפט מקובל פדרלי וגם במקרה שאין נניח דיני חוזים בהוואי ואלסקה ביהמ"ש צריך לבדוק מה אומרת ההלכה הפסוקה בהוואי או באלסקה (יש מבחנים שהוא הולך לפיהם בבחירת המדינה).
5. שאלות חוקתיות שקשורות לחוקת ארה"ב.

מבנה מערכת בתי המשפט הפדרלית:

מורכבת משלוש ערכאות-

* ערכאת דיון, כל התיקים מתחילים בה. 94 ביהמ"ש פדרלים בערכאה ראשונה. (לפחות 1 בכל מדינה).
* ביהמ"ש לערעורים, 12 ביהמ"ש לערעורים שנמצאת ב-11 האיזורים circuit אליהם מחולקת ארה"ב לפי האוכלוסיה לא לפי השטח. ה-12 נמצא במחוז קולומביה בוושינגטון כי היא לא נמצאת בשום מדינה. Washington DC

הלכות שנקבעות בביהמ"ש לערעורים מחייבות את כל הבתי משפט באותו מחוז.

* ביהמ"ש העליון האמריקאי- הפדרלי, יושב בוושינגטון ובו 9 שופטים. כולם דנים בכל התיקים. אי אפשר להגיע אוטומטית לביהמ"ש העליון האמריקאי אלא לבקש בקשת רשות ערעור. אפשר להגיע אליו או מתוך ה-12 ביהמ"ש לערעורים או מהערכאה הגבוהה בכל אחד מבתי המשפט העליון במדינות הפזורות ובלבד שהנושא הנידון הוא נושא שהפדרציה מוסמכת לדון בו, כמו לדוגמא חופש הביטוי.

לבהימ"ש העליון מוגשות כל שנה 6,000 בקשות רשות ערעור כאלו והוא דן בבין 500-600. המוסכמה היא שאם 4 מתוך 9 השופטים מחליטים לקבל את התיק מקבלים אותו לדיון. אבל מתוך ה-500-600 ברובם המכריע הם דנים רק בכתב והצדדים בכלל לא באים לאולם. רק ב-100 מהתיקים הם מזמנים את הצדדים לאולם (או תיקים כאלו שארה"ב היא צד במשפט או תיקים של פסילת חוק).

איך נראה הליך בביהמ"ש?

לכל אחד מהצדדים יש חצי שעה לדבר, השופטים שואלים שאלות במהלך כל הזמן וברגע שנדלק אור אדום הצד חייב לשבת ונגמר השלב שלו. ועל סמך זה השופטים נותנים פסקי דין.