

# שיטות משפט

## מה הן שיטות משפט ?

- מבחינה פורמאלית, ניתן לסווג שיטות משפט לפי החלוקה המדינית-פוליטית, כלומר לכל גוף ריבוני בעולם ישנה שיטה משפטית משלו, הוא איננו צריך להשמע לשיטת משפט זרה.
- מאידך ניתן לסווג שיטות משפט שונות לפי הנקודות הבאות :
- תפיסת המשפט – כיצד אותה חברה/תרבות תופסת את המשפט ?
  - היחס בין שיטת המשפט לבין מערכות נורמטיביות (מערכת שמכוונת התנהגות) אחרות, כגון מוסר או דת.
  - הסטוריה – היסטוריה המשותפת לכמה חברות יוצרת לעיתים שיטות משפט דומות.
  - מוסדות והסדרים משפטיים.

## תפיסת המשפט

- מבחינה הסטורית ומבחינה תאורטית, ניתן להבחין כי ב-300 עד 400 שנה האחרונות, התפתחה במערב (העולם הצפון אטלנטי) תפיסה מיוחדת של המשפט, אשר שונה מן התפיסות השונות אשר היו נהוגות באירופה ומקומות אחרים קודם לכן. תפיסה זו קרויה **"שלטון החוק"**. לפי שיטה זו, כולם צריכים לציית לחוק, אזרחים ורשויות כאחד. אלמנטים לתפיסת החוק המערבי המודרני :
- החוק המערבי הינו **פומבי** (חוק, פסיקה וכד', כולם מתפרסמים).
  - החוק המערבי הינו **פוזיטיבי** (כתוב בצורה של כללים ברורים).
  - אוטונומיות של המשפט** – כדי שלמשפט יהיה כח, הוא מנותק מיחסי הכוח החברתיים.
  - עקרון הכלליות** – המשפט המערבי המודרני הוא משפט כללי, במובן זה שהנורמות המשפטיות מתייחסות לקטגוריות רחבות של אנשים ומעשים.
- ניתן לעשות הבחנה נוספת מעבר לתפיסה מערבית ולא מערבית, וזוהי החלוקה לשיטות משפט דתיות.
- את הסווגים הנ"ל ניתן לבקר בשני מובנים :

- התפיסה הנ"ל מקטלגת את כל שיטות המשפט שאינן מערביות, תחת קבוצה אחת – "לא מערבי". לסווג שיטות משפט לאור תפיסות משפט והשאלה "מהו משפט?" אינו רלוונטי כלפי חברות מסוימות.
- הסווג הינו "גס", דהיינו הסווגים נכונים לנקודת זמן מסוימת. שיטות המשפט משתנות ומתפתחות כל הזמן, לכן החלוקה לעיל הינה גסה ובלתי מדויקת מעבר לזמן מסויים.

בתוך משפחת שיטות המשפט המערביות, ניתן לדבר על שתי משפחות עקריות, והן :

- רומאנו-גרמאנית ("קונטיננטלי", "Civil Law")** – אלו הן שיטות משפט אשר מבחינה הסטורית הושפעו משיטת המשפט הרומית ומן התרבות של השבטים הגרמאניים שהתיישבו בכל אירופה החל מן המאה השלישית והרביעית אחרי הספירה. למשפחה זו שייכות השיטות של יבשת אירופה ושל אמריקה הלטינית (מקסיקו ודרומה).
- אנגלו-אמריקאיות.**

אין כיום שיטת משפט שלא מבוססת, בצורה זו או אחרת, על אחת ממשפחות שיטות המשפט המערבי.

## שיטות משפט רומנו-גרמאניות

### מבוא

שיטות המשפט הרומנו-גרמאניות הושפעו משני מקורות היסטוריים מבחינת צורה ומבחינה מהותית.

א. **המשפט הרומי הוא משפט מוסדר** – משפט פומבי, מפורסם ומשפט פוזיטיבי, כלומר בנוי בצורה של נורמות מסודרות וברורות.

ב. **המשפט הגרמאני משפט מנהגי** – משפט שמבוסס על מנהגים, התנהגות מחזורית. בין המשפט המוסדר למנהגי ישנו מתח, הבא לידי ביטוי בכך שלמשפט המוסדר ישנה נטייה לסלק את המשפט המנהגי מעל הבמה. **המשפטים שמים דגש על המשפט המוסדר**, היציב והברור.

### חקיקה קודיפיקטיבית

**חקיקה קודיפיקטיבית** – חקיקה שבנויה בצורה של קודקס (אוסף של חוקים בתחום מסוים). הגורמים ליצירת משפט קודיפיקטיבי:

א. **היווצרות המדינה הריכוזית** – תהליך שתחילתו בסוף ימי הביניים. נותרים גופים פוליטיים ריכוזיים יותר ויותר ששיאם במדינת הרווחה המודרנית. המלך מתערב בחיים ושולט על שטחים נרחבים. ככל שהשלטון נעשה ריכוזי יותר והמדינה שולטת יותר על שטחים גיאוגרפיים אז המשפט הוא יותר **מוסדר**. שיאו של המשפט המוסדר הוא ניסיון של חקיקה קודיפיקטיבית.

ב. **המחשבה של תקופת הנאורות/ההשכלה** – מסוף המאה ה-17 ורוב רובה של מאה ה-18. בין תקופת ההשכלה לנאורות, האנשים האמינו בכוח של האדם ליצור חברת מופת וליצור עולם טוב יותר. תקופה של ראשית המהפכה המדעית.

האמונה משפיעה על המשפט בשלושה אופנים:

א. האנציקלופדיזציה של המשפט (**זידרו** איגד את כל הידע לספר אחד בן 35 כרכים). המשפטים האמינו שהם יכולים לאגד את כל הידע המשפטי למסמך משפטי אחד גדול ומקיף – אנציקלופדיה של המשפט – **קודקס**. דוגמא לכך ניתן למצוא בתקופת **פריזריך הגדול** (תקופת ההשכלה) יצרו חוק של 17 אלף סעיפים.

ב. **אמונה במדע** – אפשר ליצור חוק משפטי שיהיה **מובנה ומסודר** שבנוי בצורה הגיונית ולוגית.

ג. **הפילוסופיה של תקופת הנאורות: שימת האדם במרכז** – בעזרת התבונה של האדם הפרטי אפשר לשנות את העולם ולהפכו לעולם טוב יותר. השאיפה לדמוקרטיה השפיעה על הרצון לדמוקרטיזציה של המשפט. יש רצון ליצור משפט שיהיה פומבי וברור לכולם.

ניתן להצביע על מתח בין הגורם השני לשלישי, מצד אחד יש רצון לקחת אנשים משכילים שיצרו את החוק לעומת הרצון שיהיה נגיש לכולם (דמוקרטיזציה).

## הקודקס הצרפתי: CODE CIVIL

נחקק ב-1804, נקרא גם **חוק נפולאון**. הקודקס משקף את התקופה שבה הוא נכתב. הקודקס כולל הרבה מהמסורת המשפטית. הגורמים הראשון והשלישי ניכרים בו: **האנציקלופדיזציה**, הרצון לאגד את כל הידע המשפטי למסמך אחד, והנטייה ל**דמוקרטיזציה** של הקודקס. נפולאון התעקש שהקוד יהיה כמה שיותר ברור ונהיר. **הקוד הצרפתי הוא קוד דמוקרטי בזה שהוא קצר ומובן**. הקודקס הצרפתי ממשיך את הקו הפילוסופי של תקופת הנאורות – להשאיר מקום קטן עד כמה שניתן לשיקול דעתו של השופט.

לפי **מונטסקייה** אסור לשופט ליצור משפט אלא לשמש כקול של החוק. הקוד הצרפתי משלב בין הרעיונות של הנאורות לבין המצב בשטח. **סעיף 4** של החוק מכניס את עקרון **המשפט הרומי** – השופט חייב להוציא פסק דין לכל תיק שמגיע אליו, הכל שפיט. יהיו מקרים שהחוק לא יוכל לכסות ולכן השופט יהיה חייב לצאת מגבולות החוק וליצור חקיקה שיפוטית. החוק הצרפתי משקף את המשפט של ראשית המאה ה-19. דיני הקניין מקיפים רק את המקרקעין והמיטלטלין ואין קניין רוחני. דיני החוזים משקפים את תיאורית הרצון ולא את התפיסה המודרנית שהמדינה צריכה להגן על הצד החלש. אין בחוק הצרפתי דיני עשיית עושר ולא במשפט. בקודקס האזרחי אין כמעט נגיעה בתחום דיני הנזיקין. ככל שהעולם הופך ליותר טכני יש צורך יותר בדיני נזיקין, באחריות מוחלטת ואחריות קפידה. מבחינת המבנה, הקודקס הצרפתי בנוי משלושה חלקים:

א. **דיני מעמד אישי** – דיני משפחה וירושה.

ב. **דיני קניין**.

ג. **דיני חיובים** – הדרכים שהקניין עובר: חוזים, נזיקין וכו'.

בזכות **הפשטות** של קודקס והכיבושים של נפולאון הוא השפיע על כל אירופה (בלגיה, הולנד, פורטוגל וכו').

## הקוד האזרחי הגרמני (BGB)

נחקק ב-1/1/1900, קרוי גם "**חוק הפרופסורים**". הקודקס הגרמני מושפע מן האלמנט השני הוזכר מעלה, הרצון לסדר בצורה לוגית את הקודקס. ישנן שלוש סיבות היסטוריות למה החוק הגרמני שם דגש על משפט מדעי ומובנה ופחות על דמוקרטיזציה:

א. שלט בגרמניה קיסר ולא הייתה דמוקרטיה. הפרלמנט התיר מינימום של חירות כלכלית וחברתית ולא נתן לעם להשתתף בשלטון.

ב. הקודקס הצרפתי נכתב בשיא תקופת הרומנטיקה, בעוד הקודקס הגרמני נחקק בשיא תקופת האמונה המחודשת במדע ובתבונה (דלק, גז וכדומה).

ג. בכל גרמניה השתמשו במשפט הרומי ואז החלו לחקור אותו והחליטו להחיל אותו על כל גרמניה.

### **מדוע הקודקס הגרמני נחשב למדעי ?**

הקודקס מכיל בתחילתו "חלק כללי" מפורט ביותר, זהו מעין מילון למונחים משפטיים שאמור לשמש פרשנים, עו"ד ושופטים בפרשנותם לחלקים אחרים בקודקס. בניגוד לקוד הצרפתי, הקודקס הגרמני מורכב מחמישה ספרים:

א. חלק כללי.

ב. דיני משפחה.

ג. דיני ירושה.

ד. דיני קניין – לא רק מקרקעין כמו בצרפתי אלא גם מטלטלין וקניין רוחני.

ה. דיני חיובים – דיני נזיקין, עשיית עושר ולא במשפט, חיובים מכוח חיקוק ועוד.

הפירוט הענף אינו עוזר בהכרח, ניקח לדוגמא עסקת מכר. כל האלמנטים של הקניין, האלמנט החוזי, תום-לב וכדומה, נמצאים אלפי דפים זה מזה. ההתמצאות איננה פשוטה. הקודקס הגרמני שימש השראה למספר קודקסים אחרים, כגון האוסטרי והשווצרי.

#### הערות מסכמות לגבי חקיקה קודיפיקטיבית:

החקיקה הקודיפיקטיבית האירופית מייצגת את תפיסת הממשל האירופי. המשפט הוא מערכת נורמטיבית, מסדירה התנהגות. ככל מערכת נורמטיבית, המשפט צריך להיות יציב, קוהרנטי. בתרבות המערבית ניתן למצוא שני אופנים להשגת אותה קוהרנטיות במשפט:

- **קוהרנטיות היסטורית** – כמו המשפט המקובל באנגליה. על פניו, תקדימים מערכאות שונות אינו יוצר קוהרנטיות, אך אנשי משפט תופסים זאת, יודעים להתמצא בשיטה זו.
- **קוהרנטיות לוגית-מבנית** – כמו בשיטות המשפט הרומאנו-גרמאניות. בשיטה זו ישנם מוסדות ברורים ויציבים. לכן הרעיון של חוק גדול שמקיף תחום שלם במשפט יוצר מבנה יציב, קוהרנטי וודאי.

גם בשיטה הקוהרנטית לוגית-מבנית הוכנסו בכוונה גורמים "מגמישים" לתוך המשפט. סעיף 4 לקוד הצרפתי מחייב שופט לפסוק בכל מקרה, אפילו אם החוק לא ברור לו לחלוטין. הקודקס האיטלקי, הבלגי והספרדי קובעים במפורש בסעיף מסויים (דומה לחוק יסודות המשפט בישראל), כי כששופט לא מוצא תשובה בקוד למקרה שהובא לפניו, הוא יכול להקיש מעקרונות אחרים בשיטה.

דרך נוספת להגמשת השיטה הקודיפיקטיבית היא הכנסת "סעיפי שסתום". דוגמא לכך נמצא בסעיף 242 בקוד הגרמני בעניין "תום-הלב". הסעיף במקור כוון לעסקאות בין סוחרים, יחד עם זאת, השופטים הגרמנים הרחיבו את עקרון תום-הלב ומתחו אותו לכל המשפט האזרחי, והמשפט בכלל.

גורם נוסף שמגמיש את המשפט ועדיין שומר על המבנה הקוהרנטי, הוא האקדמיה המשפטית. בשיטות המשפט הרומאנו-גרמאניות יש חשיבות גדולה מאד לדעת האקדמיה. זה נובע בין השאר מעמדם הגבוהה של מלומדי המשפט, כמו במשפט הרומי. ניקח לדוגמא פסקי דין מהקונטיננט, הם לרוב קצרצרים, שלא כמו בישראל. את הפירוט וההתפלמסות עושה האקדמיה.

## **בתי המשפט והפרוצדורה המשפטית בשיטת המשפט הרומאנו-גרמאניות**

במדינת ישראל ישנה פירמדיה מוגרדת של בתי בתי-משפט, כשבראש הפירמידה עומדת ללא עוררין בית המשפט העליון, ותחתיו בתי משפט מחוזיים ושלוש. אותו הדבר בארה"ב (Supreme Court) ובאנגליה (House of Lords). המצב שונה באירופה.

ככל מערכת משפט, ישנם גורמים מסויימים במשפט האירופאי שעניינים משפט אזרחי, וגורמים אחרים המטפלים במשפט פלילי. אך במשפט האירופאי, יש גוף מסויים שמטפל בעניינים מנהליים – **ביהמ"ש מנהלי** (ובהתאמה, ביהמ"ש מנהלי לערעורים, וביהמ"ש מנהלי עליון). ברוב מדינות אירופה, מערכת השפיטה המנהלית איננה קשורה כלל לרשות השופטת הרגילה. מדוע זה כך?

מבחינה תאורטית, תפקידה של הרשות השופטת באירופה הוא דיון בסכסוכים שבין האזרחים לבין עצמם, ולא בנורמות כלליות. הפרלמנט ובית-המחוקקים האירופאי אחראים על טובתו של ה"כלל".

מבחינה הסטורית, התפתחה באירופה החל מסוף **ימי הביניים**, בירוקרטיה מאד ענפה – **בירוקרטיזציה** – כלומר, לאירופאים היו ברור מאליה שהמדינה מנוהלת ע"י בירוקרטיה מאד ענפה, והיא זו השומרת על עקרונות הצדק למינהם. אי לכך את ענייני הבירוקרטיה יש לפתור בתוך הגוף האחראי על הבירוקרטיה, בנפרד מן הגופים אשר פותרים את הבעיות של הפרטים הקטנים בחברה. הבירוקרטיה נתפסה ע"י התושבים כגורם חיובי אשר יכול לספק שלום, יציבות ובטחון. באותה התקופה מוטבע באירופה המושג "**ריבונות**", המדינה הריבונית. עקרונות של צדק, שוויון וחירות נכללים תחת הרעיון של מוסד המדינה הריבונית. לעומת זאת, באנגליה ובארה"ב, המדינה לא נתפסית כגורם חיובי אלא כגורם שאי-אפשר בלעדיו מכיוון שהיא מסדירה את החברה, ולא מעבר לכך.

מכיוון שלאירופאים יש פחות בעיה לראות את המדינה מתערבת בכל מיני תחומים, ועם העובדה שהמדינה מסדירה את התחומים של דיני עבודה וכדומה, הוקמו "פירמידות" נפרדות ל**דיני עבודה**, **ביטוח לאומי** (בביהמ"ש לביטוח לאומי יושב שופט עם אנשי מקצוע המתמחים בכל הקשור לנושא) **ומיסים**.

משום המצאותן של ערכאות מנהליות לצד בתי משפט רגילים, עלולות להתעורר בעיות היכן להגיש תביעה. כל מדינה ומדינה באירופה יצרה הסדר אשר פותר בעיה זו. בצרפת הוקם **בית-משפט לפתרון קונפליקטים**, בהרכבו שלושה שופטים אשר מכריעים לאן תיק בעל אופי דואלי צריך להילך.

ביהמ"ש העליון בארה"ב דן בעניינים חוקתיים. אותו הדבר בארץ, ביהמ"ש העליון בשבתו כבג"ץ דן בעניינים חוקתיים גם כן. באירופה אין הדבר כך, ישנו **בית משפט לענייני חוקה**. באירופה אין צורך לתקוף בעקיפין חוק, קרי לבוא לביהמ"ש ולספר סיפור לגבי פגיעה כתוצאה מחוק שאינו חוקתי, אלא ישר פונים לביהמ"ש לחוקה ומבקשים לבטלו או לשנות אותו. בצרפת, טרם חקיקת כל חוק, ניתן לתקוף אותו בביהמ"ש.

## מבנה הערכאות השונות

מערכת בתי המשפט באירופה בנויה משלוש ערכאות, כמו בארץ. אך בכל זאת קיימים שינויים בין מערכת המשפט הזו לבין זו המוכרת לנו.

- ערכאה ראשונה – אליה מגיעים כל התיקים. ההפרדה היחידה שיש בתוך ערכאה זו היא הפרדה לעניינים קטנים יחסית (סכסוכי שכנים, עבירות קלות וכו'). אם רוצים לערער על התיקים בתביעות קטנות, הערעור נעשה עדיין בתוך הערכאה הראשונה.
- ערכאה שניה – ביהמ"ש לערעורים – זוהי בדרך-כלל ה"תחנה" הסופית של רוב התיקים.
- ערכאה שלישית – בניגוד לארץ, או ארה"ב, בית-משפט זה אינו קרוי בית-משפט עליון, אלא **ביהמ"ש לקסציה (Cassation)**.

### ביהמ"ש לקסציה

בשיטות המשפט המערבי ישנן שתי דרכים לתקוף פסק-דין. הראשונה הוא דרך הערעור (אפילציה). בדרך זו מגיעים לביהמ"ש לערעור ומבקשים להצביע על טעות בערכאה הנמוכה יותר, בסופו של יום ביהמ"ש אשר ערערו עליו נותן פסק-דין חדש. הדרך השנייה זו הדרך של **קסציה**. מקורה של המילה היא מן השורש "לשבור". בתהליך זה, מגיעים לביהמ"ש של הקסציה, מצביעים על טעות בערכאה הנמוכה יותר אך לא מבקשים פסק-דין חדש, אלא מבקשים ממנו "לשבור" את פסק-הדין. לאחר דיון בתיק, **ביהמ"ש לקסציה מוציא החלטה בה הוא מאשר את פסק-הדין של העכראה הנמוכה יותר, או שובר אותו.**

במקרה בו ביהמ"ש לקסציה לא מקבל את פסק-הדין דלמטה, הוא מחזיר את התיק בחזרה לאותה ערכאה לדיון מחדש. בשיטתנו, ביהמ"ש העליון בדרך-כלל מחזיר את התיק למחוזי בצירוף הנחיות כלשהן. ניתן לפנות לביהמ"ש לקסציה אך ורק מטעמים שבמשפט, ולא בענייני טעות בעבדות או מחלוקת בראיות.

כעקרון, ניתן לפנות לקסציה בכל שאלה משפטית ומכל ערכאה שהיא (מכיוון שברמת ההגדרה זה אינו ערעור). אך כדי לא להציף את ביהמ"ש לקסציה, ישנן תקנות של סדרי דין המגבילות **קבלה אוטומטית של תיקים אך ורק מן הערכאה השניה (ערעורים)**. ביהמ"ש לקסציה יכול להפעיל שיקול דעת אם לקבל תיק או לא באם הוא מגיע מן הערכאה הנמוכה ביותר. אם מדובר בתיק חשוב, ביהמ"ש לקסציה חייב לקבלו בכל מקרה. למרות המגבלות הללו, ביהמ"ש לקסציה בצרפת דן ב-15,000 תיקים ויותר! לכן, בביהמ"ש לקסציה יושבים 90 שופטים (לעומת 9 בביהמ"ש העליון בארה"ב).

השופטים בביהמ"ש לקסציה יושבים בהרכב של 7 שופטים לתיק. השופטים מחולקים לשישה לשכות, בזמן שכל לשכה מתמחה בנושא מסויים.

כשהקסציה שוברת פסק-דין והוא חוזר לערכאה הנמוכה יותר, **הערכאה הנמוכה יותר לא חייבת לקבל את הקסציה**, הם יכולים לדון בתיק מחדש ולהגיע לאותה מסקנה. זאת מכיוון, שבאירופה ואמריקה-הלטינית, אין דגש לעקרון התקדים המחייב.

במקרה בו הקסציה שברה פסק-דין והחזירה אותו לערכאה הנמוכה, אשר לא קיבלה אותו, ניתן שוב לפנות לקסציה. מתכנס ביהמ"ש לקסציה בהרכב מיוחד ובו נציגי כל שש הלשכות לדיון נוסף בעניין התיק הנ"ל ונותן החלטה בו. בכל-זאת, הערכאה הנמוכה עדיין לא חייבת לקבל את מרותם (מה שבמציאות בקושי קורה).

מה קורה כאשר באותה תקופה יושבים 7 שופטים וקובעים קביעה מסויימת, והרכב אחר של 7 מגיע למסקנה אחרת בעניינים דומים? למרות שאין תקדים מחייב, העניין הזה יכול לפגוע ביציבות והקוהרנטיות של שיטת המשפט. במקרים כאלה, מתכנס הרכב משותף של שני ההרכבים האלו ומגיע להחלטה משותפת בעניין.

בשיטות המשפט הרומאנו-גרמאניות, פסקי-הדין קצרים ביותר. תפקידם של השופטים לפרש את החוק ולתת מענה לסכסוכים בין אנשים. השופטים עושים פרשנות, אך לא כותבים זאת בפסק-דין. עקרון הפומביות דורש פרסום של כל פסקי-הדין שיוצאים מכל הערכאות השונות, למרות שאין תקדימים מחייבים, פסקי-הדין משמשים מקור פרשנות והתפתחות להלכה. בנוסף, ישנה חשיבות גדולה מאד באירופה לכתבים של האקדמיה המשפטית. השינויים השונים להלכה מועלים באקדמיה ומוקרנים לבתי-המשפט בחזרה.

### סדר דין אזרחי

בדרך כלל כשרוצים להבדיל בדיון משפטי, בין השיטות הרומאנו-גרמאניות והאנגלו-אמריקאיות, בייחוד בתיקים אזרחיים, נהוג לומר כי האנגלו-אמריקאית היא אדברסרית (מלשון "יריב"), והשיטה הרומאנו-גרמאנית היא אינקויזטורית (מלשון "חקירה").

- **אדברסרית** – ביהמ"ש נוטה פחות להתערב, נותן לצדדים "לריב" בתקווה שהאמת תצא לאור מן הויכוח הזה. כל אחד מן הצדדים בשיטה זו, מביא עדים מטעמו.
- **אינקויזטורית** – השופטים מעורבים יותר בתיק ושואלים שאלות, הם לכאורה לא "סומכים" על הצדדים. בשיטה זו, העדים מוזמנים מטעם ביהמ"ש, ולא מטעם הצדדים.

מדוע ישנה מעורבות גדולה יותר של ביהמ"ש בשיטה האינקויזטורית? הסיבה ההסטורית היא, שאחד ההשפעות הגדולות ביותר על המשפט האירופי היא שיטת **המשפט הקאנוני** (נוצרי). במשפט הנוצרי היו **בתי-דין כנסיתיים** במקומות בהם ישב בישוף. בישוף ישב רק בערים גדולות (מטרופולין), ולכן שלח הבישוף כמרים מטעמו לכל מיני קהילות מרוחקות ע"מ לחקור מה קורה שם. השליחים שולחים לבישוף את הממצאים העובדתיים שהם גילו, והוא פסק. השלכה נוספת שיש למסורת זו במדינות אירופאיות שונות היא שלעיתים עושים הפרדה בין השופט אשר מקבל ראיות ושומע עדויות לבין השופט אשר נותן את פסק-הדין (בגרמניה הפרוצדורה הזו בוטלה לאחר מלחמה"ע השניה).

סיבה נוספת למעורבותו של ביהמ"ש היא שמשפט, מעצם טבעו, הוא עניין פומבי מתוקף כך שהוא עניין חברתי החשוב לכל הקהילה. כשאדם מגיע למשפט, הוא תמיד נשפט גם ע"י החברה. המדינה באירופה, כריבון, אינה נתפסת כאיום. אי לכך, **אין לאירופאים בעיה שעם כך שהמדינה**

**מתערבת יותר במשפט**, מכיוון שהשופט אינו מייצג איזה אינטרס אישי עלום ובלתי ברור, אלא מייצג את החברה עצמה. בנוסף, באירופה, **המדינה מורשית להתערב כצד בכל סכסוך אזרחי בין אנשים**.

באנגליה ובארה"ב, הפן הקהלייתי-חברתי אינו מסופק ע"י המדינה, אלא ע"י החברה. לכן החשיבות המרובה לעניין **המושבעים** במדינות אלו. בשיטות בהן יש מושבעים, הדיון צריך להיות מרוכז יותר (דמינה משלמת למושבעים משכורת), ויש דגש על הצגה בע"פ של העניין. בשיטות בהן אין מושבעים, הרבה (אם לא רוב) מן הדיון נעשה בכתב ולעיתים לא מגיע כלל לאולם ביהמ"ש.

### סדר-דין פלילי

שני עקרונות חשובים בסד"פ:

- **גמישות הדיון** – בניגוד לסיגמה לגבי הגישה המדעית והתאוריות המרובות בשיטות המשפט של הקונטיננט, אין הדבר כך אלא ישנה גמישות יתרה. הפרוצדורה בארה"ב ובאנגליה הרבה יותר נוקשה מכך, בגלל הרצון של שיטות אלו ליצור קוהרנטיות, בין היתר, על-סמך פסק-דין. באירופה ניתן לפנות לשופט בכתב, והוא מאד גמיש. כך גם במשפט הפלילי, ישנו איזון בין **הדין המהותי** (דיני עונשין) לבין **הדין הפרוצדוראלי** (סד"פ) – מעין עקרון מטוטלת. כלומר, כל מקום שהדין המהותי נוקשה מאד, הפרוצדורה קלה יותר. לחיזוק הנקודה, באירופה כלל לא לומדים דיני ראיות באוניברסיטה. לא קיים עניין של קבילות ראיות בביהמ"ש, הכל קביל. אך מנגד, יש דגש למשל של הראיות – ביהמ"ש יכול להתייחס לראיה מסויימת בחשדנות, ולראיה אחרת, באמון. ובכל זאת קיימות כמה חזקות, כגון, איסור עדות בני-זוג.
- **התערבות גדולה של המדינה** – המעורבות מתבטאת בכך שההליך הוא קצת יותר אינקוויזטורי. בישראל וארה"ב, המדינה היא "שחקן" במשפט – במשפט הפלילי היא התובעת. בקונטיננט, הנאשם נשפט מול השופט והתובע (פיזית!). השופט והתובע יושבים באותו מעמד, הם יחד מייצגים את החברה (אך הם לא מתאמים עמדות, אלא רק יושבים יחד). כפי שנכתב לעיל, השופט מתערב בחקירה של עדים. סד"פ בישראל מחולק לשניים – לפני המשפט (פרקליטות ומשטרה), והמשפט עצמו. בקונטיננט ישנם שלושה שלבים. מעורבותו של ביהמ"ש מתחילה בשלב המקדמי, של איסוף ובחינת ראיות.

יש לציין כי באירופה, אין דן יחיד במשפט פלילי אלא הדיון תמיד נעדה לפני שלושה שופטים.



## שיטת המשפט האנגלית

### רקע

את ההסטוריה הפוליטית והמשפטית של אנגליה, נהוג לחלק לשתי תקופות. לפני 1066, ואחריה. באוקטובר 1066, וויליאם מ-נורמנדיה מגיע בראש צבא גדול לאנגליה, כובש אותה ומשתלט עליה. וויליאם מנהיג באנגליה שלטון ריכוזי, לעומת שלטון השבטי של חמשת הקבוצות האטניות אשר שלטו שם עד אז.

ריכוזיות השלטון שלו מתבטאת בכך שהוא מקים בראש ובראשונה **שלטון פאודלי קלאסי**. ה-ואסלים חבו מיסים ונאמנות למלך, תחת שלטון זה. כל קרקעות אנגליה הוחרמו, עושה להן רישום, ומחלקן לאצילים הנאמנים לו (1500 אצילים – אשר מחלקים את הקרקעות לאצילים נמוכים יותר, וכו'). כך, בפעם הראשונה באירופה נוצר שלטון ריכוזי ויעיל, תחת הנהגה אחת.

מתוקף הנהגתו הריכוזית, נוצרו בתי המשפט של המלך, אשר הפכו לגורם חשוב ביותר בהיסטוריה האנגלית והמשפט האנגלי, מכמה סיבות:

- בתי המשפט נהנים מתמיכתו של המלך, וממוסד פוליטי חזק וריכוזי.
  - המלך שולט באופן מעשי בכל שטחי אנגליה, וכך גם בתי המשפט שלו.
- עם הזמן, האצולה האנגלית טוענת בפני בית המלוכה כי ע"מ להמשיך את השלטון הריכוזי היציב הקיים, הם זקוקים להם, לעוצמתם, כספם וכוחם. אחרי עימותים רבים, נכתבו כמה מסמכים משפטיים במקנים לאצילים זכויות, כגון ה-**מגנה כרטא**. בתי המשפט, מצד אחד נהנים מכוחו של המלך, ומצד שני כאשר מתחיל האיזון בין האצילים לבין המלך, הם עדיין נהנים מיוקרה וכוח – הם שומרים על מעמדם הנפרד מן המלך יחד עם הכוח הקשור בו.

### **כיצד נוצרו בתי המשפט של המלך (The Common Law)**

תחילה המלך חלש על כל המשפט באנגליה. עם הזמן, פקידיו של המלך הפכו שופטים ע"מ לעזור לו במלאכה, אך עדיין המשפט נשאר כפוף אליו. באותה העת המושג של "**ערי בירה**" לא היה קיים, המלך היה נודד ממקום למקום ע"מ לחזק את מעמדו. מי שהיה רוצה לבוא להתדיין בפני המלך היה צריך לפניו פיזית. החל נוצר מצב בלתי נסבל, מכיוון שפחות ופחות אנשים הגיעו להתדיין בפניו – משהו שגרם לערעור מעמדו. לכן, פקידיו של המלך, השופטים, נשארו **בלונדון** ב-

**Westminster Hall** ודנו בענייני **מיסים וקרקעות (Court of Exchequer)**.

לצד שופטי ה-Exchequer הוקם **בית משפט לטענות/תביעות כלליות** הקרוי **Court of Pleas**. בית המשפט האחרון שהמשיך ללנדוד עם המלך נקרא **King's Bench**, וזאת מכיוון שהוא דן לרוב בעניינים פוליטיים (בין אצילים), עניין שהיה חשוב בעיניו של המלך שישאר בסמכותו.

### **כיצד נראו בתי המשפט באנגליה עד המאה ה-19**

בתי המשפט של המלך כללו את שלושת בתי המשפט הנזכרים לעיל. לאחר תהליך שאורכו כ-100 שנה, סמכויותיהם של בתי המשפט התערבבו. בית משפט נוסף של המלך, ה-**Assizes**, מנה הרכב

שופטים מכל אחד משלושת בתי המשפט לעיל, ונדדו ברחבי אנגליה, ע"מ לתת מענה לעובדה שכל מקרה חשוב עד אז היה נדון בלונדון בלבד.

*The Chamber of Exchequer* – זהו בית משפט מיוחד נוסף, ערכאה מיוחדת של בתי המשפט של המלך, שקמו בהתקיים צורך מיוחד. בבתי משפט מיוחדים אלו, גם כן ישבו נציגים מכל אחד משלושת בתי המשפט של המלך.

המשפט המקובל, הפכו ליוצר המשפט העיקרי באנגליה. המשפט שהם יצרו היה **המשפט הכללי** – *Common Law*.

מלבד בתי המשפט של המלך, יש שתי קבוצות נוספות של בתי משפט, והם:

א. **בתי משפט פוליטיים-מיוחדים**:

- *Star Chamber* – זהו בית-משפט מיוחד אשר המלך ישב בהם פיזית. בד"כ דן בית משפט זה במקרים בהם המלך ראה לנכון שחשוב שיתערב בהם.
- *Court of Chancery* – כאשר יש צורך מסיבות של צדק לא לפנות לאותה מערכת משפט לעיל (שלושת בתי המשפט), או לתקוף את החלטותיה, פונים לבית משפט זה. ה- Lord Chancellor הינו הפקיד בעל המעמד הגבוה ביותר אשר ניהל את ביהמ"ש הזה.
- *Court of Parliament* – בית המשפט של הפרלמנט, אסיפת אצילים.

ב. **בתי משפט מקומיים בחסות המלך**:

- *Peace Court*
- **בתי משפט קטנים מיוחדים** – לדוגמא, בתי המשפט של הכנסייה, בתי משפט של האחוזות, בתי משפט לענייני ימאות ומכס (ישב בליברפול).

כנכתב לעיל, בתי המשפט של המלך היו יוצרי המשפט העיקריים. נשאלת השאלה מה מושך אנשים לבוא ולדון בעניינם לפי המשפט המקובל? בתי המשפט בכל העולם צריכים להנות מלגיטימיות, שהרי אם לא כן, לא יבוא להשפט בפניהם. **מאחורי בתי המשפט של המלך עמד המלך, ולכן היתה לגיטימציה לפנות אליהם ולהקשיב לפסיקותיהם.**

בנוסף, כל מערכת משפט צריכה להיות יעילה במובן זה שהיא תהיה ודאית, יציבה וקוהרנטית. בחברה שמשפטה מסובב בעיקר על פסיקה, ישנה סכנה שהודאות תאבד. לכן **מערכת בתי המשפט באנגליה שמה דגש חשוב מאד על הפרוצדורה המשפטית**, כלומר הפרוצדורה המשפטית מספקת סוג של קוהרנטיות (אך לא קוהרנטיות מהותית כמו בקונטיננט – חקיקה ענפה, וכו') שמאפשרת לצדדים לדעת את כללי המשחק – כיצד ההליך מתחיל, מסתיים, והסעדים השונים.

את הנוקשות של הפרוצדורה האנגלית ניתן למצוא בביטוי *Ubi remedi mibi ius* ("אם אין סעד אין זכות"). כלומר, **זכות תחשב לזכות משפטית – רק אם אפשר לאכוף אותה**. אם לא ניתן לאכוף אותה, אזי אין נורמה משפטית.

הביטוי הזה מצביע על **פוזיביטיזם משפטי** – תפיסה השמה דגש על ההבדלה בין נורמות משפטיות לנורמות שאינן משפטיות. אם נורמה מסויימת נחשבת לנורמה משפטית, רשויות המדינה יכולות לאכוף אותה על האזרח. מאידך, אם נורמה לא נחשבת למשפטית, המדינה לא תגיש סעד לאזרח המעוניין לממש את אותה זכות, או להבדיל לא ניתן לאכוף אותה.

כן מצביע המשפט הנ"ל מעיד על דגש ששם המשפט האנגלי על **הפרוצדורליזם המשפטי**, כלומר האם ניתן להגיש תביעה בגין אותה נורמה וכו'. אחד האמצעים העיקריים אשר בהם בא לידי ביטוי הפרוצדורליזם המשפטי האנגלי הוא **צו ההזמנה למשפט** – ה-Writs. צווים אלו קבעו את האופן בו יתנהל המשפט, וכן את הסעדים האפשריים. במובנים רבים, ה-Writs תחמו את הדיון עצמו.

בעיות רבות התעוררו עם ה-Writs, כגון דיני החוזים. עד לראשית המאה ה-17 לא היה Writ אחד שדן בחוזים. עם התעוררות סכסוכים בין אנשים, לא היה ניתן להביא דיונים כאלו בפני בתי המשפט של המלך. נוצר חוסר צדק – חוסר יכולת לשפוט.

ישנם חמש דרכים אשר בעזרתם **מגמיש** עצמו המשפט האנגלי, **והם**:

- **פרשנות** – זוהי הדרך העקרית והנפוצה בעזרתה בתי המשפט משנים הלכות, גם אם זה בניגוד לחקיקה ותקדים מחייב. לעיתים הפרשנות היא מודעת ולעיתים לא. גם בתי המשפט באנגליה שינו את הפרוצדורה וההלכות המהותיות בדרך זו.
- **חקיקה** – כאשר מפעם לפעם הנוקשות של הפרוצדורה הם כ"כ בולטים, ופרשנות של שופטים לא מצליחה להגמיש אותם בצורה גורפת, הרשויות הפוליטיות מתערבות ומשנות את הפרוצדורה בעזרת חקיקה, כגון ה-Judicial Act ששינה את כל מערכת בתי המשפט.
- **שינויים חוקתיים**.
- **פיקציות משפטיות** – הכוונה היא לנורמה שעוקפת את המשפט. כלומר, היא שייכת למשפט אך חורגת מן הסדר הרגיל שלו. ראשית, "פיקציה" איננה דבר שלילי – כל מערכת נורמטיבית, מאכזונת התנהגות, חייבת להיות מנוסחת באופן כללי וברור. יחד עם זאת, כל מערכת של כללים נוקשים יוצרת בעיות של צדק פרטיקולרי, ולכן יש צורך בפיקציות – משהו שיעקוף את המערכת. פיקציה באה לקראת האזרח. שנית, היחס השלילי או החיובי לפיקציה, נובע מהתפיסה החברתית/משפטית/מוסרית שלנו. שלישית, פיקציות אינן גורם חיצוני למערכת, אלא באות מתוך המערכת – נוצרת ע"י שופטים או פקידים רמי דרג, כגון **הלורד צ'נסלור**.
- **פיתוח דיני היושר (Equity)**.

#### פיקציות משפטיות – דוגמאות

מדובר בפיקציות שרוב רובן התרחשו במאות ה-15 וה-16, תקופה בא עוברות על אנגליה תמורות רבות, חברתיות ופוליטיות. המשפט האנגלי, כמשפט נוקשה, קשה לו לפני את השינויים החיצוניים האלו. ניקח לדוגמה את **דיני החוזים**, אשר לכשעצמם מצריכים שינויים ופעילות כלכלית מסויימת. המשפט האנגלי, לא הכיר בדיני החוזים, למרות שסוחרים אנגלים באותה התקופה החלו כורתים חוזים בינם לבין עצמם. בתי המשפט נמנעו לטפל בבעיות הקשורות לדיני החוזים מכיוון שלא היה קיים אף Writ בעניין, וכן לא היו סעדים. קיים אחרי קייס, ופיקציה לאחר פיקציה נולדו דיני החוזים, כדי לעקוף את המשפט הקיים ובכל זאת להשאר בגבולותיו.

היתה עילת תביעה מוכרת במשפט האנגלית אשר נקראה **Trespass** (שם כללי לגרימת נזק גוף). הלורד צ'נסלור המציא בעבקות זאת המציא עילת תביעה הקרויה **Trespass on the case**, בה התירו להוציא עילות תביעה בעילות של כל מיני תביעות, לאו דוקא בעילות של נזק גוף או רכוש. לאחר תקופה, נוצרה עילת תביעה הקרויה **Assumpsit**, שזו עילת תביעה שנגרמה כתוצאה מהפרת הבטחה ע"י פלוני. בשנת 1062, בפ"ד **Slade v. Morely**, פירש בית המשפט לראשונה את ה-**Assumpsit** כדיני החוזים המוכרים לנו כיום.

דוגמה נוספת קשורה לתחרות בין בתי המשפט. לעיל נכתב של שלושת בתי המשפט של המלך. עם התפתחות הכלכלה האנגלית החדשה, ה-*Court of Pleas* הוצפו בתביעות, ובתי המשפט האחרים רצו למשוך אליהם מתדיינים גם כן. ה-*King's Bench*, השתמש בתכסיס מתוך סדר הדין האנגלית, לפי אדם אשר נמצא במעצר, אפילו שצו המעצר הוצא ע"י בית משפט מסויים, ניתן להאשים אותו בעילות תביעה ששיכות במקור לבית משפט אחר. אנשים הלכו ל-*King's Bench* ותבעו אחרים, ומיד ביקשו גם צו מעצר כנגד אותו נתבע. לאחר מעצרו של הנתבע, הלך התובע והדביק לאותו עצור עילות תביעה נוספות, מסחריות בד"כ, שהיו בסמכותם של בתי משפט אחרים.

ה-*King's Bench*, במקור היה בית המשפט הקרוב ביותר למלך, לכן יכול היה לדון בעניינים בהם הסמכות המקומית של המלך היתה קיימת (קרי, המלך היה נמצא), לאחר מכן הוגבל למחוז **מידלסקס**. אנשים אשר נתבעו ב-*King's Bench* וגרו מחוץ למידלסקס, נעצרו מכוח צו שהוציא ה-*King's Bench* לשריף של מחוז מגוריהם, ואחרי מעצרו שוב ניתן היה להדביק לו עילות תביעה שונות, ובנוסף להביאו להישפט בלונדון.

גם ה-*Court of Exchequer* עשה תכסיסים שכאלה. סמכותו היתה נתונה לענייני מס וקרקע. אנשים הגיעו ל-*Exchequer* ומתלוננים על כך שהם אינם מסוגלים לשלם מיסים מכיוון שצד ג' כלשהו חב להם כסף. ה-*Exchequer* היה מזמן את השניים להשפט בפניו, כדי להגדיל את קופת המלך, כמובן.

## ה – Equity

יש להבחין בין שתי משמעותות ל-Equity. המובן הראשון, הוא התרגום לעברית של "דיני היושר", או "כללי צדק" וכדומה. המובן השני, אשר נפרט לגביו יותר, הוא מערכת משפט נוספת, בנוסף לבתי המשפט של המלך, ששמה הרשמי היה "המערכת של הצינזור", אך כולם קראו לה "מערכת בתי המשפט של ה-Equity".

מערכת בתי המשפט של המלך, כנאמר לעיל, היא מאד נוקשה, ושמה דגש בעיקר על פורמליסטיקה. במערכת שכזו, נגרם הרבה מאד עוול לאנשים, ואותם אנשים שלא קיבלו סעד פנו למלך בטרוניות שונות, וביקשו ממנו לשנות את הפסק-הדין או להתערב בעניינם, מכח היותו השליט העליון של המדינה. המלך, היה שומע ודן בעניינים השונים ומתערב. עם הזמן, הוצף המלך בפניות, והוא האציל את הסמכות הזו על הלורד צ'נסלור (וסגנו, ה-Master of Rolls) אשר היה יושב במקרים אלו ושופט בהם. מקום מושבו היה בית המשפט של ה-Chancery. עם התפתחות הענף, הלורד צ'נסלור האציל את סמכויותיו לשופטים. הדוגמאות הידועות ביותר לשינויים שהכניס בית המשפט של ה-Chancery הן:

- צווי מניעה / צווי עשה.
- ביצוע בעין (אכיפה).
- מוסדות משפטיים חדשים – כגון, מוסד הנאמנות.
- עקרונות הצדק (Maxims of Equity) – בתי המשפט של ה-Equity, הכניסו את עקרונות הצדק והיושר כמשפט הנוהג לבתי המשפט. כגון, עקרון נקיון הכפיים.
- יצירת ערכאת ערעור מסודרת.

בכל מערכת משפט, מצד אחד ישנו רצון לרכך ולהגמיש את מערכת המשפט הנוקשה, ומצד שני כל מערכת משפט גמישה שואפת להתארגן ולהפוך למסגרת נוקשה יותר בעלת כללים ברורים. ה-Equity משתנה, הוא איננו קבוע, לעיתים גמיש יותר ולעיתים פחות, הכל כראות עיני הצינזור. מן העבר השני, המטרה היא שיקבעו כללים מסודרים ל-Equity, ושהיא לא תהא כפופה לגחמות של הצינזור.

מערכת בתי המשפט כפי שתארנו עד כה עמדה על תילה את סוף המאה ה-19. כעשרה אחוזים מן האוכלוסיה בלבד השתמשו במערכת המשפט, ובמאה ה-19 'ההמון נכנס להסטוריה', הרבה יותר אנשים החלו נכנסים למשחק הפוליטי, הכלכלי והמשפטי – ובקיצור, אנשים הלו מודעים לזכויותיהם באופן ברור יותר. באותה העת, המערכת המשפטית היתה חייבת להשתנות, היא היתה לא יעילה ופגעה בצדק במקרים רבים.

המשפט האנגלי המהותי והפרוצדורלי החל משתנה. ב-1870 עבר ה-Judicature Act, זוהי שורה של חוקים והביאה לרפורמה במערכת בתי המשפט. כגון, איחוד כל בתי המשפט של המלך לבית-משפט אחד הקרוי High Court of Justice, ובו שלוש מחלקות (Division).

## בתי המשפט של אנגליה, כיום

ישנה פירמידה של בתי משפט באנגליה, הפרדה בין בתי המשפט הנמוכים לבין בתי המשפט הגבוהים, שריד לאותה מסורת אנגלית לבתי המשפט של המלך אשר ישבו בלונדון והיו נפרדים מבתי המשפט הנמוכים.

### א. בתי המשפט הנמוכים – **Majestrates Courts**:

#### 1. **Country Court**.

2. **Crown Courts** – מתעסקים בעניינים פליליים (לא בתיקים גדולים). יושב בהם שופט אחד, וללא מושבעים. לעיתים מגיעים שופטים מבתי משפט גבוהים, במסגרת סבב כלשהו, כדי לדון בתיקים חמורים.

3. **Peace Courts** – בתי משפט איזוריים קטנים, דנים בעניינים אזרחיים ופליליים, אך קטנים. בבית משפט זה, לא יושבים שופטים-משפטנים, אלא נכבדי הקהילה של אותו המקום.

### ב. בתי המשפט הגבוהים

1. **High Court of Justice** – מחולק לשלוש מחלקות (King's Bench, Chancery ובית משפט למשפחה). בד"כ בתיקים יושב דן יחיד. דנים בתיקים גדולים, ובתיקים פליליים חמורים יושבים גם מושבעים. השופטים מתמנים מקרב עורכי-הדין המכובדים של אנגליה (Barrister-ים בלבד), והמינוי הוא ע"י המלכה בהתאם להמלצה של הלורד צ'נסלור.

2. **Court of Appeal** – יושבים בו 22 שופטים, היושבים בהרכבים של שלושה ודנים בערעורים על תיקים של ה-High Court of Justice. רשמית, השופטים בבית משפט זה, אינם נחשבים למכובדים יותר מן השופטים ב-High Court of Justice (שריד למסורת של ה-Common Law אשר לא הכירה בערעורים).

3. **House of Lords** – בית המשפט הגבוה ביותר של הממלכה המאוחדת. הבית העליון, בתור בית עליון של הפרלמנט, שייך גם לגוף המחוקק, וגם גוף מייעץ לממשלה. לכן, כדי להפריד בין הסמכויות השונות, ישנם **רק 10 לורדים** (יחד עם הלורד צ'נסלור הנוכחי, והקודמים – אם הם בחיים) הקרויים **Law Lords**. הם אינם יושבים תמיד יחד, מכיוון שההרכבים הינם אי-זוגיים. לבית הלורדים ניתן לערער אך ורק ברשות משתי בתי המשפט קמא.

4. **Privy Council** – זוהי המועצה הפרטית של המלך (כמו ה-Curia Regis). למועצה זו מגיעים ערעורים על פסקי-דין מכל רחבי האימפריה הבריטית, על בתי המשפט הגבוהים של מדינות האימפריה הבריטית (כגון, ניו-זילנד). כיום, יושבים שם שופטים של בית הלורדים, או בתי משפט גבוהים אחרים.

## בתי משפט

באנגליה ובארה"ב ישנה מערכת אחת של בתי משפט, לעומת אירופה ואמריקה-הלטינית בהם כמה מערכות של בתי משפט (רגילים, בתי משפט לחוקה).

## פסקי דין

בקונטיננט פסקי-הדין קצרים ולא מנומקים, ומובאים בד"כ כהחלטה בת פה-אחד, ללא דעת מיעוט. במדינות המשפט המקובל (אנגליה, אוסטרליה, קנדה וכו') פסקי הדין נראים כמו פסקי הדין בארץ, מפורטים ביותר, לרבות דעות רוב דעות מיעוט. פסקי הדין בשיטות המשפט המקובל נאספים, נערכים, מאוזכרים בעתיד, והם הטקסט החשוב ביותר בשיטת המשפט.

## מושבעים

בשיטה הרומאנו-גרמאנית אין כמעט מושבעים, וכשיש זה בד"כ במשפטים פליליים חמורים. בשיטה זו, ישנם שופטים הדיוטות (כמו בית הדין לעבודה בארץ). באנגליה, המצב דומה לנעשה באירופה, קרי, אין חבר מושבעים למעט מקרים פליליים חמורים. שופטי ה-Peace Courts אינם משפטנים אלא נכבדי הקהילה. כך גם בשאר מדינות המשפט המקובל. בארה"ב ישנה זכות חוקתית למושבעים, גם במשפט אזרחי (ישנה הזכות לוותר על אלו) וגם במשפט פלילי. בנוסף, ישנם שני סוגי מושבעים שונים, **Grand Jury** – חבר מושבעים המחליט האם להגיש כתב אישום נגד פלוני, אם לאו. **חבר מושבעים רגיל** – תפקידו לתת הכרעה במשפט.

## שופטים

באנגליה, ארה"ב ומדינות המשפט המקובל השופטים הם השחקנים המרכזיים בעולם המשפטי, הם בעלי יוקרה מבחינה תרבותית ויוקרתית. שופטים אלו בד"כ מתמנים מבין עורכי-הדין המובילים של אותה חברה, ובשנים האחרונות גם מתוך האקדמיה. השופטים בשיטת המשפט הרומאנו-גרמאנית, למרות הכרתם כאנשים חשובים ויוצרי משפט, הם אינם דמויות נחשבות מבחינה תרבותית, כמו במדינות המשפט המקובל. שופטים אלו אינם מתמנים דוקא מקרב אוכלוסיית עורכי-הדין, אלא ישנו בי"ס מיוחד לאחר לימודי משפטים, בחינות וסטאז' כחלק מן הדרך אל השפיטה.

## עו"ד פרטיים

כמו לעניין שופטים, גם עו"ד במדינות המשפט המקובל הם שחקנים ראשיים במשפט, ויחד עם היוקרה נלווה לכך יחס חשדני מצד האוכלוסייה. באנגליה שני סוגים של עורכי-דין, **הסוליסטורס** תפקידם לייצג בביהמ"ש (מלבד בתי המשפט הגבוהים של לונדון), כותבים מסמכים משפטיים, מלווים עסקית. הסוליסטורס יכולים לעבוד לבד או להתאגד בשותפויות של עורכי-דין. הלשכה של הסוליסטורס נקראת ה-Law Society, והיא מסדירה את ענייניהם, לימודיהם, התמחות וכדומה, לאחר שאדם הופך סוליסטור אין עליו החובה להשתייך אליהם (לעומת חברות בלשכת עורכי-הדין בארץ).

כדי להיות סוליסטור באנגליה, יש צורך ללמוד ב-Law Society במשך שנה אחת, ואין חובה שיהיה להם תואר אקדמי. רוב מוחלט של הסוליסטורס הם בעלי תואר אקדמי, למרות חוסר

הדרישה. לאחר הלימודים ישנו סטאז' בן שנתיים, ולאחר שלוש שנים בתפקיד עוזר-סוליסטור הם מורשים להיות עצמאיים.

סוג אחר של עו"ד באנגליה, הם ה-**באריסטורס**. הבאריסטורס מייצגים בפני בתי משפט הגבוהים בלונדון, ופורמאלית זהו גם התפקיד היחיד שלהם. במציאות, הם גם מייצגים, עוברים על מסמכים משפטיים ועוד. מדוע הבחנה זו קיימת?

זוהי הבחנה שמקורה עוד במשפט הרומי. הבאריסטורס מייצגים תחום ביניים בין יצוג הלקוח לבין בתי המשפט. הם מחוייבים קודם כל ללקוח, אך הם גם מחוייבים לאמת ("Officers of the Court"), יכולותיהם הרטריות מרשימות. הבאריסטורס אינם מייצגים ישירות את הלקוח, אלא רק בנוכחות סוליסטור, כלומר, כשישנו תיק והוא מגיע לבית-משפט גבוהה בלונדון, הסוליסטור ישיג ללקוח את הבאריסטורס והלה ידבר איתו בנוכחותו בלבד.

הבאריסטורס עובדים לבד, הם אינם מאוגדים בשותפויות. באריסטורס ותיקים יכולים לפנות למלכה ולבקש לקבל את התואר Queen's Council. ה-QC יכול לקחת תחת חסותו מתמחים. שופטי ביהמ"ש הגבוהים של אנגליה מתמנים אך ורק מבין ה-QC, ולא עו"ד "זוטרים". לבאריסטורס אין לשכה אחת אלא ארבע לשכות, הנקראים ה-*Inns of Court*, לכל אחד מן ה-INNS שם אחר, והם מאוגדות תחת גוף-על הנקרא "**המועצה העליונה של ה-BAR**", גוף שהוא לכשעצמו נטול סמכויות והינו יצוגי.

כדי להיות באריסטורס יש צורך בתואר אקדמי, לאו דוקא משפטים. מעבר לכך יש צורך בשנת לימוד אחת בביה"ס של ה-BAR, מבחנים של ה-BAR, ושנת סטאז' (בחצי השנה האחרונה אפשר להופיע בבתי משפט). בסוף הסטאז' מתקבלים כחברים ב-BAR (To be taken to the bar). לאחר קבלה לשפיטה, השופטים ממשיכים להיות חברים ב-BAR שלהם.

החלוקה הני"ל, מוגנת ע"י האנגלים למרות טענות בדבר הסרבול והעלויות הגבוהות. החלוקה הזו הגיעה מאירופה, בייחוד מהענף הרומי של השיטה. בעבר היה ניתן למצוא זאת ברוב מדינות אירופה, ובייחוד במדינות הלטיניות (איטליה, ספרד וכד'). בצרפת, גם כן היתה חלוקה בין שני סוגים של עורכי-דין, ה-*Avocat* (כמו הבאריסטורס), וה-*Avoue* (כמו הסוליסטור).

הבחנה זו כבר איננה קיימת, וכיום כל עורכי-הדין מאוגדים בלשכות אזוריות של עורכי-דין והם עושים הכל. ייצוג בבתי-משפט גבוהים דורשת בכל-זאת הכשרה מיוחדת כלשהי (כגון סטאז' נוסף), ובמובן הזה בלבד נשארה ההבחנה בין שני הסוגים.

במדינות המשפט המקובל, כדי להיות עורך-דין צריך תואר ראשון במשפטים. לא בכל המדינות הללו ישנה דרישה לסטאז', אלא הדגש הוא לעבור את מבחני הלשכה. במדינות בהן אין סטאז', עו"ד צעיר אינו יכול לעבוד כעצמאי, אלא כעו"ד שכיר עד שיתמקצע (בד"כ שנה עד שלוש שנים).



## פרקליטות המדינה ומשרד המשפטים

בניגוד לארץ, פרקליטות המדינה ברוב מדינות אירופה ואמריקה הלטינית, היא ענף נפרד. אנשים המעוניינים בקריירה בפרקליטות המדינה, אינם הולכים לסטאז' במשרד פרטי אלא לבי"ס מיוחד של הפרקליטות, ולימודיו נמשכים כשנתיים, ולאחריהם בחינות.

באיטליה, הפרקליטים נהנים ממעמד גבוהה, משכורות גבוהות וחסינויות כמו אלו ששופטים זוכים להן. בראש מערכת התביעה עומד התובע הראשי, פקיד רם דרג במשרד המשפטים. מכאן נסיק, שבמדינות אירופה ישנו משרד הקרוי משרד המשפטים, האחראי על כל הבירוקרטיה המשפטית (טאבו, רשמים למינהם, תביעות, בתי המשפט – אך לא מינוי שופטים, תקציבים וכו').

בראש משרד המשפטים עומד שר המשפטים. שר המשפטים הוא גם משפטן וגם פוליטיקאי, קרי הוא חבר בממשלה. תפקידו מצד אחד להיות חבר ממשלה, ומאידך להיות היועץ המשפטי של הממשלה. בישראל, בגלל טעות בתרגום, המערכת שנועדה מראש להיות כמו המערכת האירופית, יצא כי היועץ המשפטי הוא גם ראש התביעה, יועץ לחקיקה, יועץ משפטי לממשלה וכל זאת ללא להיות שר.

באנגליה אין משרד משפטים. פרקליטות המדינה באנגליה דומה למבנה שישנו בארץ, אין צורך לעשות סטאז' מיוחד. בראש הפרקליטות באנגליה עומד ה-Attorney General, והוא נהנה ממעמד של שר בנוסף להיותו ראש התביעה (ותו לא). סגנו של ה-AG מתעסקים בעבודת התביעה הממשית, הם קרויים ה-Solicitor General. שר נוסף בממשלה האנגלית העוסק בענייני משפט הוא הלורד צ'נסלור, ותפקידו הוא הקרוב ביותר לתפקיד שר המשפטים כפי שאנו מכירים אותו.

בארה"ב אין משרד משפטים גם כן, ובראש התביעה עומד ה-AG. ראש התביעה הוא שר בממשלת ארה"ב. גם בארה"ב ישנו ה-SG. מבחינה חוקתית, השופטים בארה"ב נחשבים לזרוע נפרדת של השלטון, ואין עליהם משרד ממשלתי המפקח עליהם.

## נוטריונים

נוטריונים באירופה הם עורכי-דין בעלי ותק רציני, המגישים בקשה למדינה להקרא "נוטריון". בהנחה כי עו"ד מקבל מינוי זה, בסמכותו לאשר מסמכים או לאמת אותם – "חזקה חלוטה". חשיבותם של הנוטריונים בעבר, טרום עידן הארכיב והמחשוב, היוו מעין סניף של ארכיון המדינה.

בארצות המשפט המקובל, ובייחוד בארה"ב, הנוטריון גם כן מאשר אמיתות של מסמכים, אך בניגוד למדינות אירופה, הוא רק מאשר את הנכונות שלהם על-סמך הצהרת הבן-אדם. מעין פקיד. כדי להיות נוטריון בארה"ב אין תורך בותק, ואף אין צורך להיות משפטן, אלא רק להוכיח למדינה כי אתה ישר ללא רבב.

## השכלה משפטית

במדינות אירופה ואמריקה הלטינית, ישנה חובה להשכלה גבוהה במשפטים כדי להיות עו"ד או שופט. אם רוצים להמשיך באקדמיה, צריכים להמשיך לתואר שני ושלישי במשפטים. בגרמניה, כדי להתקבל כחבר סגל, יש לעבור שני תהליכי דוקטורט.

באנגליה, רשמית, אין צורך בתואר במשפטים, וכדי להיות סוליסטור אף לא תואר אקדמי. לא רשמית, לרוב המוחלט יש תואר ראשון במשפטים. לאחר התואר, כנכתב לעיל, יש ללמוד בביה"ס של ה-BAR.

בארה"ב, כמו בארץ, יש צורך בתואר במשפטים כדי להיות עו"ד אלא שבארה"ב, כדי להתחיל בלימודי משפטים צריך תואר ראשון כלשהו (בקולג').

תואר BA משמעותו "פרח אבירים" בלטינית. תואר MA זהו קיצור ל-"מאסטר", מחזיק תואר שכזה יכול ללמד. דוקטור הוא מורה בבתי ספר גבוהים. תואר PHD הוא תואר דוקטור בפילוסופיה. תואר LLB הוא בעל תואר BA במשפטים (מדוע שני L ? בגלל שתי שיטות משפט שלמדו בימי הביניים, הקאנוני וה-Civil).

## אקדמיה משפטית

באצרות הרומאנו-גרמאניות לאקדמיה תפקיד חשוב, הטקסטים שהם מיצרים הם הטקסים החשובים בהעדר פסיקה מפורטת, ושנית, כך אומרים, חוכמת המשפט נגזרת מן האקדמיה.

באנגליה, התמונה הפוכה, עד לתחילת המאה ה-19 לא היתה כתיבה משפטית וזו היתה לרוב בפסקי הדין. החל מן המאה ה-19 נפתחה באנגליה **הקתדרה לתורת המשפט**. כיום, ישנה כתיבה משפטית אנגלי תבכל התחומים.

ארה"ב מזכירה את אנגליה עד מאד, הגישה הינה מאד פרקטית, ומעט הוקדש לחשיבה תאורטית. לאחר תהליך בו נדון בהמשך, חל מפנה בשיטת המשפט האמקיראית והאקדמיה קיבלה תנופה.

## המשפט האמריקאי

המשפט הוא גורם מרכזי בתרבות האמריקאית, משתי סיבות:

- התרבות האמריקאית עוצבה החל מסוף המאה ה-17 ע"י מהגרים שהגיעו ברובם מן האיים הבריטיים, ובאו מקרב קבוצה מסויימת בחברה האנגלית המסווגת כ"מעמד השלישי", ובלשונו של מרקס – הבורגנות והאצולה הנמוכה. אנשים אלו הביאו עימם את התפיסה הפוליטית-ליבראלית, ובין השאר את החשיבות של רעיון השוויון בפני החוק, וחשיבות המשפט בחברה המודרנית. מעבר לתפיסת העולם הפוליטית אשר שמה דגש על המשפט, הרכב חברתי של המתיישבים היה הומוגני, אחדות דעה – ללא אופוזיציה. עפ"י תפיסה זו בנו מוסדות פוליטיים ומשפטיים. אלו עמדו איתנים בתפיסותיהם גם כשהגיעו גלי ההגירה המאסיביים מאוחר יותר.
- החברה האמריקאית היא חברה גמישה במובן זה שהסדר החברתי וההיררכיות החברתיות משתנות לעיתים תכופות. בנוסף על ההגירה הפנימית בתוך ארה"ב והשינויים החברתיים אשר היא מביאה, החל מן המאה ה-19 ישנם גלי הגירה עצומים אל תוך ארה"ב (שלא נפסקים עד היום) – מיוון, איטליה, אירלנד, אנגליה, צרפת ועוד. החברה האמריקאית הופכת בבת אחת מחברה הומוגנית, לחברה הטרוגנית – הן מבחינת ההרכב האנושי שלה, והן מבחינת ההרכבים החברתיים שלה. כעת התעורר הצורך במשהו שיחזיק ביחד את החברה הזו, רעיון שהוא איננו פוליטי, דתי או חברתי (שהרי זה בגדר כפיה רעיונית). **המשפט**, ההבנה שאם כולם ישמרו על החוק והמשפט יהיה סדר חברתי, הוא הרעיון אשר מאגד את כל הקבוצות האלו. **כסף** \$\$ הוא אלמנט מאגד נוסף.

המשפט האמריקאי, כנאמר לעיל, מאד הושפע מן הרעיונות של ההשכלה והנאורות. השפעותיה של הנאורות בולטים לעין בשתי תופעות:

- ישנה מגמה חזקה של "מדעיזציה" של המשפט. ישנן תקופות שונות בהיסטוריה האמריקאית בהן ניסו לתפוס את המשפט כמדע, אך גם בתקופות אחרות המשפט נתפס כתחום מדעי, או מעין-מדעי.
- רעיונות הנאורות השפיעו על **הדמוקרטיזציה** של המשפט האמריקאי. רעיונות מסורתיים-פאודליים נזנחו, ענפים שונים במשפט עברו שינויים מרחיקי לכת, כגון דיני **הקניין והירושה**. **השפיטה** גם כן עברה דמוקרטיזציה (בחירת השופטים ע"י העם). הדמוקרטיזציה באה לידי ביטוי גם בנסיונות **לקודיפיקציה** במשפט (בייחוד המדינות החדשות במערב ארה"ב, כמו איידהו).

המשפט האמריקאי, היא אולי שיטת המשפט המערבית שבה הפרדוקס של המשפט המודרני הוא הכי בולט. מחד, זוהי חברה שמקדשת את המשפט המודרני ורעיון שלטון החוק, מאידך החברה האמריקאית היא אחת החברות שבה הכי ניכר כמה המשפט מעורב בפוליטיקה. למרות הביקורת של הציבור האמריקאי מעת לעת לגבי החלטות ביהמ"ש העליון, הם חיים ב"שלום" עם המתח הפוליטי-משפטי הזה.

## מבנה מערכת המשפט האמריקאית

ארה"ב היא פדרציה, קרי מדינה גדולה בעלת מרכז פוליטי אחד המורכבת מכמה וכמה מדינות. מדינות אלו יכולות להיות שונות מאוד אחת מן השניה מבחינה תרבותית ומשפטית. המתח שבין המדינה לבין הפדרציה הוא מתח "חשוב" בהסטוריה האמריקאית ובחברה אמריקאית.

לצד המערכת המשפטית הפדרלית, ישנן **51 מערכות משפט** שונות. ראשית, ישנו שוני בין שיטות המשפט בכל מדינה ומדינה. יש לציין כי מעבר לחלוקה בין המדינות לבין עצמן, ישנה חלוקה בין המדינות לבין הפדרציה – עניין זה, סמכויות הפדרציה, מוסדר בחוקה במפורש.

שנית, ישנה תופעה הנקראת "**המירוץ לתחתית**", זהו כינוי למצב בו המדינות מתחרות אחת עם השניה, בין היתר באמצעות המשפט שלהן, כדי לצבור יתרונות על פני מדינות אחרות (כגון הגמשת דיני הנישואין והגירושין וכן היחס להימורים במדינות נואדה – זאת, ע"מ למשוך אליה תיירים מארה"ב והעולם).

### **אמצעים להאחדת המשפט האמריקאי**

הממשל והקונגרס הפדראליים, בעזרת פרצות שונות בחוקה, מסדירים עניינים שונים אשר לא נמצאים בגדר סמכותם המפורשת בחוקה. כגון "פסקת המסחר" (Commerce Clause) בחוקה, המאפשר לקונגרס להסדיר את המסחר בין המדינות. בשנות ה-60 הקונגרס הוציא חוק האוסר על הפליה בין-גזעית במסעדות בטענה כי אפליה שכזו פוגעת במסחר בין המדינות. ביהמ"ש העליון האמריקאי אישר את החוק.

אמצעי נוסף הוא הנסיון ליצור **חוקים אחידים**, בתחומים מסויים, בכל ארה"ב. הנסיון הזה, אל לו לבוא מ"למעלה" כי אסור לממשל האמריקאי לעשות זאת. ישנן ועדות שונות של משפטנים מכל רחבי ארה"ב אשר לוקחים על עצמם יוזמות שכאלה, בייחוד בענייני מסחר, חוקי שטרות, חוקי מכר. ב-1965 התקבל בועדה ה"קוד המסחרי האחיד" (UCC), והקוד התקבל כחוק בכל מדינות ארה"ב.

גורם שלישי להאחדת המשפט הוא נסיון ליצור **ספרות משפטית** שתאחד את המשפט בין המדינות השונות. ספרות שתהא ברמה גבוהה מבחינה אקדמית ומשפטית, עד כדי קבלת השראה ממנה ליצירת חוקים ופסיקה. לדוגמא, ה-**Restatement** אשר יוצא לאור ע"י ה-**American Law Institution**. ארגון זה ניסה למצוא מכנה משותף בין ענפי המשפט השונים במדינות השונות ולהציע נוסח אחיד משלו (אך לא בתחום הירושה והמשפחה).

גורמים מאחדים נוספים – החינוך המשפטי והשפעות העולם המודרני (תקשורתית, תעבורתית).

### **מערכת בתי המשפט הפדראלית בארה"ב**

המערכת הפדראלית בנויה משלוש ערכאות, להלן:

- בתי משפט מחוזיים – Federal District Courts.

• בתי משפט לערעורים – Federal Court of Appeal.

• ביהמ"ש העליון הפדרלי, וושינגטון.

סמכותם העניינית של בתיהמ"ש הפדראליים נקבעה בחוקה. בנוסף לכך, הם עוסקים בכל סכסוכי החוץ של ארה"ב וכן בסכסוכים בהם ארה"ב כמדינה הינה צד. כמו כן בסכסוכים בין שתי מדינות אמריקאיות שונות, ובין אזרחים ממדינות שונות. מעת לעת עולה השאלה לפי איזה משפט ידון ביהמ"ש הפדרלי בתיקים שכאלה, שהרי לפדרציה אין סמכות לעסוק בנושאים מסויימים (כגון, דיני החוזים). במקרים אלו ביהמ"ש, עפ"י כללי **ברירת דין של המשפט הבינ"ל הפרטי**, יבחר לפי איזה משפט ידונו.

השופטים בביהמ"ש הפדראלי ממונים ע"י נשיא ארה"ב. מקובל כי הנשיא מתייעץ עם איגוד לשכות עו"ד האמריקאי. הקונגרס יכול לאשר או לפסול את המועמדים של הנשיא, אך אינו יכול להציע מועמדים משלו.

נשיא ארה"ב יכול למנות שופט לתפקיד מסויים, בניגוד למצב בארץ בו נשיא ביהמ"ש העליון נבחר מתוך חבר שופטים מכהנים, קרי, נשיא ארה"ב יכול למנות נשיא ביהמ"ש העליון גם מתוך קבוצת שופטים שאינם מכהנים בפועל.

### **ביהמ"ש העליון הפדראלי**

בביהמ"ש העליון מכהנים תשעה שופטים, והם יושבים בו בכל פסקי-הדין. לפי החוקה, לביהמ"ש A העליון סמכות ראשונית בעניינים של יחסי חוץ של ארה"ב, שגרירים, קונסולים או בעלי תפקידים חשובים אחרים במנהל הפדראלי האמריקאי. בכל שאר הדברים, ביהמ"ש העליון הוא ערכאת ערעור. הערעור לעולם ברשות.

לביהמ"ש העליון של ארה"ב ניתן להגיע מבית-משפט פדראלי נמוך יותר, או לאחר שאדם מיצה הערכאות של אחת המדינות ובתנאי שמדובר בשאלה שלביהמ"ש העליון הפדראלי ישנה סמכות לדון בה.

מושבו של ביהמ"ש העליון הפדראלי הוא שישה חודשים (שלושה חודשים כן, שלושה חודשים לא). כפי שנאמר לעיל, הפניה לביהמ"ש היא ברשות והנוהג הוא שאם ארבעה מבין התשעה מקבלים את התיק, הוא ידון בביהמ"ש. בפועל ביהמ"ש מקבל רק כמה מאות בודדות של תיקים בשנה, ובד"כ הדיון הינו בכתב. הצדדים מוזמנים לדיון בד"כ כאשר מדובר בפסילת חוק או עניינים חשובים ביותר.

### **בתי המשפט המדינתיים**

מערכת בתי המשפט של המדינות, כשמש כן הם, דנים לפי חוקי המדינה. ישנה ערכאה של בתי משפט נמוכים (Local Courts, District Courts), ומעליהם קיימת הערכאה של ביהמ"ש העליון אשר משמש כביהמ"ש לערעורים. רוב המדינות הוסיפו גם ערכאת "אמצע", כמו במערכת הפדראלית.

## החוקה האמריקאית

החוקה האמריקאית היא הראשונה בעולם, וככזו נחשבת למודל לחוקה שהרבה מאד חברות מנסות ליישם ולאמץ.

### **רקע**

ב-1787, לאחר הקמת הקונפדרציה האמריקאית, מתכנסים נציגים משלוש-עשרה המדינות (מושבות) כדי לדון בתנאיה של הקונפדרציה. בקרה הנציגים היו קיימים שני מחנות, האחד אכן רצה לדון ביחסי המסחר והחוץ של המושבות, והמחנה האחר רצה לאחד את כלל המושבות לכלל מדינה אחת, בעלת ממשלה כללית וריבונות מרכזית. בסופו של דבר, ידם של הפדרליסטים על העליונה, והם מוציאים מבית היוצר שלהם מסמך אשר מכריז על ארה"ב כעל **פדרציה**, ומסדיר את יחסיהן של המדינות השונות הכלולות בה. זוהי חוקת ארה"ב.

בסוף 1778, החוקה אושררה ע"י אחרונת המדינות, ונכנסה לתוקף כחוקת ארה"ב. במשך כשנתיים, היו דיונים רבים בתוך המדינות בין הפלגים הפדרליסטיים ובין המתנגדים להם, ובמסגרתם מתפתחת פשרה אשר מצד אחד החוקה מתקבלת, ובמקביל כדי לצמצם את כוחה של המדינה הפדראלית, מתקבלים עשרת התיקונים הראשונים לחוקה המגבילים את כוחה של המדינה.

### **מאפיינה של חוקה**

החוקה, כרעיון, מדגימה את הפוזיטיביזציה של המשפט – הסדרתו של המשפט, בניית כללים המנוסחים בצורה ברורה וכתובים עלי ספר. בנוסף, החוקה כמסמך מדגימה את רעיון הכלליות של המשפט המודרני, קרי כולם שווים בפני החוק. החוקה, תפקידה היא להגביל את הכח של המדינה, ע"י יצירת שני מאזני כח בתוך המדינה:

- מאזן כוחות בין המדינה הפדראלית, לבין המדינות.
  - מאזן כוחות בין הרשויות הפדראליות עצמן – הפרדה.
- אין זה ברור מאליו כי על ביהמ"ש להיות "כלבי השמירה" של החוקה. בהמשך נדון במעורבותו של ביהמ"ש האמריקאי בשאלות חוקתיות.

### **תפקידם של בתי המשפט מבחינה חוקתית**

בתי המשפט האמריקאיים, בשורה של פסקי דין, לקחו על עצמם את תפקיד פסילת החוקים וההחלטות במדינות השונות, אשר סותרים את החוקה. מדוע עשה זאת ביהמ"ש? מדוע בשלב כה מוקדם היה נראה כאילו זה מובן מאליו? יש לכך שלוש סיבות:

- ביהמ"ש העליון, כאשר לקח על עצמו את הסמכות לפסול חוקים של הקונגרס, עשה זאת ע"י ניצול הקרקע הפוליטית שהיתה דאז.
- עם הקמתה של ארה"ב, רוב האליטות היו ממוצא אנגלי-בריטי, וככאלה סברו שהפרלמנט הוא בבחינת מגן הדמוקרטיה ומגן זכויות האדם. לפיכך, בתור מדינה צעירה, ארה"ב רצתה להתנער מן התפיסה הזו. בנוסף, בשנותיה הראשונות של ארה"ב היו הרבה פרשיות שחיתות

בהם הפרלמנטים השונים היו מעורבים. נוצר הצורך להפקיד את הפיקוח בידי גוף אחר – בית המשפט.

- חשיבותו הגדולה של המשפט בתרבות האמריקאית.

בשנת 1803, ביהמ"ש העליון האמריקאי הכריז בפ"ד **Marbury v. Madison** הכריז כי יש לו סמכות לבטל חוקים הנוגדים את החוקה. המדובר בפסק-הדין על צווי מינוי שופטים אשר לא נשלחו לשופטים המיועדים ע"י מדיסון. השופט ג'ון מרשל אכן טען כי אי-שליחת הצווים לנמענים אינו ראוי. אך מנגד, מרבורי הגיש עתירתו על סמך חוק כלשהו של הקונגרס האמריקאי המאפשר פניה ישירה לביהמ"ש העליון, והחוק הנ"ל מנוגד לחוקה אשר מתירה לביהמ"ש העליון לשמש כערכאת ערעור בלבד.

ובכך, ע"י תעלול חכם, ומבלי להרגיז לא את הממשל ולא את הקונגרס, השופט מרשל קבע את סמכותם של בתי המשפט לפסול חוקים (הן במדינות, והן בפדרציה). מרשל מונה חמישה נימוקים לכך, וביניהם הצורך להגביל את כוחן של כל אחת מן הרשויות.

פ"ד **Dred Scott v. Sanford (1858)**: מדובר בעבד שחור ממיזורי אשר פנה לביהמ"ש העליון הפדראלי, לאחר דחיית טיעונו בביהמ"ש העליון של מדינת מיזורי, בטענה שהוא נדד עם בעליו במדינות שונות בארה"ב, ובניהן מדינת אילינוי אשר שייכת למדינה הפדראלית. אי לכך, הוא טוען, כי צריך לשחררו, מכיוון שבאילנוי ובכלל בטריטוריות פדרליות אין עבדות. ביהמ"ש העליון דוחה את טענותיו, וקובע כי החוק הפדרלי הקובע כי בטריטוריות פדראליות לא תהיה עבדות – אינו חוקתי, מכיוון שהוא פוגע בזכות הקניין של בעלי העבדים מן הדרום.

פסק הדין של דרד סקוט, היווה את אחת העילות לסכסוך בנושא העבדות בארה"ב ובעקבות כך למלחמת האזרחים בנשים 1861-1865.

פ"ד **Brown v. Board of Education (1953)**: פסק הדין הידוע בעניין הפרדה על רקע גזעי בבתי ספר. מדינות בדרום ארה"ב הנהיגו מדיניות של "שווה אבל נפרד", קרי, שחורים ולבנים יזכו לאותן זכויות אך יופרדו פיסית. ביהמ"ש העליון האמריקאי מקבל פה אחד החלטה הקובעת כי הנוהל של "שווה אבל נפרד", הוא נוהל פסול, וקובע כי חוקי המדינות אשר יצרו את הנוהל הזה אינם חוקתיים, ויש לבטלם.