

מכתבים למערכת

הערות על התייחסותנו למקורות המשפט של ארצות-הברית

כמשפטן אמריקני לשעבר, שעלה ארצה לפני זמן לא רב, הריני מחויב, או לפחות מרגיש מחויב, להביע את דעתי על מה שנראה לי, עם כל הכבוד, כשיטת התייחסות לקויה של משפטנים ישראלים רבים למקורות המשפט האמריקני.

ראשית, מן הראוי לציין, כי אין לדבר על "המשפט האמריקני" כאילו הוא מעור אחד. בארצות-הברית קיימות 51 שיטות משפט, וכן כמובן 50 מדינות ועוד הממשל הפדראלי, ולכל אחת מן המדינות ולממשל הפדראלי שלוש רשויות: מחוקקת, מבצעת ושופטת. כמו-כן, לכל אחת מאלה הדין שלה, הן כתיקוק והן כפסיקה. יוצא אפוא, שאם מדובר במקרה שבו — מכות כללי ברירת הדין — החוק "האמריקני" הוא הקובע, צריך לדייק ולחפש לא את החוק האמריקני הכללי, כביכול, אלא את חוקו של הממשל בין הממשלים האמריקניים שהוא הוא הקובע. אולם בדרך כלל מצב כזה אינו מהווה בעיית מחקר למשפטן הישראלי, מכיוון שבמקרה כזה יפנה המשפטן הישראלי למומחה אמריקני.

לעומת זאת, ברוב העניינים שלגביהם רוצים לדעת מה עמדת "המשפט האמריקני" בנדון, פונים אליו לא מפני שהוא המשפט הקובע לפי כללי ברירת הדין, אלא מפני שרוצים להיעזר בו בפתרון בעיה בחוק הישראלי. במקרה כזה חשוב פחות למשפטן ישראלי לדעת מהו החוק במדינה מסוימת, אבל לא מן הנמנע שעדיין חשוב יהיה לדעת מהו המשפט בממשלים החשובים, כמו בממשל הפדראלי ובמדינות חשובות במיוחד, כגון ניו-יורק וקליפורניה.

העובדה שבארצות-הברית קיימות 51 שיטות משפט אינה אומרת שבמציאות המשפט שונה מממשל לממשל. ראשית, אם קיים חוק פדראלי מסוים, הוא הקובע לעומת חוקי המדינות, ובתחומים מסוימים, כגון דיני עבודה ודיני הגבלים עסקיים החוק הפדראלי הוא הקובע. כמו-כן, בתחומים אחרים, כגון מסים, הגנת הסביבה וזכויות האזרח, שבהם חלים במקביל הן החוק הפדראלי והן חוקי המדינות, החשוב והמעניין אותנו הוא החוק הפדראלי.

ואפילו בתחומים כגון גניקין, חוזים וקניין, שלגביהם חלים וקובעים חוקי המדינות, אין זאת אומרת שריבוי המדינות מונע מאתנו להיעזר במשפט האמריקני. מטבע הדברים, הצורך לנהל מסחר בינמדינותי, הקשרים האחרים הקיימים בין המדינות, התנאים וההשקפות החברתיות המשותפים והמקור המשותף לכולן במשפט המקובל האנגלי, גרמו ליצירת מערכות משפט דומות בין המדינות. ניתן אפוא לחפש ולמצוא את דעת רוב המדינות בארצות-הברית, או את הקו המנחה בנושא מסוים. ולפעמים רוצים לעמוד גם על דעת המיעוט בארצות-הברית, או להבין את דרכי החשיבה ביחס לנושא מסוים. על-מנת לעשות כך על המשפטן הישראלי לגשת לספרות הענפה, ואולי המפחידה,

הקיימת בארצות-הברית. גישה זו היא המדאיגה אותי בהתייחסותנו בארץ לחוק האמריקני.

נדהמתי לגלות, שבארץ נוהגים להתייחס לחוק האמריקני על-ידי כך שמסתמכים בעיקר וכמעט אך ורק על שתי האנציקלופדיות הקיימות: *Corpus Juris*, המצויה עתה במהדורה שנייה ומעודכנת בשם *Corpus Juris Secundum* ו- *American Jurisprudence*, שגם היא מצויה עתה במהדורה שנייה ומעודכנת בשם *American Jurisprudence Second*. אנציקלופדיות אלה הן אמנם שימושיות להבנת הרקע הכללי של נושא מסוים, וכן לצורך חיפוש הפניות, באמצעות הערות השוליים, לחומר נוסף שנכתב באותו נושא. משפטן הרוצה לחקור סוגיה חדשה יכול להתחיל את עבודתו באנציקלופדיה, במיוחד אם לא מצא ספר פרשנות או מחקר משיבי רצון הדן באותו נושא. אבל מאחר שהאנציקלופדיות הן פרי עבודתם של פקידי מערכת אלמוניים, ולא של פרשנים מלומדים ובעלי שם, יש להתייחס אליהן בהתאם. אין להסתמך עליהן כעל אסמכתאות ואין לצטט את האמור בהן. הן משמשות כחומר רקע וככלי חיפוש גרידא.

לאור פסילת הסתמכות על שתי האנציקלופדיות האלה בתור אסמכתאות למשפט האמריקני נשאלת השאלה: על מה ניתן להסתמך אפוא? נשיב על כך בקיצור: לאור שיטת התקדים המקובלת בארצות-הברית, המקורות המוסמכים ביותר הם המקורות הראשיים, היינו החוק והפסיקה. אנו ממליצים להיזקק להם ככל האפשר. למזלנו, אוספי המשפט האמריקני, הנמצאים בספריות הפקולטות למשפטים בארץ, כוללים בדרך כלל את הפסיקה החשובה הן של הממשל הפדראלי והן של המדינות, וכן את החיקוק הפדראלי לפחות. יתרה מזו, כדי לגשת למקורות אלה יכול המשפטן להיעזר בספרות העזר, הכוללת — מלבד שתי האנציקלופדייות הנ"ל — גם אוספי חוקים עם הערות והפניות, מפתחות ודיגיטטים לסוגיהם ולוחות איזכורים (במיוחד *Shepherd's Citations*).

כאן כדאי להדגיש, שכל מה שאמרנו לגבי האנציקלופדיות נכון גם לגבי ספרות העזר, שגם היא אינה, ככלות הכול, אלא ספרות עזר בלבד. אין שום תוקף מחייב לסיווג העניינים, להפניות, לתמציות ולתיאורים המוגשים, שהם פרי עבודתם של אלמונים במשרדי המוציאים לאור. אין לאזכר אותם בבית משפט, ויש אפילו להתייחס אליהם בחשדנות קמעה. כלומר, יש להשתמש בתמציות, במסקנות ובנימוקים כהפניות בלבד ואין להסתמך עליהם בתור תחליף לקריאת פסקי דין וחיקוקים.

בנוסף למקורות הראשיים יש מקורות משנה, שעליהם אפשר להסתמך — בתור מקורות משנה. בעניין זה חסרים בארצות-הברית ספרי עיון ומחקר מוסמכים, לפחות בהשוואה למצב הקיים בארצות אחרות, כולל ישראל. יש השערות מאלפות באשר לסיבת חסרונה של פרשנות מקיפה ובעלת תוקף מחייב או משכנע במשפט ארצות-הברית. ראשית, המשפט האמריקני הוא כה מורכב ותפוקת בתי המשפט כה גדולה, שעבודה כזו היא בוודאי עניין מייגע ואף בלתי כדאי. ברור, שעבודה כזאת אינה מושכת את מירב הפרופסורים המלומדים ואלה מעדיפים לפרסם מאמרים בהיקף מצומצם יותר בכתבי-עת, מאשר לעשות מאמץ ולהקיף תחום שלם של המשפט. שנית, הוראת המשפט-טים השלטת בארצות-הברית מדגישה את שיטת ה"דו-שיח הסוקראטי", שעיקרה ניתוח מעמיק של פסקי דין בדרך של שאלות ותשובות. בדורות הקודמים היו ספרי המחקרים המקיפים מבוססים על הרצאות שניתנו באוניברסיטאות, אבל כיום אין בדרך כלל הרצאות מקיפות באותה מתכונת, ולכן אין פריין מתבטא בספרות המשפטית.

אולם אין פירוש הדבר שספרים כאלה חסרים לגמרי, וניתן להצביע במיוחד על ספרים או על סדרות, כגון: Williston, Contracts; Collier, Bankruptcy; Corbin, Evidence; Moore, Federal Practice; Nimmer, Copyright; Scott, Trusts; Wigmore, השפעתם רוב ערכם לצורך מחקר. אלה הם חיבורים של משפטנים בעלי שם, שדעותיהם השפיעו ומשפיעות במידה ניכרת על התפתחות המשפט בארצות-הברית. אבל, כאמור, ספרים אלה אינם מהווים את חלק הארי של הספרות המשפטית האמריקנית ברמה הגבוהה. ספרות כזאת מוצאת את מקומה בעיקר בכתיבת-עת. רוב כתיבת-עת המשפטנים האמריקנים מוצאים לאור מטעם הפקולטות למשפטים. בדרך כלל חברי המערכת הם סטודנטים מצטיינים. בכתיבת-עת אלה יימצאו החיבורים המשפטיים החשובים והמקוריים ביותר — סקירות, ביקורת על קווי התפתחות והצעות לפתרון בעיות — ואלה משפיעים על המוסדות המשפטיים בחקיקה ובפסיקה. המאמרים הראשיים הם משל אקדמאים ומשפטנים אחרים (עורכי דין, שופטים). כתבי העת מכילים גם עבודות של חברי המערכת וסטודנטים אחרים (לרוב בעילום שם), ובהן גדונות שאלות מסוימות או השלכות של פסקי דין. ויש שגם חיבורי הסטודנטים זוכים לשימוש ולציטוט. מספרם הרב של כתבי-העת הוליד את המפתח לכתבי-עת משפטיים *Index to Legal Periodicals*. במפתח זה ניתן למצוא מאמרים בנושאים משפטיים לפי נושאים ענייניים ולפי שמות המחברים.

לכסוף יש להזכיר שני "פאטנטים" אמריקניים: ה- *Restatements of the Law* (הצהרות ההלכות הקבועות) וה- *Casebooks* (ספרי ההלכה). מקום מיוחד בספרות המשפטית של המדינות בארצות-הברית תופסות הוצאות ה- *Restatements* שמפרסם ה- American Law Institute (המכון האמריקני למשפט). ארגון זה, שנוסד לפני יותר מ-50 שנה ואשר חברים בו המשפטנים המכובדים ביותר בארצות-הברית, נטל על עצמו להכניס סדר ובהירות במשפט המקובל כפי שהוא משתקף במיוחד בהלכה הפסוקה של המדינות. על-מנת להגשים מטרה זאת מוציא המוסד לאור חיבורים על נושאים שונים שבהלכה הפסוקה, כגון שליחות, חוזים, קניין, נזיקין וכו', המביאים את ההלכה הפסוקה בנדון כשהיא מלווה הסברים ודוגמאות. יש לציין, שלמרות העובדה שהמטרה העיקרית היא לקבוע את המצב הקיים בקשר להלכה הפסוקה, ה- *Restatements* אינם מסתפקים בה ומביאים גם את דעת המוסד לגבי ההלכה הרצויה במסגרת המשפט המקובל בנדון. את החיבורים מכין תחילה מומחה, הקרוי "reporter" (מדווח), שהוא משפטן דגול ובקי בתחום. הלה מציג טיוטה בפני ועדת מומחים. לאחר אישור הוועדה העניין מובא לפני המוסד כולו לאישורו. תהליך זה הוא ממושך ומסורבל ויש שחולפות שנים רבות מתחילת העבודה עד פרסום החיבור הגמור. בזכות המשפטנים הדגולים המשמשים כמדווחים, בזכות המוניטין שרכש לעצמו המוסד והודות לעבודה הטובה שנעשתה בהכנת החיבורים יש ל- *Restatement* השפעה גדולה על התפתחותו של המשפט המקובל בארצות-הברית.

ה"פאטנט" האמריקני השני הוא ספרי ההלכות ("*Casebooks*"). כאמור, הוראת המשפטים בארצות-הברית מושתתת לרוב על דיון של שאלות ותשובות, כשהדגש מושם על פסקי דין בערכאות ערעורים. בספרות זו, שתחילתה ב- *Casebooks* המוגבלים לפסקי דין נבחרים בנוסח מקוצר, חלה התפתחות חשובה. ספרי הוראה בשנים האחרונות

מכונים בשם *Cases and Materials* ומכילים חומר רב נוסף לפסקי דין: הפניות רבות מסודרות לפי נושאים ובעיות משפטיות, חקיקה, קטעי מאמרים וניתוח בידי העורך, שאלות מתוחכמות וכו', חשוב לזכור, שבניגוד לספרי עיון או מחקר, ספרי הוראה אלה אינם מוגשים בידי המחבר כתיאור מקיף ומושלם. יש שהמחבר מלווה את פסקי הדין המנחים בפסקי דין המובאים בעיקר כדי להדגים בקודה זו או אחרת אפילו כשאלה אינם בולטים ביותר מבחינת חשיבותם. ספרות זאת אוספת חומר חשוב והיא יכולה להיות שימושית מאוד במחקרים משפטיים. ספרי הלכות אלה מקיפים כמעט את כל נושאי ההוראה המשפטית, ומשום כך ניתן למצוא ספרי הלכה הדנים בנושאים שבהם אין ספרי עיון ומחקר, ומכאן ערכת השימושי הרב של ספרות זו. בהעדר ספרי עיון, יכולים ספרי הלכות לשמש כצעד ראשון במחקר משפטי. הטובים שבספרי ההלכה מהווים סימני דרך להתפתחות המשפט ומציגים את החומר בצורה עניינית ומועילה.

אנו מקווים, שהערותינו הקצרות תסייענה למשפטנים בארץ להתמצא בדרכי המשפט בארצות-הברית ביתר זהירות, ולכן ביתר יעילות, תוך מתן המשקל הראוי לכל אחד מן המקורות המשפטיים הספרותיים המצויים שם.

פרופ' סטיבן גולדשטיין