



אוניברסיטת בר-אילן

תואר שני, MA
הפקולטה למשפטים

מחברת הקורס:

מבוא למשפטים

המרצה:

דר' ניר קידר

תוכן עניינים

3	כללי
3	סילבוס
4	מקורות המשפט ומערכת המשפט הישראלית
4	חקיקה
5	חוק
6	חקיקה לסוגיה השונים במדינת ישראל
6	חוקה
10	חקיקה ראשית
12	חקיקת משנה
14	פסיקה
16	רציו
18	מבנה מערכת בתי המשפט בישראל
18	בתי המשפט השונים
18	בית משפט השלום
19	בית המשפט המחוזי
19	בית המשפט העליון
19	בית משפט עליון לערעורים פליליים ואזרחיים
19	בית משפט גבוה לצדק (בג"ץ)
20	ביקורות על מערכת המשפט הישראלית
20	ריכוזיות יתר
20	מבנה שאינו הגיוני
21	מערכת בתי הדין
21	בת הדין הצבאי
22	בת הדין הדתי
23	בית הדין לעבודה
24	סמכויות השיפוט ברשות המבצעת
24	סוגי ערעור
24	ערעור בזכות
24	ערעור ברשות
25	מינוי שופטים
26	כותרות פסקי הדין
27	הליך התביעה הפלילי
27	שלב החקירה
28	שלב התביעה
29	מבנה פרקליטות המדינה
29	מבנה משרד המשפטים
30	מנהג
31	השפעות דין זר על המשפט הישראלי
31	משפט בינלאומי פומבי
32	דין מדינות זרות
33	הלכה יהודית
36	מסורות המשפט השונות במערב – חומר לימוד עצמי
36	המסורת האנגלו-סקסית (אמריקנית)
36	המסורת הרומאנו-גרמאנית
36	ההבדלים בין השיטות
36	תפיסת המדינה
39	ענפי המשפט השונים
39	המשפט המהותי
39	משפט פרטי (אזרחי) Private Law
40	משפט אזרחי כללי
51	משפט מסחרי
53	משפט ציבורי Public Law
53	משפט בינלאומי פומבי
54	משפט פלילי
61	הסדרת המדינה ומוסדותיה הממלכתיים
64	ענפי המשפט הדיוני
64	סדר דין אזרחי
65	סדר דין פלילי
66	דיני ראיות
67	משפט בינלאומי פרטי
68	תורת המשפט
68	מהו משפט?
68	מהות המשפט
70	פחיתויות של המשפט
71	פחיתויות שיפוטיות
72	תיאוריות פחיתויות
73	נון-פחיתויות שיפוטיות
73	תיאוריות נון-פחיתויות
75	שלטון החוק
76	היכוח על צורת המשפט ותכליות המשפט (תוכנו)
77	הפורמליזם המשפטי
77	הריאליזם המשפטי
79	הבחינה

כללי

חדר 307 בבניין למשפט מקרקעין, 03-5317097
שעת קבלה: יום חמישי בשעה 13:30 לפי תיאום מראש
kedarn@mail.biu.ac.il

סילבוס

הקורס נועד להעניק לתלמידים חסרי ידע במשפטים הכרה ראשונית עם עולם המשפט, כלומר עם המושגים הבסיסיים במשפטים, עם ענפי המשפט ועם השאלות היסודיות שהמשפט מתמודד עמן. לקורס ארבע חטיבות:

1. **הכרת מקורות המשפט** (חקיקה לסוגיה, פסיקה (תקדים), ומנהג) **ומערכת המשפט הישראלי** (עבודת החקיקה, מערכת בתי-המשפט, משרד המשפטים על מחלקותיו).
2. **הכרת ענפי המשפט** – המשפט הפרטי לענפיו – דיני האנשים, הירושה, הקניין והחייבים, וענפי המשפט המסחרי; המשפט הציבורי לענפיו והמשפט הדיוני (הפרוצדוראלי).
3. **הכרת המושגים המרכזיים והבעיות העיקריות של תורת המשפט המודרנית** – שאלת מקור הסמכות המשפטית; ושאלת היחס שבין תוכן המשפט, צורתו ותכליותיו החברתיות.
4. **הכרה של שיטות המשפט העיקריות בעולם המודרני** – המסורת האנגלוסקסית של המשפט המקובל; המסורת הרומאנו-גרמאנית של המשפט האזרחי ומסורות מעורבות.

לימוד עצמי – שיטות המשפט השונות במשפט המערבי.

מקורות המשפט ומערכת המשפט הישראלית

כאשר אומרים במשפטית מקורות המשפט מתכוונים לשאלה, אילו נורמות מכיר המשפט. מבחינה רעיונית אנחנו מכירים אך ורק בשלושה סוגים של נורמות:

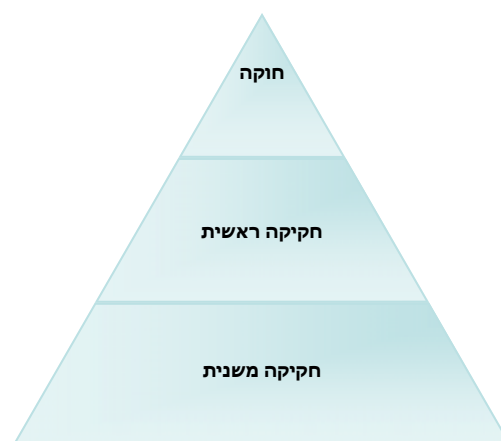
1. חקיקה – נורמה משפטית מחייבת
2. פסיקה (תקדים) – פתרון סכסוך בין אנשים
3. מנהג – נוצר כתוצאה מהתנהגות מחזורית

אם נשווה את החקיקה לפסיקה, הרי שבזו האחרונה המטרה הראשונה אין ליצור נורמה שמחייבת את כלל הציבור אלא **לפתור סכסוך בין שני אנשים**. אותם שני אנשים ניגשים בפני שופט, אינם מבקשים לחייב את כלל הציבור בפסיקה שיקבלו עליהם. אם נשווה את החקיקה למנהג, הרי שזה האחרון נוצר **כתוצאה מהתנהגות מחזורית שחוזרת על עצמה**.

חקיקה

החקיקה מוגדרת לנו בתורת המשפט **כמעשה שמכוון מעיקרו** (בכוונת מכוון) **ליצור נורמה משפטית**. כאשר חברי כנסת יושבים במשכן הכנסת ומרימים ידם, כוונתם ליצור נורמה מחייבת. כאשר מחלקת יעוץ וחקיקה של משרד התחבורה יושבת ומתכננת תקנות בענייני תעבורה, כוונתם ליצור נורמה מחייבת.

מעצם הגדרה זו אנו יכולים לראות שמבחינה תיאורטית דברים רבים מוגדרים כחקיקה; גם חוקה לדוגמא, היא סוג של חקיקה, וזאת משום שמכונני החוקה ביקשו ליצור נורמה מחייבת. כמובן שאנו עושים אבחנה בין סוגי החקיקה השונים, ואבחנה זו מכונה אבחנה פוליטית ולא אבחנה תיאורטית. אנו למעשה מחלקים את החוקים לסוגי חוקים בעלי מדרג שונה – יש לנו חוקים שהם חשובים יותר או כאלו שהם חשובים פחות, וזאת על פי פירמידת הנורמות. ועל כן נסווג:



כל הנ"ל מבחינה תיאורטית הם מעשי חקיקה, וההבדלה בין השלושה היא הבדלה מבחינה פוליטית.

חוק

בתורת המשפט החוק מוגדר כנורמה פוזיטיבית, שנוצרת על ידי הגורם השולט בחברה. להדרה זו שני רכיבים:

רכיב צורני

צורת הנורמה, החוק, הנורמה הפוזיטיבית.

חוק, כמו כל כלל, משפטי מכונה נורמה. נורמה היא **כלל המכוון לערך מסוים**. אנחנו בעולם, מצמידים תווי ערך לדברים שונים, ואומרים – זה טוב וזה אינו, זה נכון וזה אינו, זה צודק וזה אינו. כל הנורמות שלנו, כל הכללים, הרי שהם מכוונים אותנו לכדי התנהגות בצורה מסוימת, לפי מה שנכון, טוב וצודק. והתוכן – אין הוא משנה. המשפט מורכב מנורמות, הוא **מערכת נורמטיבית שמכוונת התנהגות**. כמובן שהמשפט הוא לא המערכת הנורמטיבית היחידה (דת, מוסר וכו') אך הוא בהחלט מערכת נורמטיבית נכבדה וחשובה.

גם חוק הוא נורמה, אך הוא מהווה נורמה מיוחדת מכמה בחינות. שהרי מבחינה צורנית, ציינו כי הוא נורמה פוזיטיבית – נורמה שאנו יכולים לקלוט, נורמה כתובה. במצב כזה, אם אומרים לנו מה החוק, הרי שאנו יכולים אותו, ולא כמו מנהג שלעתים יהיה עלינו לנחשו.

רכיב מקור הנורמה

מקור החקיקה – הוא הגורם השולט בחברה.

מקור הנורמה הוא הגורם שיוצר את הנורמה. החקיקה נוצרת על ידי **השולט בחברה**. זו נורמה שבאה תמיד מלמעלה. חקיקה לא נוצרת מלמטה, כמו שנוצרת התנהגות של אנשים. רכיב זה הוא המייחד את החקיקה.

חוקים, מבחינה אנתרופולוגית-סוציולוגית, מהווים סוג של נורמה האופיינית לחברות מתקדמות. כלומר, מבחינת הרמה הטכנולוגיות שלהם, הרי שהם מאוד מתקדמים מבחינת הריבוד הכלכלי, החברתי. בחברות הפשוטות (היום כמעט שאין כאלו), אין צורך בחקיקה. בדרך כלל כאשר אנו מדברים על חברות פשוטות, אנו נוטים לדון בחברות קטנות מבחינה קהילתית, כאלו שכלכלן אינה מפותחת ומתבססת בעיקר על ציד וכיו"ב, חברות שאין בהן הנהגה. וככל שהחברה גדלה ומתפתחת והופכת למרובדת יותר ומכוונת יותר (חלק עוסקים בכך וחלק באחר), הרי שגם הכלכלה הופכת מפותחת יותר, וגם היחסים החברתיים משתנים. חברות כאלו, אינן יכולות להתנהג אך ורק על סמך מנהגים. בחברות כאלו יש צורך בפונקציה שתסדיר את החברה באופן שוטף, שתכניס אלמנטים של יציבות וודאות לחברה, כך שאנשים ידעו למה לצפות. בחברות כאלו אנו מזהים תהליך של מעבר או מה שמכונה **פוזיטיביזציה של המשפט**. כלומר, מעבר ממשפט מנהגי למשפט הכתוב בצורה של חקיקה. תהליך כזה של חקיקה מגיע בד-בבד עם תהליך נוסף והוא תהליך של הנהגה. בחברות קטנות ולא מפותחות, בדרך כלל לא נמצא הנהגה. אנתרופולוגים או פרה-היסטוריונים, יספרו כי בחברות של ציידים אין הנהגה כמו שאנו מכירים ורגילים אליה. אין מי שמנהיג את הכפר, ולמען האמת גם אין בו צורך. מדי פעם, אם פורצת סכנה כלשהי, או איזשהו סכסוך גדול – מוצאים מישהו בעל כריזמה והוא המנהיג לפרק זמן מוגבל. אבל בכלליות החברה מתנהלת ללא הגנה.

כאשר החברה מתפתחת ומתרבדת, יש צורך בפונקציה שתשלוט בחברה ותנהל אותה באופן שוטף. אותה פונקציה הנהגתית היא המנהלת את הקהילה הפוליטית והיא היוצרת את החוקים, המהווים למעשה המנהגים שאט-אט מועלים על הכתב. במעבר לתקופה המודרנית המשפט עצמו עבר תהליך של **פזיטיביזציה – עבר ממנהג לכדי חוק כתוב**.
אין חקיקה בלי הנהגה, שכן החוק נוצר על ידי אותה הנהגה.

החקיקה מעלה עוד שאלות רבות שלא נגע בהן אך כחלקן; עצם יצירת החקיקה, כיצד אנו לוקחים מדיניות ציבורית ומתרגמים אותה לחוק. מה קורה בפעולת התרגום – מה הולך לאיבוד ומה נשמר, כיצד מתרחשת הפעולה. לדוגמא, אנחנו מחליטים שאנו רוצים למגר את התופעה של בעלים אלימים במשפחה, אך כיצד מתרגמים זאת לחוק? אילו מערכות יחסים יש בחוק ומי האנשים שיעשו זאת? כיצד חברות או אנשים מקבלים החלטות בצורה רציונאלית?

חקיקה לסוגיה השונים במדינת ישראל

מבחינה תיאורטית יש לנו סוגי חקיקה רבים. אולם מבחינה פוליטית, אנו מדרגים סוגים אלו למדרגים – **ישנם חוקים שנמצאים גבוה יותר במדרג** וזאת לעומת חוקים שנמצאים נמוך יותר באותו המדרג. לדוגמא, החוקה המובאת להלן נמצאת במדרג הגבוה ביותר.

חוקה

חוקה היא המצאה מודרנית יחסית, כרעיון שנולד במאה ה-15 בצפון אמריקה. כדי להבין מהי חוקה, יש לחזור ולדון בהליך הפזיטיביזציה; החוק מבוסס על מנהגים, ואט-אט עובר תהליך כלשהו עד שהופך ממנהג לחוק. המורדים האמריקאים שמחליטים למרוד במלך אנגליה, באים ואומרים – אנחנו לא לחינם משתחררים מעולו של מלך אנגליה, אלא אנו רוצים להקים צורה חדשה של מדינה. כחלק מאותו תהליך זה של פזיטיביזציה, אנחנו רוצים לקחת את שני העניינים החשובים בכל קהילה פוליטית של מדינה ולעגן אותם שחור על גבי לבן, כך שלא יהיו עליהם ספקות. אותם שני עניינים חשובים הם **מבנה המשטר** – כיצד בנוי המשטר, גופי המשטר, מוסדותיו השונים והיחסים ביניהם ו- **זכויות האדם** – אילו זכויות יש לאדם כלפי המדינה ובכלל.

האנגלים לא רצו מוסכמות, אלא שחור על גבי לבן. זכויות אדם טבעיות זה אחלה זה טוב, אבל לא כשהם באוויר. עכשיו, הם אמרו, יהיה כתוב. כך לכל אדם יהיה ברור מה מותר לו ומה אסור לו וגם למדינה יהיה ברור בדיוק מהן גבולות הכוח שלה. וזה הרעיון של החוקה. מכאן ומתוך רעיון זה, החוקות האמריקאיות מתגלגלות גם לצרפת שאחרי המהפכה, ומשם לעולם המודרני כולו.

באים ואומרים האמריקאים – לא רק נכתוב חוקה. אלא, כדי שיהיה קשה לשנותה, גם נשריין אותה! כלומר, נקבע כי על מנת לשנות את החוקה, בדרך חוקית, יש לדאוג לפרוצדורה מסובכת מאוד (בדרך כלל רוב מיוחד) שיהיה מאוד קשה לשנותה.

ואכן, החוקה האמריקאית היא מופת של חוקה משוריינת, אך גם על שריון היתר שבה ביקורת לא מעטה; במשך מאתיים ומשהו השנים שקיימת החוקה האמריקאית היא שונתה רק 27 פעמים (!!!). מה שקורה ברוב מדינות העולם, הוא שאכן החוקה משוריינת, וכאשר מדברים על שינוי – אין דרך חוקית לעשותו, ולכן מקימים מהפכה וכך משנים את החוקה (בדרך שאינה חוקית).
וזהו הפרדוקס הבסיסי של המשפט:

המשפט לא יכול להצדיק את עצמו באמצעות עצמו

הרי שהחוקה הראשונה החלה מתוך מצב של שרירות ואלימות. כל דיני הקניין מושתתים על כך שהראשונים השיגו את רכושם תוך שהם שמו ידם עליו ולא על פי חוק (לא היה חוק).
ולכן המשפט מהווה חור שחור – אין דרך להצדיק את מה שהיה קודם באמצעות המשפט, שהרי לא היה משפט.

אם כן, לא ניתן להקים מדינה חדשה בלא חוקה. ולכן לכל מדינות העולם יש חוקה, למעט; בריטניה, ניו-זילנד וישראל.

כינון חוקה – המילה חוקה בעברית, היא לא מילה טובה במיוחד, שכן אין לה את המשמעות שיש למילה הזו בלועזית – Constitution – שם הכוונה למסמך שיוצר את המדינה עצמה (המדינה מבחינה פורמאלית משפטית, נוצרת מתוך החוקה, כל מוסדותיה, בית הנבחרים, הפרלמנט ועוד). בעברית נלקחה המילה חוקה מן המקורות, אך משום שהרגישו שאין היא מבטאת את משמעותה האמיתית, הוסיפו לה את שם הפועל 'לכוונ'. ועל שום כך, אנו מכוננים חוקה ולא מחוקקים חוקה.

בישראל, לכולם היה ברור שתהיה חוקה. גם למועצת המדינה הזמנית. ולכן, הוקמה ועדה ששמה היה 'ועדת חוק, חוקה ומשפט', כדי להראות לכל העולם שתפקידה של ועדה זו הוא 'כינון חוקה'. העניין הוא, שמהחלטת האום בכ"ט בנובמבר, לא יצא דבר. הבריטים עוזבים בחיפזון את הארץ, היהודים מקימים מדינה, מלחמה קשה מאוד. עם סיומה של מלחמת העצמאות, מתקיימות בחירות לאסיפה המכוננת, על פי החלטת האו"ם. על פי ההחלטה המקורית, היו אמורים הבריטים לעזוב בהדרגה את הארץ, תוך שהם מעבירים את השליטה בה לכוחות האו"ם. המדינות היהודית והערבית היו אמורות לבחור אסיפות מכוננות, ובמשך שנה לכוון חוקה לכל אחת מהמדינות. על סמך חוקה זו, היו אמורות להתקיים הבחירות לפרלמנטים הראשונים ורק לאחר מכן, לאחר שקיים פרלמנט, לאחר שקיימים יחסים כלכליים, לאחר שהוכרז על ירושלים כעל בינלאומיות ועוד, רק אז כוחות האו"ם מחויבים לעזוב את האזור. וכידוע, אף לא אחד מהדברים הללו קרה. ומדינת ישראל ניסתה לומר – אנחנו מתנהגים על פי החלטת האו"ם. והבחירות הראשונות ב-1949 הן לא לכנסת הראשונה, אלא לאסיפה המכוננת. הבעיה היא, שלא ניתן לשבת באוויר, לתכנן ולהתווכח על חוקה מי יודע כמה שנים, ובינתיים – העלייה הגדולה, האוכלוסייה היהודית מכפילה את עצמה תוך שנתיים וחצי, משבר כלכלי גדול, משבר ביטחוני עצום, אין גבולות, הפחד מפני המלחמה הבאה.

כיצד אפשר לשבת לכונן חוקה, ללא פרלמנט שמנהל את המדינה? ולכן, הדבר הראשון שעושה האסיפה המכוננת היא קבלת חוק המעבר – ומכריזה כי היא מסירה את הכובע של האסיפה המכוננת ועוברת לכבוש את הכובע החדש – כובע הפרלמנט כגוף המחוקק של המדינה. כעת כבר היה ברור לכל, שלא ניתן יהיה ליצור חוקה.

מה שקורה בינתיים, החל מסוף 48 ולאורך 49, הוא הצטננות בהתלהבותה של האליטה הישראלית על כינון החוקה. כאשר המצטנן העיקרי הוא דוד בן-גוריון, שהביא עמו את הבעייתיות בכינון החוקה, ואיתו – רוב צמרת המשפט הישראלי המתנגדים לכך. גם רבים באליטה הפוליטית החלו לפקפק בחיוניות החוקה מסיבות שונות. בן גוריון חש שהרוח נושבת לכיוון כינון חוקה תחת המודל האמריקאי ונחרד. זאת משום שלטענתו המודל האמריקאי אינו נכון ואינו חכם, וזאת מעצם העובדה שהוא מקפיא, ואינו נותנת לאף אחד רשות לפעול כפי שצריך.

בפברואר 1950 הכנסת מצביעה נגד קבלת החוקה. החלטת הררי קבעה כי מדינת ישראל לא תכונן כעת חוקה, אך היא תחוקק אותה פרקים-פרקים, שיצטרפו ביום מן הימים לכדי חוקה שלמה.

מאז ועד היום חוקק הכנסת 11 חוקי יסוד. הראשון שבהם נחקק בשנת 1958 (חוק יסוד: הכנסת). כל תשעת חוקי היסוד הראשונים, עוסקים אך ורק בנושא הראשון שהחוקה דנה בו והוא המשטר – הכנסת, נשיא המדינה, הממשלה, מבקר המדינה, צה"ל, מקרקעי ישראל ועוד.

בשנת 1992 נחקקו שני חוקי יסוד העוסקים בזכויות וחירויות האדם:

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק יסוד: חופש העיסוק.

בעקבות חקיקת שני חוקים אלו, חלה מהפכה חוקתית וזאת משום שלמעשה אותו מעגל פנימי שנפתח עם החלטת (פרשת) הררי, נסגר. אם כן, היום (בשנת 1992) ניתן לומר כי יש לנו פחות או יותר, חוקה ישראלית שלמה. שני הדוברים הללו שטענו כך היו שני נשיאי בית המשפט העליון לשעבר, השופט מאיר שמגר והשופט אהרון ברק. לטענת השופט ברק: "אני לא מת על זה", אבל עם זאת אפשר לבוא ולומר שיש לנו כמעט חוקה שלמה. מטענה זו עלולות שתי בעיות; האחת, השאלה האם חוקי היסוד בכלל מהווים חוקה, האם הם יכולים להיות אותו עניין השייך לרמה העליונה שפירמדיה (ולא האמצעית). והשנייה, אם אנו אכן טוענים כי יש חוקה כעת, הרי שלמעשה המבנה של שיטת המשטר בישראל משתנה ומשיטה המתבססת על עליונות הפרלמנט (השיטה הבריטית) הרי שאנו עוברים לשיטה של **איוונים ובלמים**. ומשום שהחוקה יוצרת את שלוש הרשויות ומעצם כך גם את הפרלמנט, הרי שהוא אינו ריבון כעת אלא שווה ערך לאלו המכהנים לצידו.

לשאלה האם חוקי היסוד יכולים להוות חוקה ארבעה נימוקים תומכים;

1. החוקים הללו **נחקקו בסמכות** כאשר הכנסת הראשונה עשתה את **חוק המעבר** – אך לא עברה ממעוזה מכוננת למועצה מחוקקת, ולא הסירה כובע אחד ועברה לאחר, אלא **נותרה עם שני הכובעים** – כובע המחוקק וכובע המכונן, ולכן מותר לה לחוקק גם חוקים וגם לכונן חוקי יסוד. וזה מה עשתה במשך חמישים שנה. אזי לכנסת יש סמכות.

2. חוקי היסוד הם חוקים **השונים מבחינה חוקתית הן בתוכנם והן בצורתם**. התוכן והצורה הם המעידים על רצון לחוקק חוקים מיוחדים (חוק יסוד: שם החוק, וללא אזכור לשנה).
 3. **שריון סעיפי החוק** – חלק מחוקי היסוד שנקבעו משוריינים. למשל, סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. ושני חוקי היסוד האחרונים שנחקקו – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, משוריינים במלואם.
 4. טענה שאינה משפטית פורמאלית, אלא סוציולוגית / היסטורית תטען כי מדינת ישראל קיימת כמעט 60 שנה, ויש **הסכמה רחבה**, גם בקרב האליטות של המדינה וגם בקרב האדם הרגיל מהרחוב, שאכן **יש הבדל בין חוק יסוד וחוק רגיל**. מבחינת הישראלי הממוצע, וגם זה שאינו ממוצע, חוקי היסוד הללו הם בהחלט חוקים חוקתיים ושייכים לאזור החוקה בפירמידה שהצגנו, ולא לחלק האמצעי של החוקים. ולכן ניתן לומר – ביחד הם יוצרים חוקה, או מעין חוקה. ועדיף כך מאשר אחרת.
- לנגד טענות התומכים, חלק לא קטן באליטה הישראלית, באקדמיה, בפרקטיקה עדיין מתנגד לחוקה, והם מציגים את הטענות הפוכות לטעות התומכים;
1. **כלל לא ברור שלכנסת יש הסמכות לכונן חוקה** – כאשר הכנסת קיבלה על עצמה את חוק המעבר, הרי שנגמר הסיפור. בכך היא אינה עוד אסיפה מכוננת, אלא אסיפה מחוקקת – היא הפרלמנט. וכדי להעלות אותה לרמה אחרת – יש צורך במשהו מיוחד.
 2. חוקי היסוד מבחינת תוכנם עוסקים במבנה המשטר, אך **יש גם חוקים אחרים לא פחות חשובים, שאינם חוקי יסוד, שעוסקים בשאלות קרדינאליות**. וזה מה שמבדיל בניהם? הכותרת?
 3. איזה שריון? **מבין 11 חוקי יסוד, בסך הכל סעיף אחד מסכן משורייני**. וגם הוא כתוצאה מקונסטלציה פוליטית ולא מתוך איזשהו רעיון גדול או התנהגות חוקתית ליצור חוקה לישראל.
 4. שאלו את האדם מהרחוב! הנה **לא מעט מסמכים מבית המשפט העליון, שאומרים שלחוקי היסוד אין שום תוקף מעבר לחוקים רגילים**.

אם לבחון הדברים, הרי שניתן לקבוע כי ויכוח זה די הוכרע בציבור הישראלי לטובת החוקה והוחלט כי חוקי היסוד והחוקים הרגילים – יש בניהם ההבדל, ואכן חוקי היסוד יכולים בבסיסם להוות חוקה למדינת ישראל.

מעבר לשאלה מהותית זו, האם חוקי היסוד הללו יוצרים חוקה או לא, ונניח שסיכמנו שהם יוצרים חוקה, הרי שעולה בפנינו בעיה נוספת; כאשר יש לנו חוקה, אנחנו לא יכולים להישאר במשפט של עליונות הפרלמנט. עד לשנת 1992 היה ברור לכל שמבנה המשטר בארץ הועתק ממבנה המשטר הבריטי ובמבנה שכזה מתקיימת עליונות הפרלמנט. הוא נבחר בבחירות דמוקרטיות, מייצג את האוכלוסייה ואת הריבונות. הוא אינו יכול לטעות וכל המש הוא קובע מהווה חוק.

אך במשטר עם חוקה, הרי שהחוקה נמצאת מעל הפרלמנט. שכן כאשר היא יוצרת את המדינה, היא יוצרת גם את מוסדותיה וביניהם גם מוסד הפרלמנט, שכפוף לחוקה. וכשם שהמנהל

הציבורי אינו יכול לעשות פעולות שנוגדות את החוקה, הרי שגם הפרלמנט אינו יכול לחוקק חוקים שינגדו את החוקה. ואפילו מבחינה פילוסופית אין זה מתקבל על הדעת. אם נתרגם את הדברים לישראל, הרי שהכנסת אינה יכולה לחוקק חוקים שיפגעו בחוקי היסוד. שכן חוקי היסוד עומדים מעל לחקיקה הרגילה. ואם החוקים הרגילים פוגעים בחוקה, הרי שדינם להתבטל. השאלה היא מי הגוף הקבוע שחוק נוגד חוק יסוד. בכל הדמוקרטיות החוקיות בעולם, מתקיים גוף שכזה.

בעולם המערבי מקובלות שתי מסורות המשפט;

באירופה – המסורת הרומאנו-גרמאנית (קונטיננטאלית) – באירופה ובאמריקה הלטינית, מקבול כי הגוף המפקח על החקיקה של הפרלמנט הוא בית המשפט המיוחד לענייני החוקה. באנגליה ובמושבות האנגליות – המסורת האנגלו-סקסית – אותה מסורת שהתפתחה באנגליה ועברה למושבות האנגליות (קנדה, אוסטרליה, ניו-זילנד, דרום-אפריקה), על פיה הגוף המפקח על החקיקה של הפרלמנט הוא מערכת בתי המשפט הרגילים השופטת בעניינים חוקתיים.

ישראל נחשבת לשיטה המעורבת, אך קרובה יותר לשיטה האנגלו-סקסית, בה מביאים את העניין החוקתי, הבית המשפט הנמוך יכול לפסול את החוק. סביר להניח שעניין זה יתגלגל בערעורים ויגיע עד לבית המשפט העליון, אך סביר גם כי הפסיקה תתבצע בבתי המשפט הנמוכים יותר. כאמור בישראל, אין לנו בית משפט מיוחד לענייני חוקה כמו בעולם האירופאי, ולכן התעוררה השאלה – **האם בית המשפט רשאי לפסול חוקים?**

פס"ד בנק מזרחי נ' מגדל

בפס"ד זה הובא לידי בית המשפט העליון חוק גל, כפוגע בחופש הקניון מתוך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

השופטים שמגר וברק הובילו את ההחלטה שיש חוקה במדינת ישראל, ושבת המשפט העליון הוא המוסמך לפסול חוקים, שנוגדים את חוקי היסוד. הויכוח על עניין זה לא דן בשאלה האם מותר לפקח על חקיקת הכנסת, אלא כיצד עושים זאת בפועל. בית המשפט רשאי לפקח על החקיקה וכן לבטל חוקים שנוגדים חוקי יסוד. ומי יבחר את השופטים? הכנסת.

חקיקה ראשית

חקיקה של הפרלמנט הדמוקרטי הנבחר. חקיקה הנעשית בכנסת, במסגרתה קובע המחוקק את הוראת החוק בצורה כללית. כנסת ישראל מורכבת מבית אחד בן 120 חברים. ברוב מדינות העולם מורכב הפרלמנט משני בתים, מה שנוגד מתוך צורך היסטורי ואבחנה בין מעמדות. כיום משמעות הבתים הוא איון בלבד.

קרוב לשליש מחברי הכנסת מבצעים תפקידים גם ברשות המבצעת, כשרים ובעלי תיקים. החוק המסדיר את עבודת הכנסת ומבנה הוא חוק יסוד: הכנסת, שנחקק בשנת 1958. עם זאת למרבה התמיהה, אין חוק המסדיר את עבודת החקיקה בארץ. הפרלמנט הישראלי, אינו פועל על פי חוק יסוד ולא על פי חוק רגיל. כל נושא הקריאות, והצעות החוק, הוא על סמך תקנון הכנסת בלבד, והוא שייך לחקיקת המשנה (אפילו לא מהווה חוק). עם זאת, נמצאת בצנרת המון שנים הצעת חוק לחוק יסוד: החקיקה, הנוגעת בשאלות פוליטיות בסיסיות רבות (ולכן אין סיכוי שתעבור).

הליך חקיקת החוק

הליך חקיקת החוקים בארץ מתחלק לשלושה שלבים;

1. הצעת החוק

כל חבר כנסת רשאי להציע הצעת חוק, וגם חברי ממשלה. הצעת חוק פרטית היא הצעת חוק שהוגשה על ידי חבר כנסת, אחד או יותר. ואילו הצעת חוק ממשלתית היא הצעת חוק שהיוזמה לה הגיע מצד הממשלה. בעניין הצעת החוק הפרטית, יש בה מן הבעייתיות והסכנה שחברי כנסת ינסו להתבלט על ידי הצעות חוק לא אחראיות כדי למשוך תשומת לב. ולכן, את הצעות החוק הפרטיות יש לבחון היטב שהן אכן הצעות ממלכתיות ואחראיות. למדינות שונות שיטות שונות לויסות העניין; ישנן מדינות שדורשות גיוס של כמה חברי פרלמנט לצד המציע, לפני שהוא מניח את ההצעה על שולחן יו"ר הכנסת, ישנן מדינות המבקשות דו"ח כלכלי המציג מהיכן יגיע המימון והכיסוי להצעת החוק. במדינת ישראל, אימצו את החסם הקיים באנגליה והוא שהצעת חוק פרטית צריכה לעבור קריאה טרומית – כלומר במקום שלושה סביבי הצבעה הרי שיש לנו ארבעה. באנגליה, משום בדרך כלל הפרלמנט מלא והצעות החוק אכן נידונות בו, לעניין משמעות רבה. לעומת זאת, בכנסת ישראל, כאשר מתכנסת מליאה של שלושה חברי כנסת, הרי שלהעביר הצבעה טרומית אין בכך משמעות, והחסם אינו מספיק. כל הצעות החוק, גם הראשיות וגם המשניות מפורסמות בקובץ הצעות החוק (הקובץ הכחול).

2. הצבעות – קריאות (בדרך כלל שלוש)

בקריאה הראשונה מצביעים חברי הכנסת על הצעת החוק בכללותה, ודנים בשאלה האם נחוץ חוק בעניין שבו עוסקת ההצעה. מקובל שאחרי ההצבעה הראשונה יעבור החוק לדיון בוועדה הרלוונטית המטפלת. הוועדה מתכנסת, בודקת את הצעת החוק סעיף אחר סעיף, שומעת חוות דעת מומחים, הסתייגויות המיעוט, ומנסחת את החוק לקראת הקריאה השנייה. בקריאה השנייה, חברי הכנסת מצביעים בנפרד על כל סעיף וסעיף שבהצעת החוק. אם יש התנגדות לסעיפים תוחזר הצעת החוק לדיון בוועדה, ולאחר שזו תערוך את השינויים הדרושים, תובא ההצעה למליאה לקריאה שנייה נוספת והצבעה על כל סעיף בנפרד. בקריאה השלישית יצביעו שוב חברי הכנסת על הצעת החוק כולה, והיא מתקיימת מיד לאחר שהצעת החוק נתקבלה בקריאה השנייה.

3. פרסום החוק

חוק שמתקבל, נחתמות עליו חתימות קיום של; יו"ר הכנסת, השר הממונה על ביצוע החוק והוצאתו לפועל (אם לא יודעים מי יהיה, יחתום ראש-הממשלה) ונשיא המדינה. פרסום של חוקים הוא לא עניין טקסי בלבד, אלא עניין קונסטיטוטיובי ומקיים. ללא פרסום החוק, הרי שהוא איננו בתוקף. והדבר נובע מעקרון שלטון החוק – המשפט צריך להיות פוזיטיבי ופומבי, ולכן כל ההליכים והמסמכים המשפטיים, הם פתוחים לקהל.

פרסום החוקים נעשה ברשומות, הכולל בתוכו את ספר החוקים (ס"ח) – כל החוקים הנחקקים, את קובץ התקנות – כל התקנות וחוקי העזר המקומיים, את קובץ הצעות החוק – הדפים הכחולים, את קובץ האמנות – כל האמנות הבינלאומיות שישראל חתומה עליהם ואת ילקוט הפרסומים – כל מה שאינו חוק או תקנה, אלא הודעה חשובה שהמדינה חייבת להעביר לידיעת הציבור (מינוי שגרירים, רמטכ"ל וכיו"ב) וכל מה שמן הראוי מתוך עקרון שלטון החוק שהציבור ידע עליו.

אבחנה בין חוק לפקודה

פקודה היא חוק רגיל, מבחינת הרמה וההיררכיה. אך אנו משתמשים במילה פקודה או חוק, על מנת להבדיל בין חוקים שחקקו על ידי כנסות ישראל (החל מהכנסת הראשונה ואילך) ובין חוקים שנחקקו לפני קום המדינה בתקופת המנדט (או על ידי מועצת המדינה הזמנית – אותו גוף מחוקק שהוקם לפני קום המדינה ופעל עד לבחינות המועצה המכוננת).

חקיקת משנה

עצם הכותרת חקיקה משנית, מלמדת על כך שמבחינה פוליטית אנו מייחסים לחקיקה הזו מקום נמוך יותר במדרג, מאשר שאר החקיקות.

חקיקה משנית אין היא נוצרת בפרלמנט הנבחר, אלא מהווה **סוגים שונים של חקיקה שנוצרים בקרב רשויות המנהל הציבורי** (משרדי הממשלה השונים) או **בקרב רשויות השלטון המקומי** (עיריות, מועצות מקומיות וכיו"ב).

גם על חקיקת המשנה חלה חובת הפרסום מכוח אותם עקרונות המחייבים פרסום החקיקה הראשית, והיא מפורסמת בקובץ התקנות, המחולק לפי נושאים – חקיקה של שלטון מקומי, תקנות בנושא מיסים ועוד...

משום שהחקיקה אינה נעשית על ידי הפרלמנט הנבחר, עלינו לדאוג לכך שהחקיקה המשנית תעלה בקנה אחד עם רצון האזרחים. התיאוריה הפוליטית המודרנית, מאז המאה ה-17-18, מדבר על כך שריבונות המדינה נשענת על הריבונות העממית. שכן כל אחד הוא ריבון על חייו, וחופשי לעצב את חייו הציבוריים כרצונו באמצעות מוסדות פוליטיים, מעורבות אזרחית וכו'. ולכן מי שמפקח על החקיקה המשנית היא הכנסת. כאן אנו מגיעים לעיקרון חשוב מאוד של המדינה המודרנית, של המנהל הציבורי ושל רשויות המדינה והוא **עיקרון חוקיות המנהל**. על פי עיקרון זה, למנהל הציבורי מותר לפעול אך ורק לפי הרשאת הפרלמנט (הכנסת), ואך ורק במסגרת אותה הרשאה. למדינה אסור לעשות שום דבר שלא מותר לה בחוק. כלומר, היא תעשה אך ורק מה שמותר לה בחוק. כל פעולה שמבצעת המדינה, חייבת להצביע על מקור בחוק שמתיר לה

לפעול באופן זה. ההנחה היא שפעולות המדינה עשויות לפגוע בחירות האזרחים, ובעניין זה נדון בהרחבה במסגרת הנושא של המשפט המנהלי.

אם כך, לגבי התקנות והחקיקה המשנית, הרי שלא ניתן לתקן תקנות ללא הסמכה בחוק. כל התקנות שמתקינים משרדי הממשלה השונים נעשות על פי חוק ובהרשאתו. המנהל הציבורי חייב להראות תמיד על סמך מה הוא פועל. וכך גם לגבי חוקי העזר המקומיים, העירוניים, המוצעות המקומיות וכו' – תמיד נוכל למצוא אזכור: "מכוח סעיף X לפקודת העיריות / לחוק המועצות המקומיות..."

החקיקה המשנית מבחינה כמותית היא החקיקה העיקרית. שהרי החיים של הפרטים בחברה מתנהלים לא על פי חקיקת הפרלמנט, אלא על פי התקנות. כל חוק בעל 30 סעיפים, יש עליו כ- 30 אלף תקנות. וזה המצב בכל המדינות המודרניות – מי שמנהל את המדינה בפועל, הוא לא הפרלמנט אלא המנהל הציבורי. בעולם המודרני המדינה מעורבת לעומק עם הרשויות הפוליטיות שלה ועם משרדי הממשלה והמשפט. ולכן, היא צריכה להסדיר את התחומים הללו תוך שהיא נותנת רישיון לכל דבר. אי אפשר שהפרלמנט יעשה זאת, ולא משום שיושבים בו חדלי אישיים, אלא משום שאין להם מספיק כוח, משאבים ומומחיות.

הפרלמנט יוצר את המסגרת המשפטית הדקיקה, והוא מאציל סמכויות למומחים. ולכן, בכל אחד ממשרדי הממשלה מחלקת ייעוץ וחקיקה והיא המתקינה את התקנות בהתאם לחוקים.

יחד עם זאת, לא לחינם אנו קוראים לחקיקת הפרלמנט חקיקה ראשית ולחקיקת הממשלה משנית – שהרי אנו עדיין רוצים שהיא תישאר משנית. ויש לפקח על כך שרשויות המנהל הציבורי לא תחרוגנה מסמכותן (במאמר מוסגר נוסף ונאמר כי בפועל קורה שהן כן חורגות מסמכותן ואף מתקינות תקנות שנוגדות את החוק).

את הפיקוח ניתן לחלק לכמה סוגים:

1. פיקוח הכנסת – הוא החשוב מבין כולם מהבחינה הפוליטית ישנן הרבה תקנות שחייבות לקבל אישור של ועדת הכנסת, או של ועדת הכספים בכנסת, או של איזושהי ועדה שקובע החוק המסמיך, ויש ל א מעט תקנות כאלו. בעיקר תקנות שהם טכניות.
2. פיקוח משרד הפנים – על חוקי השלטונות המקומיים חל פיקוח של משרד הפנים. בו מחלקה שלמה של משפטים שעוברים על חוקים אלו. שר הפנים, רשאי בתוך שישים יום לפסול את חוק העזר או סעיפים ממנו, ואם לא עשה כן, הרי שחוק העזר נכנס לתוקף.
3. פיקוח מבקר המדינה – מתוקף תפקידו כמפקח על רשויות המדינה, הוא עובר גם על החקיקה המשנית.
4. פיקוח שיפוטי – פיקוח של בתי המשפט. על פי שתי מסורות המשפט; הקונטיננטלית ולמולה האנגלו-סקסית.

▪ במסורת הקונטיננטלית השלטת באירופה ישנם בתי משפט מנהליים מיוחדים המהווים פירמידה נפרדת, בעלי שתיים או שלוש ערכאות שיפוטיות נפרדות, בעלות תקציב שונה, שופטים שונים וכו'. תיקים שהם נגד המדינה נשפטים בבתי משפט מיוחדים אלו, וזאת משום הסיבה התפיסתית והיא רעיון המדינה. אומרים האירופאים – סכסוך של המדינה למול האזרח, אין בו כמו סכסוך בין שני אזרחים מבחינה מהותית. לא בהכרח משום שהמדינה היא חזקה יותר, אלא

משום שהיא מייצגת את כלל הציבור ואת האינטרסים שלו. ולכן מובאת כאן שאלה מהותית נפרדת ושונה. סיבה נוספת היא משום שגם מבחינה תוצאתית הרי שלפסיקה המנהלית תוצאות והשפעות שונות. כאשר מתקיים סכסוך בין שני אנשים פסק הדין חל עליהם. לעומת זאת בפס"ד מנהלי, הרי שתוצאותיו מחייבות את כל העולם וחלק על ציבור גדול מאוד ואינה נוגעת רק לצדדים הספציפיים. בגרמניה לדוגמה, חוץ מבית המשפט לענייני חוקה, חמש פירמידות נפרדות לחלוטין, וזאת משום שהם מאמינים שמדובר כאן בעניינים שונים לגמרי ובכל אחד מהם פועלים שיקולים שונים.

- על פי המסורת האנגלו-סקסית, כפי שראינו גם לגבי בית משפט לחוקה, לא מקובל בפירמידות נפרדות, אלא בית המשפט הרגיל עושה הכל; אזרחי, מנהלי, חוקתי, עבודה, סוציאלי וכו'. בעולם האנגלו-סקסי, בתי המשפט הרגילים הם גם המנהליים, שם מגישים עתירה נגד המדינה בבית המשפט הרגיל.
- בארץ מה שקורה הוא שבית המשפט המנהלי שלנו הוא למעשה בג"ץ. בתחילה החל בג"ץ כערכאה שנועדה לפקח על בתי המשפט עצמם. אך מאוחר יותר הוא הרחיב את תחום פעילותו גם לפיקוח על רשויות המנהל הציבורי. עם קום המדינה, ירשנו את המשפט המנדטורי, וביחד איתו גם את בג"ץ שתיפקד מבחינה משפטית כבית משפט שעוסק בעניינים חוקתיים וגם כבית משפט מנהלי בנושאים של עתירות האזרח בפני המדינה. מה שקרה הוא במדינה המודרנית שלנו, שהחלה התערבות לעומק בכל התחומים החברתיים, ולבית המשפט העליון הגיעו בבוקר תיקים על הביציות של הזוג נחמני ובצהריים על החלפת פחי הזבל בעיריית נתניה. והוא, היה עליו להתעסק בשטויות. לכן, לפני כ- 12 שנה הוקמה בבית המשפט המחוזי מחלקה לעניינים מנהליים המכונה בג"ץ קטן. למחלקה זו הורידו שלושה נושאים מנהליים של תכנון ובנייה, מכרזים, ורשויות שלטון מקומיות (סכסוכים שבין האזרח לרשות). יש רצון להוריד נושאים נוספים משום שהעומס על בג"ץ עדין אדיר, אך לעניין מגבלות רבות. ערעור בבית משפט בג"ץ קטן יהווה עע"מ – ערעור עתירה מנהלית.

פסיקה

הפסיקה היא סוג נוסף של נורמה למקור המשפט והיא **מכונה גם תקדים**. פסיקה, בניגוד לחקיקה, מטרתה העיקרית היא **פתרון של סכסוך או שאלה**. התקדים הוא **החלט השיש לה תוקף כללי**. כאשר שופט פוסק, אין הוא מתכוון לכך שיהיה כאן תוקף כללי שהרי המטרה הראשונית היא הפתרון. אך ניתן לראות ששופטים נוספים או אזרחים אחרים, פונים להסתכל על פסק הדין ומתנהגים בהתאם לפסיקה שניתנה, גם אם לא היו חלק ממנה. כיצד הופכת הפסיקה לנורמה כללית?

1. יעילות – בעיקר במערכות מסודרות מחפשים גם השופטים אחר יעילות בעיקר כאשר מדובר על עומס רב.

2. לגיטימיות – במקרים של סכסוך לא נשאל סתם אדם ברחוב מי מאיתנו צודק, והרי שנלך למישהו שנראה בעינינו לגיטימי דיו, בעל כריזמה, בעל ידע, בעל כוח של המדינה.

3. אופי המשפט – המשפט הוא מערכת של נורמות, מערכת המכוונת התנהגות. במערכת שכזו אחד הערכים החשובים ביותר הוא ערך היציבות והוודאות. לא ייתכן שמערכת המכוונת התנהגות, תנחה בכל יום התנהגות שונה. מערכת שכזו חייבת לפעול מתוך ובתוך מסורת. השינויים בה הם מאוד איטיים, וזאת משום שאי אפשר לשגע את החברה. אם המערכת תשגע את החברה, הרי שהחברה תעזוב אותה. ולכן שופטים יסתכלו תמיד על הפסיקות של אלו שקדמו להם, ולא רק משום שרשרת המסירה, אלא משום שמערכת נורמטיבית חייבת לפעול בתוך המוסרת ולספק אלמנט חזק של יציבות.

כמובן שהתקדים לא נותר לעולמי עד, אך בהחלט ניתן לומר כי המשפט אינו אוהב מהפכות ולכן ניתן לזהות שתקדים במוצע חי כ- 12 שנה. פסיקה למרות שהיא רק לגבי שני אנשים, הופכת לנורמה שיש לה חלות הרבה יותר רחבה. וכמובן שרוב החלות תלוי בקהילה הרלוונטית. ושוב נבחין בין שתי מסורות בעולם המערבי:

1. המסורת האירופית – מסכימים עם כל הנאמר עד כה. ונכון הוא שפסיקה תמיד הופכת לתקדים. אך יחד עם זאת, מסיבות פוליטיות סמליות, קובעת המסורת האירופאית, כי אין תקדימים מחייבים. לדוגמא בצרפת, החלטה של שופט רשמית נוגעת רק לשני הצדדים. שופט לא חייב להתנהג לפי החלטה זו, וגם לא צדדים שלישיים. ולכן – רשמית אין תקדים מחייב. הגוף היחידי שרשאי לתת נורמות לכלל החברה הוא המחוקק.

2. המסורת האנגלו-סקסית – מתפתחת כבר מימי הביניים סביב בתי המשפט, שהם המוסד העיקרי במסורת זו. במערכת שמתפתחת סביב בתי משפט, חובה להכניס אלמנט אמיתי של יציבות. המערכת היא קפריזית. שופט א' יחליט כך, ושופט ב' אחרת. ולכן נקבע כעיקרון מנחה בסיסי של השיטה – נכון שתמיד בכל חברה פסקי הדין הופכים לתקדים, אך אין זה מספיק. נקבע מפורשות, ככלל בסיסי ששופטים יהיו חייבים ללכת בעקבות התקדים – בעקבות ההחלטות של השופטים שקדמו להם. וכך נקבע גם בחוק יסוד: השפיטה, שנחקק ב- 1984.

במערכת אנגלו-סקסית כאלו (כמו המערכת האנגלית, האמריקאית, הקנדית או הישראלית), ישנן שתי אבחנות נוספות והן:

1. סוג התקדים

- תקדים מחייב – Stare Decisis – להישאר בהחלטה. הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט אחר, למעט בית המשפט העליון עצמו.
- תקדים מנחה – הלכות שנקבעות בבתי המשפט האחרים (לא העליון) מנחות את בתי המשפט הנמוכים ביותר. כך למשל, הלכה שנפסקה בבית המשפט המחוזי, תנחה את בית משפט השלום בפסיקותיו.

2. אופי התקדים

- תקדים אופקי – החלטת בית המשפט מחייבת את שאר השופטים (וגם אלו לעתיד לבוא) באותו בית המשפט. שכן לא יכול להיות ששני שופטים באותו בית משפט יפסקו פסיקות שונות, אחרת לא ידעו כיצד להתנהג. אופי תקדים שכזה היה קיים במערכות משפט קדם-מודרניות, או קדם המאה ה-19. וזאת משום שעד למאה ה-19 לא הכירו במערכת בתי המשפט בערכאות ערעור – אין ערעורים.
- תקדים אנכי – החלטה של ערכאה גבוהה מחייבת או מנחה את הערכאות הנמוכות ממנה. החל מהמאה ה-19 החלו להכיר בערכאות ערעור, מטעמים של זכויות אדם, ובעניין זה הרי שאין צורך בתקדים האופקי ובמקומו מתקיים התקדים האנכי. בעולם המודרני, אין שום בעיה עם כך שיפסקו שני שופטים פסיקות שונות, שכן אם יקרה המצב הרי שנערער על מנת לבחון את התיק פעם נוספת.

יחד עם זאת, בית המשפט העליון, דה-פקטו, כמעט שאינו סוטה מתקדימיו. ואם יקרה המצב הרי שהוא נדיר ביותר.

נשאלת השאלה, מה מחייב בתקדים? כאשר אנו אומרים שהחוק מחייב הוא ברור – כתובים כללים. אבל מה קורה בתקדים? מה שמחייב הוא רק השורה התחתונה – מה שמחייב הוא לב ההחלטה, ההיגיון של ההחלטה. מה הייתה הבעיה, מדוע פנו לבית המשפט. מה שמכונה הרציו.

רציו Ratio Decidendi – הוא אותו חלק בפסק הדין הדרוש להכרעה, והוא החלק המהווה תקדים מחייב. הוא לב ההחלטה, הוא החשוב לענייני התקדים, כל השאר ומה שאומרים השופטים בפס"ד הוא מה שמכונה אמרות אגב. לא לשם כך פנו לבית המשפט. וגם יצוין העניין בפסק הדין עצמו בתצורה של: "אילו הייתה נשאלת השאלה... אולי הייתי אומר שמן הראוי... אך מאחר שהשאלה לא נשאלה...". בלטינית מכונות אמרות אגב אלו Obiter Dicta.

פס"ד דוניו נ' סטיבנסון

קונה סטיבנסון בקבוק משקה, מגיע לאנחת הרוויה שלו ומגלה לחרדתו הרבה שבלול בתוך בקבוק השתייה. פונה סטיבנסון לבית המשפט ותובע את יצרנית המשקה. מה יהיה הרציו במקרה כזה? האם יהיה שחברה המייצרת את המשקה A ונמצא בבקבוקה שבלול חייבת בניזיקין? האם יהיה שכל חברה שמייצרת משקאות ובתוכה חרק חייבת בניזיקין? או האם יהיה שכל חברה המייצרת ונמצא פגם כלשהו במוצריה חייבת בניזיקין?

כל דיני אחריות היצרנים במשפט האנגלי, מבוססים על פס"ד זה. וכך ניתן לראות שאת הרציו אפשר להרחיב ולצמצם, הכל לפי הפרשנות.

מגיעים שני צדדים לבית המשפט – הצד התובע קנה בקבוק קולה וגילה ג'וק בבקבוק, אומר לבית המשפט – פס"ד דוניו נ' סטיבנסון. אומר הצד הנתבע – מה פתאום! זה שבלול בבקבוק A, וזה ג'וק בקולה. זה בכלל לא אותו הדבר.

הצד הנתבע יוצר למעשה אבחון (אבחנה) תקדימי Distinguishing, הוא מבדיל את המקרה שלו ממקרים אחרים. ולכן, העובדה שקיים התקדים, לא בהכרח מוכיחה דבר. שכן כל צד עשוי לבוא עם התקדימים שלו לבית המשפט ויטען לדמיון המקרה לתקדימים אחרים.

הפסיקה אף היא מעוררת שאלות ותהיות רבות, שמפאת קוצר בזמן לא נספיק לדון בהם במבואות. להלן כמה מהן; בעיקר שאלות פרוצדוראליות – כיצד מתחיל הליך של פסיקה, כיצד הוא מתנהל, אילו סוגי טענות ניתן לטעון ואילו לא, כיצד מוכיחים בנושא של דיני ראיות, מה הוא פסק הדין הסופי, ומתי לא ניתן עוד להחיות את התהליך.

מבנה מערכת בתי המשפט בישראל

בתי המשפט השונים

בית משפט השלום

בית משפט השלום הוא הרמה הראשונה והנמוכה ביותר במערכת בתי המשפט. הוא יושב כערכאה ראשונה ואינו שומע ערעורים.

הארץ מחולקת לשישה מחוזות (צפון, חיפה, תל-אביב, מרכז, ירושלים, דרום) ובכל מחוז מכהן נשיא בית משפט השלום של המחוז. והוא האחראי על כל בתי משפט השלום שבמחוז.

במשפט פלילי מוסמך בית משפט השלום לדון בעבירות של עוון חטא ופשע, שהעונש עליהן אינו עולה על 7 שנות מאסר, ובמשפט אזרחי מוסמך הוא לדון בתביעות שהערך הכספי שלהן אינו עולה על 2.5 מיליון ₪ (נכון להיום, כאשר הסכום מתעדכן מעת לעת על פי חוק). בסמכותו גם לדון בעניינים מקרקעין הקשורים לחזקה, שימוש וחלוקה (חלוקה, פירוק ושיתוף). כאן אין זה מה משנה מהו סכום התביעה.

במקרים בהם החליטה הפרקליטות בכל זאת להביא לשפיטה בשלום עבירה שחורגת מסמכותו (עבירות סמים לדוגמא), ולו מטעמי יעילות, הרי שעונש המקסימום שישפוט השופט יהיה טווח סמכותו.

מרבית התיקים בבית משפט השלום נשמעים בפני דן יחיד, אך נשיא המחוז רשאי לקבוע הרכבים גדולים יותר אם חפץ בכך (תמיד יהיה זה מספר אי זוגי).

ישנם כמה בתי משפט שונים, המכונים בתי משפט מיוחדים, המהווים מחלקות של בית המשפט השלום (שים לב לאבחנה בין בית שמפט ובין בית דין הנמצא מחוץ לפירמידת השפיטה). ערעור של תיק בבית משפט השלום – יתקבל בזכות לבית המשפט המחוזי.

בית משפט לתביעות קטנות

מסונף לבית משפט השלום.

מוסמך לדון בתביעות אזרחיות בלבד (כלומר לא במשפט פלילי) המוגבלות לסכום נמוך של עד 17,800 ₪, נכון להיום (שהרי לשר סמכות לתקן סכום זה), או תביעות הקשורות למצרך. ההגדרה המקובלת היא תביעות להחלפת מצרך, לתיקונו או לביטול רכישה. בסכום שלא עולה על 17,800 ₪. רק אדם פרטי יכול להגיש לבית משפט זה (לא חברה) ואילו ערכי דין אינם יכולים להופיע ולייצג בבית משפט זה (אלא אם תאושר בקשה מיוחדת תוך פירוט טעמים מיוחדים).

סדרי הדין הם שונים מהסדרים הרגילים וגם דיני הראיות שונים בחלקם. ישנן ראיות מסוימות, שלא ניתן להגישן בבתי משפט רגיל, אך ניתן בהחלט להגישן בבית משפט לתביעות קטנות. בית המשפט רשאי להחליט כי הוא מעביר את הדיון לבית משפט השלום, אם הוא ראה והחליט כי הדיון מסובך מדי (מבחינת היקף, או שעולה בו סוגיה משפטית קשה), או אם הוא ראה והחליט כי התביעה הוגשה על ידי מישהו שכבר הגיש יותר מחמש תביעות באותה שנה לבית משפט לתביעות קטנות, וזאת בכדי למנוע תובע טורדני.

ערעור של תיק בבית משפט לתביעות קטנות – יתקבל ברשות בלבד לבית המשפט המחוזי.

בית המשפט המחוזי

ישנם חמישה בתי משפט מחוזיים בארץ (בית המשפט המחוזי של ת"א אחראי גם על מחוז מרכז). בראש כל בית משפט מחוזי עומד נשיא בית המשפט המחוזי, והוא שונה מנשיא בית משפט השלום.

בית המשפט המחוזי היא הרמה השנייה במערכת המשפט. הוא מהווה גם ערכאה ראשונה וגם ערכאת ערעור לתיקים שהועברו בזכות מבית משפט השלום של המחוז (אזרחי או פלילי). כערכאה ראשונה דן בית המשפט המחוזי כסמכות שירות "בכל עניין אזרחי או פלילי שאינו בסמכותו של בית משפט השלום". מה שלא מוסדר בבתי משפט השלום, יישאר בבית המשפט המחוזי. במשפט הפלילי יש לבית המשפט המחוזי סמכות לדון בעבירות של פשע שהעונש עליהן עולה על 7 שנות מאסר, ואילו במשפט האזרחי בסמכותו לדון בתביעות שהערך שלהן גבוה מהסכום המרבי שבית משפט השלום מוסמך לדון בו (2.5 מיליון ₪). עניין נוסף שידון בסמכותו של בית המשפט המחוזי, הוא משום שבאף חוק אחר לא נכתב כי בית משפט השלום מוסמך לדון בו. לדוגמא, עניין של פשיטת רגל, או עניין של בעלות במקרקעין, כאשר סמכותו של המחוזי בעניין זה הוא משום שבית משפט השלום מוסמך לדון רק בנושאים ספציפיים הקשורים במקרקעין והם ענייני חזקה, שימוש וחלוקה.

כערכאה שנייה, דן בית המשפט המחוזי בערעורים פליליים ואזרחיים על פסקי דין של בית משפט השלום. כערכאה שנייה יש לו סמכות לשנות או לבטל את החלטות הערכאה הראשונה, שנפסקו על ידי שופט בית משפט השלום.

בדיונים בבית המשפט המחוזי, יושב הרכב של שופט אחד עד שלושה שופטים (במקרים של ערעור – אין ערעור בפני דן יחיד). במקרים של עבירות חמורות כמו המתת אדם, עבירות מין, שוד, תקיפה וכיו"ב ישב הרכב של חמישה שופטים.

ערעור של תיק שדן בערכאה ראשונה בבית המשפט המחוזי – יתקבל בזכות לבית המשפט העליון. ערעור של תיק שדן בערכאה שנייה בבית המשפט המחוזי – יתקבל ברשות לבית המשפט העליון.

בית המשפט העליון

משכנו בירושלים ויושב על תקן של 15 שופטים. והוא פועל בשני כובעים:

בית משפט עליון לערעורים פליליים ואזרחיים

ערכאה שנייה (בזכות) או שלישית ועליונה (ברשות). ברוב המקרים החלטת בית המשפט העליון היא הכרעה סופית ואין מערערים אחריה. במקרים מיוחדים ונדירים שבהם מערערים על פסקת בית המשפט העליון ומבקשים דיון נוסף, מתכנס בית המשפט העליון בהרכב מורכב – תשעה עד אחד-עשר שופטים – בכדי לדון בערעור. בית המשפט העליון מטפל ב- 20 אלף ערעורים בשנה.

בית משפט גבוה לצדק (בג"ץ)

בית המשפט העליון כבג"ץ דן כערכאה ראשונה ואחרונה בעניינים שבין האזרח לרשויות השלטון. בית המשפט העליון המכהן כבג"ץ דן בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק, ואשר אלו הם אינם בסמכותו של כל בית משפט או כל בית דין אחר. בג"ץ אינו פועל ביוזמתו אלא רק לאחר שפנו עליו וסמכותו לפעול בעניינים אלו מוסדרת בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה כבית משפט לעניינים חוקתיים ולעניינים מנהליים.

ביקורת על מערכת המשפט הישראלית**ריכוזיות יתר**

היא הביקורת הראשונה והקטנה יותר. על פיה כל התיקים נגמרים בסופו של עניין בבית המשפט העליון ואין זה טוב. יש לפזר את הכוח. אז נכון שגם במדינות האנגלו-סקסיות יש לנו מערכת משפט אחת, אך רובן מהוות פדרציות ומורכבות ממדינות קטנות יותר, כך שנוצרים איזונים בין המערכות הפדראליות ובין המערכות המדינתיות. וגם במקומות אחרים, בהם אין פדרציה, כמו אנגליה, לדוגמה בה מתקיימת מסורת של 700 שנה של איזון בין המערכות המקומיות ובין בתי המשפט הגבוהים, וזאת בזכות מעין פלורליזם מקומי. מה שלא קיים בישראל.

מבנה שאינו הגיוני

ביקורת זו היא נוקבת יותר, וטוענת כי מבנה מערכת בתי המשפט בארץ הוא מסורבל ופוגם בצדק. אין שום סיבה שיהיה בארץ בלבול שכזה בין השלום ובין המחוזי. אין שום סיבה, שלא ידונו התיקים כולם בערכאה שיפוטית אחת. בכל מדינות העולם (למעט אנגליה) כל התיקים מתחילים בערכאה ראשונה. יכול להיות שבערכאה זו תהיה הפרדה בין כזו הגבוהה יותר וזו הנמוכה יותר, אך הם יתחילו ביחד. מעל ערכאה שכזו צריכה להתקיים ערכאת ערעור שתפקידה יהיה אך ורק לשמוע ערעורים בזכות. מעל לאלו יכהן בית המשפט העליון ויהווה ערכאה מפקחת, מבלי שיהיה אפשר להגיע אליו אוטומטית. הוא יבחר לעצמו את התיקים בפינצטה (כך מתקיימת מערכת בתי המשפט בקנדה, אוסטרליה וארה"ב). בישראל, בית המשפט העליון קורס מעומס, ואומר הדבר כי בשאלות חוקתיות חשבות הוא חייב לדון, בשאלות פליליות על אחת כמה וכמה חייב לדון שכן מדובר בחירותו של אדם, ואז מי נפגע? כל אותם ערעורים אזרחיים. מנוקים 20 ערעורים המגיעים לבית המשפט העליון, 19 מתוכם בצדק, אך אותו תיק מספר 20 שבאמת היה בו עניין חשוב, הרי שאינו נדון.

תיאודור אור בזמנו ניסה לבטל את המערכת ולתקנה כשם שהיא נמצאת היום בכל המדינות המתוקנות בעולם, אך הצעתו נתקלה בלובי גדול של שופטים שהיו צריכים לוותר על מעמדם ולהיות שווי ערך לשופטי בית משפט השלום, ומעבר לכך – הרי שאופק הקידום שלהם במקרה כזה, היה הופך מצומצם מאוד.

גם הפוליטיקאים הביעו התנגדות איזומה וטענו כי אור הוא חברו הטוב של אהרון ברק, והם יחד רוצים לשבת על האולימפוס, לבחור את התיקים בפינצטה ולא לעבוד קשה מדי. כך, כאשר מנסים להסביר את העניין בוועדת חוק, חוקה ומשפט, שזהו המבנה ההגיוני שעליו לפעול, שבית המשפט העליון לא ממלא את ייעודו ונגרם חוסר צדק בכך ובעיקר בעניינים אזרחיים, הרפורמה נתקעת.

מערכת בתי הדין

בנוסף למערכת בתי המשפט הרגילים, ישנן שלוש מערכות בתי משפט קטנות שאינן מהוות חלק ממערכת בתי המשפט הכללית. בארץ, שלושה חריגים, שלוש מערכות שנמצאות מחוץ לפירמידה הכללית של השלום-מחוזי-עליון.

בת הדין הצבאי

בית הדין הצבאי מוכר בכל מדינות העולם המודרניות והליברליות, מתוך ההנחה שכללי המשמעת שחלים על הכוחות הצבאיים הם לא רק הכללים הרגילים שחלים על כלל האזרחים. החוק המסדיר את פעולתם של בתי הדין הצבאיים הוא **החוק השיפוט הצבאי, 1955** שנכנס לתוקף ב- 1/1/1956.

בית הדין הצבאי **דן בשפיטה של חיילים בסדיר, קבע ומילואים**. מדובר בשפיטה על עבירות פליליות, או צבאיות, שחייל עשה במהלך שירותו הצבאי.

כערכאה ראשונה יושב בית הדין הצבאי הפיקודי – לכל פיקוד בית דין משלו (למעט פיקוד העורף וחיל הים המכונסים תחת בית דין אחד). בית הדין הצבאי הפיקודי דן בהרכב של שלושה שופטים – האחד שופט משפטן מקצועי, ושניים קציני שטח.

כערכאה שנייה יושב בית הדין הצבאי לערעורים – ומשכנו בקריה.

שופטי בתי הדין הצבאיים שייכים ליחידה המיוחדת של בתי הדין הצבאיים והיא יחידה עצמאית שאינה כפופה לפרקליט הצבאי הראשי (פצ"ר), ובראשה עומד אב בית הדין הצבאי. הסיבה לכך שאינה כפופה לו היא כדי לשמור על עצמאות השופטים, המתמנים פורמאלית על ידי שר הביטחון (בהתאם להמלצת הוועדה למינוי שופטים). כלומר אותם שופטים מתמנים בדיוק באותו הליך בו ממונים השופטים האזרחיים.

באופן עקרוני, מבית הדין הצבאי לערעורים לא ניתן לערער הלאה לבית דין אחר והוא מהווה הערכאה השנייה והאחרונה. העניין הוא, שאף מדינה בעולם לא רוצה שהצבא שלה יהיה עצמאי לגמרי, וכפי שהוא עצמו כפוף לרשויות האזרחיות, כך גם בתי רשויות המשפט הצבאיות צריכות להיות כפופות בסופו של עניין למדינה, ובמקרה זה לבית המשפט העליון.

ולכן הוחלט כי מבית הדין הצבאי לערעורים, לא ניתן להגיש בקשת ערעור אוטומאטית, אך במקרים מסוימים ניתן לעתור לבג"ץ, על פי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, בו מצוין כי בג"ץ אחראי גם על בתי הדין השונים. עתירה שכזו תהיה **עתירה מנהלית נגד בית הדין הצבאי**, והוא מהווה המשיב. וזאת מפאת שתי סיבות בלבד המהוות סוגיות משפטיות עקרוניות: האחת, היא במקרה של **פגיעה בכללי הצדק הבסיסיים**, תחת הטענה שההליך שהתרחש בבית הדין הצבאי פוגע קשות באנושות. והשנייה, היא **טעות בולטת על פני הפסק**, כאשר במקור עילה זו דנה בטעויות כמו טעויות סופר. בג"ץ החליט להרחיב עילה זו בה הוחלט כי ניתן להגיש את הערעור במקרים בהם נעשתה טעויות איזומה בפסק הדין שניתן בבית הדין הצבאי לערעורים.

בית הדין הדתי

בתי הדין הדתיים מוסמכים לדון בנושאים של **נישואין וגירושין**. בנושאים האחרים הקשורים לדיני משפחה, ידון בית המשפט לענייני משפחה.

הדין במדינות המודרניות הוא דין טריטוריאלי, כלומר הוא חל על טריטוריה מסוימת, ולכך את כל האנשים שחיים בה ומחיל עליהם את הדין. כך, המשפט הישראלי חל למעשה על כל מי שחי במדינת ישראל והדין כאן הוא דין טריטוריאלי אחד וחל על כולם בצורה אחידה ושוויונית. עניין זה נכון לא רק למדינת ישראל, והוא חלק ממדיניות שלטון החוק, החל על כולם בצורה שווה. מהלך זה של דין טריטוריאלי הוא מהלך מודרני. בימי הביניים וכן בתקופות קדומות יותר, לא היה קיים דין שכזה, אלא הדין האישי. כאשר לכל אדם היה את המשפט שלו שנקבע על פי הדת שלו, מקום מגוריו (כפר או עיירה) או הגילדה שאליה השתייך. אותו פרט לקח איתו את הדין לכל מקום שהוא הלך אליו.

במעבר מימי הביניים לעת המודרנית, ניתן היה לזהות תהליך של פוזיטיביזציה של המשפט במקביל להליך של הפיכת המשפט למשפט שחל על טריטוריה שלמה. עם המעבר הזה ממשפט אישי למשפט הטריטוריאלי, מדינות רבות טענו כי בכל זאת ישנם ענפים של המשפט בהם ראוי לשמר את הדין האישי. אחת מהדוגלות בגישה זו היא האימפריה העות'ומנית, שטענה כי המדינה היא ענקית בעלת קבוצות אתניות רבות, והיא לא רוצה להיכנס להן לחיים עד כדי שהיא תקבע עבור דין טריטוריאלי בנושאים של פולחן דתי ונושאי משפחה או ירושה. ולכן, בעניינים אלו העדיפה האימפריה לשמר את הדין האישי. כך נוצר מצב שלכל קבוצה דתית, או כל עדה דתית (כפי שכונה בתורכיה) **תהיה אוטונומיה בתחום של פולחן דתי ובתחום של דיני משפחה** ואילו המשפט הפלילי והאזרחי ברובו המכריע יהיה משפט טריטוריאלי. ומכיוון שהתורכים הם אלו ששלטו בישראל במשך כמעט 500 שנה (1517-1917), כך היה הדין גם בישראל. לכל עדה דתית היה בית הדין שלה. ליהודים בית הדין הרבני, למוסלמים בית הדין השארי ולנוצרים בית הדין הנוצרי שלהם. משכבשו הבריטים את הארץ, הם שימרו מערכת זו של דין אישי, אך דאגו להכניס כמה שינויים פרוצדוראליים. ומאז גם עם קום המדינה ב-1948 החליטו הישראלים לשמר את סוג מערכת זו. וכחלק מעניין זה, לכל עדה דתית בית דין משלה, המוסמך (ובעל הסמכות הבלעדית) לעסוק בדיני משפחה.

בעבר בתי הדין הדתיים כללו ערכאה אחת, אך מראשית שנות ה-20 טענו הבריטים ואמרו – כחלק משימור המסורת, וכחלק מהכנסת השינויים הפרוצדוראליים המודרניים בסוג דין זה, יש הכרח להקים ערכאת ערעור.

כערכאה ראשונה יושב בית הדין הרבני – המכהן בכל עיר יהודית גדולה בארץ.

כערכאה שנייה יושב בית הדין הרבני הגדול – כערכאת ערעור, ומשכנו בירושלים.

בת הדין הרבני הגדול הוא הערכאה הסופית ואי אפשר לערער בו הלאה. אולם, במסגרת השינויים שהכניסו הבריטים קבעו כי בג"ץ יפקח מבחינה פרוצדוראלית על מערכת בתי דין אלו. ולכן ניתן להגיש **עתירה לבג"ץ נגד בית הדין הגבוה של אחת העדות**. לא יהיה זה ערעור אלא **עתירה מנהלית נגד בית הדין הרבני הגדול** והוא המשיב בעתירה זו ומיוצג על ידי המדינה. זאת מפאת שתי סיבות בלבד המהוות סוגיות משפטיות עקרוניות: האחת, היא במקרה של פגיעה בכללי הצדק הבסיסיים. והשנייה, היא **טעות בולטת על פני הפסק**.

דיני המשפחה בארץ מהווים דין אישי-דתי, ולגבי היהודים הסמכות הייחודית היחידה היא לבית המשפט הרבני המוסמך לדון בעניינים אלו. ולכן, גם אם התחתנו הזוג בקפריסין, וירצו להתגרש, יהיה עליהם לעשות זאת בבית הדין הרבני. באשר לזוג שנישא כאשר שני בני הזוג משתי עדות שונות, על פי חוק תוגש בקשה לנשיא בית המשפט העליון והוא המכריע בסוגיה על ידי שליחת שאלה לשני נשיאי בתי הדין של שתי העדות, ועל פי התשובה שמקבל מכל אחד מהם מחליט באילו מבתי הדין ישפטו בני הזוג.

בית הדין לעבודה

בתי הדין לעבודה מוסמכים לדון בעניינים הקשורים לדיני עבודה, כדוגמת תביעות של עובד כנגד מעביד, תביעות בתחום דיני העבודה הקיבוציים וכו'.

בתי הדין לעבודה הוקמו בשנת 1969 במסגרת גל גדול של מעבר המשפט הישראלי מהמסורת האנגלו-סקסית לכיוון המסורת הרומאנו-גרמאית (האירופאית). מה שקרה אז בארץ הוא שעם כל הכבוד שנרכש למסורת האנגלו-סקסית, עולים רבים הגיעו מאזורים אירופאים לארץ והביאו עמם גם את המסורת. כך ניתן לזהות כי בית הדין לעבודה בארץ, הוא העתק כמעט מושלם של בית הדין לעבודה המכהן בגרמניה.

כערכאה ראשונה יושב בית הדין האזורי לעבודה – ישנם חמישה כאלו המכהנים בכל עיר בה מכהן בית משפט מחוזי, והם עוסקים בעניינים של עבודה, עניינים סוציאליים, ענייני ביטוח לאומי וכיו"ב. בבית הדין האזורי לעבודה יושב מותב של דן יחיד או הרכב של שלושה שופטים – שופט אחד משפטן שהוא אב בית הדין והוא המנהל את הדיון, ושני נציגי ציבור – שופטים הדיוטות, שמעולם לא למדו משפטים, הם אינם עורכי דין, ומהווים האחד נציג העובדים (נבחר מתוך רשימת מועמדים שהומלצה על ידי ההסתדרות ואושרה ע"י שר העבודה ושר המשפטים) והשני נציג המעבידים (נבחר מתוך רשימה של ארגוני מעבידים, לרוב שייך להסתדרות התעשיינים, שאושרה ע"י שר העבודה ושר המשפטים). הסיבה לכך היא מעצם ההכרה בזכויות האדם והדמוקרטיה וכן מטעם של מומחיות, שהרי נציגי העובדים והמעבידים יש להם ידע אמיתי, הם באים מהשטח ומכירים ויכולים לתרום מניסיונם האישי (טעם המוכר ומקובל בכל אירופה).

כערכאה שנייה, יושב בית הדין הארצי לעבודה – ושופט בענייני ערעורים (יש לו סמכות מצומצמת לדון כערכאה ראשונה בעניינים השייכים לתחום המשפט הקיבוצי). משכנו הוא בירושלים, והוא שופט בהרכב של חמישה שופטים לפחות – שלושה מתוכם שופטים מקצועיים, ושניים הדיוטות (נציג העובדים ונציג המעבידים). ולעתים אף יושב בהרכבים נרחבים יותר. בית הדין הארצי לעבודה הוא הערכאה האחרונה.

במקרים מסוימים ניתן לעתור לבג"ץ, על פי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, בו מצוין כי בג"ץ אחראי גם על בתי הדין השונים. עתירה שכזו תהיה **עתירה מנהלית נגד בית הדין לעבודה**, והוא מהווה המשיב, **בטענה שנפגעו כללי הצד הטבעיים** או **בטענת טעות בולטת על פני הפסק**.

בנוסף, בתי דין מיוחדים נוספים כגון; בית הדין להגבלים עסקיים, בית הדין לחוזים אחרים ועוד. אלו הם בתי משפט המוגדרים אד-הוק לצורך מסוים ועל פי חוק מסוים. כמו למשל, חוק החוזים האחרים – אותם חוזים שאנו חותמים עליהם מול גופים גדולים כמו בנקים, חברות תקשורת או חברות ביטוח. בית הדין לחוזים אחרים בוחן ובודק שאין בחוזים מסוג זה תניות מקפחות ופועל פעם אחת מול ספק שמבקש אישור בית המשפט לחוזה האחד (מרגע שאושר, ולמשך חמש שנים לא ניתן להעלות טענת קיפוח) ופעם שנייה מול גורמים המנויים בחוק המעוניינים לבטל תנאי מקפח בחוזה אחד. על בית הדין לחוזים אחרים ניתן לערער לבית המשפט העליון, שכן מכהן בו שופט מבית המשפט המחוזי.

סמכויות השיפוט ברשות המבצעת

עד כה דנו ברשות השופטת, אך גם ברשות המבצעת יש לא מעט גופים שיש להם סמכויות שיפוט והם מכונים טריבונאלים. ולעניין זה סמכויות שיפוט של **פקידי שומה, שוטרים, ועדות ערר וכיו"ב**.

על גופים אלו בדרך כלל ניתן **לערער לבית המשפט המחוזי**, כאשר ישנם מקרים מסויים בהם החוק קובע אחרת. במקרים כאלו הדרך היחידה לאכוף החלטה שיפוטית שכזו של רשויות המנהל הציבורי היא הגשת בג"ץ נגדם.

סוגי ערעור

מערכות משפט ככלל לא אוהבת ערעורים, שכן הם מערערים ומזעזעים את כל המערכת. ולכן עד המאה ה-19 לא הוכרו ערעורים, לא בשיטות המשפט הדתיות ולא האזרחיות. בעת המודרנית אנו מקבלים ערעור מהטעם של זכויות אדם. שכן יכול להיות שנפלה טעות, ואנו לא רוצים שבשל כך תיפגע קניינו של אדם, חירותו של אדם או אפילו חייו. ולכן אנו נותנים לכל אדם את הזכות לערער פעם אחת על פסק הדין שניתן נגדו.

ערעור בזכות

ניתן מטעמים של זכויות אדם. לכל אדם הזכות לערער פעם אחת. אם לבחון את הדברים במבחן המציאות, הרי שהתוצאה דומה למדי למה שהתרחש קודם לכן, משום שהרוב המכריע של הערעורים נדחה. עם זאת, ככלל תיק שהחל בשלום יש לו זכות ערעור אוטומטית במחוזי, ואילו תיק שהחל במחוזי יש לו זכות ערעור אוטומטית לעליון. כל **תיק שהחל בבית הדין כערכאה ראשונה יש לו זכות ערעור אוטומטית לבית הדין הגבוה יותר**.

ערעור ברשות

עם זאת ישנם מצבים חריגים בהם לא מקנה בית המשפט זכות ערעור אוטומטית גם בערכאה ראשונה. אך מכיוון שלא יסגור את אפשרות הערעור לחלוטין כדי שלא לפגוע חס ושלום בעניין הצדק, יאפשר ערעור ברשות. כלומר, אם ירצה אדם לערער יהיה עליו לבקש בקשה מבית הדין אליו הוא מעוניין להפנות את הערעור, מה שמכונה **בר"ע – בקשת רשות ערעור**.

ישנם שני מקרים בהם המשפט יחייב בר"ע:

1. **אם כבר הוגש ערעור אחד** – הרי שניתן יומו של המשפט בבית המשפט. מה כל כך חשוב במקרה הנ"ל, שואל בית המשפט, למעט העובדה שהפסיד פעמיים וכעת הוא מעוניין להטריד את מערכת בתי המשפט ולהוסיף לערער? כך מקשה בית המשפט ומבקש הגשה של בקשת ערעור.
2. **עניינים קטנים** – ישנם עניינים קטנים שקובע בית המשפט – ייתכן שהייתה טעות, או נגרם איזשהו עוול, אולם אי אפשר לזעזע את כל המערכת לערעור אוטומאטי על עניין שכזה. עניינים קטנים יכולים להיות;
 - בבית המשפט לתביעות קטנות – אין עליו ערעור בזכות אלא רק ברשות (וזאת אפילו שדן הוא כערכאה ראשונה).
 - החלטות ביניים – אין אפשרות לערעור בזכות על החלטות הביניים שנתקבלו במהלך הדיון בתיק. אולם משום שהחלטות מעין אלו בכל זאת נחשבות כחלק מההכרעה בתיק ועשויות להיות מהותיות להמשכו, יש אפשרות לבר"ע.

מינוי שופטים

- מאז 1953 כל השופטים במדינה, כולל שופטי בית הדין לעבודה ושופטי בית הדין הצבאי, מנויים נעשה ע"י הוועדה למינוי שופטים. הוועדה מורכבת מ-9 נציגים;
- חמישה מתוכם משפטים – 3 שופטי בית משפט העליון (אחד מתוכם הנשיא)
 - שני חברי לשכת עו"ד
 - שלושה פוליטיקאים שרים – האחד ראש הוועדה, ושניים נוספים ח"כים (כנוהג ולא כתוב בחוק – האחד מהקואליציה והשני מהאופוזיציה)

מי שממנה את השופטים באופן פורמאלי הוא נשיא המדינה. שמי שרשאי להמליץ על מועמדים הוא נשיא בית המשפט העליון, שר המשפטים או שלושה חברי וועדה. בשנים האחרונות, ככל שבתי המשפט ובעיקר בית המשפט העליון, נעשים מעורבים יותר ויותר. בשאלות חברתיות, כלכליות ופוליטיות חשובות, ישנן קריאות רבות בציבור לשנות את הרכב הוועדה כך שיהיה יותר כוח לנציגים הפוליטיים, וזאת תחת ההנחה שהם מייצגים את האוכלוסייה בארץ.

עד שנת 1953, השר הוא הממנה את השופטים לערכאות הנמוכות, והממשלה בשיתוף של הכנסת דאגה למינוי השופטים לעליון.

דיינים בבתי הדין הדתיים, אינם מתמנים על ידי וועדה זו. לכל בית דין דתי, הדרך שלו ומי שמעורבים בהליך הוא בעיקר משרד הדתות, כאשר היום מכהן כמחלקה במשרד הפנים, ראשי העדות ושרי הדתות.

כותרות פסקי הדין

לדוגמא:

בג"צ 13/57 שוקי נ' שר הפנים פ"ד ה (2) 541

בג"צ / ע"א / ע"פ / ד"נ / בר"ע / ב"ש / עע"מ
ועוד... החלק הראשון המהווה שם ההליך, לדוגמא;

- בג"צ – בית דין גבוה לצדק
- ע"א – ערעור אזרחי
- ע"פ – ערעור פלילי
- ד"נ – דיון נוסף
- בר"ע – בקשת רשות ערעור
- ב"ש – בקשות שונות
- עע"מ – ערעור עתירה מנהלי

תיקים המתחילים בערכאות נמוכות יותר;

- ת"א – תיק אזרחי (שם העיר בה מנוהל התיק)
- ת"פ – תיק פלילי
- עת"מ – עתירה מנהלית בבית המשפט המחוזי

13/57 – מספר ההליך והשנה

- 13 הוא מספר סידורי רץ מהווה מספר ההליך
- 57 היא השנה (1957) שבה הוגש התיק (לא ניתן!!! אלא הוגש!!!)

שוקי נ' שר הפנים

שמות הצדדים.

פעמים רבות נזכה לראות שוקי ואח' – שוקי ואחרים.

פ"ד – פסקי דין

הקובץ הרשמי בו מפורסמים פסקי הדין של בית המשפט העליון.

- פ"מ – פסקים מחוזיים – שהוגשו במחוזי או בשלום
- פד"ע – פסקי דין עבודה

ה (2) מספר הכרך – בדרך כלל ארבעה או חמישה כרכים לכל אות.

541 מספר העמוד – ציון מספר העמוד בכרך.

כיום מכיוון שרוב הדברים נמצאים באינטרנט, במקום לציין את מפר הכרך והעמוד יופיע בדרך כלל המילה תקדים או שם המאגר בו נמצא פסק הדין.

הליך התביעה הפלילי

הליך התביעה הפלילי מחולק לשני חלקים עיקריים – שלב החקירה ושלב התביעה.

שלב החקירה

מתחיל במשטרה או בקרב רשויות חוקרות אחרות (למשל רשויות המס).

הסטטיסטיקות בארץ מראות שמסך כל התיקים שנפתחים ברשויות הללו, רק 20% מתוכם מבשילים בסופו של עניין לכדי כתב אישום. 60% מתוכם נסגרים כבר במשטרה או ברשויות החקירה וה- 20% הנוספים בפרקליטות. תיקים יכולים להיסגר משלוש סיבות:

1. **חוסר אשמה** – חקרה הרשות וגילתה כי אין כאן כל עבירה, או שהייתה עבירה אך ישנו סייג לפליליותה. כלומר, אין זה מעשה פלילי – היה משהו, אבל זה היה הגנה עצמית (לא פלילי). המצב הטוב ביותר מבחינת המואשם, שכן במקרה שכזה חייב בג"ץ את המשטרה למחוק כל תיק שכזה, גם מהיסטוריית מחשבי המשטרה.
2. **חוסר עניין הציבור** – היה עניין של עבירה פלילית, אבל לא משהו ששווה לפתוח בגינו בהליכים. כלומר, להטריח את כל המערכת; משטרה, פרקליטות, בתי המשפט, רשויות ענישה, רשויות רווחה ועוד רק בגלל ששני שכנים רבים על מקום חנייה, עברו לפסים מילוליים ואולי מעט פיזיים ונתגלתה כאן עבירה של תקיפה (?). אם תפתח המשטרה בהליכים פליליים על כל דחיפה או סטירה, הם תתמוטט מכמויות אדירות של תיקים, ולכן יש צורך באיזון בין הצרכים או הרצון של החברה להעמיד לדין עבריינים.
3. **מחוסר ראיות** – יש כאן עבירה, וברור לכל שנעברה עבירה, ויש לי גם איזשהו קצה ראייה, אך עם זאת אין די ראיות על מנת להביא לכדי הרשעה. ולכן קובעות הרשויות, כי אין טעם שיחול כל ההליך הפלילי; משטרה, פרקליטות, בתי משפט, רשויות ענישה, רשויות רווחה, אם בסופו של דבר הן יודעות כמעט בוודאות שלא תהיה כאן הרשעה. העלויות על עניין שכזה הן עצומות, ואם לא יביאו להרשעה הרי שיש כאן גם עניין של גגיעה בתדמית של המשטרה והפרקליטות. ויצא שכרם בהפסדם. במקרה כזה מעדיפות הרשויות לסגור את התיק.

בשתי הסיבות האחרונות, מתנהלות שתי מסורות בעולם המערבי:

המסורת האנגלו-סקסית – על פיה צריך לחשוב בצורה **פרקטית**. אם לא תושג הרשעה, אז לשם מה לטרטר את כל המערכת, וזה לא שחסרה לה עבודה. יש כאן עניין של עלויות ויחס הציבור לרשויות האכיפה.

המסורת האירופאית – גורסת בדיוק להיפך. קודם כל העיקרון. נעברה עבירה? רשויות המדינה, החוק והסדר חושבות שהייתה כאן עבירה? וזה לא שאין כאן ראיות כלל, אלא קלות מסוימת של ראיות. אם כן, **חייבים להגיש כתב אישום**. אין כזה דבר שלא להגיש, שהרי תהיה זו בגידה בתפקיד הרשויות, שאמורות לחקור ולהעמיד לדין. אם בית המשפט חושב שאין מספיק ראיות, שישחרר את הנאשם. אבל אין זה החלטת המשטרה לקבוע משיקולים פרקטיים בלבד. מעבר לעניין זה, הרי שיש כאן התייחסות גם לזכויות האדם – אם אין ראיות שילך

הביתה. אבל ייקבע אך ורק השופט קביעה שכזו ויחתום את חותמת ה"זכאי". ולא כאשר מרחפת מעליו העננה שאולי הוא אינו זכאי.

מה שקורה בפועל הוא, שמרבית התיקים בעולם האנגלו-סקסי נסגרים תחת עסקאות טיעון. בהן המדינה אומרת, כי אין לה מספיק ראיות ולכן כדאי לעשות "דיל". זכאי הרי לא תצא, היא טוענת למול הנאשם, אנחנו "נתקע" אותך. אז בוא נעשה עסקה – אני אאשים אותך בסעיף מופחת, ואתה תודה באשמה. אם בטוח הנאשם שהוא זכאי, הוא יאמר לא, אך מרבית הנאשמים, הרי שהם חלשים מהמדינה ונכנעים לעסקאות מסוג זה. ובעולם האירופאי? לא היה ולא נברא! המדינה חושבת שהוא אשם? שתעמיד אותו לדין. אם היא חושבת שלא, שתשחרר אותה הביתה ותסגור את התיק מחוסר אשמה. **האינטרס הציבורי ודמות המדינה**, לעומת **זכויות הנאשם**. אין כאן עניין באמצע מטעמים פרקטיים.

אם כן, שני המקרים האחרונים של חוסר עניין הציבור או חוסר בראיות, הינם מקרים בעייתיים – התיק כביכול נסגר, אך מעל האדם מרחפת עננת האשם. ומעבר לסטיגמה הציבורית, נותר הרישום במחשבי המשטרה.

על תיק שנסגר ניתן להגיש ערר ליועץ המשפטי לממשלה, תוך 90 (או 60) יום, ולבקש לפתוח מחדש את התיק. במקרה שכזה, הפרקליטות לוקחת את התיק לידיה, ומחליטה האם להגיש כתב אישום או לסגור את התיק, שוב תחת שלוש הסיבות שנמנו.

עניין נוסף הוא שבארץ אין שום פיקוח על הפרקליטות לאחר שהיא הגישה כתב אישום. במדינות מערביות אחרות, ישנה ערכאה המפקחת על עצם הגשת כתב האישום. את החקירה מלווה שופט-חוקר, שמחליט בין השאר האם באמת ראוי להגיש כתב אישום או לא. באנגליה לדוגמא, בתיקים עליהם העונש הוא חמור (מעל לשנה וחצי) מחייבת הפרקליטות להביא את התיק בפני שלושה שופטי שלום (Peace Judge), הדיוטות ולשכנע אותם שיש מקום להגשת כתב האישום. אצל האמריקאים מדובר על הבאת התיק בפני 12 מושבעים.

שלב התביעה

את מרבית כתבי האישום מגישה הפרקליטות, אך ישנם כתבי אישום אותם מגישה התביעה המשפטית. החוק קובע על אילו עבירות המשטרה יכולה להגיש תביעה משטרתית. כיום, מעבר למשפטים שמנהלים את העניינים הללו במשטרה, ישנם גופים שונים שהפרקליטות מאצילה להם את האופציה להגשת כתבי האישום (פקחים לדוגמא), אך את מרביתם, ובעיקר את התיקים החשובים שבהם מגישה פרקליטות המדינה.

מבנה פרקליטות המדינה

פרקליטות המדינה מחולקת לשישה מחוזות, כאשר בראש כל מחוז מכהן פרקליט המחוז. למעט ששת מחוזות אלו, קיימת הפרקליטות הארצית, אשר משכנה בירושלים, והיא אינה מהווה ערכאה עליונה לפרקליטות המחוז, אלא כמעין מחוז שביעי ומטפלת בתיקים שהולכים לעליון, לבית המשפט הארצי לעבודה, או תיקים של אברור לאיזה מן המחוזות הם שייכים. בפרקליטות הארצית יושב גם מדור בג"צים המייצג את המדינה בפני בג"צים ובפני בתי המשפט המחוזיים המנהליים.

הפרקליטות מייצגת את המדינה לא רק בתיקים פליליים, לא רק מגישה כתבי אישום בשם המדינה, אלא גם מייצגת אותה בכל התיקים שהיא מעורבת בהם – בג"צים, תיקים פליליים של המדינה, תביעת המדינה בניזקין וכיו"ב. ולכן בכל מחוז, פרקליטות פלילית – בה מוגשים כתבי אישום בשם המדינה.

במחוז תל אביב מצויה גם הפרקליטות לענייני מיסוי וכלכלה המייצגת את המדינה בענייני המיסוי וגם בעניינים חשובים כמו הגבלים עסקיים.

בראש הפרקליטות עומד **פרקליט המדינה**, והוא המילה האחרונה בענייני הגשת כתבי אישום, הקפאת הליכים פליליים או חידושים והוא למעשה **היועץ המשפטי לממשלה** – היועמ"ש. בכל מדינות העולם המערבי, אותו העומד בראש פירמידת התביעה, אותו פרקליט ראשי, הוא שר בממשלה. מתוך הטעם שתפקיד זה של הגשת כתב אישום או אי הגשתו, הוא חשוב כל כך מבינה פוליטית, כלכלית וחברתית ולכן ראוי שיהווה הוא שר בממשלה.

גם בארץ הייתה הכוונה לעשות כן, אך מסיבות אישיות שונות, שלא ניכנס אליהן כעת, לא קרה כך. שר המשפטים הראשון, אפילו שהיה הוא עו"ד ודר', לא רצה את התפקיד המקצועי, והעדיף להישאר שר ולהגיע רחוק מכך. מי שהיה מספר 2 שלו, כונה אז מנכ"ל המשרד, והיה אמור להוות עוזרו, לא נבחר ע"י הציבור ונשא בידיו סמכויות רבות – ראש התביעה, היועץ המשפטי לממשלה, האחראי על מחלקת החקיקה (זו הכותבת את החוקים והמעצבת אותם) וכו'. עם הזמן ועל ידי ועדת אגרנט הראשונה, הוחלט כי לא יילקחו סמכויות היועמ"ש וכי המצב ראוי שיישאר כפי שהוא כעת, ויתרה מכך הוחלט כי שר המשפטים לא יוכל לפטרו למרות שמהווה הוא הפקיד שלו. מי שתוכל לפטרו היא רק הממשלה וגם זה ייעשה תחת החלטה מיוחדת. היועצים במשרדי הממשלה השייכים למחלקות הייעוץ והחקיקה, כפופים למעשה לשניים – מבחינה מנהלית לשר אותו המשרד, אך מבינה מקצועית כפופים הם אך ורק ליועמ"ש והם מחויבים לנהוג בהתאם להנחיותיו.

מבנה משרד המשפטים

1. מחלקת החקיקה היא האחראית על כל הצעות החוק וניסוחן.
2. מחלקת הייעוץ המשפטי
3. משדרי הרשמים השונים – כפופים למשרד המשפטים. רשמי המקרקעין, רשמי הטאבו, רשמי הפטנטים, רשמי החברות, רשמי העמותות, מחלקת חקירות שוטרים, רשמי המפלגות (למעט רשם האגודות השיתופיות ששייך כיום למשרד התמ"ת).
4. הסנגוריה הציבורית – אחרי לחץ ארוך מאוד ורק כ-10 שנים, הקימו בארץ את הסנגוריה הציבורית ואת לאחר שמחקרים בכל העולם הראו שאדם שאינו מיוצג בפלילים, יש לו סיכוי אפסי לצאת זכאי. המדינה אחראית לספק ייצוג לכל נאשם בפלילים, והיא בנויה

מסנגוריות לפי המחוזות השונים, ומסנגוריה ארצית לגבי ערעורים לבית המשפט העליון. סנגוריה צבאית, לעומת זאת, קיימת מאז קום המדינה, במסגרתה כל חייל בבית דין צבאי מיוצג ע"י סנגור. הסנגוריה הצבאית מגישה לבג"ץ עתירות נגד בית הדין הצבאי לערעורים.

5. מחלקות הסיוע המשפטי – גוף נפרד שאינו שייך כלל לסנגוריה הציבורית. הסיוע הוא סיוע שמעניקה המדינה בחינם או כמעט בחינם (תחת אגרה קטנה יחסית), בנושאים אזרחיים – חוזים, נזיקין, קניין, דיני משפחה, עבודה וכיו"ב, לכל אותם נאשמים שידם אינה משגת.

מנהג

אם כן, דנו בשני מקורות משפט (החקיקה והפסיקה) ולהלן מקור המשפט השלישי, בו מכירה מערכת המשפט מבחינה תיאורטית.

המנהג המשפטי הוא **התנהגות מחזורית שיוצרת בקרב הקבוצה הכרה או ציפייה הדדית שההתנהגות תוסיף ותחזור על עצמה**. מה שמכונה פעמים רבות גם **מסורת**.

להגדרה שלפנינו שני רכיבים; האחד, הוא רכיב התנהגותי – אותה התנהגות שחוזרת על עצמה פעם אחת פעם, והשני הוא רכיב תודעתי – בקרב הקבוצה שמתנהגת את ההתנהגות הזו יודעים ומכירים בכך שההתנהגות תחזור על עצמה (כאשר יגיע תאריך מסוים, כאשר תתרחש סיטואציה מסוימת וכיו"ב). אותה ציפייה או הכרה, היא **היוצרת את הכוח הנורמטיבי**, את הנורמה. כך יש להתנהג כי אנחנו מצפים שאם נתנהג כך הרי שגם אחרים ינהגו כלפינו באותו אופן. אם לא יתנהגו אלינו כך, הרי שנראה בכך הפרה של המנהג.

אם אמרנו שחקיקה היא נורמה משפטית שאופיינית לחברות מתקדמות יחסית מבחינה התפתחותית, טכנולוגית וכלכלית, הרי ששיטת המשפט המבוססת על מנהגים היא שיטת משפט אופיינית לחברות שהן מפותחות פחות מבחינות אלו ומבחינת הגיוון הכלכלי שלהן. בחברות שכאלו, אין משפט מפותח, כתוב, בעל חקיקה, ולכן המשפט בהן מבוסס בדרך כלל על מנהגים ומסורות על פיהן הקבוצה רגילה לחיות. ראינו שכל החברות הגדולות והמתפתחות עוברות תהליך של פוזיטיביזציה המעלה את המנהגים על הכתב. וכאן הבעיה העיקר במנהג והיא **המופשטות שלו**. העובדה שהוא **לא מעוגן בשום מקום**, ולכן **קשה לדעת את גבולותיו**. מערכת משפט שאמורה לכוון התנהגות, תתקשה מול המנהגים דווקא משום שאינם ברורים דיים, דווקא משום שאין לנו יודעים את גבולותיהם, מתי הם מתחילים והיכן הם נגמרים. למנהגים, אם כן, **שאיפה להתעגן** – להפוך לנורמה קשיחה יותר וברורה יותר. דרך אחת של מנהגים להתעגן והיא הנפוצה מבין הדרכים היא **באמצעות פסיקה**. אם לדוגמה מתקיים כיום סכסוך כלשהו באשר למנהג, הולכים לאדם בעל לגיטימציה בעיני החברה; זקני שער העיר, הרבי, הכומר, הקאדי או אפילו שופט כמו היום, ומרגע שהוא מקבל החלטה – או בימנו בית המשפט נותן את פסק דינו, הרי שהוא למעשה מכריז על המנהג והופך אותו ממנהג סתם, לכזה המעוגן בפסק דין כנורמה קשיחה יותר.

מבחינה אנתרופולוגית, בתקופה הקדם מודרנית היו משפטים שכאלו שביצעו הליך קהילתי כך שכל הקהילה השתתפה בו, ישבו לפני הזקנים בשער העיר (לא רק דן אחד או חמישה), כאשר

המטרה של המשפט הייתה שונה מאוד ממטרתו כיום, ולא נועדה כדי להכריע מי מהצדדים צודק, אלא להכריז מחדש על המנהגים. ומכאן למעשה צמח גם מושג המושבעים המודרני – מאותה השתתפות כל הקהילה והשבעתם למנהל.

דרך נוספת של מנהג להתעגן היא **הפיכת המנהג לחוק** – כלומר, **פזיטיביזציה של המנהג**. וזו הדרך הנפוצה ביותר בחברה המודרנית. וזאת מתוך מחשבה, שאם ממילא זו הנורמה הרי שעדיף להפוך אותה לחוק. כדוגמה לכך ניתן לתת את חוק פיצויי פיטורין, 1965. כבר מתקופת המנדט הבריטי היה נהוג שכאשר מפטרים אדם מסוים או כאשר אדם מסוים מתפטר מסיבות מסוימות, מעבידו ישלם לו פיצויי פיטורין. מה שעשו הוא פשוט לקחת את המנהג, ולעגן אותו בחוק. וזו הסיבה שאנו גורסים כי מנהגים נפוצים פחות במשפט של מדינות, שכן הן תמהרנה לחוקק אותם כחוקים. לעומת זאת, הם מאוד **נפוצים במישור המשפט הבינלאומי, המשפט הפומבי והיחסים בין המדינות**, כאשר מדובר בעיקר על אמנות או מנהגים וישנה פרקטיקה חזקה של התנהגות בין מדינות שיצרה אותם.

קשה להראות מנהגים מוכרים במשפט הפנימי של המדינה. לדוגמה, קיימת הפרקטיקה הנפוצה של מתן מתנות בפסח ובראש השנה, ואפילו בחברות שלא נוטות להקפיד על זכויות העובד, בדרך כלל מחלקים מתנות בחגים אלו. יחד עם זאת, לא נעלם המנהג, ולא יכול הוא להיעלם מהמשפט. ולכן, גם היום, במדינה המודרנית, המשפט שלנו ספוג במנהגים. וזאת משום שאין זה משנה כמה החוקים שלנו יהיו פרטניים, אפילו אם נחוקק אותם בצורה של חוקים גדולים ומקיפים (קודקסים) לא נוכל להקיף אף פעם את הכל. ולכן, מסביב לכל נורמה משפטית, חוק או פסיקה, נוצרת הילה של מנהגים.

השפעות דין זר על המשפט הישראלי

נשאלת השאלה מה קורה עם דין שלא נוצר בארץ והאם הוא מחייב את המשפט הישראלי. נדון בשלושה סוגים של דין זר שכזה:

משפט בינלאומי פומבי

השאלה העיקרית היא האם נורמות של המשפט הבינלאומי מחייבות את ובמדינת ישראל. כדי לענות על שאלה זו, יש להבחין בין שני סוגים של נורמות במשפט הבינלאומי (שני סוגים שונים מקורות משפט):

1. משפט בינלאומי הסכמי – חוזים שנחתמים בין מדינות (אמנות) – יכולות להיות אמנות בילטרליות – בין שתי מדינות (שני צדדים), כמו לדוגמה אמנת הסגרה בין ישראל לאיטליה) או אמנות מולטיראליות – בין כמה מדינות. באשר לאמנות העניין מסובך מעט יותר. וזאת משום שיש להבחין בין שלושה הליכים שונים:

- הצטרפות לאמנה – או חתימה עליה. מדינות חותמות על אמנות, אך חתימה זו אינה נותנת תוקף משפטי. היא אקט דקלרטיבי הצהרתי בלבד ואולי באיזשהו מקום אקט פוליטי – המדינה, בעצם חתימתה על האמנה, מצהירה שהיא רואה בצורה חיובית את הנושא שדנה בו האמנה (לדוגמה, אמנת קיוטו להפחתת גזי החממה).

- אשרור האמנה – כאשר מדינה מאשררת אמנה (הגוף המאשר הוא הממשלה, לעומת ארה"ב שם הוא הקונגרס – בית המחוקקים), רק אז היא הופכת להיות מחייבת את המדינה מבחינה משפטית. והיא מחייבת אותה **במישור הבינלאומי**, ולא במישור הפנימי (!). במקרה כזה **מדינות אחרות יכולות לתבוע את המדינה, בבית דין בינלאומי** ולדרוש להפעיל נגדה סנקציות, שכן היא הפרה את ההתחייבות שלה באמנה.
 - חיקוק האמנה כחוק של המדינה – רק אם תחוקק הכנסת את האמנה כחוק של מדינת ישראל, רק אז היא תחייב אותה **גם במישור הפנימי**, כך שיהיה אפשר לתבוע ולהיתבע בגינה בבית משפט ישראלי. ישנן מדינות (ארה"ב לדוגמה) שאת השלבים 2 ו-3 מאגדות ביחד לכדי הליך אחד. הקונגרס האמריקאי גם מאשרר את האמנה ואוטומטית לאחר אשרורה מחוקק על פיה חוקים מחייבים.
2. משפט בינלאומי מנהגי – דן במנהגים בין מדינות. ההלכה המקובלת בכל העולם היא שמשפט זה בתוך משפט המדינה ומחייב את כל המדינות, גם אם הן לא חוקקו מנהג זה. כלומר, הוא מחייב גם **במישור הפנימי**.

דין מדינות זרות

נשאלת השאלה האם הדין שנחקק במדינות זרות מחייב את מדינת ישראל, והתשובה היא כמובן לא. את האזרחים במדינה מחייב אך ורק המשפט הישראלי. פעמים רבות, ניתן לראות ששופטים בפסיקה בודקים מה אומר המשפט במדינות אחרות, או לדוגמה מחלקת החקיקה בודקת מה המצב המשפטי במדינות אחרות. אך הם עושים זאת מתוך מקור של **השראה** ולא מתוך מקום מחייב.

אנשים מתבלבלים בעניין מסוים, והוא המשפט המנדטורי שנוצר בישראל לפני קום המדינה. משפט זה לא מהווה דין זר, שהרי הוא חלק מהמשפט הישראלי וזאת משום שכאשר קמה מדינת ישראל היא קיבלה את המשפט המנדטורי ולכן כל המשפט שהיה פה הוא בתוקף ומאומץ לתוך המשפט הישראלי. כך למשל, פקודת מס הכנסה או פקודת הנזיקין, הן חלק מהמשפט הישראלי לכל דבר ועניין, וזאת על אף שנחקקו הן בתקופת המנדט. שאלה שהייתה קיימת היא מה קורה עם המשפט הבריטי-האנגלי-המנדטורי, לא זה שנוצר בארץ אלא זה שנוצר בבריטניה. השאלה התעוררה כאשר המשפט המנדטורי הישראלי קבע בחוקיו מצבים מסוימים בהם יש לפנות למשפט האנגלי ולבחון מה נאמר שם. לדוגמה, קבע המשפט המנדטורי הישראלי בסעיף 1 לפקודת הנזיקין, שיש לבחון מה קורה במשפט אנגלי. כך בכל מצב בו **החוק המנדטורי מציג לקונה (חסר בחוק) הוא מפנה למשפט האנגלי**. עולה השאלה אם כן, מה קורה עם שלוש ההפניות שדנו בהן עד כה? תקדימים, פרשנות ומילוי לקונות – מדינת ישראל היא מדינה עצמאית גאה, כיצד ייתכן שצריכה היא לפעול באופן הזה? העניין הוא שלא ניתן היה 'להעיף' סעיפים אלו מיד עם קום המדינה, וזאת משום שעדיין יש מקרים רבים של חוסר עמימות ובהירות. והרי אימצנו את המשפט המנדטורי כדי שלא יהיה ואקום משפטי במדינת ישראל. כדי שלא נחיה שנייה אחת ללא משפט. חשוב היה שיהיה ביטחון משפטי, ולא

משנה מה מקור המשפט. ולכן נקבע, עד שלא ימצא מקור ישראלי למלא את החוסרים הללו, נוסף ונפנה למשפט האנגלי.

כצעד ראשון קבע בית המשפט העליון כי תקדימים אנגליים שנוצרו אחרי 1948 לא מחייבים את מדינת ישראל, שהרי יש לנו כבר תקדימים משלנו. יחייבו רק אלו שנוצרו טרם שנה זו, משום אימוץ המשפט המנדטורי. הצעד הנוסף היה בשנת 1972 כאשר הכנסת תיקנה את פקודת הסדרי השלטון והמשפט, תיקון מספר 14 לפקודה שגרס כי **כל ההפניות הספציפיות בחוקים בהם מצוין שיש לפנות לדין האנגלי, בטלים ומבוטלים**. הצעד האחרון נעשה בשנת 1981 ביוזמתו של אהרון ברק, היועמ"ש דאז ולימים שופט בית המשפט העליון, שחוקק את חוק יסודות המשפט, תשמ"א 1981 בעל שני סעיפים הקובעים:

1. סעיף 2 מבטל את מה שמכונה סימן 46 לדבר המלך ומועצתו – סעיף בחוק המנדטורי שדיבר על לקונה – בכל פעם שיש חוסר יש לפנות למשפט המנדטורי, הסעיף בוטל.
2. סעיף 1 ענה על התשובה מה יעשה כעת וקבע – יש לעשות היקש מחוקים קיימים, כלומר – יש ללכת לחוק דומה או לפסיקה דומה ולהקיש ממנה על המקרה, כזו הלשון: "וראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה... יכריע לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". כך, יבדוק ביהמ"ש בחקיקה האם קיימת תשובה, יבדוק ביהמ"ש בהלכה הפסוקה האם קיימת תשובה, יבדוק ביהמ"ש את פסקי הדין המתייחסים לשאלה, כל זאת בדרך של היקש ולמידה ממקרה אחר. ואם לא ימצא, יפעל באופן האמור לעיל.

הלכה יהודית

ההלכה היהודית היא אינה דין זר מבחינה תרבותית לנו היהודים, אבל היא בהחלט מהווה חלק נפרד מן המשפט הישראלי. נשאלת השאלה מה מקומה של ההלכה היהודית במשפט. שאלה זו העסיקה את התנועה הציונית כבר מראשית המאה ה-20. לציונים רבים היה ברור שחלק מהדחייה הלאומית וחלק מהמהפכה והמודרניזציה, היא גם מודרניזציה של המשפט או דחייה לאומית של המשפט. וטענו, שהם בעלי מסורת של אלפיים שנות משפט, עם הלכה מאוד מפותחת, ולכן יש לקחת את ההלכה היהודית ולשלב במשפט שלנו; הציוני, העברי, היהודי, ואין זה משנה איך נקרא לו. כך למשל בשנת 1917 הוקמה במוסקבה חברה שכנתה עצמה "חברת המשפט העברי", חבורה של חילוניים שעולה לארץ ומעוררת ויכוח גדול מאוד. לקבוצה לאט לאט מצטרפים אנשים נוספים – דתיים וחילוניים גם יחד, והוויכוח בעיקרו הוא – כיצד נאמץ את ההלכה היהודית כך שהיא תהווה חלק מהמשפט. וכאן ניתן לדון בכמה בעיות, מן הקלה אל הכבדה שבהן:

1. צורת ההלכה היהודית כפי שהיא מוכרת לנו – ההלכה היהודית מבוססת על עשרות אלפי שאלות ותשובות ופסקי הלכה. מה עושים עם כל זה? לא מתאים למדינה מודרנית לחיות על פי שאלות ותשובות אלו, אלא יש לעשות לזה קודיפיקציה. לקודד ברמה של חוק. ואנשים רבים אומרים שאין זה אפשרי לעשות את זה.
2. תחומים שמכסה ההלכה או אינה מכסה – פורמאלית ההלכה מכסה הכל. אבל תכל"ס, גם אנשים דתיים יודעים, שההלכה שותקת לגבי הרבה מאוד דברים, ובעיקר לגבי מה שאנו קוראים משפט חוקתי או מנהלי. רוב ההלכה לא התייחסה למשפט

המדינה וזאת משום שלא הייתה מדינה. ההלכה שהתקדמה בהרבה מאוד תחומים, מרגע שמתחיל תהליך האמנציפציה ומתן זכויות יהודים וחילונם, היהודים גם באירופה, וגם במדינות ערב, הולכים פחות ופחות לבתי הדין של הקהילה, ופונים יותר ויותר לבתי המשפט של המדינה. והתוצאה היא שבתחומים רבים ההלכה היהודית לא מתפתחת. אין הלכה יהודית בנושאי תאגידיים, בנושאי תאונות דרכים וכיו"ב.

3. מקור הדתי של ההלכה היהודית – או בכלל של הלכה דתית. מבחינת האדם הדתי המאמין, מדובר בהלכה אחת. אוניברסאלית, כללית, נצחית. אי אפשר לקחת רק חלק מההלכה – רק את השורה התחתונה של השו"ת (שאלות ותשובות) שהוא בתוספת שלוש וחצי שורות שנלקחו ממסכת בתלמוד, ולעשות ממנה חוק. יש הלכה אחת שיש לה מסורת אלוקית. אין כזה דבר לקחת קצת מפה וקצת משם. סעיף מהמשפט הבריטי, הצרפתי, המצרי, ולעשות ביחד חוק יהודי מודרני. אותם דתיים יטענו שזה מתקבל מבחינה תרבותית, אבל זה לא הלכה וזה לא מספק אותם כאנשים דתיים.
4. מה הופך את ההלכה היהודית לשיטה דתית – כך יאמרו הדתיים. לא הנורמות הספציפיות (אותם דיני סוחרים לדוגמא, שברוב העולם יהיו דומים, כי מסחר זה מסחר, זה מסחר). מה שמשנה את זה והופך את זה לשיטה דתית, הוא העניין שזה חלק ממכלול. אין חלק של ההלכה שהוא משפט והשאר לא. הכל הלכה, הכל מחייב באותה מידה בדיוק. אי אפשר לחתוך קצת מזה וקצת מפה וקצת משם. כאשר אתה לוקח משהו ושם במקום אחר, זה לא חלק מההלכה.
5. בעיית הסמכות – מי רשאי לחוקק, מי רשאי לפסוק. הרי אם כנסת ישראל תיקח תחום שלם בהלכה היהודית ותחוקק אותו כחוק של מדינת ישראל, זה לא חוק. הם לא פוסקי הלכה, הם לא מסומכים. יושבים שם אנשים שהם לא יהודים, וגם חלק מהיהודים שיושבים שם הם אתאיסטים גמורים ולא שומרי תורה ומצוות, ואין להם הסמכות לחוקק ולשפוט. הם לא סנהדרין.

אלו הן הבעיות שמועלות על ידי אנשים דתיים. ומכל הסיבות הללו מאוד קשה לשלב את ההלכה היהודית במשפט הישראלי. איך בכל זאת עושים את זה. איך משלבים? מה לוקחים ומה לא לוקחים? איפה שזה לא מתאים, ניקח חוקים ממדינות אחרות, וביחד נעשה חוק שהוא גם מודרני וגם יהודי. מאה אחוז חופשי ומאה אחוז יהודי.

ובהמשך יוכיחו פוליטיים אדירים, בין מה שלוקחים ומה שלא לוקחים. ונקודה אחת עיקרית מתעוררת לקראת הקמת המדינה, כאשר מעלים הצעות לחוקים (קודקסים), של הרבנות בתקופת היישוב, דרך כל מני הצעות מעורבות. העניין לא מצליח משום שיש התנגדויות גדולות של הממסד הדתי ושל החלק החילוני בחברה. וזו בעיה כל כך גדולה שפשוט מעדיפים לעזוב את הכל. שלא יהיה בלגאן. ניקח את המשפט שהיה ולאט לאט נחשוב מה יהיה הלאה.

אחד החוקים הבעייתיים ביותר היה חוק הירושה המנדטורי, והיה הברור שיש לחוקק חוק ירושה חדש. הלכו וכתבו חוק ירושה ישראלי שהוא קודיפיקציה של ההלכה היהודית בנושא ירושה, למעט שני עניינים משנים שתוקנו – דין בכור וירושת בנות. מתוך הטענה שאין סיבה שבכור יירש פי שניים, ולא ייתכן שבהלכה המודרנית נשים לא ירשו כמו הגברים. בא הממסד הרבני

ואמר; אי אפשר לעשות דבר כזה, לשנות את ההלכה ולומר הכל כן, רק זה לא. היו מוכנים לדין פוליטי, שיהיה מוכר לפי הוראת שעה ולא חוק. והתוצאה המצערת היא שבגלל הפיצוצים הללו יצא שאנחנו מפסידים מכל הכיוונים. החברה הדתית שהייתה מאוד פתוחה, והייתה מוכנה לקבל חוקים כמו לדוגמא חוק הירושה, היום לא תקבל דבר כזה. מה פתאום שייקחו הלכה ויעשו לה קודיפיקציה!?

מה שקרה הוא **הקצנה של הציבור הדתי מבחינה דתית**. היום רוב החילוניים בארץ יכולים לבוא ולהכיר בהלכה היהודית, ולומר כי יש כאן אוצרות נהדרים ויש לשלבם במשפט הישראלי. והתוצאה לכך היא מחלקה במשרד המשפטים שנקראת מחלקה למשפט עברי, בה יושבים בדרך כלל הגברים הדתיים שאמורים להציע מני פתרונות לשילוב ההלכה היהודית במשפט הישראלי. אולם משום שמראש פתרונות אלו הם בעייתיים גם בעיני החילוניים וגם בעיני הדתיים, התוצאה היא **שההלכה היהודית משפיעה על המשפט העברי רק בקוסמטיקה**. פה סעיף, שם סעיף. ולדתיים רבים זה לא עושה כלום. גם מבחינה תרבותית, וההשפעה התרבותית היא יחסית קטנה. מה שתכל'ס משרד המשפטים עושה היום, הוא לוקח קצת מהאמריקאי, קצת מפה קצת משם, ורק בסופו של עניין שולח את מתמחה לנבור בהלכה היהודית, ולמצוא שם משהו, כדי שבכנסת יוכל לומר 'הנה לקחתי'. וזה ההלך, ולמרבה הצער, במקום ליצור הפריה הדדית, כל מחנה מסתגר בצד שלו, והאחד לא מוכן לקבל את השני. אלו אומרים או הכל או כלום, ואלו אומרים כלום. יש מעט מאוד כאלו שאומרים בואו נשלב, אבל כולם מזלזלים בהם.

שאלה זו מתעוררת שוב בעקבות חוק יסודות המשפט – **מהי מורשת ישראל? קבעו שני שופטים בעליון;**

מנחם איילון – הנה זה הפתח להכנסת המשפט העברי. כל פעם שהחוק הישראלי שותק, ואין בו פתרון, יש ללכת להלכה היהודית ולבדוק מה היא אומרת. כך להחיל את המקרה על ההלכה היהודית. מנחם איילון בא ואומר – **מורשת ישראל הכוונה להלכה היהודית.**

אהרון ברק – לעומתו, מה פתאום הלכה יהודית (!?). **מורשת ישראל היא גם ההלכה היהודית.** אני מצטער גם כן, על כל החילוניים חבריי שלא יודעים איך לקרוא דף גמרא, כי אפשר לקחת משם הרבה, אומר אהרון ברק. אך עם זאת, זה לא רק ההלכה היהודית הדתית, זה הרבה מאוד דברים נוספים. היא גם **הפילוסופיה הפוליטית שנוצרה על ידי יהודים**. אין מניעה לקחת משהו מההלכה היהודית, אך עם זאת אין מניעה לקחת משהו גם מביאליק או מאחד העם, כדי להבין את העיקרון.

הויכוח הגדול התנהל בין השניים בכמה פסקי דין, ובמאמרים ארוכים על נושא זה. הויכוח לא נפתר, אבל לאחר כמה שנים הוא גווע. התוצאה היא שנותרנו עם העניין הזה. ובשורה התחתונה **ההלכה היהודית כמעט שאינה משפיעה על המשפט הישראלי**, לא על החקיקה ולא על הפסיקה.

מסורות המשפט השונות במערב – חומר לימוד עצמי

החלק המתקשב הוא החלק עוסק במסורות המשפט השונות במערב. אמרנו שבמסורת המשפטית המערבית ישנן שתי מסורות עיקריות;

המסורת האנגלו-סקסית (אמריקנית)

היא המסורת של המשפט המקובל Common Law.

כאשר אומרים במשפט משפט מקובל הכוונה למשפט המבוסס על פסיקה של בתי משפט. למשל, כאשר אומרים באנגליה שאין חוק חזים אלא משפט מקובל, הכוונה היא שדיני החוזים באנגליה מעוצבים כולם או במידה רבה על פסיקה של בתי משפט ועל הלכה כתובה. מי שמשנה אותה ומי שקובע אותה, הם בתי המשפט. השיטה האנגלו-סקסית נפוצה באנגליה, אך לא בכל בריטניה (סקוטלנד לדוגמה, היא מדינה מעורבת), אצל הדומיניונים האנגליים, במושבות הכתר האנגליות אליהן היגרו תושבי אנגליה, בארה"ב, קנדה ואף בניו-זילנד במידה רבה. ובאותן מדינות שבריטניה שלטה בהן – תת-היבשת ההודית, וכמובן במידה רבה במדינת ישראל.

המסורת הרומאנו-גרמאנית

היא המסורת הקונטיננטלית – של היבשת (נוצרה באירופה). והיא מכונה גם המוסרת של המשפט האזרחי Civil Law. השיטה מבוססת על החוק האזרחי הרומי.

מסורת זו היא המסורת הנפוצה ביותר בעולם, ושני המוקדים העיקריים שלה הם אירופה ואמריקה הלטינית (דרך המסורת הפורטוגזית). אבל יש לה השפעה רבה מאוד גם על מזרח אסיה ומדינות הערב בעולם המערבי.

ישראל נוטה גם כן לשיטה זו, אך אנו נוטים להסתכל עליה כעל שיטה מעורבת והסיבה לכך היא משום שהבריטים אמנם שלטו כאן שנים רבות, אך האוכלוסייה היהודית עלתה והיגרה ברובה ממדינות אירופה, וממדינות אחרות בעולם שהושפעו ממדינות אירופה, וכך הביאה איתה גם את המסורת הזו.

ההבדלים בין השיטות

תפיסת המדינה

במסורת האנגלו-סקסית, קיים **חשד כבד מאוד נגד המדינה**. המדינה נתפסת כ**רע הכרחי**. הכרחי – כי לא ניתן לחיות בלעדיו, שכן אז תהיה אנדרלמוסיה מוחלטת ומלחמת כל בכל. אך גם משהו רע – שכן כל הסדר כופה ופוגע בחירות הפרט. (בארה"ב החשד נגד המדינה הועמק עם השנים). לפי תפיסה זו **המשפט הוא מכשיר של החברה**, הוא מגן עליה בין השאר מפני הכוח הכופה של המדינה.

במסורת הרומאנו-גרמאנית, התפיסה היא הפוכה וה**מדינה נתפסת כדבר טוב**. המדינה נולדת בסוף ימי הביניים, בראשית העת החדשה, בתקופה שבה אירופה קרועה במלחמות דת ומאבקים, עד שצומחת המדינה האבסולוטית. היא נחשבת דבר טוב משום שהיא **מכניסה יציבות** ונולדת ביחד עם **רעיונות של חירות, שוויון ואחווה**. בלי המדינה, כל הרעיונות הללו הם מילים ריקות ולא שווים כלום. **המשפט הוא מכשיר של המדינה, שפועלת באמצעותו.**

מתפיסה שונה זו של המדינה, נגזרים כמה עניינים לגבי עולם המשפט:

- מערכת המשפט
 - במסורת האנגלו-סקסית – מערכת אחת. הרי ממילא אחד התפקידים החשובים של המשפט הוא להגן על חירות האזרח ולכן מה איכפת לי אם הוא עושה זאת במשפט אזרחי או במשפט מנהלי, כאשר האזרח חותר תחת המדינה. להיפך! הרעיון הוא משפט מנהלי בעיקרו, ולכן אין צורך בביהמ"ש נפרד.
 - במסורת הרומאנו-גרמאנית – פירמידות נפרדות, שונות לניהול המשפט. סכסוך בין המדינה ובין האזרח מבחינה תפיסתית ותוצאתית הוא עניין שונה. המדינה לא סתם עוד צד, ולכן לא יכול בית משפט רגיל לדון בעניינים אלו.
- צורת החקירה
 - במסורת האנגלו-סקסית – שיטה אדבסרית – יריבת. אומרת המדינה האנגלית, היא לא מתערבת בטיעונים, אלא מעמידה לרשות הצדדים פורום, מקום שיוכלו להתדיין בו, הלא הוא ביהמ"ש. שני הצדדים טוענים את האמת שלהם, ומהמאבק בין שניהם תצא האמת האמיתית. השופט כמעט שאינו מתערב, ובמובן זה הוא כמו שוטר תנועה המקנה את זכות הדיבור לצדדים. ואל רק מהסיבה הפרקטית, אלא גם מהסיבה התפיסתית – לא תתערב המדינה בטיעונים שמעלה האזרח, אלא היא אמורה לספק את הסדר הטוב. במקום שתהרגו האחד את השני, הרי אני מספק לכם פורום לניהול מנומס של הדיון.
 - במסורת הרומאנו-גרמאנית – שיטה אינקוויזטורית – חקירתית. שהרי המדינה רוצה להגיע לאמת ולצדק ולכן השופט לא יושב כמו בובה, אלא הוא שופט, הוא מתערב בדיון, שואל שאלות, חוקר את העדים, עושה הכל (עורכי הדין כמעט שאינם מדברים, אלא נושאים דברי פתיחה וסיום ושואלים שאלות רק אחרי שהשופט מסיים את דבריו).
- היחס למושבעים
 - במסורת האנגלו-סקסית – המושבעים שותקים, הצדדים מנהלים את הריב בניהם.
 - במסורת הרומאנו-גרמאנית – המושבעים מהווים כמו השופטים בבית הדין לעבודה – שופטים הדיוטות, השואלים שאלות.
- תפיסת המשפט
 - במסורת האנגלו-סקסית – התפיסה הפרקטית; עסקאות טיעון. פרקליטות לא תגיש כתב אישום אם אין מספיק ראיות.
 - במסורת הרומאנו-גרמאנית – כמעט שלא קיימות עסקאות טיעון. המדינה היא האינטרס הציבורי, והציבור לא כורת הסכמים עם עבריינים. אם המדינה סבורה שנעשתה עבירה – שתעמיד לדין, ומתוך עיקרון ומתוך עניין זכויות אדם.
- מקורות המשפט
 - במסורת האנגלו-סקסית – מסיבות היסטוריות שונות, כבר מימי הביניים השיטה מתפתחת סביב בתי המשפט. באנגליה, כבר במאה ה-11 וה-12, ישנם בתי משפט של המלך, שמצליחים ליצור משפט באופן רצוף, שוטף ואחיד לכל אנגליה, שהפסיקה שלהם היא מקור המשפט העיקרי, בתקופה בה אין כמעט חקיקה. ולכן עד היום במסורת זו, כולל בארץ, חשיבות עצומה לפסיקה והיא

נתפסת כמקור חשוב גם מבחינה תרבותית. תמיד מעניין לראות מה אמרה דעת המיעוט ודעת היחיד, כך גם לטקסט עצמו חשיבות גדולה. אלמנט נוסף הוא החשיבות העצומה הניתנת לפרוצדורה – מכיוון שהיא מבוססת על המשפט, יש בעיה גדולה, הרי בית המשפט הוא מוסד קפריזי – היום קובע כך, ומחר אחרת. כיצד ניתן לנהל כך מדינה? כיצד ידעו אנשים איך להתנהג? כך אמרו שיש להכניס אלמנטים מחייבים למערכת. קודם כל תקדים מחייב. ושנית, הקפדה נוקשה על הפרוצדורה – מה מותר לעשות בביהמ"ש ומה אסור לעשות בו. כללים כיצד חוקרים, מה מותר לשאול, מה אסור, דיני ראיות מוקפדים – שחור או לבד, יש ראיות שמותר להביא ויש שאסור. רוצים סדר בביהמ"ש. אנחנו לא יודעים מה התוצאה הסופית, אבל אנחנו בהחלט יודעים כיצד יתנהל הדיון.

○ במסורת הרומאנו-גרמאנית – היו בתי משפט, אך לא כמו באנגליה מערכת ריכוזית שיצרה משפט אחיד. המשפט היה מקובל על כל הצרפתים, לדוגמא, והיו מאות בתי משפט מקומיים שהיו כפופים לאזורים או אצילים. אבל כאשר מוקמות המדינות האירופאיות המודרניות, נטען כי בתי המשפט הם חשובים, אבל ראשית החקיקה. מה שהכניס את היציבות והוודאות למערכת, הם החוקים והפרשנות.

▪ קודקסים Codex

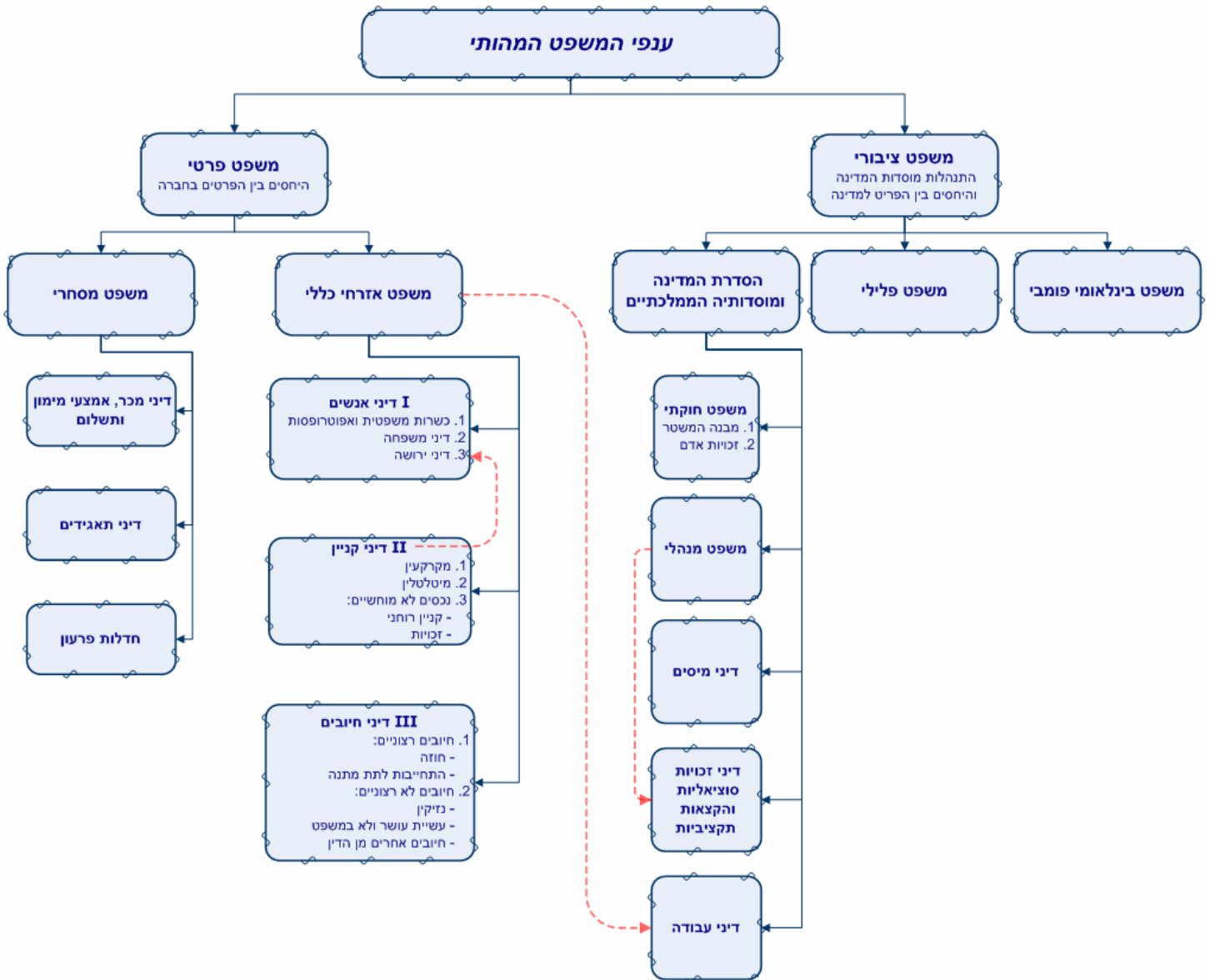
○ במסורת האנגלו-סקסית – קיימים גם כן קודקסים, אולם הם אופייניים יותר למסורת האירופאית. ישנן מדינות אמריקאיות כמו קליפורניה, מונטנה, צפון ודרום דקוטה, בהן גם כן קיימים קודקסים.

○ במסורת הרומאנו-גרמאנית – במדינות אירופה המודרניות, חוקקו חוקים נרחבים המכונים קודקסים, והכוונה בהם היא לאוסף. מהי חקיקה קודי-פיקטיבית? זהו חוק רחב מאוד המהווה אוסף של חוקים. כך למשל, קודקס אזרחי במדינות אירופה, שמקיף בחוק אחד את כל הנושאים של המשפט האזרחי והם דיני משפחה, דיני ירושה, כשרות משפטית, חוזים, זיקין, עשיית עושר שלא במשפט ועוד. חוק אחד הכולל אלפי סעיפים. כנ"ל באשר לקודקס הפלילי, המסחרי ועוד.

○ כיום עומדת מדינת ישראל בפני חיקוק קודקס אזרחי והוא חוק דיני הממונות, והוא מושפע במדינה רבה מאותם יהודים שעלו מאירופה והביאו עמם את רעיון זה.

ענפי המשפט השונים

המשפט המהותי



המשפט המהותי מסדיר את היחסים החברתיים, עוסק בהגדרה של הזכויות והחובות המשפטיות ומסדיר את עבודת מערכת המשפט – בעתי המשפט, המשטרה, הפרקליטות וכיו"ב.

משפט פרטי (אזרחי) Private Law

המשפט הפרטי מסדיר את היחסים שבין אדם לחברו – היחסים בין הפרטים (אנשים בשר ודם או תאגידים) בחברה.

משפט אזרחי כללי

אותו אנו נוהגים כבר מימי המשפט הרומי לחלק לשלושה תחומים עיקריים:

דיני אנשים

התחום העוסק באנשים, בבתי האדם עצמם ובאישיות המשפטיות השונות.

1. כשרות משפטית ואפוטרופסות – מי נחשב כשיר לעסוק במשפט

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, 1962. על פי החוק – אדם משמעו בשר ודם או תאגיד, ולכן יכול שתאגיד יהיה בעל זכויות וחובות בתחום זה.

סעיף 1 לחוק קובע כי כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו. כלומר, גם תינוק בן יום אחד, יכול שיהיה בית או חוב רשום על שמו. לעוברים לעומת זאת אין זכויות במשפט האזרחי. הסעיף הוא כללי ופאסיבי – מספיק שנולד אדם.

סעיף 2 לחוק קובע כשרות לצורך פעולות משפטיות – כריתת חוזה, כתיבת צוואה. כל אדם רשאי וכשר לביצוע פעולות משפטיות, זולת אם כשרותו הוגבלה או נשללה בחוק או ע"י פסק דין. סעיף זה נחקק על מנת להגן על הפרט מפני רמאות, הונאה והולכת שלוש (קבוצות כמו ילדים קטינים או מפגרים).

מי שאינו בעל כשרות משפטית, ממונה לו אפוטרופוס. הכשרות המשפטית תקפה גם באשר לתאגידיים המכיר בהם בין המשפט (ועד בית לדוגמא, אינו נחשב בעיני המשפט לתאגיד).

2. דיני משפחה – משפחה הוא התאגיד הבסיסי ביותר בכל חברה אנושית. עוסקים ב:

- כניסה ויציאה מסטאטוס של משפחה; נישואין וגירושין, או כניסה ויציאה מקשר משפחתי, שכן כיום ישנן גם משפחות שאינן משפחות קלאסיות גרעיניות רגילות.
- ילדים – האפוטרופוס על הילדים, אחריות ואימוץ הילדים.
- הרכוש המשפחתי – בא לידי ביטוי בעיקר כאשר התא המשפחתי מתפרק.

דיני המשפחה הוא תחום שהשתנה רבות בעשורים האחרונים וניתן לראות תהליך רחב שמתרחש בתקופה המודרנית והוא תהליך של **חילון המשפחה**. בכל התרבויות והחברות האנושיות ישנם טקסי מעבר, נקודות בחיינו, שאנו מייחסים להם (ובצדק) משמעות רבה – לידה, טקס התבגרות, קשר של יצירת זוגיות מתוכה יבוא הדור הבא ואף מוות. כל הקשרים הללו יש בהם משהו שנוגע בחיים שלנו הנוכחיים ובין החיים שלאחר מכן עליהם אנחנו לא יודעים כלום. ולכן, כבר בתקופת קדומות הדתות תפסו מונופול על אותם עניינים. ממילא בכל הטקסים הללו קיים אל. ומאחר ותמיד היה בהם היבט מסתורין כלשהו, הם נתפסו כעניינים מאוד דתיים. ובכל הדתות, הדת היא זו ששולטת על אותם טקסי מעבר – לידה, בר-מצווה, חתונה, מוות. במאתיים השנים האחרונות, אט-אט יוצא הקודש מעניין המשפחה. הפכה זו להיות התקשרות אנושית, כלשהי, שהובילה לשלושה תהליכים העיקריים:

א. מעבר מהסדרה ע"י הדת להסדרה ע"י המדינה – אם בעבר הסדירה הדת את דיני המשפחה, מה שנחשב דין אישי (לכל אדם דין נפרד שנגזר מהדת שלו), הרי שבעולם המודרני המערבי החליטה המדינה שדיני המשפחה הם כמו כל

דין אחר ולכן היא זו המסדירה אותם באמצעות רשויות המשפט (אלוהים יוצא מהסיפור), והדין יהיה דין טריטוריאלי. ישנן מדינות, כמו ארה"ב לדוגמה שמאפשרת בחירה – או להתחתן ברשויות המדינה, או על פי הדת. ישנן מדינות, כמו צרפת לדוגמה, שחתונה תתבצע אך ורק בפני רשות ממלכתית צרפתית בעירייה. רוצה חופה וקידושין? אין בעיה, אבל זה לא קשור, אנחנו לא נחשיב אותך נשוי עד שלא תתחתן ברשות המדינה. וכנ"ל באשר לגירושין.

ב. מעבר מסטאטוס לחוזה – עד לתקופה המודרנית היה מקובל שרוב החיים של בני האדם הם סטאטיים; הוא נולד לתוך מעמד מסוים והוא ימות באותו מעמד בדיוק. העולם המודרני המערבי לא מקבל יותר את הסטאטוסים. ההתקשרויות האנושיות הן דינאמיות, הסכמיות, חוזיות, והמשפחה נשארה אחד הסטאטוסים האחרונים. עד לפני כמה עשורים כאשר אמר אדם שהוא מתחתן, נראה היה שהוא נכנס לסטאטוס מסוים, מצב, שהו סטאטי וגם משפיע על צדדים שלישיים. בעשורים האחרונים אומרים, לא כך הדבר, נישואים הם לא סטאטוס, אלא סוג של הסכם.

ג. קלות היציאה מנישואין – גירושין. עד לפני כמה עשורים, סביב שנות ה-60, בעולם העולם היה מקובל מצב של גירושים עם אשם. מאחר שקשר הנישואין היה קשר מקודש ונחשב לסטאטוס בעל התייחסות דתית קשה מאוד, כאשר באים לשבור את הקשר הזה, נשאלת השאלה – מי אשם בשבירת הקשר. ההנחה היא שאותו צד שבגד הוא האשם, והוא יצא כאשר ידו על התחתונה (חלוקת רכוש, הילדים וכיו"ב). היום לא קיים מצב שכזה. אין זה מעניין מי בגד, קשר הנישואים הוא משמעותי ולא נחשב התקשרות סתם, אבל הוא לא קשר קדוש כפי שהיה בעבר. ולכן, אם שני אנשים מבוגרים חופשיים ברצונם ורוצים לפרק את הקשר, הם יכולים לעשות זאת בקלות.

דיני המשפחה בארץ, בניגוד לרוב העולם המערבי, הם אינם דין טריטוריאלי ולא דין אחיד לכלל האוכלוסייה הישראלית. הדין הוא דין אישי-דתני, שנגזר מדתו של האדם. ולעבודה שתי משמעויות – פיצול שבדין (דיני משפחה שונים ליהודים, נוצרים, דרוזים) ופיצול בפורום (בבית המשפט בו מתנהלת התביעה).

3. דיני ירושה – לצורך הדיון ישוּיך הנושא לדיני אנשים (נושא השנוי במחלוקת)

כאשר נפטר אדם, הרכוש שהוא עוזב אחריו מכונה עיזבון. אך הוא אינו נותר תלוי באוויר תחת מה שמכונה עיקרון הנפילה המיידית. באותה שנייה שנפטר אדם, הרכוש שלו (זכויות וחובות) עובר ליורשיו. השאלה היא בעניין החלוקה. המשפט מבחין בין כמה סוגים של ירושה:

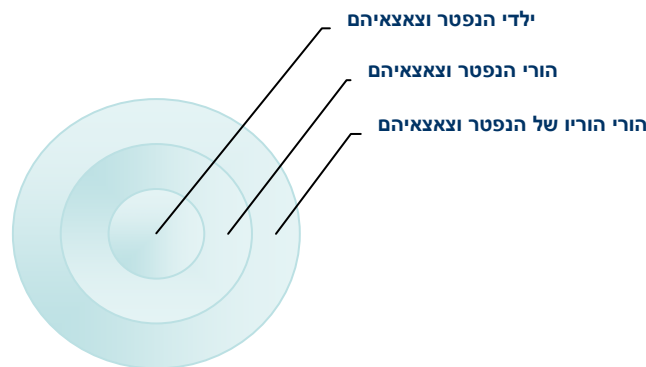
▪ ירושה על פי צוואה – אדם מצווה את רכושו למי שהוא רוצה. הדרך המועדפת על המשפט. ישנם כמה סוגים של צוואות:

- צוואה בכתב – כתיבת צוואה, חתימה עם תאריך, ללא עדים.
- צוואה בפני עדים – כתיבת צוואה, בפני שני עדים, חתימה ותאריך.

- צוואה בפני רשות – ציווי רכושו של אדם בפני שופט, רשם בית משפט, דיין בית דין או בפני נוטריון.
- צוואת שכיב מרה – כאשר גוסס אדם וחש ששעותיו ספורות, רשאי הוא לצוות בעל פה בפני שני עדים שיערכו זיכרון דברים ויחתמו עליו.

לא משנה באיזו דרך נכתבה הצוואה, מתעוררת השאלה של שמירת הצוואה. את הצוואה ניתן לשמור בבית, ניתן להעבירה למשמרת אצל מישהו (חבר, עו"ד, רב הקהילה), וניתן להפקידה ברשם העיזבונות (שירות שמעמידה המדינה בפני האזרחים, בתמורה לתשלום אגרה סמלית, וחיסכון בשאלות זיופים).

- ירושה על פי דין – במקרה בו אין צוואה, הדין המשפטי קובע כיצד יתחלק הרכוש;



בירושה על פי דין, מציין המשפט מעגלי קירבה סביב המנוח. כאשר נפטר אדם – אם יש לו ילדים, מה שנותר מתחלק שווה בשווה בין כל הילדים שיש. שאר המעגלים לא רואים כלום. אם אחד מילדיו נפטר, יתפסו את מקומו ילדיו שלו (נכדיו של המנוח) ויתחלקו חצי בחצי. וכן הלאה לגבי שאר המעגלים. אם אין מעגלים קרובים למנוח – הולך כל רכושו לאפטרופוס הכללי לידי המדינה.

באשר לבן הזוג, הרי שהוא נמצא מחוץ למעגלים. הוא מקבל את האוטו המשפחתי ואת המיטלטלין ומשק הבית (מדיח כלים, חוט מאריך וכו'). בנוסף, מקבל בן הזוג חצי מכל הרכוש, ורק הנותר, כאמור לעיל יתחלק במעגלי הקרבה של המנוח. הסכום שמקבל בן הזוג הוא מכוח דיני המשפחה ולא מכוח דיני הירושה. אם אין למנוח ילדים והורים, יקבל בן הזוג שני-שליש מהעזבון (מהחצי שנותר).

בעת פטירתו של אדם, על מנת שיעבור הרכוש ליורשיו, יש צורך בהוצאת צו ירושה. יש לפנות לבית הדין לענייני משפחה, או בית דין דתי, ולפרסם בשני עיתונים שנפטר האדם ומי שטוען שהוא יורש או מי שטוען שקיימת צוואה, מתבקש לבוא ולהצהיר על כך. במקביל בודקת הרשימה ברשם העיזבונות אם השאיר המנוח צוואה, ואם אין התנגדויות היורשים צריכים למלא ולחתום על טפסים ולקבל את הירושה. היורשים גם רשאים להסתלק מחלקם בירושה. היורשים רשאים להסתלק מחלק מהירושה שלהם – מהמנה שלהם בירושה.

דיני הקניין

תחום דיני הקניין עוסק ברכוש והנכסים שיש לאדם; סוגי הנכסים השונים, כיצד מוסדרת התחרות על הרכוש, זכויות האדם על הרכוש. דיני הקניין מסדירים את הזכויות על הנכסים שיש לאנשים על הרכוש שלהם ואת השליטה שלהם על רכוש זה. ההנחה הבסיסית של דיני הקניין היא שהרכוש בעולם מוגבל, ולכן יש עליו תחרות. את התחרות הזו יש להסדיר. ולשם כך יש להעניק הקרה בזכויות שיש לאנשים בנכסים. דיני הקניין הוא אחד התחומים שמעוררים מעבר לשאלות המשפטיות המון שאלות ערכיות, חברתיות, מוסריות המציגות עניין רב מבחינה פילוסופית (כמו לדוגמה השאלה, כיצד השיגו האנשים הראשונים את הקניין שלהם).

מבחינה אנתרופולוגית או סוציולוגית, ניתן להראות שגם אם אנחנו לא מתעסקים דווקא בחברה קפיטליסטית הרכוש שיש לאנשים מאוד חשוב להם וגם אם זה רכוש דל. ולכן החברה באמצעות המשפט מגדירה הגנה חזקה על רכושם של אנשים. המשפט מכיר בכך שיש לאדם שליטה על הרכוש שלו ושהוא יכול לעשות בו מה שהוא רוצה; למכור אותו, לתת אותו במתנה למישהו אחר, להוריש אותו ואף להשמיד אותו.

הזכות הקניינית היא זכות חזקה מאוד והיא זכות על נכס מסוים – זכות חפצה In-Rem – כלפי כל העולם. ברגע שהמשפט מכיר בנכס – לאף אחד אסור להתערב ברכוש.

פס"ד טרה נ' מפעיל קו חלוקה של מוצרי חלב

אדם פרטי בעל אוטו מסחרי, היה מחלק את הגבינות, היוגורטים והחלב בין המכולות בקו החלוקה. התעורר סכסוך בין טרה ובין אותו נהג, והם רצו לפרק את השותפות. השאלה שנשאלה, למי הבעלות על קו החלוקה. אם הבעלות על קו החלוקה שייכת לנהג הרי שהוא יכול לעשות בו מה שהוא רוצה, מאידך טענה טרה שיש לו רק זכות חוזית מול החברה ולא בעלות על הקו.

ניתן לקחת כדוגמה לכך גם את דיני חדלות הפירעון, בקביעתם אדם או תאגיד שאינם יכולים עוד לשלם חובותיה, ובאים לכדי פשיטת רגל או פירוק (אדם למול תאגיד). במצב כזה יש להשיב את החובות לנושים והמשפט עושה אבחנה בין סוגים שונים של נושים – לדוגמה, אותם נושים מובטחים שיש להם זכות קניין אצל פושט הרגל (שיעבוד), אלו הם נושים בעלי משכון והם יקבלו ראשונים את הכסף.

אך בפועל העולם מורכב הרבה יותר, ולא תמיד ברור לכל מה חזק יותר – האם הזכות החוזית או זכות הקניין. קיבלנו 50 אלף ₪ במזומן. סביר שלא נרגיש בנוח להסתובב עם סכום כסף רב בכיסנו ונרוץ בהזדמנות הראשונה להפקיד את הכסף בבנק. מה שכרגע בעת ההפקדה הוא שויתרנו על זכות הקניין לטובת זכות חוזית. קודם, כאשר החזקנו את הכסף – הוא היה בבעלותנו, וכעת שמנו את הכסף בבנק וכל שיש לנו הוא זכות חוזית כלפי הבנק בה הוא מתחייב לשלם לנו את הכסף לפי התנאים האמורים.

אם לסכם את הדברים, החברה האנושים רואה כי לאדם חשוב מאוד הרכוש שלו. ולכן היא מגינה את השליטה של האנשים ברכוש שלהם, וזו זכות על נכס מסוים כלפי כל העולם. לגבי נכסים חשובים, ישנם מרשמים שמנהלת המדינה, כמו לדוגמה מרשם המקרקעין – כל זכות שיש לאדם על מקרקעין צריכה להיות רשומה בטאבו. רשם המשכונות – רישום משכונות במשרד המשפטים ע"מ שכל העולם ידע שעל נכס מסוים הוטל משכון. כלי טיס, כלי שיט, כלי רכב, כלי נשק או נכסים אחרים, גם להם מנהל המדינה רישומים. גם לנכסים שאולי הם לא יקרים במיוחד, אך מאחר והם אינם מוחשיים ישנה חשיבות רבה לרישומם, וכאן הכוונה לקניין הרוחני, לפטנטים ולסימני מסחר.

החוק בארץ מכיר אך ורק שלוש זכויות קנייניות כלליות ושתיים נוספות הנוגעות למקרקעין:

1. זכות הבעלות – מי שהוא בעליו של נכס מסוים, יכול לעשות איתו מה שהוא רוצה. להעבירו לאחר, למכור, להשכיר, להוריש, להשמיד. כל עוד הוא לא גורם נזק לאחרים.
2. זכות השכירות – אדם ששוכר נכס רשאי להשתמש בו בכפוף לזכות הבעלות. בכפוף לזכות הבעלים של הנכס. למשל, לא יהיה רשאי הוא להעביר את הנכס לאחר, אם הבעלים לא מאשר לו. יוכל לעשות שימוש מסוג א' בנכס, ולא מסוג ב'. אלא אם אישר לו הבעלים. החוק הישראלי מכיר בשלושה סוגי שכירות; עד 5 שנים – שכירות רגילה, מעל ל- 5 שנים – חכירה, מעל ל- 25 שנה – חכירה לדורות. כולם סוגים של שכירות. חכירת מקרקעין מחייבת הסכם בכתב. ההנחה היא שחכירה לדורות דומה מאוד לבעלות, וניתן לעשות עם הנכס שאתה חוכר המון דברים.
3. זכות המשכון – זכות שיש לאדם בנכס. בהתקיים מקרה מסוים, בעל המשכון יוכל להיפרע מהנכס, כלומר – לקבל את הנכס לידי, או שיעמיד את הנכס למכירה ואת התמורה ייקח אליו.

לגבי מקרקעין עוד שני סוגים של זכויות שנרשמות אף הן בטאבו;

4. זכות קדימה – זכות סירוב ראשונה. אם למישהו יש זכות קדימה על הנכס שלי, אם אני מציע אותו למכירה – אני חייב להציע קודם כל לבעל זכות הקדימה. רק אם הוא מסרב, אני יכול להפנות את הנכס למכירה בשוק.
5. זיקת הנאה – זכות הנאה שיש לאדם במקרקעין מסוים. הוא לא המחזיק, ולא השוכר, אבל הוא רשאי ליהנות מהם במצב מסוים. לדוגמה, זכות מעבר, שעון מים שנמצא בנכס אחר.

לכאורה רשימת הזכויות הזו היא רשימה סגורה, אך בפועל יש לנו יותר זכויות מקרקעין או כאלו שמתנהגות כמו זכויות מקרקעין.

דמי מפתח – סוג של שכירות שנוצר במהלך מלחמת העולם השנייה, במהלכה הייתה בעיה של מחסור בנכסים. דיור מוגן – זכות חוזית, ואין לדייר המוגן כוח כפי שיש לשוכר רגיל. בני רשות – אדם הוא ברשות ובעל רישיון להחזיק בקרקע. למאות אלפי ישראלים שחיים בהתיישבות העובדת יש רישיון להחזיק בקרקעות. כבר משנות ה-20 וה-30 הנוהג היה שגורמים מסוימים מחזיקים בקרקע, ומחכירים אותה לתנועות מסוימות. ורק התנועה ההתיישבותית היא זו המחלקת את הרישיונות על הקרקע למתיישבים.

מנהל מקרקעי ישראל, הוא הגוף שמנהל את הקרקעות של המדינה, קרקעות קרן קיימת, וקרקעות הרשות לפיתוח. המנהל מנהל עבור המדינה את הקרקעות הללו, הוא מחכיר אותם לגורמי התיישבות גדולים, והם נותנים רישיון למושבניקים או לקיבוצניקים לגור על הקרקע, והוא מכונה ברשות. משפטית פורמאלית יש לו חוזה, רישיון וזכות אישית והוא ספציפי, אך ברור שבפועל מבחינה כלכלית בשטח, יש לאנשים הללו זכות שהיא חזקה כמו זכות קניינית. הנקודה היא שקיים פער בין הרצון של המשפט ליציבות ויצירת רשימה סגורה של זכויות קניין, ובין המצב האמיתי – החיים האמיתיים, המציגים שוק הרבה יותר מורכב מבחינת מה שהחוק יכול להכיר. ולכן יש לנו חיות מוזרות המתפתחות עם הפסיקה.

אנו נוהגים לחלק את סוגי הקניין לשלושה;

1. מקרקעין – חוק המקרקעין, 1969. **קרקע וכל הבנוי והנטוע המחובר עליה.**

מקרקעין נתפסים בעיני הציבור כדוגמא הקלאסית לקניין, ובמידה מסוימת רוב דיני הקניין התפתחו סביב מקרקעין מכמה סיבות;

- דוגמא מובהקת לנכס מוגבל בכמותו – אין הרבה קרקעות יחסית לאנשים שרוצים להשתמש בהן ולכן יש להסדיר את התחרות בצורה טובה.
- בהגדרתו הוא נכס ייחודי – אין שתי דירות ברח' ביאליק 27, תל-אביב בצד שמאל של הבניין. מה שמכניס אלמנט נוסף לתחרות.
- מרבית האנשים מניחים שנכס המקרקעין שיש בידם הוא הנכס המוחשי המשמעותי ביותר שיש להם.

החוק עוסק בכל הקשור במקרקעין, ניהול מקרקעין, שימוש במקרקעין, בניה או נטיעה במקרקעי הזולת, שיתוף ופירוק במקרקעין, החלטות השותפים במקרקעין, סוגי השיתוף השונים, פלישה למקרקעין.

בעיסוק במקרקעין אנחנו מבחינים בין שני עניינים; זכויות המוסדרות תחת חוק הסדר המקרקעין (דיני הקניין, המשפט האזרחי) ותכנון המוסדר תחת חוקי התכנון והבנייה (השייכים למשפט המנהלי).

2. מיטלטלין – חוק המיטלטלין, 1971. **כל נכס מוחשי שאיננו מקרקעין.**

גם חוק זה עוסק בשאלות של תקנות השוק, עסקאות נוגדות, נכסים גנובים, שיתוף במיטלטלין, ערבוב של מיטלטלין, מתי עוברת בעלות על מיטלטלין וכיו"ב.

3. נכסים שאינם מוחשיים:

- זכויות קניין רוחני – אותם נכסים שהחברה המודרנית נ- 150-200 שנים האחרונים הגדירה כנכסים; יצירות של בני אדם, זכויות יוצרים לסוגיהן השונים (כותבים, מפיצים, מעבדים וכו'), פטנטים ומדגמים (אדם מפתח פיתוח מדעי, רושם על זה פטנט, או מעצב משהו ורושם על זה מדגם), סימני מסחר. לקניין הרוחני א פקודת סימני המסחר או חוק הפטנטים.
- כל אלו, הן יצירות שאינן מוחשיות, אך העולם המודרני נוטה לראות בהן קנייני של אדם. היצירה המודרנית – היא שייכת לבעליו של היוצר שלה. הוא יכול לעשות בו כל שעולה רוחו – למכור, להוריש, לתת לציבור, ולכן המשפט צריך להגן עליה בצורה חזקה. בעניין זה ויכוח בין משפטים ובין אנשים שאינם משפטים. מבחינה משפטית – קניינות היצירות נראית מעט בעייתית, והעיקרון של הקניין והתחרות לא עובד כאן. לדוגמא, העובדה שאני מוריד שיר מהאינטרנט אינה פוגע באף אחד לשמוע את אותו שיר (לא כמו שמישהו עכשיו נכנס לי לאוטו), אך היא כן פוגעת ביוצר. ההיגיון העיקרי של דיני הקניין לא חל בקניין הרוחני. המשפט בכל העולם ראה שיש בעיה עם הזכויות הללו ושיש בהן משהו מוזר, ולכן אותה זכות קניינית על קניין רוחני פוקעת אחרי זמן מסוים.
- זכויות חזיות – במשפטים אנחנו מפרידים בין זכות קניינית שי שלאדם על נכס מסוים, ובין זכות אישית-אובליגטורית לאדם כלפי אדם אחר. במקור הזכויות הקנייניות היו על נכסים (שולחן, בית, אוטו, פטנט), בא העולם המודרני ואמר – למעשה כל התפיסה הכלכלית שלכם היא אינה נכונה, אתם סבורים כי הנכס החשוב ביותר שיש לכם הוא דירת המגורים, אך אין זה נכון. הנכס החשוב ביותר הוא כושר ההשתכרות של אדם – העובדה שהוא יכול לעבוד X שנים, להרוויח כסף ולחסוך אותו. מעבר לכך, כל שאר הנכסים הם אוסף של זכויות חזיות. חשבון בנק – זכות חזית שיש כלפי הבנק, חוזה פנסיה, חוזי ביטוח, תיקי השקעות. השווי של כל הזכויות החזיות הללו הוא גבוה הרבה יותר מדירת המגורים. ולכן קובע המשפט, יש להתייחס לזכות שיש לאדם על קרן הפנסיה שלו כאל קניין לכל דבר ועניין. ולכן קובע חוק המיטלטלין מפורשות, שהוא חל גם על זכויות.

דיני חיובים

תחום דיני החיובים עוסק בדרכים בהן קניין עובר מיד ליד. תחום זה הוא חלק נפרד מדיני הקניין, וזאת משום שדיני הקניין עוסקים בזכות של אדם בנכס מסוים, ואילו דיני החיובים עוסקים בזכויות אישיות ובמעברים בין האנשים.

אנו מפרידים בין זכות קניין חפצית Ius In Rem ובין זכות חיוב אישית – אובליגטורית כלפי אדם מסוים Ius In Personam. הזכות החיובית היא זכות כלפי אדם אחר והיא זכות אישית. בדיני חיובים אנו מבחינים בין שני סוגי חיובים – חיובים רצוניים וחיובים שאינם רצוניים. בעולם הקדם מודרני, האבחנה הייתה ברור מאוד – ישנם נכסים וישנה זכות על אותם נכסים. וכאשר אנו מעבירים נכס מיד ליד, אנחנו מעבירים נכס שהוא מוחשי. אולם היום, הדברים נעשו מבלבלים הרבה יותר, שכן גם הזכויות החזיות הפכו למעין סוג של נכס, ולא תמיד אנחנו מעבירים את הנכס פיזית מיד ליד.

אנו מבחינים בין שלושה סוגי חיובים שונים:

1. חיובים רצוניים – כאשר אדם מעביר מרצונו את רכשו למישהו אחר.

בחיוב רצוני מתחייב אדם מרצונו להעביר את קניינו; יכול שיעשה זאת בתמורה כחזה ויכול שיעשה זאת ללא תמורה כמתנה.

▪ דיני חוזים – כאשר אדם כורת חוזה, הרי שמתקיימת החלפה של הבטחות בין שני אנשים. כידוע, אין בדין הישראלי הגדרה ספציפית לחוזה, והוא מציין אך ורק את התנאים ליצירתו. החוקים המטפלים בנושא החוזים הם חוק החוזים חלק כללי ותרופות בשל הפרת חוזה. בנוסף ישנם חוקים ספציפיים שעוסקים בחוזים מיוחדים כמו לדוגמא, מכר דירה, חוזים מיוחדים, חוזי ביטוח וכיו"ב, והמאפיין אותם הוא שאלו הם חוזים מיוחדים שיש בהם חשיבות מיוחדת מבחינה כלכלית והמחוקק בחר להסדיר אותם באופן מיוחד. דיני החוזים עוסקים בארבעה נושאים עיקריים:

1. יצירת החוזה – המו"מ לקראת יצירת החוזה, השאלות של תנאים ליצירת חוזה, התקשרות עם השני, הצעה וקיבול, מסוימות, גמירת דעת, פגמים ברצון המתקשרים – טעות, הטעייה, עושק וכפייה.
2. צורת החוזה – כיצד הוא מנוסח, כיצד נראה, דרישת הכתב (לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין).
3. תוכן החוזה – אסור שינגוד את תקנת הציבור (סעיף 30 לחוק החוזים), השלמת הוראות שאינן מזכרות בחוזה.
4. סיום החוזה – כיצד הוא מסתיים (מרביתם מסתיימים עם קיומם).

אפשר לזהות תהליך כלשהו בדיני החוזים, כפי שראינו אותו בדיני המשפחה וכפי שנראה בתחום הנזיקין, והוא תהליך הפורמליזציה – תהליך בו שמים יותר ויותר דגש על צורתו של החוזה, וזאת על מנת להגן על הצדדים המתקשרים בחוזה. השיא מגיע בסוף המאה ה-19 וההנחה היא שאנשים המתקשרים יחד בחוזה הם אנשים רציונאליים, חופשיים, מבוגרים, ואם חתמו על חוזה הרי שהם עשו זאת מרצונם החופשי, ולכן כל שהמשפט יקפיד עליו הוא צורת החוזה, ותוכנו כמעט שאינו מעניין.

מאז ובמהלך המאה ה-20 התפסה הזו הולכת ומשתנה ונוטה לתפיסה הערכית ששמה דגש גם על תוכן החוזה. אנחנו מבינים שחובה לשים דגש גם על תוכן החוזה, ועל הצדדים המתקשרים בחוזה. האם הם אכן רצו להיכנס

לחווה, האם יש כאן יחסים שהם שווי-כוח, או שמא מדובר בצד אחד חזק והשני חלש מאוד.

דיני מתנה – ישנם הרואים את דיני המתנה כחלק מדיני החוזים, וכמקרה מיוחד של חוזה ויש הרואים במתנה כסוג אחר של חיוב רצוני. במקרה זה, יש לנו חוזה שאין בו תמורה מן הצד השני. המחוקק מסדיר את דיני המתנה תחת חוק המתנה, 1968. וקובע כי **מתנה היא הקנייה של נכס או זכות בלא תמורה**. ישנם כמה עניינים שיש לתת עליהם את הדעת;

- מתנה עתידית – בשיטת המשפט האנגלו-סקסית ניתן להתחייב ליתן מתנה עתידית. בשיטת המשפט האירופאית והישראלית נדרשת לשם כך דרישת הכתב.
- התניית המתנה – מתנה יכולה להיות מותנית במשהו, כאשר לא מדובר על תמורה בסכום כסף שווה. תורם אדם מיליון דולר ומבקש שבתמורה לכך ייקרא הבניין על שמו. נותן המתנה רשאי לדרוש את התמלאות התנאי מהגורם המקבל את המתנה.

2. חיובים שאינם רצוניים – בחיוב שאינו רצוני (מכונה גם חיוב מן הדין) אנחנו מניחים שאדם אינו מעוניין להעביר את קניינו לאדם אחר, אך הדין מחייב אותו לעשות כן; נזיקין, עשיית עושר ולא במשפט וחיובים אחרים מן הדין.

נזיקין – כאשר נגרם נזק לאדם אחר ויש לפצותו על כך.

דיני הנזיקין מסדירים את מכלול האחריות של אדם שגרם נזק לאדם אחר על פי פקודת הנזיקין, 1944 (פקודה מנדטורית, המכילה חוקים נוספים כגון חוק הגנת הפרטיות, חוק איסור האזנות סתר ועוד). ואין צורך בקשר או בהיכרות מוקדמת בין שני הצדדים. העיקרון היסודי בדיני הנזיקין הוא השבת המצב לקדמותו, כלומר – לולא נגרם לאדם נזק ולא להעשיר את האדם. מתעוררת שאלה גדולה בתחום זה והיא כיצד מכמתים את כל הנזקים הללו. ישנם נזקים כמו נזקי רכוש, שאפשר להביא שמאי ולהעריך אותם, אך כיצד ניתן לכמת נזקי גוף?

כמה מונחים בהקשר דיני הנזיקין; עוולה – המעשה שגרם לנזק, מעוול – מזיק – מי שגרם את הנזק, ניזוק – זה שנגרם לו הנזק.

דיני הנזיקין הם אחד התחומים החשובים ביותר בעולם המודרני, המבוסס במידה רבה על טכנולוגיה, מכוניות, מכשירים חשמליים ועוד, מה שמגדיל את הסיכוי לתאונות. בחברה שכזו, חברת המון, כולם משתתפים במשחק החברתי, הפוליטי והכלכלי. והיחסים מאופיינים באינטראקציה בין אנשים שאנחנו לא בהכרח מכירים אותם. אנחנו קמים בבוקר, פותחים דלת שהתקין טכנאי של פלדלת, יורדים במעלית שתיקנה חברת מעליות, נכנסים למכונית שייצרה יצרנית מכוניות. וכן הלאה, וכן הלאה. והיה וקרה איזשהו נזק באחד מאלו, הרי שאנחנו צריכים מנגנון שיוכל להסדיר את מצבנו כקודם. דיני הנזיקין בעולם המודרני עברו תהליך חשוב שמזכיר במידת מה את התהליך שדיברנו עליו בעינין דיני המשפחה – התהליך הוא הוצאת שאלת האשמה המוסרית. אם

להסתכל בהלכה היהודית או בשיטות משפט עתיקות, נראה שהשאלה גדולה בדיני הנזיקין הייתה שאלה של **כוונת המעוול** או כוונת המזיק, מצב תודעתו, ומה חשב, האם היה מודע לכך שהוא גורם נזק. אומר המשפט המודרני – בנזיקין אין זה מעניין עוד, ושאלות האשם המוסרי יוצאת מהסיפור. דיני הנזיקין הופכים במידה רבה למנגנון שמטרתו להשיב את החיים לקדמותם. נגרם נזק, נשלם לאדם ונמשיך הלאה. לא מעניין אותנו לצורך התביעה האזרחית מה היה המצב התועדתי או הנפשי של המעוול. נכנס אדם למכולת, נזל המיץ של המלפפונים החמוצים, נפל האדם והחליק – לא מעניין אם בעל המכולת הכיר את האדם שנפל, רצה לגרום לו נזק, לא רצה אבל היה אדיש למצבו וכו'. כלומר, עברנו **ממשטר של אשם למשטר של רשלנות**. האדם התרשל? שישלם. המעוול לא אשם מוסרית אלא יש לו אחריות והוא חב לסובבים אותו חובת זהירות. שאלת המוסריות הפכה לשאלת האחריות. ולא סתם רשלנות אלא גם **אחריות קפידה**, על פי **סעיף 41 לפקודת הנזיקין**. ברוב המקרים כאשר תובע אדם הכלל הוא – המוציא מחברו עליו הראייה. ולכן אם להסתכל על כלל זה הרי שהתובע צריך להוכיח שבעל המכולת התרשל, שאכן קרה המקרה במכולת, שאכן היה זה המיץ של המלפפונים החמוצים, לטעון שהייתה חובת אחריות כלפי הלקוחות ועוד. אבל ישנם מקרים יוצאי דופן בהם לא התובע הוא זה שצריך להוכיח את התביעה שלו אלא הנתבע צריך להוכיח חפותו – נטל ההוכחה והראייה עוברת לנתבע. במקרים מסוימים הלך המשפט המודרני רחוק יותר, ואמר – לא רק אחריות קפידה, כלומר העברת נטל הראייה, אלא קיום מנגנונים של **אחריות מוחלטת**, בהם לא מעניין כלל מי אשם ונטל הראייה, אלא **המרת החבות הנזיקית לחבות חזית**. הקמת מגנוני ביטוח כך שכל מי שנפגע יקבל פיצוי על הנזק שנגרם לו. ולעניין זה חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

כן תעניין אותנו חובת האשמה במשפט הפלילי, וזאת משום שדיני הנזיקין מתייחסים לתוצאה ולנזק שנגרם, שלא כמו במשפט הפלילי בו נשאל עצם המעשה.

כל העוולות משויכות או לעוולות מסגרת, **קרי רשלנות**, כפי שדנו בהן עד כה, או להפרת חובה חקוקה – קיימת חובה בחוק או בתקנה, והמזיק הפר אותה וכתוצאה מכך נזק כלשהו לאדם אחר. הנטייה בעולם היא לשייך את מרבית העוולות לעולות מסגרת, וזאת במקום לתבוע על מאה עילות אחרות שנמצאות בחוקים שונים תחת הפרת חובה חקוקה.

את פקודת הנזיקין שדנה בדיני הנזיקין ניתן לחלק לשני עניינים עיקריים; האחד, הוא רשימת העוולות והשני הוא החלק הכללי של הפקודה – חלק זה דן במיני שאלות כלכליות, הקשורות לדיני הנזיקין וחל לא רק על פקודת הנזיקין עצמה אלא על כל החקיקה בדיני נזיקין. חלק זה הוא היוצר את המסגרת הנורמטיבית (לדבריו של אהרון ברק), ומציג שאלות מכמה סוגים; סוג אחד של שאלות הוא נושא זכויות וחובות בנזיקין – מי רשאי לתבוע ולהיתבע בנזיקין,

מה באשר לתביעה כנגד המדינה – האם היא אפשרית ובאילו נסיבות, מתי למדינה יש חסינות בעניין זה, עובדי ציבור, אנשים שמשדלים, שלוח של אדם אחר – האם התביעה היא נגד האדם או נגד השלוח, פושטי רגל ועוד. סוג שני של שאלות נוגע לאשם – ולמציאת הקשר הסיבתי בין העוולה ובין הנזק, שהרי אם אין קשר סיבתי אין עילה לתביעה. יש כאן שאלות של אשם תורם – האם יש לנפגע תרומה למצבו, ואם כך הרי שהפיצוי יופחת, שרשראות סיבתיות מתנגשות – פגע אדם ברכב בתאונת דרכים, נזק רכבו לצד השני של הכביש, פגע בו נהג שלישי והוא מת, מי הרג? הנהג הראשון או השלישי?

פרק ה' לפקודת הנזיקין מסדיר את התרופות לעוולות, כאשר התרופה העיקרית היא פיצויים. בנוסף ישנה תרופה של צווי מניעה (לדוגמא כנגד מפעלים, ע"מ שיפסיקו לזהם את הסביבה). השאלה הקשה מכל היא שאלת חישוב הפיצויים, כיצד מכמתים, כיצד מהוונים, כיצד מחשבים פיצויים על אדם שמת, פיצויים על כאב וסבל ועוד.

■ עשיית עושר שלא במשפט – כאשר מתעשר אדם על חשבון אחרים בלי שיש לו הזכות לעשות כן. (לקוח מספר ירמיהו, פרק י"ז).

התעשרות בה אדם **מתעשר על חשבון מישהו אחר שלא על פי זכות שבדין**. כלומר, אין שום דבר בדין, אין חוק, אין פס"ד, אין חוזה, שמאפשר לאותו אדם להתעשר. כאשר אנו דנים בהתעשרות, אנו עוסקים בכל דבר שאנו יכולים לקבל; כסף, נכס, שירות, זכות, רווח בשל הוצאה שלא הוצאנו. הסעד (התרופה), שקובע המשפט במקרה כזה הוא **השבה**. אם התעשרנו שלא על פי זכות שבדין, אנו צריכים להשיב את אשר התעשרנו. דיני עשיית עושר ולא במשפט, במשפט המודרני מעט מטעים בשמם. אנשים רבים מפרשים את הביטוי – שלא במשפט – כהתעשרות שלא כדין. לא מדובר דווקא על התעשרות שאינה כדין. כלומר, על מנת שתקום עילה בעשיית עושר ולא במשפט, התעשרותו של לא חייבת לבוא תוך כדי עבירה פלילית שהוא גורם ואף לא תוך כדי נזק שהוא גורם למישהו אחר. בשיטות משפט עתיקות, היה צורך להציג עילה – נגרם נזק משום שמישהו התעשר. התפיסה הכלכלית המודרנית, אומרת לאו דווקא זה נהנה זה לא חסר – פטור, אלא גם – לא נהנה, עומדת לו העילה של עשיית אושר. לא רק אלא גם במובן של רווחים עתידיים, שיכול היה לעשות אדם כתוצאה מההנאה שלו בנכס מסוים, או בזכות מסוימת שקיימת לו. ולכן גם במצב הזה רשאי אדם לתבוע השבת ההתעשרות, שכן העילה היא עילה בפני עצמה, אנו רשאים לתבוע בגינה גם אם לא נרם כל נזק, גם אם לא נגרמה עבירה פלילית או עוולה נזיקית. וכך, מרבית המקרים הדנים בעשיית עושר ולא במשפט, לא יעמדו עצמאית אלא יהיו נספח סביר להניח לדיני חוזים או נזיקין.

החוק המסדיר את הדין בתחום זה הוא חוק עשיית עושר ולא במשפט, 1979 והוא בעל חמישה סעיפים בלבד. ישנם חוקים נוספים, למשל פרק ד' בחוק המקרקעין העוסק בנטיעה במקרקעי הזולת שדנים בנושא זה של עשיית עושר.

סעיף 1 לחוק קובע עיקרון רחב לחוק והוא **שכל התעשרות מכל סוג שהיא מזכה בעילת עשיית עושר**, ולא משנה (בסעיף ב' לחוק) האם **התובע העשיר את הנתבע או שצד ג' העשיר אותו**. כלומר, האם אני חייב להעשיר את זה שאני תובע ממנו בחזרה (הזוכה) או שיכול להעשיר אותו צד אחר? לדוגמא, מכר אדם נכס והעביר פרטי חשבוננו לצד הקונה על מנת שיעביר את התשלום. הצד הקונה, העביר את התשלום בשוגג לחשבון אחר. לא הצד מוכר הנכס העביר את הכסף (כלומר, לא הצד המוכר העשיר שלא כדין, אלא צד ג' לעניין), אך עדיין קמה לו הזכות לתבוע.

שאלה נוספת שעולה בעניין, הוא מדוע התעשר אדם על חשבון האחר; האם עשה זאת בטעות, בלי משים, או האם בכוונה תחילה. וכיצד התעשר? האם חסך בהוצאה או האם קיבל נכס, זכות, כסף וכיו"ב.

ומאילו גם נגזרת שאלת הסעד, משום שקובע החוק שיש **להשיב את מה שהתעשר**, ואם ההשבה בעין אינה אפשרית אזי **השבה בשווה ערך כספי**. ואם עבר זמן, הרי שיש גם לשערך את הכסף ולהחזיר גם את דמי השימוש בו, מה שמכונה הריבית.

3. חיובים אחרים מן הדין – הדוגמא הקלאסית היא מזונות. שים לב! מיסים אינם שייכים לענף זה – הם שייכים למשפט הציבורי העוסק ביחסים שבין הפרט ובין המדינה. מצב בו המשפט מחייב אדם א' לשלם כסף לאדם ב'. החיובים הללו נובעים בדרך כלל מיחסים אישיים, קשר משפחתי מסוים, או קשר דם, בין אנשים. מזונות ילדים, מזונות אישה, אבל הפסיקה בשנים האחרונות גם בארץ וגם בחו"ל מכירה גם במזונות אחרים – כמו מזונות כלפי הורים.

4. חיובים מעורבים – מכונים כך משום שהם חצי חיוב-חצי קניין (ולא משום שחצי רצוני וחצי שאינו). לדוגמא, **דיני נאמנות** או **דיני שומרים**. כאשר שומר אדם על נכס מסוים, פיזית, מבלי שהוא נהנה ממנו (אחרת היה מכונה הוא שואל), הרי שיש לו זיקה כלפי הנכס. ולכן יש לנו את מה שמכונה נאמנות והיא הזיקה של אדם לנכס מסוים. אדם חייבת לשמור על הנכס לטובת צד ג' וחייב לשמור על דיני הנאמנות.

משפט מסחרי

- תהליכים משפטיים שנוצרו בעולם המסחר העסקי
- תאגידים
- חברות בע"מ
- קניין
- חוזים

המשפט המסחרי גם הוא חלק מהמשפט האזרחי שכן גם הוא עוסק **ביחסים שבין אדם לחברו**. יתר על כן, מבחינה תיאורטית הרי שהוא מבוסס על המשפט האזרחי קלאסי – כל כולו

מבוסס על חוזים וקניין. אבל מדובר לא בחוזים או בקניין רגיל, אלא בכל מני מוסדות משפטיים משוכללים ומתוחכמים יותר, שנוצרו בעולם העסקים, כדי לענות על צרכים הקשורים לעולם זה. ככל שהכלכלה התפתחה וחדלה מלהיות מבוססת על עסקאות חליפין וברטרים, היו צריכים למצוא כל מני פטנטים בעולם העסקים כדי לשכלל ולייעל אותה. ולכן, אף על פי שכל הדברים שנדבר עליהם מבוססים על חוזים ועל קניין, מדובר בכל זאת על יצורים משפטיים מיוחדים, והמשפט עוסק בהם בנפרד ובאופן מיוחד. מכיוון שהיסטורית הנושא התפתח מתוך המשפט האזרחי הרגיל, אנחנו עד היום נוהגים להבדיל לפחות בשם – בין המשפט האזרחי הקלאסי ובין המשפט המסחרי.

דיני המכר עוסקים בעסקאות מכר – אדם א' מוכר משהו לאדם ב'. הוא מתחייב בחוזה למכור לו ואז מעביר אליו את הקניין, את הבעלות. לכאורה נראה כי אין צורך בחוק המכר כלל, אלא שהוא בא לענות על צורך בעולם העסקי והוא מאגד בתוכו תחת חוק אחד שאלות חזיות ושאלות קנייניות שבדרך כלל מתעוררות בעסקאות מכר. ישנם חוקי מכר ספציפיים, למשל חוק מכר דירות, שמטפל ספציפית בחוקים הקשורים למכירת דירה, וזאת תחת ההנחה שעסקה לקניית דירה היא העסקה הכלכלית החשובה ביותר בחייו של אדם או תא משפחתי.

תחום נוסף שמטפל בו המשפט המסחרי הוא התחום של **אמצעי תשלום ומימון**. ברגע שעברה הכלכלה מכלכלה שמבוססת על עסקאות חליפין וברטר, לכלכלה מתוחכמת יותר של עסקאות תשלום, הרי שנכנסו לעולם חדש. לכסף יש היבט קנייני וכן היבט חוזי, שהרי הכסף שאנו מחזיקים בו יש לנו זכות חזית מול המדינה לקבל את השווי של הנייר או המטבע ממנה, אבל אנחנו כבר נכנסים כעת לעולם מיוחד יותר; מכסף מזומן לכיוון מה שמכונה **דיני שטרות**, תחום העוסק בשטחי חוב כהתחייבות לתשלום מול אדם מסוים. כך, באמצעות שטר החוב, מקבל האדם גם את ההתחייבות החזית וגם את עצמם אחזקת השטר, שלה משמעות חזקה. אמצעי תשלום ומימון עוסקים בשטרות חוב, חליפין, שיקים ונוגעים גם באמצעי המימון המודרניים של חוקי האשראי למיניהם, ערבויות, ערבויות בנקאיות, אשראי דוקומנטארי, כסף זר, מטבע זר, המרות ואג"ח.

דיני תאגידים, המהווים אוסף של הסכמים בין אנשים להתאגד בניהם. אותו תאגיד שנוצר יש לו אישיות משלו. חברות, אגודות שיתופיות, עמותות, שותפויות, מפלגות ועוד. דיני התאגידים עוסקים באקט ההתאגדות עצמו. איך הוא נעשה, האם הוא צריך להיות פומבי, או לא פומבי, באילו תאגידים החוק מכיר, מתי נוצרת אישיות משפטית ומהם התנאים להיווצרות אישיות כזו, מה יכול לבצע תאגיד (לתבוע ולהיתבע בניזקין), מה אחריותו באשר לפלילים. דיני התאגידים עוסקים גם בחיי התאגיד, כל הנוגע לחובת הזהירות בלפי בעלי המניות, החברים בו, מקימיו, העובדים בו וכלפי הציבור בכללותו, החובות של בעלי המניות בתאגיד, סוף חייו של תאגיד – פירוק תאגידים, חלוקת הנכסים מחדש בין האנשים שהתאגדו, ניירות הערך של התאגיד, מניות לסוגיהן השונים, זכויות המניות ומה הן מעניקות.

גם העיסוק בנושא של **ניירות ערך** הפך למעין תחום בפני עצמו, שקשור אך גם לא ממש, לנושא של תאגידים. מובן שניירות הערך נגזרים ממה שהתאגיד עושה ומביצועיו הכלכליים, אך הוא גם תחום בפני עצמו חדש ושלם, המסדיר גם את המסחר בניירות הערך. נייר הערך הוא בעל פן קנייני ופן חוזי, אך בכל זאת מדובר כאן ב"חיה" חדשה.

נושא של **חדלות פירעון**, גם הוא דן במסגרת תחום זה. ועוסק בשאלה מה קורה כאשר אדם או תאגיד אינם יכולים לפרוע עוד את חובותיהם מצב זה נפוץ בעולם העסקי ורה המשפט לנכון להסדיר תחום זה, כך שמצד אחד הנושים יוכלו לקבל את החלק בחוב שמגיע להם, וגם כדי שאותו אדם יוכל להמשיך ולקיים את חייו. מצב של חדלות פירעון אצל אדם פרטי מכונה פשיטת רגל, ואילו אצל חברה מכונה פירוק. התאגיד מפורק, והרכוש מחולק ראשית לנושים ולאחר מכן לבעלי המניות. נושא זה דן בשאלות של כיצד נכנסים להליך של חדלות פירעון, מי רשאי לבקש, איך מכנסים את רכוש החייב, כיצד נפרעים ממנו, מי יקבל קודם את חובותיו ומתי חברה יכולה לבקש להימנע ממצב של פירוק התאגיד וכיצד.

משפט ציבורי Public Law

מסדיר את עבודת רשויות המדינה הציבוריות ואת יחסיהן עם האזרח והוא בעל שלושה תחומים עיקריים:

משפט בינלאומי פומבי

הוא התחום שעוסק **ביחסים שבין מדינות**.

תחום זה אינו עוסק ביחסים שבין המדינה לאזרח, אך משום שאינו עוסק גם ביחסים שבין אדם לחברו הוא אינו חלק מהמשפט הפרטי ונכלל תחת המשפט הציבורי. התחום מבוסס בעיקרו על

מנהגים ועל אמנות בינלאומיות.

בנושא **האמנות** נראה כי למשפט הבינלאומי יש יותר ויותר כוח במובן בו הקהילה הבינלאומית כעת מתערבת קצת יותר בכל מני מקומות. העיקרון היסודי, גם במשפט זה, הוא שכל מדינה היא ריבונית ואין כוח יותר חזק מהמדינה, ולכן אי אפשר להכריח אותה לעשות שום דבר שבעולם. זו הסיבה אם כן, שתחום משפטי זה מבוסס בעיקרו על מנהגים או הסכמות בין מדינות לביצוע עניין מסוים. הענף קודם כל עוסק במדינות – כל הקשור בסוגיות דיפלומטיות, קונסולים, שגרירים.

שנית עוסק הענף ותחום לא פחות חשוב ממנו הוא **דיני המלחמה**. מה מותר, מה אסור, חילופי שבויים, אוכלוסייה נכבשת. התחום מגדיר גם את השליטה בים, בקטבים ובחלל. מאז מלחמת העולם השנייה, התפתחו התחומים של משפט בינלאומי פלילי וזכויות אדם בינלאומיות (משפטי נירנברג ואחרים), שעומדות לאדם גם אם אין אמנה בינלאומית בנושא. שלישית עוסק הענף בנושאים של **איכות הסביבה**, מתוך ההכרה שנושאים אלו חוצים גבולות בינלאומיים עולמיים ויש להסדירם במישור זה.

משפט פלילי

המשפט הפלילי עוסק בשאלה – מה קורה כאשר המדינה או החברה מעוניינת להעניש את אחד החברים שבה. אם לבצע השוואה קצרה בין מזיקין ובין עונשין נמצא ש; במזיקין אנו **מתרכזים בנזק ובתוצאה** מבלי לדון בשאלה מה הייתה כוונת המעוול. לעומת זאת, לב ליבם של דיני העונשין הוא **העונש** ולא דווקא הנזק. ישנם מעשים שהם אסורים בתכליתם, שהחברה אינה יכולה לסבול אותם ולכן עליה להעניש בגינם ואין משנה התוצאה – לא משנה אם הצליח בסופו של עניין לרצוח או לא. מי שעשה, ניסה או אף שידל לעשותם ייענש.

בעניין הסעדים והתרופות – בדיני מזיקין הסעד הוא **פיצוי**, שכן אם אנו שמים דגש על התוצאה הרי שאנחנו רוצים לתקנה. בדיני העונשין הסעד הוא **הענשה**. אם נקבעים פיצויים במסגרת עונשין, אלו הם פיצויים על הכאב והנזק שנגרם בלבד ולא על הנזק.

בעניין הגורם המעניש – בעונשין המשפט הוא **ציבורי** ומענישה בו **המדינה**, רק לה הלגיטימציה להפעיל אלימות; באמצעות הצבא, המשטרה, הפרקליטות. קורבן העבירה יוצא מהסיפור מיד עם תחילת ההליכים ואין לו שום מעמד (הוא אינו זכאי להעיד בבית המשפט – לא בשלב האסון ולא בשלב הטיעונים לעונש).

עונשין	מזיקין	
התמקדות בעונש	התמקדות בנזק ובתוצאה	תוצאה לעומת עונש
ענישה (פיצויים – על כאב וסבל שנגרם)	פיצוי על הנזק ותיקון התוצאה	הסעד והתרופות
משפט ציבורי	משפט פרטי	סוג / אופי המשפט
עבירה, עברייני, קורבן העבירה	עוולה, מזיק/מעוול, ניזוק	מונחים שימושיים

ישנן עבירות שירשמו גם כעבירות נזיקיות וגם כעבירות פליליות. והעובדה שהאשימו עבריין בפלילים אינה מפריעה לתבוע אותו גם בנזיקין. לדוגמא, מאשימה המדינה את העבריין על נסיעה באור אדום. ממתנינים לפסק הדין הפלילי, ורק לאחר שהוא נגמר, ניגשים עמו לתביעה בנזיקין, כאשר אין צורך בהוכחות נוספות. עצם הגשת פסק הדין הפלילי היא ההוכחה.

המשפט הפלילי עוסק בשלושה תחומים עיקריים:

1. תורת הענישה (פנולוגיה) – התחום שעוסק **בשאלות העונשים עצמם**. הנושא פותח בשאלה הבסיסית, **מדוע אנו מענישים**. מה פתאום, חברה רואה לעצמה הזכות להעניש אדם ומתוך כך לנהוג כלפיו באלימות. ישנם הסברים שונים לענישה:

- **מניעה** – אנו רוצים להרחיק את העבריין מהציבור. בכך שאנו שוללים לו את רישיון הנהיגה, אנו מרחיקים אותו מהכביש, בכך שאנו אוסרים אותו אנו מרחיקים אותו מהחברה וכך הוא אינו יכול להזיק לה.
- **חינוך ושיקום** – העונש הוא חלק מחינוך מחדש (תפיסה שהייתה נפוצה אמוד במאה ה-19, כיום העניין נמצא יותר בשולי הדברים).
- **גמול** – עשה עבריין מעשה שהזיק לחברה ואנחנו רוצים לגמול לו. הרעיון הגמולי מאפיין בדרך כלל את תורות המשפט באירופה. אנשים שתמוכים בגמול אומרים – אין זה סתם עניין של נקמה, אלא עניין של **תיקון עולם**. נשברה ההרמוניה בעולם ובאמצעות הענישה אנו משיבים את הסדר הטוב. יחד עם זאת, מעורר רעיון הגמול בעיות רבות. אומרים המתנגדים – מאחורי המילים היפות על אחריות והרמוניה, הרי שמדובר בסופו של עניין **בנקמה**. החברה רוצה לנקום במי שעשה את המעשה האסור, ונקמה היא עניין מאוד בעייתי. למה למדינה מותר להפעיל אלימות על מישהו? במה היא טובה יותר באלימות שהיא מפעילה. עניין נוסף שמועלה הוא **כיצד לגמול**, מה בדיוק הגמול הראוי. בעבר היה מקובל – עין תחת עין, ואכן עניין זה מייצג את הדעות של החברות הקדומות. אך מרגע בו הקהילה נכנסה לסיפור, היא לקחה על עצמה את תחום דיני העונשין. והיום אנו משתמשים במה שמכונה – עין תחת עין – דמים. כלומר, כסף. וכך נקבעות **טבלאות גמול**. וכיצד מחליטים על טבלאות גמול? אם גנב אדם מיליון ₪ נעניש אותו כך והאחר שני מיליון ₪, האם יקבל פי שניים עונש?
- **הרתעה** – אם לא גמול, אז נשתמש בשיטה השנייה השלטת בעולם **האנגלו-סקסי** שגורס כי לדיני העונשין תכלית פרקטית והיא זו. אבל גם כאן מתעוררות סוגיות שונות – לקיחת אדם אחד ושימוש בו כסמל ולמען יראו וייראו. אבל אנחנו לא רק אומרים ראו, אלא אנחנו יכולים להוציא להורג, לאסור, לפסוק עבודות פרך, ואילו בכך יש פגיעה מהותית בזכויות האדם. ואי אפשר להשתמש באדם כמכשיר כדי להשיג מה שאנו רוצים מהחברה בכללותה, זה לא הוגן. האדם הופך להיות תכלית וזו בעיה.

יתר על כן, ישנן עבירות שלא מעניינות את החברה שכן היא אינה רואה בהן כעבירה. לרוב החברה לא נראה שהורדה של שירים מהאינטרנט יש בה מן העבירה, ועל כן לא משנה כמה תרתיע הענישה, החברה לא תפסיק לפשוט בנושא זה. ומצד הצד השני, ישנן עבירות שהן מאוד מאוד חמורות, כמו רצח עם לדוגמא, וברור לחברה כולה שעבירה כזו לא תחזור על עצמה, ושוב אנו מוצאים את הענישה כלא אפקטיבית לענות על צורך זה של הרתעה. עניין נוסף הוא, איזה אדם אתם מנסים להרתיע? לעתים, גם אם אנחנו חושבים שאנו מרתיעים את הפושע, אנחנו למעשה מרתיעים את הציבור הנורמאלי. הפושע, שגדל במשפחת עבריינים, אבא שלו ישב בכלא, סבא שלו ישב בכלא, הוא עצמו נכנס ויוצא מהכלא כל חייו, לא יירתע מן הענישה. ושוב אנו חוזרים לנושא **סולמות הרתעה** ולשאלה של **כיצד מכמתים**.

אם כן השאלות הנדונות הן אילו עונשים ראוי להטיל על החברה בזמן מסוים, ה ייחשב מרתיע ומה ייחשב גומל. דברנו על מאסר, קנס, עבודות שירות. ישנם עונשים נוספים שניתן לחשוב עליהם, כמו האשמה לדוגמא – מספיק לפרסם אדם שהורשע בדין ועצם הקלון הוא העונש (עובד בעיקר בקהילות קטנות).

2. תורת העבירה – התחום שעוסק בעבירות עצמן, באותם מעשים שהחברה מחשיבה כעבירות. בנושא זה מתחילות שאלות פילוסופיות וסוציולוגיות רבות, כמו מה אנו מחשיבים כעבירה, ואולי אם התרבות תשתנה ההתנהגות לא תיחשב עוד לעבירה. מבחינה משפטית נכנסים כאן גם הסוגים השונים של העבירות; עבירה רגילה, עבירה מתמשכת ושרשרת עבירות.

הסיווג הבא הוא בין *Mala per Se* ובין *Mala Prohibita*.
Mala per Se – עבירה כשלעצמה – מעשה שלא יכול להיות שלא נראה בו עבירה. לדוגמא, אונס, שוד, רצח וכו'. יש כאן עניין מוסרי כלשהו.
Mala Prohibita – עבירה שנאסרה – העבירה מתקיימת משום שאסרנו אותה בחוק. לדוגמא, עבירות חניה, נסיעה בצד שמאל של הכביש. אין עניין של מוסר אלא משום שקבענו בחוק.

3. עקרונות דיני העונשין – החלק שמטפל בעקרונות הכלליים שחלים על כל המשפט הפלילי. במשפט הישראלי מצויים עקרונות אלו בחלק הכללי של חוק העונשין, 1977. חוק העונשין מכיל שני חלקים; האחד שמכיל את כל העבירות (כמה מאות סעיפים) והחלק הכללי (כמה עשרות סעיפים) שמכיל סעיפים שחלים על כל העבירות, גם אלו שמצויות בחוק העונשין וגם עבירות נוספות שמופיעות בחוקים אחרים, והוא קובע את העקרונות שיכולו על עבירות אלו.

מכיוון שהמשפט הפלילי מטופל ע"י המדינה ולא ע"י העבריין שיוצא מהתמונה מאוד מהר, הרי שאין בו "כוחות", זה משחק לא פייר; מצד אחד יש לנו את המדינה על כל משאביה, ומצד שני את הפושע הבודד. ולכן, כדי למנוע מהמדינה לנצל את כוחה לרעה, יש ניסיון לאיזון הכוחות הללו. המשפט מאזן את הכוחות בשתי דרכים;

- **הדרך הפרוצדוראלית** – זכויות האדם של הנאשם, לגבי עיכוב, מעצר, חיפוש, הזכות להיות מיוצג ע"י עו"ד, העברת חומר החקירה נגד הנאשם טרם ההגעה לבית המשפט, הראיות נגדו, האישום נגדו, הכל גלוי, ובתום החקירה לא ניתן להביא עוד ראיות חדשות או עדים חדשים. לעומת זאת, הנאשם יכול להוציא לאורך כל שלבי החקירה אינספור שפנים מהכובע כנגד המדינה. עניין נוסף הוא שהנאשם לא חייב לשתף פעולה עם חוקריו, יש לו הזכות לא להפליל את עצמו. אם המדינה רוצה להאשים, היא צריכה להוכיח זאת בעצמה. עניין נוסף המתקשר לדרך הפרוצדוראלית הוא מאזן ההסתברויות – המדינה חייבת להוכיח באמצעות ראיות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר.
- **הדרך המהותית** – אותם עקרונות מהותיים שנועדו להקשות על המדינה כאשר היא באה להעניש אדם, והם;
 - **עקרון החוקיות** – עיקרון העל יסודי הבסיסי והחשוב ביותר של המשפט הפלילי המופיע ב**סעיף 1 לחוק העונשין**. עיקרון זה קובע שאין עבירה ולא עונש ללא חוק קודם. עקרון חוקיות המנהל קובע כי למדינה אדור לעשות דבר אלא אם אושר לה בחוק. ישנם כמה עניינים / בעיות שעולות מעקרון זה;
 - **חקיקה רטרואקטיבית** – לרעת הנאשם, בלתי אפשרית. החוק חייב להיות מפורסם טרם ביצוע העבירה. **לטובת הנאשם** – אפשרית.
 - **תהא העבירה כתובה מפורשות** – לדוגמא, גניבה – לקח אדם משהו לא שלו מבלי כוונה להשיבו.
 - **עבירות סל** – במשפט אין חקיקה שכולה מבוססת על כללים צרים. מרבית החקיקה מורכבת מכללים צרים, אך ישנם כמה עניינים סטנדרטיים, כגון; עקרון תום הלב, סבירות, זהירות וכו'. גם במשפט הפלילי ישנן עבירות שמנוסחות בצורה של **סטנדרט** או **עיקרון** והן מכונות עבירות סל. עבירות אלו הן בעייתיות מאוד בהפרת עיקרון החוקיות, הפרת הסדר הציבורי ואמון הציבור, וזאת משום שלכל עבירה כמעט ניתן להדביק עבירת סל. מצד שני, אנחנו לא משחקים כאן, וישנם מקרים בהם אי אפשר להיכנס לתוך הסעיפים הקטנים, מה שמביא אותנו לשימוש בסעיפי הסל. עם זאת – אנחנו עדיין צריכים להראות שיש קשר.
 - **בעיית הפרשנות** – החוקים לא יכולים להכיל את כל התחומים בעולם, וברור הוא שאין סעיף בחוק שהוא מובן לגמרי או שלא יהיו עליו מחלוקות. ואין זה משנה כמה ננסה

ליצור את החוק הכי בנוי, הכי משוכלל, תמיד הוא יהיה נתון לפרשנות. ואז נשאלת השאלה מה עשינו עם עיקרון החוקיות אם בסופו של עניין המדינה מפרשת את החוק כך, האדם הפרטי אחרת ואילו מי שמכריע בסופו של עניין הוא בית המשפט. עם זאת נקבע כי אם קיימות שתי פרשנויות האחת שמקילה עם הנאשם והאחת שמרעה איתו, נבחר בזו שמקילה עמו.

פס"ד מדינת ישראל נ' מזרחי

יצא מזרחי לחופשה מהכלא ולא טרח לשוב ממנה. תרה אחריו המשטרה, ומשתפסה אותו הגישה נגדו כתב אישום בשל בחירה ממשמורת חוקית. התיק התגלגל עד לבית המשפט העליון וזאת משום שמזרחי הוסיף וטען – 'לא ברחתי'. בריחה ממשמורת חוקית משמעה אם ברחתי מהכלא או ממאסר. אני פשוט לא שבתתי. אם כן, ניתן להבין מדוע מבחינה סוציולוגית יכול עניין זה להיחשב כעבירה, אך משום שאין חוק כזה שדן באי חזרה לכלא, המצב הוא בעייתי, שכן אין עבירה ואין עונש אם לא פורסם חוק קודם. השופט ברק פסק – בריחה ממשמורת חוקית אינה רק בריחה מארבע קירות של בית כלא או מעצר, אלא בריחה מכל המשמורת הנורמטיבית החוקית בעוד נמצא אדם תחת משמורת המדינה. כמובן שקו המחשבה הוא הגיוני ונכון, אך הוא בהחלט מעורר בעיה בעיקרון החוקיות.

○ **הוכחת כל יסודות העבירה** – מעבר לעיקרון החוקיות וצורך המדינה לעמוד בו, חייבת המדינה להוכיח את כל יסודות העבירה. בכל עבירה פלילית אנו גורסים כי חייבים להתקיים שני יסודות;

▪ **היסוד העובדתי / התנהגותי** – Actus reus – נעשה מעשה, המדינה / הפרקליטות צריכה להוכיח שהייתה לאדם **התנהגות פלילית**. יש להוכיח שהיה כאן מעשה, שכן **אין עונשין על דברים שבלב**. המשפט לא עוסק במחשבות פנימיות ואין להן ביטוי בעולם. ויכוח גדול בעניין זה הוא בין תורת המשפט האירופאית הגורסת כי אין דבר כזה קשירת קשר, לעומת תורת המשפט האנגלו-סקסית בה ישנן עבירות שכאלה. עשוי להיווצר מצב בו עוברים משיחת רעים שהיא סתם, לפגישה שכל מטרתה היא התקשרות.

כך יש גם מה שמכונה **מעשה לעבירות מחדל** – לא עשה אדם כלום, ומשום כך זו עבירה; הילד מת. לא עשיתי שום דבר. נכון מאוד – לא לקחתם אותו לרופא כשהוא קודח מחום,

אבל לא עשיתי שום דבר! כך כאשר מפר אדם את החובה החוקית שלו לעשות משהו (כמו חובה של הורים לילדיהם), הרי שזו העבירה. כנ"ל נושא של **אי מניעת פשע** – חובה לדווח על פשע. ידעת ולא דיווחת? עבירת מחדל.

- **התנהגות רצונית של אדם** – רצייה. כדי שאדם באמת יתנהג כמו שאומרים שהתנהג, הוא צריך לעשות זאת מתוך רצון חופשי. לדוגמא, אדם הנוסע ברכב וחוטף התקף לב, מאבד את השליטה על רכבו וגורם לתאונת דרכים. אז נכון, הוא ביצע הריגה, אבל לא היה זה תחת שליטתו, הוא לא היה אדם והתנהגותו הייתה כמו של רובוט.
- **עבירות תוצאה / עבירות נסיבות** – ישנן עבירות שאנו מגדירים אותן כעבירות תוצאה או עבירות נסיבות. אם תוצאה מסוימת אינה מתקיימת אזי לא מתקבלת העבירה. אם האדם לא מת לא נוכל להאשים בהמתת אדם. ניתן להאשים בניסיון להרוג, אבל אין כזה דבר ניסיון להריגה. התוצאה היא חלק מהיסוד העובדתי של העבירה. ואותו עניין גם בעבירות נסיבתיות – הנסיבות חשובות. יש תקיפה, לעומתה יש תקיפת שוטר.
- **הקשר הסיבתי** – מצאו גופה. עכשיו צריך להוכיח שאני רצחתי את המת. בנושא זה נכנס גם העניין של שרשראות נסיבתיות מתנגשות – פגיעת רכב ברכב אחר, תוך שהוא פוגע ברכב שלישי וגורם למוות של האדם השלישי. מי אחראי למוות?

○ **היסוד הנפשי** – Mens rea – בניזקין לא מעניינת אותנו אשמת המזיק, או מה היה מצב התוצדעה של המזיק. לעומת זאת, מכיוון שבעונשין מעניין מאוד עצם המעשה, חשוב גם **מצבו התודעתי של העבריין**. **אין עבירה ללא אשמה, ללא יסוד נפשי**. חוץ מהמעשה הפלילי, הרי שעלינו להוכיח גם **מחשבה פלילית**. כלומר, שמי שעשה את העבירה לא רק עשה אותה, אלא גם היה מודע לכך שהוא עושה עבירה. מחשבה פלילית היא **מודעות לעבירה, לנסיבותיה ולתוצאותיה**. למודעות כמה דרגות;

- **כוונה** – אדם לא סתם היה מודע למה שהוא עושה אלא התכוון לעשות את המעשה תוך שאלו יהיו תוצאותיו.
- **פיזיות** – לא התכוון האדם לעשות את המעשה, לא רצה להרוג מישהו, אבל מכיוון שהיה פיזי, נתקבלו התוצאות. הוא היה מודע למה שהוא עושה ולתוצאות האפשריות וכן לנסיבות במסגרתן הוא פועל, אך עם זאת לא התכוון לבצע את

המעשה. תחת הפיזיות אנו מבחינים בעוד שתי דרגות של מודעות;

- **אדישות** – היה האדם מודע, אבל היה ממש אדיש למצב.

- **קלות דעת** – הוא ממש-ממש לא רצה לעשות זאת, אך פעל בקלות דעת. עצר בעצור, ראה מכונית מתקרבת, אך פעל בקלות דעת ובכל זאת בחר להיכנס לצומת.

הרוב המכריע של העבירות הן עבירות של מחשבה פלילית. אך ישנם שני חריגים לתנאי;

- **עבירת רשלנות** – במסגרתה **לא היה האדם מודע למעשיו**

או לעובדה שהוא מבצע עבירה, אך בתוקף הנסיבות ולאור התוצאות, אדם סביר מן היישוב היה צריך להעלות על דעתו שאכן מדובר בעבירה. שים לב – **אין כאן עניין של ידיעת החוק או אי ידיעתו**, היסוד הוא יסוד נפשי. החוק קובע עונש על עבירה ברשלנות של **עד שלוש שנים**, זאת משום שהוא מודע לכך שכל עניין הרשלנות בפלילים עשוי להיות בעייתי מאוד. מה שאנו מתבקשים להוכיח ברוב העבירות הוא מודעות, כך במקרה הזה עלינו לומר – נכון, לא היית מודע, אבל היה עליך להיות מודע.

- **אחריות קפידה** – בעבירות מעין אלו המדינה **לא צריכה**

להוכיח מחשבה פלילית, אלא מעבירה את **נטל ההוכחה על הנאשם** (על פי סעיף 22 לחוק העונשין). הנאשם הוא זה שצריך להוכיח שלא הייתה לו מחשבה פלילית, תחת ההנחה הראשונית שקובעת שכן הייתה לו. כך לדוגמא כל עבירות החנייה, נהיגה במהירות מופרזת וכו'.

- **סייגים לפליליות** נוצרים במקרים בהם התמלאו עקרונות העבירה

(היסוד העובדתי והנפשי גם יחד), אך עם זאת אין עבירה משום סיבה זו. סעיפים 34(ז) ואילך לחוק העונשין, דנים בנושא זה.

לדוגמא במקרים של קטינות, **היעדר שליטה, היעדר רצייה** (עקצה דבורה אדם באמצע נהיגה), סייג של **הגנה עצמית**, סייג של שכרות (היה שתוי אך השקו אותו).

סייג נוסף לפליליות הן **עבירות נכון לשעה**, לדוגמא פרץ אדם לבית אך עשה זאת משום שהבית עלה בלהבות והילד שהיה בו צעק לעזרה. או **עבירות של צידוק**, לדוגמא מילוי אחר פקודה או עבירה שנעשית תוך כדי ספורט מוכר (אגרופ).

הסדרת המדינה ומוסדותיה הממלכתיים

הקשר שבין המדינה ובין האזרח.

לחלק זה כמה מענפיי המשפט החשובים; משפט חוקתי, משפט מנהלי.

משפט חוקתי

המשפט החוקתי עוסק בשני נושאים עיקריים והם שני הנושאים שמקובל לכלול אותם תחת המשפט החוקתי מאז המאה ה-19:

1. מבנה המשטר

עוסק ברשויות המשטר בארץ; הכנסת, המדינה, הצבא, מבקר המדינה, נשיא המדינה וכו' וביחסים בין הרשויות הללו.

2. זכויות האדם

בזכויות האדם אנו נוהגים לדון בשלושה סוגים של זכויות;

- **זכויות אינדיבידואליות בסיסיות** – המאפשרת לנו לחיות בסביבה פוליטית. כגון, החופש לבחור ולהיבחר, הגישה החופשית של אדם לבתי משפט במקרה בו נגרם לו עוול, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש הדת.
- **זכויות חברתיות** – שנגזרות מכך שאנו חיים במדינת רווחה, שמודעת לכך שאם לא תדאג לרווחת התושבים ולבריאותם, כל הזכויות האינדיבידואליות הבסיסיות שמנינו לעיל לא שוות שום דבר. כגון, זכויות ריאות, הזכות לדיור, לרווח, לחינוך, לסעד. כל הזכויות הללו נכללות בחוקות של לא מעט מדינות.
- **זכויות אדם קבוצתיות-תרבותיות** – זכויות של קבוצה מסוימת לחיות כקבוצה, ולא רק זכויות של אדם ספציפי. כגון, שפה, מאפיינים תרבותיים וכו'. הדיון בזכויות אדם קבוצתיות הוא חלק מדיון מודרני מאוחר יחסית (פוסט-מודרני) על מה שמכונה שיח הזהות. כל הנושאים הנוגעים לרב-תרבותיות הם נושאים שנויים במחלוקת במשפט החוקתי בכל המדינות המודרניות של ימינו, וזאת משום שיש הבנה בעולם שאין זה מספיק לתת לאדם חופש דת, כי אם לא יחיה בקהילה המסוימת שלו או במסגרת הדתית שלו, הדת תיעלם.

משפט מנהלי

הוא הענף השני העוסק בהסדרת המדינה ומוסדותיה הממלכתיים והוא **המסדיר את האדמיניסטרציה הממלכתית**. כלומר, את משדרי הממשלה, המגע שלנו עם רשויות המדינה, היחס בין המדינה ובין אזרחיה.

בעולם האנגלו סקסי קיימת נטייה לזלזל בתחום זה.

בעולם האירופאי לעומת זאת, נחשב תחום זה לאחד התחומים החשובים ביותר.

גם בארץ ישנה נטייה להזניח מעט את התחום.

במשפט המנהלי פועלת המדינה לאור שלושה עקרונות;

1. **עקרון חוקיות המנהל** – התיאוריה הפוליטית המודרנית מאז תקופת הרנסאנס, המתבססת על הרעיון של **ריבונות הפרט**. כל אחד ואחת מאיתנו חופשיים לעצב את החיים הציבוריים שלו כראות עיניו. **ריבונות המדינה וכוחה נשען, מתבסס ומורכב מריבונות הפרט**. ולכן, כל דבר שעושות רשויות המדינה יש להוכיח שהפרט הרשה לה לעשות כך. מה גם, שכל החלטה של המדינה עשויה לפגוע בעיקרון החירות של הפרטים החיים בה. ולכן, כל פעולה שנעשית צריכה לעבור את אישור הציבור. כיצד? ע"י חקיקה בפרלמנט בו יושבים נציגי הציבור שנבחרו בבחירות דמוקרטיות. כל פעולה שנעשית על ידי המדינה צריכה להיות מוצדקת במקור בחוק.
2. **עקרון השוויון / הממלכתיות** – הרעיון הגדול של המדינה המודרנית שנהגתה ונוצרה מהמאה ה-15 לערך, הוא שהמדינה היא לא סתם מדינה ריבונית, הכוח החזק ביותר אלא שהיא מדינה אוניברסאלית הפועלת תחת עקרונות אוניברסאליים. לא מעניין את המדינה מי האדם הספציפי אותו היא משרתת. כך נולד **המונח "אזרח"**. המדינה לא שייכת למלך ולכן היא חייבת לבצע כל פעולה שלה לא רק מתוך הרשאה או על פי חוק, אלא לעשות זאת **בצורה אוניברסאלית-כללית, ללא אפליה ומשוא פנים**. כולנו אזרחים והחוק חל בצורה שווה ואחידה על כולם.
3. **ייצוג האינטרס הציבורי** – אנחנו אמנם בני אדם ריבוניים ובני-חורין, אך האדם הוא **חיה חברתית** ולכן הוא חייב לחיות בחברה. אם אדם לא חי בחברה הוא לא אדם, האנושיות שלו נגזרת מעצם החיים שלו בחברה, עצם היכולת שלו להשתכר ועוד. ולכן, המדינה מייצגת עבורנו גם את **האינטרס הכלכלי**, שבלעדיו לא תהיה קיימת החברה. אנחנו מאפשרים למדינה לגבות מיסים, כדי שהיא תוכל להפקיע קרקעות.

דיני זכויות סוציאליות והקצאות תקציביות

ענף של זכויות סוציאליות נתפס במידת מה כענף בפני עצמו וכצד השני למטבע של דיני המיסים. הוא עוסק בשאלה כיצד מתכננת המדינה את התקציב שלה, כיצד היא מחלקת את העוגה. וברור לכל שהנושא נגזר מהמשפט המנהלי שדיברנו עליו. המדינה מפקיעה זכויות רק על פי חוק, אחידה, שוויונית, ללא פגיעה בכללי הצד הבסיסיים, אך יחד עם זאת עולה השאלה של עירוב הזכויות הללו עם זכויות צדק שאינן מופיעות בשאלות מנהליות רגילות, כגון; שאלות של צדק חלוקתי, צדק מתקן, יעילות כלכלית ועוד. לשם כך יש לנו חוקים מיוחדים, כמו חוקי הביטוח הלאומי, חוק בריאות ממלכתי ובתי הדין לעבודה שעוסקים בתחום זה.

דיני מיסים

הוא הצד השני של המטבע. ואם התחום של ההוצאות התקציביות וההוצאות הסוציאליות מתייחס ל**הוצאות**, הרי שתחום דיני המיסים מתייחס ל**הכנסות**. דיני המיסים מטפלים כל הכנסות המדינה שהם לא קנסות, או ענישה, כגון מיסים, אגרות והיטלים ומציגים את המשמעות המעשית לחוקי המס.

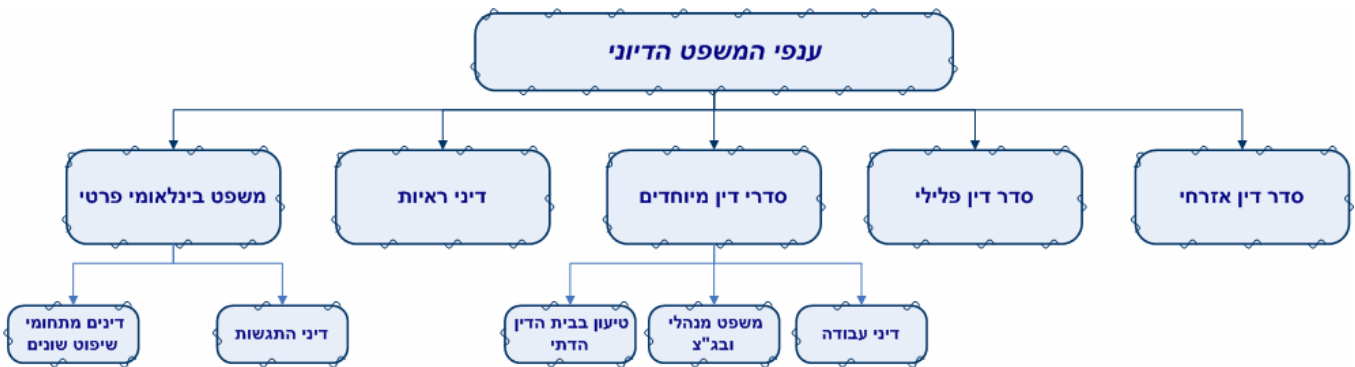
דיני מיסים מתחלקים לשניים; החלק הפיסקאלי של דיני המיסים, הוא החלק של תכנון המס – אדם פרטי כאשר הוא רוצה לתכנן עסקה מסוימת או מהלך מסוים בחיים שלו, מחפש את האופציה במסגרתה הוא ישלם הכי פחות מס. חלק זה כפוף לעקרונות המשפט המנהלי, והמדיניות של רשויות המס היא לבחון בצורה אחידה ושוויונית בהתאם ללשון החוק. החלק השני של דיני המיסים הוא החלק הפלילי של תחמון המס – מה קורה כאשר אדם פרטי הפר את דיני המס, כמו למשל בהעלמת מס שאיננה לגיטימית אלא עבירה פלילית.

דיני עבודה

דיני עבודה הוא תחום מעניין שנמצא בתחום האפור שבין המשפט האזרחי הכללי ובין המשפט הציבורי. הוא למעשה שייך לשני העולמות. מרבית יחסי העבודה **מבוססים על הסכמים במישור הפרטי, בין עובד למעביד**. אך יחד עם זאת, אנחנו רואים זאת כחלק מסוים של המשפט הציבורי, לא רק משום שהמדינה או כל מדינה מהווה המעסיק הגדול ביותר בשוק, אלא בעיקר משום **שהמדינות המודרניות, כבר למעלה ממאה שנה, מבינות שחובה עבודה הוא לא כמו חזה רגיל**. קרל מרקס נהג לומר שמאפיין האדם הוא העובדה שהוא ייצור יוצר. ולעניין זה משמעויות לא רק כלכליות אלא גם פוליטיות. כל המדינות בעולם מבינות שהעבודה הוא נושא חברתי ופוליטי מן המעלה הראשונה, ולכן לא משאירות את דיני העבודה אך ורק לשוק הפרטי. לכל המדינות בעולם יש משדרי עבודה המטפלים בנושאי העבודה השונים, דואגים לספק עבודה, דואגים לחקיקה בנושא העבודה, עוסקים בזכויות סעד, זכויות עובדים, זכויות סוציאליות פנימיות. כמו כן, למדינות רבות בעולם גם בתי משפט מיוחדים העוסקים ביחסי העבודה.

דיני העבודה הם העוסקים ומסדירים את הזכויות הבסיסיות; הזכות לעבוד, להתאגד, לשבות, למו"מ קיבוצי, לבוררות מוסכמת. בנוסף, עוסקים דיני העבודה גם ביצירה של יחסי עבודה, כלומר – יחסי עובד-מעביד. דיני העודה גם עוסקים גם בחוזי העבודה האישיים או בהסכמים / הסדרים קיבוציים, עוסקים ביחסי העבודה עצמם – מה מותר לעובד ומה מותר למעביד, שעות נוספות, חוק שעות עבודה ומנוחה, דמי הבראה, עבודת נשים, עבודת נוער, חוק שכר מינימום ועוד. וכן בסיום יחסי עובד ומעביד, כיצד מתבצע הליך הפיטורין, פיצויי פיטורין, סודות מקצועיים ועוד. חלק לא קטן מחקיקה זו, הוא מה שמכונה **חקיקה קוגנטית**.

ענפי המשפט הדיוני



אלו הם ענפי המשפט המסדירים את עבודת מערכת המשפט עצמה, את המוסדות המשפטיים (בעיקר את בית המשפט, אך לא רק). המשפט הדיוני נחשב משני למשפט המהותי, משום שהוא סך הכל מהווה סדר דין ופרוצדורות המציגות כיצד עובדים בתי המשפט. זה לא המהות (הדינים) אלא הפרוצדורות. עם זאת המשפט הדיוני, על אף היותו משני, הוא חלק חשוב מאוד, וזאת מכמה סיבות;

1. ללא פרוצדורה ומוסדות כל הנושאים בהם דנו במשפט המהותי ישאו מילים ריקות. שהרי לשם כך עלינו להנהיג מוסד שיסדיר את הדברים תכלס.
2. סדרי דין מכניסים לנו אלמנט חזק מאוד של **יציבות לשיטה המשפטית**. אנשים בעולם יודעים לא רק את הכללים על פיהם הם צריכים להתנהג, אלא גם את הפרוצדורות וההליכים למקרה שכלל כלשהו מופר.
3. לסדי הדין **חשיבות מבחינת השוויון ומבחינת זכויות האדם**. סדרי דין חשובים משום שהם מבטיחים את השוויון מעצם היותם אחידים. לא מדובר על אותו חוק לכל, אלא מדובר על מצב בו יודע הפרט שכאשר הוא הולך לבית המשפט, הרי שיתנהגו אותו הדבר כלפיו, כלפי אדם אחר, וכלפי אדם שלישי. הוא לא יכול לדעת מה יפסוק השופט בסופו של עניין, אך הוכחת הטענות, ההתנהגות במהלך המשפט – לכולם היא שוויונית וזהה. מעבר לכך מדובר גם על הליכים שהם ראויים, המבחינים כיצד מותר למערכת להתנהג כלפי הפרט.

סדר דין אזרחי

1. **תקנות סדר הדין האזרחי** דנות בבית המשפט, משום שהסכסוך הוא סכסוך פרטי ומי שמתערב בו הוא בית המשפט. אלו התקנות שקובעות בראש ובראשונה את **ענייני הסמכות**; איזה ביהמ"ש מוסמך לדון באיזה תיק. יש עניין של סמכות מקומית ועניין של סמכות עניינית. תקנות הסעד דנות בסוגים שונים של ההליכים; קדם תביעה, כיצד פותחים בהליך משפטי, אילו סוגי הליכים קיימים – סדר דין רגיל, מהיר, מקוצר, כיצד מתנהל ההליך, סדרי החקירה בביהמ"ש, אילו מסמכים מותר לצרף, הליכים מקדמיים, החלפת שאלונים, גילוי מסמכים ועוד. נוסף על כך אנו רואים כיצד מסתיים ההליך, מכירים

סוגים של פסקי דין, מועדים, ערעורים, סוגיית הערעור – תוך כמה זמן, על מה, סעדים זמניים – עיכוב יציאה מהארץ, עיקול ועוד.

2. **הוצאה לפועל** – הוא ענף ששייך לתחום זה של סדר דין פלילי. ליד כל ביהמ"ש שלום שוכן סניף של הוצאה לפועל, בו מוציאים לפועל את פסקי הדין או השטרות (צ'ק, שטר חליפין, שטר חוב).

3. **הליכים אלטרנטיביים-חליפיים** – כלומר, דרכים חלופיות לפתרון סכסוכים ולא באמצעות הליך משפטי רגיל. תחת אלו אנו נוהגים למנות שלושה הליכים;

- **פשרה** – הליך בתוך בית המשפט ולא מחוצה לו.
- **בוררות** – הליך המתבצע מחוץ ביהמ"ש. הוא הליך שמוכר בעיקר ביחסי העבודה או יחסים עסקיים. במקרה של בוררות בדרך כלל הצדדים הם צדדים עסקיים שאין להם את הזמן לחכות בתור בבית המשפט ולכן הם מוצאים שופט המוסכם על שניהם, שנמצא מחוץ לבית המשפט, ומבקשים ממנו לשפוט ביניהם. במסגרת ההליך המתבצע, הם יכולים להחליט על סדרי הדין, דיני הראיות והליך השיפוט ביניהם. לאחר הבוררות ניתן לבוא עם פסק דין ברור לבית המשפט המחוזי ולקבל עליו תוקף של פס"ד. העניין חשוב מאוד, שכן כעת ניתן לגשת להוצאה לפועל ולתבוע לפי הפס"ד, וכן לפנות לביהמ"ש בבקשה לבטל את פסק הבורר (אם כי עניין זה נעשה במקרים נדירים מאוד).
- **גישור** – פוצי מוצי. אנחנו חיים בקהילה שרוב החוזים בה הם אינם חוזי עסקה אלא עסקאות יחס – משפחה, אנשי עסקים בעלי קשרים שונים ועוד. ולכן, שולחים צדדים שהתקשרו בצורה כזו להליך המתבצע מחוץ לבית המשפט, הליך של גישור, שנועד לקרב אותם, לגשר ביניהם, ולהביא אותם לעמק השווה. ביהמ"ש ממנה לצדדים מגשר והם יוצאים להליך גישור שהוא הליך חסוי מחוץ לבית המשפט.

סדר דין פלילי

בתחום זה מוסדרים חוק סדר דין פלילי ותקנות סדר דין פלילי. בניגוד לסדר דין אזרחי, בהליך הפלילי מעורבים כמה מוסדות מטעם המדינה, כגון משטרה, פרקליטות, רשויות הענישה ועוד.

בסדר דין פלילי אנו נוהגים להבחין בין שני שלבים;

1. **השלב הקדם שיפוטי** – לפני ביהמ"ש. עיכוב לחקירה, מעצר, חיפושים, זכויות הנחקר ברשויות, מה מותר לו ומה אסור לו – הזכות להיוועץ בעו"ד, הזכות לשתוק, הזכות שלא להפליל את עצמו, מעצר עד תום ההליכים, שחרור על תנאי כו'.

2. **השלב השיפוטי** – בביהמ"ש עצמו. ההליכים השיפטיים המתבצעים בביהמ"ש עצמו – הגשת כתב אישום, תיקון כתב אישום, אישור על סיכון כפול, אשם כפול, הליך

החקירה בביהמ"ש, הליך פלילי – מתחיל בפרשת התביעה שצריכה להוכיח את התביעה שלה, להביא את כל העדים והראיות שלה (הכל כולל הכל) וכן את חומר החקירה לסנגור, עם סיום הבאת העדים והראיות לא יכולה להביא המדינה עוד עדים או ראיות וכעת מתחילה פרשת ההגנה. אחרי כל אלו נותן ביהמ"ש את פסק הדין וקובע – **אשם לא אשם** (כמובן שבדרך יש לנו את החקירה הראשית, נגדית וחוזרת). קבע ביהמ"ש לא אשם – ילך הנאשם הביתה. קבע אשם – שלב הטיעונים לעונש. השלב לקראת גזר הדין, בו ביהמ"ש מחליט על העונש. בשלב זה מביאים עדויות אופי, הרשאות קודמות של הנאשם ועוד (בשלב הראשון של החקירה אסור לביהמ"ש לדעת דבר על הנאשם העומד מולו).

דיני ראיות

תחום של דיני הראיות הוא התחום שעוסק בדרכים להוכחת הטענות שלנו והוכחת האמת. דיני הראיות ככלל הם **דינים דיספוזיטיביים** ואפשר להתנות עליהם. צדדים יכולים במשפט אזרחי להחליט שהם מוותרים על דיני הראיות. נאשם במשפט פלילי יכול לוותר על הזכות שלו בדיני הראיות כך תוכל המדינה להביא כל ראיה שהיא רוצה (בדרך כלל לא עושים זאת, אך זו אופציה אפשרית).

דיני הראיות עוסקים גם בנושא העדויות של מי כשיר לתת עדות ומי אינו (עברייך לא כשיר עדות על השותף שלו לעבירה), וגם בנושא הראיות – אילו עדות מתקבלת – עדות מפי השמועה אינה נחשבת ראיה, הראייה הטובה ביותר היא חפץ (ולא צילום שלו), אדם (ולא הקלטה שלו), אם הקלטה אז הסליל (ולא התמליל).

בדיני הראיות אנו דנים בשני סוגי משטרים:

1. **משטר של קבילות ראיות** – בעולם **האנגלו-סקסי** לפי התפיסה הזו אנו מתייחסים לראיות **כשחור ולבן** – יש ראיות **שאסור בשום פנים ובאופן להביא לביהמ"ש** (ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות אדם, עדות מפי השמועה ועוד), כך אנו נוהגים גם בארץ.
2. **משטר של משקל ראיות** – תפיסה זו נהוגה בעולם האירופאי ולפיה ניתן להביא כמעט כל ראיה שרוצים (כמעט משום שראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות אדם לא יתקבלו). כולל עדות מפי השמועה, תמליל במקום סליל הקלטה ועוד, ואילו **השופט הוא זה שיחליט איזה משקל לתת לראיה**.

כיום בכל העולם נראה **מעבר ממשטר של קבילות למשטר של משקל**.

משפט בינלאומי פרטי

ענף זה של משפט בינלאומי פרטי, עוסק בהתנגשות של דינים מתחומי שיפוט שונים וממדינות שונות. מה קורה כשאדם מישראל ומצרפת כרתו חוזה ועכשיו מתקיימת הפרת החוזה? כאן מדובר על מרוץ סמכויות. ובנושא זה עולות שלוש שאלות עיקריות:

1. **ברירת הפורום** – איפה נדון בבעיה, איזה פורום ידון בתיק. ביהמ"ש הישראלי או ביהמ"ש הצרפתי. פעמים רבות עניין זה יוסדר בחוזה, אבל מה יקרה כאשר נדון בניזקין או בתחום אחרים של עשיית עושר או קניין ועוד. במקרה כזה יבחן ביהמ"ש את **נוחות הפורום** – איפה הכי נוח לקיים את הדיון, איפה נמצאים בעלי הדין, מרבית העדים, מרבית הראיות, הנכס (אם קיים).
2. **ברירת הדין** – בחרנו את בית המשפט שידון תחת שיקולי נוחות ועלות. אך כעת נשאלת השאלה על פי איזה חוק ידון ביהמ"ש. יכול להיות שהפורום יהיה ביהמ"ש הישראלי, אך החוק הנדון הוא לפי החוק הצרפתי, כי כך קבעו הצדדים, כי כך זה מקובל. ישנם כללים לברירת הדין לפי כל אחד מכללי המשפט. אם יהיה זה הדין האחר, יקבל הפורום חוות דעת מומחה לגבי מה אומר הדין של אותה מדינה.
3. **אכיפת פס"ד** – כיצד אוכפים פסק דין ממדינה אחרת. גם לנושא זה אמנות המתקיימות בין המדינות, בדרך כלל במצב כזה בו כל מדינה מתחייבת לאכוף פסק דין של מדינה אחרת בתחומים מסוימים.

תורת המשפט

הפילוסופיה של המשפט, או כפי שמקובל לקרוא לה בארץ – תורת המשפט, עוסקת בשלושה נושאים עיקריים:

1. שאלות על המשפט

מהו משפט, מה מבדיל את המשפט מחיות אחרות כמו מוסר, דת, נימוס, פוליטיקה, כיצד אנו יודעים שמהו הוא משפטי, לפי מקור הנורמה? לפי הסמכות של מי שיצר אותה? האם למשפט צורה מיוחדת? תכליות מיוחדות? תוכן מיוחד?

2. שאלות בתוך המשפט

בתוך המשפט אנו בוחנים סוגיות תיאורטיות, הגדרות, זכויות או חובות משפטיות, כוח משפטי לעשות פעולות כלשהן, חסינות משפטית, מקורות המשפט, כיצד מפשרים חקיקה, תקדימים, מנהגים, שאלות שהן פרקטיות בתוך המשפט עצמו.

3. מקום המשפט בחברה

שאלות אלו, לא שייכות לתורת המשפט ולמדעי המדינה, אך הן מעניינות לא פחות מהן. והן השאלות העוסקות במקום המשפט בחברה ובקהילה הפוליטית. רעיון שלטון החוק, כיצד אנו מבחינה פוליטית תופשים את המשפט ואת מטרותיו, מה היחס בין המשפט לחברה, האם הוא מושפע ממנה או משפיע עליה, הציות לחוק ומדוע.

מהו משפט?

במהלך דיוננו נעסוק בעיקר בשאלה מהו משפט, ונדון במסגרת כך בשאלות **על המשפט**.

מהות המשפט

השאלה הראשונה עוסקת במהות המשפט, מהו אותו "דבר" הזה שאנו קוראים לו משפט וכיצד אנו מבדילים בינו ובין דברים אחרים.

את המשפט ניתן לתאר באמצעות ההגדרה הצורנית, חלקית ובסיסית שלהלן;

המשפט הוא המערכת הכוללת והעליונה של נורמות, המופעלות ע"י החברה.

מהגדרה זו נובעים שלושה עניינים עיקריים;

1. **המשפט מורכב מנורמות** – הוא מה שאנו מכנים **מערכת נורמטיבית**. כלומר,

המשפט מכון התנהגות. הכללים שלו מכוונים לערך מסוים, לפי מה שנכון, צודק וטוב.

המשפט הוא לא המערכת הנורמטיבית היחידה, כמובן, אך הוא בהחלט מהווה אוסף

של נורמות התנהגותיות חשובות מאין כמוהן. הכללים המשפטיים עצמם אינם מתארים

את המציאות (בצורה דסקריטיבית), אלא הם כותבים עבורנו מרשם כיצד יש להתנהג

במציאות (פרספקטריבים). זהו עיקר ההבדל בין חוקים משפטיים לחוקי הטבע,

לדוגמה. באמצעות החוק, אנו משפיעים על המציאות ומנחים כיצד זו אמורה להתנהג.

עם זאת, ברור שהמשפט הוא אינו רק נורמטיבי, במובן בו הוא מנותק לגמרי מהמציאות

האנושית, אלא שחייבת להיות התאמה בינו ובין החיים האנושיים עצמם. המשפט אינו

- מהווה רק תיאור ברמה הסוציולוגית, אלא הוא גם משפיע. וכך, אם מישהו מנהג בניגוד לחוק, הרי שיש להענישו. לכללים המשפטיים יש רכיב דאונוטי (מעין כלל מורה) – הם עונים על השאלה מה אסור לעשות, מה מותר לעשות ואף מה חובה לעשות.
2. **המשפט הוא מערכת של נורמות** – המשפט הוא לא סתם אוסף של נורמות, אלא מערכת נורמטיבית שלמה. אנחנו משתמשים בביטוי **מערכת נורמטיבית**, אך למעשה רבים מהדברים הללו שאנו מכנים אותם כך, הם בפועל אוספים של נורמות. לדוגמה, המוסר, המהווה עבורנו אוסף של נורמות במובן בו כלל מוסרי עומד בפני עצמו; אסור להרוג, אסור לפגוע, אסור להכות, אסור להונות וכן הלאה. אנחנו נדע, על פי כללים אלו, כיצד להתנהג. לעומת זאת, המשפט הוא מערכת של נורמות במובן בו לחלק גדול מהכללים המשפטיים **אין משמעות מחוץ למערכת**. המערכת היא זו המסבירה אותם, מבחינה הבנתית-לשונית והיא זו שמקנה להם את הכוח. מרבית הנורמות המשפטיות חייבות להיות בתוך מערכת מסוימות, שנותנת להם לא רק את המובן הבסיסי הראשוני, אלא גם מסבירה לציבור כיצד להתנהג. **בכדי להבין את המשפט, עלינו להבין את מערכת הנורמות**. במערכת הזו **כלל אחד מסביר כללים** אחרים, אבל הקשרים בתוך המערכת, הם לא רק קשרים לוגיים שמסבירים כללים אחרים, אלא הם גם **קשרי הסמכה** – כלל אחד מסמך את הכלל האחר. אם הנורמה הזו היא חלק מהמערכת, הרי שיש נורמה אחרת שהסמיכה אותה לעשות זאת. כל כלל משפטי, הוא חלק ממערכת בה הכללים האחרים מסבירים אותו ומסמיכים אותו ונותנים לו את הכוח.
3. **המשפט הוא מערכת מופעלת** – ללא מוסדות משפטיים, ללא הליכים משפטיים – הרי שאין לנו משפט. ניתן לומר שנורמה מוסרית היא נורמה תקפה, בכל מקום ובכל מצב, וזאת גם אם אין אף אחד שיאכוף אותה – מספיק שמישהו חשב אותה (לא נחשוב להרוג מישהו אחר...). אלא כדי שהמשפט יהיה משפטי, הוא חייב להיות מופעל על ידי החברה. על ידי אותם אנשים שיוצרים את המשפט – המוסדות האוכפים אותו. ללא פונקציה זו – אין משפט וזה חלק מהגדרתו. בחברה מסוימות ועל מקטעים מסוימים בה, יכולות להיות מערכות שונות של נורמות, אלא שעל המשפט בהגדרתו, להיות המערכת העליונה של החברה והכוללנית שלה, במובן בו הוא יוכל לטפל בכל התחומים המוסדרים בחברה. מעצם הגדרתו, וללא קשר לתוכנו, המשפט הוא המערכת הנורמטיבית העליונה (כלומר, בעדיפות על פני מערכות אחרות) של המדינה – בכל חברה – עתיקה, חדשה, חילונית, דתית וכן הלאה. כמובן שישנם מקומות רבים בהם המשפט לא עוסק או מטפל, בעיקר משיקולים פרקטיים, אך ברמת העיקרון לו הסמכות.

פזיטיביזם של המשפט

כאמור הגדרה זו של משפט, היא הגדרה צורנית מינימאלית מאוד. אין זה עוזר לנו מספיק, על מנת לדעת מהו המשפט.

משחר האנושות אנו דנים בשאלה – כיצד נדע שמהו הוא משפט? האם לפי השאלה מי יצר את הנורמה? מהו מקור הסמכות של הנורמה? או האם לפי השאלה מהי הצורה או התוכן והתכלית של המשפט? מה יסייע לנו בקביעה?

אחד הוויכוחים העוסקים בנושא זה, הוא הוויכוח הנוגע למקור הסמכות של הנורמה המשפטית. השאלה מי יצר את הנורמה הזו. אם נדע מי יצר אותה, כך נדע האם היא שייכת למשפט או לא. וזה הוויכוח הנוגע לנושא של פזיטיביזם של המשפט.

כולנו מסכימים שתוכן המשפט מבטא מוסכמות חברתיות. המשפט של חברה מסוימת, מבטא את המוסכמות שלה – בין אם היא חילונית יותר או דתית יותר, והמשפט משתנה עם השינוי בחברה. השאלה היא, האם מספיק לנו לומר כי ברגע בו המשפט מבטא מוסכמה חברתית, הרי שזהו משפט, או שמא ישנה איזושהי נורמת-על שמצדקת את המוסכמות הללו ושופטת אותן. ואם כך נאמר שהמוסכמות החברתיות צריכות להתאים לנורמת-על מסוימת, הרי שנשאלת השאלה מהי אותה נורמת-על – האם מדובר בנורמה הנגזרת מטבע העולם, נורמה אלוהית? או נורמה הנגזרת מכללים מסוריים? או אולי נורמה שנגזרת מתכליות כלכליות-חברתיות כלשהן?

ננסה להדגים את הקושי באמצעות הדוגמה הבאה; הולך לו אדם ברחוב, ורואה למולו שלושה אנשים. האחד מגרד בראשו, השני אוכל כריך והשלישי מכניס לפיו חול, לועס אותו, מרטיב אותו ובלוע אותו. אם נשאל כל אחד מהם מה הוא עושה, שלושתם יענו את התשובה שהם אוכלים. אז על הראשון אולי נוכל לומר שהוא מפגר, ולתרץ את תשובתו בכך שהוא לא מבין כל כך מה הוא עושה, על השני אין ספק וכולנו נאמר שהוא אוכל, אלא שעל השלישי הדעות חלוקות; הרי אין זה מספיק להכניס משהו לפה, ללעוס אותו ולבלוע אותו, כדי שתחשב זו פעולת אכילה. שהרי לאכילה תכלית עליונה והיא להזין את הגוף. כאן, לא רק שהוא לא מזין את הגוף אלא הוא אף מזיק לו. מכאן, אנו יכולים לגזור לעולם המשפט; האם מספיק לומר שיש לנו איזושהי נורמה? הכנסת יצרה את החוק כדי שיהיה זה משפט תקף. האם הנורמה הזו צריכה לעמוד בסטנדרטים מוסריים או כלכליים?

ע"ב 1-65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365

בפס"ד דנן מדובר בערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית, במסגרתה סירבה הוועדה לאשר את השתתפותה בבחירות לכנסת השישית של "רשימת הסוציאליסטים".

ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית סירבה לאשר את "רשימת הסוציאליסטים" בנימוק, כי רשימת המועמדים הזו היא בלתי חוקית, היות ויוזמיה שוללים את שלמותה של מדינת ישראל ועצם קיומה. מהחומר שהונח לפני הוועדה עולה ברורות, כי רוב המועמדים ברשימה הנדונה שייכים לקבוצת אל-ארד שמטרותיה הוגדרו בפסק הדין שניתן על ידי ביהמ"ש העליון כ**מטרות השוללות שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה בפרט.**

מדובר על התארגנות של אזרחים ערביים במדינת ישראל אשר ביקשו להקים מפלגה תחת הצהרה גלויה על התנגדותם לקיום מדינת ישראל. לחברי המפלגה קשרים עם ארגונים טרוריסטיים והמדינה פסלה את בקשותיהם הקודמות להתאגד וכן בקשה זו הנדונה.

השופט כהן, בדעת המיעוט, טען כי אין בתנאים של החוק שום תנאי שפוסל רשימה המתנגדת לכך שמדינת ישראל היא מדינה יהודית. וכל עוד אין חוק כזה במדינת ישראל, הרי שלרשימה מותר לרוץ. גישתו של השופט כהן, מציגה עמדה פוזיטיביסטית בטענתו כי ישנם כללים להגשת בקשה להקמת מפלגה פוליטית ויש לאשר ולפעול על פיהם.

השופטים זוסמן ואגרנט לעומתו, הציגו עמדה נון-פוזיטיביסטית, בטענתם כי ישנם עקרונות מעבר לחוק ולא יעלה על הדעת כי המדינה תאשר לרשימה לשבת בכנסת כאשר היא מצהירה בגלוי על כך שתפעל נגד המדינה. השופט זוסמן הציג כדוגמא לכך את רפובליקת ויימאר אשר אפשרה להיטלר לצבור כוח וכי מדובר כאן בהגנה עצמית של החברה. טענתם של שופטי הרוב היא שערך הדמוקרטיה המתגוננת הוא ערך טבעי ומשום כך אין צורך לגונן אותו. ולכן קבעו, כי גם אם אין זה מחוקק באף מקום, הרי שחוקי מדינת ישראל ברור לכל שהם כפופים לצורך הבסיסי הזה.

פוזיטיביזם שיפוטי

הפוזיטיביסטים יטו לומר – על מנת שנורמה מסוימת תיחשב לנורמה משפטית, כל שעלינו לעשות הוא **להצביע על עובדה חברתית מסוימת שיצרה את הנורמה הזו**. כך למשל, מספיק להצביע על כך שבבניין מרובע עם לבנים אדומות אי שם בירושלים, הרימו יד כך וכך חברים ותהיה זו חקיקה, או שבניין ליד החליטו אנשים בגלימות שחורות החלטה ויהיה זה תקדים-פסיקה, או שהחברה הישראלית מתנהגת באופן זהה לאורך זמן ויהיה זה מנהג. הפוזיטיביסטים מתעקשים על כך, שנוכל להגדיר את המשפטית בצורה פוזיטיבית – באמצעות החושים שלנו או ההבנה שלנו, ולהסתכל על המשפט ולומר שזהו המשפט, כי אנחנו יודעים שכך הוא. ולא להגדיר את המשפט על ידי השלילה – מה הוא לא.

פוזיטיביסטים נתפסים פעמים רבות כאנשים מטומטמים (במקרה הטוב) וכאנשים שאינם מוסריים (במקרה הרע). אך אין זה מדויק, וכמה מהאנשים שנדון בהם היום, הם מגדולי המשפטנים של המאה ה-20. פוזיטיביזם משפטי הוא ערך, וזה חשוב מאוד למשפט שלנו מה מותר, מה אסור, וכן הלאה, שכל אלו יהיו כתובים שחור על גבי לבן ושהיו מוסדות ספציפיים שייצרו אותם. משפט טבעי עשוי להיות מאוד מסוכן, ובל נשכח את כל הדיקטטורות בגרמניה או בבריה"מ, שהכתיבה את הדברים על פי רצון הפיהרר. ולכן, אומרים הפוזיטיביסטים, כאשר המשפט הטבעי בטל, הוא בדרך כלל בטל לרעת האנשים במשפטי שדה ובתקנות לשעת חירום. ולכן, מאוד מסוכן לבטל את החוקיות, את החוקים ואת התקנות הכתובות, שכן אלו, ביחד עם שלטון החוק, הם אחד ההישגים הגדולים של החברה המודרנית. אומרים הפוזיטיביסטים – אתם לא מבינים על מה הויכוח. הם מואשמים בכך שהם יחסיים ומבחינתם מבחינה מוסרית – הכל הולך. אך הם טוענים, לא כך אנחנו. אין אנו שוכחים את תוכן המשפט – תוכן המשפט כמעט תמיד ישקף את הנורמות והכללים החברתיים המוסכמים. כך, לא יהיה אף פעם פער גדול מדי בין הנורמות המוסריות ובין המשפט, שכן החברה לא סובלת פער שכזה. אם יתעורר פער – היא תדאג להדביק אותו. שנית, טוענים הפוזיטיביסטים – עניין התוכן הוא אולי לא מוסרי במשפט, אך הוא לא משפיע על התוקף של הנורמה, שאינו קשור בהכרח לתוכנה. אומרים הם כי על תוכן ערכי אי אפשר להתווכח בצורה. אם יש ויכוח ערכי מוסרי, אי

אפשר לנצח בויכוח לוגי-אפריורי, וגם לא באמצעות הניסיון האנושי. שאלת התוכן היא שאלה אחרת, אנחנו מדברים על תקפות הנורמה – ולה חשיבות עצומה. יכול להיות שתהיה נורמה לא מוסרית, הם אומרים, ואז אנו נצדיק אנשים שלא צייתו לחוק.

תיאוריות פוזיטיביסטיות

משפט הוא נורמה שלצדו סנקציה

באים הפוזיטיביסטים ושואלים – איזו נורמה אנו צריכים לקיים וכיצד נדע זאת? מה שייך למשפט, ומה אנו שייך למשפט?

אחת התפיסות הפוזיטיביסטיות המתקדמות ביותר, שאנו מכירים מאנגליה כבר מסוף ימי הביניים והתגבשו במאה ה-18 לכדי תיאוריה שלמה והיא התיאוריה של **John Austin – משפט הוא נורמה שניתנת על ידי הריבון לנתיניו, שיש בצירה של הנורמה סנקציה.**

המשפט כמערכת נורמטיבית

התיאוריות שהתפתחו במאה ה-20 גרסו, כי אוסטין הוא מדי סוציולוג. הם לעומתו, שמים יותר על הנורמטיביות – המשפט הוא נורמות והוא זה שאומר ומורה כיצד יש להתנהג. עם זאת, הם שמים דגש על המערכת. ואז, בשנות ה-20 של המאה ה-20 התפתחה התיאוריה של Kensel על פי המשפט הוא מערכת. כך למשל, אם נוסע אדם בכביש ועוצר אותו שוטר, כיצד הוא יודע שאותו שוטר הוא חלק מהמשפט או לא? האם מותר לו לעצור אותו בצד או לא? אנחנו תמיד מחפשים נורמה משפטית, שמתירה לאותם גורמים לבצע פעולות שונות. כך נחפש ונמצא את תקנות התעבורה המסמיכות את השוטר לביצוע הנורמה. זה הסימן שלנו שהוא שייך. אלא שמי מסמך את התקנות? החוק. כך;

שוטר ← מוסמך על ידי התקנות ← מוסמכות על ידי החוק ← מוסמך ע"י החוקה (אם קיימת) וכך הלאה. נשאלת השאלה – מי מסמך את החוקה? אם כן, זו הנקודה היחידה שבה אנו יוצאים מתוך המשפט – נקודת המינימום והמקסימום ביחד. נורמת הבסיס שהיא בראש הפירמידה. היא היפותזה – הנחה המשותפת לכל בני החברה, והיא הנחה פוליטית-תרבותית. כל בני החברה חייבים לציית לחוקה ולכל מה שנובע ממנה. או אם אין חוקה, לחוקים – ולכל מה שנובע מהם. זוהי נורמה פוליטית, תרבותית, חברתית.

מערכת של נורמות ולא רק נורמת הבסיס

מאוחר יותר, במהלך המאה ה-20 התפתחו תפיסות דומות למדי, שגרסו כי המשפט הוא מערכת של נורמות, אך לא מדובר רק בנורמות הבסיס כפי שטען קנזל. אלא, הנורמות המשפטיות מורכבות למעשה משני סוגים של נורמות. וכל מערכת משפט מורכבת מאותם שני סוגים של נורמות; האחד, הוא נורמות מסדר ראשון – כל אלו שדנו בהם כמו החוזים, צווים, תקנות, חוקים וכו'. מעבר לנורמות אלו, הנורמות מסדר שני – כללים של הכללים. כלומר, הנורמות שמטפלות בכללים עצמם. הן הנורמות שקובעות מה שייך למערכת המשפט ומה אינו שייך לה. שתי תיאוריות מפורסמות העוסקות בנושא זה, האחת של Roberto Bobbio והשנייה של Hart, שגרסו כי כלל הזיהוי לדוגמא הוא כלל מתקיים – והוא המזהה האם נורמה שייכת למערכת המשפט או לא שייכת אליה.

נון-פוזיטיביזם שיפוטי

הנון-פוזיטיביסטים יטו לומר – לא די לנו להצביע על עובדה חברתית, אלא **שהנורמה הזו שנוצרה, חייבת לעמוד תחת נורמה עליונה יותר**. ולא משנה כרגע מהי הנורמה העליונה הזאת.

תיאוריות נון-פוזיטיביסטיות

המשפט הטבעי

התיאוריה המוכרת ביותר והעתיקה ביותר, היא תיאורית המשפט הטבעי. על פי תפיסה זו ישנן נורמות משפטיות שקיימות באופן נצחי, אוניברסאלי, תמידי, והן מחייבות את כל שיטות המשפט – המשפט האנושי, החברתי, הפוזיטיבי וכן הלאה. לרעיון זה של המשפט הטבעי, שני מקורות בתרבות המערבית;

1. רעיון הדת המונותאיסטית – רעיון זה הוחדר על ידי היהדות לתרבות ולאחר מכן התגלגל גם לנצרות ולאסלאם – "**בראשית ברא אלוהים את השמים ואת הארץ**". יש ישות שהיא טבעית, קדומה לעולם, לא מושפעת מהעולם, זו שיצרה את העולם והיא חיצונית לחלוטין לעולם. היא הישות שיצרה את הסדר ואנחנו כמי שחיים בחברה כפופים לחוקים האלוהיים.
2. רעיון הפילוסופיה היוונית – מי שהעניק סופית את הרעיון הזה ויצר אותו כתיאוריה שלמה, הוא זרם הסטואה. אותו זרם של הפילוסופיה היוונית שאנו חשופים לו מהמאה ה-3 לפני הספירה ואילך. ישנו היגיון בסיסי של העולם שפועל, ואנחנו כפיפים לו. גם מבחינת החיים שלנו, אותו מחזור חיים שלנו – נולדים ואח"כ מתים, ולא יעזור כלום.

חילון המשפט הטבעי

מה שקורה בתקופה המודרנית הוא שהמשפט הטבעי עובר תהליך של חילון. ויש האומרים – יש משפט טבעי שחל בכל חברה טבעית אוניברסאלית, אלא שהוא לא נגזר בהכרח מהאלוהים, אלא גם מטבע העולם. ומכאן גם צומחים סביב המאה ה-17 כל אותם רעיונות הדנים בזכויות האדם הטבעיות. כל הדוגלים בתיאוריה זו יאמרו – לכל אדם זכויות באשר הוא האדם, ואין זה משנה מה אומרים החוקים האנושיים. אם הם מכתיבים אחרת, הרי שהם אינם נכונים. חלק מהמשפט, מכל משפט, הן כל אותן זכויות טבעיות של בני האדם, מעצם היותה החברה חברה של בני האדם. ואותו רעיון של המשפט הטבעי, הפך לדלק רעיוני של המהפכות המערב (אנגליה, ארה"ב, הולנד, צרפת).

כיום, גם המהפכנים הבינו שהמשפט הטבעי הוא מסוכן, שכן הוא אמורפי. אנחנו לא יודעים איפה הוא מתחיל והיכן נגמר, מה כוללת הזכויות הטבעיות המוגדרות בו. ולכן, למען כל אחד מהאזרחים, עדיף להוריד אותו מהשמיים ופשוט לכתוב אותו – שחור על גבי לבן.

חזרה למשפט הטבעי

כך, החל מהמאה ה-18 החוק הטבעי הולך ונעלם. ובתחילת המאה ה-19 כמעט נעלם כליל. אלא שהוא שב ומופיע, כאשר כל מני קבוצות סבורות כי הן "נדפקות" בחברה. אז העלו שוב את החוק הטבעי; פועלים, נשים, יהודים וכיו"ב. נכון שכל אותם דברים שאמרו נגד המשפט הטבעי

ובעד החילון, הם דברים חזקים מאוד, אלא שכעת זה לא צודק וזה פוגע בפרטים שסבורים כי הם בני חורין וגם להם זכויות טבעיות. מה שמחייב שוב את המשפט הטבעי היא בעיקר מלחמת העולם השנייה, ומשפטי נירנברג ואחרים, שנערכו בעקבות המלחמה. אותם נאצים וסגוריהם גרסו כי היה מחוקק חוק, ולכן לא יכלו לנגוד אותו וביצעו מה שהיה עליהם לעשות על פי חוק.

תיאוריות נון-פוזיטיביסטיות-מודרניות תכליתיות

כיום, במאה ה-19 ובמאה ה-20, גישת הנון-פוזיטיביזם לא דנה עודה בענייני משפט טבעי, אלא בעיקר באותן תיאוריות נון-פוזיטיביסטיות מודרניות שהן תכליתיות יותר. כך למשל, יהיו אלו שיאמרו – כמו המשפטן האמריקאי הדגול שחי בשנות ה-60 Fuller, שגרס כי המשפט צריך לעמוד בתכליתיות פוליטיות ומוסדית. מתוקף תפקידו של המשפט יש לו כל מני דברים שהוא צריך לעמוד בהם, הן מבחינה תכליתית והן מבחינה מוסרית. אם לא יעמוד בתכליות אלו, הרי שהוא לא משפט. כמוהם יש אלו שידגלו בתכליתיות כלכלית – המשפט חייב להיות יעיל, כך יאמרו, להביא תועלת לחברה (תפיסות תועלתיות). והיו גם בעבר אלו שדיברו על תכליתיות היסטורית.

אם כן אמרנו, כי המחלוקת בין הפוזיטיביזם והנון-פוזיטיביזם השיפוטי, היא אינה מחלוקת סרק. אלא ראשית, כפי שגרס הארט (Hart), לעצם המחשבה הפוזיטיביסטית ישנה חשיבות רבה, האחת בשאלה **האם הנורמה תקפה או לא תקפה מבחינת ההסמכה שלה או השייכות שלה למערכת** והשנייה **בבחינה ובחשיבות הפוליטית** העצומה שיש לה, לתפיסה הפוזיטיביסטית. מאוד יפה לדון במשפט עברי, אלא שכאשר אנו זורקים את סדרי הדין לפח, יהיו אלו הדיקטטוריים שישעו את כל הסדר המשפט. אז עם כל הכבוד לחוק הכתוב, בגרמניה קראו לו החוק היהודי והתעלמו ממנו.

ולכן, אומרים הפוזיטיביסטים, הקפה על הפוזיטיביזם המשפטי, היא הקפדה חשובה מאוד מבחינה פוליטית. ישנן בעיות, אבל הן בשוליים. סיפור כמו שמובא לנו בפס"ד ירדור, הוא סיפור נדיר. משפט נירנברג או השואה, הם חריגים, ובמקרים כאלו אפשר לסטות. אנחנו לא חיים בעולם של רעיונות, אלא בעולם של בני אדם. אנחנו עוברים לספרה שהיא מטה-משפטית. החיים המשפטיים הרגילים הם משפט פוזיטיביסטי.

אם כן, בעולם המודרני של היום **נוצר מעין תיקו** – מחד ברור לנו לחלוטין שמהמשפט הוא **פוזיטיביסטי בעיקרו** – **משפט יציר חברה**, מה שהחברה אומרת שהוא משפט – הוא המשפט. אין אלוהים, או אלוקים, או ישות עליונה שמחליטה. המשפט הטבעי נעלם. אלא שהוא התחלף במשהו אחר – במיני תכליות שהמשפט חייב לקיים. אותן תכליות הן למעשה התנאים החברתיים הפוליטיים שהמשפט חייב לעמוד בהם, מעבר להיותו משפט כתוב. וזהו למעשה המובן של רעיון שלטון החוק.

שלטון החוק

למעשה, כאשר אנו דנים ברעיון שלטון החוק, אנו פונים לשאלה השלישית שבה דנה תורת המשפט והיא המקום שיש למשפט בקהילה הפוליטית, וזאת משום שרעיון שלטון החוק הוא רעיון פוליטי עיקרו.

רעיון שלטון החוק מסמל איזשהו תיקו בין הפוזיטיביסטים ובין הנון-פוזיטיביסטים. בין אלו שאומרים – די להסתכל על עובדות חברתיות ובין אלו שאומרים – יש משהו מעל המשפט. מדוע תיקו? משום שרעיון שלטון החוק הוא רעיון שלטון החוק הפוזיטיבי, כלומר – אותם חבר'ה שהגו את רעיון שלטון החוק סביב המאה ה-17-18, שמתחילים לדבר על המונח הזה (בעולם האנגלו סקסי – שלטון חוק, בעולם האירופאי – מדינת חוק), לוקחים את הרעיון של המשפט הטבעי – הרעיון שישנה נורמה שמפקחת על כולם והיא נמצאת גם מעל המשפט, גם מעל למלך, גם מעל לשליטים (אותו רעיון שזכור לנו עוד מתקופת התנ"ך ומתגלגל ומחלחל לתוך העולם המודרני), ואומרים לנו – כעת הנורמה העליונה שמפקחת, היא לא האלוהים, שעף לו אי שם באוויר מעל המדינה, אלא החוקים הכתובים בפוזיטיביים של המדינה. זה רעיון שלטון החוק. זהו החוק של המדינה, גם השליטים כפופים לו.

מחד ניתן לזהות דגש מאוד גדול על פוזיטיביות – זה לא רק חוק שמסתובב באוויר, אלא החברה כתבה אותו, ולכן רצוי שהוא יהיה גם כתוב שחור על גבי לבן. כל הזכויות הטבעיות עברו פוזיטיביזציה ונכתבו. לא רוצים שום נורמה עליונה, זה מסוכן. מאידך, נכון הוא הרעיון הפוזיטיביסטי של המדינה, אלא שאם אנו רוצים לדעת לאיזה חוק לציית, לא מספיק שהמדינה תחוקק אותו, אלא על אותו חוק יש לקיים מטרות או תכליות מסוימות – פוליטיות וחברתיות-מוסדיות.

עקרון שלטון החוק הוא תפיסה פוליטית, והוא רעיון ששיך לעולם הפוליטי ולא לעולם המשפטי. זהו רעיון שנולד במאה ה-18 וראשית כל הוא קובע כי המשפט צריך לשלוט. מערכת המשפט, על פי רעיון זה, היא מעל לשליטים והיא שומרת על השומרים. חשבו כיצד יש ליצור משטר שהוא יעיל אבל צודק, כזה שישמור על הרעיונות הגדולים של המדינה. ואז החלו תהליכים יעילים כמו דמוקרטיה, הפרדת רשויות ועוד, שישמרו על השלטון. אך מער לכך, הרי שאנו רוצים נורמה שתפקח גם על השלטון – על כולם. וכך נולד רעיון שלטון החוק. במקום שתהיה נורמה חיצונית, מי שמפקח הוא המשפט, החוקים.

הדרישה הבסיסית של שלטון החוק היא **שכולם חייבים לציית לחוק**. מאחרון האזרחים ועד לבכירים שעומדים בראש המדינה. כולם כולל כולם. זו התקדמות ענקית במחשבה הפוליטית. עד רעיון שלטון החוק, היה ברור שישנן שכבות באוכלוסייה שאינן כפופות לחוק, שאינן צריכות להישמע לו. וכאן אנו רואים את התיקון – אפילו הריבון כפוף לחוק. לאיזה חוק? לכל חוק! **החוקים הללו צריכים לעלות בקנה אחד עם התיאוריות הפוליטיות המודרניות** – הם צריכים להגן על זכויות האדם, לא לפגוע בהן או בריבונות האדם והם צריכים, כמובן, להיות **הגינניים** במובן בו אנשים יוכלו לקיים אותם. באופן זה מציב רעיון שלטון החוק שורה של **דרישות למשפט** שהוא חייב לקיים על מנת שיציתו לו. **דרישות מוסדיות ופוליטיות**.

1. דרישות מוסדיות –

- חוק שנוכל לקיים
- חוק ללא סתירות
- משפט פומבי ופזיטיבי – כך נוכל להצביע בבירור על העובדה החברתית שיצרה את המשפט והכי טוב שיהיה כתוב.
- מערכת משפט עצמאית – רק אם יהיה המשפט עצמאי ומנותק מהחברה, מהמחלוקות הפוליטיות והערכיות שקיימות בה, הוא יוכל לפקח עליה ביעילות.

2. דרישות פוליטיות –

- שמירה על זכויות האדם וריבונותו
- כלליות המשפט – המשפט חייב להיות כלי אוניברסאלי ולפנות לכל האוכלוסייה בצורה אחידה ואימפרסונאלית. החוק הוא אחיד לכל האוכלוסייה, הוא חוק טריטוריאלי שחל בצורה אוניברסאלית, שוויונית ואחידה.

כמובן שהדרישות הללו שנמנו לעיל, הן דרישות אידיאליסטיות שלא ניתן לקיימן במלואן. לא בארץ ולא במקומות אחרים בעולם. לא במאה ה-19, 20 או ה-21. פזיטיביות של החוק, ומיד נדון בנושא זה, היא בעייתית מאוד; פומביות – הכל מפורסם, אבל – מי יודע מה מפורסם ברשומות? כל שבוע יוצאות אלפי תקנות ומתפרסמים מאות פסקי דין, מי עוקב אחרי כל אלו? אז נכון, שיש דברים שחובה לפרסם בעיתונות היומית, אז מה? פעמים רבות עיקרון הפומביות הוא לא אמיתי ומלא. גם על עקרון האוניברסאליות לא תמיד ניתן להקפיד, שכן גם אם תופרים את החוק כך שיראה אוניברסאלי, הרי ברור לכל מה תכליתו העיקרית שלשמה נחקק. אז למרות שלא ניתן למלא דרישות אלו במלואן, העיקרון של שלטון החוק עדיין מהווה עיקרון מרכזי מאוד, ואנו מונים אותו ביחד עם רעיון הדמוקרטיה, כאחד מאבני היסוד של הקהילה הפוליטית המודרנית. זאת על אף כל קשייו.

הויכוח על צורת המשפט ותכליות המשפט (תוכנו)

עם זאת, יש כאן בעייתיות עם צורת החוק והדגש על הפרוצדוראליות. בתורת המשפט כאשר אנו שואלים שאלות על המשפט, אנחנו לא רק שואלים מה מקור הסמכות של הנורמה, אלא אנו גם דנים בשאלות של צורה למול תוכן המשפט. התעסקנו מעט בנושא במסגרת דיני החוזים, שם ראינו ישנם חוזים להם דרישות לצורה מסוימת, לדוגמא – דרישת הכתב במקרקעין. אותו עניין נכון גם לגבי המשפט באופן כללי – ישנו מתח מתמיד בין צורת המשפט ובין תוכנו. משפטים שונים חושבים כי הויכוח בין הפזיטיביזם ובין הנון-פזיטיביזם הוא ויכוח שהוא בשוליים ואילו הויכוח העיקרי נוגע לויכוח של היחס בין הצורה ובין התוכן של המשפט. או בין הצורה ותכליות המשפט.

ראינו את העניין בעקרון שלטון החוק, כאשר מחד הוא מציב שורה של דרישות צורניות פרוצדוראליות של המשפט, ומאידך ברור הוא שהדרישות הללו נובעות מתפיסות מסוימות – דרישות פוליטיות חברתיות. מדוע אנו רוצים שהחוק יהיה אוניברסאלי? כדי שיהיה שוויוני לכל. בתקופה המודרנית יותר, ודנו בנושא במסגרת החוזים, ראינו מעין תהליך שקרה לאורך המאה ה-19 והגיעו לשיאו בשליש האחרון שלה ובראשית המאה ה-20, בו שמו דגש רב על הצורה של המשפט. אם נקפיד היטב על מבנה מערכת הנורמות, הרי שנוכל ליצור משפט אידיאלי מבחינה פוליטית, שכן כך יוקפדו הדרישות הצורניות של שלטון החוק. ושנית, יהיה הוא אידיאלי מבחינה מדעית חברתית – שכן כך נוכל ליצור את המשפט באופן בו יש רק תשובה אחת נכונה. וזאת – אם רק נדע לבנות את המערכת כמו שצריך, את היחס בין הכללים השונים.

בתקופה הזו ניתן לזהות הערצה גדולה מאוד למדע, משום שהחיים במערב אירופה ובצפון אמריקה משתנים מן הקצה אל הקצה בעקבות כל הגילויים במדע. חשבו האנשים, הגענו לקצה, יש לנו את החברה הכי טובה, הכי משוכללת, הכי דמוקרטית, כל השינויים הטכנולוגיים הללו. וכך מתחילים להיתפס גם תחומים אחרים בחיים כתחומים מדעיים – מדעי החברה לדוגמא. היו אלו שתפסו את מערכת המשפט בצורה מדעית – ניסו לתכנן אותה כמערכת של נורמות, יעילה וסגורה כך שכל בעיה שתיכנס אליה תניב פתרון ותשובה נכונה. המערכת תתאים לעקרון שלטון החוק, וכך אנו מסודרים מהבחינה הפוליטית, והיא גם תתאים מבחינה מדעית וכך אנו מסודרים מהבחינה הצורנית.

הפורמליזם המשפטי

בעולם האנגלו-סקסי נקראה תפיסה זו **פורמליזם משפטי** – הגישה הצורנית. גישה זו שמה דגש על הצורה של המשפט, על הסידור של הנורמות. אנו יכולים לסדר את המשפט הצורה שתהיה לא רק רציונאלית, אלא גם לוגית. שדבר ינבע מדבר. וזה נכון משתי הבחינות – פוליטית ומדעית. פוליטית כי זה מתקשר לרעיון שלטון החוק, ומדעית כי אנחנו נשכלל את העולם. המערכת היא סגורה ויש לה היגיון משלה. כמו שבונים מכונה, אנחנו מדעני המשפט, נוכל לבנות את המכונה המשפטית.

הריאליזם המשפטי

על תפיסה זו של הפורמליזם המשפטי, מתעוררת **ביקורת** רבה גם באירופה וגם ברחבי ארה"ב, והיא מכונה הריאליזם המשפטי (באירופה היא מכונה הביקורת החופשית). ביקורת זו היא ביקורת כפולה; **ביקורת ערכית ופוליטית** – יפה שאם מסתכלים על המשפט כעל מכונה מדעית, שמים דגש על הצורה, על המונחים ועוד. אבל נפלתם על השכל? שכחתם שיש את האדם שמאחורי המשפט? מדוע שלטון החוק דורש את צורת המשפט? מתוך אותם עקרונות פוליטיים – יש אדם, יש חברה, ולמשפט מטרות שנועדו לקיים עקרונות מסוימים. **ביקורת מדעית** – כל המדעיות הזו לא עומדת, שטויות במיץ. המשפט לא יכול לפעול כמו מכונה מדעית. הוא מתעסק באנשים, בחברה ובתפיסות עולם. לא משנה כמה מדויק נפעל, יכול להיות מאוד שלא נדע מה לעשות, כי זה לא כתוב בחוק. כי יש שני עקרונות נכונים, ושתי מסקנות חוקיות, אבל התוצאות הן הפוכות זו מזו ב-180 מעלות. ולכן, לא תעזור עובדת ניסוח הכללים בצורה מדויקת ככל שתהא.

התיאוריות המאוחרות יותר, שהתפתחו בנשות ה-30 או ה-40 מנסות לשלב בין שני הדברים הללו. כלומר, לבוא ולומר – אנחנו לא זורקים את כל התפיסה הזו שהמשפט חייב להיות מורכב מכללים ברורים והשופט צריך לתת תשובה אחת נכונה וכמובן שכל אלו מוסיפים לוודאות וליציבות של החברה. אבל עם זאת, אנחנו מבינים שהימרה המדעית הזו מופרכת. ולכן, אנו צריכים לעשת שני דברים – שלטון החוק מדבר על תיקו – מצד אחד, המשפט הפוזיטיבי, הכתוב, ומן הצד השני משפט שכפוף לתכליות.

פתרון אחד למתח המדעי הוא פיתרון פוליטי – להחזיר את האדם לחברה. פיתרון נוסף לו, הוא לומר שהמשפט מורכב מכללים משפטיים שכתובים בחוקים, אבל אין זה כל הנורמות המשפטיות. ישנן נורמות משפטיות רבות שאינן כתובות. עקרונות, ערכים משפטיים, כללים, שנמצאים אי שם באוויר ומרחפים כהילה מבסיס לכל נורמה משפטית קיימת. אם זאת, אנחנו מכירים בהם, על אף שאין הם כתובים בשום מקור. המשפט הוא לא דו-ממדי, אלא הוא אוסף של ערכים שלמים המהווים יקום. כולם חייבים לציית לחוק הפוזיטיביסטי של המדינה, והוא חייב לציית לתכליות כלשהי.

הבחינה

- הבחינה תעשה ללא חומר פתוח.
- בחירה של 5 שאלות מתוך 6.
- השאלות הן שאלות פתוחות שידונו בעיקר בנושאים שנלמדו במהלך ההרצאות, ובמאמרים וקטעי הספרים שנמצאים ברשימת הקריאה.
- החלק המתקשב – יש לקרוא את מאמרו של אהרון ברק.
- פסקי דין – נסתפק בשני פסקי הדין שלהלן;
 - חלק א' – מקורות המשפט ומערכת המשפט הישראלית ← חקיקה לסוגיה ← חוקה 04 ע"א 6821-93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221
 - חלק ג' - שאלות ומושגים בסיסיים בתורת המשפט ← מקור הסמכות המשפטית – משפט, צדק ופוליטיקה ←
- ע"ב 1-65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365