תורת המשפט מכירה בשלושה מקורות המשפט בלבד:

1. חקיקה
2. תקדים/פסק דין
3. מנהג

**מנהג**

התנהגות מחזורית אשר יוצרת ציפיה או הכרה בקרב החברה שההתנהגות תמשיך ותחזור על עצמה.

להגדרה זו שני חלקים:

1. רכיב התנהגותי – התנהגות שחוזרת על עצמה.
2. רכיב תודעתי – עקב המחזוריות יוצרת תודעה למשהו שייקרה ואם הוא לא ייקרה – נופתע.

מנהג זאת הנורמה הבסיסית של המשפט: כל שיטות המשפט בכל המקומות בעולם התחילו כמשפט מנהגי. אנשים בקרב חברה מסויימת התנהגו בצורה מסויימת וחזרו על ההתנהגות הזאת שוב ושוב או שחזרו על ההתנהגות הזאת כגחמות שהתקבעו. ההתנהגות הפכה למסורת ומכאן הנורמטיביות שלה. ככל שחברות הפכו לחברות ולמורכבות יותר מבחינת הטכנולוגיה והמבנה הכלכלי – כך המינהגים לא הספיקו להם והם היו צריכים לפתח נורמות משפטיות כגון חקיקה.

לא יכול להיות משפט ללא מנהגים – הכל מבוסס על מנהגים ועל מסורות – והבעיה הגדולה במנהג היא שהוא עמום ואנחנו לא יודעים מה גבולותיו של מנהג – מתי הוא מתחיל ומתי הוא נגמר. לא ברור מה קורה לגבי תכולה של המנהג. לכן אנו רואים שלמנהגים יש "שאיפה" להפוך לנורמה מסוג קשיח יותר. מנהגים שואפים להתקשח/להתקבע: או שהם הופכים להיות נורמה מסוג של תקדים (פסיקה/חקיקה). המשפטים בחברה הטרום מודרנית – לא היו כפי שהם היום – אלא היה מדובר בהליך קהילתי מול כל הקהילה. התהליך היה תהליך של הזכרת התהליך לקהילה. פיצויי פיטורין, לדוגמא, היה מנהג נפוץ מאוד – אבל בשנות ה- 50 הכנסת ראתה לנכון לחוקק את זה כחוק פיצויי פיטורין. מה שעשתה הכנסת מלמד אותנו על העולם המודרני: בעולם המודרני אנחנו רוצים שיהיה ברור מה מותר ומה אסור – ולכן אין היום הרבה מינהגים שהם כנורמות עיקריות ואנחנו רוצים שהכל יהיה כתוב. המינהגים בעולם המודרני עברו לרובד הפרשנות – ומסביב לכל חוק כתוב יש תושב"ע שהוא בעצם פרשנות.

**השפעות דין זר על המשפט הישראלי**

**השפעת הדין הבינלאומי על המשפט בארץ**

האם המשפט הבינלאומי חלות במדינת ישראל? יש לעשות אבחנה בין שני סוגים של משפט בינלאומי פומבי. אין לנו באמת מחוקק בינלאומי- אלא מדינות מכירות בנורמות ובמשפטים בינלאומיים. ולכן מה שיש פה זה אמנות בין שתי מדינות או נורמות.

* **משפט בינלאומי מנהגי**: מנהגים בינלאומיים הם חלק מהמנהג במדינת ישראל. לדוגמא; הכלל של אסור לגרש אוכלוסיה משטח כבוש. אמנם זה התחיל כאמנת ז'נבה אבל זה מקובל היום על כל המדינות הנאורות. במשפט מנהגי לא ברורים הגבולות ולכן אם נלך הרבה לבית המשפט העליון – יש מנהג שאסור לגרש משטח כבוש. אבל לא כולם חייבים להסכים על זה.
* **משפט בינלאומי הסכמי**: אמנות בין 2 מדינות. בניגוד למשפט הבינלאומי המנהגי, חייבים שמדינה תצטרף או תחתום על אמנה וזה עדיין לא מחייב את המדינה מבחינה משפטית. אמנה מחייבת את המדינה, כאשר בשלב השני המדינה מאשררת אותה. זה מחייב את המדינה כלפי חוץ בלבד, במישור הבינלאומי. אם מגישים עתירה נגד המדינה ע"י אזרחיה – אז היא לא מחייבת פנימה. ואם רוצים שזה יחול גם במישור הפנימי אז צריכים לחוקק את האמנה כחוק פנימי.
	+ שלב א' – הצטרפות / חתימה
	+ שלב ב' – אשרור
	+ שלב ג' – חקיקה

במדינות בהן הקונגרס מאשרר את האמנה, אזי האמנה הופכת אוטומטית להיות חקיקה. כך זה בארה"ב. בבריטניה ובישראל הממשלה היא זאת שמאשררת אמנות והכנסת מחוקקת. המקובל הוא לשים את האמנה על שולחנו של המחוקק מראש. יש אמנות **בילטרליות** שהן בין 2 צדדיות (כמו הסכם הסגרה). אמנות יכולות להיות **מולטילטרליות** שעליהן חתומות מס' מדינות.

**השפעות דין מדינה זרה על החוקים במדינת ישראל**

חוקים של מדינות אחרות – אינם חלים על ישראל (פרט לתכולות אקסטריטוריאליות של חוק – החלות על אזרחים לא ישראלים שנמצאים בארץ). כאשר הוקמה מדינת ישראל היא אימצה את המשפט המנדטורי כדי לשמור על יציבות. אבל ברגע שהוא אומץ הוא הפך להיות המשפט הישראלי ולכן זה לא נחשב להשפעת מדינה זרה אלא שזה אימוץ של מערכת המשפט. איפה היתה בעיה עם המשפט המנדטורי? בכל המקומות בהם המשפט המנדטורי היה מקושר למשפט האנגלי (למשל שופטים היו מחוייבים לתקדימים שהתקבלו באנגליה). בשנת 1957 קבע בית המשפט, שבתי משפט ישראלים לא מחויבים לתקדימים שנוצרו באנגליה מאז שהוקמה המדינה. ב- 1981 הכנסת ביטלה סופית בחוק יסודות המשפט את החובה של שופטים ישראלי לפנות למשפט האנגלי במקרה של לקונות וחוסרים. מה יעשו עכשיו שופטים שנתקלים בלקונות במקרים של אין תקדים ואין פסיקה? המקובל הוא ע"י היקשים מדברים קיימים ואם השופט אינו מוצא היקשים – אז יש ללכת לעקרונות החוקתיים של השיטה – ואם אין אז יש ללכת לעקרונות הצדק והיושר של מורשת ישראל. ופה בחוק יסודות המשפט הוחייה דיון על מקומה של המורשת הישראלית במשפט בישראל.

**הקשר שבין ההלכה היהודית והמשפט בארץ**

מאז שהתחיל הפרוייקט הציוני, ישנה סוג של אובססיה לכך שהתחייה הלאומית חייבת להיות מלווה גם בתחייה משפטית – ע"ב משפט עברי/יהודי. הבעיה היא שאין מושג מה זה משפט עברי. ברור לכולם שרצוי שנשתמש בהלכה היהודית – כי יש שם טקסטים משפטיים שנכתבו, אמנם, בקונטקסט דתי, אבל יש שם שיטת משפט מאוד סדורה ואין שום סיבה שלא נעשה בזה שימוש. הבעיה היא שיש בזה המון בעיות: הניסיון לשלב את ההלכה במשפט של מדינה מודרנית מעלה 4 קשיים גדולים מאוד, שיש להם פתרון מבחינה תאולוגית אבל מבחינה פרקטית הם ללא פתרון:

1. צורת ההלכה היהודית – היא מבוססת על אלפי פסקי הלכה – שו"תים (שאלות ותשובות). איך אוספים את ים הפסקים הללו ואוספים את זה לחקיקה? מה לוקחים ומה לא? היהדות היא דת פלורליסטית ואין סמכות אחת, מטבעה של היהדות. אז מה לוקחים? מאוד קשה לקחת את ההלכה היהודית ולהפוך אותה להלכה קובעת.
2. התוכן – ההלכה היהודית לא מקיפה הרבה מאוד תחומים – מבחינה מנהלתית, כי לא היתה קוממיות יהודית. לחברה היהודית לא היתה עצמאות – ולכן יש הרבה מאוד חוסרים. במהלך 200 השנים האחרונות היהודים הפסיקו ללכת לבתי הדין שלהם. השאלה היא איך עושים את זה בחברה שמנהלת מדינה.
3. ה"כוליות" של ההלכה היהודית – בעיה שמציקה לדתיים ואומרת שמבחינה דתית – כל הנושא של שילוב ההלכה הוא מנוגד להלכה. אי אפשר לשתול חלק מההלכה במשפט. מבחינה מסוימת יש הטוענים כי "הכל זה ההלכה" וזה עקרון הכוליות – הכל חלק מהלכה אחת, נצחית ואוניברסאלית ללא יכולת להפרידה.
4. שאלת הסמכות – מי רשאי מבחינה הלכתית ליצור את הנורמות המשפטיות. מבחינת ההלכה התשובה היא ברורה: את רוב המשפט אך ורק פוסקי הלכה רשאים ליצור נורמות. ולכן עד שהכנסת לא תהיה מורכבת מ- 120 פוסקי הלכה, לכנסת לא תהיה יכולת לנהל נורמות משפטיות/הלכתיות.

הרבה מאוד מאמינים, ובמיוחד דתיים, שאין אפשרות לשלב את ההלכה במסגרת המשפט. הבעיה הזאת הציקה לציונים לכל אורך המנדט וברגע שקיבלנו את המנדט – היתה דרישה לעשות משפט ישראלי ייחודי. אבל כדי לא להתחיל מ- 0 ביססו את זה ע"ב המנדט.

חוק יסודות המשפט ב- 1981 החייה את כל הסיפור הזה שוב: ברגע שדיברו על חסר שיש לפנות למורשת ישראל. ברק אמר שמורשת ישראל היא גם ההלכה היהודית – אבל לא רק, אלא כל התרבות היהודית שהתקיימה בדת וב-250 השנה האחרונות של תהליך החילון.

**מיפוי ענפי המשפט השונים**

מחלקים את ענפי המשפט השונים ל**משפט מהותי** ול**משפט דיוני**.

**ענפי המשפט המהותי** מסדירים את חיי החברה (נזיקין, חוזים, קניין, פלילי).

**ענפי המשפט הדיוני** מסדירים את עבודת רשויות המשפט (ובמיוחד את עבודת בתי המשפט, דיני ראיות, סדר דין פלילי וכיוצ"ב).

במשפט המהותי יש אבחנה בין **משפט פרטי** ובין **משפט ציבורי**.

המשפט הציבורי – מסדיר את היחסים בין הפרט והציבור/מדינה: הסדרת מוסדות המדינה, חוקתי, מינהלי, ציבורי, נושאים סוציאליים, או בינלאומי פומבי.

המשפט הפרטי – מסדיר את המשפט בין אדם וחברו – או תאגידים שונים, עמותות וכיוצ"ב. החברה כחברה/ציבורית פחות מעורבת במשפט הפרטי. דוגמא – דיני חוזים.

**המשפט הפרטי**:

* **משפט פרטי רגיל/בסיסי –** נקרא גם אזרחי כללי. במשפט הפרטי הקלאסי מקובל שיהיה בו 3 קומות:

|  |
| --- |
| **דיני חיובים** |
| **דיני קניין** |
| **דיני אנשים** |

* + **דיני אנשים** – ירושה, משפחות וכיוצ"ב
	+ **דיני קניין**  - הרכוש שיש לאנשים, זכויותיהם על הרכוש, ניהול הרכוש.
	+ **דיני חיובים** – Obligations – אלה הן הדרכים השונות שבהן קניין עובר מיד ליד. יש חיוב רצוני (אשר יש רצון להעביר קניין מאחד לשני) ויש חיוב לא רצוני (חיוב מן הדין). בחיוב מן הדין לא רוצים לשלם כסף/להעביר למישהו אחר, והחברה מחייבת להעביר – לדוגמא; דיני נזיקין, התעשרות על חשבון מישהו, מזונות.
* **משפט מסחרי –** יש בו מוסדות משפטיים שנולדו בעולם המסחר (כגון תאגידים, שטרות, אמצעי תשלום וכיוצ"ב).

ענפי המשפט הפרטי בפירוט –

**דיני אנשים**

* ***כשרות משפטית ואפוטרופסות*** – מי רשאי להשתתף במשחק המשפטי. יש בארץ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות משנת 1962. סעיף 1 של החוק קובע שכל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד למותו. תינוק, הגם שהוא בן דקה, יש לו חובות/זכויות משפטיות (לדוגמא- ניתן לרשום דירה על שמו). לפי זה – אסור לרשום בעל חיים על דירה, לדוגמא. סעיף 2 של החוק מדבר על פעולות משפטיות: כל אדם כשר לעשות פעולות משפטיות אלא אם כן החוק או פס"ד בימ"ש הגביל אותו. בניגוד לסעיף (1) מעלה, בסעיף (2) יש הגבלה על חלק מהמקרים – לדוגמא- ניתן לסייג ילדים או חוסים. נושא נוסף של כשרות משפטית הוא כשרות משפטית של תאגידים. לחבר בני אדם (תאגידים) אין כשרות משפטית אוטומטית, אלא אם יש חוק מסויים שהכיר בהן (לדוגמא- סעיף 4 לחוק החברות). דוגמא נוספת לכשרות משפטית היא לוועד בית. ישנן פעולות משפטיות שהחוק ממש מעניק להן חשיבות גדולה- לדוגמא – שליחות (כאשר שולחים שליח לעשות משהו בשמנו – מה חובותיו ומה זכויותיו; יפוי כח וכיוצ"ב).
* ***דיני משפחה*** *– עוסקים בשלושה נושאים עיקריים:
(1) כניסה ויציאה מסטטוס "משפחה": נישואין וגירושין וכל הסטטוסים שביניהם (כל שיטות החיים ביחד).
(2)* יחסים בתוך המשפחה בין בני הזוג וכל הנושא של הילדים – חינוך, אחריות וכיוצ"ב. במאה ה20נושא האחריות על הילדים עברו למשפט הציבורי. (3) קניין משפחתי – הסדרת הקניין המשפחתי ומה קורה כאשר הקניין המשפחתי מתפרק.
דיני משפחה עברו בחצי המאה האחרונה הרבה מאוד תהפוכו. אפשר לדבר על 3 תהליכים עיקריים שעברו על דיני המשפחה בעולם ובארץ:
(א) המעבר מהסדרה דתית להסדרה מדינית- כל הנושא של משפחה נוגע בהרבה מאוד טקסי מעבר – הקשורים ללידה ולמוות, טקס מעבר לבגרות, טקס הנישואין וכיוצ"ב. מאחר והמשפחה עוברת בכל הנושא הזה – הדתות שמו את ידן על הנושא הזה והפכו את זה לנושא שלהן. מה שקרה בעולם המודרני, הוא שהטקסים האלה עברו מהסדרה ע"י הדת להסדרה טריטוריאלית ע"י המדינה. מי שדן ברוב מדינות העולם בכל נושא הנישואין והגירושין – הם בתי משפט לכל עניין ודבר. ישנן מדינות שבהן פקידים ממשלתיים הם אלה שדנים בזה. ישנן מדינות שבהן חייבים להתחתן בפני פקיד של המדינה ולהתגרש אל מול בית משפט אזרחי.
(ב) המעבר של תפיסת הנישואין מסטטוס לחוזה. בעבר נישואין נחשבו לסטטוס – שזה מצב "מקודש" חדש – שנשלט ע"י הדת. הסטטוס כנשוי הקרין על צדדים שלישיים (חובות וזכויות אזרחיים). היום – עם אי-ההיקסמות בחיי הנישואין, הם נתפסים יותר ויותר כסוג מסויים של קשר חוזי. זה חוזה מיוחד – עם התקשרות חוזית. שני אנשים מבוגרים רוצים להתקשר יחד – ואין פה משהו "מקודש". התפיסה של נישואין היא יותר של שני אנשים מבוגרים שרוצים לחיות זה עם זה.
(ג) השינוי בדיני הגירושין – בעבר היה משטר של "גירושין עם אשם" – ז"א שהנישואין היו סטטוס מקודש, ולכן כאשר שוברים את הקשר המקודש- אזי מי ששובר את הקשר – יש בעיה מוסרית קשה: מי אשם בשבירת הקשר. לדוגמא; היתה חשיבות מאוד רבה מי בגד. בעולם המודרני – שאלת האשמה הרבה פחות מקודשת. בישראל זה עדיין בהיבטי דת יותר.
בארץ אנו פחות מרגישים את התמורות האלה כי בארץ זה דין אישי. מאז התקופה הטורקית – דיני המשפחה הם לא דין טריטוריאלי בישראל אלא על דין אישי לפי הדת של הפרט. העובדה שמדובר בדין אישי/דתי גורמת ל- 2 תופעות:
(א) פיצול בדין – על כל אזרח ישראלי חל דין אחר. יש פה פיצול בין אזרחי המדינה. המדינה המודרנית מאוד לא אוהבת פיצול בדין כי זה מנוגד לכל ערכי המדינה המודרנית ועל יחס אחיד ושוויוני של המדינה. לכן אנחנו רואים תהליך מתמשך מאז הכיבוש הבריטי של צמצום הדין האישי השונה והרחבה של הדין הטריטוריאלי. דיני ירושה, לדוגמא, הם דין טריטוריאלי.
(ב) פיצול בפורום – אין בית משפט אחד שדן בעניינים האלו. ישנם את בתי הדין הדתיים ויש את האזרחיים (בעיקר בית הדין לענייני משפחה). גם פה – המדינה המודרנית מאוד לא אוהבת את בתי הדין הדתיים שיש להם סמכות יחודית בענייני משפחה. יש צמצום הולך וגדל בסמכויות בתי הדין הדתיים. פעם כל נושאי המשפחה היו בבתי דין דתיים והיום הסמכות הייחודית של בתי הדין בדתיים היא בנושאי גירושין/נישואין. כל שאר הנושאים – בבית הדין האזרחי לענייני משפחה. כל שאר הנישואין, שאינם ברבנות – אינם נישואין עפ"י המשפחה. הפיצול בפורומים יוצר בעייה של "מירוץ סמכויות". כל אחד מבני הזוג רצים "לאן שטוב לו"- חלק ילכו לבית הדין הדתי וחלק ילכו לאזרחי. וברגע ששני גופים יכולים לדון – יש "תחרות". הכלל הוא שהמקום הראשון אליו הגיעו – הוא זה שיידון בנושא ובית הדין השני מכבד אותו.
* ***דיני ירושה***- דיני הירושה שדן בהעברת הרכוש של אנשים שהולכים לעולמם. במדינת ישראל חוק הירושה 1965 הפך את דיני הירושה לדין טריטוריאלי. בדיני ירושה בארץ מוכר "עקרון הנפילה המיידית" – חוק הירושה קובע במפורש שרכושו של אדם עובר ליורשיו עם מותו. אין מצב שהרכוש הוא ללא בעלים. באופן אוטומטי ברגע שאדם מת הנכסים שלו שייכים למישהו. מדינת ישראל מכירה ב- 2 צורות של הורשה:
(א) ירושה עפ"י צוואה – ירושה שבה אדם, בעודו בחייו, מצווה את רכושו לאחר מותו. צוואה זה מצב שהמשפט מעדיף כי האדם אומר מפורשות למי הוא רוצה שרכוש יילך. יש בעיות גם עם ירושה:
- "אדם מת ממשיך לנהל את נושאיו גם לאחר מותו" – ירושות מסובכות מדי.
- בעייה ראייתית – איך נדע שהצוואה היא נכונה ומה התכוון המוריש.
יש צוואה בכתב – אבל יש פה בעיה של דיני ראיות – איך נדע שלא היה זיוף?
יש צוואה בכתב בפני שני עדים – המדינה רוצה להוכיח. לפעמים גם ניתן לעשות צוואה בפני רשות – ואז יש גושפנקא של נציג מדינה שהצוואה כשרה.
יש צוואה בעל פה – אדם שחושב שהוא הולך למות – יכול לצוות מול 2 עדים והם יעלו את זה על הכתב. המדינה, כדי להגדיל את הוודאות, מעודדת להפקיד את הצוואה מול רשם הצווואות. יש להפקיד את האגרה שם.
(ב) ירושה עפ"י דין – מאחר ורוב האנשים אינם כותבים צוואות – אזי ישנה דרך נוספת לירושה: החוק קובע כיצד מחלקים את רכושו של אדם שהולך לעולמו כשאין צוואה. זה סעיף 11 לחוק הירושה. עפ"י דין בן/ת הזוג של מי שנפטר – מקבל % מסויים. מציירים "פרנטלות" – מעגלי הקרבה. ומחלקים את הרכוש לפי מעגלי הקרבה (בן הזוג, ילדים, ילדי הילדים וכיוצ"ב). אם אין ילדים – הולכים למעגל הבא – הורי הנפטר וצאצאיהם. אם אין, אז יש את הורי ההורים והצאצאים שלהם. ואם אין את כל אלה – הרכוש הולך למדינה. יורש לא יכול להגיד שאינו רוצה לקבל ירושה. ניתן לוותר על הירושה לטובת אחרים – כמו לדוגמא כאשר יש ילדים צעירים ואחד ההורים נפטר – ואז הכל עובר, לעיתים, להורה השני. כשאדם יורש – הוא יורש את החובות והנכסים. לדוגמא- אדם נפטר והוא חייב מיליון שקל – והוא הוריש חצי מיליון שקל ליורשיו – אזי הנושים יכולים לדרוש עד סכום הירושה. חוב מעבירים עד גובה הירושה ולא מעבר לכך.