**היסטוריה של המשפט – ד"ר ניר קידר**

**פמיניזם –**

השאלה העיקרית העומדת לדיון - **ממה נובעים ההבדלים השונים בין מעמד הגברים למעמד נשים?** בעבר ההנחה הייתה כי מדובר בהבדלים ביולוגים, היינו הבדלים במוח וביכולות החשיבה של הנשים לעומת היכולות של הגברים. התפיסה הזו התערערה יותר ויותר בתק' המודרנית, בעיקר לאחר מלחמת העולם השנייה. נטען כי **לא מדובר אך בהבדלים ביולוגיים, אלא ההבדלים הינם קודם כל תרבותיים** – המונח אישה שונה מהמונח נקבה והמונח גבר שונה מהמונח זכר. מבחינה ביולוגית אנו מדברים על זכר ונקבה ומבחינה חברתית מדברים על נשים וגברים. המילים אישה וגבר הינם תוצר תרבותי, על כן אנו עוסקים בהבדלים בין המגדרים ולא על ההיסטוריה של המינים, משון שמינים זה עניין ביולוגי.

**התרבות היא זו שמעצבת אותנו כגברים או כנשים עוד מילדות, בתהליכים שאנו כלל לא שמים אליהם לב, לא ערים אליהם** (הדבר נראה לנו טבעי לחלוטין) – הצורה בה פונים אלינו, המשחקים שנותנים לנו לשחק בהם, אורך השיער, החברה שנותנים לנו להימצא בה, ואפילו אלמנטים כמו השפה- השפה יוצרת מדרג במובן הזה שלפי השפה, הגבר היא הלשון הניטרלית.

ראוי לשים לב שהמחשבה הפמיניסטית התפתחה בשלושה רמות/רבדים (כל שכבה נערמת על גבי השכבה הקודמת, השכבה הקודמת ממשיכה לפעול, נוספות לה דרישות נוספות):

1. פמיניזם ליברלי – פמיניזם זה נולד מהליברליזם, מתוך התפיסה של זכויות האדם, ריבונות האדם וחירותו, מתוך התפיסה שכל בני האדם שווים. אם כל בני האדם שווים מבחינת ההתייחסות הראויה כלפיהם של החברה (הזכויות והחובות שהם זכאים להם, שווים בפני החוק), אך בפועל אנו עדים להפליה ולחוסר שוויון עמוק, מן הראוי הוא להוביל להשוואה. אם מסתכלים מנק' המבט המגדרית, נטען כי קיים חוסר שוויון מובהק וברור, ברור לנו מי נמצא בכל קצה. אלו הם מאבקים שמתחילים בשלהי המאה ה-18, עד לימנו. תחילה, היה רצון שנשים ישבו כאישיות משפטית עצמאית, שתהא להם כשרות משפטית כללית, כשרות לזכויות וחובות משפטיות וכשרות לבצע פעולות משפטיות שונות (לתבוע ולהיתבע בביהמ"ש, למשל, ולא לעשות זאת תחת חסותו של האב). ההנחה הרווחת בעבר הייתה שהאישה חיה תחת חסותו של האב, לאחר החתונה היא עוברת לחסותו של הבעל.

מאבק נוסף היה למען הענקת זכויות פוליטיות לנשים, היינו זכות לבחור ולהיבחר. קו פרשת המים לעניין זה הינו מלחמת העולם הראשונה, שלאחריה הנשים החלו לעסוק במקצועות שעד עתה היו גבריות גרידא. לאחר מלחמת העולם הראשונה החלו להעניק לנשים זכות בחירה הן בצפון אמריקה והן בהדרגה במדינות אירופה החל מהמאה ה-18. המדינה הראשונה שהכירה בזכות הבחירה של הנשים הינה ניו-זילנד. התנועה הציונית (1898) הייתה תנועה דמוקרטית, במסגרתה נשים הצביעו בה כבר מהקונגרס השני-שלישי, כ-20 שנה מיתר העולם המערבי. גם הישוב היהודי היה דמוקרטי, העניק זכות בחירה לנשים.

המאבקים למען השוואת הזכויות המשפטיות והפוליטיות לא תמו, ברור הוא שחוסר השוויון נמשך. דוגמה לכך היא העובדה שהמשכורות של הנשים נמוכות משמעותית מהמשכורות של הגברים. המאבקים של הפמיניזם הליברלי נמשכים עד לימנו, ובמידה רבה של צדק, משום שחוסר השוויון נותר. המאבק להשוואה בין גברים לנשים היה בתחילה למען הענקת זכויות פוליטיות ומשפטיות ורק מאוחר יותר גלש לתחום הכלכלי ולשוויון הזדמנויות.

* פ"ד אליס מילר הינו דוג' מובהקת לפמיניזם ליברלי.

1. פמיניזם התרבותי (יש שוני בין גברים לנשים, יש צורך בעולם שיחיל את הקול הנשים והגברי) - בשנות ה-60 של המאה הקודמת החלה להתפתח תפיסה חדשה – אנו לא נולדים נשים, אלא מתפתחים להיות נשים מכוח התרבות, זהו הזרם של הפמיניזם התרבותי. סימון דה בובואר ביטאה זאת – "לא נולדים אישה, אלא נעשים אישה". הזרם הליברלי לא נעלם, אלא ממשיך. הפמיניזם התרבותי מעוניין להשלים את הפמיניזם הליברלי. לגישתו, בפמיניזם הליברלי טבוע בעיה העמוקה – הוא מעוור את עיננו, הוא קובע בפועל שיש סטנדרט, שהוא הגבר, והנשים צריכות לשאוף להידמות לגברים, יש לשאוף להשוואת התנאים בכל דבר, הנשים צריכות להשתלב בעולם הגברי. הפמיניזם התרבותי טוען כי הגברים אינם הסטנדרט, הנשים זכאיות שישמעו את הקול שלהן, את מה שהן רוצות, **הנשים לא מעוניינות להתאים עצמן בהכרח לעולם הגברי, העולם הגברי הוא עולם גברי גרידא, הוא איננו הסטנדרט**. **הנשים לא מעוניינות רק להגיע לסטנדרט הגברי, אלא הן מעוניינות להדגיש את השוני (פמיניזם של שונות), שהעולם יותאם גם להן, ולא רק לעולם הגברי**. הנשים מעוניינות שיחשבו על העולם בצורה אחרת, שהעולם יחיל גם את הקול הנשי, המהווה למעלה ממחצית האוכ'. מדוע שהנשים ישאפו להידמות לסטנדרט הגברי, המהווה מיעוט בעולם?!

בארה"ב הפמיניסטית שנשאה את הדגל הייתה פרופ' קיליגן. נמצא בעבר כי ישנה בעיה במעבר של נשים בין הגילאים 3 ו-4, בעיה במעבר למחשבה מופשטת. קליגן מצאה כי המבחן מותאם לגבר, השאלות היו מנוסחות בלשון זכרית. קיליגן קבעה שהתשובות לא מעידות בהכרח שנשים לא יכולות לחשוב בצורה מופשטת, אלא הן מביאות בחשבון הרבה מאוד אלמנטים שגברים לא, את כל הנושא של **האחריות והדאגה**. לדעת קיליגן, אין צורך להשוות את הגברים לנשים כי הנשים הם עולם שונה. הנק' המרכזית הינה כי הנשים חושבות בצורה אחרת. יש להפוך את העולם לעולם המחיל בתוכו גם את הקול הנשי. ניתן לחשוב אחרת, טוענות הפמיניסטיות התרבותיות. דוג' מובהקת כך היא החרדים. העולם הוא עולם גברי, השפה היא גברית, אולם ניתן לשנות זאת בלי יותר מידי מאמץ.

הפילוסוף הגל היה הראשון שדיבר על כך שיש שוני תרבותי בין נשים לגברים – נשים בגלל תפקידן הנשי (ללדת להניק) פיתחו תפיסות שונות של דאגה ולכן תפיסת העולם של הנשים היא של **דאגה הדדית והן רואות את העולם בצורה שונה מהגברים – שרואים אותו בצורה מופשטת.**  
הפמיניזם התרבותי לא מעוניין בשוויון בין נשים לגברים – הוא רוצה שהעולם יתאים גם לנשים.

1. פמיניזם רדיקלי - בשנים האחרונות התפתחה ביקורת שהיא שותפה להנחות המוצא של הפמיניזם התרבותית, אך היא יותר רדיקלית. הפמיניזם הרדיקלי נשען על הפמיניזם התרבותי בביקורתו כנגד הפמיניזם ליברלי, אך מבקר אפוא גם את הפמיניזם התרבותי. הפמיניזם הרדיקלי קיבל את הביקורת של הפמיניזם התרבותי על הפמיניזם הליברלי, אך טוען שהנשים הדוגלות בפמיניזם תרבותי משחקות לידיים של הגברים, לא צריך להפוך את זה ליותר ממה שזה. לפי הפמיניזם התרבותי לא מדובר רק בהבדל בין נשים וגברים, זוהי שליטה גברית, כמו שהשפה מעצבת את המציאות, גם התרבות מעצבת אותה. התרבות האנושית עיצבה במשך שנים את המציאות באופן כזה שהיא כלאה את הנשים באיזושהי פינה, הרגילה את הנשים לחשוב שהן טובות רק במקצועות העזרה. לפי הפמיניזם הרדיקלי, **אסור להפוך את העניין התרבותי לעוד מכשיר של שליטה גברית כנגד הנשים**.

יש לאמץ את הביקורת התרבותית, אך הנשים **צריכות לשנות את העולם מהיסוד**, לשנות המון דברים בסיסיים בעולם. אין התנגשות בין הקול הגברי לנשי, אלא הרעיון הוא **איך משנים את העולם על מנת שלכולם יהיה טוב יותר**, לא מספיק להפוך את העולם לכזה המחיל גם את הקול הנשי. יש להכיר בערך המשפחה ולשלבו במסגרת החיים. הפמיניזם הרדיקלי לוקח את הביקורת התרבותית צעד אחד קדימה (מבקר אותו), ודוגל **בשינוי החשיבה על הסדר החברתי לחלוטין**.

**המעורבות של ההיסטוריונים בכתיבת ההיסטוריה – ההיסטוריה כמעוצבת ע"י ההיסטוריונים**

נדון בפן האישי והסובייקטיבי בחקר ההיסטוריה. כאשר קוראים מחקרים בהיסטוריה, לא מתעמקים בשאלה ולא שמים לב לפן הסובייקטיבי של המחקר, היינו לכך שהחוקר, ההיסטוריון, הכלכלן, האנתרופולוג, הסוציולוג וכו' משפיעים בצורה נרחבת ועמוקה על מושא המחקר, על האובייקט אותו הם חוקרים. ההיסטוריה כמו מדעי החברה אינה מדע, יש שוני גדול בין המדעים המדויקים למדעי הטבע. יותר נכון לכנות זאת תחומי מחקר- שאמנם משתמשות בדרכי חקירה מדעיות. בתחומי המחקר של מדעי הרוח והחברה, ההשפעה של הסובייקט של החוקר על תחום המחקר גדולה יותר.

אנו לא תופסים שום דבר בעולם באופן ניטראלי. אנו משפיעים על תמונת העולם שנוצרת אצלנו. למשל, העולם אינו צבעוני. ישנם גלים אלקטרו-מגנטיים, והמוח שלנו מפרש את זה לצבעים. אנו קוראים את העולם בתבניות של סיבתיות, אך העולם לא עובד בדרך סיבתית, הקליטה שלנו של המציאות מוגבלת בהכרח והדבר נכון בכל התחומים. במידה רבה, האדם "ממציא" את העולם. הוא אינו מנסה רק להבין את העולם, אלא גם להבין את עצמו בתוך העולם הזה – רפלקציה עצמית. אין זו טענה שאין אמת, אלא יש דרכים שונות להבין אותה. לפיכך, צריך להבין שמי שכותב את המחקרים הם אנשים בשר ודם וכל אחד רואה את העולם דרכו. מדעי הרוח וההיסטוריה רצו לכנות את עצמם עם הזמן כתחומי מדעים. אך למעשה הם לא באמת מדעים. יש שוני גדול בגלל הרפלקציה העצמית במדעי הרוח ומדעי החברה לבין המדעים המדויקים. בגלל הניטרליות והאובייקטיביות של מדעים אלו. מדעי הרוח והחברה הם בפועל יותר תחומי מחקר מאשר מדעים. למרות שהמחקר נעשה בדרך מדעית, זה עדיין לא מדע מדויק, כי הוא מביא לידי ביטוי את תפיסת עולמו של החוקר.

החוקרים משפיעים על התמונה שנוצרת בסופו של דבר ב-2 רמות-

1. רמת הפרשנות - כיצד הם מבינים את העובדות הללו- כל אחד רואה את המציאות בדרך אחרת. (מדוע נוצרים מיתוסים, לטרון כדוגמה, בשיעור הבא). ההיסטוריונים מבינים את העובדות בצורה שונה, משום שכל אחד רואה את המציאות בדרך אחרת.
2. רמת העובדות – זהו הרובד שקודם לפרשנות. ההיסטוריון משפיע על מושא המחקר בכמה דרכים לפני שמגיעים לפרשנות העובדות. **ההיסטוריון משפיע על מה שהוא חוקר עוד לפני שהוא מפרש את מה שחוקר.** **ההיסטוריון בוחר את העובדות בהן הוא דן**. הוא לא עושה זאת מטעמים פוליטיים, אלא משום שכולנו עושים זאת.

המעורבות של ההיסטוריונים בכתיבת ההיסטוריה מתחילה בשלב מוקדם מאוד, **בשלב העובדות**. כבר בעיסוק בעובדות עצמן ישנה מידה רבה מאוד של עבודת "פרשנות".

דרכי ההשפעה של ההיסטוריון בכתיבת ההיסטוריה:

1. בחירת הנושא – זוהי הדרך הראשונה בה ההיסטוריון משפיע. היסטוריונים בוחרים את הנושא אותו הם רוצים לחקור אותו. יש כאן פעולת בחירה. מעורבים הרבה עניינים סובייקטיביים. ההיסטוריון מעורב ובוחר את העובדות, בוחר את הנושא עליו יכתוב. אין זה דבר ברור מאליו, משום שיש אינסוף עובדות וההיסטוריון צריך להיות זה שבוחר ממה להרכיב את סיפורו ואת מה לא לכלול. במובן הזה כל היסטוריון הוא כמו עורך עיתון. יש מדרג של מה שנחשב כיותר חשוב ומה כפחות חשוב. בנוסף, ישנה שאלה של **זמינות** ו**נגישות** הנושא - לא סביר להניח שאחקור על איסלנד, למשל. יש אפוא חשיבות לדורות שקדמו להיסטוריון, להתייחסותם לנושא, לכמה שימרו אותו, יש צורך שהיסטוריונים קודמים תעדו את הנושא, וציינו והזכירו אותו, כדי שהנושא יגיע אלינו 2000 שנה אחרי. **היסטוריונים תלויים במידע שהשאירו הדורות הקודמים.**

כיום אנו מוצפים בידע, אנו בוחרים חומר ע"פ מה שנגיש לנו, **ע"פ אופנות**. יש אופנות באקדמיה, בתחום ההומניסטיקה. במדעי הרוח הבעיות חוזרות על עצמן, כל פעם תוקפים מזווית אחרת. יש אופנות במדע. עד תחילת המאה ה-20 היסטוריונים התעסקו בהיסטוריות של מלכים ואומנים בתרבות המערבית. אחרי מלחמת העולם הראשונה, כתוצאה משינויים תפיסתיים, היסטוריונים החלו להתעניין בפשוטי העם, הדרך בה חיו אנשים רגילים, באיזה גילאים הם התחתנו, מה היו גודל המשפחות, מה הייתה תוחלת החיים ושאלות נוספות מאותו הסגנון. דברים משתנים ע"פ האופנה, הולכים לחקור לרוב דברים ע"פ החברה.

**עצם העובדה שאנו לומדים היסטוריה של המשפט נובע מעלייה בחשיבות המשפט ב-20 שנים האחרונות, וכתוצאה מכך אנו מתעניינים בדרך שבה התפתח המשפט.** מכוני מחקר באוניברסיטאות מושפעים **מאופנות ומצרכים**, הצורך של האוניברסיטה משפיע על הדוקטורנט הצעיר בבחירת מקצוע החקר שלו לטובת עבודת הדוקטורט. בדומה לכך, עיתון לא מכניס ידיעות שלא יעניינו את קוראיו. הדבר נכון גם להיפך- דבר שנחשב לאופנתי ומקובל ישפיע גם על העיסוק בו. לדוג'- בחמש השנים האחרונות נהיה אופנתי במשפטים לעשות ניסויים אמפיריים, כלומר לספור ולמדוד כל מיני דברים.

1. בחירת נקודת המבט/הפרספקטיבה - **ההיסטוריון משפיע על העובדות ע"י הפרספקטיבה בה הוא בוחן אותן. כלומר קביעת הפרספקטיבה וזווית הראייה בה בחונים ההיסטוריונים את העובדות**. אנו מסתכלים על ההיסטוריה **מנקודת מבט מגדרית**, ולכן אנו בוחרים עובדות המתאימות לנקודת מבט זו. לדוג'- אם נסתכל על מלחמת העצמאות, הסיפור של המלחמה ישתנה אם נספר אותו מנקודת המבט המגדרית, למשל אחד הפוקוסים העיקריים יופנו לעורף. שליש מהאוכלוסייה היהודית היו פליטים, הם גרו בבתי ספר ובאולמות, כלומר יש **הסתכלות על החברה בכללותה ולא על הלוחמים בלבד**.

ההיסטוריה היא כמו פיל, אנו לא יכולים לראות את כל המימדים שלו, **אנו מוגבלים לפרספקטיבה מסוימת דרכה אנו בוחרים להסתכל על העולם.** גם הפרספקטיבות האלה הם תוצאה של בחירה הנובעת מהגורמים לעיל. אנו בוחרים להסתכל על מלחמת העצמאות מנקודת המבט הצבאית, או לחלופין מנקודת המבט המשפטית, או לחלופין מנקודת המבט המגדרית. גם שאלת המרחק נגזרת הרבה פעמים מהתפיסות שלנו, ובעיקר כיוצרים היסטוריה משפטית. דוג' מההיסטוריה של המוזיקה- מי שמסתכל על מוזיקה קלאסית מתחילת המאה ה-19, רואה כי קיימת תופעה הנקראת מעבר לסקרסו, המקצב של הבית השלישי הפך להיות סוער יותר. כל מיני היסטוריונים של המוזיקה ניסו להסביר את המעבר הזה, כל אחד פיתח היסטוריה לפי ההסתכלות שלו על המוזיקה, בהתאם לפרספקטיבה שלו. היסטוריון אחד הסתכל על זה מהפרספקטיבה החברתית, האחר הסתכל על זה מהפרספקטיבה התרבותית וכך הלאה. גם ההיסטוריה של פרשת אפרופים סוקרה מנקודות מבט שונות. כל אחד שסקר את האירוע, עשה זאת מנקודת המבט האישית שלו ומתפיסת העולם שלו.

1. קביעת מסגרת הזמן - לא מספיק שאנו נחשוב שמשהו חשוב או רלוונטי היום, אלא **צריך שהאנשים שהיו לפנינו יחשבו שהדברים הללו רלוונטיים וחשובים**. העובדה שמלמדים על מלחמת האזרחים ברומה העתיקה, היא בגלל שלעורכי העיתונות שחיו אז, זו הייתה נראית כעובדה חשובה, ולכן גם אנחנו חושבים שזה חשוב ללמוד על המאורע הספציפי הזה. אם אותם עיתונאים לא היו חושבים שזהו מאורע חשוב, סביר להניח שגם אנחנו לא היינו זוכרים את המאורע הזה וקל וחומר שמלמדים אותו. ב-1969 הוקם בארץ בית הדין לעבודה, לפני כן פעל בארץ בית דין מטעם הביטוח הלאומי. אנו לא יודעים על ביה"ד הזה בגלל שהפקידים שעבדו שם לא חשבו שהתיקים הללו חשובים מספיק, והשמידו אותם. בהרבה דברים יש מקריות, לדוג'- לעניין המלחמה שהייתה בתקופה הרומית, אנו לא יודעים כלום לגבי הנשים במהלך המלחמה, אלא אנו יכולים רק להסיק מסקנות. כאן אנו עדים לכך שעניין המגדר הפך להיות פופולארי באופן מקרי.

המוח האנושי ממקם כל מידע שהוא מקבל על איזשהו ציר זמן, ככה אנו מנתחים את העולם. **ההיסטוריון בוחר את הזמן בו הוא בוחן את האובייקט שלו**. הזמן נראה דבר טבעי, מסגרות הזמן כמו שאנו מכירים זה המצאה, כל החלוקה לימי ביניים, עת עתיקה וכו' זו המצאה של חוקרים גרמניים. גם החלוקה לזמן היא המצאה של האנושות- החלוקה לשניות, דקות, שעות (העולם לא נולד ככה). כל אחד מחלק את ציר הזמן שלו לפי הפרספקטיבה שלו. **ההיסטוריון קובע את מסגרת הזמן שלו**. כל היסטוריון יכול לחלק אחרת את הזמנים והתקופות. החלוקה לזמנים לא רלוונטית מבחינת האנשים שחיו באותה תקופה, אלה היא חיונית לצורך חקירת ההיסטוריה. היסטוריונים שמו לב שאין זה מספיק לחתוך את ההיסטוריה לתקופות, כלומר ההיסטוריה חיה בכמה משכים שונים של זמנים.

עוד לפני שלב פרשנות העובדות, **ההיסטוריונים מכניסים את השקפות העולם שלהם בשלב בחירת העובדות**. **בנוסף, ההיסטוריון משפיע על העובדות ע"י הפרספקטיבה בה הוא בוחן אותן.** **ההיסטוריון הוא זה שבוחר את העובדות, את הפרספקטיבות על העובדות ואת מסגרת הזמן.**

בורדל החל לכתוב עבודת דוקטורט על מדיניותו של מלך צרפתי מסוים, ולאט לאט הוא שינה את עבדות הדוקטורט שלו לציוויליזציה של האנשים באירופה. הוא שם לב שכשהוא כתב את הדוקטורט מנקודת מבט של מלך, זה לא התאים מבחינת הקצבת הזמנים וסקירת הזמן והשנים, ולכן הוא שינה את נקודת המבט מבחינת סקירת הזמן שלו, הוא שינה את עבודת הדוקטורט לכיוון חקירת האדם הפשוט. כשהוא סיקר את הציוויליזציה, הוא היה צריך להסתכל על הנושא הזה במסגרות שונות של זמנים. למשל- שינויי מחירים, חקירה שלהם צריכה להיות לאורך זמן ארוך, ולא למסגרת זמן קצרה.

הבסיס שלנו למדעי החברה ולהיסטוריה, במובנים מסוימים, הוא יותר רעוע ממה שנדמה לנו. אם ההיסטוריון בוחר להכניס עובדות מסוימות ולא עובדות אחרות, הוא גורם לערעור הידע והסיקור של ההיסטוריה. הבעיה בתרבות האנושית היא שאנו לא יכולים לקבל סתירה בין הסיפורים והמשמעויות שאנו נותנים לחיים שלנו. **איך ניתן להגיע לוודאות בהיסטוריה?**

ההיסטוריה, במהלך הזמנים, ניסתה להרגיע את האדם התוהה מהי האמת. פטנט אחד אותו יצרה האנושות הוא הפטנט של הדת המונותיאיסטית, המאמינה שיש אלוהים שנמצא מחוץ לעולם הוא חיצון, טרנסנדטלי לנו. זה משהו שלא נוכל להגיע אליו. ישנה ההיסטוריה שהחלה מבריאת העולם ותסתיים ביום הדין, תחיית המתים, והיום הזה יגיע מתישהו. יש אמת חיצונית שדואגת לוודאות. בני האדם מוגבלים מעצם טבענו. זו תשובה שהאנושות נתנה לעצמה - יש התחלה ויש סוף להיסטוריה, יש כיוון להיסטוריה, ההיסטוריה היא פאזל. התפיסה הזו נזנחה באמצע המאה ה-19, משום שהיסטוריונים טענו שהעובדה שיש תפיסת עולם גדולה לא עוזרת, משום שאנו רוצים לדעת מה היה, אנו רוצים להבין מדוע ואיך היה. לא מעניינת אותנו הדרך בה העולם התקדם או מה יהיה, אנו רוצים לדעת מה היה – בפשטות כזו. במחצית השנייה של המאה ה19, הגישות הללו פסקו, התפתחו היסטוריונים שטענו שאין היזקקות לסיפור על, לא דתי ולא חילוני. לא רצו שזה ישפיע על עשיית ההיסטוריה. הדבר היחיד שצריך לעשות הוא להבין את ההיסטוריה כפי שהיתה אז, ע"פ העובדות האמתיות.

ההיסטוריונים מודעים לכך שהמידע מושפע מהתפיסות של הרגע. אנו מנסים להתגבר על זה בשני דרכים-

1. **אמפתיה כלפי בני אדם אחרים**, בתרבויות ובתקופות שונות ואחרות.
2. מה שחשוב זה **להקפיד על** **יושרה**. דווקא מתוך המודעות שלנו לגבי המוגבלויות שלנו כחוקרי מדעי החברה או ההיסטוריה, אנו צריכים להקפיד על היושרה. ההיסטוריון בוחר את המושא, הפרספקטיבה, הזמן והפרשנות. לעבר ההיסטוריון יש השפעה על ההיסטוריה. כל פעם מבינים אותה אחרת. קורות החיים משפיעים על האדם כחוקר או כקורא. יש צורך לנמק בדרך רציונלית מדוע נבחר נושא מסוים, המתודולוגיה נעזרת בנוסחאות מדעיות, על ההיסטוריון להראות שביצע מחקר מקיף, התמודד עם ביקורות שהוטחו בתפיסה, שימוש במדעי עזר(בלשנות, מדעים אחרים וכו') ביושרה ורציונליות. לדוג- משל הפיל, אנו לא נראה את כל הפיל, אך ננסה לדעת כמה שיותר עליו וננסה לראות את הפיל בכללותו ולא רק חלק ממנו.

כיום לא מלמדים על העבר כבדרך של דעה, או לפי מיתוסים. אולם, חשוב שגם יהיה הקול הזה בחברה, וכשאנו מסתכלים על החברה שלנו, אנו רוצים לראות את נקודות המבט הרחבה והשונה של כלל ההיסטוריוניים וחוקרי מדעי הטבע האדם.

**היסטוריה וזיכרון –**

ההיסטוריה והזיכרון מצטלבים ב-2 מובנים מרכזיים –

1. מפגש ההיסטוריה עם הזיכרון האישי - המובן הראשון הוא הידע וההבנה שלנו, שהלכה וגברה במאה ה-20, **שההיסטוריה מבוססת במידה רבה על זיכרונות.** ההיסטוריה מבוססת על עדויות, המתבססות על זיכרונם של אנשים שהיו עדים לאירוע, כאשר הזיכרון של אדם משתנה בכל פעם. הכוונה הינה לזיכרונותיו של אדם שהיה עד לאירוע, שהם מוטים. הזיכרון הוא לא שיחזור אובייקטיבי-ניטרלי של העבר, אלא מתחוללים בראשנו, ללא כוונה, השפעות שונות על הדרך בה אנו זוכרים את האירוע. הדרך לחזור ולספר על אירוע שארע בעבר היא שונה מאדם לאדם. הזיכרון האנושי נבנה בצורה אחרת.

ההיסטוריונים הביקורתיים המודרניים היו מודעים תמיד להצטלבות הזו בין ההיסטוריה לזיכרון. אולם, לרוב אין אנו מודעים למורכבות של פעולת הזיכרון. ההיסטוריונים מודעים לכך שהרבה ממה שהם חוקרים מבוסס על זיכרונות של אנשים, ועל כן הם נזהרים מזה.

1. מפגש ההיסטוריה עם הזיכרון הקולקטיבי – זהו המובן עמוק יותר של המפגש בין היסטוריה לזיכרון. הכוונה הינה למפגש של ההיסטוריה עם הזיכרון הקולקטיבי, של חברה מסוימת. זוהי מודעות שהלכה והתפתחה במחצית השנייה של המאה ה-20. **ההיסטוריון הצרפתי, פייר נורה**, פרסם בתחילת שנות ה-70 סידרה של 7 ספרים – מחוזות הזיכרון. פייר נורה טען כי יש להבדיל בין ההיסטוריה לזיכרון. הזיכרון הקולקטיבי (גם האישי) הוא משהו שנמצא בו זמנית גם בהווה וגם בעבר, הזיכרון הוא משהו חי וקיים, נע בין העבר להווה, בעל חיים משלעצמו. הזיכרון הולך ומתפתח, בלי קשר לעבר. לעומת זאת, ההיסטוריה האקדמית מתעניינת במה שהיה בעבר, האתוס של היסטוריונים הוא להבין מה באמת ארע שם? הם, מבחינה פורמלית, לא מתעניינים בהווה.

**יש פער בין ההיסטוריה האקדמית לזיכרון הקולקטיבי. הזיכרון הקולקטיבי מפרש אירועים בהיסטוריה, תוך כדי שהוא תופס חיים משלעצמו.** הזיכרון לא מנותק לחלוטין מההיסטוריה, הוא מבוסס על אירועים שהיו בעבר, אלא שהוא מעניק להם פרשנויות שונות. יש פער בין אירוע השואה – השמדת יהודי אירופה, לבין זיכרון השואה. הזיכרון קיים גם ללא התייחסות לשאלות ההיסטוריוניות העובדתיות. לזיכרון השואה, למיתוס השואה, יש מקום בתרבות היהודית, באופן מנותק מהאירוע ההיסטורי. השאלות שמתעוררות לעניין הזיכרון מנותקות לחלוטין מהשאלת ה-"מה היה"? דוג' נוספת - חג החנוכה לא היה בעברו כה חשוב ומרכזי עבור היהודים. החג החל להיות כה מרכזי וחשוב רק במאה השנה האחרונות. האירוע ההיסטורי לא השתנה, אך הזיכרון כן.

בעניין זה עוסק המאמר של אניטה שפירא, הדן ב**קרב לטרון**. שפירא מתייחסת לקרב הראשון שנערך בלטרון – מבצע יהושוע בן-נון א'. בקרב זה, לפי כל העדויות, נהרגו 70-72 חיילים. היה זה אחד הקרבות הקשים במלחמת העצמאות, הוא נחרט בזיכרון כאחד הטראומות של המלחמה. סביב קרב זה הלכו והתפתחו במשך השנים מס' מיתוסים. לזיכרון הקולקטיבי חיים משלעצמו, למרות שאין הוא מנותק לחלוטין מהעבר.

**העבודה של ההיסטוריונים לא משפיעה בצורה מכרעת על הזיכרון הקולקטיבי, אלא היא רק אחת הסוכנים המעצבים את הזיכרון הקולקטיבי.** אניטה שפירא מציגה במאמרה 3 מעגליים תרבותיים-חברתיים שגרמו לדחיפת המיתוס האיום ונורא של כישלון. המעגלים היו כוח שהאיץ את המיתוס, במנותק מהאירוע ההיסטורי.

1. הוויכוח הפנים-צבאי בין הממשלה למטכ"ל (המעגל הראשון) - מההתחלה הקרב בלטרון היה בעין הסערה הפוליטית. הוא עמד במסגרת ויכוח אסטרטגי לעניין ניהול המלחמה. שפירא מציגה את המתח ששרר בזמן מלחמת השחרור בין ההנהגה הפוליטית לצמרת הצבא. היה מתח בין היעדים האסטרטגיים של המלחמה לניהול הטקטי והאופרטיבי שלה (הרמות הנמוכות יותר). התעוררה מחלוקת אסטרטגית-צבאית בין עמדת בן גוריון והממשלה, שרצו לפרוץ את הדרך לירושלים בכל דרך ומהר, לבין התכנון הטקטי והאופרטיבי של המטכ"ל (עמדתו של ידין, ראש אגף המבצעים) לעניין קרובות אחרים שהתרחשו באותה העת. כמו כן, היו פערי מידע בין הגופים הללו. השאלה המרכזית הייתה לאן תופנה עיקר הלחץ והלחימה. המטכ"ל אמר שהצבא המצרי הכי מסוכן. לעומת זאת, גם ירושלים הייתה במצור והלגיון הירדני היה חזק. היה ויכוח האם לשלוח את הכוחות לי-ם או לחזית הדרום. בסופו של דבר, הממשלה הכריעה שיש לשלוח את מיטב הכוחות לירושלים, בניגוד לדעת המטכ"ל. זהו וויכוח אחד, שהפך את הקרב למיתוס.
2. הסכסוך הפוליטי (המעגל השני) – וויכוח על הכפפת הדרג הצבאי למדיני. הקרב בלטרון היה בתקופה של שיא המתח בין בן גוריון והממשלה לצמרת צה"ל, מתח פוליטי לעניין מבנה צה"ל. עוד בטרם הכרזת המדינה, היה מתח בין ראשי הפלמ"ח וההגנה אל מול ההנהגה הפוליטית, לעניין האופי של הצבא ושל המלחמה. באותה תקופה היו מחתרות ומיליציות והיה צורך לבנות את הצבא תוך כדי מלחמה, ולהבהיר לו שהוא כפוף לרשויות המדיניות והוא רק מכשיר של המדינה. עמדתו של בין גוריון ויתר הצמרת הפוליטית הייתה כי בראש הכוחות הצבאיים צריכים לעמוד יוצאי הצבא הבריטי. מי שעמדו בראש הפלמ"ח ושאר הכוחות הלוחמים לא שירתו בצבא סדיר, והשתייכו למחנה המיעוט, שטען כי בן גוריון לא מעוניין באמת ובתמים לבנות צבא סדיר, אלא "לדפוק" את מתנגדיו הפוליטיים. הייתה שורה שלמה של פרשות, במלחמת השחרור היו שלושה מקרים חשובים של מרידות של אלופים. קרב לטרון נכנס לתמונה, משום שהוא מתנהל בתקופת מרד האלופים הראשון והשני- אנשים טענו שבן גוריון מתערב בענייני המטכ"ל גם במחיר של מאות חיילים הרוגים. אי-לכך, הועלתה הטענה כי הקרב בלטרון והכישלון בו, אירעו בשל כך שהגורמים הצבאיים והפוליטיים התעסקו בשיקולי אגו, ולא בשיקולים צבאיים גרידא לעניין המלחמה (למשל, הוכח כי היה כישלון מודיעיני). נטען כי חיילי לטרון הוקרבו על שיקולי האגו. הוויכוח הפוליטי הזה העצים את הסיפור. היה זה אחד הדברים שהחיו את המיתוס של לטרון. כך התחיל גם המיתוס על העולים החדשים, שנשלחו להיהרג בלטרון (בפועל זו הייתה קבוצה קטנה), כחלק מהוויכוח על הכפפת צה"ל לרשויות המדיניות.
3. המעגל השלישי – המיתוס של העולים החדשים. בהתחלה הם לא היו במרכז העניין. המיתוס המרכזי בהתחלה היה על מאות ההרוגים בקרב. העולים החדשים הופכים לסיפור בהדרגה בעיקר בשנות ה-80, כחלק מעלייה של תפיסות פוסט-ציוניות, הבאות לקעקע את הסיפור הציוני ואת היחס של הישוב היהודי לניצולי השואה, שנשלחו להירצח בקרב בלטרון (זהו שיא העוול). הסיפור החל במסגרת הוויכוח הפוליטי בשנים הראשונות. הועלו טענות שלבן גוריון לא היה אכפת לקחת את העולים החדשים ולשלוח אותם למות בקרבות (בפועל רוב האנשים שנהרגו היו וותיקים). התפיסות הנ"ל מדגישות את העוולות שהחברה הישראלית גרמה לכל מיני קבוצות (ערבים פלסטינאים, ניצולי השואה וכו'). הסיפור על לטרון ביחד עם סיפורים אחרים, שימש כעוגן להתקפות על קליטת ניצולי השואה בחברה הישראלית. לתפיסה זו אין בסיס, רוב העולים רצו להילחם ונלחמו בגאווה.

אחד הסיפורים שהיה על לטרון במסגרת הוויכוחים על סיבת ההפסד היה שהכוחות לא היו מאומנים. זה נכון שחלק מחטיבה 7 היו עולים חדשים ששהו מס' ימים בארץ. במסגרת הוויכוחים, הפנים-צבאיים, בין צמרת הממשלה לצמרת הצבא נכנס גם פן של חוסר אימון של העולים החדשים. שפירא מראה שמבין עשרות ההרוגים מעט מהם היו עולים והם היו בחטיבות מסייעות. בנוסף היא מראה שזה גרם להם להרגיש חלק מהחברה היהודית, שהם לוקחים נשק בידיים ולא חסרי אונים כמו בשואה. לטענתה, סמל האטימות לעולים, שיוחס לקרב לטרון, אינו אמת.

**אחת המטרות במאמר של אניטה שפירא הוא לטעון כי על אף שההיסטוריון בוחר את מושא המחקר, הפרספקטיבה ותקופת הזמן, חשוב שיהיה מקום גם למחקר ההיסטורי.** לדבריה, המחקר ההיסטורי אינו מתעלם מהשפעת החוקר על מושא המחקר שלו, אך הוא מנסה לתאר את העבר, תוך אמפתיה ל"אנשי העבר" ושימוש במתודולוגיה מדעית. **היסטוריון בעל יושרה ינסה להגיע לכמה שיותר מקורות ויתעמת עם עדויות שאינן "נעימות" לו.** זאת על אף שהוא בוחר את הזמן, העובדות והפרספקטיבה. לפיכך, המחקר המדעי יכול להגיע למסקנות בעלות חשיבות.

**היחס המשתנה של החברה הישראלית לזיכרון השואה, כפי שהוא משתקף במשפט –**

למשפט מקום חשוב בכל מה שקשור לעיצוב זיכרון השואה בארץ, משתי סיבות עיקריות:

1. המשפט הוא מדיום חשוב, פריזמה חשובה, דרכה מתבטא הזיכרון ביחס לשואה.
2. המשפט הוא לא כלי חשוב לביטוי זיכרון השואה, אלא הוא גם סוכן חשוב של שינוי (החקיקה והפסיקה סיוע לעיצוב הזיכרון הישראלי של השואה).

אם מסתכלים על ההיסטוריה הישראלית ויחסה של החברה הישראלית לזיכרון השואה, ניתן להבחין ב-2 תקופות עיקריות:

1. התקופה הראשונה - מעת מלחמת העולם השנייה ועד לסוף שנות ה-50 ותחילת שנות ה-60. בהרבה מקומות משתמשים במשפט אייכמן כנק' המפנה, החותם את התקופה הראשונה ופותח את התקופה השנייה. זוהי תקופה המאופיינת בעיקרה **בשתיקה ומבוכה**. אולם, היה ברור שמאשימים את קורבנות השואה (הליכה כצאן לטבח). הדבר עושה עוול לרוב המכריע של הישראלים, משום שרוב הישראלים שחיו באותה תקופה לא היו שותפים לדעה זו. מבחינתם, המאפיין את התקופה הייתה שתיקה. העמדה לעיל הוצגה ע"י קיצוניים בלבד. בשל ההאשמות, מימין ומשאל, בזיכרון הישראלי ישנה איזושהי תפיסה, לפיה השתיקה הזו היא בעייתית – אחת מחטאי הציונית היא הדרך בה נקלטו ניצולי השואה בארץ. אולם, אם נסטה לרגע מההאשמות, השתיקה היא לא שתיקה שנכפתה על הניצולים, שהחברה הקולטת כפתה על הניצולים, בניגוד למה שלרוב הצטייר. ה**גורם העיקרי לשתיקה הוא הניצולים עצמם, ששתקו כי הם רצו להמשיך בחייהם ולצאת מהטראומה**. ביחס לשואה, הזיכרון הישראלי מתעתע בעניין זה (הזיכרון האישי – ההורים מעולם לא רצו להיכנס לנושא ולספר), בעוד שהשתיקה נראית בסדר ברמה האישית, היא אינה מקובלת ברמה החברתית. **הנטייה הראשונית לשתיקה והמקור שלה הוא בניצולים עצמם** – ראשית, הם לא רצו לחיות את הטראומה כל הזמן. שנית, הם, כמהגרים, רצו להשתלב בחברה שקלטה אותם. שלישית, הם חשים אשמה ונקיפות מצפון – למה אני ניצלתי ופלוני לא?!

השתיקה לא באה מצד הניצולים בלבד, אלא גם מהצד של החברות הקולטות את הניצולים. השתיקה והמבוכה נוצרו גם ע"י החברות הקולטות, משום שהן לא ידעו מה לעשות עם "הדבר הזה", איך אפשר להחיל סיפור לא-יאמן כמו השואה. רוב הסיפורים באותה תקופה עברו מאוזן לאוזן, אין זרימת מידע חופשית, אין אמצעים טכנולוגיים המעבירים את שארע בשואה, ילדים לא לומדים על השואה בביה"ס. לוקח זמן לאנשים לעקל את שארע בשואה. **החברה הקולטת שותקת ונבוכה, משום שהיא לא מסוגלת להבין ולקבל את נוראות השואה**. סיבה שנייה לשתיקה של החברה הקולטת היא **שיש גבול למה שהחברה הקולטת מעוניינת ויכולה לשמוע מפי המהגרים**. הדבר נכון גם כלפי החברה הישראלית באותה התקופה – חברה מגויסת לצבא, חברה שאחוז שלם מימנה נהרג במלחמת העצמאות, חברה הסובלת מבעיות כלכליות קשות (אין אוכל, יש משטר צנע). בנוסף, 150 אלף איש עולים לישראל מידי שנה, האוכ' היהודית מוכפלת תוך זמן קצר מאוד. במצב עניינים זה, לחברה הישראלית אין פנאי לשמוע את דבר הניצולים. הסיבה השלישית – **החברה הישראלית שתקה גם משום שהעניין הפך מיד** **לעניין פוליטי.** כל חברה קולטת, מעבר לנבוכות ולחוסר היכולת שלה, תקועה בענייניה. הרוב המכריע של הישראלים תרגמו את המבוכה וחוסר היכולת להבין את אשר ארע בשואה לשתיקה. בארץ הייתה אמונה, לפיה ניתן היה לעשות משהו. כל סוגיה של השואה הפכה במהרה לסוגיה פוליטית. מדובר בעיקר בקבוצות שוליים מימין ומהשמאל. היו שהאשימו את הנהגת הישוב היהודי והסוכנות היהודית, בכך שהם לא עשו מספיק. כל העלאה של משהו מהשואה הפך לוויכוח פוליטי, שעסק בשלושה דברים:

1. שאלת ההווה והקשר של ישראל עם גרמניה לאחר המלחמה – המחלוקת בדבר השילומים והקשרים הכלכליים והצבאיים עם גרמניה.
2. וויכוח לגבי מה שארע בתקופת השואה – הימין והשמאל הקיצוניים האשימו את הנהגת הישוב, בכך שלא עשו מספיק בכדי להציל את יהודי אירופה. משפט אייכמן היווה נק' מפנה לעניין זה, הוא הפנה את האצבע כלפי האשם העיקרי – גרמניה. הקיצוניים עיצבו את הזיכרון הציבורי, בעיקר השמאל (מפלגת מפא"י), הם אלו שהחדירו את הנרטיב, לפיו הנהגת הישוב לא עשתה מספיק עבור יהודי אירופה. הם היו חלק מהמרידות באירופה, הם אלו שתחזקו את הזיכרון, כי לשאר פשוט לא היה מה לומר. המשפט נכנס לסיפור הזה גם כן. לחברה הישראלית אין מה לעשות עם הסיפור הנוראי הזה.
3. הוויכוח וההשוואה בין הקורבנות שהלכו כצאן לטבח מול הלוחמים.

החוקים הראשונים שנחקקו לעניין השואה לא עסקו בזיכרון השואה. בין החוקים שנתקבלו היה **החוק למניעת הפשע של השמדת עם (1949)** – ישראל הצטרפה לאמנה בינלאומית שנחתמה עוד בטרם הוקמה המדינה. כל מדינות אירופה חוקקו חוקים לטיפול בפושעים הנאצים, ובישראל לא נחקק חוק שכזה, שכן לא ניתן היה לטפל בעניינים אלה. בשל המצב האבסורדי הזה, נאצים רבים הסתננו לישראל. החקיקה של החוק למניעת הפשע של השמדת עם מביאה את משרד המשפטים והכנסת לחוקק חוק ספציפי שנוגע בנאצים (ולא רק חוק פלילי שמדבר על השמדת עם). הלחץ לחוקק את **חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם (1951)** לא היה רק **לחץ חיצוני** (כל מדינות העולם קיבלו חוקים כאלה, אין מדובר בחוק ייחודי למדינת ישראל), אלא היה גם **לחץ פנימי** מצד התושבים ורשויות השלטון - אנשים הסתובבו ברחובות וזיהו קפואים. הם פנו למשטרה ששחררה אותם, שכן אין חוק המאפשר להעמידם לדין. זהו חוק מיוחד, שהוא במידה רבה דקלרטיבי, הצהרתי. החוק שונה מהחקיקה הפלילית הרגילה – יש לו תחולה רטרואקטיבית, אין לו זיקה טריטוריאלית, דיני הראיות הרגילים לא חלים בו ואין התיישנות וחנינה על עבירות אלו. הבעיה – מהר מאוד התברר שקשה מאוד לעבוד עם החוק הזה, היה ברור שהחוק בעיקר מיועד לעוזרי הנאצים, ליהודים. אולם, כשהתחילו להעמיד לדין ולחקור את האנשים, ראו שמאוד קשה להשתמש בחוקים – ראשית, הייתה בעיה שדיני הראיות הרגילים אינם חלים, שכן המטרה היא לשלוח למוות. שנית, מתחילה להתברר הבעיות שבשפיטת האנשים הללו. פרשת קסטנר הראתה את הבעיה המאוד קשה בשפיטה של האנשים – לנאשמים היו תשובות משכנעות. כיצד ניתן לשפוט אנשים אלו?! בשל כך, לא עשו בחוקים אלה יותר מידי שימוש. מאז שנחקק החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, הועמדו לפיו לדין 63 אנשים (כולם יהודים פרט לאייכמן ודמניוק). מרבית האנשים זוכו ומאמצע שנות ה-60 לא הועמדו לדין יהודים על חוק זה, משום שהתפיסה הינה כי המשפט הוא לא הכלי הראוי לטפל במצב כזה.

1. התקופה השנייה - בשנת 1951 הכנסת החליטה (בלי חוק) שיהיה יום זיכרון ללוחמי הגטאות. בשנת 1953 נחקק חוק יד ושם. בשנת 1959 התקבל **חוק יום הזיכרון לשואה ולגבורה** – במשך למעלה מעשור המדינה הייתה חסרת אונים ולא ציינה את יום הזיכרון לשואה ולגבורה, משום שלא ידוע כיצד לעשות זאת. יום הזיכרון הראשון לשואה ולגבורה צוין בשנת 1959, רק אז מדינת ישראל מתחילה לצאת מהמבוכה. אז גם מתחילה התקופה השנייה. אנשים מרגישים הרבה יותר בטוחים לדבר על מה שארע – יש להם עבודה, משפחה. גם לחברה הישראלית יש יותר פנאי להקשיב לסיפורים של הניצולים – תמו המלחמות, המצב הכלכלי השתפר. כעת, החברה הישראלית יכולה להתמודד בצורה טובה יותר עם מה שארע. משפט אייכמן היווה מעין נק' מפנה ביחסה של החברה הישראלית לזיכרון השואה. המשפט היה חלק ממגמה של יותר ויותר היפתחות, הוא צייר לאוכ' הישראלית את כל השואה. הדבר שיחרר את החברה הישראלית, הזרקור מופנה כעת לאשמים האמתיים – הגרמנים. החברה מתחילה להיות מודעת ל"טמטום" הוויכוחים הפנים-ישראליים, למציאות הקשה של המכונה הנאצית ולחוסר היכולת של יהודי אירופה לעשות משהו. לחברה הישראלית נתגלו המספרים העצומים של הנרצחים והניצולים. בשלב זה, ישנה התייחסות מורכבת יותר של האוכ' הישראלית לשואה, זוהי התייחסות ממלכתית לשואה. **המשפט מילא תפקיד חשוב מאוד בזיכרון השואה. חלק מהזיכרון התפתח ע"י חקיקת חוקים בעניין השואה וזיכרון השואה. בתי המשפט מילאו גם כן תפקיד חשוב – משפט קסטנר ואייכמן. המשפט לא חרג מהתפקיד שלו כמשקף את המציאות החברתי. הוא עיצב את המציאות החברתית וגם שיקף אותה.**

משפט אייכמן –

לא שינה את המציאות לבדו, אלא היווה חלק ממגמה, אך היה הדבר החשוב ביותר והמרכזי בעיצובה. רק בסוף שנות ה-50 ותחילת שנות ה-60 מתחילים לדון יותר בחופשיות בנושא השואה. כאן נכנס הויכוח לגבי משפט אייכמן, שהיה אחד הממונים על השמדת יהודי אירופה. המשפט של אייכמן היה שונה מהמשפטים שנערכו לאנשי הקאפו. ראשית, אייכמן לא היה יהודי ולכן לא הייתה הדילמה המוסרית לגבי אנשי הקאפו (והיודנראט) שהיו יהודים, או כפי שהייתה במקרה של משפט קסטנר (שהיה ממנהיגי יהדות הונגריה), שהוביל ל"מלחמות" פוליטיות בין היהודים. **אייכמן היה גרמני, אחד מהאדריכלים של השמדת יהודי אירופה ומשפטו לא עורר דילמות מוסריות או פוליטיות בעייתיות כאלו.**

תשומת הלב לא הייתה לעבר המרכזים הפנימיים (זוטות)/קאפו, אלא ראו את הנאשמים האמתיים. **לאחר המבוכה ששררה בציבוריות הישראלית במשך שנים לגבי השואה, במשפט אייכמן, בשנת 1961, הייתה לגיטימציה לדבר על אירועי השואה והדבר אף היה נדרש, כחלק מהמשפט**. כך, 111 ניצולים עלו על דוכן העדים וסיפרו את סיפורם האישי. למשפט אייכמן היה חלק בשינוי היחס של החברה הישראלית ביחס לשואה. זה היה חלק מתהליך שכבר החל בחברה. אף אחד לא חשב שהמשפט יעורר כל כך הרבה עניין בקרב החברה כולה ולא רק בקרב העולים עצמם.

**המשפט בתקופת האימפריה העות'מנית – דת ומדינה**

האימפריה העותמאנית הינה אחת האימפריות הגדולות והחשובות בהיסטוריה המודרנית (500-600 שנים אחרונות), ישות פוליטית שנוצרה ע"י שבטים שמגיעים ממרכז אסיה. הטורקים מתחילים בנדידה מערב. הם משתלטים על חלקים מהמדינות המערביות, כובשים חלקים מהמזה"ת ובסופו של דבר במאה ה-15 הם מפילים סופית את האימפריה הביזנטית. הם הופכים את הבירה קונסטנטינופול לאינסנבול, הופכים לאימפריה אדירה ששולטת על כל צפון אפריקה המזה"ת דרום אירפה עד אוסטריה של היום.

בין שאר מסעות המלחמה, ארץ ישראל נכבשת ע"י הטורקים ב-1517. הטורקים שולטים בארץ במשך 400 שנה, עד לשנת 1917. בשנה זו נכנס הצבא הבריטי וכובש בקרבות מאוד קשים את הארץ. במקביל, במלחמת העולם הראשונה מקיץ הקץ על האימפריה העות'מנית לחלוטין. המדינות שנלחמו במלחמת העולם הראשונה לקחו וכבשו מחדש את שטחיה של האימפריה העותמאנית. גם טורקיה נכבשה, והוקמה מחדש, בראשות אתא-טורק.

גם החוק הטורקי, המשפט הטורקי, חל בארץ ישראל בתקופת הכיבוש העות'מני (במשך 400 שנה). האימפריה הייתה אדירה, לא רק מבחינת השטחים בהם שלטה, אלא גם מבחינת הקדמה הטכנולוגית והכלכלית שלה.

האימפריה העות'מנית הייתה אימפריה אדירה, לא רק בגלל השטחים הנרחבים עליהם שלטה, אלא גם בגלל הקדמה הכלכלית והטכנולוגית שלה. רק בסוף המאות ה-17 וה-18 מדינות אירופה האחרות מתחילות לעקוף את האימפריה העות'מנית בקדמה, ובאותה תקופה החלה נפילת האימפריה העות'מנית.

האימפריה העות'מנית (כמו אימפריות מוסלמיות לפניה) חשו בנוח לתת למיעוטים החיים בתוכם אוטונומיה משפטית (קפיטולציות), בתחילה עשו זאת מעמדה של כוח ועליונות (הזרים לא ראויים להיות תחת המשפט המוסלמי) ולבסוף זה התהפך ושימש ככטח של הזרים.

* המתח בין דת ומדינה – אנו מדברים על שני מתחים השונים אחד מהשני.

המתח הראשון הוא **מתח פוליטי** – מתח הנוגע לשאלת הסמכות הפוליטית. השאלה המרכזית – למי יש את התשובה האחרונה לממסד הדתי, או לממסד הפוליטי? מדובר בשני מערכות המכוונות את ההתנהגות שלנו – המדינה, על שלל מוסודותיה, והדת. מטבע הדברים, ישנה התנהגות בין שני הממסדים הללו, בין שתי המערכות. המתח לא נוגע לשאלת התוכן של המשפט, התוכן מתאים לתרבות של החברה הזו (תוכן החוקים יקבע לי אופייה של החברה – חילונית או דתית). כלומר, השאלה איננה שאלת התוכן של החוקים, התוכן של השפט יתאים לתרבות, בכל מקרה. **מדובר אפוא בשאלה פוליטית – מי הסמכות העליונה, הממסד הדתי או החילוני?**

הסוג השני הוא **מתח תרבותי** – מה המקום של סמלים וטקסטים בחברה? כמה מקום יש להקדיש להם? **מה מקום הדת בתרבות?** מתח זה קשור למתח הפוליטי, אך קשור לו. מתח זה מתעורר במדינת ישראל, למשל.

**התקופה הראשונה** (רוב שנות האימפריה העות'מנית)- חברה דתית המנהלת גם אימפריה גדולה מאוד –

הקושי העיקרי הוא **המתח הפוליטי**, בין דת ומדינה, התחרות בין הממסדים, איזה ממסד יגבר. לא היה מתח תרבותי, משום שהחברה כולה הייתה חברה דתית, החברה טרם עברה תהליכים של חילוניזציה. המתח התרבותי לא היה קיים בכלל.

לעניין המתח בין דת ומדינה, **יש להבחין בין מתח זה בעולם הנוצרי לבין העולם היהודי והמוסלמי.** בעולם הנוצרי הבעיה היא פחות קשה, שכן מדובר בדת אורתודוכסית – לא מעניין את הדת כיצד האדם נוהג, כל עוד האדם מקבל את האני מאמין הנוצרי, הוא רשאי להתנהג כפי שהוא רוצה. הנוצרים מקבלים את העובדה כי ישנה הפרדה בין הספירה הדתית לספירה השלטונית-אזרחית. לעומת זאת, האיסלם, כמו היהדות, היא דת **אורתופרקטיות** – הלכתיות , מכוונות את חיי המאמינים מהלידה ועד למוות, מהבוקר ועד לערב, להלכה יש מה לומר לעניין כל נושא. ראשית, יש הרבה יותר מקומות לחיכוך בין הספירה הדתית לזו השלטונית. שנית, אין הבחנה בין ספירה אזרחית לדתית – **ההלכה חלה על הכל, הקהילה הדתית חופפת וזהה לקהילה הפוליטית.** לדוג' – הנביא מוחמד היה גם שליח האל (נציג האל עלי אדמות), אך הוא גם היה המנהיג הפוליטי של העדה המוסלמית. הדבר נכון גם למחליפיו של מוחמד (החליפים). כמובן שבמשך הזמן גם באימפריה המוסלמית יש הבחנה בין הדברים, אך פורמלית מדובר באותו האדם. (ביהדות הדבר דומה, רק שהיהודים לא ניהלו מדינה משלעצמם, אלא חיו תחת שלטון זר. לאור זאת, היהודים לא היו צריכים להתמודד עם מתח זה.)

הבעיה העיקרית באימפריה העות'מנית היא **בעיית המילה האחרונה**. הפתרון – **הפרדה בין קביעת ההלכה לבין ההוצאה לפועל של ההלכה.** **את ההלכה קובעים חכמי ההלכה, הם ורק הם, אבל על ההוצאה לפועל של ההלכה אחראי השלטון האזרחי.** חכמי ההלכה קובעים את המסגרת, אותה פרנסי העיר (שליטי האימפריה) ממלאים בתוכן (ע"י תקנות, למשל). המסגרת אפשרה לדבר הזה לפעול.

בנוסף לכך, היו דברים נוספים שעזרו למוסלמים לשמור על דתם ועל קיום דתם – **קירבה גדולה בין הממסד הדתי לפוליטי**. האליטה הדתית תמיד מתחככת עם זו הפוליטית. ברמה התרבותית, אין כל כך התנגשות בין הממסדים. חכמי הדת מוצאים את הדרך להכשיר ולהוציא אל הפועל את רצונם אל מול השליטים האזרחיים.

דבר נוסף המאפשר לאימפריה לנהל את ענייניה בצורה יעילה (להוות כוח טכנולוגי וכלכלי מוביל בעולם), אך במקביל לשמור על ההלכה והמחויבות לה – **הביטחון שחשים חכמי ההלכה**. חכמי ההלכה לא מפחדים לפסוק הלכות. הם לא מפחדים להשתמש בכל הטכניקות הדתיות – פרשנות מרחיבה, לפנים משורת הדין. זה המצב בכל האימפריות הערביות עד למאה ה-19.

במאה ה-19 התופעות של מודרניזציה וחילון בטורקיה הופכות לבולטות, ומשנות את התמונה. יתר על כן, לטורקים העות'מנים ברור שהם, כחברה שעמדה בחזית הטכנולוגיה והמדע, מפגרים כעת בהשוואה לשאר העולם. הם לא רוצים להישאר מאחור.

**התקופה השנייה** – תקופה מודרנית של האימפריה, תקופה של חילון – מתח בין ההלכה הדתית לרפורמות החילוניות-מודרניות.

בתקופה זו החברה הדתית בטורקיה עוברת תהליך של חילוניזציה. זוהי תקופה, בה **מתעורר המתח התרבותי וכן מעצים המתח הפוליטי**. המתח התרבותי מתעורר, החברה עוברת תהליכי חילון, שואלת עצמה – מה המקום של הסמלים הדתיים כעת?

* תהליכי חילון – לרוב, אנשים חושבים על חילון דתי. אולם, אצל ההיסטורינים, החילון הדתי הוא מהגורמים הפחות משפיעים. אנו מדברים על שלושה סוגים של תהליכי חילון, החלים בו-זמנית –

1. חילון תרבותי (התנהגותי) - תהליך החילון העיקרי, המשפיע ביותר, הוא חילון שבהתנהגות, חילון תרבותי. לא מדובר במשהו שקשור דווקא לשאלות דתיות, אלא **מדובר בשבירה הדרגתית של המסגרות התרבותיות והחברתיות הישנות**. חלק מהסיבות להתמוססות הזו יכולות להיות של אמונה, אך לא בהכרח. יכולות להיות סיבות כלכליות וחברתיות שגורמת לחברה שינוי עצום. דוג' לשינויים – נשים מתחילות ללכת עם מכנסיים, לימודים באוניברסיטה. שאלת האמונה נותרת בצד, רוב האנשים עדין מאמינים, אך ההתנהגות משתנה. החילון ההתנהגותי הולך ומעמיק, הוא מזעזע את החברה.
2. חילון פוליטי – חילון שהעומד במרכזו היא תפיסה פוליטית שמתפתחת מחדש במערב, החל מתקופת הרנסנס – **האדם במרכז**. **האדם יצור חופשי, ריבוני, הוא מעצב את החיו הפרטיים והציבוריים בעצמו.** ריבונות המדינה נשענת על ריבונות האזרח. רעיונות אלו הם רעיונות חילוניים – האדם במרכז ולא שום גורם חיצוני לו. מדובר ברעיון אדיר, הוא מזעזע את החברה. מדובר בתפיסה פוליטית הבאה מלמעלה (בניגוד לחילון התרבותי), המשנה את החברה – יש קריאה לחוק המחוקק ע"י האדם ולדמוקרטיה.
3. חילון ברמת האומנה הדתית – שאלת האמונה היא שאלה מאוד מסובכת. עיקר החילון גם ברמה הדתית, בקרב דתות אורתופקרטיות, נוגע **לקבלת עול ההלכה והכרה בעליונות הסמכות ההלכתית**. החילונים לא רואים בהלכה ובחכמי ההלכה כאוטוריטה מחייבת. זהו **חילון ברמת האמונה או הפרקטיקה שנוגעת ללב הדת**.

נוצר מעין גלגל, כדור שלג. מעבר לכך שתהליכי החילון מתגברים, הם יוצרים איזושהי בעיה. החברה עדין מוסלמית, **רוצים לשמור על התרבות המוסלמית, אך המדינה מעודדת תהליכים של מודרניזציה, שברור כי יגבירו את תהליכי החילון**.

מתח נוסף שנגרם – **ככל שהטורקים להוטים לבצע רפורמות גדולות במדינה שלהם, אך עדין רוצים להישאר מדינה דתית-מוסלמית, הדבר מחייב את ההלכה המוסלמית להתגמש מאוד.** ההלכה מסרבת להתגמש, היא חשה מאוימת, היא חרדה לכך שתאבד מכוחה. יש פחות נכונות של חכמי ההלכה לחדש הלכה, להשתמש באותם "טריקים" ישנים, בגלל הפחד.

בתחילה, הטורקים מנסים להילחם במתחים אלו. לבסוף הם מבצעים רפורמות מודרניות נרחבות – **רפורמות למודרניזציה**. רפורמות אלו נקראו **התנזימאת**, ונגעו בכל תחומי החיים - בכלכלה, בממשל, באקדמיה כו'. בכל התחומים הללו התרחשו תהליכים נרחבים של מודרניזציה.

גם במשפט הטורקי מתבצעת רפורמה גדולה – **רפורמות מבניות**. התורכים הבינו שכדי להתאים את המדינה למודרנה, יש צורך גם לשנות את הנהלים הפרוצדוראליים בחיי המשפט. ראשית, מבחינה מוסדית – הטורקים מבינים כי לא ניתן להישאר רק עם בתי משפט דתיים, לכן הם מקמים רשת של **בתי משפט אזרחיים מטעם המדינה** – בתי משפט **הניזמיה**. התורכים עשו סדר- נקבע כי הולכים תמיד למערכת המשפט של המדינה, למעט כמה עניינים, בהם יחול המשפט לפי הדת שהוסדר בבתי הדין הדתיים. ליהודים, הנוצרים והמוסלמים היו בתי דין נפרדים בנושאים אלו. אך הטורקים נתקלו בבעיות – **אין מי שיעמוד בראשם של אותם בתי משפט אזרחיים**. הטורקים מקימים בתי ספר, אך עדין אין קאדר של אנשים. לכן, בשנים הראשונות מי שאיישו את המשרות היו **הקאדים** (חכמי ההלכה), השופטים הדתיים.

שנית, **חלק מהאנשים לא היו בקיאים במשפט המוסלמי**. אי-לכך, הטורקים ביצעו קודיפיקציה של המשפט הטורקי האזרחי – **המג'לה**. המג'לה נוצר על מנת שלשופטים יהיה ממה לשפוט. בנוסף לכך, **הטורקים ייבאו חוקים מאירופה**, בעיקר את הקודקסים הגדולים, בעיקר מצרפת. הטורקי איסלמו חוקים אלו, התאימו אותם לעדה המוסלמית. מעבר לזה, העות'מני לקחו את "הטריקים" של ההלכה ומתחו אותו, כך שיתאימו לחיים המודרניים.

למרות שהיינו מצפים שיהיה פיצוץ בין החילון לדת, הע'ותמנים מצליחים לעשות רפורמות חילוניות-מערביות רבות, תוך הישארות כמדינת הלכה. יש הטוענים שזה משהו שנועד לפיצוץ מההתחלה. לאחר מלחמת העולם הראשונה ומלחמת האזרחים בתורכיה, קמה מדינה חדשה והיא טורקיה של היום. מדינה זו מוקמת ע"י שכבה של מהפכנים צעירים. בראשם עומד קולונל שמשנה את שמו לאתא תורכ (אב התורכים). לתורכים הצעירים, בתורכיה המודרנית, יש גישה אחרת – לדידם, **לא ניתן לחולל את הרפורמות המערביות תוך הישארות כמדינת הלכה.** לדעתם, זו גם הסיבה לכישלון במלחמת העולם הראשונה. הם מפרידים את הדת מהמדינה באופן פורמאלי, על פי החוק תורכיה איננה מדינה מוסלמית יותר ולמדינה אסור לתמוך בדת. את השינויים המשפטיים הפורמאליים של ניתוק הדת מהמדינה הם מלווים בשינויים תרבותיים. הם מחליפים את הכתיב התורכי לכתיב אירופי, הם אוסרים על חבישת תרבוש לגברים וחבישת רעלה לנשים. כאן יש בעיה אחרת כי העם התורכי לא אוהב את השינוי הזה. יש מפלגה אסלאמית ומי ששומר על טורקיה החילונית הוא הצבא. הניסיון העותומאני לשלב את הרפורמות עם ההלכה ואח"כ התורכים הצעירים שעושים שינוי קיצוני – דוגמא למתח שבין דת למדינה.

ככל שהחילון, על שלל רבדיו, מעמיק, חכמי ההלכה חשים יותר ויותר מאוימים, הם פחות ופחות מסכימים לשתף פעולה, עד שבסופו של דבר, הטורקים חשים שהם לא מצליחים להחזיק במקל בשתי הקצוות – להיות מדינה מודרנית שנשארת בחזית האקדמית, הטכנולוגית והתרבותית, ובו זמנית להישאר מדינה דתית השומרת על ההלכה המוסלמית.

כאשר האימפריה האיסלמית נופלת, **אתא טורק והשלטון הטורקי החדש הולכים לכוון אחר לגמרי**. הם חותכים במקל, **מפרידים בין הדת למדינה**. הדת מופרדת מהמדינה. מתחילה להציק לטורקיה הבעיה השנייה – המתח התרבותי. הדת מופרדת מהמדינה, אך החברה היא חברה מוסלמית, חלקה הגדול דתי – נשען על סמלים שמקורם מהדת. מה עושים עם זה? רוב הציבור הטורקי לא עבר את תהליכי החילון, ולכן עד לימינו הם רואים עצמם **כחברה דתית, בניגוד לחקיקה האזרחית**. לכן, בטורקיה עלו לשלטון מפלגות דתיות. אולם, **מפלגת הרוב לא יכולה לבצע דתיזציה של החוקה, המוגנת ע"י הצבא.**

**המשפט בתקופת המנדט הבריטי –**

נק' המבט של השליט- הבריטים – המשפט במדינה, עליה הגיע ריבון חדש.

הטורקים שלטו בארץ במשך 400 שנה, אך במסגרת מלחמת העולם הראשונה הקיץ הקץ על האימפריה העות'מנית. מעצמות אירופה לטשו עיניים לשטחה של האימפריה העות'מנית. אנגליה וצרפת חילקו ביניהם את השליטה על שטחי המזרח התיכון. בסתיו 1917, הצבא הבריטי נכנס מדרום, ממצרים, לארץ, בשני טורים. אירעו קרובות מאוד קשים, לקחת לאנגלים כמעט שנה לכבוש את הארץ – הכיבוש הושלם בספטמבר 1918.

מבחינה חוקתית-משפטית, ניתן לחלק את השלטון הבריטי בארץ ל-3 תקופות -

1. שלטון צבאי - החל מהכיבוש הבריטי, עד לקיץ 1920. הבריטים שולטים בארץ, שלטון צבאי. הגנרל מוני עמד בראש ממשל צבאי. הצבא הבריטי לא שינה כמעט שום דבר מבחינת החקיקה. אחד הדברים שנותרו – היועמ"ש, למפקד האזור היה מס' יועצים, ובהן יועץ משפטי צבאי.
2. שלטון אזרחי - בקיץ 1920, הבריטים עוברים משלטון צבאי לשלטון אזרחי, מכיוון שהם יודעים שיקבלו לכך אישור מהקהילה הבינלאומית. הם שולחים נציב עליון לארץ, שישלוט על העניינים – סר הרברט סמואל (יהודי). הנציב העליון החדש הקים ממשלה, היועמ"ש הפך להיות פרקליט המדינה הבריטי, אך היהודים המשיכו לקרוא לו היועץ המשפטי. ממשל זה מתקיים עד לעזיבת הבריטים את הארץ.
3. שלטון מכוח השראה של המשפט הבינלאומי (מנדט) - מבחינה משפטית, המצב משתנה בקיץ 1922- באופן פורמלי, השלטון הבריטי בארץ לא נבע מעצם הכיבוש ע"י הבריטים, אלא מהרשאה של המשפט הבינלאומי, הרשאה של הקהילה הבינלאומי לשלטון הבריטים בארץ (הרשאה = מנדט). "המנדט" הינו עניין חדש, שהתפתח לאחר מלחמת העולם הראשונה, שהיוותה זעזוע נורא לחברה המערבית, שסברה כי הגיע לשיא הקדמה האנושית. אחת התוצאות – חשבון נפש ברמה הבינלאומית – יש הסכמה שהמלחמה נגרמה בגלל מרוץ האימפריות (האימפריאליזם המערבי). אחת המסקנות לאחר המלחמה – יש לכונן סדר בינלאומי חדש, בו הקהילה הבינלאומית מפקחת על המעצמות האירופאיות (הקמת חבר הלאומים). המטרה הינה כי המעצמות ישלטו בשטחים שכבשו מכוח הרשאה חוזרה של הקהילה הבינלאומי, הרשאה למדינות לשלוט לפרק זמן (עד שהתושבים של השטחים יוכלו לשלוט באופן עצמאי) מוגבל בשטחים שהן כבשו. ב-1922, בויעדת סן רמו ניתן המנדט על ארץ ישראל לבריטניה.

שטחי המנדט חולקו לסוגים - A,B,C, כשא"י סווגה כסוג A – יחסית גבוה. הרצון היה ליצור מצב, במסגרתו, בסופו של יום, היהודים יקימו בית לאומי. מבחינת הבריטים, הדבר לא שינה כלום- אמנם מבחינה בינלאומית הם פעלו מכח המנדט, אך מבחינה פרקטית/פנימית, הם טענו שהם השליטים בא"י. במישור הפנימי, הבריטים התייחסו לא"י כקולוניה שלהם. תלונות יהודים/ערבים על כך שפעולות הבריטים מנוגדות למנדט נדחו. גם ההסדרים הפנימיים של הבריטים היו זהים להסדרים שלהם בקולוניות אחרות (לא מנדטוריות), אך המסגרת החיצונית הבינלאומית היה מסגרת של מנדט.

הבריטים מחוקקים את **דבר המלך ומועצתו** – החוקה של ארץ ישראל-פלשתינה (אך הממשל והמשפט יהיו בנויים וכו').

מסוף מלה"ע השנייה, החל לחץ על הבריטים להחזיר את המנדט, או לאפשר הקמת מדינה יהודית. הלחץ נבע משתי סיבות:

1. לחץ של מאות אלפי פליטים יהודים, שניצלו מהשואה.
2. השינוי בפוליטיקה הבי"ל, וירידתה של האימפריה הבריטית.

**הפתרון** - חלוקה הארץ לשתי מדינות. הקהילה הבינלאומית מובילה הכרעה לחלוקה לשתי מדינות, והאו"ם מקבל זאת, במה שמכונה החלטת כ"ט בנובמבר 1947.

השינויים במשפט הבריטי -

המשפט בארץ הופך ליותר ויותר אנגלי, הוא מושפע מהמשפט האנגלי באופן הולך וגובר, עד שכשמוקמת המדינה מדובר במשפט אנגלי, גם אם ישנם שרידים מתקופת המשפט העות'מני. אין מדובר בתהליך מידי. **פעם** היה מקובל לחלק תקופה זו ל-2:

1. תקופה של שמרנות (קיפאון/סטגנציה) – הבריטים שמרו בקנאות על המשפט הטורקי.
2. תקופת האנגליפיקציה (החל מאמצע שנות ה-30) – השמרנות התחלפה באנגליפיקציה, האנגלית החלו להכניס יותר ויותר את המשפט שלהם.

**כיום** אנו פחות רואים זאת כך, פחות מדברים על 2 תקופות מובחנות, ויותר מדברים על **תהליך הדרגתי של אנגליפיקציה של המשפט.** הייתה קפיצת מדרגה, אך אין מדובר בשחור ולבן, אלא מדובר בתהליך אחד, הולך ומתגבר. כאשר האנגלים כובשים את הארץ, בהתחלה, הם לא משנים כמעט כלום. הם משאירים את המשפט שהיה קיים על כנו (המשפט העות'מני). מדוע?

1. המשפט הבינלאומי דרש זאת – נקבע כי לכוח הכובש אסור לשנות את המשפט, הוא מחויב להשאיר את המשפט הקיים על כנו.
2. אין זה אפשרי ואין זה כדאי להחליף את המשפט – לא ניתן לבוא למקום חדש, ולשנות את המשפט מקצה לקצה. הדבר גם אינו כדאי, שכן השלטון החדש מעוניין לשמור על היציבות החברתית, שמשמעותה גם יציבות משפטית, ועל הסדר החברתי. לכן, כל שלטון חדש משאיר את המשפט שהיה קיים קודם לכן. אין רצון להיכנס לתאקלים עם האוכלוסייה המקומית, שרובה אינה יודעת אנגלית. האוכלוסיה לא תכיר את המשפט שהבריטים ירצו להכניס, היו בישראל מעט מאוד עורכי דין, 4 במספר ורק אחד ידע אנגלית. האנגלים לא מתערבים במשפט ולא עושים בו שינויים, כמדיניות.

בראשית ימי השלטון הבריטי בארץ, האנגלים שומרים על המשפט, מטעמי חוכמה פוליטית, כדי לא לעורר אנטגוניזם מצד האוכלוסייה הנכבשת, וגם משום שהם אינם יודעם כיצד לעשות זאת. בנוסף, תפיסת המשפט האנגלית היא תפיסה שהיא מראש היסטורית-תרבותית. הקומון לו מבוסס למעשה על מבנה של תקדים על גבי תקדים – על כך שההלכה המשפטית משתנה ע"י פסיקה, שהיא הדרגתית, ומתאימה עצמה לשינויים ההיסטוריים והתרבותיים. התפיסה הינה כי המשפט הוא תלוי היסטוריה, תלוי תרבות/חברה, ואין טעם לכפות משפט של חברה אחת על חברה אחרת. המשפט תמיד מתאים לחברה בה הוא מתפתח.

ניתן להסתכל על תפיסת המשפט ע"י האנגלים כתלוי היסטוריה ותרבות מכמה כוונים. האנגלים מציגים את תפיסתם כתפיסה הומניסטית, אך כמובן שבתפיסה הזו יש לא מעט אליטיזם, רגשות אוריינטליסטים (בוז כלפי המזרח), התנשאות ואף גזענות – "המשפט שלנו לא מתאים לכם".

כך או כך, למרות שהאנגלים משאירים את מרבית המשפט על כנו, הם משנים כמה דברים באופן הדרגתי, בעיקר ע"י חקיקה (לא מדובר בתקופה של קיפאון/סטגנציה). אחד התחומים שהאנגלים משנים באופן מיידי הוא **תחום המשפט הציבורי** (וכן שינויים בתחום המוסר) – כל החוקים וההסדרים (משטרה, צבא, בתי כלא, מערכת בתי משפט) משתנים. מדובר בחוקים מנהליים וחקיקה פלילית. האנגלים מבהירים כי יש בעל בית חדש, הכללים משתנים. במסגרת השינויים במשפט הציבורי, נקבע כי מעתה ישלוט שלטון החוק, תתקיים מדינת חוק מתוקנת.

תחום נוסף, בו פחות בולט מהמשפט הציבור, הוא **המשפט המסחרי** – דיני תאגידם, קניין רוחני, חדלות פירעון וכו'. ההיגיון הכלכלי של הקולוניאליזם הוא השולט, לאנגלים יש אינטרס ברור להניע את גלגלי הכלכלה – לחוקק חוקים שיאפשרו מסחר מהיר יותר, להוריד חסמים בירוקרטיים וכו'. הבריטים, מהר מאוד, שולחים משלחות סקר של מדענים, שממפים את הארץ מבחינת מחצבים, ונותנו זיכיונות לאנשים, על מנת להפיק ממחצבים אלו, כדי להניע את גלגלי הכלכלה והמסחר, מתוך ההיגיון הקולוניאליסטי. הבריטי משנים גם את דיני הקניין הרוחני (אלמנט אנטישמי – יש להבהיר ליהודים כי קיים קניין רוחני).

האנגלים לא נוגעים **במשפט הפרטי הקלאסי**, לא משנים אותו, משום שמדובר בתחום הכי קרוב לליבה של האוכלוסייה המקומית – דיני המשפחה, ירושה, חוזים, קניין, המשפט הפלילי וכו'. בנוסף, המשפט האזרחי הפרטי נתפס כלב ליבו של המשפט, השינויים בו הם השינויים המהותיים.

אין שמרנות מוחלטת, יש שינויים במשפט, אך הם היו הדרגתיים והדבר תלוי בתחום מדובר. ככל שעובר הזמן, אנו עדים ליותר ויותר אנגליפיקציה, לשינויים. החל מאמצע שנות ה-30, השינויים הופכים לבולטים במיוחד, משתי סיבות –

1. סיבה אוניברסאלית רגילה – שינויים במשפט מתרחשים בפאזה של 20-15 שנה לאחר השינויים הפוליטיים. בהתחלה, כל משטר חדש לא רוצה ולא יכול לבצע מהפכה בתחום המשפט. לאחר 15-20 שנה, השלטון מכיר טוב יותר את האוכלוסייה, והאוכלוסייה מפנימה ומקבלת את השלטון החדש.

השינויים הצטברו ופתאום נראו לעין, ולאחר 15-20 שנה ניתן היה להכניס שינויים רחבים יותר. המהפכות במשפט קורות בדרך הדרגתית, לאחר 15-שנה.

1. התפתחות החברה היהודית בארץ – קפיצת המדרגה שעושה היישוב היהודי בארץ. בשנות ה-30 מתחילים להגיע לארץ פקידים ושופטים בריטים, שעולמם עוצב במלחמת העולם הראשונה ואחרי (יש צלקת, אין תפיסת עולם של "אנו הכי טובים בעולם), האנגלים מבינים שהאימפריה שלהם מתדרדרת. בשנות ה-30 חל מהפך בכלכלה וביתר תחומי החיים של יישוב היהודי, משום שרעיון הציונות והגשמתו הופכים מרעיונות הזויים, לא הגיוניים וכושלים, לרעיונות לגיטימיים. אחרי מלה"ע הראשונה מתברר ליותר יהודים שלא יוכלו להישאר באירופה, התקווה לאוטונומיה יהודית באירופה מתבדה, כשמתברר שהמדינות המוקמות במרכז אירופה לאומניות מאד. באמצע שנות ה-20 הדברים מתהפכים, נסגר שער ההגירה למערב – יש צורך בוויזות, יש מכסות. פתאום, רעיון ההגירה לארץ ישראל הופך לרלוונטי. היהודים שעלו ארצה באותה תקופה מביאים כסף ואת הרכוש שלהם. בשנות ה-30, בשנה אחת עולים יותר אנשים מאשר בעלייה הראשונה והשנייה יחד. יש בום היסטרי של התפתחות בתעשייה ובכלכלה, המוסדות האקדמיים קופצים מדרגה, יש תעשייה וחקלאות מתקדמת, יש תהליך מודרניזציה. המשפט לא התאים לסיטואציה החדשה, יש צרוך בשינוי גם במשפט הפרטי.

עולה המעמד הבינוני היהודי, הציבור דורש לא רק שלטון חוק, אלא גם שהמשפט יתאים לחברה האירופית המתקדמת שנבנית פה. יש קריאה של הציבור לשנות את המשפט, והסכמה של הבריטים לעשות זאת. הארץ משתנה ומתפתחת והמשפט הקודם כבר לא מתאים. השינויים מהירים יותר - מתבצעים גם ע"י חקיקה (פקודת החוק הפלילי - פח"פ, פקודת מס הכנסה וכו'), אך השינוי הגדול – **האנגליפיקציה נעשית בפסיקה** – שופטים רבים מכניסים באמצעות פרשנות את הדין האנגלי. השופטים נוטים לומר כי ישנם חסרים/לאקונות במשפט העות'מני, ומשלמים חסרים אלו באמצעות המשפט האנגלי. השופטים הכניסו את המשפט האנגלי הציבורי, הפרוצדורלי, הפרטי והמסחרי אל תוך המשפט שהיה קיים בארץ. זוהי סיבה נוספת שבגינה מאמצע שנות ה-30 יש קפיצת מדרגה.

בסופו של דבר, כשהוקמה המדינה, המשפט היה ביסודו משפט אנגלי.

**המשפט בתקופת המנדט מנק' המבט של האוכ' עצמה (של הישוב היהודי) –**

בתקופת המנדט הבריטי, היו ניסיונות של היישוב היהודי לכונן משפט שיהיה גם משפט לאומי. היו קשיים בפרויקט הזה, במאמץ להוציא את המאווים הללו מן הכוח אל הפועל. בתקופת המנדט, היו לא מעט ניסיונות להקים בארץ מוסדות משפטיים ומערכות של בתי משפט, גופים אקדמאיים וכו'. צורך זה נבע משתי סיבות -

1. היה **צורך** במוסדות שיפוטיים, שיעזרו לפתור סכסוכים. החברה היהודית בארץ היא חברה מודרניסטית (כמו כל תנועה לאומית). זו חברה תעשייתית המאמינה ברעיונות הנאורות ולפיכך זקוקה גם למשפט.
2. **סיבה אידאולוגית**- רצון שהעם העברי השב למולדתו יכונן את משפטו העצמאי. היה רצון, שפעם בליבם של הציונים, וממשיך לפעום גם היום, במובן הזה שישראל היא אחת המדינות היוצאות דופן בהתעקשותה לחבר את משפטה בעצמה. בניגוד למדינות העולם האחרות, לא הדבקנו חוקים אחרים לעצמנו, אלא יצרנו חוק ישראלי משלנו. האידיאולוגיה הזו מתבטאת גם בוויכוח הבלתי נגמר על מידת יהדותו של החוק הישראלי.

המוסדות והיוזמות –

1. מוסדות שיפוט – מוסדות שישפטו אנשים בישוב היהודי, שהסתכסכו ביניהם. דוג' – **בתי הדין הרבניים.** חלק מהמשפט גם כיום בארץ, וגם בתקופה הבריטית והעות'מני לא היה משפט טריטוריאלי, אלא דין אישי, שמשתנה מאדם לאדם.

* בתקופה **הטרום מודרנית**, עיקרו של המשפט היה דין אישי. כלומר, לכל קבוצה באוכ' היה את המשפט שלה. המשפט השתנה ממקום למקום, מקבוצה לקבוצה, לכל קבוצה היה את המפשט שלה, משפט פרטי. **עם המעבר לתקופה המודרנית**, המשפט הפך למשפט טריטוריאלי, הוא חל באופן אחיד על כל האזרחים החיים בטריטוריה מסוימת (כמו המשפט של ימנו). זה היה המצב באימפריה העות'מנית, אך מסיבות שונות הטורקים החליטו שתהיה איזושהי מובלעת של דין אישי – דיני המשפחה והירושה לא יתנהלו לפי דין טריטוריאלי אלא הם יהיו דין אישי. הדין האישי יקבע לפי ההשתייכות הדתית של האדם.

ליהודים היו את בתי הדין הרבניים. הבריטים שימרו את המצב הזה, ומצב זה נשמר גם בעת הקמת המדינה. הבריטים הקימו בתי דין עדתיים חדשים, לדוגמא לדרוזים, גם לערבים ניתנה הרשות להשאיר את בתי הדין שלהם. הדרישה של הבריטים הייתה - להשאיר את כללי הצדק הטבעי, שתהיה פרוצדורה קבועה, שיהיה שלטון החוק ושתהיה ערכאת ערעור. פוסקי ההלכה לא אהבו זאת, ולא רצו ליצור הסדרים ותקנונים, אך הלחץ מהיישוב הכניע אותם. נוצר קובץ תקנון שלם של פוסקי ההלכה, הרבנים הראשיים היו מוכנים להכיר בכך שתהיה ערכאת ערעור.

עם תחילת ההתיישבות והעליה הציונית, בתי הדין הרבניים קיוו שהם יוכלו להפוך למעין בתי דין קהילתיים, בתי דין רחבים יותר, שכל אנשי הישוב היהודי בארץ ירצו להתדיין בהם בכל הנושאים האזרחיים. אולם, תוחלתם של בתי הדין הרבניים נגוזה ונכזבה, משום שלמרות שרוב הציבור היה דתי בשלבים הראשונים, הגלגל התהפך לאחר העליות, ובתי הדין הרבניים לא יכלו לספק מענה לכל התחומים הנחוצים. לכן, רוב הציבור הדיר רגליו מבתי הדין הרבניים. מעבר לסמל של אוטונומיה, לא הלכו לבתי הדין הרבניים חוץ מענייני משפחה וירושה, שכן מדובר בתקופה בה רוב היישוב חילוני.

מוסד נוסף שהוא הוא **מערכת בתי המשפט השלום העברי**- מערכת שמוקמת ב-1909, ע"י הישוב המאורגן, במטרה לפתור סכסוכים בתוך הישוב היהודי, ולאפשר ליהודים לגשת למערכת בתי משפט יהודית, שזכתה לתמיכה נרחבת של ראשי הישוב בארץ, נהנתה מגב פוליטי. חלק מבתי הדין היו קבועים, וחלקם נסעו ממקום למקום. השופטים היו נכבדי הקהילה (בת"א ישב דיזנגוף), רובם המכריע לא היו משפטנים, אך מזכירים משפטנים סייעו להם. השיפוט אינו פורמלי, אין סדרי דין וראיות, העיקר שתהיה הכרעה יהודית. המערכת הזו המשיכה להתקיים גם לאחר הכיבוש הבריטי, ולמעשה עד להקמת המדינה. המערכת הופכת לחלק מהמוסדות הרשמיים של הישוב היהודי. שלטונות המנדט הבריטי העניקו ליהודים אוטונומיה לנהל את העניינים הכלכליים והמוניציפאליים של הישוב בעצמם, ובהם מערכת זו. **גם השלטונות הבריטים הכירו במערכת בתי משפט השלום העברי, כמוסד לבוררות.** ניתן היה להגיע לביהמ"ש המנדטורי ולקבל אישור של פסק דין, ורק אז ניתן להגיע להוצאה לפועל. מדובר במערכת שהוכרה הן ע"י הישוב היהודי והן ע"י שלטונות המנדט בארץ.

יחד עם זאת, אחרי עליה הדרגתית של מס' התיקים מאז הקמת המערכת, החל מאמצע שנות ה-20 חלה ירידה בשימוש במערכת זו ובמס' התיקים הנדונים, אנשים מדירים את רגליהם מבתי המשפט השלום העבריים, הם מעדיפים ללכת לבתי המשפט הבריטים.

בנוסף לאלו, לכל התארגנות, קבוצה, מפעל וכו' היו תקנונים ובתי משפט שהיו שופטים בעניינים פנימיים. דוג' - **מערכת משפט החברים של ההסתדרות/מערכת בתי הדין של הסתדרות העובדים** – להסתדרות הכללית של העובדים בא"י הייתה מערכת משפט משלה. מערכת לא-פורמלית , חברי הסתדרות שופטים חברי הסתדרות אחרים, מדובר בשיפוט חברי. ישנה ביקורת הולכת וגוברת על כך שהמערכת הופכת ליותר ויותר פורמלית – תקנונים ופרוצדורה, שכן המטרה הייתה שיהיה הליך בירור חברי.

1. יוזמות שנוצרו ע"י קבוצה/ארגון/תאגיד משפטי – **חברת המשפט העברי**. ארגון זה קם ב-1917 במוסקבה, ע"י 2 משפטנים יהודים חילוניים - פלתיאל דיקשטיין ושמואל נוח אייזנשטט. מטרתו של הארגון הייתה ללוות את תחיית העם היהודי בארצו גם בתחייתו של המשפט העברי. הם קיבלו חינוך יהודי, הכירו היטב את ההלכה היהודית, והאמנו שראוי לבסס את המשפט של המדינה היהודית שתקום על עדנים יהודים, כשאפשר. אם לא ניתן, יש לתקן את הדין היהודי, או להשלים אותו ע"י דינים ממקומות אחרים. יש לעמוד עם רגל אחת במסורת ורגל נוספת בשאר העולם, אין חובה לתפיסה יהודית בכל, יסתמכו עליה מתוך כבוד תרבותי, אך מצד שני ישתמשו בהמצאות של גויים- ייקחו מכאן ומשם.

חברת המשפט העברי קמה מתוך אותה תפיסה תרבותי, לפיה **הציונות צריכה להיות פרויקט תרבותי ושתחיית העם בארצו היא קודם כל מפעל תרבותי**. המקורות האדיאולוגים היו –

1. רחשי הלב של מרבית מיהודי מזרח אירופה, שראו בשאלת התרבות, תחיית התרבות העברית, כחלק אימננטי מהתחייה הלאומית היהודית. ארץ ישראל כמכרז רוחני, צורך בפיתוח תרבות יהודית מודרנית.
2. התפיסה של הזרם ההיסטוריה של המשפט – תפיסה שצומחת בגרמניה החל מראשית המאה ה-19, ומתפשט בכל אירופה. לקראת סוף המאה ה-19 יש לה השפעה גדולה מאוד במזרח אירופה. ההנחה הינה כי המשפט של חברה תלוי בהיסטוריה, בתרבות ובנסיבות חברתיות. לכן, כשיוצרים משפט חדש, לא מספיק להסתמך על עקרונות כללים, אלא יש להתחשב בתרבות ובהיסטוריה של העם, ולפיהם לעצב את המשפט של אותו עם.

לאחר המהפכה במוסקבה הם עוזבים ללונדון ואח"כ לישראל. בארץ, הארגון מצליח. כל מי שהחשיב עצמו, מצטרף לארגון, חילונים ודתיים כאחד. עד לקום המדינה, כל משפטן ראה צורך להיות חבר בחברת המשפט העברי. אנשי הארגון החלו בפעילות אינטלקטואלית ענפה – פורסמו כתבי עת (המשפט והמשפט העברי), הוצאו ספרים, תורגמה ספרות משפטית לעברית (קוד יוסטיניאנוס והאינסטיטוציות של גאיוס), ניסו לסייע למערכת בתי משפט השלום העברי (לסייע לשופטים לשפוט), ניסו לכתוב הצעות לחוקים שיהיו מבוססים על המשפט העברי, הצליחו בשנות ה-30 לארגן כנס בינלאומי בשאלות של משפט עברי. **שיא הפעילות – הקמת בית הספר למשפט ולכלכלה בת"א בשנת 1934.** בשנות ה-30-40 ביה"ס קרטע. בעייתו העיקרית הייתה, שממשלת המנדט לא מוכנה להכיר בבוגריו כמי שיכולים לגשת למבחני רישוי לעריכת דין בארץ.

אולם, חרף הפעילות של חברת המשפט העברי, לא יצא מכך כלום. אף אחד כמעט לא קרה את מה שכתבו, אף הצעת חוק לא התקבלה, הכתבים שפורסמו לא השפיעו על השופטים בבית משפט השלום העברי וכו'.

מדוע לא מצליחים לעשות שום יוזמה בתחום המשפט? אפילו דברים אלמנטריים כמו מוסדות של בתי משפט (בוררויות של שכנים, שמוכרים ע"י הבריטים ושלטונות הישוב) לא מצליחים?

1. תשובות של סוציולוגים – מלחמות היהודים (לחץ חיצוני) – ניתן לראות איך קבוצות אחרות באוכלוסייה, המתנגדות למוסדות וליוזמות, פוגעות בפעילות. רונן שמיר, שדן בבתי משפט השלום העבריים, מראה שכולם הסכימו עם הרעיון, אך אף אחד בעלית היישוב לא אהב את המוסד עצמו. הרבנות לא אהבה אותו, כי מהו משפט שלום עברי שלא מתבסס על ההלכה? הם ניסו לעשות כל שביכולתם כדי להרוס למשפט השלום העברי- עצרות, הפגנות וכו'. גם העלית הפרופסיונלית לא אהבה את בית משפט השלום העברי, מדובר במשפט עממי ולא נדרשו משפטנים. עורכי הדין בארץ לא אהבו את מערכת המשפט השלום עברי, הפנו את לקוחותיהם למערת בתי המשפט הבריטית, על מנת לקבל שכר. גם ראשי היישוב לא רצו לתמוך, כי לא רצו להיכנס למריבות עם ראשי השלטון המנדטוריים. ניתן לראות שהאוניברסיטה העברית עשתה כל שביכולתה להרוס לביה"ס של חברת המשפט העברי, היא רצתה מונופול על התחום. מלחמות היהודים תקעו רבות מהיוזמות לקידום המשפט.

האליטות ביישוב לא אהבו את מערכת משפט השלום העברי. **בתי הדין הרבניים** לא היו מוכנים לקבל מוסד שיפוטי שאינו פוסק, בצורה מלאה, על פי ההלכה היהודית. **האליטה המקצועית של עורכי הדין** התקשתה לקבל מערכת עממית שקמה מלמטה ולא הצריכה תוון של עורכי דין. **המנדט הבריטי** לא התנגד למערכת, אך לא עשה דבר לקידומה. **ראשי היישוב היהודי** העדיפו לכרות ברית עם הברטים (קולוניאליזם כפול), ולפנות לערכאות הבריטיות.

1. סיבה פנימית - היוזמות בשדה המשפט לא הצליחו מאותן הסיבות שהן לא מצליחות כיום, לאף אחד אין מושג מה הוא משפט עברי. כשאנו רוצים ליצור חברה ומדינה חדשה וליצור לה משפט, מה הכוונה ביצירת משפט יהודי-ישראלי-עברי משלנו? יחד עם זאת, הבעיה חמורה- זוהי בכלל שאלה של מיהו יהודי, מהי התרבות היהודית וכו'. שאלות שמטרידות וקורעות את החברה היהודית המודרנית ב-200 השנים האחרונות. שאלות שאן להן פתרון מספיק טוב. יש וויכוחים בין דתיים לחילוניים. הציונות צומחת במדיה רבה, כדי להשתיק שאלות אלו – ניסו לאחד את כל הקבוצות. אולם, עדין מדובר בשאלות מטרידות, אפילו על השם לא ניתן להסכים. ברגע שבאים לחבר את המשפט, ליצור את המשפט למדינה החדשה, עולות שאלות מטרידות – מה היחס לתרבות היהודית? מאילו אבנים נרכיב את המשפט העברי-יהודי? רק מההלכה היהודית? ואם לא, באיזה מינון? מאיזה אסכולות משלמים חסרים – הקונטיננטלית או האנגלו-אמריקאית? השראה מהתרבות המערבית או המזרחית? איך מתייחסים לתרבות היהודית? אחד הוויכוחים היה **הוויכוח לגבי ההלכה היהודית. כולם מסכימים שיש ליטול מההלכה היהודית, אך לא ברור כיצד לעשות זאת.** מדובר **בוויכוח פנים-דתי** שלא נפסק עד להיום. ישנן בעיות קשות בפרויקט הזה, הוא חדשני לחלוטין מבחינת היהדות, לא היה דבר כזה בעבר.

כשמחברים שאלות אלו למשפט, העניין הופך לבעייתי עוד יותר, שכן המשפט דורש זיקה לתרבות המקומית, התוכן של חברה מסוימת חייב להיות מותאם לאופייה של החברה. מצד שני, המשפט הוא נורמה שאומרת לאנשים איך להתנהג, נורמה המופעלת ע"י מוסדות, שאוכפים את המשפט.

הוויכוחים נשארו עקרים ולא התבטאו בתוצאות בשטח, משום שהציבור היהודי גם דתיים וגם חילונים וגם התנועה הציונית הצביעו כנגד זה ברגליים. העולים הגיעו ורצו לעשות זאת בשלבים, **קודם יש להקים חברה ורק אז ליצור משפט עברי**. יש לקדם את הוודאות והיציבות של המשפט. היה רצון לדאוג פרוצדורלית לחברה הישראלית ורק לאחר שתתבסס, יצרו חברה חדשה ויבצעו תחייה תרבותית. לא הייתה סיבה לא לדון בחוקי הבריטים. **לא היה זמן לבנות משפט ותרבות, היה צורך לבנות מדינה.** ראשי היישוב העדיפו לשתף פעולה עם המשפט הבריטי.

נטען כי מה שיקדם יותר את היישוב היהודי, כחברה מתקדמת, היה מימוש הצורך בשלטון חוק, גם אם החוק הוא אנגלי. עדיפה היציבות על פני גאווה גדולה. עדיף חוק של גויים, מאשר כאוס. לחיות במדינת חוק לא פחות חשוב מהזהות היהודית. בבתי המשט הבריטיים מצאו אנשי היישוב וודאות, סדר ויציבות. מדובר בהעדפה מלמטה ולא הנחייה מלמעלה.

הסיבות הפנים דתיות, שגרמו לא להשתמש במערכות המשפט העברי / קשיים פרקטיים –

1. בעיה מעשית – מה זה משפט ישראלי/עברי? אך מבצעים את השימוש בהלכה היהודית? אחד הוויכוחים הסוערים מאז שנות ה-20 הוא הוויכוח שמתנהל בתוך החברה הדתית - האם ניתן לקחת את ההלכה היהודית ולהפכה למשפט המדינה? תיאורטית כן, אך האם מבחינה מעשית ניתן לעשות זאת? כיום המיינסטרים בקרב הציונות הדתית קובע שזה בלתי אפשרי. יש גישות שחושבות שיש להפריד דת ומדינה. פרקטית זה כמעט בלתי אפשרי, לא רק משום שיש צורך להחליט ע"פ מי נוהגים (ספרדים או אשכנזים), אלא הדבר נוגע לשורשי התפיסה של מה זה יהדות. עשיית קודיפיקציה במשפט העברי הינה בבחינת זעזוע עמוק. זה קשה גם מבחינה פרקטית, יש מאות אלפים פסקי הלכה, כיצד לוקחים את הכל והופכים זאת לקודיפיקציה, לחוקים?
2. לא היה שלטון שמהווה גב אחד להלכה - **הפילוסופיה של ההלכה היהודית היא פלורליסטית** – אלו ואלו דברי אלוהים חיים. ביצוע קודיפיקציה הינו דבר קשה. היהדות התפתחה בסביבה בה לא הייתה ריבונות יהודית. היהדות מעודדת דעות שונות - "אלו ואלו דברי אלוהים חיים", העיקרון של "עשה לך רב", ולכן היהדות התפתחה כדת פלורליסטית.
3. ההלכה שותקת לגבי לא מעט תחומים – ההלכה לא מכסה תחומים רבים. ההלכה התפתחה כשלא הייתה ריבונות יהודית, המשפט הציבורי לא היה קיים בהלכה היהודית. עם תהליכי המודרניזציה, החוק הפך לחוק טריטוריאלי, המדינות פחות הסכימו לקבל גטאות משפטיים יהודיים, היהודים היו מחויבים ללכת לבתי המשפט של המדינה. יהודים רבים פנו לערכאות של גויים, כי החוק שחל באזור חייב אותם. לא היו חידושים הלכתיים בהרבה מאוד תחומים, והיהודים פנו בעניינים אלה למשפט המדינה. במקביל, ישנם תהליכים חילון ואמנסיפציה, פוסקי ההלכה חשים מאוימים, הם מסתרגים ומסרבים לשנות, חרף הדרישות לתיקוני דת. הדבר גורם להתאבנות של ההלכה.

התוצאה- אין הלכה לאחר 100-200 שנה. ההלכה יכולה לקלוט לתוכה שיטות משפט אחרות ולתת להם הכשר, כל עוד הם לא מנוגדים להלכה, אך לא ניתן ליצור הלכה. יש פחד להעז ולחדש.

1. אין דבר כזה משפט עברי – ישנה בעיה מ**בחינה דתית**, אי אפשר לקחת קצת מההלכה ולבנות ממנה משהו מודרני. ההלכה היא גוף דתי אוניברסלי, ניתן בתוך ההלכה לעשות פיקציות וכו', אך אם רוצים לחדש לגמרי, זה לא אפשרי. זה יצר מתחים רבים, רבים אמרו שיש לקחת הכל או כלום, לא ניתן לעשות שילובים חדשים. טענת רבים הייתה שפרויקט המשפט העברי האחיד הוא בדיחה כי אינו חלק מההלכה, זה יפה מבחינה תרבותית, אך זה לא ההלכה.
2. בעיית הסמכות – רק פוסקי ההלכה מוסמכים ליצור הלכה. כדי לנהל מדינה מודרנית יש צורך למצוא דרכי הסמכה, שמי שמוסמך יוכל להאציל סמכויות ולאפשר לאחרים לפסוק הלכה גם כן.

מכל הסיבות לעיל, קשה לקחת את המאבקים התרבותיים ולהכניס אותם לעולם המשפטי. איך מתרגמים זאת דה-פקטו למשט? לסיפור יש להוסיף את הרוב החילוני וההתלבטויות התרבותיות האחרות. אין הסכמה כמעט על שום נושא.

**הפתרון לבעיה של התנועה הציונית היה לא להזכיר את הבעיה**. הבעיה התרבותית קיימת, אך לא נכנסים אליה. ההנחה – המשותף רב מהמפריד. החיים ביחד ייצרו את הביחד. הפתרון – **השארת העניינים ברמה ההצהרתית, ולא האופרטיבית.** לא נוגעים בעניינים שבמחלוקת. אין הדבר אומר שלא מתפתחת תרבות יהודית. יש תרבות יהודית מפוארת. מתפתחת קהילה יהודית משכילה ותוססת.

בתקופת המנדט, הפתרון הציוני התאים לתחושות הבטן של הרוב המכריע של הציבור היהודי בארץ. כשזה הגיע למשפט, הרוב המכריע, ללא קשר לעמדה הפוליטית, לא הכניס את הראש הבריא למיטה החולה. היהודים לבד התנתק, ולא הלכו לבית המשפט העברי, למזל. האוכ' היהודית לא התעסקה השאלות התרבותיות המורכבות. **היהודים בעצמם לא הולכים למוסדות העבריים ותומכים ביוזמות לכינון משפט עברי.** את היהודי מעניין מצבו הפרטי האישי – להקים את החברה/למכור את העסק, לא מעניין אותו תחיית המשפט העברי. **היהודים לא הולכים לבתי הדין היהודיים, מעוניינים בפסיקה לפי החוק (ולא לפי צדק).** הסיבה שהדברים נכשלים בתקופת המנדט – הם לא מגובשים ולא מצליחים להתגבש, בשדה המשפט הדבר בעייתי, משום **שהאנשים בתחום המשפט מחפשים וודאות ויציבות**, גם אם המשפט נוצר בלונדון. זוהי הסיבה המרכזית לכך שהניסיונות למשפט יהודי-עברי מקורי לא מצליחים בתקופת המנדט. האוכ' מצביעה לבדה ברגליים.

**הקמת מערכת המשפט בארץ –**

מדובר בשנים הראשונות לאחר הקמת המדינה. הטענה הינה כי כבר מזמן הקמת המדינה הייתה הקפדה על עקרונות שלטון החוק והדמוקרטיה. לכאורה, זה לא נראה כך. יש שטענו, שהחברה הישראלית אינה לגליסטית, אלא חברה שבזה למשפט ולא מבינה את רעיון שלטון החוק. הנמקותיהם מתבססות על נסיבות עובדתיות - מהיכן ההקפדה על שלטון החוק והדמוקרטיה, מהיכן תצמח חברה לגליסטית, שכן מרבית העולים הינם ממזרח אירופה ומהעולם המוסלמי, אזורים בהם לא שררו שלטון חוק ודמוקרטיה. כמו כן, היהודים, במהלך ההיסטוריה שלהם, היו מורגלים לעקוף את החוק, שהיה חוק של גויים (הדבר נכון הן לעולים והן לתושבים היהודים המקומיים). לכן, לא צמחה חברה שוחרת חוק ומשפט.

התשובה – עובדה! יש להסתכל על מה שנוצר. אם מסתכלים על המצב שהיה קיים, הרי שישראל הייתה דמוקרטיה שומרת חוק, כנגד כל הסיכויים. ישראל הייתה המדינה היחידה (יחד עם הודו) שהוקמה בתהליך הד-קולוניאליזציה. היא הוקמה ונשארה דמוקרטיה. מעבר לכך, הציבור היהודי גם במזרח ובמרכז אירופה עבר תהליכים מואצים של מודרניזציה. ניתן לראות שהתנועה הציונית הביאה עמה את הרעיונות הללו, מדובר בתנועה מודרניסטית שחרטה על דגלה את רעיונות הנאורות וההומניזם, המדע והתבונה – האדם כיצור חופשי ודגש על זכויות האדם. הציונים הביאו עמם בנוסף את הרעיונות הפוליטיים המודרניים. הישוב בארץ היה ממושפט ברמה גבוהה, לא היה קיבוץ/מושב שלא היו לו תקנונים, חוקות ופרוצדורות.

כאשר היהודים מגיעים לארץ הם מגיעים כשיש מאחוריהם 150 שנים לפחות של מודרניזציה, חילון לגבי ההשכלה. לכן, אין זה מפליא שאותם אנשים שהגיעו ממזרח אירופה מקימים מדינת חוק דמוקרטית, שכן הם עברו תהליכים של מודרניזציה. החברה שהוקמה בארץ הייתה בעלת רעיונות מודרניים של כלכלה ושל חברה. הטענה שהחברה הישראלית אינה לגליסטית בעייתית, שכן אם מסתכלים פנימה, מדובר בחברה מאוד לגליסטית, חברה המושתת על טקסטים משפטיים, היהודים חושבים משפטית באופן אינטואיטיבי.

השלטון התורכי עבר רפורמות במאה ה-19, הייתה מערכת משפט אדמיניסטרטיבית, היה רצון להפוך את המצב למודרני, ליהודים יש אוזן קשבת לרעיונות החדשים. בן גוריון, שרת וכו' הלכו ללמוד משפטים בקושטא, הם רצו ללמוד משפטים ולהיות חלק מהאליטה התורכית וע"י כך להשפיע על מה שקורה בארץ. לאחר מיכן, בתקופת המנדט הבריטי, הציבור היהודי וצמרת היישוב בכלל משתפים פעולה עם המשפט הבריטי, רואים זאת כנכס. העובדה שמקפידים על שלטון החוק, עיתון רשמי(הרשומות), בתי משפט מסודרים- זה נכס, זה תורם להתפתחות של המשק העברי המתועש המתוחכם. מדינה היא פרויקט מודרני, חברות טרום מודרניות לא הקימו מדינות, רק חברות שהגיעו לרמת פיתוח כלכלי ותפיסתי מסוים. מכאן שיתוף הפעולה עם הבריטים, הציבור היהודי הולך לבתי המשפט של הבריטים כי הם מספקים שלטון חוק. החברה העברית, הציונית הייתה מודרנית- נשים מ-1898 יכלו להיבחר, עשרות שנים לפני שנשים באירופה יכלו לבחור. היה ברור לכולם שדמוקרטיה היא הדבר היחיד.

כאשר מוקמת המדינה, כבר מההתחלה הייתה **הקפדה על עקרונות שלטון החוק והדמוקרטיה** –

תחום המשפט היה אחד התחומים שהישוב היהודי לא בנה לו מוסדות רציניים. הישוב היהודי בארץ הסתמך בעיקר על המשפט הבריטי. בעת הקמת המדינה, היה צורך להקים מוסדות מאפס. התכנון לגבי המשפט מתחיל כבר כמה חודשים לפני הקמת המדינה, החל מהחלטת כט' בנובמבר- הישוב היהודי החל להתארגן לקראת הקמת המדינה. כאשר המדינה מוקמת, מוקם גוף מבצע (י"ג- 13 חברים) – **וועד המצב**, שתפקידו היה להכין את הקמת המדינה. לגוף זה היו וועדות משנה, שכל אחת מהם עסקה בתחום אחר. כמו כן, הוקם גוף מעין מחוקק (ל"ז- 37 חברים) – **המועצה המשפטית**, שתפקידו היה כפול –

1. נועד להעניק ייעוץ משפטי לוועד המצב.
2. וועד המצב היה אמור להכין את המשפט למדינה שתקום.

כל עורכי הדין החשובים של הישוב מונו לגוף זה – זמורה, הורוביץ וכו'. 37 עורכי הדין הללו הקימו וועדות משנה, לכל תחום במשפט – חוקתי, מנהלי, שילוב המשפט העברי וכו'. הם מתכנסים ונושאים נאומים, אך לא יוצא דבר מעבודתה של המועצה המשפטית. מכמה סיבות –

1. יש כבר מלחמה קשה – יש קושי פיזי להיפגש בעת המלחמה, ירושלים נמצאת תחת מצור.
2. הייתה בעיית אגו בין כל עורכי הדין.
3. בזמן כה קצר קשה עד בלתי אפשרי לתכנן את המצב המשפטי שיהיה.

5 עורכי דין צעירים שמונו כמזכירי הוועדה, הם אלו שעושים את העבודה – חיים כהן, אורי ידין, שבתאי רוזן, אשר ויטא, ויהודה גולן. המלצתם העיקרית – **לשמור על המשפט הבריטי כמו שהוא, אין זמן ליצור יצירות חדשות, חשוב לשמור על הסדר והוודאות.**

כל התוכנית המקורית משתנה. לפי החלטת האו"ם היה לוח זמנים מסוים, אף שום דבר מזה לא יצא אל הפועל. החלה מלחמה אזרחים קשה יממה לאחר ההחלטה. ב-15 באפריל, הפרלמנט הבריטי מקבל החלטה שבתוך חודש ימים הנציב העליון יעזוב את הארץ. הדבר מעיד על הבלגן ששר בארץ, הבריטים חשבו תחילה שהם יישארו בארץ למרות ההחלטה, אך בפועל מתקבלת החלטה לעזוב במהירות את הארץ, הם עוזבים את הארץ מבלי שנעשתה העברה מסודרת של תחום המשפט. היה צורך להתניע הכל מחדש מאפס.

לכן, מרשימה ההצלחה של מדינת ישראל בהקמת מערכת משפט מודרנית הפועלת לאור העקרונות של שלטון החוק. מרשים הוא שהוקמה, לאור הנסיבות לעיל והמלחמה הקשה (עוצר, אין אוכל ודלק, מצב כלכלי קשה ועלייה גדולה לארץ), מערכת משפט מתפקדת. בתוך כל הבעיות, היציבות של מערכת המשפט מעוררת כבוד. יממה לאחר הקמת המדינה, רוב בתי המשפט נפתחים בהדרגה ומתחילים לעבוד, בשבוע הראשון של הקמת המדינה.

ההקפדה על השארת המשפט הבריטי על כנו הינה למען יציבות חברתית ומשפטית. נשמעות קריאות בשנים הראשונות – למה המשפט הבריטי ולא המשפט העברי? שר המשפטים הראשון טוען כי **היציבות המשפטית היא החשובה, ואין זה משנה היכן חוברו החוקים.** מקור החוק ותוכנו אינם רלוונטיים לאת עתה. יש הקפדה על היציבות וההמשכיות של המערכת.

מעבר לכך, ישנה **הקפדה על לקיים את הדרישות של מדינת שלטון חוק** – **שהמשפט יהיה מפורסם** - **פומבי ופוזיטיבי.** כבר בשבוע הראשון להקמת המדינה, המשפט מפורסם, יוצא לאור העיתון הרשמי, למרות המלחמה והמצב הקשה – ביטוי לעקרון החוקיות. בעיתון מפורסמים כל החוקים והתקנות, כל ההחלטות החשובות של המדינה (מינויים, תוכניות בינוי וכו'). אורי ידין מתאר בספרו את הבעיות ששררו באותה עת. נקבע כי לחוקים הנסתרים אין תוקף במדינת ישראל. חוק שלא פורסם, הינו חסר תוקף.

**הייתה הקפדה על כך שיהיה משפט מתפקד, שיהיה רצף, שלא יהיה וואקום משפטי**. זהו דבר יוצא דופן, משום שבד"כ בעת מלחמות ומהפכות בעולם, משעים את הסדר המשפטי, מבטלים אותו, המשפט מתנהל ע"פ צווים של מפקדי הצבא, יש משפטי שדה וכו'. בארץ המשיך להתנהל המשפט האזרחי הרגיל. היה מקרה אחד בלבד של משפט שדה, שמארגניו הועמדו לדין. בישראל לא השעו את הסדר המשפטי.

**ישראל היא מדינת חוק גם ברמה הצבאית**. כאשר מגיעות ידיעות על מעשי זוועה של חיילים ישראלים, הממשלה יוצאת מגדרה, בן גוריון טוען כי צריך לחשוב על הוצאה להורג של חיילים כאלו. בן גוריון מזמן כאת כל ראשי השיפוט הצבאי – מעוניין בחוק שיפוט צבאי באופן מידי, אך הדבר לא קרה בפועל. על מנת למנוע וואקום שיפוטי, מאמצים את **חוקת השיפוט של ההגנה**, אותה הכנסת מקבלת כתקנות לשעת חירום. אחת הסוגיות שדרשו פתרון – מה עושים עם הרכוש של הפליטים הערבים? הצבא מעמיד חיילים, שלא יתירו את הביזה, אך בהרבה מאוד מקרים זה לא עוזר. ומה עושים עם רכוש מתכלה?

היה ניסיון **שמערכת המשפט תהא עצמאית**, מתוך הבנה ששלטון החוק דורש מערכת משפט שתהא מנותקת מיחסי הכוחות וההיררכיות בחברה. היה מאמץ לשמור על עצמאותו של ביהמ"ש. מערכת המשפט נהנתה מהעובדה שלישוב היהודי מערכת משפט משלעצמו, המדינה לא ירשה מערת משפט עם מפתח פוליטי, לפי מפלגות. הקימו מערכת מאפס, וניסו להשתית אותה על ערכים מקצועיים.

**היה מאמץ לכונן מערכת משפט עצמאית**, הדבר נכון לכל הרמות – הפקידות, היועמ"ש לממשלה והשופטים. נקבע סולם דרגות ושכר. המשפטנים התארגנו תחת הארגון המשפטי. נקבע כי בכל מוסד ממשלתי תהיה מחלקת משפטית, שתהיה כפופה מנהלית לשר, אך מבחינה מקציעות כפופה אך ורק ליועמ"ש לממשלה. חוות הדעת של היועמ"ש לממשלה חייבו את המחלקות המשפטיות. יש עצמאות לכל הפקידות המשפטית, מבחינה מקצועית היא לא כפופה לגורמים הפולטים, אלא אך ורק ליועמ"ש לממשלה.

היועמ"ש לממשלה הוא מעין "חיה מוזרה" – פקיד ולו סמכויות רחבות בהעמדה לדין, ביעוץ לממשלה, בפיקוח על מערכת המשפט במדינה, אך הוא פקיד, הוא לא שר בממשלה.

כבר משנת 1948, המעמד העצמאי של היועמ"ש לממשלה נשמר. עצמאותו של היועמ"ש קובעת במסגרת שתי פרשות ריגול –

1. סילבסטר נ' מדינת ישראל – שני אזרחים בריטים ריגלו לטובת הלגיון הירדני. משרד החוץ הבריטי זעם על העמדתם לדין. משרד החוץ דרש לשחררם כפרסונה נון גרטה, אך בפרקליטות לא הקשיבו וסרבו לשחררם. היועמ"ש לממשלה, שפירא, מסרב לשחררם. השנים הועמדו לדין – המחוזי מצא אחד מהם זכאי מחמת הספק. סילבסטר נמצא אשם, הוא הגיש ערעור, שהתקבל מחמת הספק. השניים מגורשים מהארץ. עיתונות החוץ שיבחה את מערכת המשפט הישראלי.
2. פרשת מאיר טוביאנסקי – טוביאנסקי היה מפקד מחנה שנלר של שדה התעופה בעטרות, הוא נחשד בשיתוף פעולה עם הבריטים והירדנים. התקבל אישור מהתובע הכללי לעצור אותו, אך הוא הובא למתחם בית ג'יס ולא לחקירה. הוא הועמד למשפט שדה, לא נתנו לו להתבטא ולהגן על עצמו. נקבע שהוא אשם בריגול ובבגידה וגזר הדין היה מוות, גזר הדין הוצא לפועל באופן מידי. רק לאחר הירי נכתב פרוטוקול המשפט ופסק הדין. בן גוריון הורה לפרקליט הצבאי הראשי לחקור את הפרשה, והוא קבע שטוביאנסקי לא אשם, משום שהיו ספקות חמורים, לא נערך לו משפט תקין ולא נתנו לו להיות מיוצג ולהביע את דעתו. בן גוריון התנצל בפני המשפחה והיא קיבלה פיצויים. אך כל זאת לא הספיק עבור היועמ"ש לממשלה, שהחליט שהאשמים בארגון משפט השדה יועמדו לדין אזרחי בגין רצח. הארץ סערה וגעשה – לא מקובל להעמיד את ראש שירותי המודיעין לדין. היה רצון לשמור על העניין בתוך צה"ל, היה ניסיון עז למנוע את המשפט. מעבר לכך, הייתה טענה כי מדובר ברדיפה פוליטית של ראש שירותי המודיעין. שרי מפאי, ובראשם משה שרת, פנו ליועמ"ש לממשלה במטרת שירד מהסיפור, שכן מדובר ברדיפה פוליטית. שפירא, בדומה למקרה של סילבסטר, דחה את הבקשה. אין זה משנה מהיכן הנאשם, אסור לקיים משפטי שדה. שפירא טוען כי **היועמ"ש איננו רק עו"ד של הממשלה, אלא הוא ממונה על שלטון החוק בארץ**, ולא יכול להיות שיתקיים משפט שדה בלי אשם. יסער בארי הועמד לדין והורשע.

**המקרים הנ"ל מחזקים את עצמאותו של היועמ"ש לממשלה.** **עצמאות שקיימת עד לימנו.**

ישנה הקפדה על **עצמאות השופטים** –

1. רוב השופטים שהיו בעת המנדט, המשיכו לכהן גם בתקופת המדינה, פרט לשנים, ללא כל קשר להשתייכותם הפוליטית.
2. היה ברור כי הכנסת והממשלה לא צריכות להיות מעורבות בבחירת שופטים. מי שמינתה את שפטי ביהמ"ש העליון הייתה הממשלה, בהמלצת היועמ"ש לממשלה, באישור הכנסת. **השאלה הפוליטית לא היוותה נושא לדיון בעת בחירת השופטים.** לעניין ביהמ"ש העליון, ישנה טענה שהרכב השופטים היה הרכב מאוזן פוליטית. הקומבינות היו משפטיות, ולא פוליטיות – דילים בין משרדי עורכי הדין הגדולים. הרשימה מאוזן מבחינה פוליטית, אך מדובר במשהו יוצאי דופן, משום שאלה שלושת הגורמים המרכיבים את אוכ' הישוב היהודי. אין שום עדות להתערבות ולפגיעה בעצמאות השופטים. הממשלה לא קבעה את משכורות השופטים, מלכתחילה בתי המשפט היו מחלקה עצמאית במשרד המשפטים.

**מערכת המשפט בארץ, כנגד כל הסיכויים, למרות הרקע של היהודים שהיגרו לארץ והאוכ' המקומית, ולמרות המלחמה הקשה, המצב הכלכלי והטלטלות הדמוגרפיות (בריחת הערבים והעלייה הגדולה), מוקמת דמוקרטיה שומרת חוק ומערכת משפט מתפקדת, אין וואקום משפטי.**

**תהליכים של שינוי והמשכיות במשפט בארץ –**

אחת השאלות העיקריות שעניינה את המשפטנים בארץ הייתה – עצמאות מערכת המשפט, הן מבחינה פורמלית (האם המשפט הישראלי, פורמלית, כפוף למשפט זר?), והן מבחינת התוכן.

**הבחינה הפורמלית –**

כאשר הוקמה המדינה, ישראל שימרה את המשפט שהיה קיים קודם לכן, המשפט המנדטורי, ואיתו נשתמרו גם כמה "חבלים" שקשרו בין המשפט המנדטורי למשפט הבריטי, באנגליה. כשהאנגלים שלטו פה, הם התייחסו לא"י כאל קולוניה אנגלית, הכפופה במובנים מסוימים למשפט באנגליה. הבעיה – ברגע שהוחלט לשמר את המשפט המנדטורי, שימרנו גם את אותם צינורות שקשרו בין המנדט למשפט בבריטניה. עלתה השאלה – מה קורה עכשיו? מחד, אנו מדינה עצמאית, ומאידך ישנם דברים הקושרים ומכפיפים את המשפט הישראלי למשפט האנגלי.

היו שלושה צינורות שקשרו בין המשפט הישראלי למשפט האנגלי –

1. שאלת התקדימים – **האם תקדימים אנגליים מחייבים גם את ביהמ"ש בארץ (בתקופת המנדט היה ברור שכן)?** התעורר ויכוח גדול, שהחל כבר עם הקמת המדינה. הוא החל מהפרקטיקה, עו"ד פנו לביהמ"ש והסתמכו על תקדימים מהמשפט האנגלי. הדיון הגיע לביהמ"ש העליון, ובפ"ד משנת 1954, **כוכבי נ' בקר**, נפסק **שתקדימים אנגליים שניתנו אחרי ה' באייר תש"ח, 14 במאי 1948, לא מחייבים בארץ!** כלומר, תקדימים אנגליים, מלפני הקמת המדינה, כן מחייבים. ביהמ"ש לא כפוף יותר לפסיקה אנגלית, שניתנה לאחר הקמת המדינה. התוצאה - המשפט הישראלי הלך והתנתק, לא רק דה-יורה (באופן משפטי), אלא גם דה פקטו (מבחינת התוכן), מהמשפט האנגלי. ככל שהתקדם הזמן, לא רק שביהמ"ש ניתק את הקישור למשפט האנגלי, אלא שהפסיקה אנגלית פחות ופחות השפיעה על הפסיקה בארץ, כמסופר במאמרו של רון חריס.
2. שאלת הפרשנות – **רוב הפקודות (החוקים מתקופת המנדט), קבעו במפורש, שלצורך פרשנות שלהן, יש לפנות למשפט האנגלי**. דוג' – פקודת הנזיקין. עם הקמה המדינה, נקלט המשפט המנדטורי, ונקלטה גם פקודת הנזיקין ובה סעיף הפרשנות. בשנים הראשונות, אין זה עורר איזושהי תרעומת, אלא להפך, לא הייתה פסיקה ישראלית וכתיבה אקדמית ישראלית, והיה נוח שיהיה סעיף המפנה למשפט האנגלי לצורכי פרשנות – הדבר קידם את היציבות והוודאות של המשפט. אולם, ככל שחלפו השנים ונוצרה חקיקה ישראלית (גל החקיקה הישראלית החדשה משנות ה-70-60), החל ויכוח. היו שטענו, ובהם **פרופ' טדסקי והשופט ברק**, שאין צורך לפנות, לצורכי פרשנות, למשפט האנגלי כמקור מחייב, משום שיש מספיק מקורות ישראלים. על כן, הסעיפים המפנים הופכים לאות מתה. מנגד, היו שטענו, ובהם **פרופ' פרידמן**, שעם כל הגאווה הלאומית, הסעיפים קיימים בחוק המחייבים לפנות למשפט האנגלי לצורכי פרשנות. זהו המצב, ואם אנו רוצים בשינוי, יש לעשות זאת בצורה פוזיטיבית ע"י חוק של הכנסת.

ב-1972 הכנסת תיקנה את **פקודת סדרי השלטון והמשפט**, הוסיפה **סעיף המבטל את כל סעיפי ההפניה לצורכי פרשנות** – נקבעה כי לסעיפים אלה אין תוקף.

1. שאלת החסר המשפטי / הלאקונה – מה קורה, כאשר השופט לא מוצא תשובה בחוק או בפסיקה? סימן 46 לדבר המלך, קבע שבמקרה כזה (אם יש חסר במשפט המנדטורי), שופטים צריכים ללכת למשפט האנגלי. פה התעוררה הבעיה המרכזית, זהו עיקר הוויכוח שהתעורר בין השופט ברק לפרופ' פרידמן. **השופט ברק**, כמשפטן לאומי, טען כי מדובר במדינה עצמאית, יש מספיק חקיקה, פסיקה, כתיבה משפטית ועולם משפטי, וניתן לקחת מהם במקרה של חסר במשפט. אין צורך לפנות למקורות אחרים, ובהם החקיקה האנגלית הישנה. **פרופ' פרידמן**, מנגד, טען ש"חוק זה חוק". גם אם מסכימים עם עמדת ברק, יש חוק, ולפיו יש לפעול.

בסופו של דבר, באמצע שנות ה-70, ברק מונה לתפקיד היועמ"ש לממשלה, ואחד הדברים הראשונים שעשה – **ביטול סימן 46**, היינו ביטול מבחינה פוזיטיבית, כפי שדרש פרידמן. **אקט הביטול, שנכנס לתוקף בחוק יסודו המשפט (1981) ניתק סופית את המשפט הישראלי מהמשפט הבריטי והפך אותו סופית, מבחינה פורמלית, למשפט עצמאי.**

**מבחינת התוכן –**

הוויכוח הוצת מחדש. **כשביטלו את סימן 46 לדבר המלך, היה צורך לקבוע מה יהיה מעכשיו דין השיור הישראלי, מה יעשו שופטים במקרי לקונה?**

מדינות מודרניות, מסיבות פוליטיות, רוצות בעוגן בחוק שיורה לשופטים מהו דין השיור, היינו כיצד עליהם לנהוג במקרי לקונה. הפתרון של משרד המשפטים, תחת הנהגתו של ברק כיועמ"ש, היה להעתיק פתרון בהשראת החקיקה האירופאית. כל הקודקסים האירופאים כוללים סעיף לעניין דין השיור. הבעיה –כשהעניין הגיע לכנסת, התעורר בלגן – חברי הכנסת, בעיקר מהמפלגות הדתיות, הזדעזעו - איך אפשר לפנות לעקרונות הכללים של השיטה? למה להעתיק מהקודקס הגרמני והשוויצרי? אנו מדינה יהודית, למה לא לפנות להלכה היהודית? לטענתם, לא מקובל וראוי, שדין השיור לא יהא ההלכה היהודית, או המשפט העברי.

הפתרון – **סעיף 1 לחוק יסודות המשפט**. לכאורה, נותק המשפט הישראלי מהמשפט הבריטי, אנו עצמאיים לחלוטין, גם מבחינת התוכן.

**חוק יסודות המשפט הוא בבחינת מהפכה במשפט הישראלי ובתפיסות הפוליטיות והחברתיות של הציוניות.** עד 1981, לא ניתן למצוא חקיקה של הכנסת המזכירה את המילה "יהודי". זוהי המדיניות. חוק יסודות המשפט ביצע מהפכה במובן זה.

**שאלת הזהות והתרבות** היא שאלה שהעסיקה את הציבור היהודי המודרני ב-200 השנים האחרונות, מאז תהליכי החילון והמודרניזציה. היה זה נושא טעון במיוחד. הפתרון של התנועה הציונית – לא מכניסים צרה זו לדיונים הפוליטיים, לא מתעסקים בזה. התנועה הציונית סירבה לדון בנושא זה.

**אחד העם** טען, שהפתרון של התנועה הציונית להקים מדינה בא"י מופרך. לגישתו, לעניין בעיית הזהות והתרבות, **יש להקים מרכז רוחני בא"י**. **התנועה ציונית** התנגדה לכך בתוקף, זהו פתרון מסוכן, שיקרע את התנועה הציונית מבפנים. לכן, **יש לבנות ישות ריבונית ופוליטית, מדינה**, בתוכה היהודים יהיו חופשיים לעצב את תרבותם כאוות נפשם, שכן יהיה רוב יהודי – ניתן יהא לנהל תרבות יהודית בפרהסיה. איך תראה התרבות? דיה לצרה בשעתה. זהו הפתרון הקלאסי של התנועה הציונית. **זהו הפתרון גם של מדינת ישראל.**

דוג' – **חוק הירושה**. חיים כהן, יהודי חרדי עד לשנות ה-20 של חיו, חיבר חוק ירושה המסתמך ברוב סעיפיו על ההלכה היהודית, מלבד שני נושאים – ירושת בנות וירושת בכור, ששונו בהצעת החוק. חיים כהן טען, כי אין זה מתקבל על הדעת שבמדינה דמוקרטית בנות לא יוכלו לרשת. הרבנים לא הסכימו לכך, ונוצר פיצוץ. מאז, **המדיניות של משרד המשפטים - בכל הקשור לשילוב ההלכה היהודית, לא משלבים אותה במשפט הישראלי. נקבע, שההלכה היהודית לא משפיעה מבחינת התוכן על המשפט הישראלי.** כל זאת, כדי לא לעורר מלחמת תרבות.

**הפתרון של מערכת המשפט הייתה להשאיר את ההכרה בהלכה ברמה הסמלית. ההלכה היהודית משומרת ברמה הסמלית**. פתרון זה היה נוח לכלל הציבור הישראלי, הדתי והחילוני. ברמה הסמלית, מאז הקמת המדינה, יש שופט בביהמ"ש העליון, שהוא כיסא המשפט העברי. דוג נוספת – מחלקה עברי במשרד המשפטים, המציגה את עמדת המשפט העברי לעניין חוק מסוים. כמו כן, שמותם של חוקים רבים נלקחו מההלכה – "חוק דיני מזונות". המדיניות שהתגבשה במשרד המשפטים- מנסחים הצ"ח ומנסים לשבץ עקרונות וביטויים מההלכה. לאחר מיכן, דואגים לאזכר, כי הצעת החוק עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של הדת היהודית. ההלכה היהודית נכנסת בכל מיני סימנים מיוחדים של זיכרון- שם החוק, דברי ההסבר וכו.

**חוק יסודות המשפט היה מהפכה, בפעם הראשונה נכנס הביטוי "מורשת ישראל".** חוק זה עורר ויכוח גדול לגבי הכוונה במונח "מורשת ישראל". מחד, **השופט מנחם אילון**, שטען שמדובר במשפט העברי (עמדה שלא הייתה מקובלת על הרוב החילוני ועל החרדים). מאידך, השופטים החילוניים, ובהם **השופט ברק**, טענו שמורשת ישראל היא גם ההלכה, אך גם עקרונות כללים נוספים. גם ברק וגם אילון שייכים למחנה הלאומי, אחד הדברים שהנחו אותם לאורך כל הקריירה שלהם, היה הרצון ליצור משפט ישראלי מקורי. **אילון** **שם דגש על התוכן** – התוכן צריך להיות כזה המגיע מההלכה. מנגד, **ברק** סבר, שהתוכן בעייתי, לכן יש ללכת לרמות הפשטה נמוכות של התוכן, ולשים את **הדגש על עצמאות פורמלית**.

**מאבק לכונן חוקה, מאבק לקודקס אזרחי, מאבק לפסיקה מתפתחת עצמאית - כל אלה הם חלק מהרצון לחוקק תורת משפט ישראלית.**

ישנן שתי בעיות –

1. הבעיה החברתית - מ-1981, הפכנו לאוכ' המורכבת מקבוצות. נוצרה קואליציה של מיעוטים המרכיבים יחד את החברה הישראלית. **"חגיגת הזהות היהודית" הובילה לשבטיות ולקיטוב בחברה הישראלית.** ישנה מדיניות של שיתוך מלמעלה, הנמכת הלהבות לעניין שאלת הזהות הלאומית, ברמה המשפטית.
2. עיצוב תרבותי – זו הייתה שאלה מאוד גדולה – האם ראוי לעצב תרבות מלמעלה? השופטים התאמצו, משום שהיו חייבים לעשות כן ע"פ החוק, להגדיר מהי יהדות, מורשת ישראל וכו', ולבחון האם יש לעצב תרבות מלמעלה? האם התרבות המתפתחת בארץ היא יהודית, או ישראלית? **השופט חשין** סבור שהתרבות שהתפתחה בארץ היא תרבות יהודית, ששונה מזו שהייתה נהוגה בעבר. יש דמיון, ניתן להראות צדדים של שינוי ושל המשכיות. זה דיון, שהוא תוצאה נוספת של "חגיגת הזהות היהודית".