**סוגיות בהיסטוגרפיה של המשפט- נשים**

ממה נובעים ההבדלים בין הנשים לגברים? ההנחה היתה שההבדלים הם ביולוגיים. כמו שיש הבדל באיברי הרבייה, כך גם יש הבדלים במוח. התפיסה הזאת התערערה יותר ויותר בתקופה המודרנית, ובעיקר לאחר מלחמת העולם השנייה. ההבדלים הם גם ביולוגיים אך קודם כל הם הבדלים תרבותיים. נשים וגברים הם יציר התקבות (ואילו זכרים ונקבות הם תוצרים ביולוגיים). לכן היום לא מדברים על הסטוריה של המינים, אלא אנחנו מדברים במדעי הרוח על ההבדלים בין נשים וגברים, מדברים על מגדר. כמו שאמרה הפילוסופית סימון דה בואר: "אנחנו לא נולדים אישה, אנחנו נעשים אישה". התרבות מעצבת אותנו כגברים או כנשים. ההבדלים נעשים כבר מגיל צעיר ע"י החברה, דברים שלא היתה לנו השפעה עליהם. כמו: איזה בגדים נלבש, צבע הבגדים, המשחקים ששיחקנו איתם, אורך השיער, התסרוקת ועוד. גם השפה הוא משפיע בעניין הזה: האם נפנה אל הילד בלשון זכר או בלשון נקבה. הלשון הסטנדרטית היא לשון זכר.

ראוי לשים לב שהמחשבה הפמניסטית התפתחה בשלוש רמות, כל שכבה נערמת על גבי השכבה הקודמת, יש המשכיות, שכלול:

1. הפמניזם הליברלי- יוצא מתפיסה של זכויות וחירויות האדם, שכל בני האדם שווים מבחינת ההתייחסות הראוייה שהם זכאים להם. בפועל, יש אפליה מאוד גדולה, חוסר שוויון עמוק. מן הראוי להביא להשוואה. ההבדלים הביולוגיים לא היו כאן רלוונטיים בכלל- הם לא מתרצים את העובדה שלנשים לא ניתנה הזכות לבחור ולהבחר. הנשים דרשו אישיות משפטית. בשיטות המשפט העתיקות לנשים לא היתה כשרות משפטית. הן לא יכלו להחזיק רכוש, לכתוב צוואה, חוזה, לתבוע בבית המשפט או כל פעולה משפטית אחרת. ההנחה היתה שאישה אינה עצמאית. היא חיה בחסות אביה או אחיה (אם האם מת), ולאחר שהתחתנה היא עברה לחסותו של הבעל. לאחר שהתחתנה, אביה העביר לבעלה נדוניה. ולאחר שאביה מת, היא לא תוכל לזכות בירושה כי את החלק שלה קיבלה בנדוניה. לאנגלים במאה ה-19, היתה מלכה בחסד האל. האירוניה היתה שהנשים באותה תקופה לא יכלו לבחור ולהבחר. אחרי מלחמת העולם הראשונה, מתחילים להעניק לנשים זכות בחירה בצפון ארה"ב ואח"כ בהדרגה במדינות אירופה. בשוויץ רק ב-1971 העניקו זכויות שוויון לנשים. מהבחינה הזאת, הישראלים ממוקמים במקום טוב. התנועה הציונית היתה דמוקרטית, נשים הצביעו בה כבר מהקונגרס השני או השלישי. המאבקים לא היו סוף הסיפור, כי גם לאחר שנשים יכלו להצביע לפרלמנט ואפילו להבחר, היה ברור שחוסר השוויון נמשך. המאבקים נמשכים גם היום- גברים מרוויחים 30% יותר מנשים. הפערים עדיין מאוד גדולים, ללא שום הצדקה.
2. הפמניזם התרבותי- הזרם הליברלי לא נעלם, הוא ממשיך. הפמניזם התרבותי (הפמניזם של השונות) רצה להשלים את הפניזם הליברלי. בליברלי יש בעיה עמוקה שהוא מעוות את המציאות. איך? הוא מנסה להשוות את הנשים לגברים, אך הוא בעצם אומר לנשים לשאוף להדמות לגברים, ושזה יפתור את הבעיות של הנשים. הן צריכות להשתלב בעולם הגברי. הפמניזם התרבותי לא הסכים עם הגישה הנ"ל. הגברים הם לא הסטנדרט. הנשים הן 51% מהאוכלוסייה, הן לא צריכות בהכרח להתאים עצמן לעולם הגברי. הפמניזם התרבותי רוצה להדגיש את השוני בין הנשים לגברים, ושהגברים יקבלו את הנשים כמו שהן, שהעולם יותאם גם לנשים כמו שהן. כלומר, לא שמנכ"לית תקבל משכורת כמו של גבר. גם גננות צריכות לקבל משכורת גבוהה, גם לה אחריות רבה. אחת הנשים המובהקות כאן היא קרול גיליגן. היא שמה לב שרוב הילדות לא עוברות טוב בין שלב 3 ל-4 בסולם שבודק את התפתחות הילד. גיליגן הפסיכולוגית בדקה את המבחן וראתה שהמבחן עוצב עפ"י תשובות של בנים. למשל: אדם עני עובד כרוקח זוטר, איישתו חולה, אין לו כסף לקנות אותה אבל יכול לגנוב אותה ממקום העבודה. הבנים ענו תשובה קלאסית והציגו את הדילמה של חיי אדם מול האיסור לגנוב. הבנות שאלו שאלות כמו: כמה זמן הבעל עובד בבית מרקחת? מה יקרה לו אם יתפסו אותו? האם יש לאישה אחים שיכולים לטפל בה? גיליגן הגיעה למסקנה שבנות יכולות לחשוב בצורה מופשטת, אבל הן מביאות בחשבון הרבה דברים אחרים שגברים לא מביאים כמו נושא האחריות ודאגה. נשים חושבות באופן אחר. הפמניזם לא צריך להפוך את הנשים לגברים, אלא להפוך את העולם למקום שיקבל גם את הנשים, שיתגמל בצורה גבוהה גם גננות.
3. הפמניזם הראדיקלי- בשנים האחרונות התפתחה ביקורת שהיא בעצם שותפה לפמניזם התרבותי, אבל יותר קיצונית ממנה. הפמיניסטית הראדיקלית המובהקת ביותר היא קתלין מקינון. היא אמרה שהנשים משחקות על חשבון הגברים. לא מדובר סתם על הבדל בין נשים לגברים, זו השליטה הגברית הדומיננטית. מדוע הקול הגברי שולט ואילו הקול הנשי נמצא למטה? בעצם, כמו שהשפה מעצבת את המציאות, גם התרבות מעצבת את המציאות. במשך אלפי שנים עיצבו את הנשים כך שהן מתאימות יותר ל"תפקידים הנשיים". צריך להזהר לא להפוך את העניין התרבותי לעוד מכשיר של שליטה גברית נגד הנשים. הפמניסטיות הראדיקליות אומרות שיש לאמץ את הביקורת התרבותית, אנחנו צריכות לשנות את העולם מהיסוד, מהבסיס. יש לשנות את העולם כך שלכולם יהיה טוב. לבטל את הגישה ש"הגבר צריך לחזור מוקדם הביתה מהעבודה כדי **לעזור לאישה** עם הילדים". הגישה צריכה להיות שהגבר יוצא הביתה כדי להיות עם האישה והילדים. יש לשנות את החשיבה שלנו על הסדר החברתי, גם אישה יכולה להיות בעבודה עד 6 בערב.

שלושת השכבות הללו מראות אבולוציה בחשיבה. הליברלי ניסה להשוות את הנשים לגברים. התרבותי אמר שיש להפוך את העולם למקום ששייך לנשים ולגברים כמו שהם.

**המעורבות של היסטוריונים בכתיבת ההיסטוריה-**

**ההתערבות של ההיסטוריונים מתחילה כבר בשלב מוקדם מאוד- בשלב קביעת העובדות ההיסטוריות**, ולא כפי שחושבים כי התערבותם הינה רק בפרשנות העובדות. כבר בשלב קביעת העובדות מעורבים עניינים סובייקטיביים רבים. **ההיסטוריון מעורב כבר בשלב בחירת העובדות-** על אילו נושאים מחליטים ההיסטוריונים לכתוב, זה לא ברור מאליו כיוון שיש אינסוף עובדת, וההיסטוריון בוחר מאילו מהם להרכיב את הסיפור, במובן זה כל היסטוריון הוא כמו עורך עיתון, המחליט מה להכניס לתוכו. שיקול הדעת אינו נגזר רק משיקוליו הפוליטיים של עורך העיתון- אלא למשל כי העורך מוגבל במס' עמ'- זה גורם לו לחתוך דברים, גם היסטוריונים פועלים במגבלות אלו- **הם נאלצים לעשות חיתוכים לפי מה שהם רואים כרלוונטי.** ישנם דברים שנראים להיסטוריון שלא רלוונטי לספר עליהם, שכן הם ברורים מאליהם, וישנם דברים שנראים להם לא רלוונטיים כי הם נגזרים מדברים אחרים- אופנות, רוח הזמן כלומר- פעם לא היה רלוונטי לדבר על נושאים מסוימים היום כן מקובל לעשות זאת. לדוג'- בעבר לא היה מקובל כמעט לכתוב על נשים, בעקבות התמורות במעמדן התחילו לכתוב עליהם, במחצית השנייה של המאה ה-20 זה עבר התקדמות נוספת בכל שנכנס הנושא של מגדר- מסתכלים על ההיסטוריה עצמה מנק' מבט מגדרית (=נק' מבט שמביאה גם את הנשים) וכך מוצאים עובדות אחרות. לדוג'- במלחמת יום העצמאות, התייחסות מגדרית הינה התייחסות מרכזית לעורף- למשפחות, על החברה בכללותה- התייחסות לכך ש-1/3 מהאוכלוסייה היהודית היו פליטים, ולא רק על הלוחמים בשדה הקרב.

התפיסות שלנו היום משנות גם את מה שאנחנו חושבים על העבר. **תפיסות אלו מתורגמות גם למשאבים**- בחברה מודרנית יש מוסד שנקרא אוניברסיטה, מכוני מחקר שהם מאוד מושפעים מאופנות, רוח הזמן- אדם לא יקבל תקציב מחקר עבור מחקר על נושא שאינו נתפס כרלוונטי, וכך להפך- דבר שנחשב אופנתי, מקובל זה משפיע על העיסוק בו. לדוג'- בשנים האחרונות נהיה מקובל לעשות מחקרים אמפיריים בתחום המשפט, דבר זה מיתרגם מהר מאוד, בתחילה לכך שכדאי לעסוק בזה, לאחר מכן לכסף, משרות. שניתנות בתחום זה.

בנוסף לכך, לא מספיק שאנשים יחשבו כי דבר מסוים רלוונטי, חשוב כיום, אלא שגם **הדורות שלפנינו חשבו כך**. דוג'- חציית הקיסר את הרוביקון (להשלים את הדוג'...). אם דבר מסוים לא היה חשוב לדור הקודם הוא לא היה כותב אותו, והוא היה נאבד בתהום הנשייה. דוג' לכך הינה כי רק ב-1969 הוקם בישראל בי"ד לענייני עבודה, אך לפני כן פעל בי"ד שפעל בנוגע לביטוח לאומי, לא יודעים עליו הרבה כיום כי התיקים שהיו בו הושמדו, כיוון שהפקידים לא ראו בהם חשיבות. לכן, אם היסטוריון רוצה לכתוב את הסיפור של החברה היהודית כחברה סוציואקונומית יהיה חסר לו הרבה מידע. זה מראה את המקריות שישנה הרבה פעמים. (הם לא ביערו את המידע כי הם רצו להסתיר אותו אלא כי לא ראו בו חשיבות).

ההיסטוריון משפיע לא רק על בחירת העובדות אלא גם על **הפרספקטיבה, הזווית** בה הוא מסתכל על המציאות. רואים זאת גם במדעי החברה- לקב' בחברה הישראלית יש דעות עם הרבה סטריאוטיפים על קב' אחרות, בעוד שמי שגר בתוך החברה רואה בה הרבה זרמים שונים (נק' מבט של מיקרו לעומת נק' מבט של מאקרו). גם הזווית בה בוחרים להסתכל על העניים היא שאלה של המקום בו עומדים- דוג'- עיוורים שממששים פיל- אחד את הרגל, הוא חושב שזה עמוד, אחד את העור- חושב שזוהי יריעה של אוהל, אחד את החדק- חושב שזהו נחש. ההיסטוריה היא כמו פיל ואנחנו ממשים רק חלק ממנה. הפרספקטיבה היא בחירה של נק' המבט.

גם **שאלת המרחק** נגזרת לרוב מהתפיסות שלנו, גם כאשר עושים היסטוריה משפטית. לדוג'- אדם שמסתכל על מוזיקה קלאסית שנכתבה במאה ה-19 רואה כי יש תופעה שמוכרת כמעבר ממקצב של מינואט לסקרצו (מקצב סוער). נתנו לכך כל מיני תפיסות –על אותה תופעה הסתכלו מזוויות שונות- נק' מבט פנים מוזיקלית, נק' מבט פסיכולוגית אישית, מנק' מבט היסטורית כוללנית וכד'. אותו דבר נעשה בשדה המשפט- ניתן להסביר שינויים בתחום החוזים למשל מכל מיני נק' מבט- את פס"ד אפרופים ניתן להסביר כסמל של משפטיזציה, רצון לתת כוח לשופט, התחזקות המוסדיות וכד'... הסבר אחד אינו מוציא את האחר- הם יכולים לחיות ביחד, (זה לא שאחד נכון ואחד לא נכון, אלא יהיה הבדל בכוח ההסברים שלהם) כל אחד יחליט איזה משקל הוא נותן לכל אחד מהם. זה כמובן מושפע מתפיסתנו לגבי תפקיד המשפט.

דבר נוסף שההיסטוריון בוחר הוא את **מסגרת הזמן.** בנ"א הם "חיות שמספרות לעצמם סיפורים"- ממציאים לעצמם את מציאות בה הם חיים. אחד מהסיפורים הללו הוא כל הסיפור של זמן- זו אחת ההמצאות החשובות ביותר. אין באמת זמן- העולם לא זורם מהעולם לעתיד, אלא שאנו רגילים לחשוב עליו בצורה כזו. החלוקה לזמן היא גם המצאה אנושית, העולם לא "נולד" ככה. גם תפיסת הזמן שלנו היא תפיסה פסיכולוגית- כשאנחנו נהנים הזמן עובר מהר, ואילו כשאנחנו לא נהנים הזמן עובר לאט. חלוקת הזמן משפיעה גם על הדרך בה אנו כותבים היסטוריה- הדרך בה אנו מחלקים את השנים- לדוג'- החלוקה לעת עתיקה, ימה"ב ועת חדשה הינה חלוקה יחסית חדשה- הם חילקו כך כי כך היה נוח להם. חלוקה זו לא תמיד רלוונטית לכל דבר- לדוג'- לאדם שחי בתפר בין התק' הללו- הוא חי כמו שהדורות הקודמים חיו. וכן חלוקה זו לא רלוונטית לגבי חברות מסוימות- אלא יש צורך בחלוקה אחרת.

היסטוריונים שמו לב לכך שהאופן בו מסתכלים על הדברים צריך להיות אחר- כמו שלאדם יש כמה תפיסות זמן בו זמנית, כך **ההיסטוריה חיה בכמה משכים (=זמנים) בו זמנית**. כדי להסביר זאת צריך להסביר על השינויים בכתיבת ההיסטוריה מהמאה ה-20. עד המאה ה-20 היסטוריונים כתבו על דמויות גדולות- מלכים, שליטים, וכד', לאחר מכן היסטוריונים מתחילים להתעניין איך חיו האנשים הרגילים, ומתעסקים בנושאים כמו- לבוש, תזונה, מחשבות, תפיסת עולם, היחסים בין הקב' השונות, פעפוע בתחומים שונים בין החברה העילית ל"עמך". קב' ההיסטוריונים שהובילה את מהלך זה היא קב' צרפתית שידועה כיום בשם "האנל". אחד מתלמידי קב' זו היה צרפתי בשם רנו בורדל, כתב על התרבות באגן הים התיכון, ושם לב שיש הבדל בתפיסת הזמן בין המלך ל"עמך"- אם כותבים על מלך הגיוני כי מסגרת הזמן היא המשך הקצר- חודשים, שנים. ישנם שינויים חברתיים, כלכליים, שניתן לראות אותם ע"י משך הביניים, לדוג'- שינויים של מחירים ע"פ זמן- שנים רבות. ולכן ברודוויל הבין כי הוא צריך להסתכל על משכי זמן ארוכים- תק' של מאות שנים. במשך רוב השנים, התרבות האנושית לא השתנתה במידה רבה, כיום זה נראה מוזר כי כל שנה הינה מהפכנית.

**לפיכך אנו רואים כי כבר בשלב בחירת העובדות- מה להכניס לסיפור, מאיזה זווית לתאר אותו, באיזה מסגרת זמן וכד' משפיעים ההיסטוריונים על כתיבת ההיסטוריה, עוד לפני הפרשנות שהם נותנים לעובדות.**

**מכך רואים כי הבסיס למדעי החברה והיסטוריה, רעוע יותר מכפי שנראה**. כיוון שיש להיסטוריה חשיבות רבה בחיים שלנו, וההנחה היא כי ההיסטוריה אינה פיקציה- היא באמת הייתה, ולכן **איך ניתן לתת לכך יותר ודאות אם רמת חוסר הודאות מתחילה כ"כ מוקדם?**

אחד הניסיונות לתת לכך משמעות הינו להגיד כי יש לכך משמעות, גם ברמה ההיסטורית- יש התחלה וסוף להיסטוריה, בנ"א לא יכולים להגיע אל הכול כי הם מוגבלים, אך **ישנו "סיפור על",** לדוג'- הסיפור אותו מספרות הדתות המונותאיסטיות- יש אמת אחת, למרות שאנו לא יכולים להבין את כולה- להרכיב את כל הפאזל, די לנו להבין כי יש תמונה. לרעיונות אלו היה כוח רב בתרבות המערבית כתוצאה מהתרבות המונותאיסטית, כך שגם כאשר תפיסות אלו "חולנו" עדיין היו פילוסופים שהמשיכו להגיד כי לעולם יש כיוון, סדר, ההיסטוריה שאנו מכירים היא חלק מכל הסדר הזה. (לדוג'- העולם הולך לכיוון של תבונה, לכיוון של צדק חברתי מוחלט וכד'). תפיסה זו נזנחה כי היסטוריונים אמרו כי אולי זה נכון אך זה לא עוזר- **עדיין ההיסטוריונים רוצים לדעת מה היה באירועים שונים במהלך ההיסטוריה**, לדוג'- בלטרון, רומא העתיקה, זה לא עוזר לדעת כי יש אמת גדולה, "אנו רוצים להבין את העבר כמו שהוא באמת" (רודולף ראנקה). ההיסטוריונים היו מודעים למוגבלותם, ידעו כי הם מושפעים מתפיסותיהם, ועל כן חשוב להם להיות מצוידים בשני דברים:

1. **אמפטיה-** הם רוצים לנסות להבין איך אנשים חיים בתק' מסוימות.
2. **יושרה-** מתוך המודעות למוגבלויות שלהם, הם צריכים להקפיד על היושרה. למשל- לדעת שהם מוגבלים על חוסר מידע, אך מצד שני, אך לנסות להשיג מקורות רבים, להתעמת עם ביקורות וכד'. לנסות לעשות עבודה מתודולוגית ישרה ומדעית. זה לא סותר את הקשיים שכתבנו לעיל אך הם חושבים כי חברה מודרנית היא חברה שרוצה כי אנשים שמתארים את החברה בעבר וכיום, ועושים זאת לא רק בדרך של סיפור מיתוסים, או סתם כדעה. לא בטוח שהם יכולים לגבור על יוצריהם (של לדוג'- יוצרי המיתוסים, טוקבקיסטים), אך חשוב כי קול זה יהיה בחברה. אנו רוצים לקבל את הנתונים גם מהיסטוריונים הפועלים לפי המתודולוגיה הזו, גם אם הידע נשאר חלקי, לא משאירים את הזירה ליוצרי המיתוסים. ולכן עבודת ההיסטוריונים כן חשובה.

לקרוא לשיעור הבא את המאמר של פרופ' אניטה שפירא על מיתוס לטרון. ("זיכרון ו...")

**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 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. היא טוענת סמל האטימות לעולים החדשים, שיוחס לקרב לטרון, אינו אמת.

**היסטוריה וזיכרון- השואה**

היחס המשתנה של החברה הישראלית לזיכרון השואה כפי שהוא משתקף במשפט. המשפט מאוד חשוב בכל מה שקשור לעיצוב זיכרון השואה בארץ מהסיבות הבאות:

1. המשפט הוא פריזמה חשובה שדרכה מתבטא הזיכרון ביחס לשואה

2. המשפט במקרה זה הוא סוכן חשוב של שינוי.

המשפט סייע לעצב את הזיכרון הציבורי בארץ של השואה. הזיכרון הישראלי של השואה הרבה יותר הוצג באמצעות המשפט מאשר באמצעות כתיבה של היסטוריונים. הכתיבה של היסטוריונים כמעט שלא השפיעה על זיכרון השואה בארץ. הזיכרון הוא כמו גלים של ים- זז בין ההווה לעבר ומושפע מן ההווה.

כשמסתכלים על היחס של החברה הישראלית לשואה ניתן להבחין ב-2 תקופות עיקריות: התקופה הראשונה מתחילה מזמן מלחה"ע השנייה עצמה ועד לסוף שנות ה-50 תחילת שנות ה-60 כשאז מתחילה התייחסות אחרת, שונה של החברה לשואה. בהרבה מאוד מהמקרים מתייחסים משפט אייכמן כקו הגבול שמפריד בין התקופות. יש שאומרים שיש תקופה שלישית שהתחילה בשנות ה-80 בה הזיכרון היה יותר מופרט.

התקופה הראשונה היא בעיקר תקופה של שתיקה ומבוכה. לכאורה היה נרטיב מאוד ברור בתקופה, תקופה שבה מאשימים את קורבנות השואה, הליכה כצאן לטווח וכו', אך למעשה רוב הישראלים שחיו אז, ניצולים וותיקים לא השתתפו בסיפור הזה. מבחינתם המאפיין העיקרי של התקופה היה שתיקה. מי שעשה את הרעש היה בעיקר קבוצות קיצוניות בפוליטיקה הישראלית, המיינסטרים שתק. בגלל האשמות של הקבוצות מימין ושמאל ישנה בזיכרון הישראלי עד היום כאילו השתיקה הזו היא בעייתית, אחת מחטאי הציונות והחברה הישראלית היא הדרך בה קלטנו את ניצולי השואה. אולם, אם נסטה לרגע מהאשמות, ניתן לראות בשתיקה בניגוד למה שמציירים בעיתונות היא לא שתיקה שנכפתה על הניצולים. הגורם הראשוני לשתיקה זו הם הניצולים עצמם. הזיכרון הישראלי מתעתע בעניין זה- כשמדברים על זיכרונות פרטיים כולם מכירים את הסיפור של ההורים שלא רוצים לספר מה שקרה ורק בגיל מאוד מאוחר סיפרו, וכשזה מגיע לרמה הלאומית זה נראה לנו מאוד לא בסדר.

רוב האנשים רצו לחזור לחיים רגילים, ולא רצו לחזור לחיות את הטראומה כל הזמן. בנוסף הניצולים הללו היו מהגרים שניסו להשתלב בחברה שקלטה אותם. החלק הראשון של השתיקה והמבוכה מגיע מהניצולים עצמם. היה כאן עניין של אשמה, לגבי הישארות בחיים כאשר שאר המשפחה נספתה בשואה. בתקפה מאוחרת יותר אנשים מתחילים לדבר, הם מרגישים יותר בטוחים במקומות שאליהם הגיעו וגם כי המבוגרים מביניהם מתחילים להיות זקנים והם מפחדים שהזיכרון ש של השואה יעלם, ואז הם מתחילים לספר או שמדובבים אותם לספר. השתיקה והמבוכה לא מגיעה רק מצד הניצולים אלא גם מצד החברות שקולטות אותן, לא משנה אם מדובר בחברה הישראלית האמריקאית או האירופאית.

החברות הקולטות את ניצולי השואה גם כן נבוכות כי הן לא בטוחות מה יש לעשות עם הדבר הזה. כיצד מחילים סיפור לא יאומן כמו השואה? ברוב המקרים אלו הם סיפורים שעוברים מפה לאוזן, אין מעבר מידע נגיש כמו היום. מעבר לזה שאין את אמצעי התקשורת שיש היום, לא למדו על השואה בביה"ס, לא בגרמניה, לא באירופה, לא באמריקה ולא בישראל. החברה הקולטת שותקת ונבוכה מכך שהיא לא מסוגלת להבין את הדבר הזה.

סיבה שנייה שהיא נכונה לכל חברה קולטת אם כי כאן בארץ זה יותר קיצוני- יש גבול וסבלנות למה שחברה קולטת יכולה לקלוט מהמהגרים. אם הגעתם לכאן תתנהגו כמו ישראלים. כל חברה קולטת יש לה איזשהו גבול של כמה היא יכולה לשמוע ולקלוט את המהגרים. בחברה הישראלית שהייתה במתח היום ונורא, באותה התקופה- החברה מגויסת לצבא, שליש מהיישוב היהודי פלילי, חדירות מהגבול, המדינה מותקפת, ומעבר לשאלה הביטחונית יש את העליה הגדולה- 150 אלף איש מגיעים לישראל בשנה, לחברה שאין בה כלום. כל אדם שני אין לו עבודה, אין לו רכוש, גרים באוהלים, אין אוכל, יש משטר צנע. המצב הכלכלי בארץ היה מאוד קשה. החברה נמצאת בלחץ גדול, ולכן לא פלא שהיחס לשואה משתנה בסוף שנות ה-50 כשהמצב הכלכלי משתנה (בין השאר בגלל השילומים מגרמניה) ובעקבות מבצע סיני שבעקבותיו המצב הכלכלי משתפר. מעבר לכך שזה לא מתאים לנרטיב הציוני בעיקר לא ידעו מה לעשות עם כל נושא השואה.

הסיבה השלישית היא, מאוד אנושית, היא שהחברה הישראלית שתקה לא רק בגלל מבוכה אלא משום שהעניין הפך ישר לעניין פוליטי. כל חברה מעבר לכך שהיא נבוכה ומוגבלת ביכולת שלה, כל חברה קולטת, תקועה בענייניה שלה. כך היה גם המצב בארץ. רוב הישראלים, הרוב המכריע תרגמו את המבוכה ואת חוסר היכולת להבין את הפלנטה האחרת הזו לשתיקה. שתיקה שגם היו בה לא מעט נקיפות מצפון ואשמה על כך שלא נעשה דבר, אולי יכולנו לעשות משהו, אולי לא עשינו מספיק. התפיסה האנושית שלנו גורמת לנו לחשוב שיכולנו לשלוט בגורל.

הקיצוניים מימין ומשמאל הפכו את כל סוגיית השואה לסוגיה פוליטית. בעיקר אלו היו השוליים מחירות והשמאל- מפ"ם ומהפלגה הקומוניסטית. להם היו תשובות. למשל שחלק מהשתיקה הייתה שהם האשימו את הנהגת הישוב היהודי והתנועה הציונית שהם לא עשו מספיק בשואה. הימין בארץ התגייס להפוך את כל הסיפור של קסטנר להאשמה של הציונות. כל העלאה של משהו שקשור לשואה או לגרמניה הפך לויכוח פוליטי העוסק ב3 דברים:

1. השאלה של ההווה- הקשר של ישראל עם גרמניה שלאחר המלחמה- שאלת השילומים ושאלת הקשרים הכלכליים, הצבאיים וכו'. כיצד הממשלה מנהלת מקח ונעזרת ברוצחים.
2. הויכוח לבין מה שבאמת קרה בתקופת השואה. המין הקיצוני והשמאל הקיצוני האשימו את הנהגת הישוב שלא עשו מספיק כדי למנוע את השואה או כדי לעזור ליהודים בשואה. היסטוריונים כתבו על כך מאמרים וספרים רבים.
3. הויכוח של הקורבנות מול הגישה של 'כצאן לטבח'.

משפט אייכמן הסיט את הזרקור ממלחמות היהודים בינם לבין עצמם לגבי האם יכלו להציל את היהודים, האם לא עשו מספיק ותפקידם של היודנראט לאשמים האמיתיים- הנאצים. הבעיה היא שכאשר שותקים הקיצוניים הם אלו שיש להם תשובות לכל והם אלו שעיצבו את הזיכרון הלאומי של השואה- עד היום. אלו שהצליחו לברוח ומרדו הגיעו לארץ בשלב מוקדם ואז יכלו להחדיר את הנרטיב שלהם- למשל אבא קובנר היה זה שהחדיר את המושג 'כצאן לטבח'. התייחסו לשואה כאל השואה והגבורה- כי בעיניהם זה נראה הגיוני- הגבורה שלהם בבריחה. 90% מהישראלים שתקו, לא ידעו מה להגיד.

המשפט נכנס לתוך הסיפור הזה גם. החברה הישראלית לא יודעת מה לעשות עם הזיכרון, רבע מהיהודים הם ניצולי שואה. המשפט צריך גם לטפל בכך. החוקים הראשונים שנחקקים הם אלא כאלו שעוסקים בזיכרון השואה אלא חוקים פליליים שהסיבה העיקרית לחוקק אותם הם לחצים שמגיעים מבחוץ ומבפנים. החוק הראשון הוא חוק למניעת השמדת עם- ישראל מצטרפת לאמנה של האו"ם. ואז אמרו שאם מחוקקים את החוק הזה יש לחוק חוק שעוסק בפשעים הנאצים.- כל מדינות אירופה חוקקו חוקים שמטפלים בפושעים הנאצים ועל כן גם ישראל הייתה צריכה, כי כל הנאצים ברחו מאירופה והסתננו לארץ כי בארץ לא היה מחוקק עדיין בניגוד לשאר העולם.

הלחץ היה גם לחץ פנימי- רבע מהאוכלוסיה היו ניצולי שואה- אנשים שפגשו את הקאפו או את מפקד מחנה הריכוז- היו תופסים אנשים ומביאים אותם למשטרה, מרביצים לו וכו'. המשטרה עצרה אותם והייתה צריכה לשחרר אותם כי לא היה לו שום דבר בחוק שמאפשר לעצור את אותם אנשים רטרו.

החוק הזה למרות הלחץ מבפנים הוא חוק הצהרתי- הוא מאוד שונה מחקיקה פלילית רגילה. קודם כל יש לו תכונה רטרואקטיבית- דבר שאין בתחום העונשין. אין לו זיקה טריטוריאלית. דיני הראיות הרגילים לא חלים בו. אין התיישנות או חנינה על עבירות אלו. הבעיה היא שמהר מאוד מתברר שקשה מאוד לעבוד עם החוק הזה. היה ברור שהחוק הנ"ל בעיקר היה בעוזריהם ולא בנאצים עצמם. אבל אז כשהתחילו לחקור את האנשים הללו ראו שמאוד מאוד קשה לטפל ולהשתמש בחוקים אלו- א' זה בעיה כשאין דיני ראיות רגילים- כי זה אומר ששולחים למוות אנשים על סמך עדויות של 2-3 אנשים שמצבם הנפשי מעורר. מתעוררת הבעייתיות גם בעצם היכולת לשפוט את האנשים האלו- מתעורר המימד הפוליטי המאוד חזק של הדיונים כמו בפרשת קסטנר. פרשה זו הראתה את הבעיה המאוד קשה בשפיטה של האנשים הללו- מה עושים כשאומר מפקד באושוויץ- נכון שנתן לאחד שתי מנות מרק ולאחר לא- אבל לא כתוב בכתב האישום למשל שאותו אחד שלא נתן לו היה חולה טיפוס ושהשני העוד צלחת מרק היתה מחזקת אותו, או למשל שבעטו במישהו ללכת לעבודה- ייתכן שהצילו אותו מאקציה וכו'. ולכן המשפטים הללו היו מאוד בעייתיים. החוקים האלו לא כל כך עשו בהם שימוש. רק לאחר מכן מתחילים חוקים שעוסקים בזיכרון השואה.

1953- חוק יד ושם. יום השואה הראשון מצוין ב1959- רק אז מדינת ישראל מתחילה לצאת מהמבוכה ומתחילה לציין את יום השואה לא כפי שמציינים בחירות או בלוחמי הגטו. לא כל כך יודעים כיצד לציין את זה. אז גם מתחילה התקופה השנייה – 15-20 שנה לאחר השואה הניצולים מרגישים יותר בטוחים לדבר, מה גם שרוצים להשאיר זיכרון, והחברה יותר בטוחה לקבל ולהקשיב.

משפט אייכמן הוא לא הדבר ששינה את המציאות למרות שתרם לכך והיה ביטוי לכך. הוא היה חלק ממגמה לשינוי. המשפט היה חשוב קודם כל מפני שהוא צייר לאוכלוסיה הישראלית את כל השואה- פעם ראשונה שסיפרו לאוכלוסיה הישראלית את הסיפור הזה כסיפור עם התחלה אמצע וסוף היה במשפט.

המשפט משחרר את החברה הישראלית. הוא מפנה את הזרקור מהחברה הישראלית לאשמים האמיתיים. הישראלים בפעם הראשונה רואים את השטן- אחד מאלו שהפעילו את המכונה הזו. ואז מתחילה להיות מודעות לטמטום של הויכוחים הפנים הישראליים ולמציאות הקשה של חוסר היכולת של היהודים לעשות משהו, לעובדה שאפילו קסטנר היה כולה פיון קטן במערכת. לחברה הישראלית נתגלו המספרים העצומים של הניצולים. ואז מתחילה התייחסות יותר מורכבת של האוכלוסייה הישראלית לשואה, והתייחסת ממלכתית לשואה.

המשפט מילא תפקיד מאוד חשוב בזיכרון השואה, חלק מאוד גדול התעצב באמצעות חוקים, גם אם לא שופטים באמצעותם איש. בתי המשפט מילאו תפקיד מאוד חשוב גם הוא- משפט קסטנר ואייכמן. המשפט לא חרג מהתפקיד שלו כמשקף את המציאות החברתית. הוא עיצב את החברה אך במקביל עיצב אותה. החוק לא שינה שום דבר ולא יכול לשנות את היחס בחברה הישראלית ואת השתיקה בחברה.

**העות'מאניות של המשפט הארץ ישראלי- דת ומדינה**

האימפריה העות'מאנית היא אחת הגדולות והחשובות בהיסטוריה המודרנית. היא ישות פוליטית שנוצרים ע"י שבטים שמגיעים ממרכז אסיה ומתאסלמים בדרך. כובשים את המזרח התיכון. התורכים העות'מאנים מגיעים ממרכז אסיה ומתחילים בנדידה מערב, משתלטים על חלקים מהמדינות המערביות כובשים חלקים מהמזה"ת ובסופו של דבר במאה ה-15 הם מפילים סופית את האמפריה הביזנטית. הופכים את הבירה קונסטנטינופול לאינסנבול, הופכים לאמפריה אדירה ששולטת על כל צפון אפריקה המזה"ת דרום אירפה עד אוסטריה של היום. הם הופכים לכח הפוליטי המרכזי ששולט במזרח התיכון, צפון אפריקה ודרום אירופה. הם כובשים את א"י בשנת 1517- בדרך לכיבוש מצרים. הם שולטים בארץ ברציפות 400 שנה. בשלהי 1917 נכנס לארץ הצבא האנגלי וכובש, בכלל לא בקלות ובקרבות קשים, את ארץ ישראל. במקביל במלחמת העולם הראשונה מקיץ הקץ על האימפריה העות'מאנית כאשר היא מתמוטטת לחלוטין- בסוף מלחה"ע הראשונה היא בצד המפסיד.

מאחר שהאימפריה העות'מאנית שלטה 400 שנה גם המשפט הטורקי חל כאן בארץ. כל התהליכים שעברו על המשפט הטורקי חלו גם פה. זו הייתה אימפריה אדירה לא רק מבחינת שטחה הנרחב אלא מבחינת הקידמה הכלכלית והטכנולוגית שלה. רק בהדרגה אחרי סוף המאה 17 מדינות אחרות מתחילות לעבור אותה מבחינה הקידמה וזו מתחילה להידרדר.

בהדרגה האמפריה העות'מאנית הולכת ונחלשת, צוברת פער מאירופה, חלקים גדולים נקרעים ממנה (בלקן, צפון אפריקה מזרח תיכון). שליטים מקומיים מתקוממים נגדה, כאשר היא נופל סופית במלחמת העולם ה1. התורכים היו בצד המפסיד של המלחמה (יחד עם גרמניה ואוסטרו הונגריה) כאשר צרפת ואנגליה מחלקות בינם את המזה"ת, רוסיה גם לוקחת נתח מסויים (חלום כאשר בסופו של דבר לאחר מלחמה עקובה מדם הם מצליחים כן להקים מדינה תורכית בשטחה של תורכיה היום).

*מתקשר לנושא בו אנו בוחרים את מסגרות הזמן- אנו יודעים כי מלחמת העולם התרחשה בין 1914-1918 אך באיזורים מסויימים היא התרחשה עוד כשנתיים*

האמפריה העות'מאנית מעניינת מהצד המשפטי- משפט במדינה דתית. האמפריה העות'אמנית היא מדינה דתית ומוסלמית- רוב האוכלוסייה היא מוסלמית והאנשים מקיימים את המצוות הדתיות. זוהי המדינה המוסלמית העיקרית במזה"ת. הם כובשים את השושלות הערביות בבית עבאס.

ראש המדינה העות'מאנית היא החליף- כלומר הסמכות הדתית העליונה, כאשר זה היה באופן רשמי הרי הם היו שליטי המדינה (היו פוסקי הלכה).

אנו נדבר על שתי תקופות שונות של האימפריה- תקופה אחת היא תקופה דתית שמנהלת אימפריה גדולה מאוד ותקופה שניה היא תקופה מודרנית, תקופה של חילון.

המתח בין דת לבין מדינה- כשמדברים עליו בעצם מדברים על שני מתחים השונים אחד מהשני. המתח הראשון הוא מתח פוליטי, או כזה שנוגע לשאלת הסמכות הפוליטית- למי יש את המילה האחרונה? לממסד הדתי או הפוליטי? יש שתי מערכות נורמטיביות המכוונות- האחת המדינה שמנהלת תחומים רחבים מהחיים והמערכת השנייה היא המערכת הדתית שם היא נורמטיבית ואומרת לנו כיצד להתנהג, יש ממסד דתי, טקסטים כהני דת וכו'. ומטבע הדברים יש התנגשות בין שתי המערכות הנורמטיביות הללו- בין שני ממסדים אלו. המתח לא נוגע לשאלת התוכן של המשפט, התוכן מתאים לתרבות של החברה הזו, השאלה היא לא שאלת התוכן, התוכן תואם לתרבות, פחות או יותר, השאלה היא פוליטית- מהי הסמכות העליונה?

סוג נוסף של מתח הוא מתח תרבותי, המתח שעניינו מה מקומם של סמלים, טקסים, טקסטים בחברה? כמה מקום יש להקדיש להם? זהו מתח שמופיע בחברות מודרניות חילוניות. הוא קשור למתח הקודם אך נפרד ממנו. זה המתח העיקרי שמפריע גם בארץ. יכולים להיות אנשים שהם חילוניים גמורים שרוצים הפרדת דת מהמדינה אך מבחינה תרבותית לא מפריע להם שהסמלים יהיו דתיים.

ברוב שנותיה של האימפריה העות'מאנית (התקופה הראשונה) הקושי העיקרי שהטריד אותם הן את הערבים והן את התורכים העות'מאנים היא הבעיה הראשונה- התחרות בין הממסדים- איזה מוסד יגבור. לא היה מתח תרבותי היות והחברה כולה הייתה דתית ולא עברה עדין תהליכי חילון. יש להבחין בין המתח הזה של דת ומדינה בעולם הנוצרי לבין זה בעולם המוסלמי- משום שהנצרות היא דת של אמונה נכונה, לא מעניין אותה כיצד האדם מתנהג, מה אוכל ומה עושה- כל עוד האדם מקבל את האני מאמן הנוצרי הוא יכול להתנהג כרצונו. מתוך תפיסה זו הנוצרים מקבלים שיש הפרדה בין הספרה השלטונית האזרחית לבין זו הדתית. 'תנו לה' את אשר לה' ולקיסר את אשר לקיסר' (ישו). לעומת זאת האיסלאם כמו היהדות הן דתות אורתופרקטית, מכוונת את חייה מאמינים מלידה ועד מוות. להלכה יש מה לומר בכל נושא. לכן יש הרבה יותר מקום לנק' חיכוך בין הממסד הדתי למדינה וכמו כן אין בכלל הבחנה בין ספרה דתית ואזרחית- ההלכה חלה על הכל. הקהילה הדתית זהה וחופפת לזו הפוליטית.

לדוג'- הנביא מוחמד היה גם שליח האל 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 אדם. ביהדות הדבר דומה רק שיהודים לא ניהלו מדינה משל עצמם, אלא חיו תחת שלטון זר. לאור זאת היהודים אל היו צריכים להתמודד עם המתח הזה.

הבעיה העיקרית היא בעיית המילה האחרונה. הפתרון העיקרי של הבעיה הוא הפתרון שמוכר גם מהיהדות- **הפרדה בין קביעת ההלכה לבין ההוצאה לפועל של ההלכה**. את ההלכה קובעים חכמי ההלכה, אך ורק הם. אבל אנחנו מכירים בזה שיש צורך להפעיל את ההלכה- להוציא אותה לפועל, לבנות כבישים בתי ספר, לנהל מלחמות, מיסים- לנהל חיים- יש צורך לתרגם את ההלכה לפרוצדורות. ההבחנה בין הפן הפרוצדוראלי לפן ההלכתי מהותי.

המסגרת הזו שבה ההלכה היא זו שקובעת והשלטון האזרחי רק מוציא לפועל אפשרה לדבר הזה לפעול. לפעמים יש שמיים וארץ בין מה שהוצא לפועל לבין מה שההלכה אמרה אך זה היה נוח לכולם. 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 רצום אל מול השליטים האזרחיים.

לדוגמה- שימוש במכשיר של תקנות- הפרדה בין הלכה מהותית לבין הפרוצדורה. כלומר לא שינו את ההלכה המהותית (למעט מופתי) אך תקנות הן עניין פרוצדוראלי. היחס הוא אותו יחס שקיים היום במדינה המודרנית בין חוק לבין תקנה (מחוק אחד ניתן לתקן תקנות). ישנם פוסקי הלכה שמגמישים את ההלכה ומחדשים אותה. ופה קיימת תופעה מעניינת- כאשר החברה נינוחה- לא היה איום גדול על האסלאם- דווקא אז ההלכה יכולה להתקדם ולהתפתח בלי הפרעה ופוסקי ההלכה לא חוששים לשנות את ההלכה. דווקא בתקופות של חילון ואיום על הדת פוסקי ההלכה פוחדים לחדש. כלומר החידוש מושפעים במידה רבה ממידת האיום שחברה דתית חשה. דבר נוסף המאפשר לאימפריה לנהל את ענייניה בצורה יעילה (להוות כח 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 ה19.

במאה ה19 יש בטורקיה תופעות של מודרניזציה וחילון ואלו הופכות לבולטות, ומשנות את התמונה. יתר על כן, לטורקים העות'מאנים ברור שהם, כחברה שעמדה בחזית הטכנולוגיה והמדע, מפגרים כעת בהשוואה לשאר העולם, והם לא רוצים להישאר מאחור.

**בתקופה השנייה,** זוהי תקופה מודרנית של האימפריה, תקופה של חילון, בתקופה זו החברה הדתית בטורקיה עוברת תהליך של חילוניזציה. זוהי תקופה, בה מתעורר המח התרבותי וכן מעצים את המתח הפוליטי מתחיל יותר ויותר להופיע המתח התרבותי, החברה עוברת תהליכי חילון ומתחילה לשאול את עצמה מה מקום הסמלים הדתיים כעת? החילון הדתי הוא הגורם שפחות משפיע, אנו מדברים על שלושה תהליכי חילון החלים במקביל תהליך החילון העיקרי, המשפיע ביותר, **הוא חילון שבהתנהגות, חילון ציבורי**. לא מדובר במשהו שקשור דווקא לשאלות דתיות, אלא מדובר בשבירה הדרגתית של המסגרות התרבותיות הישנות- חלק מהסיבות להתמוססות הזו יכולה להיות של אמונה, אך לא בהכרח. יכולות להיות סיבות כלכליות וחברתיות שגורמות 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.

**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 האזרחות 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, קריאה לדמוקרטיה.

**חילון דתי**- שאלת האמונה היא שאלה מאוד מסובכת. עיקר החילון גם ברמה הדתית, בקרב דתות אוררת ופרקטיות נוגע ל**קבל עול ההלכה**. החילונים אל רואים בחכמי ההלכה אוטוריטה מחייבת. זהו חילון ברמת האמונה או הפרקטיקה שנוגעת בלב הדת. הבעיה בחילון שהוא מאוד דומה לכדור שלג- ברגע שהליכי החילון הללו מתחילים, מעבר לזה שיש להם נטייה להתגבר, הם יוצרים בעיה- מצד אחד החברה עדיין מוסלמית והמדינה מעוניינת לשמור על התרבות המוסלמית, צד שני אותה מדינה מעודדת תהליכי מודרניזציה שמן הסתם יגבירו את תהליכי החילון- לא ניתן לשלב בין השניים. יש כאן מתח- הדברים סותרים.

מתח נוסף שנגרם בעניין זה, ככל שרוצים לעשות שינויים, רפורמות גדולות אך במקביל רוצים להישאר מדינה דתית מוסלמית- זה מחייב את ההלכה המוסלמית מאוד מאוד להתגמש. הבעיה שקורת בהלכה המוסלמת דומה לזו ביהודית- ההלכה מסרבת להתגמש מפני שהיא מאויימת. כך גם החרדים צומחים לנוכח המודרנה- כי הם מרגישים מאויימים- אז הם מסתגרים. אותו הדבר קורה באימפריה עות'מאנית- דווקא אז יש פחות נכונות של חכמי ההלכה לחדש הלכה ולהשתמש באותם טריקים ישנים- בגלל הפחד. הטורקים בהתחלה מנסים להיאבק בזה ה רוצים להיות גם דתים מוסלים וגם לאמץ השינויים. הרפורמות- התנזימאת של מודרניזציה שמנסים העות'מאנים להחיל נוגעים בכל תחומי החיים; בכלכלה, בממשה באקדמיה וכו' וכן במשפט. הטורקים מחילים רפורמות גדול מאוד במשפט- הם מבינים שלא ניתן להישאר במידנה מודרנית רק עם בתי דין דתיים- ההלכה הדתית לא ספיק ערה לשינויים בעולם המודרני ולכן הם מקימים בשנות ה30 של המאה ה19 בתי משפט של המדינה. גם כאן הם נתקלים בבעיות- אין מי שיעבוד בבתי משפט אלו- אז מקימים בי"ס למשפט באיסטנבול אך לא ייתכן כי ישר אלו יהיו שופטים בלי קשר לכך שהלימודים עצמם עורכים מספר שנים- אז מי שיושב בבתי משפט אלו הם הקאדר- השופטים וכהני הדת.

בעיה נוספת- חלק מהאנשים לא היו בקיאים במשפט המוסלמי- הם לא יודעים אייך לחפש- ולכן עשו קודיפיקציה של המשפט הדתי המוסלמי- מה שאנו מכירים כהמג'לה. שזה כמו לקחת את סיפרות השו"ת ולעשות ממנה קודקס. המג'לה נוצרה על מנת שלטורקים יהיה ממה לשפוט. בנוסף לכך הטורקים ייבאו חוקים אירופאיים, בעיקר את הקודקסים הגדולים, בעיקר מצרפת- קודקסים עסקיים, כלכליים וכו' כשאיסלמו אותם- כלומר התאימו לתרבות המוסלמית. מעבר לכך העות'מאנים לקחו את כל הטריקים מההלכה היהודית ומתחו אותם כך שהם יתאימו לחיים המודרניים. אז אם למשל אסור להלוות בריבית ואין חוזים- אז מצאו טריקים שיאפשרו הלוואות עם ריבית- למשל פטנט דומה להיתר העסקה אצל היהודים. לא שינו את ההלכה המוסלמית אך מצאו חוקים שמאפשרים לעקוף אותה או דרכים למתוח אותה. הבעיה הייתה שככל שהחילון העמיק, התרבותי הפוליטי וכן הדתי, ותהליכי המודרניזציה מעמיקים- חכמי ההלכה חים יותר ויותר מאויימים, גם הפוסקים וגם הדיינים, והם פחות ופחות מסכימים לשתף פעולה עם הדבר הזה. עד שבסופו של דבר הטורקים מרגישים כי לא ניתן להישאר מדינה הדתית הפועלת ע"פ ההלכה המוסלמית וגם להיות מדינה מודרנית שנשארת בחזית של העולם ולכן כאשר האימפריה העות'מאנית נופלת במלחה"ע הראשונה וטורקיה החדשה מוקמת על חורבותיה- השלטון הטורקי החדש הולך לכיוון אחר לגמרי- ה לא מנסים להמשיך להחזיק את המקל בשתי קצוות אלא הם מפרידים לחלוטין בין דת לבין המדינה. טורקיה המודרנית היא רפובליקה ממלכתית חילונית- הדת מופרדת מהמדינה. מעבר לכך שזה כתוב בחוקה ננקטו גם צעדים- תואר החליפות בוטל, האיסלאם הוא לא דת המדינה. אבל החברה בטורקיה היא חברה מוסלמית, חברה הגדול דתי וחלק גדול מאוד מהתרבות שלהם נשען על סמלים שמקורם בדת. מה עושים עם זה? הציבור הטורקי למעט האליטה שלו לא עברו את תהליכי החילון בכזו צורה ולכן עד היום החברה עצמה רואה את עצמה כחברה דתית. ולכן מפני שטורקיה היא דמוקרטיה הטורקים האלו לשלטון מפלגות דתיות. המפלגות אל יכולות להפוך את המדינה ליותר דתית כי זה מנוגד לחוקה ועל החוקה מגן הצבא הטורקי שמאיים לעשות הפיכה אם ינסו לעשות זאת.

**האנגלי פיקציה של המשפט הישראלי- הבריטים**

המשפט במדינה שזה עתה הוקמה או שהגיע אליה ריבון חדש. השינויים במשפט לא חופפים לשינויים אחרים פוליטיים כלכליים תרבותיים.

המנדט הבריטי חל ב1917 עד 1947, במסגרת מלחה"ע הראשונה היה ברור כי העות'מאניים לא ימשיכו לשלוט בארץ ומעצמות אירופה לטשו עיניים לשטחים אלו. הצבא הבריטי נכנס מדרום, ממצריים בשני טורים טור אחד לאורך מישור החוף וטור שני לאורך הנגב- היו קרבות מאוד מאוד קשים בסוף שנת 1917- לקח לאנגלים כמעט שנה לכבוש את הארץ. בדצמבר 1917 האנגלים כבר כובשים את רוב הארץ, מגיעים לירושלים כאשר הגנרל אלנבי נכנס בשער יפו.

מבחינה חוקתית, משפטית פורמאלית אפר לחלק את השלטון הבריטי בארץ ל3 תקופות. התקופה הראשונה שמשתרעת מהכיבוש הבריטי בסוף 1917- החודשים הראשונים של 1918- ועד קיץ 1920 הבריטים שולטים בארץ בשלטון צבאי- בראש הכוחות הבריטים עומד גנרל של הצבא הבריטי- גנרל מוני- וחל המשפט הצבאי לפי הדין הבינלאומי.

בקיץ 1920 עוברים הבריטים לאישור אזרחי מפני שהם יודעים כי יקבלו אישור מהקהילה הבינלאומית. הם שולחים לארץ נציב עליון הרברט סמואל- שהיה יהודי אך מאר מאוד נכנס לתקלים עם היהודים בעקבות מאורעות תרפ"ט- הלורד מאזרח את היועצים המשפטיים- הוא הקים ממשלה שתשלוט פה כמו הממשלה הבריטית- פרקליט ראשי- היועמ"ש. הממשל האזרחי ישאר כמובן עד 48' אך מבחינה חוקתית משפטית המצב משתנה שוב בקיץ 1922 משום שמאז באופן פורמאלי השלטון הבריטי בארץ לא נובע מעצם העובדה שהם כבשו את הארץ אלא מהשראה של המשפט הבינלאומי- הקהילה הבינלאומית שנתנה לבריטניה מנדט בארץ. המנדט הוא בעצם חלק מהסדר החדש.

מלחמת העולם הראשונה הייתה זעזוע נורא,כי עד אז הם היו בטוחים שהם בפסגה,והם הכי חזקים,אבל הם נגררו לתוך מלחמת עולם.אז הם עשו חושבים והגיעו למסקנה שכל זה קרה בגלל המירוץ שלהם "לכבוש את העולם",כל אחד רצה להיות נפוליאון,ואז הקימו את חבר הלאומים,שישלוט קצת במה קורה באזורים שנכבשים כל הזמן,ולכן השליטה באזורים כאלה תיעשה ע"י מנדט.האזורים סופחו לפי סיווג,הבריטים רוצים לשלוט בארץ עד שהישראלים יוכלו לשלוט בעצמם כלכלית

התקופה השלישית קיץ 1922 מתחילה בעקבות קבל המנדט והשלטון הבריטי חוקק את דבר המלך ומועצתו שהסביר איך הממשל והמשפט היה בנוי.

השינויים במשפט הבריטי לאורך התקופה-

המשפט בארץ באופן הדרגתי גובר הולך ומושפע מהמשפט האנגלי עד 1948 שאפשר לומר כי המשפט אנגלי ויש מיעוט של שאריות מהמשפט העות'מאני. ב30 פלוס השנים שהאנגלים שלטו פה – יש ויכוח בין ההיסטוריונים שעוסקים בתקופת המשפט בארץ- פעם היה מקובל לחלק את זה ל2 תקופות- תקופה ראשונה של שמרנות בריטית שסרבו להכניס את המשטר הבריטי ושמרו על החוק התורכי ואז החלה התקופה השניה שהיא תקופה האנגלי פיקציה והאנגלים הכניסו יותר ויותר את המשפט שלהם.

היום פחות רואים זאת כך כשתי תקופות מובחנות אלא כתהליך הדרגתי של אנגלי פיקציה של המשפט- תהליך שהלך התגבר שהייתה לו קפיצת מדרגה בשנות ה-30- ככלל מדובר בתהליך אחד.

כשהאנגלים כובשים את הארץ בהתחלה הם לא משנים כמעט כלום ומשאירים את ה משפט התורכי שהיה קיים על כנו. הם עושים זאת מכמה סיבות-

1. המשפט הבינלאומי דורש מהם- הם כוח כובש ואסור להם לשנות אלא אם הנסיבות מחייבות.
2. זה בלתי אפשרי להחליף את המשפט ולא כדאי- אי אפשר לבוא למקום חדש ולהגיד שכל מה שהיה עד אתמול נגמר ועכשיו יש משהו חדש- האוכלוסיה לא מכירה את החדש- כשהבריטים נכנסו לארץ היו בכל ארץ ישראל 4 עו"ד- רק אחד ידע אנגלית. אי אפשר להחיל כך חוק חדש- האוכלוסיה לא יודעת כיצד יש לנהוג, לא מכירה את החוקים את התרבות המשפטי וכו'.
3. לא כדאי לשלטון החדש להחליף כך את החוקים- שלטון חדש רוצה לשמור על הסדר והיציבות והחלפה של החוקים בצורה כזאת יוצרת כאוס. אצל האנגלים זו הייתה ממש מדיניות.

כל אלו הם טעמים של חוכמה פוליטית, על מנת לא ליצור אנטגוניזם לחברה וכן לא יודעים איך להתאים את המשפט לחברה. אצל האנגלים היה עניין נוסף- תפיסת המשפט האנגלית- היא תפיסה שהיא מראש היסטורית תרבותית המבוססת על תקדים על גבי תקדים על גבי תקדים- השינוי ההיסטורי ההדרגתי של ההלכה- ההלכה משתנה ע"י פסיקה בעיקר שמתאימה עצמה לשינויים ההדרגתיים ולכן במחשבה המשפטית הפוליטית האנגלית התפיסה היא שהמשפט דמוי היסטוריה, דמוי חברה- אין טעם לכפות משפט של חברה אחת על אחרת- המשפט שהתפתח מימי הנרי הכובש לא מתאים לאוכלוסיה בהודו או בישראל. לכל חברה יש את המשפט המקובל שלה שמקובל על האוכלוסיה כי הוא מתאים לתרבות ולקצב של ההתפתחות המקומית. רפורמות צריכות להיות הדרגתיות ובקצב הנכון.

האנגלים נוח להם להציג את עצמם כפלורליסטים אך כמובן שבתפיסה זו יש גם לא מעט אליטיזם ורגשות אוריינטליסטים- רגשות של בוז כלפי המזרח, התנשאות ואף גזענות.- המשפט שלנו לא מתאים לכם.

למרות שהאנגלים משאירים תחילה את המשפט על כנו הם גם משאירים לא מעט דברים, זו אל הייתה תקופה של קיפאון, יש גם שינויים הדרגתיים- איטיים, הם נעשים בעיקר באמצעות חקיקה – הם באים מלמעלה והם יותר איטיים לעומת פסיקה. זה תלוי על איזה תחום במשפט מסתכלים- אחד התחומים שהאנגלים כן משנים מיד בלי חוכמות הוא תחום המשפט הציבורי- הם מבהירים שיש בעל בית חדש. כל החוקים וההסדרים שמקימים, צבא משטרה ומערכת משפט- הם מאמינים שהם משמרים את המערכת הטורקית אבל הם מקימים בעצם חדשה. בתי כלא, פקידות – חוקים מנהליים שמדברים על איך הם עובדים וגם חקיקה פלילית- הם נכנסים מהר מאוד.

הם לא משנים המון תחומי משפט אך כן מבהירים כי מעכשיו ישלוט שלטון החוק- מדינת חוק. יהיו בתי משפט משטרה, חוקים כתובים, פסיקה וכו'. עוד תחום שעושים בו שינוי הוא התחום המסחרי- דיני תאגידים, ניירות ערך, קניין רוחני, חדלות פירעון פשיטות רגל וכו'- מפני שמה ששולט פה זה ההגיון הכלכלי של הקולוניאליזם- הם כבשו בשביל האינטרס הכלכלי ולכן יש אינטרס גמור להניע את גלגלי הכלכלה שלטעמם מפגרת. לחוקק חוקים שיעזרו לעשות מסחר יותר בקלות.

האנגלים מיד מתקנים ס' חדשים בחוקים הפליליים. בכל העבירות שבין אדם לחברו כעט ולא נגעו אך בחוקים של פגיעה בשוטרים, שלום הציבור ועבירות שעניינם מוסר- איסור זנות, הימורים וכו'..

האנגלים לא נוגעים במשפט הפרטי הקלאסי בשלב הראשון- מפני שזה הכי קרוב לליבה של האוכלוסיה המקומית- דיני המשפחה, הירושה החוזים דיני קניין- אנשים לא אוהבים שמתערבים להם- לוקח לאוכלוסיה ולשלטון זמן להכיר אחד את השני לפני שעושים זאת.

ככל שעובר הזמן רואים יותר ויותר שינויים- הם הופכים לבולטים בשנות ה30 כ15 שנה לאחר הכיבוש. למה הם הופכים להיות בולטים אז?

1. סיבה אוניברסאלית רגילה- שינויים במשפט קורים כ15 שנה לאחר השינויה פוליטי. הפקודת חוק פלילית נכנסת לתקוף רק ב1936. לוקח 20-30 שנה. בשנות ה30 ראינו את השינויים כי הם הצטברו והפכו לנראים לעין- זה קורה בכל המדינות.
2. סיבה ספציפית- התפתחות של החברה היהודית- בשנות ה30 מגיעים לארץ יותר שופטים ופקידים שעולמם עוצב במלחה"ע הראשונה- תפיסת העולם שלהם היא שהם אל הכי טובים בעולם- השפעה של התפיסה הזאת מאפשרת לחברה היהודית להתפתח ולהתחזק- הם גדלים מבחינה מספרית, תרבותית, כלכלית.

המהפך הזה קורה כי הציונית הופכת ממשהו מופרך ולא אפשרי- כישלון בארץ, כרעיון למשוך ציונים לארץ היא לא מצליחה- באמצע שנות ה20 הדברים מתהפכים- מדינות המערב סוגרים את השערים- מ1924 צריך ויזות כדי להיכנס לארה"ב, קנדה- יש מכסות- חוקי זרים באנגליה- אי אפשר להגר יותר. הלחץ באירופה מתחיל להתגבר עם הלאומיות החדשה של המדינות החדשות אחרי מלחה"ע הראשונה, הזרמים הפאשיסטיים שצצים- תאום ארץ ישראל הופכת למקום רלוונטי- הרעיון הציוני לא נראה הגיוני פתאום אך הוא מקום זמין לברוח אליו. העליה הראשונה השניה והשלישית היו עליות קטנות שרובן חזרו חזרה- העליה הרביעית ואילך אלה עליות של המעמד הבינוני היהודי של מזרח ומרכז אירופה – זקנים גברים נשים וטף- שמביאים איתם כסף. המון כסף נכנס לארץ- בשנות ה-30 בשנה אחת עולים יותר אנשים מבכל העליות הראשונות- לכן גם מתחיל המרד הערבי.

התעשיה מתקדמת, התרבות והחברה הופכות להיות יותר ויותר מודרניות ומתקדמות. המשפט פשוט לא מתאים- חייבים להחיל שינויים במשפט הפרטי גם- הם אינם מתאימים להתפתחויות הללו- גם ברמה שלה תפיסה- עולה המעמד הבינוני היהודי- שרוצה שקט בין 2ל-4 ורוצה סדר מפני שהם אירופאים. הציבור היהודי דורש מהמשל הבריטי לא רק חוק אלא התאמה לחברה האירופאית שנבנית פה. התודעה הבורגנית. גם הבריטים חייבים לשנות את ההתנהגות שלהם- זה כבר ציבור אירופאי מתקדם.

גם אצל הערבים נוצר מעמד בינוני גדול בערים הערביות הגדולות.

יש קריאה של הציבור לשנות את המשפט ויש הסכמה של הבריטים- ועכשיו השינויים הרבה יותר מהירים מפני שמדובר גם בחקיקה (בעיקר כזו שהבשילו מחקיקה קודמת) וגם- ופה השינוי הגדול- האנגלי פיקציה נעשית בפסיקה- פתאום שי הרבה מאוד שופטים שמכניסים את הדין האנגלי. הם עושים זאת באמצעות פרשנות, פתאום השופטים מכריזים על לקונות- יש חוסר במשפט הטורקי- וע"פ דבר המלך משלימים אותו ע"פ הדין האנגלי- בעבר היו משלימים לפי הסדרים שלילים אך לא עוד.

המשפט השיורי אינו המשפט המוסלמי אלא המשפט האנגלי. הכניסו את המשפט הפרוצדוראלי האנגלי. וזו עוד סיבה שבאמצע שנות ה-30 יש קפיצת מדרגה.

**האנגליפיקציה של המשפט- הישוב היהודי בארץ ישראל**

אם אנחנו מסתכלים על תקופת הישוב היהודי גם בתקופת המנדט וגם בשלהי האימפריה העות'מאנית ניתן לראות כי היו ניסיונות לכונן ולהקים מוסדות משפטיים. הסוג הראשון של המוסדות שניסו להקים היו מוסדות שיפוט שישפטו ויפשרו בין אנשים בישוב היהודי שהסתכסכו ביניהם. סוג נוסף של מוסד כזה הם בתי הדין הרבניים. לכאורה הם לא שייכים למוסדות שהישוב היהודי ניסה להקים משום שהם שייכים למוסדות המדינה. חלק מהמשפט לא היה משפט טריטוריאלי אלא אישי המשתנה מאדם לאדם.

בתקופה הטרום מודרנית עיקרו של המשפט היה דין אישי- כלומר לכל קבוצה באוכלוסיה היה את המשפט שלה, לכל גילדה, לכל עיר, המשפט השתנה ממקום למקום מקבוצה לקבוצה- כל קבוצה חלקה משפט משלה- פריבלגס. עם המעבר לתקופה המודרנית המשפט הופך לטריטוריאלי- המשפט חל על כל האזרחי החיים בטריטוריה מסויימת. זה היה המצב גם באימפריה העות'מאנית אך מכל מיני סיבות הטורקים החליטו שתהיה איזושהי מובלעת של דין אישי בתוך כל זה- שיקבע לפי ההשתייכות הדתית, בנושאים של ירושה ומשפחה ופולחן דתי.

ליהודים היו את בתי הדין הרבניים. וכן הבריטים שימרו מצב זה ולאחר מכן המצב שומר גם בקום המדינה. גם תחילת ההתיישבות הציונות והעליה הציונית, עם הגידול הקטן והאיטי, בתי הדין הרבניים קיוו שהם יוכלו להפוך לבתי דין לאומים רבניים- שהישוב היהודי בארץ ידון בפניהם בכל תחומי החיים. תקוותם של בתי הדין הרבניים נגוזה, ונכזבה משום שגם אם בתחילה רוב הציבור בארץ היה דתי, לאחר העליות השונות התברר כי אין הם יכולים לתת מענה לכל התחומים שהציבור היהודי צריך, מה גם שהציבור היהודי החילוני שעלה בעליות לא מעוניין בהם.

מערכת נוספת שקיימת, מערכת באמת מלמטה שצומחת בישוב היהודי, היא מערכת בתי משפט השלום העברי- מוקמת ב1909 ע"י הישוב המאורגן, נכבדי הישוב היהודי מקימים מערכת שתחילה הייתה ערכאה אחת ואח"כ נוספה ערכאה נוספת. במקום שהיהודי יצטרכו לגשת לבתי המשפט הטורקים שלא היו יציבים במיוחד הם יכלו לפנות למערכת המשפט היהודית. מערכת זו נהנתה מגב פוליטי של ראשי הישוב בארץ.

מערכת זו ממשיכה להתקיים גם לאחר הכיבוש הבריטי ואף עד קום המדינה. היא הופכת לחלק מהמוסדות הרישמיים של היישוב היהודי. מערכת בתי משפט השלום הייתה חלק מהמערכת המשפטית העות'מאנית ואף תוקצבה ע"י האימפריה. הם הכירו במערכת המשפט העברי כמוסד לבוררות. ניתן היה להגיע עם פס"ד של השלום לבימ"ש מחוזי עות'מאני שהיה מקבל אישור של המחוזי ואז ניתן היה לגשת להוצאה לפועל.

יחד עם זאת כשמסתכלים על העניין הזה אנו רואים כי לאחר עליה הדרגתית מתחילת הקמת מערכת המשפט העברית 1909 ועד לאמצע שנות ה-20 יש עליה במספר התיקים. מאמצע שנות ה-20 יש ירידה חדה- ארנשים מדירים את רגליהם מבתי המשפט העבריים, ומעדיפים ללכת לאלו הבריטים, זאת למרות שהשופטים בבימ"ש השלום היו מכובדים, האגרות היו זולות יותר, לא היו צורך בעו"ד, מוסד מכובד וכו'- ובכל זאת הייתה ירידה מתמדת בשימוש בבתי משפט השלום העבריים.

בנוסף לאלו לכל התארגנות, קבוצה מפעל וכו' היו תקנונים ובתי משפט שהיו שופטים בעניינים פנימיים. בימ"ש הכי גדול בתקופה זו היה משפט החברים של ההסתדרות- העובדים העברים בארץ ישראל- שגם זו נועדה להיות מערכת משפט לא פורמאלית בה חברי הסתדרות שופטים חברי הסתדרות אחרים בסכסוכים פנימיים. כאן אנו רואים ביקורת הולכת וגוברת של חברי ההסתדרות שאומרים שמשפט החברים הקטן והנחמד הפך להיות ממוסחר עם שימוש בעו"ד וכו'.

בנוסף היו יוזמות אחרות בשדה המשפט, עיקר היוזמות נוצרו ע"י קבוצה/ ארגון – תאגיד משפטי שנקרא חברת המשפט העברי- זה היה ארגון שקם בשלהי 1917 ע"י שני עו"ד חילוניים במוסקבה- במטרה ללוות את תחיית העם היהודי בארצו גם בתחיית של המשפט היהודי. כאמור היה להם חינוכי יהודי, למדו בישיבות (דתלשים) והם האמינו שראוי לבסס את המשפט של המדינה היהודית שתקום על ערכים יהודיים איפה שאפשר- איפה שאי אפשר או שיתקנו את הדין היהודי או שישלימו מקורות אחרים. המקורות האידיאולוגיים שלהם היו שניים: ראשית הם ביטאו את רחשי ליבם של רבים מיהודי מזרח אירופה. הם מאוד הושפעו מרעיונותיו לאחד העם בין היתר של הציונות הרוחנית ומרעיונות דומים על הצורך בפיתוח תרבות יהודית מודרנית. מקור השפעה נוסף היה מקור לא יהודי והוא התפיסה של הזרם ההיסטורי של המשפט. תפיסה שצומחת בגרמניה החל מראשית המאה ה19 ומתפשטת בכל אירופה במהלך המאה ה19. יש לה השפעה רבה גם במזרח אירופה. הזרם גרס שכאשר משפט של חברה תלוי היסטוריה ותרבות, נסיבות חברתיות- כאשר יוצרים משפט חדש לא מספיק לקחת רעיונות אוניברסאליים גדולים אלא צריך להתחשב בתרבות ובהיסטוריה של העם ולי זה ליצור את המשפט לעם. מהר מאוד החברה' האלו בורחים מרוסיה ומגיעים לאנגליה ומשם עולים לארץ. פה בארץ חברת המשפט העברי הופכת לשוס במובן הזה שמעכשיו ועד לקום המדינה כל משפטן שהחשיב את עצמו ראה צורך להיות חלק מחברה זו, ולשאת נאומים בנושא.

חלה פעילות אינטלקטואלית די ענפה, הם ניסו לסייע לבתי משפט השלום העברי, לסייע להם גוף של תוכן משפטי שיעזור להם לשפוט, ניסו ליצור הצעות לחוק, לקודקסים לקראת הקמת המדינה, הם הצליחו בשנות ה30 לארגן כנס בינלאומי העוסק בשאלות של משפט עברי- שיא הפעילות שלהם הוא הקמתו של ביה"ס למשפט וכלכלה בת"א.

למרות זאת, לא יצא מזה ממש. אף אחד לא קרא כמעט את מה שהם כתבו- לא התקבלה אף הצעת חוק שלהם, הדברים שהם פרסמו לא השפיעו על הדרך שהשופטים בבתי משפט השלום שפטו וביה"ס קירטע ובוגריו היו צריכים להשלים את לימודיהם בבי"ס של המנדט הבריטי.( למרות שבסופו של דבר הוא אחד משלושת היסודות שעליו נבנתה אוניברסיטת ת"א).

מדוע זה קרה? מדוע לא מצליחים בתי המשפט העבריים, בתי משפט עבריים והחברה היהודית למשפט עברי? סוג אחד של תשובות הוא סוג של תשובות שנתנו בעיקר סוציולוגיים הוא מלחמות היהודים- ניתן לראות בקלות איך לגבי כל אחת מהיוזמות האלו קבוצות אחרות ביהדות דופקות את היוזמה. הממסד הרבני שהתנכל לבתי משפט השלום וגם בתי משפט הבריטים למרות שאישרו את פסה"ד, היו מעוניינים במונופול. הישוב היהודי הלך לבתי משפט של העות'מאנים כי העו"ד הלכו לשם- כי בשלום לא היה בהם צורך, האוניברסיטה העברית שהתנכלה לביה"ס למשפטים וכלכלה וכו'.

אלו לא הסיבות העיקריות- הסיבה העיקרית היא סיבה פנימית- היוזמות הללו בשדה המשפט לא הצליחו אז מאותן סיבות שהן לא מצליחות היום. לאף אחד אין מושג קל שבקלים , קלוש ככל שיהיה מזה לעזאזל משפט עברי. במשפט העברי היהודי הבעיה חמורה משום שיש צורך להגדיר מיהו יהודי וכו'- שאלות שעד היום כבר מאתיים שנים אל יודעים להגדיר. אלו שאלות שאין להן פתרון מספיק טוב. יש ויכוחים בין דתיים לבין לא דתיים אם יהדות זו דת או תרבות לאומית, מה מרכיב אותה וכו'. הציונות צומחת כדי להשתיק את השאלות הללו מתוך הויכוח על ההשכלה במזרח אירופה שמגיע לכדי פיצוץ, במקום לריב משייכים את כולם לאותו עם- שמים את הזרקור על מה שמאחד ולא מה שמפריד. עדיין השאלות הללו שאלות מטרידות, אפילו על השם לא ניתן להסכים- מדוע קוראים לזה משפט עברי. עולות שאלות מטרידות כמו מה היחס שלנו לתרבות היהודית? איך מרכיבים את המשפט העברי? מההלכה או לא?

אלו שאלות שהטרידו את האוכלוסיה היהודית ב200 שנים האחרונות, הבעיה היא שכאשר מחברים את כל זה למשפט זה הופך למאוד בעייתי מפני שמצד אחד המשפט חייב זיקה לתרבות המקומית- התוכן של המשפט מתאים לתרבות ולמוסכמות של החברה. המשפט חייב להתעסק בשאלות התרבותיות האלו, מצד שני זה מכניס אותו לבאלגן מפני שבסופו של דבר הוא נורמה שמכתיבה התנהגות לאוכלוסיה. הוא נשלט ע"י מוסדות- מוסדות אוכפים אותו וכו'. לא ניתן לתרגם את כל זה למוסדות.

הקבוצה שהכי מתנגדת להקמת משפט עברי הם היהודים הדתיים. ההלכה היהודית מתפתחת בתקופה שאין מדינה יהודית, הפילוסופיה של ההלכה היהודית היא פלורליסטית, אי אפשר לעשות קודיפיקציה להלכה היהודית (לצרף את כל ספרות השו"ת וכו'). בנוסף ההלכה שותקת לגבי נושאים רבים- במקביל היהודים עוברים תהליכי חילון, ופוסקי ההלכה חשים מאויימים ולא מוכנים לשנות, כמו כן יש חוסר ידע רב של רבנים בתחום.

אין דבר כזה משפט עברי, אי אפשר לקחת לק מההלכה ולקרוא לו משפט עברי, ולשתול אות משפט, זה נחמד תרבותית, אבל אין לזה שום משמעות הלכתית. ודתיים יצייתו להם כאל חוקי המדינה (דינא דמלכותא), אבל הם לא יחייבו הלכתית- וזו גם בעייתה אוטוריטה והסמכות שהרי השופטים והממשלה פשוט לא מוסמכים הלכתית ליצור הלכה, מה גם שהציבור ונבחריו הפכו חילון פוליטי- האדם כעת מעצב בעצמו את חייו- בעצמו או באמצעות נציגיו. אין הסכמה להמיר את השיטה הדמוקרטית לשיטות אחרות? מכל הסיבות הללו מאוד קשה לקחת את המאבקים התרבותיים ולהכניסם לעולם המשפטי.

בנוסף לאלו יש התלבטויות נוספות אחרות, מאבקים תרבותיים וכו'- רואים כי לא ניתן להסכים כמעט על כלום.

הפתרון הציוני התאים לתחושות הבטן של הרוב המכריע של הציבור היהודי בארץ וגם מחוץ לה, כשזה הגיע למשפט הרוב היהודי שהיה בארץ- באינסטינקט לא הכניסו את הראש הבריא שלהם למיטה החולה הזו- אף אחד לא אמר להם לא ללכת לבימ"ש השלום העברי- הם לבד לא הלכו, היוזמות פשוט לא הצליחו ואף אחד לא באמת הכשיל אותם, האוכלוסיה היהודית לא קמה בבוקר ושואלת את עצמה שאלות גדולות לגבי מהות החיים. האוכלוסיה מעדיפה ללכת למקום מסודר, למשפט העות'מאני שם ההלכה מסודרת וברורה. המשפט העברי לא מספיק מגובש ולא מצליח לנסח לעצמו את העניין הבסיסי ביותר ולכן הנתינים היהודיים מצביעים לבד ברגליים על העדפתם לבתי משפט טורקים.

**הקמת מערכת המשפט בארץ**

כבר בזמן הקמת המדינה הייתה בארץ הקפדה לא קטנה על עקרונות שלטון החוק והדמוקרטיה. לעיתים זה לא נראה כך. לא רק שהיהודים הגיעו ממקומות שלא שרר בהם שלטון חוק ודמוקרטיה אלא גם היהודים התרגלו במהלך ההיסטוריה שלהם לעקוף את החוק, היות והחוק היה חוק הגויים שלא תמיד היו פרו-יהודי, והיהודים לא אהבו אותו, למשל השלטון העות'מאני או השלטון הבריטי. אם כן איך בתנאים אלו יכלה להתפתח דמוקרטיה ושלטון חוק?

עובדה, בכל זאת תמיד היה פה שלטון חוק ולמרות כל הבעיות הדמוקרטיה בישראל שומרת חוק ואולי המדינה היחידה כמעט שהוקמה בתהליך התמוטטות האימפריה כדמוקרטיה ונשארה ככזו. הדמוקרטיה אינה יש מאין, התנועה הציונית מביאה לארץ את הרעיונות הללו. התנועה הציונית חורטת על דגלה את הערכים של אזרחות שוויונית ואוניברסאלית, והביאו את הרעיונות הפוליטיים מאירופה. הישוב בארץ וכן בקונגרסים היו דמוקרטים משלב מאוד מוקדם (נשים הצביעו כבר מהקונגרס השני). היום מתחילים להיכתב מחקרים שבוחנים בור חדש את ההיסטוריה של הקהילות היהודיות בכל מיני מקומות בעולם ולהראות שבניגוד לתמונה של השטטליזציה של ההיסטוריה היהודית שכתבו מהגרים יהודים, הקהילות היהודיות עברו הרבה מאוד תהליכים של חילון ומודרניזציה במאתיים שנה שקדמו להקמת המדינה (חילון לא רק במידה של אמונה אלא מבחינה פוליטית).

לכן כאשר היהודים מגיעים לארץ הם כבר מגיעים כשיש מאחוריהם 150 שנים לפחות של מודרניזציה, חילון לגבי ההשכלה ולכן זה לא כל כך מפתיע שהאנשים שמגיעים ממזרח אירופה (הרוב מגיעים מהמזרח) מצליחים להשתית ערכת דמוקרטית.

התחום של המשפט היה אחד התחומים שלישוב היהודי בארץ לא היו מוסדות רציניים, היו כל מיני מוסדות אך ניסיונות אלו לא הצליחו או צלחו בצורה מוגבל. הישוב היהודי בארץ הסתמך בעיקר על מוסדות של הממשל הבריטי. היה צורך להקים מוסדות מ0 בקום המדינה. התכנון גלבי המשפט מתחיל כבר כמה חודשים לפני הקמת המדינה, כמה חודשים לאחר החלטת כ"ט בנובמבר- החלו להתארגן לקראת הקמת המדינה- הוקם גוף מיוחד שכונה ועד המדינה שתפקידו היה להכין את הקמת המדינה, ובגוף היו מחלקות שכל מחלקה עסקה בנושא אחר במטרה להכין את המדינה, בריאות, דואר ועוד.. ביניהם גם המשפט.

הוקמה המועצה המשפטית שליד ועד המצב, שתפקידו היה כפול- ראשית לייעץ בשאלות של חוק ומשפט ושני להכין את המשפט במדינה שתקום. לוועד המצב הזה מונו כל עורכי הדין הכי גדולים בישוב, שלימים היו שופטי ביהמ"ש העליון. 37 החברה' האלו הקימו ועדות משנה, לחוק הפלילי, לחוק האזרחי לבג"ץ, וועדה למילים ומונחים, ולשילוב המשפט העברי וכו'. בפועל לא יוצא שום דבר מעבודת הועדה- ראשית כי קודם כל יש מלחמה מאוד גדולה בארץ כבר אז- הם לא מצליחים להיפגש. ירושלים כבר במצור.

מעבר לכך, 37 עו"ד שכל אחד מושך לכיוון אחר- הם מתקשים למצוא קרקע משותפת מה גם שקשה להחליט לגבי עתיד המדינה בשלב ההוא.

בסופו של דבר מי שעושה את כל העבודה הם 5 עו"ד צעירים שבכלל מונו כמזכירי הועדה- חמשת אלו חיים כהן, אורי ידין, שבתאי רוזן, אשר ויטא ויהודה גולן שתפסו כולם לימים תפקידי מפתח במשפט הישראלי. תפקידם היה בעצם לשמר את המשפט הבריטי כמו שהוא כדי לשמור על הסדר בתקופה הלחוצה הזו של המלחמה.

התוכנית המקורית משתנה. לפי החלטת האו"ם 181- החלטת החלוקה, היה לוח זמנים מסוים- הבריטים היו אמורים לעזוב את הארץ עד אוגוסט 48' להעביר את השליטה לכח בינלאומי והבחירות לשתי המדינות היו אמורות לחול באוקטובר 48' לאסיפה המכוננת לכל מדינה בזמן שהאו"ם שולט. אסיפות אלו היה עליהן לכונן חוקות ולאחר מכן בתהליך ארוך – רק אז בהדרגה היו אמורים כוחות האום לעזוב ולהעביר את השלטון לארץ. בפועל שום דבר מזה לא קרה כפי שידוע לנו, הבריטים אל כל כך רצו לעזוב, הפלסטינאים לא קיבלו את ההחלטה והחלה יום לאחר ההחלטה מלחמה. למרות שהבריטים רצו להישאר ב15 לאפריל 48 הוחלט כי הם עוזבים את הארץ, הם מתקפלים בשיא המהירות כאשר חודש לאחר מכן השלטון הועבר ליהודים.

לא נעשתה העברה מסודרת של המוסדות הרישמיים, לא רק המוסדות המשפטיים. היה צורך לבנות ולהפעיל הכל מחדש מ0. בתוך כל זה מאוד מרשימה ההצלחה של מדינת ישראל בהקמת מערכת משפט שהיא מודרנית שפועלת לאור עקרונות שלטון החוק והדמוקרטיה. עצם העבודה שהצלחנו להקים מערכת משפט מתפקדת ראויה בפני עצמה לציון ובעיקר לאור המלחמה שמתנהלת בתוך הערים הישראליות. שליש מהישוב היהודי הם פליטים שנאלצים לעזוב את ביתיהם, עשרות אלפי פצועים והרוגים, מצב כלכלי נוראי- אין אוכל, אין דלק, וכן העליה הגדולה לארץ שמתחילה מיד לאחר מכן. היציבות של מערכות המשפט לאור כך ממש מעוררת השתאות.

המדינה מוקמת ביום שישי אחה"צ וביום ראשון בבוקר כל בתי המשפט נפתחים, זאת למרות המלחמה. בשבוע הראשון רושמים בתל אביב פטנטים, רשמי תאגידים עובדים, הטאבו בת"א חוזר לעבוד בתוך שבועיים, זאת למרות שחילה אוויר המצרי מפציץ את תל אביב בלי סוף בתקופה זו. כדי שתהא בארץ וודאות גם מבחינה משפטית וגם חברתית היה צורך ביציבות משפטית- נשמעות קריאות בנוסח 'למה זה המשפט הבריטי ולא היהודי/עברי שלנו?' אך קודם כל היה צורך ביציבות משפטית, לא משנה היכן חוברו החוקים.

מעבר לכך יש הקפדה על קיום הדרישות של שלטון החוק כמו משט פומבי פוזיטיבי- שהאזרחים יוכלו לדעת מה מותר ומה אסור להם. החוקים מפורסמים מראש (עקרון החוקיות), וכן ההליכים בהם הנורמות מתקבלות פתוחות וכולם יכולים לקחת בהם חלק- לשמוע, בכנסת, בביהמ"ש- כבר מהקמת המדינה הייתה הקפדה על כך. המשפט מפורסם מההתחלה- יוצא לאור העיתון הרשמי, זאת למרות המלחמה ולמרות המצב הקיים, ובו מפורסמים כל החוקים וכל התקנות וכל הרשומות החשובות של המדינה. הבריטים עזבו כל כך מהר שלא הספיקו לפרסם כ30 חוקים חדשים ואאז התעוררה שאלה האם הם בתוקף? נקבע שלא כי הם לא פורסמו ברשומות וזה לגיטימי מפני שלא מאפשרים 'חוקים נסתרים'. היה רצף משפטי.

בד"כ במהפכות משהים את הסדר המשפטי ואז יש צווים צבאיים או משהו או מהפכנים ומשפטי שדה, בארץ המשפט נשמר. בכל תולדות המדינה היה משפט שדה אחד ו'שופטיו' הועמדו לדין. בן גוריון מזמן את כל ראשי הצבא ודורש חוק שיפוט קשוח שיתאים גם למדינה דמוקרטית- בסופו של דבר חש"ץ נכנס ב1956 אבל בינתיים מאמצים את חוקת השיפוט של ההגנה כדי שצהל לא יתנהל בלי חוק שיפוץ, כדי שיהיה ניתן להעמיד לדין חיים שעושים עבירות כאלו ואחרות. היו גם מההתחלה נסיונות הלפוך את מערכת המשפט לעצמאית, ומנותקת מההיררכיה ויחסי הכח בחברה- הפרדת רשויות, זאת על מנת לאפשר למערכת המשפט להעמיד גם פוליטיקאים לדין במידת הצורך, ועל מנת לאפשר עצמאות השופטים. מערכת המשפט נהנתה מכך שלישוב היהודי לא היתה מערכת משפטית משלו, ככה הייתה מערכת כמה שיותר נייטרלית ונקייה משיכות כלשהי.

היה מאמץ לכונן מערכת משפטית נפרדת גם בצבא וגם באזרחות. משכורות נקבעו מראש כדי שהן לא יהיו משוחדים משום כיוון ולא נתונים ללחצים. מהקמת המדינה נקבע שהיועצים המשפטיים כפופים אך ורק ליועהמ"ש לממשלה (מקצועיות). היועמ"ש של משרד החוץ שלא רצה להקשיב לחוות הדעת של היועמ"ש, זה הגיע לישיבת הממשלה והובהר שכל משרדי הממשלה כפופים לו. בהתחלה לא היה צורך ביועמ"ש, התפקיד היה של שר המשפטים, אבל התפקיד התפצל- היום יש פקיד עם סמכויות מאוד רחבות- אבל הוא לא שר בממשלה ומעמדו נשמר.

דוגמאות: פרשת שני מרגלים בריטים- סילבסטר נ' משטרת ישראל, פרשת מאיר טוביאנסקי.

מערכת המשפט בארץ, כנגד כל הסיכויים, למרות מקום מוצאם, למרות סביבת היהודים והערבים בה גדלו, למרות המלחמה, למרות הפלטים, למרות העלייה הגדולה, למרות כל זאת מוקמת דמוקרטיה שומרת חוק ודמוקרטיה מתפקדת. יש ניסיון לפעול לפי דרישות שלטון החוק מההתחלה.

**תהליכים של שינוי והמשכיות במשפט בארץ**

אחת השאלות העיקריות שענייניה את המשפטנים בארץ הייתה שאלה של עצמאות מערכת המשפט. עצמאות מערכת המשפט הן מבחינה פורמאלית (האם הוא כפוף למשפט זר) והן מבחינת התוכן (שיהיה ברור שזה המשפט שלנו ולא של מדינה אחרת). כאשר המדינה קמה ישראל שימרה כמו כל המדינות האחרות את המשפט המנדטורי שהיה קבוע קודם. ברגע ששימרנו אותו שימרנו גם כמה 'חבלים' שקשרו בינו למשפט הבריטי. כשהאנגלים שלטו פה למרות שהיה מדובר במנדט, בתאכלס האנגלים התייחסו לישראל כאל קולוניה שלהם הכפופה למשפט האנגלי באנגליה.

הבעיה הייתה שברגע ששמרנו ושימרנו את המשפט המנדטורי שימרנו גם את אותם צינורות, חבלים שקשרו בין המנדט לבי המשפט בבריטניה. עלתה שאלה בארץ- מה קורה עכשיו? מצד אחד אנחנו מדינת ישראל העצמאית מצד שני יש כל מיני דברים הקושרים את המשפט הישראלי ומכפיפים אותו לזה האנגלי.

היו שלוש צינורות/ בעיות כאלו שקשרו בין המשפט הישראלי לאנגלי:

1. **תקדימים**- האם תקדימים אנגליים מחייבים בארץ? בתקופתה מנדט זה היה ברור שכן. כאשר קלטנו את הכלל המנדטורי קלטנו גם את הכלל הזה, אך מצד שני אנחנו מדינה עצמאית. הוא התחיל מהפרקטיקה, עו"ד שנעזרו בתקדימים אנגליים כדי להוכיח את טענותיהם מול עו"ד שטענו שאנחנו מדינה עצמאית. בע"א כוכבי נ' בקר- הנושא הגיע לדיון בעליון- פס"ד ניתן ב57'- ביהמ"ש פסק שתקדימים אנגליים שניתנו אחרי ה' באייר תש"ח 1948 לא מחייבים בארץ- כלומר מה שניתן לפני קום המדינה חייבו את המשפט המנדטורי- מפני שקלטו אותם עם המשפט המנדטורי אך ברגע שהוקמה המדינה זה כבר חתך וניתק את הקשר בבין בתי המשפט בארץ לאלו שבאנגליה. התוצאה הייתה שבמשך השנים המשפט הישראלי התנתק לא רק באופן משפטי אלא גם מבחינת התוכן מהמשפט האנגלי- משום שאורך חיים של תקדים הוא כ12 שנים. ככל שהתקדמנו לתוך תקופת המדינה הפסיקה האנגלית פחות ופחות השפיעה על ההלכה בארץ. השופטים הישראלים ככל שעבר הזמן נוטים להתייחס יותר לתקדימים של עצמם.
2. **שאלת הפרשנות**- רוב החוקים והפסיקות בתקופת המנדט במקרה של אי הבנה יש לפרשן לאור החוק האנגלי. פורמאלית שופטים ישראלים שנתקלו במושגים שלא ידעו איך לפרשם היה צריך לפנות לפסיקה האנגלית. בשנים הראשונות זה הפריע לאנשים מנק' מבט לאומית אך זה פחות הפריע בתאכלס כי זה נתן איזשהו פתרון שהוסיף ליציבות המשפטית. ככל שחלפו השנים ונוצרה חקיקה ישראלית חדשה בשנות ה60 וה70, החל ויכוח – היו כאלו שאמרו (גטדסקי וברק, אורי ידין גם) אין צורך לפנות לפרשנות במשפט האנגלי משום שיש מספיק מקורות במשפט הישראלי. יש המון חוקים שעדיין בתוקף אבל יש להם 'מוות טבעי' מכח התיישנות. (פס"ד קול העם). קבוצה אחרת בראשות דניאל פרידמן, טענה כי עם כל הגאווה הלאומית הס' הללו מופיעים בחוק והם מחייבים- אם יש בעיה בפרקטיקה מחוייבים לפעול לפי המשפט האנגלי. בשנת 1972 תיקנה הכנסת את פקודת סדרי השלטון והמשפט וביטלה למעשה את ההפנייה למשפט האנגלי.
3. **שאלת הלקונה המשפטית**- כאשר שופט או שופטת לא מוצאים תשובה בחוק או בפסיקה, סימן 46 לדבר המלך קבע שבמקרה כזה שופטים צריכים לפנות למשפט האנגלי (דין השיור). כאן הייתה אותה בעיה, ופה היה עיקר הויכוח. ברק בא ואמר שיש פה מדינה עצמאית, יש פה מספיק חקיקה , פסיקה כתיבה משפטית, עולם משפטי שלם שנוצר שניתן לקחת ממנו במקרה שיש איזשהו חסר במשפט. זאת למרות שיש חוק מ1922 שמחייב לפנות למשפט הבריטי- החוק נכתב במציאות אחרת ולשופטים בריטים- היום יש שופטים ישראליים- של מדינה עצמאית ולא קולוניה בריטית. אם אלו אינם דברים המחייבים שינוי אז מה כן? פרידמן טען וכך גם עו"ד נוספים בפרקטיקה זה שיש חוק- ובתאכלס אי אפשר להתעלם ממנו. באמצע שנות ה70 מונה ברק לתפקיד היועמ"ש, אחד הדברים הראשונים שהחל לעשות היה לבטל את סימן 46. אקט הביטול הזה שנכנס לתוקף בחוק יסודות המשפט ניתק סופית את המשפט הישראלי מזה הבריטי והפך סופית את המשפט הישראלי למשפט עצמאי לחלוטין. שופטי ישראל באופן פורמאלי אסור להם לפנות לסוגי משפטים אחרים- לא לתקדימים ולא לפרשנות וכן לא לצרכי מילוי לקונה.

נשארנו עם שאלת התוכן- פה הויכוח הוצת מחדש.כשביטלו את סימן 46 לדבר המלך היה צורך להחליף אותו במשהו- מה יהיה מעכשיו דין השיור הישראלי- מה יעשו שופטים ישראלים שלא ימצאו פתרון בחוק או בפסיקה. אע"פ שהתפיסה של ברק היא זו המקובלת- כלומר המשפט כולל לא רק כללים אלא עקרונות ערכים ותרבות- למרות זאת מדינות מודרניות מסיבות פוליטיות רוצות שיהיה להן בחוק משהו שאומר לשופטים מה דין השיור. כלור השופטים לא עושים המ שהם רוצים. הפתרון של משרד המשפטים תחת הנהגתו של ברק כיועמ"ש היה למצוא פתרון בהשראת החקיקה האירופית(הקודקסים). כאשר העניין הגיעה לכנסת הייתה המולה רבה. חברי הכנסת מהמפלגות הדתיות והימין שהיה בשלטון הזדעזעו מהאפשרות של לפנות לעקרונות הכלליים של השיטה (לפי הקודקס הגרמני)- מה יותר טבעי שדין השיור יהיה ע"פ ההלכה היהודית או המשפט העברי- לא משנה שהם היו ראשונים שידעו שזה בלתי אפשרי, וכן כלל לא רצו (שיעור קודם). הפשרה הפוליטית שהושגה בסופו של דבר הייתה המשפט שמוכר לנו ס' 1 מחוק יסודות המשפט- הם יפנו לעקרונות החירות השלום היושר והצדק ע"פ מורשת ישראל.

חוק יסודות המשפט הוא לא פחות ממהפכה במשפט הישראלי ובכלל בתפיסות הפוליטיות של התנועה הציונית במדינת ישראל. עד 1981 אין בנמצא חקיקה של הכנסת שמזכירה את המילה יהודית- ואם היא מזכירה זה בהקשרים של הסוכנות היהודית או חקו השבות. זוהי מדיניות – חוק יסודות המשפט עושה מהפכה. בפעם הראשונה מתחילים ויכוחים על העניין הזה.

שאלת הזהות והתרבות היא שאלה שהעסיקה את הציבור היהודי המודרני ב200-250 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- רושת בנות וירושת בכור, ששונו בהצעת החוק. חיים כהן אמר שלא ניתן שבמדינה דמוקרטית יהיה מצב בו בנות לא יירשו, חוסר ההסכמה התפוצץ ומאז מדיניות משרד המשפטים היא שבכל מה שקשור לשילוב ההלכה היהודית לא משלבים אותה כלל במשפט הישראלי.

בהתחלה הייתה קבוצה לא קטנה של דתיים שהתנגדו למהלך זה- היום זה הרבה יותר מקובל.

הפתרון הישראלי הוא שההלכה לא משפיעה מבחינת התוכן, כי זה רק יעורר בעיות, מלחמת תרבות ומלחמת אחים. ההלכה היהודית משומרת ברמה הסימלית. מאז הקמת המדינה יש בביהמ"ש העליון שופט שהוא כיסא המשפט העברי. כנ"ל לגב מחלקה למשפט עברי במשרד המשפטי. פתרון זה נוח לכולם.

חוק יסודות המשפט עורר ויכוח לגבי מה הכוונה ב'מורשת ישראל'- מחד השופט מנחם אילון שטען שמדובר במשפט העברי (עמדה שלא הייתה מקובלת על הרוב החילוני ועל החרדים) מאידך, השופים החילוניים ובהם ברק, טענו שמורשת ישראל היא גם ההלכה, אך גם עקרונות כללים נוספים. גם ברק וגם אילון שייכים למחנה הלאומי, אחד הדברים שהנחו את כל הקריירה שלהם הוא הרצון ליצור משפט ישראלי מקורי. אילון שם את הדגש על התוכן וחשב שהתוכן צריך להגיע מההלכה. ברק חשב, העמדה הציונית הקלאסית, כי התוכן מאוד בעייתי ולכן צריך ללכת לעקרונות ישראל כמו 'אהבת לרעך' ולשים דגש על עצמאות פורמאלית.

יש שתי בעיות בכל הנושא של מדינה יהודית ודמוקרטית-

1. בעיה חברתית- מ1981 הפכנו לקהילה שבטית- קבוצות קבוצות שמסתדרות מאחורי גדרות- קואליציה של מיעוטים המרכיבים יחד את ישראל. כשכל אחת מהקבוצות מתווכחת על מיהו יהודי וכל קבוצה בטוחה שמתנכלים לה. זאת למרות שהציונות היהודית הצליחה להוריד את הלהבות של המאבק התרבותי הזה. בכל 30 שנות חגיגת הזהות. כל הערים החדשות שהוקמו בשנות ה90- המעמד הבינוני מתערבב- המדיניות מלמעלה הייתה של שיתוף- הנמכת הלהבות בנוגע לזהות. ברמה המשפטית כן לדבר על זה בבתי הספר- התוכנית לתודעה יהודית אך הרעיון היה 'כור היתוך' שילוב של כולם ביחד. כל חגיגת הזהות היהודית הובילה לשיבטיות ולקיטוב בחברה הישראלית שהתקצנה במעשי אלימות (רצח רבין וכו').
2. שאלה של עיצוב תרבותי- האם ראוי לעצב תרבות מלמעלה- השופטים בשנים הראשונות מאוד התאמצו- היום הם ירדו מיומרה זו. הם ניסו להגדיר מהי יהדות, מהי מורשת ישראל וכו'. האם התרבות שמתפתחת היא יהודית או שהיא ישראלית?