**חלק א- כללי**:

**היסטוריה- מהי?**

**חלק א':**

התשובה לשאלה "מהי היסטוריה" מבטאת במודע/ לא במודע את התקופה והמקום שבה היא ניתנת ומהווה חלק ההשקפה הכוללת על החברה בה האדם חי.

במאה ה-19 הייתה מקובלת **"גישת השכל הישר"** להיסטוריה לפיה ישנן עובדות בסיסיות מסוימות המשותפות לכל ההיסטוריונים ואשר יוצרות את מה שאפשר לכנות חוט השדרה של ההיסטוריה. לדעת המחבר, העבודות הבסיסיות הללו שייכות בדרך כלל לקטגוריה של חומרי הגלם של ההיסטוריון ולא להיסטוריה עצמה. לדעת הכותב, העובדות אינן מדברות בעד עצמן אלא רק כשההיסטוריון מזמין אותן לעשות זאת. **האמונה בגרעין נוקשה של עובדות היסטוריות, הקיימות באופן אובייקטיבי וללא תלות בפרשנות של ההיסטוריון, הינה טעות מגוחכת.**

מעמדו של מאורע כעובדה היסטורית יקום ויפול על פרשנות. יסוד זה של פרשנות חודר אל כל עובדה היסטורית.

ישנה אשליה בקרב ההיסטוריונים שכל העובדות מונחות לפני האדם. אולם, בחינה מדוקדקת יותר של הדבר מגלה כי בעצם ההיסטוריה נעלמת מן העין, וזו שנותרה הינה רק של אלה שעבר חשבו כי הדבר החשוב שצריך לתעד, ולא דבר אחר.

במאה ה-19 הייתה סגידה לתעודות. האמונה הייתה שאם מצאת את זה בתעודות- הרי זה כך. אבל כשבודקים מקרוב את התעודות הללו מגלים ששום תעודה אינה יכולה לספר לנו יותר ממה שהיה בראשו של מי שכתב אותה.

שני הדברים שצריך לבצע ההיסטוריון:

1. קריאת מקורות ורישום העבודות.
2. עיון ברשימות וכתיבה.

תהליכים אלה מכונים גם תשומה ותפוקה, והם נעשים במקרים ומהווים למעשה תהליך אחד. אין לתת לאחד עדיפות על פני השני.

**חלק ב':**

יש להבין כי החברה והפרט כרוכים יחדיו והתפתחותם מתנה זו את זו. הם משלימים זה את זה ולא נוגדים זה את זה. מהרגע שבו האדם נולד הוא נתון להשפעות חיצוניות שהופכות אותו מיצור ביולוגי גרידא ליחידה חברתית. גם ההיסטוריון הינו יצור אישי ואינדיבידואלי המהווה תופעה חברתית. הוא תוצר של חברה ובטא אותה. בתור שכזה הוא ניגש אל העובדות ההיסטוריות. לא ניתן לרדת לעומקה או להעריך נכונה את העבודה של ההיסטוריון מבלי לאתר תחילה את נקודת המבט שלו. שנית, נקודת מבט זו עצמה משוקעת ברקע החברתי וההיסטורי.

לפי גישת השכל הישר ההיסטוריה נכתבה בידי אינדיבידואלים אודות אינדיבידואלים. יש בה שמץ של אמת, אך הנחה זו הינה פשטנית ובלתי מתאימה. ההיסטוריון ואובייקט המחקר שלו אינם בודדים הפועלים בחלל ריק, כי אם בתוך מסגרת הקשרים והנסיבות של חברה כלשהי.

לפני שלומדים את ההיסטוריה יש ללמוד את ההיסטוריון. **לפני שלומדים את ההיסטוריון יש ללמוד את סביבתו ההיסטורית והחברתית (מבחן כפול ללימוד ההיסטוריה).** לא ניתן לרדת לעומקה או להעריך נעונה עבודה של היסטוריון מבלי לאתר את נקודת המבט שלו, המשוקעת ברקע החברתי וההיסטורי. לא רק העובדות נמצאות בשינוי מתמיד, אלא גם ההיסטוריון, שינוי שמשתקף לפי החברה שבה הוא חי.

**היחס שבין ההיסטוריון לעובדות:**

היחסים בין ההיסטוריון לעובדות הם יחסי שוויון של קח ותן. בחירותו את העובדות הינה תהליך סלקטיבי, המושפע מהפרשנות שלו ושל סביבתו ואין להבחין בין הפרט לחברה. ההיסטוריון צריך לבחון את ההיסטוריה מתוך פרשנות שהיא "החמצן" של ההיסטריה. עליו לעשות בדיקה של החברה עצמה ועל מקומו שלו בהיסטוריה. רק מתוך הבנת מקומו בהווה יוכל להבין טוב את חברת העבר. בהשפעה הדדית בין הפרשנות לסלקציה ניכרת עם השפעתם ההדדית של ההווה והעבר זה על זה. המסקנה היא שההיסטוריה היא תהליך מתמשך של יחסי גומלין בין ההיסטוריון לעובדות שלו, ובעצם היא דיאלוג אין סופי בין עבר להווה.

**שלבי עבודת היסטוריון:**

1. בחירת מושא כתיבתו: בחירת ההיסטוריון באירועים מסוימים, הידע שלו בשפות, השפעות אופנתיות המושפעות מתפיסות פוליטיות וחברתיות משתנות, זמינות ונגישות לחומרים היסטוריים המושפעים בין היתר מהעניין שהיה לדורות הקודמים.
2. בחירת הפרספקטיבה של הכתיבה המושפעת גם היא מאופנות משתנות.
3. בחירת תפיסת הזמן וחלוקתו.
4. פרשנות ההיסטוריון.

**היסטוריוגרפיה וזיכרון**

ההיסטוריה והזיכרון מצטלבים במס' מקומות:

1. עבודתו של ההיסטוריון מבוססת במידה רבה על זיכרון ולכן הדגש בתחום הוא על הזיכרון של האנשים ועל המודעות לכך שהזיכרון אינו ניטרלי ואובייקטיבי.
2. ההיסטוריה איטית יותר מהזיכרון- הזיכרון מתפתח מיד לאחר המאורע ואילו התפתחות ההיסטוריה תלויה במחקר.
3. נורה, היסטוריון צרפתי, טען שהזיכרון הוא משהו חי שנמצא בו זמנית גם בעבר וגם בהווה. הוא חי ומשתנה. לעומת זאת, מקומה של ההיסטוריה הוא בעבר. ההיסטוריה נחקרת בצורה מדעית, ניטרלית ואובייקטיבית.

**אניטה שפירא- מיתוס לטרון**:

הזיכרון הקולקטיבי אינו מעוצב ע"י היסטוריונים מקצועיים, אלא ע"י שורה של "סוכני זיכרון", המעצבים את תמונת העבר על פי צרכי ההווה ואף מקרינים בחזרה תמונה זו אל תוך המחקר ההיסטורי.

בעבר נתון היה עיצוב הזיכרון ההיסטורי בידי קבוצה קטנה יחסית של מעצבי דעת קהל. כיום עיצובה של דעת קהל היה לתהליך אנרכי. אובדן השליטה על הזיכרון הקולקטיבי והכוונתו, יכולה להתפרש כחלק מתהליך הדמוקרטיזציה אך באותה מידה ניתן לראות בו תהליך שבמהלכו הולכת תמונת הזיכרון ומאבדת את זיקתה למציאות ההיסטורית.

שפירא מציירת 3 מעגלי ויכוחים שהשפיעו על המיתוס:

1. מאבק האליטות: במערכה על הזיכרון הקולקטיבי יש יתרונות מובנים לאליטה שבשלטון. במאבק על עיצוב קרב לטרון בזיכרון הלאומי, המערכה הראשונה התנהלה לפי הקווים שהותוו ע"י בן גוריון ואנשיו. לפי בן גוריון הקרב היה ניצחון.

מלכתחילה היה הקרב בלטרון בעייתי משום שעמד במתח בין צמרת הממשלה לצמרת צה"ל. הממשלה רצתה לפרוץ אץ הדרך לירושלים באופן מידי ואילו ראשי הצבא טענו שהצבא מתמודד כעת עם קרבות קשים וחשובים יותר בחזית המצרית. הצבא טען שאין צורך קרבות בלטרון, בייחוד לאור העובדה שהחטיבה איננה מיומנת דיה.

1. צבא סדיר/ פלמ"ח: בן גוריון סבר שעם הקמת המדינה תפרוץ מלחמה ולכן שאף להקים צבא סדיר ולא להסתפק בפלמ"ח. הפלמ"ח ראה בשאיפה זה של בן גוריון העדפה ליוצאי הצבא הבריטי. הטענה הייתה שבן גוריון כלל לא התעניין בחיילים והאינטרס שלו היה אחר לגמרי.
2. עולים חדשים מול ותיקים: לאחר מלחמת יום הכיפורים הזיכרון הקולקטיבי ביקש מעתה לכלול גם את סיפור הסבל, הקושי, התבוסה והחורבן. העולים החדשים ביקשו על השנים לשנות את תדמיתם כחיילים חסרי ניסיון שלא נחלמו על חייהם. במקביל לבקשת השתלבותם במסכת הגבורה של סיפור לטרון הופיע גם מגמה אחרת: לטרון כמקור לתסכולים והמרירות של העולים החדשים. לטורן סימלה את כל מה שהיה קשה וזר בתהליך הקליטה.

מניתוח קרב לטרון דומה שניתן לנסח מעין חוק ברזל של פיתוח העבר: ככל שהתרחשויות העבר גרועות יותר, כך גוברת הנטייה להאמין בהן. הנכונות לקבל כל בשורה רעה על העבר ולהפנימה, ובד בבד עם זאת להתנער מ"חדשות טובות" על העבר כבלתי אמינות, היא תופעה קולקטיבית, המלכדת פשוטי עם ומשכילים. בחברה שבה שוררת תודעה חזרה של מרי כלפי המציאות והתקוממות כנגדה, ישנה מגמה של ראית העבר בצבעים שחורים, תוך הגזמה וקווים גרוטסקיים.

**שואה ומשפט**

ניתן לחלק את היחס של החברה הישראלית לשואה ל-3 חלקים:

1. תקופת ההשתקה והמבוכה: בתקופה זו היוו ניצולי השואה כרבע מאוכלוסיית הארץ. מה שאפיין את התקופה זו הוא הרבה מאוד השתקה ומבוכה. ההשתקה הגיעה בעיקרה מקרב ניצולי השואה עצמם שלא היו מעוניינים להתחפר בעבר אלא שאפו לחיים חדשים. למרות שתיקתם של ניצולי השואה, ההשתקה הייתה גם נחלתם של ותיקי הארץ ונבעה מכמה סיבות: ראשית, חוסר היכולת לתפוס את מימדי האסון. שנית, חוסר הסבלנות לשמיעת סיפורם של המהגרים נוכח המצב הקשה ששרר בארץ בימים ההם. ולבסוף, התחושה הקשה של נקיפות המצפון אשר ניזונו ע"י הקיצוניים בחברה על אף שהוכחו בהמשך כלא נכונים.

תקופת ההשתקה והמבוכה באה לידי ביטוי גם במשפט- החוק לעשיית הדין בנאצים ובעוזריהם היה בעיר דקלרטיבי וכמעט ולא יושם בגלל הבעייתיות הטכנית והמוסרית שלו.

1. תקופת השינוי: תקופת ההשתקה חלפה בשנות ה-50 כאשר החברה הייתה פנויה יותר להתמודד עם נושא השואה. משפט אייכמן היה שיאו של התהליך- הייתה זו הפעם הראשונה שבה סופר סיפור השואה מתחילתו ועל סופו. משפט אייכמן אפשר להזיז את הזרקור מהחברה הישראלית וויכוחיה הפנימיים באשמה, לעבר הנאצים עצמם. התבררו ממדי המכונה הנאצית. משפט אייכמן ניער את החברה הישראלית פסיכולוגית.
2. תקופת ההפרטה: בשנות ה-80 עבר יחסה של החברה הישראלית לניצולי השואה ממיקוד בחברה כולה להתמקדות בניצול עצמו.

**העות'מאניות של המשפט הישראלי:**

האימפריה העות'מאנית כבשה את ארץ ישראל בשנת 1917 ושלטה בה עד מלחמת העולם הראשונה.

המתח שבין דת למדינה:

* מתח פוליטי: עוסק במתח שבין חלוקת הכוח בין הממסדים הפוליטיים למדיניים אשר מהווים שניהם מערכות טוטליטריות.
* מתח תרבותי: עניינו במקומם הראוי של סמלים, ריטואלים ופרקטיקות דתיות בחברה לא דתית.

חלוקת האימפריה העות'מאנית ל-2 תקופות מרכזיות:

1. חלק א' (300-400 שנים): בתקופה זו האימפריה העות'מאנית דתית בעיקרה. הבעיה העיקרית בתקופה זו היא שאלת הסמכות הפוליטית. הדת מכוונת את האדם במשך כל ימי חייו ושואפת לעשות זאת הן במישור הפרטי והם במישור הציבורי. את ההכוונה הזו שואף לעשות גם השלטון המדיני. בעבר, השליט המדיני היה גם השליט הדתי (מוחמד למשל), אך עם התרחבות האימפריה נוצרה ההפרדה בין שני המנהיגים וחיכוכים נוצרו. הפתרון היה הפרדה בין קביעת המסגרת ההלכתית (שנעשה ע"י חכמי הדת) לבין קביעת התוכן, הפרוצדורות, ההוצאה לפועל והתקנות (שנעשו ע"י ההנהגה המדינית).

עם הרחבת האימפריה צצו קשיים שהיה על חכמי ההלכה להתמודד עמם. כחלק מן הפתרון, פעמים רבות התירו דברים "מדורייתא" תוך ניסיון להתאים את הדת למציאות העכשווית.

1. תקופת החילון: תקופה זו מאופיינת במודרניזציה.
* חילון תרבותי: התהליך הראשון במעלה. פריצת המסגרות החברתיות והתרבותיות תוך הבנה שמסגרות החיים הקודמות החלו להתפורר. השינויים היו הן ברמה הפרטית והן בזו החברתית-מדינית.
* חילון פוליטי: בא מתוך תפיסה שהתפתחה באירופה לפיה "האדם הוא ריבון על חייו". זהו רעיון חילוני בהגדרתו. חילון זה העלה את המתח עם הדת במובן שאלת הסמכות הפוליטית. המדינה המודרנית טענה שזכות "המילה האחרונה" מצויה בידי האם ונציגיו ואילו נציגי הדת טענו שלהם ולהלכה יש את הזכות השליטה על האדם הפרטי וחייו.
* חילון דתי: אתאיזם/ אגנוסטיציזם. לב החילון קורה כאשר אדם דתי מחליט שאין הוא כפוף יותר לכללי ההלכה ופוסקיה.

**סיכום התהליכים**: בתקופה זו החלה לחלחל התחושה כי האימפריה העות'מאנית מתדרדרת. התורכים מבינים שעליהם לעשות שינויים נרחבים בתחומי חיים רבים. שינויים אלו מאיצים את החילון התרבותי. אך למרות תהליכי החילון המואצים החברה התורכים עדיין חברה דתית בעיקרה. פוסקי ההלכה, שחשו מאוימים מתהליכי החילון, פחדו להתגמש ולחדש בפסיקותיהם כפי שעשו קודמיהם. בסופו של דבר נקרעה המדינה התורכית בין הרצון למודרניזציה לבין חוסר ההתגמשות של פוסקי ההלכה. זה הוביל לניתוק מוחלט בין הדת המוסלמית למדינה התורכית ע"י אתא תורק. **הניסיון העות'מאני לשלב בין הדת למדינה נכשל.**

**המג'לה/ גד פרומקין**

* המשפט העות'מאני מורכב מ-2 יסודות: המשפט האסלאמי והמשפט שחוקקה המדינה בדרך של העתקה מחוקי צרפת.
* בדת האסלאם יש 2 חלקים: האמונה והמעשה. המעשה, **תורת הפ'יקה,**  הוא החלק הדן בשאלות השימושיות באסלאם- ביחסים שבין הדת לחברו וביחסים שבין האדם לאלוהים. זהו בעצם המשפט האסלאמי.
* מקור המשפט המוסלמי הוא הקוראן אך אין הוא מהווה מקור חוקים שלם. את הקוראן משלימה **הסנה** (המסורת)- התושב"ע.
* מקורות המשפט המוסלמי לפי הסונים**: (א)** הקוראן **(ב)** החדית'- מסורת הנביא **(ג)** ההיקש- יצירת פיקציה משפטית **(ד)** אנשי כנסת האומה- הסמכת כל חמי הדור.
* ישנן 4 אסכולות באסלאם:
1. ח'ניפית: אבו חנ'יפה ניסה למצוא לכל דבר סימוכין בקוראן. הבסיס היה היגיון ושימוש בהיקש על הכתוב והמסורת.
2. מלכ'ית: מאלכ אבו אנס מעשיו ודבריו של הנביא ניתנו ברוח הקודש ואין להרהר אחריהם. פותחה ע"י 2 תלמידיו.
3. שאפעית: מוחמד אבן אדריס. מחשיבה את הסונה ואת המנהג מתוך חשיבות דעת ההמון.
4. חנבלית: אחמד אבו חנבל. מתנגד למדרש ההלכה, להיקש והחלטות כנסת האומה. טען כי יש לפרש את הסונה כפשוטה.

**המשפט העות'מאני**: עד למאה ה-19 כל סכסוך הובא בידי בי"ד שרעי שפסק לפי הפ'יקה. עם הזמן התעורר הצורך למערכת דינים מתקדמת יותר עקב הקשרים הבינלאומיים של האימפריה. כמו כן, הורגש החיסרון בשופטים הבקיאים במשפט האסלאמי. דבר זה הוביל לרפורמה משפטית. נערכה **קודיפיקציה** של המשפט המוסלמי שהתאימה לצרכי הזמן, כך שיהיה קל יותר לכולם למצוא הלכה פסוקה. במקומות בהם היו לקונות במשפט הדתי הועתקו קבצי חוק צרפתיים- חלק באופן מלא וחלק באופן משובש. עם יצירת החוקים החדשים נוצרו ב"יד חילוניים מטעם המלכות וסמכות הדתיים הלכה והצטמצמה.

**המשפט הארץ-ישראלי**: עם כיבוש א"י ע"י צבאות ההסכמה, בוטלו בתי הדין העות'מאניים ונוסדה הנהלה צבאית בריטית. למרות זאת, הם הצטוו להשתמש בחוקים התורכיים, אך הם ערכו מספר שינויים והיה דגש חזק יותר על פורמאליות.

**המג'לה:** המג'לה הינה ספר חוקים שכלאורה מהווה קובץ דינים אזרחי אך אין בו חלק כללי העסק בחוזים או במצב אישי. המג'לה חוברה ע"ח וועדה מיוחדת שמונתה ע"י הסולטן. מחבריה היו גדולי המשפט באותה התקופה, אספו את דיני המשפט המוסלמי כפי שהיו מקובלים באסכולה הח'נפית. המג'לה מכילה הקדמה ו-16 ספרים.

מאז שחוברה המג'לה ועד לשנת 1917 לא נעשו בה שיניים, גם בתקופת התורכים הצעירים, מאחר שהיא לא חוברה ע"י כוח מחוקק חילוני ומקורה היה דתי. עם זאת, בעקיפין שונו חלק ממושגיה.

**אליעזר מלחי/ תולדות המשפט בארץ ישראל**:

היהודים הורשו לשמור על דתם ועל מנהגיהם. מאוחר יותר יצאה תעודת הזכות**, הפרימאן,** המקנה ליהודים ולנוצרים את הזכות להמשיך בחייהם. האוטונומיה הדתית כללה אוטונומיה משפטית בענייני "מצב אישי". **צ'ארט הזכויות** אישר באופן כללי את המשך קיום הזכויות העדתיות הללו. גם השלטון הבריטי השאיר זכויות אלו בתוקף ב**דבר המלך במועצתו.**

**קווים אופייניים לדיני המצב האישי בארץ:** קיימים 6 קוויים אופייניים בנוגע ל"עינייני מצב אישי" בעקבות דבר המלך במועצתו:

* בית דין דתי מטפל בנושאים מוגדרים בלבד.
* הגדרת העניינים האוטונומיים הינה לפי ההיסטוריה העות'מאנית שלהם.
* שימת דגש על השתייכות לעדה דתית למטרת שיפוט בבית דין דתי ספציפי.
* אין מקום לדתי עדות המאמינות בדת אחת.
* אסלאם אינה עדה דתית אלא נורמה דתית ולכן מוסלמי יידון בבית דין מוסלמי ולא אזרחי.
* הרחבת סמכויות ביהמ"ש המחוזי.

**קפיטולציות**: הקפיטולציות הם שם לזכויות שהשיגו מדינות אירופה וארה"ב לאזרחיהן שהיו בתחומי האימפריה העות'מאנית.

בימי הביניים ריבונות השלטון האזרחי והחקיקה נחשבו כעניין אישי ולא מקומי- בלי להבדיל היכן שהייה האזרח באותה עת- הוא היה נתון למרות השלטון שלו. מאוחר יותר, עם התייצבות אירופה, התגבר העיקרון הטריטוריאלי- לטריטוריה מסוימת יש סמכות שיפוטית מוחלטת בגבולותיה, שחלה גם על נתינים זרים. הקפיטולציות כללו, בין היתר, פטור ממיסים מסוימים, והחרגה של האזרח האירופי מסמכות השיפוט של בית המשפט העות'מאני. ישנן כמה סיבות לקפיטולציות: התגברות הסחר הבינלאומי, צורך מעשי ומניע פסיכולוגי ואסטרטגי והעובדה כי הזכות להישפט בבית דין מוסלמי הייתה פריווילגיה שהייתה שמורה למאמינים בלבד. הסכמי הקפיטולציות לא היו ברורים וגרמו לחיכוכים.

**הרפורמה במשפט**: הנטייה לרפורמה במשפט נבעה מהליברליזם שחתר להוצאת הדת מקיפאונה ולהתאמתה לתנאי החיים הנוכחיים. הייתה התעוררות לאומית תורכית שגרמה לרצון לחוקים ולמוסדות שאינם תחת עול זר. בנוסף לכך המעצמה החלה לשקוע מבחינה אסטרטגית ופוליטית. התורכים הגיעו למסקנה שהדבר נובע מהמסגרת המוגבלת של הדת המוסלמית- על מנת להתקדם יש להשתחרר מהדת. במקביל לסיבות פנימיות אלו מעצמות המערב דרשו מן הסולטאן להפריד בין הדת למדינה ולהקים מערכת תיקונים פנימיים במדינה הם לנוחיות ביחסים בין לאומיים והן מתוך דאגה לזכויותיהם של הנוצרים במדינה. **עקב הרפורמות הפכה תורכיה לרפובליקה חילונית-לאומית.**

**התורכים הצעירים:** התורכים הצעירים הייתה מפלגה לאומנית טורקית שתפסה את השלטון באימפריה העות'מאנית לאחר שהדיחה את הסולטאן. הם עשו זאת כיוון שלא כיבד את החורה ולא ביצע רפורמות לשיפור מצבה הנחשל של האימפריה העות'מאנית. הם דרשו רפורמות פוליטיות, דתיות וכו'. הם דגלו בשינויים שיביאו להורדת הנטל. לאחר מלחמת העולם ה-1 הם תפסו את השלטון והקימו את תורכיה בה ערכו רפורמות רבות.

**נתן ברון/ שופטים ומשפטנים בארץ ישראל**

מערכת השיפוט העות'מאנית התגבשה תוך כדי שינויים, התאמות וניסיונות לשיפורים. בדר"כ שלטה ההלכה האסלאמית והשיפוט היה ע"י הקאדי. על שיפוט זה נמתחה ביקורת ועקב הרצון ליצור מדינה מתקדמת, בוצעו שינויים מכריעים במערכת המשפט: פורסמה חקיקה חילונית חדשה, הוקם משרד משפטים עם סמכות על כל מערכת המשפט, הונהגה מערכת שיפוט אזרחית-חילונית ברחבי האימפריה ונפתחה הפקולטה הראשונה למשפטים.

בכל המהלכים שהביאו להקמת מערכת השיפוט האזרחית-חילונית ניתן להבחין השפעה צרפתית ניכרת. העות'מאנים שאפו לאמץ את המודל הצרפתי, שלפיו כל בימה"ש עוסק בתחום אחד בלבד. מסיבה זו הם יצרו במערכת השיפוט העות'מאנית מאפיינים צרפתיים ברורים: הפרדה בין בימ"ש מנהלי לציבורי והצמדת מערכת המשפט לחלוקה גיאוגרפית (**חוק הווילאיתים- פלך, מחוז, נפה).** כך נגמרה השליטה הבלעדית של ההלכה האסלאמית על מערכת השיפוט העות'מאנית. מבנה המערכת העות'מאנית כך:

**המערכת החדשה נתקלה בקשיים עקב התנגדות אנשי הלכה מוסלמים וכן מהעדרם של שופטים אזרחיים רגילים.**

מערכת השיפוט לא הוקדמה כמערכת ייחודית המתואמת לתאנים ולצרכים של האוכלוסייה המקומית, אלא השלטון המרכזי חוקק חוקים שונים שחלו על כל נתיני האימפריה.

**האנגליפיקציה של המשפט הישראלי:**

לאחר נפילת האימפריה העות'מאנית כבשו הבריטים את ארץ ישראל. את תקופת שלטונם כאן ניתן לחלק ל-3 חלקים:

1. תקופת השלטון הצבאי: 1918-1920. בראש השלטון הצבאי עמד הגנרל מוני. הכללים השיפוטיים היו כללי השיפוט הבינלאומי. היועץ המשפטי היה נורמן בנטוויץ'.
2. תקופת השלטון הבריטי האזרחי: 1920-1922. הרברט סמואל נשלח לארץ ע"מ לשמש כנציב העליון של א"י. החיילים שהיו בצבא המשיכו לכהן בממשל האזרחי. הלגיטימיות של השלטון נבעה מכוח החקיקה הבריטית.
3. תקופת שלטון המנדט: 1922-1947. המנדט הייתה שיטה חדשה שהתפתחה לאחר מלה"ע הראשונה עקב כיבושי הצבאות הרבים. גוף זה נתן הרשאה מוגבלת לצבא הכובש לשליטה על הארץ הנכבשת עד שזו תקבל עצמאות.

תקופות משפטיות:

באופן כללי מקובל לחלק את התפתחות המשפט בתקופת המנדט ל-2 תקופות עיקריות:

1. תקופה שבה כמעט ולא מבוצעים שינויים במשפט.
2. תקופה שבה יש תהליכים מואצים של אנגליפיקציה של המשפט עד כדי שבתום המנדט המשפט מבוסס על המשפט האנגלי.

**חלוקה זו היא מוטעית**. היום הנטייה היא לראות את התהליך כאנגליפיקציה הדרגתית שהיא טבעית לתקופות בהם מתחלף השלטון. עם כניסתם ארצה האנגלית כמעט ולא שינו את המשפט משום שלפי אמנת האג אסור להם לעשות זאת. הם לא עשו זאת גם משום שלא רצו לעורר אנטגוניזם בקרב המקומיים מתוך שאיפה לשמור על יציבות חברתית. הם לא היו מעוניינים לכפות שינויים. סיבה נוספת שבגללה המשפט הבריטי לא נכפה היא בגלל תפיסתם את המשפט. המשפט נתפס בעיני הבריטים כתוצא היסטורי חברתי ותרבותי המותאם לחברה האנגלית. מסיבה זו לא ניתן לכפותו על חברה אחרת. היה בזה גם מן ההתנשאות.

השינוי היה שינוי הדרגתי והחל בשינויים חקיקתיים בתחום המשפט הציבורי שמטרתם הייתה לאכוף את הסדר בארץ. לאחר מכן החלו לעשות שינויים גם בתחום המשפט המסחרי כאשר מה שהוביל אותם הייתה חשיבה קולוניאליסטית קלאסית- הייתה שאיפה להשיג רווחים כלשהם משלטונם בארץ. רק לאחר שהבשילה העת בשנות ה-30, מצבו של היישוב היהודי השתפר ועורכי הדין היו בקיאים בדין האנגלי, הוכנסו שינויים גם בדין הפרטי. האנגליפיקציה נעשתה מעתה בכל הענפים המשפטיים.

מסיבה זו זה שגוי לחלק את האנגליפיקציה ל-2 תקופות עיקריות- האנגליפיקציה הייתה הדרגתית לאורך כל שלטון הבריטים בארץ.

**דבר המלך במועצתו:**

**א**. הממונה יהיה אחראי להגשמת ההצהרה על ייסוד בית לאומי לעם היהודי בפלשתינה (א"י), בתנאי ברור שלא ייעשה כל דבר העלול לפגוע בזכויות האזרחיות והדתיות של העדות שאינן יהודיות הקיימות בפלשתינה (א"י), או בזכויותיהם ובמעמדם המדיני של היהודים בכל ארץ אחרת.

**ב**. למלך אנגליה יש סמכות וכוח שיפוט בפלשתינה (א"י).

**ג**. המנהל של ממשלת פלשתינה (א"י) ייקרא "הנציב העליון". בסמכותו להוציא מנשר שבו יחלק את פלשתינה (א"י) לגבולות/מחוזות מנהליים באופן ובצורה שיהיה נוח לצרכי ההנהלה, ואף לקבוע להם גבולות ולתת להם שמות. הוא רשאי להעניק חנינה למורשע בפשע או למחול על קנסות. כל מאגרי המים בפלשתינה (א"י) הינם קניינו של הנציב העליון כנאמן מטעם הממשלה.

**ד**. כתב הממונות לפלשתינה (א"י) שאושר, אשר תנאיו הוגדרו ע"י מועצת חבר הלאומים ייקרא "המנדט".

**ה**. כל החוקים הקיימים בחוק השיפוט בארצות ניכר יחולו בפלשתינה, תוך כדי התחשבות עם הוראות דבר המלך במועצתו ועם שינויים יוצאים מן הכלל.

**ו**. יש להקים בכל מחוז ונפה בימ"ש שלום. במספר מחוזות ע"פ הוראת הנציב העליון יקומו בימ"ש מחוזי. יקום בימ"ש עליון שיתפקד כבימ"ש לערעורים וכבימ"ש גבוה לצדק.

**ז**. ביהמ"ש האזרחיים ישפטו בהתאם לחוק העות'מאני שהיה נהוג בפלשתינה (א"י), ובהתאם לפקודות ולתקנות שיתוקנו מכוח דבר המלך במועצתו. זאת בהתחשב עם יסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה.

**ח**. השיפוט בענייני המצב האישי יהיה מסור בידי בי"ד של העדות הדתיות, ויכלול תביעות של נישואין, גירושין, מזונות, כלכלה, אפוטרופסות, כשרות יוחסין של קטינים ואימוצם, ירושות, צוואות, עיזבונות ורכוש נעדרים. במידה והיו בני עדות דתיות שונות מעורבים במשפט של מצב אישי, יש לפנות אל זקן השופטים שיחליט איזה בימ"ש ישפוט.

**ט**. כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של הרשויות המקומיות ועיריות יפורסמו באנגלית ובערבית ובעברית.

**י**. כל אדם בפלשתינה (א"י) ייהנה מחופש מצפון מוחלט ויוכל לקיים את פולחנו ללא הפרעה, בתנאי שיישמר הסדר הציבורי והמוסר. לכל עדה דתית תהיה עצמאות בניהול ענייניה הפנימיים בהתחשב בפקודות של הנציב העליון.

**יא**. בידי מלך אנגליה, יורשיו והבאים אחריו תהא שמורה הזכות לחוקק מזמן לזמן ובעצת מועצתו ומועצתם, כל אותם חוקים ופקודות שייראו בעיניו או בעיניהם לנחוצים לשם השלטת השלום, סדר ושלטון מתוקן בפלשתינה (א"י) בהתאם למנדט שנמסרו לידו.

**אסף לחובסקי/ תדמיות קולוניאליות ומשפט אנגלי בבית המשפט העליון של א"י המנדטורית**:

**יחסם של השופטים אל האחר הילידי קבע את עמדתם לגבי עצם ייבוא המשפט האנגלי ומידת היישום של בארץ ישראל. פסקי הדין של שופטי ביהמ"ש העליון ביטאו שני קטבים של תפיסת האחר הילידי, תפיסה שהושפעה גם מן הרקע המעמדי והלאומי של השופטים עצמם**.

ד"ר חוקי ופייבל דנוביץ, נפגעו בתאונה, כל אחד ובשני מקרים שונים. בפנותם לביהמ"ש, תביעתם נדחתה. הנימוק היה, בשני המקרים, כי המשפט העות'מאני אינו מכיר בפיצויים לנזקי גוף ולפיכך דינה של תביעת הנזיקין אותה הגישו להידחות. פרקליטו של דנוביץ טען שגם אם אין זכות לפיצויים על נזקי גוף לפי המשפט העות'מאני, הרי דנוביץ זכאי לפיצויים לפי דיני הנזיקין האנגלים. השופט בעניינו סירב לקבל טענה זו. אמנם, הודה כי דבר המלך במועצתו מורה לבתי המשפט לפנות למשפט האנגלי שעה שקיים "חסר" במשפט העות'מאני. אולם לפי סימן 46, אין לייבא את כל כללי המשפט האנגלי, אם הם עומדים בניגוד לתנאי הארץ ותושביה. הוא טען שדיני הנזיקין האנגליים מבוססים על מנהגי העם האנגלי, ומנהגים אלה "שונים מאוד" ממנהגיהם של תושבי ארץ ישראל. רק זמן קצר לפני תום המנדט יובאו ארצה דיני הנזיקין האנגליים. היה זה במקרה של תינוקת אנגליה (סטפני אור) שהפכה לנכה עקב התרשלות בביה"ח בו נולדה. בפרשה זו קבע השופט פיצג'רלד כי הלכת דינוביץ איננה נכונה ("דיני הנזיקין האנגליים הם אוניברסליים", "יש הארץ יהודים המחזיקים ברעיונות מערביים של תרבות ומסחר" ואמירות דומות מהסוג הזה).

פסקי הדין הללו משקפים מגמות רחבות יותר. **השופטים הבריטים בארץ ישראל נחלקו בשאלה באיזו מידה ניתן לייבא את המשפט האנגלי. התשובות שנתנו שופטים בריטים לשאלה זו הושפעו מהאופן שבו ראו את העולם הקולוניאלי**- את היחס בין הבריטים לבין ה"אחר" הילידי, היהודי וגם הערבי. ניתן לראות 2 קטבים:

1. הגישה המסורתית: המשפט העות'מאני "נחות" מהמשפט האנגלי , אך הואיל והערבים והיהודים בא"י נחותים תרבותית מהבריטים, אין הם זכאים ליהנות מהנורמות המתקדמות של המשפט האנגלי.
2. הגישה הרדיקלית: נמצאו שופטים שכפרו בעליונות התרבותית של המשפט האנגלי ובמקביל סירבו להכיר בעליונותם התרבותית של האנגלים על ה"ילדים". שופטים אלו לא היססו לייבא כללים של המשפט האנגלי בפסיקתם. יחד עם זאת האמינו השופטים הללו שחלקים מסוימים של המשפט האנגלי טובים פחות מהחלקים המקבילים במשפט המקומי. לפיכך, סירבו להסכים לייבוא חסרת הבחנה של המשפט האנגלי, ודגלו בגישה סלקטיבית לייבואו.

**השוני בגישותיהם של השופטים הבריטים נבע מרקעם התרבותי השונה**. בעוד שהשופטים השמרנים הגיעו מרקע מעמדי והחינוכי הגבוהה של הפקידות באירופה, השופטים הרדיקלים באו מרקע מעמדי ולאומי ששייך אותם למעגל החיצוני של הפקידות הקולוניאלית.

תקופה ראשונה:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| היקאפרט | מקדונל | קורי |
| הגיע לארץ כתחנה אחרונה בקריירה שלו. בנוסף לשמרנות הרגילה של שופט בסוף דרכו המקצועית, הוא הביא עמו יחס מתנשא לאנשי "המזרח". | קתולי ארכי- שמרן ונטישמי. שילב באישיותו תחושת תיעוב חזרה כלפי היהודים עם סנוביזם אנגלי. | הקפיד מאוד על שמירת הגבול בינו לבין "הילדים".  |
| בתקופה זו הוצב חיץ ברור בין השופטים המקומיים לשופטי העליון. ביהמ"ש לא שש לייבוא את המשפט האנגלי ארצה ונחשלותו של המשפט העות'מאני התיישבה היטב עם תדמיתם של תושבי א"י בעיני השופטים הבריטיים. השימוש בסימן 46 לא פורש כהוראה מחייבת אלא כדבר הנתון לשיקול דעתו של השופט. אי הפנייה למשפט האנגלי נבעה גם מסיבות אובייקטיביות- הספריות המשפטיות בארץ היו דלות ועורכי הדין המקומיים לא הכירו היטב את המשפט האנגלי.  |

תקופה שנייה:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| מנינג | טראסטד וקופלנד | רוז ואדוארדז | פיצג'רלד |
| מחליפו והיפוכו של קורי. ראה את עמיתיו השופטים כשווים לו. לא היסס לייבא סעדים, דוקטרינות ומוסדות משפטיים אנגליים. יחד עם זאת, סירב למדוד את המשפט העות'מאני לפי קנה המידה האנגלי. הוא נקט אפוא גישה רדילקלית לשאלת היחס בין המשפט העות'מאני לאנגלי, גישה חופשית יחסית לייבוא המשפט האנגלי מצב אחד, אך בצדה גם נכונות לראות את המשפט המקומי כעולה על המשפט האנגלי בתחומים מסוימים.  | דגלו בגישתם של השופטים מהתקופה הראשונה. קופלנד החזיק בתפיסות קולוניאליות שמרניות ולכן תפס את המשפט העות'מאני כמשפט נחות מזה הבריטי אך משום שתושבי הארץ נחותים מהבריטים, אין הם זכאים ליהנות מהנורמות המתקדמות של המשפט האנגלי. קופלנד גדל בגישת האסכולה ההיסטורית לפיה הניסיון לכפות על עם מסוים משפט שנוצר ע"י עם אחר הוא מלאכותי ונועד מראש לכישלון.  | החילו את הדין האנגלי, כשהם מצביעים על חסרונותיו ומציעים במקומו פתרונות יצירתיים.  | כמו מנינג תמך בהשוואת מעמדם של השופטים המקומיים לזה של השופטים הבריטיים. הוא הציע לעצב מחדש את כל מערכות המשפט- הן את המערכת האנגלית והן את המערכות הקולוניאליות- כדי לעשותן דמוקרטיות יותר וקשורות יותר לרצונותיו של האדם הפשוט. במקום להבחין בין אנגלים בצד אחר ו"ילידים" בצד האחר, הבחין פיצ'רלד בין תומי המסורת לתומכי הקדמה. עוינותו למסורת השתקפה בפסקי הדין. |
| במובנים מסוימים הייתה 1936 שנת מבינה בהיסטוריה של א"י. מרבית שופטי העליון התחלפו בתקופה זו. פסה"ד בעניין אור לא היה חריג. הוא שיקף תפיסה חדשה של היחס בין המשפט האנגלי למשפט המקומי ושל היחס בין אנגלים ל"ילידים". אוכלוסייתה של א"י לא סווגה כולה בקטגוריה אחת, אלא נעשתה הבחנה בין היהודים לבין הערבים.  |

**נתן ברון, שופטים ומשפטנים בא"י:**

מדינת ישראל קיבלה מהאנגלים מערכת משפטית מסודרת ומאורגנת שכללה שופטים מכהנים, עו"דים, מאגרים משפטיים ובי"ס למשפטים. לא כך היה בעת כיבוש הארץ מידי התורכים. הבריטים נאלצו להקים מערכת משפטית מאפס ובמהירות, שכן לא היה אפשר לקיים מערכת אזרחית ללא בתי משפט. הבדל נוסף הוא שב-1948 הוטלה הקמת מערכת בתי המשפט ע"י קבוצה גדולה של משפטנים ואילו ב-1917 הכל הוטל על כתפיו של אדם אחד- אורם ביגלנד קלרק, "קצין השיפוט הבכיר". תוך 5 חודשים הוא השלים את מבנה מערכת השיפוט בארץ כולה, כולל בחלקה הצפוני.

מערכת השיפוט הייתה אזרחית, אך השופטים הבריטיים היו אנשי צבא ואף לבשו מדים בשבתם על כס השפיטה. המשטר הצבאי הסתיים ב-1920, עם הגעתו לארץ של הרברט סמואל. במבנה הבסיסי של בתי המשפט לא חל כל שינוי.

בעת הכיבוש הצבאי נשמר החוק המקומי מתוקף אמנת האג. הרעיון המרכזי היה למנוע זעזועים מיותרים ובלבול באוכלוסייה. היה ברור שכדי להפעיל כראוי את מערכת השיפוט בארץ יש להכיר היטב את המערכת התורכית כפי שהתקיימה בארץ לפני הכיבוש.

במהלך 12 השנים הראשונות לכיבוש הבריטי חל מהפך עצום במערכת המשפט. על פני כל הארץ הייתה פרוסה רשת בימ"ש השלום, בערים גדולות היו בתי המשפט המחוזיים ובראש הפירמידה ישב בירושלים בית המשפט העליון. לצד מערכת המשפט התפתחה קהילייה משפטית גדולה שכללה משפטנים ועורכי דין.

נהוג לבחון מערכת שיפוט ע"פ רמת הפסיקה והחשיבה המשפטית יחד עם 2 אמות מידה עיקריות:

* עצמאות בשק"ד: קשה לראות את מערכת השיפוט המנדטורית בתור לא עצמאית, כיוון שהשופטים הביאו לידי ביטוי יכולות מקצועיות מרשימות, ותרמו למאבק המערכת על עצמאותה גם במחיק של פסיקה נגד הממשל הבריטי בא"י. דוג' לכך היא ההתנגדות להדחתו של השופט סטרמוזה עד ליצירת נוהל מסודר של פיטורי שופט. מקדונלד היה דמות מרכזית במאבק על עצמאות המערכת השיפוטית מה שהוביל אותו בסופו של דבר לפרוש פרישה מוקדמת מן המשפט.
* טוהר המידות: היו הרבה שמועות על שחיתות במערכת השיפוט. בעניין סטרמוזה, הכותב סובר כי הוא לא היה מושחת במובן הפשוט של המילה אך מעשיו נתפסים כשחיתות למען הקהילה היהודית. הישוב היהודי לא היסס בפניותיו אל השופטים בבקשות שונות וברור מה הייתה צפייתו. גם הציבור הערבי ציפה מן השופטים הערביים לקיים "נאמנות כפולה". נראה כי בדר"כ שתי קבוצות השופטים עמדו בכבוד במבחן זה. לכן, לדעת הכותב, המערכת המשפטית לא הייתה נגועה בשחיתות שיטתית.

מערכת השיפוט הקיימת היום לא הומצאה הב-1948, אלא התחילה ב-1918 כאשר הוקמה למעשה לפי המבחנה של מערכת השיפוט העות'מאנית. השלטון הבריטי אימץ את המבנה הזה והוביל אותו- בתוספות מסוימות שלא פגעו במבנה הבסיסי עד תום המנדט. ב-1948 אומץ מודל זה. מערכת המשפט במדינת ישראל יונקת מהרפורמה האזרחית-חילונית העות'מאנית בפרסום חוק הוואלתים.

החשש מזעזועים והפרעות על רקע פוליטי, הוביל את מדינת ישראל לקלוט את המערכת הבריטית הקיימת במלואה. זאת למרות שההיגיון הלאומי וההיסטורי חייב התנתקות מהמערכות הקולוניאליות.

**ניסיונות למשפט יהודית לאומי והקמתה של ישות פוליטית חדשה**:

הניסיונות של הישוב היהודי להקים מערכת משפטית מתחילים כבר עם העליות הציוניות אך המתגברים ביתר שאת במאה ב-20. בישוב היהודי החלו להתעורר מחלוקות ונוצר צורך למצוא גוף שיפשר ויפתור את הסכסוכים הללו.

1. בתי הדין הרבניים: הוקמו ע"פ הדין התורכי. כנאמר, בעולם המדורני הפך המשפט לאחיד לכל מי שחי בטריטוריה מסוימת- "משפט טריטוריאלי". למרות שהמשפט התנהל בצורה כזו, האימפריה העות'מאנית השאירה מובלעת של דין אישי אשר נקבע לפי דתה של הקבוצה. בתי הדין הרבניים נותרו על כנם בתקופת המנדט והייתה להם אוטונומיה די גדולה.
2. משפט השלום העברי: המערכת פעלה רק בתחום המשפט האזרחי. יפורט במאמר.
3. מערכות פנימיות: מערכת שיפוט פנימית לכל מוסד. למשל: מערכת החברים של ההסתדרות.

**רונן שמיר, לקס מוריאנדי**:

**משפט השלום העברי**: משפט השלום העברי הוקם ביפו ב-1909. מטרתו היה לענות על הצרכים החברתיים ששאר שיטות המשפט לא יכלו לספק. בנוסף, הקמתו הייתה חיונית לשם הקטנת המגע עם בתי המשפט העות'מאניים ועם הממסד הרבני. הוא שימש כבורר (אך שאף ליותר מזה) והכריע בעניינים של ממון וכבוד. שופטיו היו אנשים ציבור שהייתה להם היכרות בלתי אמצעית עם תנאי חייהם ומצבם של המתדיינים. הועדף עיקרון הפשרה על פני הפניה לבית המשפט. אפשרות מימושו נתאפשרה עקב סולידריות ולכידות חברתית, וביכולת הקהילה ורצונה לפתור סכסוכים ע"ב קהילתי זה. ההליכים בוצעו ללא פורמאליות מכבידה וללא צורך בעורכי דין. גאוות הטריבונלים הייתה על היותם נגישים לכל אדם. סמכות האכיפה התבססה כל כוחה של הקהילה להפעיל סנקציות של פיקוח חברתי על המסרבים להתדיין או על המשתמטים ממילוי פסיקותיו של המוסד.

שאלת נחיצות המוסד: עם הקמת **המנהל האזרחי המנדטורי** נתעוררה שאלת נחיצותו. היו מי שראו בו נחוץ בגלל מחויבותו לעקרונות עממים קהילתיים וכיסוד לשיטת משפט עברית עתידית. מנגד, היו שרצו לבחון עקרונות אלו מחדש ולדגול יותר בחוק הפורמלי, ריכוזיות מוסדית ומומחיות משפטית. בכינוס עו"ד עלתה בבירור ההשקפה שיש להפטר מהיחס השלילי לערכאות הזרות ולהשתלב במערכת המשפט המנדטורית. לטענתם, בימ"ש המבוסס על עקרונות חסד ורחמנות אינו יכול להתקיים.

הרפורמות: משפט השלום החליט כי עליו להשתלב במערכת המשפט המדנטורית ושאף להמשיך להיות זירה אטרקטיבית למתדיינים יהודים. הצלחתו הייתה תלויה ב-2 גורמים: **(1)** יכולתו הפוליטית לשכנע את המוסדות הציוניים להיזקק לו. **(2)** יכולתו לשכנע עו"דים בשוק הפרטי לנתב אליו מחלוקות וסכסוכים.

המוסד תיקן פרוצדורות, מינה שופטים מקצועיים, התחבר לאגודת עורכי הדין וחידד יסודיות המומחיות שפעולות שופטיו. למרות זאת, הרצון להתדיין בבימ"ש ממשלתיים והסתייגות הארגונים הציוניים, בית הדין הרבני ועורכי הדין גברו.

**משפט ולאומיות בת"א**: בפרשת שושני נתעוררה שאלת המשפט והלאומיות, הלגיטימיות ההיזקקות לחוק הקולוניאלי, לדרכי פתרון סכסוכים וגיבוש נורמות משפטיות לקראת בינוי אומה. המקרה נסוב סביב פרשנות שנתה עיריית ת"א למונח אנגלי וכתוצאה מכך נמנעה זכות ההצבעה מנשים ומחוסרי רכוש. נתעורר ויכוח ועורך הדין הואשם בהלשנה. הטענה הייתה כי במקרה של סכסוך פנימי יש ליישבו במשפט פנימי ולא לפנות החוצה, שכן זו בגידה. עמדה זו שימשה את משפט השלום לקידומו בטענה שפנייה למשפט המנדטורי מהווה בגידה לאומית משום שהוא מנותק מן התרבות העברית הפוליטית, ההיסטורית והתרבותית. הם דיברו על הצורך להקים מערכת משפטית שתיתן ביטוי לחירות המחשבה המשפטית- עברית ולהשתחררות מעול הפורום המשפטי הזר. הם טענו כי המשפט הוא חלק מחייו הרוחניים של העם, חלק בלתי נפרד מתרבותו. הטיעון הנגדי היה שלאומיות צריכה להתבטא בחיזוק הזיקה למודות המדינה הקולוניאלית, ע"י "עבודה מבפנים", ולא הקמת ממשלה בתוך ממשלה.

**עורכי הדין- משפט המומחים**: עורכי הדין היו ספקנים מאוד בקשר למשפט השלום העברי. בעיניהם הייתה זו מערכת בלתי מקצועית שמסכנת את אובייקטיביות המשפט ומחבלת בשלטון החוק. הם התמסדו מבחינה מקצועית אל מערכת המשפט הקולוניאלית.

למרות הטרוניות הרבות נגד עורכי הדין, בתי משפט השלום ידעו כי הם זקוקים עליהם ע"מ שינתבו אליהם את המחלוקות.

הגורם העיקרי להעדפת משפט ממשלתי על פני משפט השלום היה קשור לתהליך ההתמקצעות של עורכי הדין בארץ בתקופת המנדט. הבריטים קבעו כי משפטן מומחה הוא מי שיודע אנגלית, מכיר במשפט כ'מדע' ושולט בדין האנגלי. על מנת להיות עורך דין היה עליך להיות מחויב למוסדות המנדטוריים. מבחינה מעשית, פרוצדורות הינן דבר חשוב מאוד והשליטה בהם מהווה את לב מומחיותם של עורכי הדין כמתווכים בין הלקוח ובית המשפט. בתי משפט השלום קבעו כי אין צורך בפורמליות ובעורכי דין מה שהיווה ניגוד אינטרסים לעורכי הדין כולם. משפט השלום העברי דוגל בפשרה, ביצרתיות על פני ודאות, שזו האחרונה מהווה נשמעת אפו של המדע המשפטי כרציונלי ושיטתי.

לסיכום, הפרויקט נכשל מכמה סיבות: **(1)** חשדנות עורכי הדין- המשפט הקהילתי אינו אובייקטיבי ואינו מקצועי **(2)** פקודת עורכי המנדטורית יצרה מחויבות לשיטה האנגלית ודרשה בקיאות במשפט האנגלי. **(3)** משפט השלום יצר איום על קהילת עורכי הדין מכיוון שהיה עממי, שאף לפשרה ולא דרש הכשרה משפטית.

נעשה ניסיון נוסף להחיות את המשפט הארץ. הגוף העיקרי שהוביל את המגמה הזו היה **"חברת המשפט העברי".** גוף זה הוקם ברוסיה בשנת 1917 ע"י שמואל אייזנשטט ופלתיאל דיקשטיין. הם הושפעו ע"י 2 גורמים אינטלקטואלים:

1. גורם יהודי: האמינו שתחיית עם ישאל בארץ צריכה להיות מלווה בפתרון שאלת התרבות. תחיית המשפט הינה חלק בלתי נפרד.
2. גורם חוץ יהודי: הושפעו מהזרם ההיסטורי של המשפט שצמח בגרמניה לפיו כל תנועה לאומית צריכה לבנות את המשפט שלה בהסתמך על התרבות, ההיסטוריה והשפה שלה.

מטרתם הייתה לבנות את המשפט החדש במדינה שתקום. להם הוציאו כתבי עת, תרגמו לעברית טקסטים חשובים, הציעו הצעות חוק, ערכו כנס בינלאומי והקימו מעין "מכללה"- **בית הספר הגבוהה למשפט ולכלכלה".**

למרות השאיפות הגדולות הם נכשלו כמעט בכל מה שעשו. ההסבר לכישלון טמון במתחים הפנימיים בתוך הארגון. המתחים נבעו מהעובדה שלאיש לא היה צל צילו של מושג מהי המשמעות האמיתית של המשפט היהודי-עברי.

ההתנגדות הגדולה ביותר לכינונו של משפט עברי באה מקרב הדתיים מכמה סיבות:

1. ההלכה היהודית מבוססת על שו"תים וקשה מאוד לכנסה לקודקס. המשפט העברי שאף לעשות זאת דבר שנגד את ההפתחות הטבעית והפילוסופית של ההלכה.
2. ההלכה היהודית שותקת בהרבה תחומים ולא הייתה יצירה חדשה. פוסקי ההלכה, כמו באסלאם, חוששים לפתחה.
3. לטעם שומרי ההלכה לא ניתן "לשתול" את ההלכה היהודית בחוקים חילוניים.

**אסף לחובסקי, משפט עברי ואידאולוגיה בא"י המנדטורית**

בתקופת המנדט היו חילוקי דעות רבים בדבר הגדרתו של המשפט העברי ותוכנו. היו שכללו בהגדרת המשפט העברי הן את הנורמות המשפטיות הכלולות בהלכה והם את הנורמות שנוצרו במסגרת משפט השלום העברי. היו כאלה שהרחיבו וכללו גם את הנורמות שיצרו מוסדות יהודיים אחרים בארץ ישראל והיו שצמצמו זאת וכללו רק את הנורמות שנוצרו ע"י משפט השלום העברי ללא הנורמות ההלכתיות. פעילים אחרים הפרידו בין "המשפט העברי ההיסטורי" ו"המשפט העברי החדש והמחודש".

היו מס' גישות:

* יצירת המשפט העברי משמעה תרגום המשפט הקיים לשפה העברית ולא החייאת נורמות הלכתיות (צורה ולא תוכן).
* המשפט העברי הוא שנוצר ע"י העברים, קרי היהודים הציוניים בארץ ישראל.
* היחס החדש להלכה הוא כמו תוספות האמוראים למשנה ולכן רשאי הדור החדש לעשות זאת ביחס להלכה. זוהי המשך המסורת.

דרכי הפעולה:

* חילוץ עקרונות כללים מתוך מסת הכללים המשפטיים של ההלכה וזניחת ההלכות שלא התאימו לעקרונות הכלליים.
* נורמות משפטיות, שבעבר נקבעו ע"י אנשים הלכה (שהיוו כעת מכשול לתהליך התחייה בשל דבקותם במסורת), יקבעו ע"י מלומדים.
* מיזוג חלקים מן ההלכה עם יסודות משפט חדשים וזרים- הם יצרו הבחנה בין משפט פרטי הראוי להחייאה לבין משפט ציבורי שאיננו ראוי להחייאה מתוקף היותו ארכאי. מהות ההלכה ראויה להיכלל אך הפרוצדורה. בנוסף היה רצון לייבא כללים משפטיים חדשים שהיו אמורים להפוך את המשפט העברי לסינטזה בין ה'ישן' ל'חדש'. גם סביב החלטה זו היה דיון מורכב. מחד, הייתה רתיעה מערבוב מספר שיטות משפט עם המשפט העברי. נטען כי לא ניתן לעקור משפט של עם מסוים מן ההקשר בו צמח ולשתול אותו בעם אחר. מאידך, היה ברור שהשפעות זרות הינן חלק הכרחי מהתהליך הקליטה.

**בין עבר להווה**: אנשי תחיית המשפט העברי סברו כי המשפט העברי חייב להיות קשור באופן כלשהו לנורמות שנוצרו במהלך ההיסטוריה היהודית. עם זאת, הייתה הבחנה בין העבר הקרוב- המנוון לעבר הרחוק- הטהור. הבחנה זו השפיעה גם על אנשי המשפט העברי אשר בכתביהם זוהה המשפט העברי עם תקופת התלמוד והתקופה הבתר-תלמודית נדחקה.

**בין קודש לחול**: חלק מפעילות התנועה כוון נגד הדת. החילוניים זיהו את הדת עם הגלות והשנאה מימי הביניים והשאיפה הייתה ש'דין ישראל' יהיה מושג לאומי ולא דתי. הם החזיקו בגישה שהמשפט כולו היא מערכת אורגנית ולכן הבעיה הייתה להפריד בין הדת מיתר חלקי ההלכה. אנשי המשפט העברי טענו שניתן לעשות זאת בקלות משום שהמשפט היה קשור לדת רק בתקופת הגלות וניתן להפריד ביניהם בהצלחה. לדעת לחובסקי, הם מעולם לא פתרו בעיה זו.

**בין מזרח ומערב**: אנשי המשפט העברי התקשו ליישב את הסתירה שבין היחס של המשפט העברי למערב לבין יחסו למזרח. מחד, המזרח נתפס כברברי והיו סכסוכים עם הערבים. מאידך, היה חשש מהתבוללות לאומית במידה של שיוך למערב. המשפט העברי נותר באזור הדמדומים שבין מזרח למערב.

**בין פרטיקולריזם לאוניברסליות**: היה ניסיון לשכנע את היהודים בארץ כי השיטה איננה מיושנת ע"י טענות כי המשפט העברי מקדם ערכים נאורים, והוא טוב יותר משיטות משפט אחרות שנהוגות.

**לסיכום**, אנשי המשפט העברי ביקשו ליצור שיטת משפט שתשקף את האידיאולוגיה הציונית ואת הזהות העברית החדשה. ניסיונם נכשל. הסיבות לכך טרם נחקרו, אך נדמה שלפחות אחת מהם הייתה שהם לא טיהרו את משפטם מה'אחר'- 'היהודי הגלותי' שבו- אויב הציונות.

**פקודת סדרי השלטון והמשפט**

פקודה זו נחקקה ע"י מועצת המדינה הזמנית בתוקף הסמכות שנקבעה לה בהכרזה על הקמת מדינת ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) ובמנשר מאותו יום. הסעיפים החשובים הינם:

* 1. נציגיהם של ערבים תושבי המדינה המכירים במדינת ישראל ישותפו במועצת המדינה הזמנית.
	2. כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות, למעט אם נקבע בה כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום. פרסומה של פקודה ברשומות ישמש ראיה כי אותה פקודה ניתנה ונחתמה כדין. בנוסף, בוטלו כל החוקים ה"נסתרים" (לא רשומים), ונקבע כי אין להם תוקף. המדינה תקפיד על חוקים פוזיטיביים כתובים וגלויים.
	3. המשפט שהיה קיים בא"י ביום הקמתה יעמוד בתקפו, כל עוד אין בו סתירה לפקודה הנוכחית או לחוקים אחרים שיינתנו ע"י מועצת המדינה הזמנית. יש לשמור על המצב הקיים בארץ לפני קום המדינה, כדי לא שלא ייווצר ריק מבחינה חקיקתית.
	4. תבוטל כל זכות יתר שניתנה בחוק לכתר/לפקיד/לנתין בריטי. יבוטל הצורך לקבל אישור/הסכמה ממזכיר המדינה הבריטי להוראת חוק בא"י.
	5. הסמכות בחוק לשופט/ לפקיד/ לשוטר בריטי תועבר לשופט/ פקיד/ שוטר ישראלי בעל אותה משרה/ דרגה במדינת ישראל. סמכויות הנציב העליון יועברו למועצת המדינה הזמנית.
	6. שר המשפטים רשאי לפרסם ברשומות הצעת נוסח חדש של כל חוק או חלק ממנו, לרבות מ"דבר המלך במועצתו", שעדיין נחשב כתקף. נוסח חדש יכיל את כל השינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה מכוח חקיקה.
	7. כל עוד לא ניתן חוק חדש בעניין בתי-המשפט, הם יוסיפו לפעול במסגרת סמכויותיהם הקיימות, כך שיישמר המצב הקיים קודם הקמת המדינה.

כבר מזמן הקמת המדינה הייתה בארץ הקפדה רבה על עקרונות שלטון החוק ועל הדמוקרטיה. הדמוקרטיה הישראלית לא צמחה יש מאין. התנועה הציונית הביאה עמה את רעיונות של מודרנה, אזרחות שוויונות ואוניברסלית, שלטון החוק והפרדת רשויות. את הרעיונות הפוליטיים הללו הביאו עמם גם הפליטים מאירופה. גם היישוב היהודי היה דמוקרטי וממושפט בצורה מלאה. היה זה חלק מהשפעת השלטון הבריטי. כבר בימי העיירות (שטטל) ניתן היה לראות השתתפות בחיים הציבורים והפוליטיים.

תכנון המערכת המשפטית מתחיל כבר כמה חודשים לפני הקמת המדינה- הוקם גוף מיוחד המכונה **"ועד מהמצב".** בתוך כך הוקמה **המועצה המשפטית** שתפקידה היה כפול: **(1)** היא הייתה גוף שנועד לייעץ לוועד המשפט בשאלות של חוק ומשפט. **(2)** הוא היה אמור להכין את המשפט במדינה שתקום. עבודתה של המועצה לא מניבה פירות בגלל חוסר היכולת להיפגש עקב המלחמה ובגלל מלחמות אגו. בסופו של דבר, ועדה של חמישה משפטנים מחליטה לשמור את המשפט הבריטי כמו שהוא.

בתוך כל אי הסדר ששרר במדינה בעת ההיא, מרשימה מאוד העובדה שהצליחו להקים מע' משפטית מתפקדת למרות הנסיבות. מיד עם הקמת המדינה נפתחים ומתחילים לתפקד רוב בתי המשפט. ההקפדה על השארת המשפט הבריטי על כנו נובעת מהרצון לשמור על יציבות חברתית ומשפטית. מעבר להפקדה על היציבות הזו ישנה הקפדה על קיום הדרישות היסודיות של שלטון החוק (פומביות ופוזיטיביות המשפט ועיקרון החוקיות).

ההקפדה על עקרונות המשפט הייתה גם ברמה הצבאית- כשמגיעות הידיעות על מעשי הזוועה של חיילי צה"ל או המחתרות (אונס אישה בדואית ורציחתה), הממשלה יוצאת מגדרה ומפעילה את חוקת השיפוט של ההגנה עד שיוסדר החש"צ. צעד זה ניסה למנוע "ואקום משפטי".

המערכת היא יציבה על כל דרגיה והמעמד העצמאי של היועמ"ש נשמר עוד מימיה הראשונים של המדינה. בנוסף לכך, ישנה הקפדה על מעמד השופטים.

**ניר קידר, מבט חדש על הקמת מערכת המשפט הישראלית**:

בדר"כ בזמן מהפכה/מלחמה קיים "ואקום משפטי" בו מערכת המשפט לא מתפקדת או מנוהלת ע"י צווים ותקנות לשעת חירום. זהו מצב בעייתי מבחינה חברתית ואזרחית. לא כך היה המצב בארץ. על אף הקמתה בסערת מלחמה, מדינת ישראל הקפידה על הספק המשפטי והאזרחי הקודם וזאת במטרה למנוע אנרכיה ולשמור על יציבות.

רוב בתי המשפט נפתחו מס' ימים לאחר קום המדינה (ביהמ"ש העליון שהוקם 4 חודשים מאוחר יותר) .

היעדר משמעת בקרב חיילי צה"ל הצעירים וביצוע מעשי רצח, אונס וביזה גרמה להקמה מהירה של מערכת שיפוט צבאי ולחיקוק חוקי שיפוט צבאיים. עובדה זו מלמדת אותנו על הדגש המיוחד שהושם על כך שתתקיימנה הדרישות למשפט פומבי ופוזיטיבי. בנוסף ניתן לראות כי מועצת המדינה נהגה בהתאם לעקרון שלטון החוק, הקובע שהפרסום הוא המעניק תוקף לנורמה משפטית, ולחוק שלא פורסם- אין תוקף.

כבר מתחילת מערכת המשפט הישראלית הייתה הקפדה גדולה מצד גורמים חיצוניים שלא להתערב בהתנהלות המערכת. עצמאות מוסדית ופוליטית זו התבטאה בסולם מיוחד של דרגות שכר (למניעת התפתות לשוחד), וכן בכפיפותו המקצועית של היועמ"ש במשרד ממשלתי רק ליועמ"ש לממשלה ולא לשר הממונה.

**עצמאות היועמ"ש**: כבר מ-48 נשמרה עצמאותו של היועמ"ש. **פרשת סילבסטר** (2 אזרחים בריטים שנחשדו בריגול חטובת הלגיון הרדני) ו**פרשת טוביאנסקי** (קצין ישראלי שהוצא להורג במשפט שדה באשמת בגידה) קיבעו את מעמדו של היועמ"ש בכל הקשור להעמדה לדין ולקביעת גורלם של הליכים פליליים. זאת עקב ההתעקשות של שפירא להעמדתם לדין למרות ההפצרות החוזרות ונשנות של גורמים שונים וסירובו לסגור את התיקים עד שיובררו בבית המשפט.

**מעמד השופטים:** עוד מקום המדינה ישנה הקפדה עצמאות השופטים. רוב השופטים שכיהנו בתקופת המנדט המשיכו בכהונתם גם לאחר קום המדינה. מעמדם עוגן פורמאלית בשנת 53 עם הקמת הועד למינוי שופטים. מעמדם המיוחד ועצמאותם התבטאה בדרך מינויים והעברתם מהתפקיד, ביטול כפיפותם ממשרד המשפטים לידי הנהלת בתי המשפט, איסור על ח"כ להשפיע על שופט ועוד. הרשימה הראשונה של השופטים לביהמ"ש העליון הייתה מאוזנת מבחינה פוליטית, אך הייתה נקייה מכל ניסיון להשפעה פוליטית- תנועתית על המינויים.

הוויכוחים שכן נגעו לדרכי עבודה השופטים ומערכת בתי המשפט לא נבעו מחוסר הבנה של חשיבות רעיון שלטון החוק ועצמאות השופט, אלא מהצורך עי עצמאות השופט תתיישב עם הדמוקרטיה והממלכתיות.

**יצחק אולשן, דין ודברים**

אולשן היה בין 6 אנשים שהיו מועמדים לתפקיד שופטי ביהמ"ש העליון, ומתוכם היו צריכים להיבחר 5 שיאושרו ע"י מועצת המדינה הזמנית. הדבר נעשה לאחר **פרשת אלטלנה** ובעקבות דרישת הדתיים לאחד משופטי העליון יהיה רב. בעקבות דרישה זו ולאחר פשרה מונה הרב אסף בגלל היותו מוערך מאוד.

משכנו של ביהמ"ש העליון אמור היה להיות בתל אביב, אולם עקב העובדה שמשה שרת ייעד את הבניין כשגרירות בריה"מ ובעקבות הצעתו של אולשן הוקם ביהמ"ש בירושלים.

**סמכות ביה"ד הרבניים**: 2 הרבנים הראשיים טענו כי מאחר והוחלט על הקמת מדינה יהודית תחום השיפוט מסור לרבנים אך הם היו מוכנים להתגמש עקב הדרישה החילונית לבימ"ש חילוניים.

ביום פתיחת משכן ביהמ"ש הושבעו השופטים והיה ברור כי עליהם לרכוש את אמון הציבור. הוחלט כי עליהם להתנתק מהפוליטיקה, על פסקי הדין להיות מובנים וכי על המדינה להיות מעורבת יותר בחיי הפרט.

פסה"ד הראשון של ביהמ"ש היה **פרשת סילבסטר.** הנאשם זוכה מחמת הספק אך ללא נימוק מספיק. אולשן קרא לזרז את הליך הנימוק ע"מ למנוע סערה ציבורית. הנימוק היה **כאשר יש 2 גרסאות מנומקות עם חומר ראייתי- יש להעדיף את זו שלטובת הנאשם.**

פסה"ד השני היה **פרשת קרבוטלי** שעסק באדם שנעצר לפי הוראות שעת חירום שלא מחייבות צו או נימוק. העתירה הייתה בגין סעיף בחוק שחייב כינוס וועדה לדון בשאלה אם המעצר הוא נחוץ או לאו. בג"ץ קבע כי בעידן של שלטון החוק ובמקים בהם נתון בידי הרמטכ"ל כוח כה רב, דיון בוועדה הוא תנאי מקדמי הכרחי למעצר. היה זה פס"ד שהדגים את שמירת ביהמ"ש על שלטון החוק.

כל העניינים התרכזו אצל אולשן ומאוחר יותר מונו אגרנט וזילברג.

**המשכיות ושינוי במשפט הישראלי**:

אחת השאלות הראשונות שהטרידו את הישראלים עוד מהקמת המדינה הייתה עצמאות מערכת המשפט. עם הקמתה שימרה המדינה את המשפט המנדטורי. התעורר הרצון והצורך להתנתק מן ה"חבלי" המשפט האנגלי:

1. האם תקדימים אנגליים מחייבים בארץ: בפס"ד **כוכבי נ' בקר** קבע ביהמ"ש העליון שתקדימים בריטיים שניתנו אחרי יום קום המדינה אינם מחייבים במשפט הישראלי. מה שניתן טרם קום המדינה אכן מחייב בגלל היותם חלק מן המשפט המנדטורי. הנימוק שניתן לכך היה שמדינת ישראל הינה מדינה עצמאית ואין זה ראוי שמדינה כזו תחויב בדין זר. תוצאת פסיקה זו הייתה התנתקות הדרגתית מהפסיקה האנגלית כמקור מחייב. ניתן היה להיעזר בתקדימים האנגליים רק כמקור השוואה/ הכרעה.
2. פרשנות החוקים: רוב הפקודות בתק' המנדט קבעו שלצורך הפרשנות יש לפנות לדין האנגלי. בתחילת דרכו של המשפט הישראלי הפנייה לדין האנגלי לצורך פרשנות הייתה נוחה ולא עוררה סערה. אך בשנות ה-50-70 היה מהלך גדול של חקיקה ישראלית. היו שטענו שבעקבות חקיקה כזו אין צורך לפנות למשפט האנגלי, יש די חקיקה ישראלית. לעומת דעה זו היו שטענו שיש לפנות לדין האנגלי ע"מ לשמור על יציבות. ב-**1972** תוקנה פק' סדרי השלטון והמשפט כך שבוטלה חובת הפנייה לצורכי פרשנות למשפט האנגלי.
3. מילוי לאקונות: מה הדין כשיש חסר במשפט הפוזיטיבי בחקיקה או בפסיקה? סימן 46 לדבר המלך במועצתו משנת 1922 קבע שבמקרה של לאקונה על השופטים המנדטוריים לפנות למשפט האנגלי. האם זה הדין גם לגבי שופטים ישראלים לאחר קום המדינה? קבוצה אחת, בראשות אהרון ברק, טענה שיש די חקיקה, פסיקה וכתיבה ישראלית למילוי הלאקונה. ניתן לפנות לדין האנגלי רק לצורך השוואה. קבוצה שניה, בראשות דניאל פרידמן, קבעה כי לא ייתכן שהתייחסות לדין האנגלי תהיה בחזקת אות מתה. יש לשמור על היציבות על המשפטית. עם מינויו של ברק ליועמ"ש לממשלה מבוטל סימן 46. נקבע שבמקרה של **לאוקנה יש לפנות לעקרונות השלום, החירות, הצדק והיושר של מורשת ישראל** (לאחר שהוחלט כי יהיה מבחינה מעשית יהיה זה קשה למלא את הלאקונות באמצעות המשפט העברי ועקרונותיו).

חוק יסודות המשפט שנחקק ב-1981 פתר את השאלות הנ"ל בקביעתו כי שופטים ישראלים לא צריכים לפנות למשפט האנגלי- לא לתקדימיו, לא לפרשניותיו ולא לצורך מילוי לאקונות. מאותה העת היה המשפט הישראלי עצמאי לחלוטין מבחינה פורמאלית. חוק זה העלה את הדיון בדבר מהי אותה מורשת ישראל.

**יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, נהגי הסתמכות של ביהמ"ש העליון**:

* לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט לא חלה עלייה בשימוש במקורות המשפט העברי.
* ישנה נטייה להימנע ממחלוקות בפסיקה
* ישנה מגמה בולטת של ירידה בחלקה של החקיקה באזכורים בפסה"ד, לעולת עלייה על הפסיקה וההגות.
* ישנה דלות אזכורים מהשיטה הקונטיננטלית בין השנים 1954-169. בתחילת שנות ה-70 ישנה התעוררות. המשפט הישראלי שייך באופן מובהק למשפט המקובל, אך ישנה טענה לפיה הוא נע במהלך השנים לעבר המשפט הקונטיננטלי. דבר זה צריך היה לבוא לידי ביטוי בכמה מישורים בסגנון הפסיקה: קיצור אורך פסקי הדין, גידול באסמכתאות מהחקיקה וכו'. בבדיקת נתונים אלה, נראה כי ההנחה בדבר תנועה לעבר המשפט המקובל- מוטעית.
* כמעט ולא נעשה שימוש במשפט הבינלאומי.
* ישנו גידול באזכור אמריקאי על חשבון אזכור אנגלי.
* ישנה עלייה באזכורים האנגליים.
* הישראלי היה מחוייב כללית וספציפית לעולם המשפט והפסיקה האנגלי, אולם קשר זה פחת במהלך השנים בידי חקיקה (ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו וחקיקת חוק יסודות המשפט 1980). אין לכך השפעה על כמות האזכורים. השימוש באזכור אנגלי מושפע מהרשות ולא מהחובה. אין קשר בין עליית האזכור האמריקאי לירידה באיזכור האנגלי או לביטול החובה להשתמש בו. עלייה בשימוש באזכור האמריקאי נובעת מזמינותו, מזיקת השופטים, מגלובליזציה ומהשתלטות והשפעה אמריקאית בעולם.
* **שילוב מוצא וסוג אזכורים:** מקומיות וזרות בתרבות הפסיקה, מהו היחס בין משפט מקומי לזר בהשפעה על הפסיקה:

א. גידול בפסיקה הישראלית כמקור לאזכורים.

ב. נפילה גדולה בפסיקה האנגלית.

ג. נפילה גדולה עד כדי היעלמות של פסיקה מנדטורית בשנות ה-70.

ד. עליה איטית ומתונה של הפסיקה האמריקאית.

ה. השתלטות של פסיקה ישראלית.

* הפסיקה המנדטורית יורדת באזכוריה, אך ככלל יש לפסיקה הישראלית והמנדטורית אורך חיים דומה וקצר. ייתכן כי 'הגיל' ולא השפה מכתיב את משך חייו של פסק דין (קרי: אזכוריו). ייתכן שמאגר הפסיקה המנדטורי היה בשימוש עד אשר היו מספיק פסקי דין ישראליים. לוּ היינו מסתכלים רק על שפת פסק הדין - ברור היה כי המשפט המנדטורי התכלה לחלוטין, על חשבון ההשתלטות הישראלית.
* **אזכורי פסיקה ישראלית ו'סברת המצאי':** למעלה מ-50% מהתקדימים שבהם משתמש בית המשפט הם בני עשר שנים או פחות. סיכוייו של תקדים שעבר את שנתו העשירית להיזכר בפסיקה הולכים ויורדים. גם תקדימים חדשים מכילים בתוכם תקדימים ישנים, ואלו הישנים רלוונטיים יותר בהקשר ההתפתחות הכללית במשפט והחברה.
* **תקדים המחזיק תקדים:** ייתכן שיש למדוד את גודל 'ישראליותו' של תקדים חדש אחרת מתקדים ישן, גם אם מספרם של התקדימים הישראליים החדשים אינו גדול יותר מזה שיוצר לפני 30 שנה, שכן ייתכן והחדשים מועדפים בשל העובדה שהם נושאים עבר ישראלי.
* **התכנסותו של מרחב הסמך הישראלי:** בעשר השנים הראשונות לקיומו, ישנה פריצה מהפכנית ביצירת מאגר יש מאין שיכסה את מרחב הסמך. התהליך מתמתן כשכבר יש מספיק חומרים (מספרית) מאשר חומרים זרים. עולם הסמך עשוי ברובו מחומרים עצמאיים. בהשוואה למדינות אחרות, הנתונים הישראלים מרחיקי לכת וגבוה בהם שיעור האזכור העצמי. עולם הסמך של המשפט הישראלי כיום הוא בעיקר עצמי ובעצם מיצירה של דור שופטים אחד.
* **'מגה פסקי דין' בין 1994-1979:** מרחב הסמך בין 1994-1979 גדול ומכיל תרבות משפטית זרה, וכך עד היום מצליח 'מגה פסק דין' להיות פתוח יותר לפסיקה זרה. כמו בפסק דין רגיל נשמר היחס של האזכורים, אך תוכנם שונה והם מכילים יותר הגות על פני חקיקה, ויותר תקדים זר מעצמי.

**אהרון ברק, שיטת המשפט בישראל**:

**מהי משפחת משפט**? משפחת משפט היא צורת חשיבה משפטית, מושגים בסיסיים, מוסדות משפט, גישה למקורות המשפט ולהיררכיה שלהם, חלוקת המשפט לענפיו ולחלקיו וגישה לשופטים ועורכי הדין.

צוויגרט וקוטס טוענים **שהגורמים לשיוך לשיטת משפט הם על בסיס סגנון**:

1. רקע והתפתחות היסטורית.
2. חשיבה משפטית (במשפט הרומנו-גרמאני: מתיאוריה כללית למקרה פרטי, במשפט המקובל: מהמקרה הפרטי אל התפיסה הכללית).
3. מוסדות משפט מיוחדים- אדברסרית מול אינקוויזטורית, קבילות ראיות מול תו"ל.
4. מקורות המשפט (במשפט הרומנו-גרמאני: חקיקה, במשפט המקובל: פסיקה).
5. אידיאולוגיה- הדוקטרינה הפוליטית, הכלכלית והדתית.

**מסורת משפטית**: מתאפיינת בתפקיד המשפט בחברה, שיטת משפט ובימ"ש. במסורת משפטית ייתכנו מספר משפחות משפט. אפיון שיטה במסגרת מסורת או משפחה אינו קבוע לעד וייתכנו שינויים, כגון- לאחר איחוד האירופי יש התקרבות שיטות משפט באירופה.

**תרבות משפטית** : תרבות המשפט עומדת מעל לגישות השונות, התרבות היא גישת היסוד בנוגע למהות המשפט.

**הגורמים המשותפים לתרבות המשפט המערבית**:

1. עליונות החוק - לגליזם (שלטון החוק).
2. החברה והמשפט כרוכים זה בזה. (במזרח הרחוק - הרמוניה חברתית).
3. המשפט מבטא חובות וזכויות. (במזרח הרחוק - חובות הפרט בלבד).
4. הכרה בקיום מחוקק חילוני ופעילות לפי משפט פוזיטיבי.
5. אמונה שבחברה מתקיימת קידמה (ע"י הגדרת יעדים) והמשפט הוא אמצעי להשגתה. (במזרח הרחוק- הפניה לבימ"ש היא רק לברברים, האזרח ההגון אינו זקוק למערכת משפטית כיוון שסכסוך הוא מחלה חברתית והתרופה אינה משפט).

**המשפט הישראלי הוא מערבי בשל מספר סיבות**:

1. הוא חילוני ופועל מתוקף חקיקה חילונית (גם החוקים הדתיים נובעים מכוח חקיקה חילונית) ומוסדותיו בנויים בצורה חילונית.
2. הוא פונה לעקרונות יושר וצדק אוניברסאליים ולא יהודיים.
3. ביהמ"ש נתפס כמכשיר לקדמה ולשינויים חברתיים.
4. היחיד נתפס כבעל זכויות ולא רק חובות.

**השפעת המשפט המקובל Common Law)) על המשפט הישראלי**:

1. חקיקה מנדטורית חלחלה עקב סימן 46 למלך שבוטל רק ב-1980.
2. עיקרון התקדים המחייב ועקרונות דיני היושר.
3. מבנה מוסדות המשפט, תפקיד ומעמד השופט.
4. שיטה אדברסרית בדיון פלילי, ועקרונות נוספים (כגון- דיני קבילות, שליחות נסתרת, נאמנות).
5. כללי פרשנות ונורמות משפטיות.

"חוק יסודות המשפט" נועד להחליף את המשפט המקובל כמקור משלים לחקיקה המקומית, אך לא ביטל את העקרונות שנקלטו כבר. להיפך, הוא עיגן אותם בחוק ישראלי מקורי ולא ביטל את הדינים שנקלטו.

**השפעת השיטה הקונטיננטאלית על המשפט הישראלי**:

1. העות'מאניים ששלטו בארץ השאירו אחריהם חוקים מהמג'לה שנקלטו בחקיקה הישראלית (בעיקר בדיני מקרקעין וחוזים).
2. עקרונות משפטיים (כגון- תום לב, איסור שימוש לרעה בזכות).
3. רעיון הקודיפיקציה עצמו.
4. שופט מוסמך להשלים חסר בחקיקה באמצעות היקש, ובהיעדרו ע"י פנייה אל עקרונות צדק, חירות, יושר ושלום של מורשת ישראל ולאו דווקא ע"י חקיקה.

**בפועל, הדעות חלוקות לגבי אפיון שיטת המשפט בישראל**:

1. צוויגרט וקוטס - קצת משתי שיטות המשפט עם נטייה למשפט מקובל.
2. בשולי המשפט המקובל תוך תנועה ממרכז הכובד האנגלי לאמריקני.
3. אהרון ברק- לא זה ולא זה. החשיבה המהותית ולא הפורמאלית מנותקת מהמשפט המקובל. מצד שני, החשיבה היא ממקרה למקרה ולא אבסטרקטית שיטתית, התקדים המחייב, מעמד השופט והיררכיית ביהמ"ש מבדילה מהמשפט הקונטיננטלי.

לפי צוויגרט וקוטס אין משפחה לשיטות משפט מעורבבות.

**השיטה בישראל היא משפחה בפני עצמה תוך קירבה למשפט המקובל המאופיינת ב**:

1. מעמד בכורה לחקיקה- רוב המשפט חקוק כולל השלמת החסרים, והפרשנות היא בצורה תכליתית.
2. מעמד מרכזי לשופט בהענקת סמכות להשלמת חקיקה ורשאי ליצור תקדימים ונורמות משפטיות ואף לבטל חוקים הנוגדים עקרונות-על (כגון- שוויון).
3. מעמד האקדמיה- השופטים קוראים ומתייחסים בפסיקה לדברי המלומדים.
4. המנהג משמש מקור למשפט כחלק מהמסורת המשפטית.
5. משפט משווה - השופט רשאי להשוות מכל שיטת משפט אחרת (כולל העברי).
6. איזון השימוש בצורה ובמהות- המשפט נע ממקרה למקרה תוך שימוש בעקרונות יסוד. ניסיון ותקדימים משחקים תפקיד בניסיון להכניס הכול לקודקס אחד. השלד הוא פורמאלי בעוד המעטפת היא מהותית.
7. דואליות נורמטיבית- בישראל יש מתח בין המשפט ליבראלי-חילוני המבוסס על חוקי המדינה לבין המעמד המיוחד שיש למשפט הדתי.
8. תפקיד בג"צ- המדינה אינה אויב שיש לרסנו בעודו מונע זכויות מאזרחיו כמו במשפט המקובל, אבל גם אין אמונה גדולה במדינה. בג"צ שומר על איזון כך שמצד אחד מפקח על המדינה שתשמור את צרכי הפרט ומצד שני מאזן בין צרכי הכלל.

כיוון שיש בישראל שיטת משפט עצמאית צריך לפתח מערכת מושגים לשאלות משפטיות (התיישנות, פרשנות חוקים וכו'). יש להיעזר בשיטות משפט אחרות אך לא להשתעבד אליהן כדי לפתח ייחוד לאומי ולשמור על התרבות המשפטית.