

היסטוריה של המשפט

סיכום- אבישג טל
פרופ' ניר קיזר

הקורס מתחלק ל-3 חלקים עיקריים:

1. כתיבת היסטוריה- מהי היסטוריה, היסטוריה וזיכרון, ההיסטוריה של המשפט בארץ וכו'. מדעי החברה- מהו הקשר של ההיסטוריונות למה שהם כותבים.
2. היסטוריה של המשפט בארץ
3. המשפט בארץ ישראל

כתיבת היסטוריה

תרפ"ט- הספר לא נכתב מתוך תפיסת עולם רליטיביסטית, אלא מראה שגם יהודים עשו מעשי ליני' בערבים- למשל ביפו. זוהי נקודת התחלה לקורס.

עלתה השאלה לגבי כתיבת היסטוריה: מה אנחנו מספרים ומה אנחנו לא מספרים. מה היה כפקטס ולא כפיקציה- למרות שההיסטוריה מתעקשת לעסוק בעובדות, היחסים שבין ההיסטוריונים ובין ההיסטוריה הם מורכבים.

"לאדם יש היסטוריה כי האדם כותב אותה"- בדר"כ נראה לאנשים שיש היסטוריה ולאחר שההיסטוריון בחר את העובדות יש את פרשנות העובדות. כיצד מפרשים את העובדות? העניין הוא שההיסטוריונים משפיעים על הסיפור כבר בשלב יותר מוקדם של העובדות. **פס"ד אזאלוס**- קנטור מוריד מרצח להריגה כי לא היה יסוד נפשי של כוונה. בעליון מתרכזים בעיקר ברגעיה האחרונים של גברת אזאלוס, אך במחוזי מתמקדים בכך שהיה בין בני הזוג סכסוך מתמשך ושהוגשה בקשה לגירושין ושהם חיו בנפרד זמן רב. אזאלוס היה סטוקר של אשתו, וכאשר מספרים את הסיפור מהזווית הזו שאלת הקנטור הופכת לאחרת.

השאלה היא על מה הזרקור- ההבדלים בין העובדות במחוזי ובעליון בפס"ד אזאלוס. עורכי הדין של אזאלוס היו חכמים מכיוון שהם ידעו שלא היה להם סיכוי להוציא את הלקוח שלהם כיוון שרצח את אשתו, אך שאלת הקנטור היא שאלה רצינית (קנטור אובייקטיבי או סובייקטיבי), ולשם הם כיוונו את השופטים מכיוון שהם שמו את הזרקור לא על החצי שנה האחרונה אלא על החצי שעה האחרונה וכיוונו את השופטים לחשוב באופן מסוים (כמו היסטוריונים).

ההיסטוריון משפיע על הסיפור כבר בעובדות שהוא בוחר או לא בוחר לספר עליהן, או בעובדות שהוא בוחר להדגיש או להצניע.

סקירת ההיסטוריוגרפיה הישראלית מול הערבית (הפלסטינית)- שני הצדדים מספרים עובדות, אך מאורעות תרפ"ט מסופרים שונה. מבחינת הערבים יש נישול שמתחיל במאה ה-19 של המעצמות האירופיות יחד עם היהודים (התיישבות טרום ציונית וכיבוש אירופאי).

- ההיסטוריון בוחר מה לספר מסיבות פרוזאיות יחסית, פשוטות יחסית: ההיסטוריונים מקודדים את הדברים לתוך מספר נקודות עיקריות ומרכזיות שהם חושבים שיעניינו את הקורא (הם לא יכתבו למשל על צחצוח שיניים או נסיעה לעבודה). היסטוריונים תלויים בעבר והם בוחרים מתוך העובדות שאנשים שימרו לאורך הדורות. למשל, תיתכן עובדה שלא התגלגלה אלינו ולא נדע אותה מכיוון שאנשים שחיו באותה תקופה לא ראו לנכון לציין אותה. בסופו של דבר, כולנו חושבים כמו היסטוריונים כי כולנו מצנזרים פרטים כאשר אנחנו מספרים על דבר מסוים, מטבע המחשבה שלנו.

המוח שלנו עובד על שכחה, ומטבע הדברים אנחנו זוכרים רק את מה שיכול לעזור לנו לשרוד בטבע (תיאוריות פסיכולוגיות- "ציידיים לקטים"), ומכיוון שהמוח שלנו עובד מתוך שכחה ולא מתוך זיכרון.

חשיבה היא הכללה- המחשבה שלנו מבוססת על שכחה ולא מעניין אותנו לזכור כל פרט.

אנו לומדים איך התפתחה ההלכה- מסתכלים על הכל מנקודות מבט שונות (חברתיות או כלכליות)- מסתכלים על תופעות מכל מיני זוויות ומכל זווית הדבר נראה אחרת.

בעבר, היו יצירות שהוצגו רק לאצילים, ומשלב מסוים לאחר המהפכה הצרפתית הייתה עליה של המעמד הבינוני- הבורגנות; לא ניגנו יותר לאצילים בלבד- וניגנו באולמות גדולים. המוזיקה מילאה פונקציה חברתית

ותיארו את אותה תופעה- כשמסתכלים מקרוב או מרחוק השוני הוא בתיאור של החברה או בתיאור של השתנות של המקצב.

בתרפ"ט גם כן- השוני בתיאור הוא בעניין של פרספקטיבה (יהודים מול ערבים).

- נקודה נוספת שבה ההיסטוריונים משפיעים על ההיסטוריה- היסטוריונים בוחרים את מסגרת הזמן- מסגרות הזמן המוגדרות של ימי ביניים ועת חדשה הומצאו ע"י ההיסטוריונים במאה ה-19. למשל: סכמה זו נכונה להיסטוריה של צפון איטליה אך לא להיסטוריה של הקהילות היהודיות בפולין. החלוקה לזמנים של ההיסטוריה של המשפט היא לא אותה חלוקה של זמנים כמו של ההיסטוריה הפוליטית. לצורך העניין, התחלפות של שליט או ריבון לא אומר שהמשפט בארץ השתנה.

אסכולת הענן- אמרו שהיסטוריונים משפיעים על הזמן במובן הרבה יותר מורכב. כיצד אנחנו בוחרים היסטוריה של משהו? אם מסתכלים על היסטוריה של אדם, רלוונטי לומר מה היו קורות חייו. כשמתארים תקופה- לכל אובייקט יש משך זמן.

משך- dure'e: אנשים החלו לתפוס את הזמן בצורה אחרת. אחד האנשים שהשפיעו היה אנרי ברקסון.

אנרי ברקסון- עיקר עבודתו היה על הזמן. אמר שיש הבדל בין הזמן הפיזיקלי הנמדד, לבין הזמן הפסיכולוגי. זמן פיזיקלי נמדד וניתן לכמת אותו, בעוד זמן פסיכולוגי יכול להשתנות: כשעושים דבר מה הזמן יכול "לעוף". במאי קולנוע למשל יודעים להפוך את הזמן לאשליה- לקצר או להאריך אותו באמצעות שיטות צילום, ויכולים לשנות את הצורה שבה אנו תופסים את הזמן.

ברקסון אמר שהזמן לא פסיכולוגי; אלא שכל אחד מאיתנו חי בו זמנית בכמה משכים. תפיסות הזמן שלנו שונות כשאנחנו יושבים בשיעור או מדברים עם מישהו- צורת החשיבה שלנו על דברים משתנה. על חלק מהדברים אנחנו חושבים במונחים של זמן ארוך או קצר, ובראש של כל אחד מאיתנו יש מספר משכים של זמן שאנחנו תופסים בו זמנית.

דבר זה השפיע על ההיסטוריה מבחינה של זמן של ציוויליזציה שלמה, או פרט. דבר זה השפיע על החלוקה לזמנים.

היסטוריונים תופסים בצורה שונה את:

1. הזמן- היסטוריונים בוחרים להציג את הזמן כפי ראותם.
2. הפרספקטיבה- מכיוון ש:

1. הם חייבים לכווץ את הזמן ולדחוס אותו.
2. הטיות פסיכולוגיות- הטיית האישור, אנו נוטים לפרש ולאשר משהו שאנחנו מאמינים בו או להתעלם מכאלה שלא.
3. בעיות נוספות של שכחה רגילה.

התפיסה משתנה גם בעקבות אופנות- שקיימות גם באקדמיה להיסטוריה. ישנם דברים שנהוגים לעשות באקדמיה להיסטוריה וכאלה שלא, כי האקדמיה מטבעה היא שמרנית: "המדע מתקדם מהלוויה להלוויה"- רק לאחר שמדען חשוב מת מעזים להגיד דעה נוספת או סותרת. אנחנו כפופים גם לאמירות שהן פוליטיקלי קורקט, ואופנות מסוג זה משפיעות על ההיסטוריה. השפה גם כן משתנה.

במדע אנחנו מנסים לתאר את חוקי העולם באופן כללי. לדוגמה, כל העולם נוהג לפי חוקי הכבידה והיחסות. ההיסטוריה לעומת זאת לא מתארת חוקיות, אלא מתארת משהו ייחודי שהיה ולא יחזור יותר- רוצים ליצור דימוי של מה שהיה, ולכן יש מתח בין ההיסטוריה למדע. להיסטוריונים קשה להיות באוניברסיטה מכיוון שהם מתנגשים עם המדעים- המחקרים ההיסטוריים שונים מהמחקרים המדעיים, וכו'.

המוח האנושי עובד לפי חוקיות וסיבתיות- למשל, יהיה לנו נוח לחשוב שבכל פעם שהאליטה תדפוק את המעמדות הנמוכים הדבר יוביל למהפכה. היסטוריון לעומת זאת ירצה להוכיח כי הדבר היה חד פעמי. היסטוריה לא מתיימרת לספק לנו חוקיות אך המוח האנושי נוטה לעשות זאת.

יהיו היסטוריונים שיעדיפו לטייח את האמת לטובת עמם ולהסתיר למשל טבח בשבויים ובערכים (כ-800 מקרי רצח של ערבים שנרצחו ע"י חיילים יהודיים). דבר זה בא למול כל הקורבנות היהודיים בגולה. הצורה שבה מספרים את המאורעות משתנה.

אנחנו מנסים ליצור חוקיות ולהסיק מסקנות גם מאירוע חד פעמי כמנגנון טבעי של הישרדות. לכן בעת קריאת ההיסטוריה, תמיד ננסה לגזור חוקיות.

ההיסטוריה מאוימת ע"י מספר גורמים:

- המדענים - ההיסטוריה נמצאת בין הפטיש לסדן, והיא נשפטת על היותה לא "מדעית" ולא "קשורה לאוניברסיטה". הפטיש הוא התפיסות ההיסטוריות. הסדן הוא הוא התפיסות המדעיות. האדם הוא יצור שמספר סיפורים, וההיסטוריה חיונית מכיוון שיש חיוניות וחשיבות לאותם מספרי סיפורים. אם לא נספר את הסיפור, לא נוכל להתקדם, ולכן גם לא נוכל לחיות עם מדע בלבד.
- פייק ניוז - לדוגמה, האם הייתה שואה או לא?

היידן אמר כי תפיסות פוסט מודרניסטיות אמרו שאין הבדל בין ספרות ובין היסטוריה, וכי מה שחשוב בהיסטוריה הוא הצורה הספרותית.

היסטוריונים ידעו מאז ומתמיד שבהיסטוריה יש אלמנט סובייקטיבי, אך טענו שעדיין יש הבדל בין ספרות לבין היסטוריה - מכיוון שהם אמרו שלהיסטוריון יש מחויבות לתאר את מה שהיה והספרות יכולה לספר לא בהכרח את ההיסטוריה כפי שהיא.

היידן ווייאט אמר שהמציאות מתווכת ממה שבני האדם אומרים, וכי כל מה שאנחנו יודעים על ההיסטוריה הוא טקסטים - שאנחנו מנסים לאמת אותם באמצעות הקונטקסט (שמהווה טקסט בפני עצמו). כלומר, אנו נידונים לחיות בבית כלא של סובייקטיביות - הכל מהווה טקסטים שנכתבים מנקודת מבט מסוימת, ולכן לפי ווייאט אין טעם להפריד בין היסטוריה לבין ספרות.

טענה זו היא בעייתית מבחינה מוסרית, מכיוון שתמיד לכל אדם תהיה זווית הסתכלות שונה על כל אירוע.

בסופו של דבר, נצטרך לסכם הכל לתוך סיפור אחד שייזכר לדורות - מאגרי מידע של big data נצטרך לסכם למשל בתור סיפור מסוים שיתאר מהו ומה הוא הכיל.

כסופר כותב את תחושותיו של אדם ניתן להרגיש אותן גם אם הכל בדיה, ולכן הסוגה של רומן היסטורי היא סוגה אהובה - מכיוון שזה מרגיש אמיתי ביותר.

במהלך ההיסטוריה היו שתי תפיסות:

1. ההיסטוריה הולכת לכיוון מסוים - מספרים סיפור על כלשהו. אמנם זווית הראיה שלנו היא מוגבלת, אך יש התחלה וסוף. תפיסה זו רווחת בדתות מונותאיסטיות, למשל: היה בראשית, והאנושות תגיע ליום הדין האחרון. זוהי גם התפיסה שישנה בספר איוב - אנחנו מוגבלים בתפיסתנו, וישנו מעין מתכנן על שתכנן הכל. לפי הדת, בתור יצור תבוני, אנחנו יכולים לראות רק הבזקים מההיסטוריה בשונה מחיות אחרות.

התפיסה המונותאיסטית שלטה בעולם המערבי במשך זמן רב, ושקעה במהלך תהליכי החילון. היא נשארה חזקה למשל במחצית הראשונה של המאה ה-19 באירופה - הפילוסופים החשובים עמנואל קאנט פרידריך שלי - שהאמינו שהעולם מתקדם ויש כיוון להיסטוריה האנושית. חשבו שהעולם מתקדם למצב יותר ויותר תבוני: אנחנו מתקדמים לעולם שבו "הרוח הולכת ומגלה את עצמה" (גיאורג וילהלם פרידריך הייגל). אחד מתלמידיו של הייגל היה קרל מרקס - והוא לקח את הרעיון שההיסטוריה מתקדמת לכיוון מסוים, כאשר לפיו הכיוון היה חברתי כלכלי - התקדמות ממצב של שחרור. לטענתו, הבורגנות תקרוס לתוך עצמה, ותהיה מלחמת מעמדות שבה הפרולטריון (מעמד הפועלים ינצח), כאשר לשם ההיסטוריה תתקדם.

2. למרות שתפיסת ההיסטוריה הכיוונית רווחה במאה ה-19 - היסטוריונים רבים לא האמינו בה, ודגלו בהבנת העולם כפי שהוא באמת (ליאופולד פון רנקה - שרצה להבין את העולם הרומי שהוא חקר בשטחיות - מה קרה אז?)

בתור היסטוריון יש להקפיד על שני דברים:

- 1) אמפתיה - ההיסטוריון חוקר אנשים והוא צריך להבין שהוא זקוק לאמפתיה כלפיהם. ללא אמפתיה, לא ניתן ליצור היסטוריה טובה. על ההיסטוריון ליצור דימוי שעל ההיסטוריון לצייר להפעיל את הקוראים, לעורר את רגשותיו וליצור אצלו תמונה שלמה של העבר.
- 2) יושרה - על ההיסטוריון לפעול מתוך יושרה. עליו להכליל כמה שיותר עובדות, גם כאלה שלא מוצאות חן בעיניו, ועליו להתגבר על ההטיות הפסיכולוגיות שלו. על ההיסטוריון לקרוא בין השורות - כדי שיוכל לתאר אדם מתוך טקסטים כמו הספדים ולנסות להבין תכונות של אנשים.

במידה ונקפיד על האמפתיה והיושרה, נעשה "היסטוריה טובה".
מהי היסטוריה טובה? היסטוריה שההיסטוריון שכתב אותה השתדל להישאר נאמן למקור וללכת לפי הקפדה על ערכי ההיסטוריון "הטוב".

המתח בין היסטוריה לזיכרון:

חלקי השיעור:

1. ההבדלים בין היסטוריה לזיכרון
2. היסטוריונים מול סוכני זיכרון
3. הכוח שבזיכרון
4. החולשה שבזיכרון

ההבדלים בין היסטוריה לזיכרון:

במאמרה של אניטה שפירא, אנשים רבים מפריזים במספר ההרוגים בקרב לטרון בניגוד לעדויות היסטוריות. אנחנו כותבים היסטוריה לא רק כדי לדעת מה היה בעבר, אלא גם כדי לתת לחיינו משמעות ולגבש את זהותנו-מאפה באנו. אחד הדברים שחוזרים על עצמם בתרבות האנושית, היא המיתוס של השיבה הנצחית- רוצים לשוב אל העבר (ישנה אמונה נאיבית שהאני האמיתי שלנו עוצב בעבר ולכן יש לנו כמיהה לחזור אל העבר ברמה האישית-נוסטלגית, וגם ברמה הציבורית- כמו מיתוסים שהועברו). מיתוס זה חזק בקרב חברות כמו החברה הפלסטינית (השיבה). מיתוס חזק זה הביא היסטוריונים לשאול למה אנחנו כמהים לעבר ואיך אנחנו זוכרים אותו? החל מאמצע המאה ה-20, המחקר ההיסטוריוגרפי עסק ב"כיצד אנחנו זוכרים את העבר". מעבר זה של העיסוק בזיכרון, הוא המפנה התרבותי- כאשר אנשים בכל תחומי הרוח והחברה החלו לעסוק בשאלות של תרבות וזהות. בעקבות האמירה של הפילוסוף מקס וובר- "האדם הוא חיה תרבותית שאחוזה ברשתות משמעות"- ואנחנו מנסים לפענח משמעויות אלה באמצעות הסיפורים שאנו מספרים לעצמנו.

לכן, היסטוריונים עסקו בשאלת הזיכרון- כיצד משמרים אותו?
עיסוק גדול מאוד הפך להיות מעיסוק בכתיבת ההיסטוריה לעיסוק בשימור העבר וזכירתו. עולה השאלה, כיצד התמונה של הזיכרון נשאת.

כשהיסטוריונים מתעסקים בזיכרון, הם מתעניינים בשני דברים:

1. מה ההבדלים בין היסטוריה לבין זיכרון? ישנם 3 הבדלים:

- 1) תפיסת הזמן - היחס לזמן. היסטוריונים מושפעים מההווה אך מתעניינים בעבר כפי שהיה באמת. היסטוריונים מסתכלים אחורה. לעומת זאת, אנשים מסתכלים על זיכרון כגלים שנעים מהעבר אל ההווה כל הזמן (העבר הולך ובא). יהודה עמיחי התעסק בשאלות זיכרון, בעיקר ספרו "פתוח סגור פתוח". לפיו, כל אדם חי לפי שתי תפיסות זמן מעגלי: זמן נוסטלגי וזמן עכשווי. בספר של מרסל פרוסט "בעקבות הזמן האבוד" - הוא טובל עוגית מדלן בתה שמחזירה אותו בבת אחת אל ילדותו.
- 2) הסוכנים - בד"כ היסטוריונים עובדים במסגרת אקדמית או בקהילה שמחויבת לכללי אתיקה של הסתכלות על כמה שיותר מקורות. לעומת זאת, סוכני הזיכרון הם רבים - תמונת הזיכרון שלנו לא מעוצבת רק ע"י היסטוריונים; אלא היום יש דמוקרטיזציה של הזיכרון - אנשים רבים תורמים לעיצוב הזיכרון (כמו סופרים, משוררים, במאים, משפטנים וכו') - שהם מעצבים לנו את תמונת הזיכרון. לפי אניטה שפירא, הידע פתוח לכולם וכולם משתתפים בפיתוחו. התמונה שיוצרים הסוכנים האחרים יהיו חזקים יותר בד"כ ממה שההיסטוריונים יוצרים.

סוכני הזיכרון משפיעים יותר מהיסטוריונים- לדוגמה חובבי קונספירציות. ההיסטוריון הממסדי בארץ מהווה אנטגוניסט לאמת הציבורית.

היסטוריונים מול סוכני זיכרון:

כולנו נולדים לתוך תרבות מסוימת שקשה לשנות אותה בנו. קשה לשנות תפיסות עולם בקרב אנשים.

בנוסף, מבחינה פילוסופית, ישעיהו ליבוביץ' נתן את הדוגמה של האונקולוג שממשיך לעשן: הוא יודע שעישון גורם למוות וממשיך- הוא מפריד בין התפיסות המדעיות לתפיסות האישיות (להתנהגות) שלו. קשה מאוד לשנות תפיסות שמושרשות, כי סיפורים היסטוריים הם מאוד מורכבים וקשה להאמין להם.

היסטוריונים פועלים בתוך סביבה של ספק אפיסטמולוגי (מבחינת תורת ההכרה), כלומר היסטוריון יודע שנקודת המבט שלו היא חלקית- כך שבמקרה שהוא יתווכח עם סוכן זיכרון- סוכן הזיכרון עלול לומר שהוא מודה כי יכול להיות שהוא צודק.

דבר נוסף שמקשה על ההיסטוריה הוא התקינות הפוליטית- חייבים לשמוע את מה שיש לצד השני להגיד.

למיתוסים יש הרבה מאוד כוח.

(3) המטרות של ההיסטוריונים היא להבין מה היה- הם מביאים נימוקים מדעיים כדי לשכנע, מטרה שהפוכה למטרתו של הזיכרון (תיאוריות קונספירציה לא באות לשכנע אלא הן רק כדי לחפש את התחושה של הזיכרון מתוך חשיבות עצמית).

הכוח שבזיכרון:

2. מה ההבדל בין אמת היסטורית לאמת שבסיפור/מיתוס/זיכרון?

מיתוס=ביונית, סיפור שחוזרים עליו פעם אחר פעם מתוך הזיכרון. האיליאדה והאודיסאה של הומרוס היו סיפורים שסיפרו אותם בע"פ. בתפיסה היוונית העתיקה, לסיפור יש כוח יוצר והמיתוס יוצר אתוס (כל מה שקבוע וחוזר על עצמו). המיתוסים אצל היוונים העתיקים יצרו את העולם ואת התפיסות החברתיות והתרבותיות, האתיות- לפיהם, מיתוס בונה עולם, לסיפור יש כוח יוצר. כך גם בברית החדשה- בפסוק 1: בראשית הייתה המילה.

עצם הזכרונות שלנו יוצר את עולמנו, שמורכב מסיפורים על מי אנחנו, על עברנו- והמבדיל בינינו לבין חיות אחרות הוא הסיפורים שאנחנו יוצרים לעצמנו. הם מעניקים לנו יציבות ומסגרת.

המיתוסים מעצבים לנו את העולם הפיזי- קרל מרקס אמר שהאדם הוא ההומופאבר- האדם היוצר. האדם משנה את סביבתו לפי הרעיונות והסיפורים החדשים שלו, מעבד את זכרונותיו ויוצר מיתוסים חדשים. האדם משנה את סביבתו לפי הזיכרון (לדוגמה פריז נתפסת רומנטית ע"י אנשים).

הנקודה היא שמבחינתנו בסיפורים יש אמת חזקה יותר מאשר בהיסטוריה. ההיסטוריה מהווה סוג של אמת מכיוון שהיא מנסה לספר מה היה באמת. מבחינת אנשים אחרים- הזיכרון שלהם מספר להם סיפור אמיתי על עצמם, וזהו הכוח שבסיפורים; בעת קריאת סיפור, אנחנו מרגישים שהוא אמיתי- למרות שהוא לא. האמת של הסיפור תופסת אותנו חזק, ולכן אריסטו אמר שההיסטוריון חלש יותר מהמשורר (המשורר מספר את מה שיכול היה להיות בעוד ההיסטוריון מספר את מה שהיה).

בעקבות אריסטו, נאמר כי כל היסטוריון חייב להיות קצת משורר: מכיוון שאם לא, הוא לא יוכל להעביר את המסר שלו כדי למשוך את האנשים לקרוא.

החולשה שבזיכרון:

כשהיסטוריונים החלו לשים לב שישנה חשיבות לזיכרון שנשאר מהעבר, ככל ששמו לכך יותר לכך- ראו שאין סיכוי לתמונת העבר להישאר שלמה מכיוון שלסיפור שכבר נוצר ע"י סוכני זיכרון אחרים יש תפוסה רחבה יותר.

יש לזכור שגם הזיכרון עצמו חלש- אנחנו רוצים לחזור למקורות, למי שהיינו באמת- הזיכרון נותן לנו נחמה וסיפור מעניק לנו משמעות. האמת היא שהזיכרון חלש, כמו שכתב תומס וולף בספרו you can't go home again בפסקה המסכמת: אין מפלט בזמן ובזיכרון למרות שרוצים להפוך אותו לכזה, מכיוון שהוא מתפוגג ומשתנה.

היסטוריה של המשפט בארץ

המשפט העות'מאני

סדר הנושאים:

- הקדמה
- דת, תרבות ומדינה-
 - שאלה פוליטית
 - שאלה תרבותית
- כללי
- 3 תקופות:
 - עד המאה ה-19
 - המאה ה-19 הארוכה
 - המאה ה-20

הקדמה

המשפט העות'מאני החל כאשר במאה ה-17 הם כבשו את א"י מידי הממלוכים. הסולטן התורכי לקח על עצמו את תואר הח'ליף (המחליף של מוחמד).

האימפריה העות'מאנית הייתה אימפריה אדירה שהייתה שיא התחכום במגוון תחומים (ממשפט ועד אוכל).

המשפט העות'מאני ממשיך להשפיע עד היום- לדוגמה חלק מדיני המשפחה בארץ מושפעים משיטת המלאאת' התורכית שלפיה אין חוק אזרחי שחל על כל אזרחי המדינה באופן שווה, אלא ישנם תחומים שבהם המשפט הוא אישי ומשתנה מקבוצה דתית אחת לאחרת (דין אישי קבוצתי ולא דין טריטוריאלי).

התקופה העות'מאנית התאפיינה בסובלנות דתית. שיטה זו נשארה אתנו עד היום במיוחד בחוק במקרקעין- כאשר רוצים להוכיח זכויות בעלות בקרקע עדיין צריך להוציא שטר מכר מהטאבו. (בטורקית, טאפו= שטר קניין).

ישנם הסדרים משפטיים נוספים שנותרו מימי הטורקים- ובמהלך השנים הכנסת חוקה חוקים לביטולם (מתוקף התיישנות) והמג'לה בוטלה ב-1984. המסורת העות'מאנית בחלקה נשארה אתנו עד היום.

דת, תרבות ומדינה

כשמדברים על דת, מדברים על שתי שאלות נפרדות:

1. שאלה פוליטית- שאלה ממסדית, ב"ארה" Church & state. יש מאבק כוחות פוליטי בין שני ממסדים: ממסד הכנסייה מול הממסד הפוליטי של המדינה בשאלה: "למי יש את המילה האחרונה?" מי קובע את ההסדרים בסופו של דבר? איך מחלקים את הכוח בין הממסדים השונים? (הממסד הפוליטי שמנהל את המדינה לממסד הדתי). בארץ, הדבר מתבטא בשאלות של גיור וכשרות, מי הממסד החזק והקובע? במדינות נוצריות זו אחת מהשאלות המרכזיות במשפט חוקתי.
2. שאלה תרבותית- בד"כ השאלה היותר רלוונטית בארץ: "מה המקום שיש לסמלים וטקסים שנוצרו במסגרת דתית בעולם חילוני?" לדוגמה מה מטרתו של יום ראשון באירופה או כשרות בחברה חילונית מודרנית?

3 התקופות:

עד המאה ה-19

האימפריה העות'מאנית הייתה אימפריה שתושביה היו מוסלמים דתיים בעיקר. מצד אחד, השאלה היא שאלה דתית- מצד שני, שאלת הדת לא רלוונטית מכיוון שהתרבות כולה היא תרבות דתית.

השאלה המרכזית היא השאלה הפוליטית: למי מקשיבים- לממסד הדתי המוסלמי או להנהגת המדינה? האסלאם דומה ליהדות במובן זה;

הנצרות מפרידה מראש בין השלטון הדתי לאזרחי (תיאורית שתי החרבות של האפיפיור גלסיוס).

לעומת זאת, האסלאם והיהדות הן דתות הלכה (דתות אורתופרקטיות=התנהגות ישרה), וכדתות אלה הן מקיפות את כל תחומי החיים ולכן הפוטנציאל להתנגשות בין כללי ההלכה הדתית לכללי השלטון הוא גדול. לדוגמה בטורקיה- אחד התארים הרשמיים של הסולטן היה הח'ליף, אך היה להם ברור שבממשלה התורכית יש את גדול הפוסקים (השח' האסלאמי) שהיה הפוסק האחרון. השאלה הפוליטית היא של מי המילה האחרונה? ויכוח זה בא מתוך עולם דתי, כאשר בעולם פוליטי חילוני אין מילה אחרונה (מונח זה מגיע מהתחום הדתי). כדי לפתור בעיה זו, ישנן מספר דרכים:

1. באמצעות פרשנות- פרשנות יצירתית של ההלכה פתרה בעיות רבות. מעין פיקציה, בדיה, פועלים לפי לשון החוק כביכול אך בפועל עוקפים את החוק (כמו פרוזבול או מכירת חמץ). משפטית, החמץ לא אצלנו אך מכרנו אותו (מחשבה משפטית יצירתית). ככל שהולכים יותר אחורה בזמן, הפרשנות תהיה יצירתית יותר. אנשים היו קרובים יותר לאדם שביצע את ההלכה (אנשים הרגישו אומץ) עד שנסגרו שערי הפרשנות לאחר 400 שנה. ככל שהחברה דתית יותר, תעוצת הפרשנים גדולה יותר משום שהם חשים בבטחון, מכיוון שהפרספקטיבה שלהם הייתה דתית ולא הייתה להם חלופה אחרת; לא היה צורך להקים גבולות מחשש שאנשים יתפכו להיות חילונים בעקבות הפרשנות. ככל שפרשנים חשים יותר בטחון חברתי ותרבותי בקרב החברה שבה הם חיים, פרשנותם תהיה יותר אקטיביסטית. לכן למשל, הפרשנות של התנאים והאמוראים בימה"ב היא יותר אקטיביסטית מהפרשנות היום, בעקבות החשש של "פריצת הגדר". דבר זה מתרחש בכל הדתות כולל אצל חכמי ההלכה המוסלמית בימה"ב והיום.
2. באמצעות חילון.

המאה 19 הארוכה

האימפריה העות'מאנית הייתה בין המפותחות בעולם. האליטה הטורקית והסולטאן רצו לעשות רפורמות מקיפות במדינה הטורקית- תנזימאת'- רפורמה אדירה בכל תחומי החיים (כצבא, החלוקה למחוזות המדינה + אדמיניסטרציה המדינה, תעשייה, כלכלה, בנקאות, פיננסים, אקדמיה, חינוך, פוליטיקה, וגם במשפט). מצד אחד, תהליך זה מהווה מודרניזציה וחילון עמוק אך נעשה במדינה דתית לחלוטין (החברה הטורקית היא חברה דתית מאוד).
חילון- ישנם 3 תהליכים שונים:

1. חילון במובן הדתי- האם אנשים רואים בהלכה אוטוריטה (סמכות הלכתית) או לא? לעתים נלווית לו האמונה או חוסר האמונה והגדרת האל שמהוות דבר אחר. רוב האנשים שהיו באימפריה העות'מאנית ראו עצמם עדיין כמוסלמים מאמינים.
2. חילון פוליטי- רעיונות שהתפתחו במערב אירופה ואמריקה הגיעו לחלקים שונים של העולם וגם לקהילות המוסלמיות (כמו ריבונות האדם והאוטונומיות שלו, אוטו=עצמי, נומוס= כללים). האדם מעצב לעצמו את הפוליטיקה המודרנית. לאדם יש זכויות וחירויות. הרעיונות הפוליטיים החלו לחלחל לטורקיה ולכן הם עשו פרלמנט וכפו על הסולטן להעניק לו חוקה:
3. חילון תרבותי- החילון המשמעותי ביותר. התחלה של שינוי דרכי החיים, שבירת המסורות (לדוגמה, יהודים ויהודיות דתיים שהחלו ללמוד באוניברסיטאות ותיכונים של גויים). עיקר השינוי הוא מגדרי; יש קהילות יהודיות שבהן נשים במאה ה-19 החלו להתאפר וללמוד, וגברים שלמדו באוניברסיטה ולא בישיבה. הדבר היה שונה גם בנראות הרחובות, קישוט הבתים ומקצועות שהתעסקו בהם ודיבור בשפה זרה. בתחילה, השמרנים טענו שהדבר מנוגד להלכה (לדוגמה הרב קוק שהתנגד לנשים שיצביעו בקלפי, ועורר סערה ביישוב היהודי). זהו החילון העיקרי שאירע במאה ה-19 (אנשים נשאר דתיים אך שינו את אורחות חייהם). חילון תרבותי זה טלטל את החברה. בעיקר החילון הפוליטי והתרבותי התרחשו באימפריה העות'מאנית, וביצעו שורה של רפורמות. הביאו לידי הקצנה את השינויים: בהלכה- באמצעות פרוצדורות או תקנות, בכלכלה- באמצעי מימון, בעוד באיסלאם יש איסור על הלוואה בריבית שהתנגש עם הניסיון לחדש את הכלכלה. החלו גם מחשבות מתחכמות של חברות בע"מ.

בסדר הדין האזרחי קבעו כיצד יתנהל חוזה או תחושב ריבית, וכך הצליחו לעקוף את ההנחיות הדתיות (כנ"ל לגבי קרקעות). כלומר, השימוש בפרשנות יצירתית או חקיקה ממדרג אחר הוקצן. ככל שמקצינים, מגיעים לחילון תרבותי הארדקור, דבר שחששו ממנו ולכן הוא הביא לשמרנות מודרנית (אנטייתזה לחילון התרבותי והדתי).

היה ניסיון להתאים את הכל לעידן המודרני, וכחלק מכך הקימו בתי דין של המדינה- בתי המשפט של הניזאמייה (עד אז היו רק בתי דין לכל עדה- שרעיים, דתיים או נוצריים). שופטים בהם לפי חוקי המדינה.

אחת הבעיות של ההלכה המוסלמית היא שהיא מורכבת מפסקי הלכה (כמו תלמוד), דבר שמקשה על ניהול מדינה מודרנית ללא חוקים ברורים. לכן, הטורקים עשו 2 דברים:

1. ייבאו חוקים מחו"ל- בעיקר מצרפת ושווייץ, ומשתילים אותם במשפט הטורקי שלי תוך שינוי הגהה וסעיפים כדי שיתאימו לתרבות המקומית. העתיקו בעיקר את הקודקס המשפטי הצרפתי ורוב חוקי העונשין הטורקיים מבוססים על כך.

2. בתחומי המשפט האזרחי הבסיסי- (כמו דיני חוזים, קניין, חיובים- הדרכים השונות שבהם קניין עובר מיד ליד וכו') לא ייבאו חוקים מכיוון שתחום זה יותר קרוב לתרבות ולחברה, ולכן בעיקר בדיני חיובים לקחו את פסקי ההלכות הדתיות ויצרו מהם מעין קודקס שעסק במשפט פרטי, פרוצדורה ופולחן- שנקרא החלק הכללי (תורת הפיקה) ולהם קראו המג'לה; המג'לה חוקקה למעלה מ-10 שנים כדי שלשופטים בבתי המשפט של הניזאמייה יהיה מה לשפוט. בנוסף, הם לקחו את פסקי הדין של ההלכה המוסלמית ויצרו את חוק הקרקעות העות'מאנית שיוצר הבחנה בין 4 סוגי אדמות.

המהפכה הייתה בתפיסת המשפט כולה, והשינוי היה צורני בעיקרו (קודיפיקציה).

ב-1913 התפרסם חוק המשפחה העות'מאני שהיה אוסף של פסקי הלכה שעבר קודיפיקציה.

באוניברסיטה החדשה של איסטנבול נפתחה פקולטה למשפטים ע"מ להכשיר שופטים ועו"ד, והיו גם רפורמות בבתי משפט (שלום, בתי משפט עליונים כמו בצרפת ("קסה" וכו').

כל זאת נעשה כאשר המדינה נשארה דתית לחלוטין, אך המתחים בקהילה הלכו וגברו בין ההלכה המוסלמית לחילון ולכן היו נסיונות למהפכה (הטורקים הצעירים שניסו לקדם מודרניזציה).

המאה ה-20

מבנה זה של האימפריה העות'מאנית התמוטט במלחה"ע הראשונה, שמוטטה את 3 האימפריות האירופאיות (האימפריה הרוסית, האימפריה האוסטרו-הונגרית והאימפריה העות'מנית).

בטורקיה התחולל בלאגן- מלחמת אזרחים, פלישת רוסים ובריטים כאשר בסופו של דבר קבוצת טורקים הצליחה לצאת למסע ולכבוש את מרכז אנטוליה.

מי שעמד בראשם היה מוסטפא קמאל- "אתא טורק" (אבי הטורקים), שהקים מדינה חדשה לחלוטין ורצה לנתק את הדת מהמדינה כאשר גם מבחינה תרבותית הוא החליף את האלפבית הערבי בלטינית, אסר לגדל זקנים ארוכים, לחבוש תרבוש וללבוש רעלה.

הוא ביטל גם את המג'לה וחוק הקרקעות העות'מאני, וייבא במקום חוקים אירופאיים שהועתקו מילה במילה. מהפכה זו נתקלה בהתנגדות רבה ולכן הפכה לדיקטטורה.

בסוף שנות ה-80 של המאה ה-20, הציבור התמרד ורצה דת מוסלמית, ולכן המפלגה המוסלמית הוחזרה לשלטון (האחים המוסלמים וארדואן). באופן פרדוקסלי, הגורם המגן על החוקה החילונית הוא הצבא.

באביב הערבי האחרון עלתה הדמוקרטיה בעקבות האחים המוסלמים- מבחינת המזרח התיכון, חילון=פירוש דיקטטורה כפויה, חילון הוא כפוי.

בשונה מכך, התנועה הציונית מעולם לא כפתה חילון ולא היה ניתוק פורמלי של הדת מהמדינה- אלא להפך, המדיניות הייתה של השתקה (לא דיברו על שאלות של תרבות וזהות) והפתרון של חוסר הפרדה היה באמצעות פשרות.

1. מסגרת היסטורית ומשפטית של המנדט
2. תקופה ראשונה- התבססות
3. תקופה שנייה- אנגליפיקציה

מסגרת היסטורית ומשפטית של המנדט

האימפריה העות'מאנית שלטה בישראל 400 שנה, עד שהטורקים הצטרפו למעצמות הציר- דבר שהוביל לנפילתם במלחה"ע הראשונה.

הצבא האנגלי כובש את ישראל מזרם והטורקים השיבו מלחמה (לקח להם זמן רב לכבוש את הארץ). בדצמבר 1917 הצבא כבש את ירושלים בפיקוד הגנרל אלנבי והכריז כי האנגלים הם שליטי דרום הארץ. לקח להם 9 חודשים לכבוש את צפון הארץ. השלטון האנגלי בארץ היה מחולק לשתי תקופות:

1. השנתיים הראשונות- שלטון צבאי מטעם הוד מלכותו (הגנרל מונינג) שהיו לו יועצים (היועץ המשפטי היה קצין יהודי בשם נורמן בנטוויץ').
 2. החל מיולי 1920- שלטון אזרחי. הנציב העליון הראשון הרברט סמואל (היהודי) מגיע לארץ. השלטון דומה לקולוניות בריטיות אחרות אך מבחינת המסגרת החוקתית, השלטון בארץ מבחינת המשב"ל היה מנדט (מנדט=הרשאה בלטינית). מלחה"ע הראשונה נקראה המלחמה הגדולה, וגרמה לשבר תודעתי אדיר שהקים את חבר הלאומים, והרגישו צורך למצוא את הסיבות למלחה"ע הראשונה. בין הסיבות היה המירוץ האימפריאליסטי, דבר שהביא מסקנה: השטחים שנכבשו לא היו קולוניות, אלא היו שטח כביכול בניהול של הקהילה הבינ"ל שנותנת הרשאה לצרפת/בריטניה לשלוט בשטח עד שהעמים במקום יהיו מספיק בוגרים לקבלת עצמאות. כתב המנדט חייב להקים 3 רשויות נפרדות (מחוקקת, מבצעת וכו'). לפי כתב המנדט הוא היה צריך להיות עצמאות ארצישראלית שנועד לפתח את המדינה עד לקבלת עצמאות. 1947 הבריטים החזירו את המנדט לאו"ם.
- 1922 האנגלים פרסמו את המסגרת החוקתית של השלטון שלהם בארץ- דבר המלך במועצתו על פלסטינה/א"י 1922. דבר זה היווה את המסגרת המעין חוקתית של המשפט בארץ והיה חוק אנגלי פנימי שנוצר במשרד המושבות הבריטי.
- וועידת לוזאן הייתה לאחר מלחה"ע הראשונה והעניקה את המנדט הישראלי לבריטים.

תקופות השלטון הבריטי בארץ

בהסתכלות על השלטון הבריטי בארץ, מבחינים בין שתי תקופות:

1. תקופת התבססות הבריטים- עד אמצע שנות ה-30. היו בה שינויים משפטיים איטיים. הבריטים שאירו את המשפט שהיה בארץ לפני הכיבוש הבריטי על כנו, מכיוון שהמשב"ל מחייב זאת (כיבוש שטח חדש מחייב להשאיר את המשפט הקודם). בנוסף, שליטים חדשים לא משנים את המשפט בבת אחת. מעדיפים שיהיה קודם כל ביטחון משפטי וחברתי כדי ליצור מדינת חוק מסודרת לפני שמשנים את המשפט. השינויים שכן התבצעו היו שכבר בתקופת השלטון הצבאי הבריטים הקימו מערכת משפט (קצין השיפוט אוון קלארק היה ממונה על החזרת כללי המשפט הבריטי למנדט). הבריטים שאירו את בתי הדין הדתיים כמו בתקופה העות'מאנית אך הם דרשו פרוצדורה כתובה ולא פסקי הלכה כלליים (הם דרשו קודקס תקנות, ולכן חכמי המשפט המוסלמי והרבנים יצרו תקנות- היצירה המשפטית הדתית המפוארת ביותר שנוצרה ע"י הרב קוק והרב עוזיאל- קובץ התקנות). בנוסף, הם דרשו ערכאת ערעור שלא הייתה קיימת- דבר שהרתיע את הרבנים והמוסלמים מכיוון שאין אצלם ערכאת ערעור. הבריטים איימו שיסגרו את בתי הדין הדתיים, והרב עוזיאל מצא הלכה לפיה ניתן שתהיה ערכאה גבוהה יותר והצליח להשחיל זאת. כיום, אין ערכאות ערעור לפסקי דין.
- החוקים שהבריטים חוקקו בארץ נקראים פקודות.
- בנוסף הם החלו עם מחקר אקדמי כדי לשנות את המשפט (חקיקה עתידי). מספר תחומים שונו מההתחלה: מסגרת חוקתית- משפט מנהלי למשל (המוסדות והשלטון שונה ישירות

כדי לסמן את שליטתם האבסולוטית), המסגרת הפלילית שנוגעת ליחסים בין האזרח למדינה שונתה (סעיפי בגידה, ריגול, פגיעה בשוטר/חייל, פעולות לוחמניות נגד המשטרה או הצבא האנגלי- והוקם בית סוהר ומתקנים דומים. כלומר, מטרת השינויים המידיים הייתה כדי להזהיר מפני התקוממות ולהבהיר את השלטון.

בנוסף, הם שינו את המשפט המסחרי- אמצעי מימון ותשלום, דיני תאגידים, קניין רוחני (הם שינו זאת מכיוון שהמשטר הבריטי הוא קולוניאלי ומטרתם היא להפיק רווח כלכלי מהמשטר, הכסף הולך מהקולוניות למרכז בלונדון).

הבריטים לא שינו כמעט דבר בשאר תחומי המשפט, ומנעו את קיומם של בתי ספר למשפטים. הם לא שינו את המשפט בבת אחת כדי לא לקומם את האוכלוסיה המקומית.

מדיניותה של האימפריה הבריטית- הבריטים לא נוגעים בתרבות של המקומות הכבושים אלא רק במשפט ולא בתוכנו, ששייך לאוכלוסיה לדעתם.

2. תקופת האנגליפיקציה של המשפט- משנות ה-30 ואילך, שינויים מהירים יותר. לארץ נכנס יותר משפט אנגלי, האנגלים מסכימים לשנות יותר ויותר חלקים מהמשפט. בסופו של דבר, ב-1948, המשפט בארץ הוא ברובו אנגלי. המשפט בארץ הוא בריטי במידה רבה. הדבר מתבטא בכך שגם המשפט הפרטי עובר אנגליפיקציה מואצת (חוזים, קניין וכו'). אם לפני השינוי האנגלי היה חקיקה, כעת השינוי הוא גם בפסיקה- השופטים האנגליים הכניסו משפט אנגלי רב.

סעיף 1 לפקודת הנזיקין קובעת כי ניתן להכניס את המשפט האנגלי באמצעות פרשנות. בנוסף, השתמשו בסימן 46 לדבר המלך קובע כי יש לקונה בחוק- והשופטים מסתמכים על כך כדי ללכת למשפט האנגלי ולהכניס סדרי דין, תקדים מחייב, שיטה אדברסרית וכו'.

הבריטים עשו זאת משתי סיבות:

א. טיפוסי אצל שליטים חדשים (לוקח בערך 15 שנה מרגע שעולה שליט חדש ועד שהמשפט משתנה).

ב. שנות ה-30 היו שיא התפתחות היישוב היהודי בארץ, והעם היהודי נתפס כקולקטיב לאומי ולא רק דתי, ולכן טענו שההגשמה העצמית לא הייתה חייבת להיות בישראל עצמה אלא יכלה להיות בכל מקום אחר. ב-1924 אמריקה סגרה את שעריה- לא היה אפשר להגר באופן חופשי לצפון אמריקה, דבר שהפך את הציונות מרק רעיון לפתרון העיקרי ליהודים אירופאים רבים שהחלו להרגיש אי יציבות (אנטישמיות לפני השואה). דבר זה הביא לעליות לארץ; הן היו של המעמד הבינוני המבוסס שהביא איתו כסף- וקנה שטחים להשקעות בארץ. הנסיבות המיוחדות הביאו לצורך לחקיקה מודרנית ואירופאית שתתאים לתנאים:

- החקיקה הבריטית המיושנת כבר לא הייתה מספיקה- והיה צורך בחקיקה מודרנית יותר.
- בנוסף, יותר נוח לשנות את החוק מפני שגם היישוב היהודי וגם הערבי היו מפותחים.

דבר זה יצר לקונות רבות בחוק ובלבול מכיוון שלא ידעו לפי איזה משפט ללכת- עות'מאני, בריטי או יהודי, ולכן פנו תמיד לחקיקה ולפסיקה האנגלית בכל התחומים, דבר שביסס את המשפט האנגלי בצורה מהירה בא".

לסיכום, המשפט המנדטורי החל כצבאי, הפך לאזרחי מכוח מנדט שהיה קולוניאלי מבחינת האנגלים. ניתן לראות שככל שהאנגלים נמצאים יותר זמן בארץ, המשפט הופך לאנגלי יותר, כאשר לאחר תקופת האיטיות יש האצה (כמו אצל כל שליט חדש). יחד עם זאת, לאחר מכן היה שינוי מסיבי מכיוון שההתפתחות של היישוב היהודי בארץ גדלה בגלל העליות הבורגניות והלקונות.

1. הרצון והבעיות
2. דוגמאות:
 - בתימ"ש השלום העברי
 - חב' המשפט העברי
 - חוקה וחקיקה
3. דרכים אחרות לביטוי הזהות במשפט

מאז שהתנועה הציונית פרצה ועד ימינו, היה רצון לבטא את הזהות העברי/ היהודית/הציונית/הישראלית- וברור לנו שעל המשפט לבטא את הזהות הזו. על תוכן המשפט לבטא את הזהות, והוא אחת מהמטרות החשובות של המשפט לדעת הכנסת. נסיונות אלה מתקיימים עוד לפני קום המדינה.

אך, לפי הספר של ניר קידר ישנן שתי בעיות:

1. זהות היא דבר חמקמק- פרדוקס הזהות. מרחוק, זהות נראית ברורה מאליה. בפועל, ההבדל בין זהויות קשה עד בלתי אפשרי להגדרה, מכיוון שהוא משתנה, מתעדכן, וזהויות משתנות (זהות מקצועית/מגדרית/כל קונטקסט אחר).
 2. זהות משפטית- לא מצפים שנדון בזהות היהודית אלא שתהיה קביעה בתקנות ובחוקים של הזהות. דורשים קביעה ולא דיון. מצפים שהחברה תהיה דינמית, מפותחת ודמו'- ושתשתנה כל הזמן בהתאם לעידן הנוכחי. במשפט הקושי יותר גדול; כי נוסף על הקושי להגדיר זהות, יש דרישה לקבע אותה בנורמות. ישנה אמונה שתוכן המשפט משקף את התרבות הייחודית של המדינה.
- ישנם נסיונות ליצור משפט עברי:

א. מערכת בתי משפט השלום העבריים- מערכת של מעין בוררות בתיקים אזרחיים שמוקמת ב1909 ביישוב בא"י. בעלת שתי ערכאות- שלום ועליון. השתתפו האנשים החשובים ביותר ביישוב: ש"י עגנון היה מזכיר בתי המשפט הראשון, רופין ומאיר דיזנגוף היו שופטים. לאחר שהאנגלים כבשו את הארץ מהטורקים ב1917 האנגלים מכירים בבתי משפט אלה, כאשר ב1926 האנגלים חוקקו את פקודת הבוררות, הם היו מוכנים לקבל את פסקי הדין כפסקי בוררות; כלומר ניתן ללכת איתם לעליון ומשם להוצל"פ- כלומר הם הוכרו כאכיפים. בפועל, הדבר לא עבד. בשנות ה-30 אף אחד ביישוב לא הלך לבתי משפט אלה. בית המשפט השלום בירושליים נסגר ובשאר הארץ הוא בקושי עבד. מספר התיקים צנח לעומת הגידול באוכלוסיה, ואנשים הלכו לבתי המשפט המנדטוריים. היה חשש שהיהודים הופכים ללא לאומיים: בפועל, חשש זה היה סתמי מכיוון שאנשים אלה הפגינו למען העבריים אך הפגינו סלידה רק מבתי המשפט העבריים. הם הלכו לבית המשפט הבריטי מכיוון שהיה בו סדר ודין מהותי. בבתי המשפט העבריים לא היה דין מהותי, ולא ידעו מה הדין שלפיו השופט יפסוק (הם הסתמכו על משפטים רבים ותלמוד, ועשו בהכל שימוש חופשי ללא דרך פסיקה ידועה מראש וברורה). לדוגמה, כשהיה תרמית בחוזה מקרקעין, הלכו לפי הלכות הונאה של מיטלטלין שבתלמוד.

ב. חברת המשפט העברי- נוצרה בדצמבר 1919 במוסקבה. הוקמה אגודה של דתיים וחילונים ע"י קבוצת סטודנטים יהודיים חילוניים שיצאו בשאלה. הם היו בעלי חיבה למסורת והם אמרו שלא הגיוני שתקום מדינה יהודית בעתיד והמשפט שלה יתעלם מאלפי שנות מסורת משפטית יהודית. ב1938, חברת המשפט העברי פושטת רגל ואף אחד לא בא לכנסים שלה. אף אחד לא קונה את פרסומי החברה והיא לוקחת הלוואות כדי להוציא את כתבי העת שלה, ואף אחד לא קונה אותם. לאחר שהתפזרו, הבטיחו להמשיך בפעילות בארץ. כאשר הגיעו לארץ, גילו שבארץ נרשמה תחת המשפט המנדטורי חברה באותו שם, שהייתה דתית ברובה. דבר זה גרם למתח בין שתיים- שלוש החברות באותו שם.

נשאלת השאלה: כיצד לא קורה דבר עם רעיון המשפט העברי?

תשובה: התהליך היה זהה לתרחיש עם בתי המשפט השלום העבריים ולא הצליחו להגיע להסכמה על כלום. לכן, הפרויקט של ביסוס המשפט בארץ על המסורת היהודית המשיך בארץ כי לא הייתה עליו הסכמה.

הציונות הדתית- הכריזה מאז הקמתה על מטרתה (שהיא לבסס את המשפט בארץ על המשפט העברי). בציונות הדתית, הדבר בלתי אפשרי מ-4 סיבות:

- a. איזה מהמסורות לוקחים לצורך ביסוסה במשפט העברי? (ספרדי, אשכנזי וכו'). שאלה פילוסופית, מכיוון שהיהדות הרבנית מתפתחת בעיקר לאחר חורבן הבית (היהודים מפוזרים ומתפתחות מסורות רבות).
- b. ההלכה שותקת במקרים רבים ולא תיתן תשובה הולמת במשפט.
- c. אי אפשר לעשות קודקס מתוך ההלכה- אי אפשר לקחת סעיפים שרוצים, מכיוון שאו שמקבלים אותה לחלוטין או שלא. אמנם הפרויקט של ההטמעה במשפט הוא תרבותי, אך לא הלכתי ולא מקובל על הציונות הדתית. אנשים חובשי כיפה לא יתמכו בכך מכיוון שהדבר משנמך את ההלכה לדעתם מבחינה דתית, ומהווה דבר פסול.
- d. שאלת הסמכות- הבעיה הקשה ביותר מבחינה פוליטית. רק פוסקי הלכה יכולים להורות הלכה ולדון. מה עושים עם פרלמנט שלא מורכב מפוסקי הלכה או מאנשים שהם לא דתיים או אף לא יהודים, או נשים וגברים? מבחינת המשפט העברי, הדבר לא יכול להיות מבחינה דתית.

מסיבות אלה, חברת המשפט העברי נעלמה למרות שכולם תמכו ברעיון הביסוס של המשפט הישראלי על המסורת היהודית.

ג. חוקה וחקיקה- היו ניסיונות לבסס את החקיקה בארץ על המסורת היהודית. לדוגמה, תמיד היה ברור שיצטרכו לחוקק בארץ את חוק הירושה, מכיוון שהוא היה עירוב של דינים מהדתות השונות, בעוד אנשים תמיד מתים וזהו עניין שלא סובל דיחוי.

חיים הרמן כהן היה נכדו של הרב הראשי של קהילת המבורג, בן למשפחה חרדית. ניסח הצעת חוק ירושה כללי, שהיה מבוסס ברובו על ההלכה היהודית. הקטעים היחידים שלא היו לקוחים מההלכה היו ירושת בכור (שאמור לרשת פעמיים, פרימוגניטורה, וכך מבטיחים שהקרע תישאר בידי המשפחה, כי בלתי אפשרי לחלק קרקע כל דור מחדש) וירושת בנות (שלא מוגדרת בתנ"ך). התגובות לחוק נחלקו ל-3: חלק הסכימו לו, הדתיים אמרו שהוא מנוגד להלכה, וחלק שרצו למצוא פשרה שתערב את שני הדינים כך שתכיל גם אופציה לירושת נשים וגם תתבסס בחוק.

התוצאה היא פעולתה של מדינת ישראל עד היום: היא מחוקקת את חוקיה לפי מה שהיא רואה לנכון שצריך. במקביל, יש מחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, בכנסת ובביהמ"ש העליון. לאחר שמחוקקים חוק, המחלקה מחפשת אסמכתאות בהלכה ובמדינה והחוק עולה בקנה אחד עם ההלכה היהודית מכריזים על כך ומאשרים זאת (למשל מזונות ועיזבון בחוק הירושה), למרות שהחקיקה בנושא הייתה מבוססת על החקיקה הניו-זילנדית.

ההתנגדות לחקיקת חוקה הייתה בעיקר מצורת הכתיבה של המבוא לחוקה, מכיוון שחששו לאי הסכמה- כי היה דיון של שנה וחצי על המבוא של הכנסת בנוגע לשאלות של זהות ותרבות במבוא לחוקה. מדיניות זו משתנה רק בשנות ה-80 שבה היה צורך מחדש להגדרה עצמית, ואז חוקק חוק יסודות המשפט והמשפט "מדינה יהודית ודמו".

הפתרון היה הציוני הקלאסי: מדינה יהודית כל עוד יהיה בה רוב יהודי שתהיה חברה פתוחה להבעת דעות ודת בפומבי. לכן, התנועה הציונית סירבה לריב על ההלכה ולא רצתה להכניס אותה לחוקה ולחקיקה.

העובדה שלא מצאנו פתרון לשילוב עד היום, לא אומר שלא התפתחה כאן מערכת משפט ותרבות מפוארות. מערכת המשפט הישראלית היא בין המתוחכמות, המקוריות, היצירתיות והעצמאיות ביותר בעולם בעקבות זאת, והיא מעולם לא העתיקה חלקים שלמים של חוקים ממדינות אחרות כמו מדינות אחרות. התשובה לשאלה "מיהו יהודי?" הייתה לא מוגדרת, והיה פרדוקס.

- הקמת מערכת המשפט ועיצוב סדר חוקתי
- בניית סדר חוקתי
 1. צבא
 2. מרות
 3. דמוקרטיה
 4. מערכת משפט:
 - יציבות
 - עקרון החוקיות
 - עצמאות

בישראל נוצר משטר פוליטי שאמנם קיים באמצעות חוקה מפורקת, אך המשטר הפוליטי הוא חוקתי. משטר זה נוצר עם מנגנונים של פיקוח על המשטר. דבר זה גרר את העובדה שלאחר מלחה"ע השניה נוצרו מדינות חדשות רבות, כאשר רובן לא נשאר דמו': לא כל המדינות שהוקמו בתהליך הדה-קולוניזציה נשארו עם דמו' יציבה. ישראל היא מדינה דמוקרטית שנוצרה בתהליך של טלטלות דמוגרפיות חזקות. דברים אלה לא תורמים ליצירת משטר יציב ודמו' בעל שלטון חוק, ולמרות זאת- המדינה עדיין דמו'. רוב יהודי העולם היו אשכנזים, כלומר באו ממדינות אירופאיות- שבהן לא הייתה דמו'. יהודים אלה הגיעו לישראל והקימו דמו'.

אחת הטענות לכך שזה קרה הייתה בכך שהיהודים בארצות האסלאם עברו תהליכים ארוכים של מודרניזציה; היא הייתה בתחומים רבים ולכן תפיסות העולם הדמו' והליברליות היו דומות ביניהם ובין המערב ולכן הם השתלבו יפה בארה"ב ובקנדה. לכן גם כשהוקמה המדינה, היה קל להקים דמו' ושלטון חוק.

בניית סדר חוקתי היא יצירת משטר בעל אלמנטים מובנים שמפקחים על הכוח של השלטון. האלמנטים:

1. צבא- הערובה הגדולה ביותר לשימור הדמו' הישראלית היא ההצלחה העצומה וחסרת התקדים של היישוב היהודי לפני קום המדינה: הכפפת הכוח הצבאי לרשויות הממשלתיות הנבחרות (צה"ל כפוף לרשויות הדמו'). אין מדינה בעולם שלא היה בה הפיכה צבאית, אך בישראל הדבר לא יכול לקרות מכיוון שלמרות שהצבא חזק הוא מפוקח. הדבר החל עם תנועת ההגנה שהייתה כפופה לראשי היישוב. חריג לכך היה המפקדה של האצ"ל שלא היה כפוף לשום ארגון. הפרדוקס הוא בכך שישראל היא מדינה שהגיעה מרקע לא דמו', אך עדיין- הערובה העיקרית שנוגדת את הצפי ממנה הוא העובדה שצה"ל כפוף לרשויות המדינה.
2. מרות- הצלחה עצומה היא ליצור מרכז מרות מתפקד. אחת ההצלחות הגדולות של התנועה הציונית הייתה ליצור מההתחלה מרכז מרות, סמכות מתפקד; לכל חברה יש מרכז מרות שקובע את החלטות בנוגע לסמלים ובו מתנהלים הדיונים העיקריים. מרכז מרות זה יכול להיות דמו', פלורליסטי ומכיל- אך בסופו של דבר עליו לקבל החלטה לאחר כל התהליכים. כבר מהקונגרסים הציונים של הרצל הייתה תנועה בעלת הנהגה שקיבלה החלטות באופן דמו'. בהשוואה למדינות ערב הסובבות את המדינה, ההצלחה הישראלית הייתה עצומה. הארגון ברמה הלאומית היה מתחילת היישוב היהודי. גם כשהמדינה הופכת לרשמית, הציות למרכז המרות הציוני עדיין נשאר בתוקף.
3. דמוקרטיה- בעת הקמת מדינת ישראל, ברור שהיא דמוקרטית. התנועה הציונית שהוקמה הייתה דמוקרטית; כך או כך בעת שהנשים היהודיות הצביעו בקונגרס- בכל שאר העולם המערבי נשים החלו להצביע רק לאחר מלחה"ע השניה. לא פשוט להקים מערכת בחירות דמו', מכיוון שהיהודים מפוזרים בכל העולם, וזוהי דמו' עממית בכוונה- לא כמו הדמו' האמריקאית. בדמו' הציונית אין מנגנונים שמתווכים בין הנבחרים לבין המוסדות: האלקטורים מתווכים בין האזרחים לבין הנשיא בכך שהם בוחרים אותו. הציונות משלמת מחיר על כך: הדמו' היא הסכמית ולא רובית (הבחירות הן יחסיות, החלוקה היא לא לפי איזורי בחירה, מכיוון שהתנועה הציונית לא יכלה לחלק את כל יהודי העולם לאיזורי בחירה, וגם מסיבה פוליטית: התנועה הציונית רצתה

שכולם ישתתפו, ובמידה ויש בחירות רוביות הדבר לא מתאפשר. בבחירות יחסיות ולא רוביות לכולם יש קול (אופוזיציה), ואין קבוצה שאין לה נציגות). לכולם יש קול מכיוון שגם אלה שלא נבחרו ישבו באופוזיציה.

בכנסת הראשונה למשל הייתה מחלוקת האם יש לתת זכות הצבעה למגורשים המעפילים? בנושא אחר, השב"כ ממליץ לבן גוריון לא לתת לערבים להצביע.

בארץ נשאר משטר מהותי חזק שהצליח להכפיף את הצבא מההתחלה, ומההתחלה הייתה דמו'.

4. מערכת משפט-

- **יציבות-** הקמת מערכת משפט מתפקדת הייתה אחד הדברים שהיו מההתחלה. דבר זה לא רגיל לאיזורי מלחמה מכיוון שהמדינה מתנהלת לפי צווי חירום ובתי משפט שדה. בארץ, למרות זאת, ישנה מערכת משפט מתפקדת. משפט השדה היחיד שהיה הוא של מאיר טוביאנסקי שהוצא להורג, ומעבר לכך- הייתה שמירה על יציבות.
- **עקרון החוקיות-** שר המשפטים הראשון פליקס רוזנבליט היה גרמני, ואמר שהדבר החשוב ביותר הוא בטחון משפטי- יציבות משפטית היא המפתח לשלטון חוק (משטרה, פרקליטות מתפקדת, מערכת בתי משפט, כי יש צורך בחוק וסדר ותקנות).

בעוד המדינה נמצאת תחת התקפה, כדי שהמדינה לא תישאר ללא בג"ץ הוא הוקם בתל אביב. **הבג"ץ הראשון** בתולדות המדינה היה במסגרת פרשת אלטלנה כאשר חיילים ערקו לויתקין, וצה"ל עצר אותם במקור לא ידוע. הייתה עתירה לבג"ץ בעקבות זאת, והשופטים זימנו את הרמטכ"ל באמצע מלחמת השחרור לעדות.

בג"ץ 4/48- אחת הבעיות הקשות של החברה הישראלית היא ביזה (של חיילים ושל אזרחים), לדוגמה בכבישת טלביה- נשים יהודיות בזזו מהבתים. גורניצקי היה מפקח מטעם משרד העבודה, ולאחר שיפו נכבשה הוא עשה רישום של מה שקיים במחסנים כדי למנוע ביזה. גורניצקי כתב את התכולה במחסנים, שוכר משאית, משחרר את החיילים השומרים על הנמל, רוקן מחסן שלם ויצא. הלשינו עליו והרכוש הגנוב נמצא והוא הועמד לבי"ד צבאי. הוא הגיש בג"ץ וטען כי הוא אזרח ואי אפשר להעמידו לדין בבי"ד צבאי. באמצע המלחמה, נקבע כי יש להגיש נגדו כתב אישום פלילי ואין לשפוט אותו בבי"ד צבאי. נקבע כי כל בוזז שנתפס יגויס לצבא בצו 8 כדי שיוכלו להעמידו לבית דין צבאי (אפילו העמידו לדין זקנה בת 70 בתור חיילת). מכיוון שישראל הייתה מדינת חוק, נקבע כי אי אפשר לגייס זקנה בת 70 בצו 8.

- **עצמאות בתי המשפט-** עצמאות הפקידות השיפוטית, היועמ"ש, שמנותקים משאר נציבות המדינה, ומעמדו הגבוה של היועמ"ש. נוצרה גם וועדה למינוי שופטים.

היעדר חוקים ממלכתיים- היעדר חוקים אזרחיים. בן גוריון טען כי היהודים לא יודעים כיצד להתנהל במדינה שלהם מכיוון שמעולם לא הייתה להם מדינה. לכן, הועברו שיעורי אזרחות לאוכלוסיה הטריה ע"מ שהאזרחים ידעו איך להתנהל.

לסיכום, הצליחו להקים חברה אזרחית פתוחה עם מרכז מרות מפותח שמפקח על כוחות הביטחון למרות שהמדינה הייתה מצויה תחת איום, עם דמו' ומערכת משפט מתפקדת.