

# היהדות כתרבות וכזהות לאומית במשנתו של השופט משה זילברג

עופר חן

## מבוא

משה זילברג נמנה עם ראשוני השופטים בבית המשפט העליון ועם מניחי היסודות למשפט הישראלי. כמי שישב על כס השיפוט בשנותיה המעצבות של מדינת ישראל, [1948–1970],<sup>1</sup> לא נתפלא לזהות הן בכתביו והן בפסקי דינו הרבים התייחסויות ברורות לשאלות השעה, שהבולטת שבהן היא שאלת אופיין וזהותן הלאומית של החברה והמדינה ויחסן למורשתה התרבותית, סוגיה שנדונה בחוגים רחבים באותן שנים. אפשר להגדיר את הגותו כ'הגות בעידן של משבר', על רקע המאבק על אופייה של הזהות הלאומית היהודית בעידן של ריבונות חילונית. תכליתו של חיבור זה לא רק לחשוף את החשיבות הרבה שייחס זילברג לקשר שבין החברה והמדינה ובין מורשתה הדתית והתרבותית, אלא בעיקר לתאר את מאבקו לשילוב המשפט הישראלי במשפט העברי, שבו ראה אבן יסוד של המאפיין הלאומי היהודי. שאיפה זו עוברת כחוט השני, בפיתוחים ובהסתעפויות, הן במחקריו ובמאמריו הפובליציסטיים והן בפסקי דינו. במילים אחרות, אין ענייננו בדיון בשאלת מהותו של המשפט העברי, התאמתו לחברה מודרנית או אפשרות תכולתו, אלא במשמעויות התרבותיות והלאומיות שתלה בו משה זילברג.

## משה זילברג: קווים לביוגרפיה רעיונית

משה זילברג נולד בעיירה שקודוויל (Skudvile) שבליטא בשנת 1900, למשפחה בעלת ייחוס.<sup>2</sup> בצעירותו התחנך בשיבות ליטא, בהן, ישיבות קלם, סלובודקה ובעיקר בישיבת

1 השופט זילברג מונה לכהונת שופט בבית המשפט המחוזי בתל-אביב עם קום המדינה, בשנת 1948, ושנתיים לאחר מיכן נתמנה לכהן בבית המשפט העליון.

2 מתוך אילן היוחסין המשפחתי מתבררת זיקתו של זילברג לר' מרדכי יפה 'בעל הלבושים' וליום טוב ליפמן הדר, בעל 'התוספות יום טוב' על המשנה. ראו: מנחם אלון, 'ביאליק של המשפט העברי' (להלן:

נובהרדוק, שהתייחדו במשנתן המוסרית.<sup>3</sup> ייחודן של ישיבות המוסר, באותן שנים, התבטא לא רק בשילוב שבין לימוד הגמרא לפיתוח האופי המוסרי של הלומד, אלא בעיקר בירידה לעומקה של הסוגייה התלמודית במטרה להגיע להגיון הפנימי של הדברים, או במילים אחרות: 'לבנות את הסוגיה ולהיבנות ממנה'.<sup>4</sup> דומה שהחינוך שספג זילברג בשנותיו בישיבה עתיד להשתקף במשנתו המאוחרת, ולצד ההדגש המוסרי, בו ראה זילברג מאפיין מובהק של המשפט העברי, בולטת קריאתו להעמיק חקר בנבכי הספרות התורנית במטרה לשאוב ממנה מענה לשאלות השעה.

בשנת 1920 פנה זילברג ללימודים באוניברסיטאות גרמניה, מארבורג ופרנקפורט ע"נ מיין. באוניברסיטה אחרונה אף הוכתר כדוקטור למשפטים על חיבורו 'שכירות וקובלנות לפי החוק התלמודי' בשנת 1926. בעת לימודיו התקרב זילברג לחוגי הנוער הציוני ובעיקר ל'ידישר אקדמיקר בונד', שהתאפיין בצביונו הדתי-לאומי.<sup>5</sup> לאחר עלייתו לארץ בשנת 1929, חבר לחיים נחמן ביאליק ובהשראתו לימד סוגיות נבחרות במשפט עברי ובתרבות היהודית ב'אוהל שם', בין השנים 1931-1948. ואכן, נוכל לזהות כי משנתו התרבותית-לאומית של זילברג התעצבה בהשפעתם של שני גורמים. האחד נמצא בחשיבות התרבותית שייחסה תורת המשפט הגרמנית למורשת המשפטית שספג בשנות לימודיו באוניברסיטאות גרמניה. האחר נמצא בעקרונות 'הציונות התרבותית', ובעיקר במשנתו של ביאליק. אפנה תחילה לתיאור גורמי העיצוב המרכזיים של עולמו הרוחני, כשלב הכרחי בדרך לדיון מפורט במשנתו הציונית-תרבותית של זילברג.

אחד ממאפייניה הבולטים של המאה התשע-עשרה היה התחזקות התודעה ההיסטורית של בני התקופה. הכרה זו התחדדה, במידה רבה, על רקע המהפכות הצרפתית והאמריקנית. 'הזעזועים, המאבקים [...] והתעוררות הלאומיות שבאה בעקבותיה, לימדו את הבריות לחשוב באורח היסטורי, להכיר בערכם של הגורמים ההיסטוריים, ולהעריך את כוחם לא רק של טיעונים הגיוניים ודחפים מוסריים, אלא גם של אורחות חיים מסורתיים, הרגלים ומנהגים'.<sup>6</sup>

אלון, ביאליק של המשפט העברי), בתוך: משה זילברג, כתבי משה זילברג, ירושלים תשנ"ח (להלן: כתבי משה זילברג), עמ' 36; הנ"ל, 'לזכרו של משה זילברג', שנתון המשפט העברי, ב (תשל"ב), עמ' א; דוד תדהר, 'ד"ר משה זילברג', בתוך: הנ"ל, אנציקלופדיה לחלוצי היישוב ובוגריו, ב, ירושלים תשי"ח (להלן: תדהר, ד"ר משה זילברג), עמ' 1027; ישעיהו פבונר, 'משה זילברג', העבר, כרך כב (תשל"ז), עמ' 297-298.

3 על אופיין של ישיבות ליטא, ובעיקר הישיבות שבהן למד זילברג, ראו: משה זילברג, 'נובהרדוק', בתוך: כתבי משה זילברג, עמ' 140-150; גדליהו אלון, מחקרים בתולדות ישראל, כרך א, תל-אביב תשי"ז, עמ' 1-11; בן-ציון קליבנסקי, כצור חלמיש: תור הזהב של הישיבות הליטאיות במזרח אירופה, ירושלים תשע"ד, עמ' 158-167; שאול שטמפפר, הישיבה הליטאית בהתהוותה, ירושלים תשס"ה, עמ' 269-295.

4 אלון, ביאליק של המשפט העברי, עמ' 38.

5 תדהר, ד"ר משה זילברג.

6 Paul Vinogradoff, 'Comparative Jurisprudence', *Encyclopedia Britannica*, Vol. 15, Cambridge 1911, p. 580

ביטוי לעליית כוחה של החשיבה ההיסטורית נמצא בהתגבשותה של האסכולה ההיסטורית במשפט הגרמני, ובעיקר בהגותו של מייסדה, פרידריך קרל פון סביני (Savigny), אשר השפעותיה ניכרו במושגי 'הציונות התרבותית' של אחד העם ובעיקר בתנועת התחייה של המשפט העברי.<sup>7</sup>

לאחר תבוסת נפוליאון ב'קרב העמים' (לייפציג 1814), וביטול החוק האזרחי שהנהיג בגרמניה (Code Civil), התעוררה מחלוקת בין משפטנים בשאלת אופן עיצוב דמותן המשפטית של ממלכות גרמניה השונות מכאן והלאה. ברוח הרציונליזם המשפטי הציע אנטון פרידריך תיבו (Thibaut), פרופסור למשפטים מהיידלברג, לגבש ספר חוקים אחד וסדר שיבטא את מגוון החוקים במדינות גרמניה. לעומתו סביני, שהיה לא רק אחד מהבולטים שבאנשי המשפט במרחב התרבות הגרמני אלא גם היסטוריון של המשפט הרומי, שלל את הרציונליזם המשפטי של תיבו. לשיטתו של סביני, יצירה משפטית אותנטית איננה פרי של מעשה חקיקה יזום ומושכל, בהכרח, אלא מעשה של שאיבה, בירור ויניקת ערכים ונורמות משפטיות מחביונה ההיסטוריים, התרבותיים והמסורתיים של האומה (Volksgeist) והתקנתם לצרכיה של החברה בהווה.<sup>8</sup> סביני, ששאב מלוא חופניים ממשנתו הרומנטית של יוהן גוטפריד הרדר (Herder), למד גזרה שווה מן הלשון והמורשת התרבותית לשיטה המשפטית. לשיטתו לא רק הלשון, התרבות והדת הם מבטאיה של 'רוח העם' אלא גם, ואולי בעיקר, המורשת המשפטית. כשם שעם איננו נוטש את לשונו ומאמץ לשון אחרת, או לחלופין איננו זונח את מורשתו התרבותית לטובת רעותה, כך אין הוא מאמץ את שיטת המשפט של חברו.<sup>9</sup>

גישתם של סביני ותלמידיו סחפה חלקים נכבדים מן הקהילה המשפטית בגרמניה של המאה התשע-עשרה. ברוח ערכיה התגבש החוק האזרחי הגרמני (Bürgerliches.G.B)

7 יחיאל אלפרד גוטשאלק, *אחד העם והרוח הלאומי*, ירושלים 1992 (להלן: גוטשאלק, אחד העם והרוח הלאומי), עמ' 75-76; מנחם מאוטנר, 'שלוש גישות למשפט ותרבות', *דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים*, חוב' ט, מס' 7 (תש"ע), עמ' 155; אסף לחובסקי, 'משפט עברי ואידאולוגיה ציונית', בתוך: מנחם מאוטנר, אבי שגיא, רונן שמיר (עורכים), *רב תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית*, תל-אביב תשנ"ח (להלן: לחובסקי, משפט עברי), עמ' 634-635; רונן שמיר, 'לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי', שם (להלן: שמיר, לקס מוריאנדי), עמ' 608-611; חיים ה' כהן, *המשפט, תל-אביב תשנ"ב*, עמ' 51-56.

8 John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford 2007, pp. 14-34; George Peabody Gooch, *History and Historian in the Nineteenth Century*, Boston 1959, pp. 44-59; John Edward Toews, *Becoming Historical: Cultural Reformation and Public Memory in Early Nineteenth-Century Berlin*, Cambridge 2004, pp. 281-305

9 מנחם אלון, *המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו*, כרך ג, ירושלים תשנ"ח, עמ' 1345-1350 (להלן: אלון, המשפט העברי). על הרקע להתגבשותה של האסכולה ההיסטורית והפולמוס בין משפטני גרמניה בראשית המאה התשע-עשרה, ראו: Hans Siegbert Reiss, *The Political Thought of the German Romantics: 1793-1815*, Oxford 1955, pp. 203-211; Arthur Lehman Goodhart, 'Savigny and the Historical School of Law', *Law Quarterly Review*, 3 (1937), p. 326

(Gesetzbuch: B), שילוב מוצלח בין מסורות החקיקה הייחודיות של ממלכות גרמניה השונות ובין המשפט הרומי, שסביני ראה בו את מבטאה האותנטי של הזהות הלאומית-משפטית הגרמנית.<sup>10</sup> את הצלחתה של האסכולה ההיסטורית יש לראות, בראש ובראשונה, על רקע נסיגתם של ערכי הנאורות וציווייה האוניברסליים של התבונה לטובת רעיונות הרומנטיקה והפרטיקולריזם בחברה הגרמנית. גם לאחר גיבושו של החוק האזרחי הגרמני, בשלהי המאה התשע-עשרה, המשיכה האסכולה ההיסטורית להיות גורם דומיננטי ומשפיע לא רק בעשייה המשפטית אלא גם, ובעיקר, בפקולטות למשפטים בגרמניה.<sup>11</sup> לכן יש להניח שבלימודיו נחשף זילברג לעקרונותיה של האסכולה ההיסטורית ולחשיבות התרבותית והלאומית שייחסה לשיטה המשפטית.

הגורם השני שהשפיע על משה זילברג נמצא, כאמור, במושגיה של הציונות התרבותית. תפיסת היהדות כתרבות לאומית הייתה ממאפייני רוח התקופה (Zeitgeist) וקולה עולה, בנימות שונות ומגוונות, לא רק ממשנתו של זילברג אלא גם מזו של אישים כמרטין בובר, יצחק יוליוס גוטמן, פרנץ רוזנצוויג ועוד רבים אחרים. כאמור, יותר מאשר מאחד העם הושפע זילברג ממורשתו של ביאליק, ובמידה רבה יצק את משנתו בתבניות שהעמיד לפניו המשורר. מקובל לראות בביאליק את תלמידו המובהק של אחד העם. שניהם ראו את תמצית משבר היהדות בהתבוללות הרוחנית ובנתק הרגשי, האישי והחברתי שבין היהודי למורשתו התרבותית והלאומית.<sup>12</sup> אולם דומה שאפשר לזהות בכל זאת הבדל מהותי ביניהם בכל האמור לדרך שהציעו לאיחוי הקרעים שבין היהודי החילוני לתרבותו ההיסטורית. אחד העם מצא את התרופה למשבר הרוח ברעיון 'ההנחלה', הלימוד ומחקר היהדות. לצורך כך הגה את רעיון 'אוצר היהדות', אשר נתפס בעיניו כמין אנציקלופדיה שתשמש מפת דרכים למבקש ללמוד על מהותה ועל אופייה של היהדות, על היבטיה השונים.<sup>13</sup> לעומת 'אוצר היהדות' של אחד העם הציע ביאליק את רעיון 'החתימה' ו'הגניזה', שאיננו אלא הד לקריאתם של

10 Michael John, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany*, Oxford 1989, pp. 199-240

11 עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר, 'גרמניותו הנסתרת של בית המשפט העליון בישראל', בתוך: דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר (עורכים), **משפט והיסטוריה**, ירושלים תשנ"ח, עמ' 371-373. כן ראו לעיל הערות 8-9.

12 ראו: חיים נחמן ביאליק, 'על "חכמת ישראל"', בתוך: הנ"ל, **כל כתבי ח"נ ביאליק**, תל-אביב תרצ"ט (להלן: **כל כתבי ח"נ ביאליק**). עמ' רכה; אחד העם, 'חיקוי והתבוללות', בתוך: הנ"ל, **כל כתבי אחד העם** (להלן: **כל כתבי אחד העם**), תל-אביב תשכ"ה, עמ' פו. דיון מפורט בגישותיהם של אחד העם וביאליק, על הרומה והמברדיל שביניהם, ראו: אליעזר שביד, **תולדות ההגות היהודית במאה העשרים**, תל-אביב תש"ן, עמ' 237 ואילך; הנ"ל, 'חידוש היהדות כתרבות לאומית-חילונית', בתוך: הנ"ל, **היהדות והתרבות החילונית**, תל-אביב 1981, עמ' 25 ואילך.

13 אחד העם, 'על דבר אוצר היהדות בלשון העברי', בתוך: **כל כתבי אחד העם**, עמ' קד, קו, קט. ראו גם: Shimeon Brisman, *A History and Guide to*; עמ' 170-171; *Judaic Encyclopedias and Lexicons*, Cincinnati 1987, pp. 9-10

משכילים כיהושע השל שור, משה לייב ליליינבלום, יהודה לייב גורדון ואחרים, לעריכת תיקונים בדת ולכריזה מתוכה את הערכים הרלוונטיים לצרכיה של החברה בהווה. בנאומו לפני 'הועידה לשפה ולתרבות העברית' שנערכה בווינה ב-1913, הציג ביאליק את רעיון ה'כינוס' שלו. לשיטתו, כשם שנהגו חכמי ישראל בעתות של תמורה כאשר חתמו את כתבי הקודש, המשנה והתלמוד, יש לנהוג גם עתה. חתימה זו, הטעים, אמנם הביאה בעבר לכרירתן של יצירות ולגניזת חלקן, אך עם זאת פתחה לפריחה ולהתחדשות: 'רק לאחר שהאילן משיר את פירותיו הישנים הוא מתחיל לגדל חדשים', המשיל ביאליק את טענתו והוסיף ביאור: מעשה 'החתימה' מבשר 'פתיחה של תקופה חדשה. ולא עוד, אלא שהתמצית המעולה של הישן, לאחר שהיא עוברת בשלום דרך האוויר החדש ויוצאת משם צרופה, היא גופה נעשית קרקע לגידולים חדשים, ממציאה להם לחלוחית ויניקה ומסייעת לצמיחתם ולפריחתם'.<sup>14</sup> נמצא, אפוא, שאם רעיון 'אוצר היהדות' של אחד העם ביטא במידה רבה את הקפאת היצירה היהודית, הרי שרעיון 'החתימה' ו'הגניזה' של ביאליק ביקש לסלול את הדרך לאקטואליזציה ולפריחה של יצירה חדשה, חיונית ומשפיעה, שתינק מלשד קודמתה.<sup>15</sup> ביאליק לא השלה את עצמו כאילו מפעל הקנוניזציה שהציע ייעשה בדרך מסורתית. אופיו של הדור וערכיו, כך סבר, מחייבים מציאת מסגרת אחרת, לאומית-חילונית, שבה יעבור החומר, יתברר ויותאם לנסיבות החדשות: 'זאם תאמר מי יכריע בדבר? מי הוא זה הכורר והבוחר? דעת העם וטעמו, השיב ביאליק.<sup>16</sup> מתוך כך הניח כי הקנון שיתגבש לא יוכתר עוד בכתר קדושה. תחת זאת יהא לאבן יסוד בעיצובה של התרבות הלאומית החדשה: 'כל החומר הישן, לאחר שיעקר מתחומו ויעבור דרך המסגרת של הטעם החדש והרוח החדשה שבימינו – יואר ממילא מבפנים ומבחוץ באור חדש לגמרי, וגם יחסינו הנפשי אליו יהיה שונה לגמרי מזה של הדורות הקודמים. סופו להיעשות כבריה חדשה'.<sup>17</sup> ביטוי קונקרטי להשקפה זו נמצא בספר האגדה, שאותו ערך ביאליק יחד עם י"ח רבניצקי. לכאורה מסמל מפעלם המשותף את מעלתה של האגדה בלבד, ולא היא. להשקפתו של ביאליק חשיבותה של האגדה נגזרת, בראש ובראשונה, מתוך זיקתה להלכה: 'גדולה אגדה – שמביאה לידי הלכה. וכל אגדה שאין עמה הלכה, אוננית היא, וסופה היא עצמה בטלה, וגם מבטלת כוח המעשה של בעליה'.<sup>18</sup> ואכן, במאמרו הידוע, 'הלכה

14 ביאליק, 'הספר העברי', בתוך: כל כתיבי ח"ג ביאליק (להלן: ביאליק, הספר העברי), עמ' רה-רו.  
 15 הנ"ל, 'על כנוס הרוח', בתוך: הנ"ל, דברים שבעל-פה, א, תל-אביב תרצ"ה (להלן: דברים שבעל-פה), עמ' סד. ראו גם: הנ"ל, 'לשאלת התרבות העברית', שם, עמ' קפו, קפט. דיון מפורט בשאלת אופיו של תהליך הכינוס במשנתו של ביאליק, ראו: נתן רוטנשטרייך, המחשבה היהודית בעת החדשה, א, תל-אביב תשמ"ז (להלן: רוטנשטרייך, המחשבה היהודית בעת החדשה), עמ' 303; אסף ענברי, הגותו הספרותית-תרבותית של ביאליק, בר אילן תשס"ה (להלן: ענברי, הגותו הספרותית-תרבותית של ביאליק), עמ' 255-261.

16 ביאליק, הספר העברי, עמ' רו.

17 שם, עמ' רו.

18 הנ"ל, 'הלכה ואגדה', שם, עמ' ריב.

ואגדה', אגב הצגת היחסים הדיאלקטיים שביניהן עמד ביאליק על אופייה של ההלכה ועל חשיבותה הלאומית והתרבותית. את מאמרו פתח ביאליק באמירה אקסיומטית: 'ההלכה היא אמנות-אומנת, אמנות-פדגוג של אומה שלמה, וכל פיתוחיה בנפש האומה'.<sup>19</sup> חשיבותה של ההלכה נגזרת, אם כן, מהיותה הגורם המחנך והמעצב את דרכה של האומה בהיסטוריה. מתוך כך הוסיף ביאליק וטען כי המבקש לצייר דיוקן אותנטי, לא כל שכן להמשיך את דרכו של העם היהודי ההיסטורי, עליו לעשות זאת בכלי ההלכה.<sup>20</sup> אולם בניגוד להשקפה האורתודוקסית, שראתה בהלכה יצירה מטה-היסטורית, הדגיש ביאליק כי גם היא כפופה למעשה 'החתימה' ו'הגניזה'. מתוך הכרה בחשיבותה של ההלכה כגורם שעיצב את הזהות היהודית קרא ביאליק לעשות להתחדשותה ולהפיכתה לאפוס לאומי, לא פחות. 'המן הסלע הזה, מן ההלכה, נוציא לנו מים חיים?', שאל ביאליק בשם 'דור התחייה', ומיהר להשיב בביטחון: 'הן!'. מתוך כך הייתה מסקנתו ברורה: 'נתנה ראש ונשובה אל ה'שולחן ערוך'.'<sup>21</sup> דגש נוסף שם ביאליק על הלשון העברית במשנתו התרבותית-לאומית. לשיטתו, אשר נקל לזהות בה את השפעת רעיונות ה'פולקיש' (völkisch) מבית מדרשם של הרדר וסביני, הלשון היא המבטאת המרכזית של הזהות הלאומית-התרבותית הייחודית: 'הלשון גופה היא היא "צורת הרוח" היחידה של האומה, היא היא ממשותו האחת של אותו הרוח', טען ביאליק והוסיף, 'אם יש לעם נכסי צאן ברזל כל שהם, אם יש לו "קרקע עולם" שאינה כלה ואינה נגזלת – כי עתה אין זאת בלתי אם הלשון. היא "עץ החיים" העומד לעד, היא הקרן הקיימת, ושאר הקניינים פירותיה הנאכלים הם'.<sup>22</sup> נמצא אפוא שהלשון איננה רק כלי הביטוי המתמיד והקמאי ביותר של 'האני הלאומי', אלא בעיקר מבטאת את תמצית הזהות הלאומית עצמה, לא פחות.<sup>23</sup> לפיכך דחה ביאליק תכלית דחיייה כל יניקה או הידבקות בלשונות לע"ז שאין בהן כדי לבטא את הייחוד היהודי. התחדשות התרבות הלשונית, הטעים, אפשר שתיעשה מתוך שאיבה מארון הספרים היהודי, וממנו בלבד: 'אנו רוצים ליצור לנו כאן חיים עצמאיים, שיש להם קלסתר פנים משלהם ואופי מיוחד, כי לשם יצירת צורות חיים מקוריות ואמיתיות בעלות פרצוף ופנים לאומיים, הכרח להם לקחת את החומר ליצירותיהם מאבני היסוד של צורות החיים הקדמוניות'.<sup>24</sup>

19 שם, עמ' רז.

20 שם, עמ' ריא.

21 שם, עמ' ריב. עוד על דחיייתו של ביאליק את ההלכה במובנה הרבני, ראו: ענברי, הגותו הספרותית-תרבותית של ביאליק, עמ' 251.

22 חיים נחמן ביאליק, 'על חכמת ישראל', בתוך: הנ"ל, דברי ספרות, תל-אביב 1957, עמ' קלו. ראו גם: הנ"ל, 'על אומה ולשון', בתוך: דברים שבעל-פה, א, בעיקר עמ' טו-טז; ענברי, שם, עמ' 221-241.

23 ביאליק, 'על אומה ולשון', שם, עמ' יט; הנ"ל, 'עוד על כינוס הרוח', שם, עמ' סט.

24 הנ"ל, 'על "אוהל שם" ר"עונג שבת"', שם, כרך ב, עמ' קס-קסא; הנ"ל, 'חקר מדעי של התלמוד', שם, עמ' לח.

## מהותו של המשפט העברי, עקרונותיו וחשיבותו הלאומית

כאמור, עקבותיהן של האסכולה ההיסטורית ומשנתו של ביאליק מהדהדות מן ההגדרה שהעניק זילברג למשפט העברי ומן החשיבות הלאומית והתרבותית שייחס לו. זילברג ראה את המשפט העברי, בראש ובראשונה, כ'משפט לאומי' אשר שימר את קיומו ועיצב את דמותו של העם היהודי לאורך ההיסטוריה, כאשר 'כל הלכה, כל תקנה שבו נבחנו מבחינת יעילותן לצורכי ההגנה הלאומית – הגנת האדם ותרבותו במובן הרחב ביותר של מלים אלה'.<sup>25</sup> לשיטתו של זילברג השיטה המשפטית, שיסודותיה מורשתיים, היא אבן יסוד מרכזית בעיצובה של הזהות הלאומית והתרבותית. מכאן הוא הניח כמובן מאליו ש'לא ייתכן כלל, ויהא בזה משום אבסורד, אם נתעלם ונדלג דווקא על אותו סקטור רוחני שעמד, במשך אלפיים שנה, במרכז העיון וההתעניינות של האומה'.<sup>26</sup> עם זאת הוא הדגיש כי הזיקה למשפט העברי לא תיעשה עוד כמבע דתי והלכתי אלא בהתאם לצרכיה הלאומיים- החילוניים של החברה היהודית בהווה: 'ממשיכים אנו לשתות ממקורות ראשונים. שונה הצורה, שונים הצינורות, שונות המסקנות, אך אין אנו סותמים את האורות, כי בלעדיהם נהיה עניים מרודים [...] תרבותנו החדשה בארץ תהיה, אף במקרה הקיצוני, רק מהדורה חדשה של תרבות העבר'.<sup>27</sup>

מתוך הכרה בחשיבותו הלאומית והתרבותית של המשפט העברי הצביע זילברג על החסר והלקות שבמפעל התחייה הציוני. תחיית השפה העברית והתקומה המדינית, טען, שנתפסו כ'שיבה אל עצמנו וכחידוש הקשר הנפשי שנותק אל עולם המחשבה והרגש של היהדות המקורית', עומדות חסרות מול ההתעלמות המופגנת מחשיבותו הלאומית של המשפט העברי.<sup>28</sup> ברוח טענותיה של האסכולה ההיסטורית הדגיש זילברג כי אין כל הבדל בין הלשון למשפט: 'אם לא יצאנו לשאול שפה לא נלך גם ללוות משפט, שכן המשפט הוא שפת המדינה – השפה של המדינה – בה היא מדברת אל אזרחיה, בה היא קובעת את צורות החיים שלהם'.<sup>29</sup> במילים אחרות, זילברג ראה באימוץ שיטת משפט נכרית ובניתוק

25 משה זילברג, 'כך דרכו של תלמוד', בתוך: **כתבי משה זילברג** (להלן: זילברג, כך דרכו של תלמוד), עמ' 88-89, ההדגשה במקור; הנ"ל, **חוק ומוסר במשפט העברי**, ירושלים תשי"ב (להלן: זילברג, חוק ומוסר במשפט העברי), עמ' 20; הנ"ל, 'דת ומדע במחשבת הרור', דיני ישראל, כרך ג (תשל"ב), עמ' 13 ואילך; הנ"ל, 'תורה והליכות חיים: גמישותה של ההלכה', פתחים, כרך ד-ה (תשל"ב) (להלן: זילברג, תורה והליכות חיים), עמ' 20 ואילך.

26 הנ"ל, **כך דרכו של תלמוד**, עמ' 155; הנ"ל, 'הגישות המודרניות של ההלכה', הארץ, 19.9.71.

27 בג"צ 72/62, **רופאייזן נ' שר הפנים**, פ"ד טז(4) 2428, 2438, ההדגשה במקור. השוו: משה זילברג, 'לשאלת עריכת קודקס עברי', **הפרקליט**, כרך ד (1947) (להלן: זילברג, לשאלת עריכת קודקס עברי), עמ' 264 ואילך; הנ"ל, 'המשפט במדינה העברית', בתוך: **כתבי משה זילברג**, עמ' 198-200 (להלן: זילברג, המשפט במדינה העברית), עמ' 16 ואילך; משה בן-זאב, 'תרומתו של ד"ר זילברג למשפט בישראל', בתוך: **כתבי משה זילברג**, עמ' 30-31.

28 הציטוט מתוך זילברג, 'תורה והליכות חיים', עמ' 13. ראו גם הנ"ל, 'הסדר עם ההלכה', בתוך: **כתבי משה זילברג**, עמ' 275, 279; בג"צ 58/68, **בנימין שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כ"ג(2), 477, 503.

29 זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, עמ' 153, ההדגשה במקור. כן ראו: הנ"ל, 'משהו על התלמוד', בתוך:

הלאומיות היהודית ממקורותיה המשפטיים-המורשתיים לא רק פגיעה מהותית במפעל התחייה הלאומי אלא 'מעשה בגד ממש', כלשונו.<sup>30</sup> לפיכך הפנה זילברג את מרצו להוכחת מעלתו וחיוניותו של המשפט העברי הן במישור העיוני והן במישור המעשי.

מאפיין מרכזי של המשפט העברי נמצא לזילברג באופיו המוסרי והדינמי. נציין כי המגמה להטעמת אופייה המוסרי של היהדות, בכללותה, רווחה בשיח התרבותי של יהודי גרמניה במפנה המאה, ובאה לכיטוי במשנתם של אישים כמשה לצרוס, הרמן כהן וכמובן בזו של אחד העם. דומה שבצד המגמה לצייר את המשפט העברי כשיטת משפט אידאלית שאותה ניתן להתקין לצרכיה של חברה יהודית מודרנית, נמצא בדיוקן המוסרי ששרטט זילברג משום מענה לאתגר הקאנטיאני.

במאתיים השנים האחרונות מתכתב הדיון בשאלת היחסים שבין חוק למוסר עם האתיקה הקאנטיאנית, שקבעה חציצה ברורה ביניהם. לשיטתו של עמנואל קאנט, שאותה אימצו בהמשך הוגים כפרידריך ניטשה ורודולף שטמלר (Shtamler), המוסר הוא קטגוריה אישית אוטונומית ואילו החוק הוא קטגוריה ציבורית הטרנומית. המוסר נובע מפנימיותו של האדם ומהכרעתו הרצונית בעוד ציווי החוק מוטלים עליו בידי גורם חיצוני. נמצא, אפוא, שלשיטתו של קאנט מבדיל גבול חד וברור בין הקהילה המשפטית לזו המוסרית. לעומת הראשונה הכפופה לחוק שכוח כפייה בצדו, הרי שחוקיות המעשים בקהילה המוסרית נקבעת באופן אפריורי בהכרעה פנימית אוטונומית או, בלשונו של קאנט, מכוח 'תבונה טהורה מחוקקת'.<sup>31</sup> נראה שמשם זילברג הגדיר את מוסריותו של המשפט העברי במידה רבה מתוך התייחסות לשני היבטיה המרכזיים של התאוריה הקאנטיאנית.

כתבי משה זילברג, עמ' 130 ואילך; הנ"ל, 'חידושו של המשפט העברי', שם (להלן: זילברג, חידושו של המשפט העברי), עמ' 202 ואילך; הנ"ל, 'נישואין אזרחיים או תקנה להפקעת נישואין – מה עדיף?', שם, עמ' 265 ואילך; הנ"ל, 'לשאלת עריכת קודכס עברי', עמ' 263. כן ראו: אלון, המשפט העברי, כרך ג, עמ' 1345–1347.

30 בג"צ 58/68, בנימין שליט נ' שר הפנים, פ"ד כ"ג(2), 477, 498. השוו: 'צחק אייזיק הרצוג', הארץ, 26.7.1948; אליקים רובינשטיין, שופטי הארץ: לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל, ירושלים תשמ"א, עמ' 75; מאיר בראילן, 'חוק ומשפט במדינתנו', בתוך: יעקב בוק (עורך), המשפט העברי ומדינת ישראל: לקט מאמרים (להלן: בוק [עורך], המשפט העברי ומדינת ישראל), ירושלים תשע"א, עמ' 20.

31 עמנואל קאנט, הדת בגבולות התבונה בלבד, תרגום ומבוא: נתן רוטנשטרייך, ירושלים תשמ"ו, עמ' 88–89. כן ראו: שמואל הוגו ברגמן, תולדות הפילוסופיה החדשה: שיטות בפילוסופיה שלאחר קאנט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 180. הדיון בשאלת היחסים שבין חוק ומוסר, שהתעורר מחדש בגרמניה של המאה התשע-עשרה, בא כמענה לדיוקן המוסרי שניסתה האסכולה ההיסטורית לשוות למשפט הרומי. דוגמה לכך נמצא במאמרו של הרב נחמיה אנטון נובל, שייתכן שלא נעלם מעיני זילברג, ובו הטעים לא רק את מעלתו המוסרית של המשפט העברי על זו של המשפט הרומי אלא גם את אופיו הדינמי והמתחדש. ראו: Nehemia Anton Nobel, 'Studien zum Talmudischen Fandrect', *Judaica: Festschrift zu Hermann Cohens Siebzigstem Geburtstag*, Berlin 1912, p. 659



ההיבט הראשון עוסק בשאלת הניגוד המובנה שבין חוק למוסר. לטענתו של זילברג התנאים ההיסטוריים הייחודיים שבהם התפתח המשפט העברי חייבו את מעצביו להשעינו על אמות מידה מוסריות. בניגוד לשיטות משפט אחרות, טען זילברג, התגבש המשפט העברי בקהילה אוטונומית 'ובתוך כתלי הגטו האפלים, בלי אמצעי כפייה ממשלתיים, ללא שופטים ושוטרים מטעם הרשות', כאשר סמכות האכיפה היחידה 'היא רצונו החופשי של העם'.<sup>32</sup> הכרעתם של היחיד והחברה שקיבלו על עצמם מרצון חופשי לקיים את החוק היא שהעניקה לו את אופיו המוסרי. זילברג הכיר אמנם בעובדה שבידי הקהילה היו אמצעי אכיפה שונים, בדמות חרם, נידוי וכיוצא באלה, אולם דווקא בהם מצא חיזוק לטענתו. אופיין החברתי של הסנקציות הללו בידי הקהילה, הדגיש, נובעים מ'רצונו החופשי של היחיד שלא לפרוש מן הציבור, ושלא לנטוש את הקרקע הרוחני המשותף של העם'.<sup>33</sup> ההיבט השני, שנשתלשל במידה רבה מקודמו, נוגע באופיו הדתי של המשפט העברי. שטטוש הגבולין שבין החובה התועלתית-ההטרונומית, שברגיל מכוונת את החוק, לחובה האתית האוטונומית שמכוונת את המצווה הדתית, בולטת במיוחד במשפט העברי, טען זילברג.<sup>34</sup> משל לכך נמצא לו בחובתו של האדם לפרוע את חובו. לעומת 'חכמי המשפט הרומי, או כל יוריסט מודרני', אשר רואים בחובה זו תנאי הכרחי לקיומו של משק כלכלי יציב, רואה המשפט העברי את הטעם בחובה המוסרית הנובעת מהכרתו הפנימית של האדם: 'פריעת בעל חוב מצווה: מצווה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו',<sup>35</sup> ציטט זילברג מדברי רש"י והוסיף כי 'לא חובו של הבעל חוב [הנושה] מעניין, אפוא, את בית הדין, אלא חובתו של החייב, החובה הדתית-מוסרית', ורק כפועל יוצא מכך 'מקבל הנושה את כספו'.<sup>36</sup> במילים אחרות, לא הגורם החיצוני הוא המניע המרכזי לפריעת החוב אלא דווקא חובתו המוסרית, הפנימית, של החייב. נהיר, אם כן, כי הטיעונים הללו, שהציגו את המניע לקיום החוק ברצון החופשי, האוטונומי, של היחיד והחברה, נועדו ליישב את עקרונות המוסר הקאנטיאניים עם המשפט העברי ועל ידי כך להציגו כשיטת המשפט אידאלית.

לצד הממד המוסרי שפך זילברג אור על אופיו הדינימי של המשפט העברי ועל כוחו להתאים עצמו לתנאי ההיסטוריה המשתנים. 'המשפט העתיק הזה', טען זילברג לאחר דיון

32 זילברג, **המשפט במדינה העברית**, עמ' 13; הנ"ל, **חוק ומוסר במשפט העברי**, עמ' 21. להווי ידוע כי טענתו של זילברג איננה מדויקת ואמצעי אכיפה שונים אכן ניתנו בידי פרנסי הקהילה. ראו: יצחק בער, 'היסודות וההתחלות של ארגון הקהילה היהודית בימי הביניים', **ציון**, כרך טו (תש"י), עמ' 1-41; מנחם אלון, 'סמכות ועוצמה בקהילה היהודית: פרק במשפט הציבורי העברי', **שנתון המשפט העברי**, כרך ג-ד (תשל"ז-תשל"ח), עמ' 7-34; הנ"ל, 'דרכי היצירה ההלכתית בפתרון של בעיות חברה ומשפט בקהילה', **ציון**, כרך מד (תשל"ט), עמ' 241-264.

33 זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, עמ' 90.

34 שם, עמ' 71.

35 הנ"ל, **חוק ומוסר במשפט העברי**, עמ' 8-9. ראו גם רש"י כתובות פ"ו ע"א, ד"ה 'פריעת'. השו: תלמוד בבלי, ערכין כ"ב ע"א.

36 זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, עמ' 71-72.

ארוך בהתפתחותו ההיסטורית, 'לא פסק מלהתפתח ולסגל את עצמו לצורכי החיים במשך כל תקופת קיומו, כי ההשקפות המשפטיות של החוק עמדו מעולם במגע ומשא עם ההשקפות המוסריות והתרבותיות של הדור, הושפעו מן החיים, והשפיעו גם הן מצידן על החיים'.<sup>37</sup> במילים אחרות, בכוחו של המשפט העברי להתאים עצמו לתנאי המציאות המשתנה. עם זאת הצביע זילברג על שני גורמים מרכזיים שעומדים למכשול בדרך להפיכתו של המשפט העברי לגורם דומיננטי ומעצב בחייה של החברה היהודית המודרנית.

הגורם האחד נגזר מטבעו של המשפט העברי כמשפט דתי. עקרונות היצירה החופשית, לפיהם 'כל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש ניתן למשה מסיני' מקודש מניה וביה, מנעו מהמשפט העברי לשמר את חיוניותו ואת בהירותו לאורך ההיסטוריה. שפע התשובות שניתנו לשאלות השונות במרכזי האומה השונים, הפכו את ההלכה לסבך כאוטי של חוקים ותקנות: 'המשפט שהיה בתחילה בבחינת מלך הפורץ גדר ואין מוחין בידו, ירד למדרגת הדיוט, אשר בפוגעו באיזה מכשול, איזו מחיצה, עליו ללכת סחור סחור עד שהוא מגיע אל השביל הצר המוליך אותו אל תוך הכרם הנכסף'.<sup>38</sup> הדרך העקלקלה לתשובה, טען זילברג, נמצאה מעתה בפלפול הדיאלקטי. שיטה זו, 'לא זו בלבד שהיא קשה ומסוכנת, שלא כל אחד ימצא בה על נקלה את ידיו ואת רגליו, אלא מה שהוא עוד הרבה יותר חשוב: היא מוותרת מדעת על תפקיד אחד, יסודי, של המשפט, התפקיד להיות מכוון וקובע מראש את סדרי החיים'.<sup>39</sup>

הגורם השני נמצא, לשיטתו, בתמורה שנתחוללה בחיוניותו של המשפט העברי בעקבות האמנציפציה. אובדן האוטונומיה השיפוטית ופגישתו של היהודי עם החברה הכללית, שנתפסת כעת מפנה בהיסטוריוגרפיה היהודית,<sup>40</sup> הובילה להתאבנותו של המשפט העברי ולהסתגרותו בין חומות הגטו המתמוטטות. 'אם המבנה הכלכלי ויחסי החברה של חיי הגטו מותאמים היו, פחות או יותר, אל הצורות המתקונות של המשפט המסורתי', טען זילברג, 'הרי היציאה מן הגטו הביאה איתה בכנפיה, גם בין היהודים לבין עצמם, ערכי חיים ויחסי חברה חדשים, אשר לא השתעבדו בנקל אל הצורות הללו. כאן נוצר רווח – חלל ריק – בין

37 שם, עמ' 194; הנ"ל, 'בעולמו של מהרש"א', בתוך: כתבי משה זילברג, עמ' 135-136; הנ"ל, 'הסדר עם ההלכה', שם, עמ' 273-274; הנ"ל, 'חידושו של המשפט העברי, עמ' 202 ואילך; הנ"ל, 'תחיית המשפט העברי, כמשפט המדינה בישראל – כיצד?', בתוך: בוק [עורך], המשפט העברי ומדינת ישראל (להלן: זילברג, תחיית המשפט העברי), עמ' 51.

38 הנ"ל, המשפט במדינה העברית, עמ' 192.

39 שם, עמ' 193. ראו גם הנ"ל, כך דרכו של תלמוד, עמ' 154; הנ"ל, תחיית המשפט העברי, עמ' 51.

40 מקס וינר, הדת היהודית בתקופת האמאנסיפציה, תרגום: לאה זגגי, ירושלים תשל"ד, עמ' 39; רוטנשטרייך, המחשבה היהודית בעת החדשה, כרך א, עמ' 9-10; יצחק בער, ישראל בעמים, ירושלים תש"ז, עמ' 12-13; הנ"ל, 'קווי יסוד בהתפתחותה ההיסטורית של היהדות בימי הביניים', מאזנים, כרך כג (תש"ז), עמ' 305; יעקב כ"ץ, 'התנועה הלאומית היהודית: ניתוח סוציולוגי', בתפוצות הגולה, כרך ב, מס' 1-2 (תשל"ל), עמ' 19-9.

המשפט והחיים'.<sup>41</sup> התמורות המהירות באופי החברה ובתנאי הכלכלה, בצד אובדן מעמד של פרנסי הקהילה ומנהיגיה הרוחניים, השליכו, לשיטתו של זילברג, על כוחו של המשפט העברי להיענות לאתגרים החדשים.

כללם של דברים, הדגשת השיבותו הלאומית והתרבותית של המשפט העברי, תיאורו כשיטת המשפט המוסרית ביותר והטעמת אופיו החיוני והדינמי, בצד הפניית הזרקור לבעייתיות הגלומה הן בסבך הלכותיו ותקנותיו והן בהתאבנותו מאז תקופת האמנציפציה, נועדו בראש ובראשונה להפנות את הזרקור לפעולות שיש לנקוט לביסוס שיטת המשפט הלאומי על יסודות המשפט העברי.

### המאבק לתחייתו של המשפט העברי: פעילות ציבורית, מחקר ומשפט

דומה שאת המאבק למען תחייתו של המשפט העברי אפשר לחלק לשתי תקופות, המתפלגות לא רק מבחינה היסטורית אלא גם מבחינה מהותית. הראשונה נמשכה מייסודו של 'משפט השלום העברי' בארץ ישראל בשנת 1909 ועד לכינונה של מדינת ישראל וחקיקת 'הפקודה לסדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948'. בתקופה זו הייתה התעניינות במשפט העברי במובנו הדתי-הלכתי אך בעיקר במובנו הלאומי-תרבותי, וחוגים רבים ביישוב שאפו לעצבו כשיטת המשפט במדינת ישראל שעמדה לקום.<sup>42</sup> התקופה השנייה נמשכה מהקמת המדינה עד לחקיקת 'חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל, תש"ם-1980'. כישלון המאבק להתקנתו של המשפט העברי כשיטת המשפט במדינת ישראל, והערפת המשפט המקובל (Common Law) עליו, מסמלים תקופה חדשה. אם בשלהי התקופה הראשונה ביקשו חסידי המשפט העברי לעשותו לשיטת המשפט הנוהגת בישראל, בשינויים והתאמות מתבקשות, הרי שלאחר קום המדינה היו מי שהסתפקו בשילובו בשיטה שנתקבלה, ובביסוס השפעתו

41 זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 154-155; הנ"ל, חידושו של המשפט העברי, עמ' 202-206. בניגוד להנחתו של זילברג כיום ידוע כי המשפט העברי המשיך להתפתח בקהילות ישראל במרחב התרבות המוסלמי. ראו, מנחם אלון, 'ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גרוש ספרד ועד ימינו', בתוך: משה בר-יודא (עורך), הלכה ופתיחות; חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו, תל-אביב תשמ"ה, עמ' 15-38.

42 שמואל איזנשטדט, 'מכתב גלוי: חברה מדעית לחקירת המשפט העברי', בתוך: הנ"ל, ציון במשפט, תל-אביב תשכ"ז (להלן: ציון במשפט), עמ' 32; שמיר, לקס מוריאנדי, עמ' 604-605. דיון מפורט במאבק למען תחייתו של המשפט העברי במובנו הלאומי-תרבותי, ראו: אלון, המשפט העברי, כרך ג, עמ' 1329-1350; לחובסקי, 'משפט עברי', עמ' 633; רון חריס, 'הזדמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח דעת: על שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בעת הקמת המדינה', בתוך: מרדכי בר-און, צבי צמרת (עורכים), שני עברי הגשר: דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל, ירושלים תשס"ב (להלן: חריס, הזדמנויות היסטוריות), עמ' 21; הנ"ל, המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948-1977, תל-אביב 2014, בעיקר עמ' 26-32; ידידיה שטרן, 'פתחים להתחדשות הלכתית בנושאי דת ומדינה', בתוך: עמיחי ברהולץ (עורך), מסע אל ההלכה: עיונים בין-תחומיים בעולם החוק היהודי, תל-אביב 2003, עמ' 438-460, בעיקר עמ' 454-455; אביעזר רביצקי, הקץ המגולה ומדינת היהודים, תל-אביב תשנ"ג, עמ' 120-129.

ומעמדו. ביטוי מובהק לתמורה הזאת בהגדרת מעמדו ומקומו של המשפט העברי נמצא במשנתו של משה זילברג.

השלב הראשון בפעילותו של זילברג השתקף בקריאתו להתקנתו של המשפט העברי כמשפט המדינה, ערב הקמתה. מתוך הכרת אופיו הקזואיסטי והיקפיו הרחבים של המשפט העברי רדש לערוך אותו בצורת קודקס. הקריאה לקודיפיקציה של המשפט העברי לא הייתה ייחודית למשה זילברג, קדם לו בכך אשר גולאק.<sup>43</sup> אולם בניגוד לגולאק לא הסתפק זילברג בהדגשת הצורך לעשות זאת, אלא שרטט קווים ברורים לרמותו ולאופיו של הקודקס הרצוי בעיניו. ההתייחסות הראשונה של זילברג לשאלת הקודיפיקציה באה על רקע אווירת התחייה וההתחדשות שסחפה רבים ערב הקמת המדינה. נקל להניח שגם זילברג נסחף באותה אווירה מחשמלת, שבה כל מעשה נתפס ככזה שנעשה 'לראשונה זה אלפיים שנה'.<sup>44</sup> ואכן, באותה עת הניח זילברג, כדבר מובן מאליו, כי 'המדינה העברית, כאשר קום תקום, יהיה לה משהו להגיד לאזרח, ועליה יהיה לשאת את דברה בלשונה שלה – ברוח המסורת המשפטית העשירה של האומה העברית'.<sup>45</sup> במספר מאמרים פרוגרמטיים, שהתפרסמו ערב הקמת המדינה, הצביע זילברג על ההכרח בגיבושו של קודקס נהיר, נגיש ושווה לכל נפש, שנתפס בעיניו כתנאי הכרחי לאפשרות התקנתו של המשפט העברי כשיטת המשפט במדינה הקרובה לקום.<sup>46</sup>

דיוקנו של הקודקס ששרטט זילברג נוצק במידה רבה בתבניות שהניח לפניו ביאליק. ברוח גישתו של המשורר הדגיש זילברג כי הקודקס הנכסף איננו עתיד לשמש תחליף ליצירה ההלכתית או להיות מוכתר בכתר קדושה, אלא תכליתו האחת והיחידה היא לשמש 'יצירה אזרחית, חילונית' בלבד.<sup>47</sup> עם זאת, עתיד הקודקס לינוק ממקורות המשפט המורשתי, לשאוב מערכיו וללגום ממעיינותיו. יניקה זו עתידה להיעשות על פי עקרונות החתימה והגניזה. דווקא הפלוגתות המרובות, מחלוקות הפוסקים על כל פרט ופרט, טען זילברג, מזמנות לעורך שפע רב של סברות, גישות ופסקים, שמהם נקל לו לברור את הדעה המקובלת והרצויה לצרכיה של החברה בת ימינו, גם אם לא נקבעה ההלכה לפיה.<sup>48</sup> או

43 אשר גולאק, 'לסידור חיינו המשפטיים בארץ', בתוך: בוק (עורך), המשפט העברי ומדינת ישראל, עמ' 34-35; איזנשטרט, 'קודיפיקציה חדשה של משפטנו הלאומי', בתוך: הנ"ל, ציון במשפט, עמ' 242 ואילך.

44 יהודית קרפ, 'המועצה המשפטית: ראשית עלילות חקיקה', בתוך: אהרן ברק וטנה שפניץ (עורכים), ספר אורי ידיו, תל-אביב תש"ן, כרך ב, עמ' 209-255; רובינשטיין, שופטי הארץ, 33-49; חריס, הזרמוניות היסטוריות, עמ' 32-35.

45 זילברג, חידושו של המשפט העברי, עמ' 204; הנ"ל, כך דרכו של תלמוד, עמ' 156.

46 הנ"ל, המשפט במדינה העברית, עמ' 180-201; הנ"ל, חידושו של המשפט העברי, עמ' 202-206.

47 הנ"ל, כך דרכו של תלמוד, עמ' 156; הנ"ל, לשאלת עריכת קודקס עברי, עמ' 263; הנ"ל, חידושו של המשפט העברי, עמ' 204.

48 שם, עמ' 205; הנ"ל, כך דרכו של תלמוד, עמ' 160; חיים ה' כהן, 'על המשפט העברי בחיינו', פתחים, כרך 32, חוב' ב (תשל"ה), עמ' 47.

'בלשון ציורית במקצת: לשפוך את היין שהחמיץ ולשמור את החבית, על מנת למלאותה יין חדש, שיתבשם מריחה הספוג, ויהא ריחו וטעמו כריחו וטעמו של היין הישן'.<sup>49</sup> לשיטתו של זילברג עתיד הקודקס להקיף 'חמישה סדרים': סדר חיובים, הכולל דיני הלוואה, ערבות, שליחות והרשאה, דיני שומרים ויחסי עבודה; סדר קניינים, הכולל, דיני מכר ומתנה, משכון, חזקה, ודיני שכירות, שותפים ושכנים; סדר נזיקין, הכולל נזקי גוף וממוץ; סדר נחלות, הכולל דיני ירושה, צוואה ואפוטרופסות; סדר נשים, הכולל דיני אישות ומשפחה.<sup>50</sup> עם זאת הודה זילברג כי אי-אפשר להטביע את חותמו של המשפט העברי על כלל היצירה משפטית. לפיכך הוא הותיר חוקים כגון חוק השטרות, חוק החברות, חוק הפטנטים וכיוצא באלה, בעלי היבטים בין-לאומיים מובהקים, לשיפוט של המחוקק, שיחוקק על פי אמות מידה של 'נוחיות ותועלתיות בלבד'.<sup>51</sup>

הדיון באופיה הרצוי של שיטת המשפט בישראל נמשך בשנות החמישים, שנתפסות כעשור מעצב, אשר בו נמשכו הדיונים לא רק על אופיה של שיטת המשפט בישראל, אלא בעיקר על זהותה של החברה והמדינה ויחסן למורשתה ההיסטורית.<sup>52</sup> גם באותן שנים המשיך זילברג להטיף לגיבושו של קודקס במשפט העברי. 'היום קצר, והמלאכה מרובה, ושר האומה דוחק', כתב. אך הוסיף אזהרה: 'עוד שנים לא מרובות, ונספיק "להשתרש בחטא" – להשפיק בילדי נכרים ולהסתפק בהמשך קיומן של שיטות המשפט הזרות, שהנחילו לנו האימפריה העות'מנית וממשלת המנדט. אם אין אני לי מי ואם לא עכשיו אימתי?<sup>53</sup> אולם משלא הוסדר הקודקס, ו'ההשתרשות בילדי נוכרים', קרי אימוץ שיטות משפט זרות, הפכה להלכה מקובלת שאיש איננו מערער אחריה עוד, הפנה זילברג את מרצו להוכחת חיוניותו וחשיבותו התרבותית של המשפט העברי.

עיון בחיבוריו המאוחרים יותר של זילברג במשפט העברי יגלה כי אלה כוונו, בעיקרו של דבר, לשני נמענים מרכזיים. האחד הוא הקורא המשכיל ובעיקר המשפטן החילוני; לפניהם ביקש זילברג לפתוח צוהר לספרות התלמודית ולאוצרותיה ולחשוף את מכמניה. ואכן, את חיבורו העיקרי במשפט העברי, כך דרכו של תלמוד (ירושלים 1961), פתח זילברג

49 זילברג, לשאלת עריכת קודקס עברי, עמ' 264. ראו גם הנ"ל, חידושו של המשפט העברי, עמ' 205. כאן המקום לציין את הדמיון שבין זילברג לתפיסותיו של קרל שמיט, מן המשפטנים הנודעים ורבי ההשפעה בתקופת הרפובליקה הווימריית ואחריה. לשיטתו של שמיט אפשר לזהות תהליך ברור של חילון מושגים תאולוגיים והחלתם על תורת המדינה המודרנית. ראו, קרל שמיט, תיאולוגיה פוליטית, תרגום: רן הכהן, תל אביב 2005, עמ' 16-17, 57, 67-68.

50 זילברג, חידושו של המשפט העברי, עמ' 205.

51 שם.

52 ראו: עופר חן, האורתודוקסיה הציונית המודרנית בארץ ישראל: במאבק על ערכי היהדות (1977-1942), תל-אביב תשע"ד (להלן: חן, האורתודוקסיה), עמ' 324-329.

53 זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 161. ראו גם הנ"ל, תחיית המשפט העברי, עמ' 51-52; הנ"ל, 'כך דרכו של תלמוד (דברים במסיבה להופעת הספר)', בתוך: כתבי משה זילברג, עמ' 128; אברהם חיים אלחנני, ירושלים ואנשים בה, ירושלים 1973, עמ' 419-420.

בהצהרת כוונות ברורה: 'מטרתו של הספר', כתב, 'היא לקרב דעתו של אדם בן זמננו אל דרכי החשיבה וההיגיון של חכמי התלמוד – לקרוע חלון אל העולם הרחוק, המופלא, של הדיאלקטיקה התלמודית'.<sup>54</sup> נראה שבמגמה זו ראה המשך ליניארי למפעלו של ביאליק. המקרא, כתב זילברג, מוכר לקורא החילוני, האגדה הוכנסה לטרקלין על ידי ביאליק ורבניצקי, 'ונעשתה "סאלונופייהג" (Salonfähig), קרי מוכרת וידועה, ואילו התלמוד 'נותר בבדידות מזהרת, בקרן זוית של ירכתי התרבות שלנו'.<sup>55</sup> מגמתו של זילברג הייתה, אם כן, לגאול את התלמוד מבדידותו, להכניסו לטרקלין, כדרך שעשו ביאליק ורבניצקי לספרות האגדה, ו'להשיבו למקומו הראוי במרכז מערכת קנייני הרוח של האומה'. לא פחות.<sup>56</sup>

הנמען השני שאליו כיוון זילברג את דבריו הוא הרבנות הראשית. עיון בכתביו, ואף בפסיקותיו, חושף ביקורת נוקבת על התעלמותה של הרבנות הראשית מחשיבותה התרבותית והמורשתית של ההלכה לחברה הישראלית ועל אולת ידה וחוסר הישע שגילתה.<sup>57</sup> אולם קריאתו לרנסנס הלכתי לא נבעה מן התקווה להפיכתה של ההלכה לשיטת המשפט בישראל אלא מהנחה שהתאמת ההלכה לצורכי הזמן תביא לחידוש השיח בינה ובין החברה ולביסוס מעמדה כגורם תרבותי מעצב ומשפיע: 'השאלה שעומדת לפנינו היא שאלת עתיד העם ודמות הנוער שלנו, הנוכל להנחיל לו יחס חיובי אל התרבות הלאומית שלנו, כדי שילך בדרך התרבות הזאת ויפתח אותה בהתאם לצרכיו ואמונתו? דבר זה אינו בלתי אפשרי', קבע זילברג והוסיף כי 'תקווה זו לא תוכל להתגשם אם ההלכה תמשיך להיות קשה ומאובנת, כמו שהיא עכשיו, רחוקה מצורכי החיים ומזיקה לאינטרסים החיוניים של המדינה'.<sup>58</sup> אולם מטעמים רבים, שלא זה המקום לדון בהם, לא נענתה הרבנות הראשית לאתגר שהציבה הריבונות הממלכתית להלכה הקיימת.<sup>59</sup>

שלב מאוחר יותר במאבקו של זילברג למען תחייתו של המשפט העברי נמצא במאמציו לשילובו במשפט הישראלי. מתוך הכרה בחשיבותו התרבותית והלאומית ניסה זילברג לא רק לרקום מונחים, מטבעות לשון ועקרונות יסוד ממקורות המשפט העברי במפת המשפט הישראלי אלא בעיקר לבסס את מעמדו כמקור פרשני מחייב וכמקור משלים לדבר חקיקה.<sup>60</sup> זמן קצר לאחר שהתמנה לכהונתו בבית המשפט העליון הביא זילברג לצמצום הקשר המחייב שבין המשפט הישראלי למשפט המקובל, שכן להבנתו 'אין בתי המשפט הישראליים

54 זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' י.

55 שם. השוו: אלון, 'לזכרו של משה זילברג', עמ' יב.

56 זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' י.

57 ראו למשל: זילברג, 'כיצד תיפתר בעיית הממזרים', בתוך: כתבי משה זילברג, עמ' 235–238, 245–248; הנ"ל, 'הסדר עם ההלכה', שם, עמ' 267–280.

58 הנ"ל, תורה והליכות חיים, עמ' 20. השוו: ד"ר 21/60, הרב סולימאן ח' עבודי נ' שר הדתות, פ"ד י"ד, 2045, 2085.

59 חן, האורתודוקסיה, עמ' 306–310, ביבליוגרפיה שם.

60 זילברג, 'דרכו של שופט', בתוך: כתבי משה זילברג, עמ' 63.

מחוייבים ללכת אחר חידושי ההלכה שנתחדשו אחרי קום המדינה בבתי המשפט האנגליים.<sup>61</sup> ואכן, קביעה זו, שקיבלה בהמשך תוקף ב'חוק בתי המשפט, תשי"ג-1953', ציינה את השלב הראשון בדרך לעצמאותו של המשפט הישראלי. מכאן כמו נסללה הדרך לפניו לפנות למשפט העברי כדי לנסות ולעצב על יסודותיו יצירה משפטית עברית ועצמאית.<sup>62</sup> ההודמנות להציג את כוונתו לא איחרה לבוא. בפסק דין מיטובה נ' כזאם נדרש זילברג למשפט העברי בפירושו למונחים 'מוחזק' ו'ראוי', הנזכרים בסעיף 1 ל'חוק נכסי נפקדים, תש"י-1950'.<sup>63</sup> אולם, חבריו למותב הבינו היטב כי כוונתו הייתה להעניק למשפט העברי מעמד של מקור פרשני מחייב ומיהרו לסגור את הפרץ. שניאור זלמן חשין, לדוגמה, טען כי בכואו לפרש מונח שמקורו במשפט העברי, אין לחייב את בית המשפט להיצמד למשמעותו הדתית המקורית: 'בהשלמה לתהליך חידוש חיינו המדיניים העתיקים נוצרה השאיפה לחדש גם את צורות הביטוי העברי המקורי. לצורך כך פנה המחוקק אל אוצרות תרבותנו העתיקה, ובראש וראשונה אל המשנה והתלמוד, וליקט משם דפוסי ביטוי עתיקי יומין, כדי לצקת בהם רעיונות חדשים'. אולם, סייג חשין, 'מטבע הדברים שלא תמיד מתאים הדפוס לחומר אשר הוצק לתוכו. תהא זו טעות גדולה לפרש למשל כל מונח וכל ניב אשר בחוקים שלנו לפי הדבק הדברים ותוכן הדברים של המקום במשנה או בתלמוד שם הם מצויים'. הוא הציע לקבוע כלל פרשני ברור ומצמצם, לפיו במקרה ונדרש השופט לפרש מונח משפטי שנשאל 'ממקורות ספרותנו העתיקה' הרי שאפשר יהיה לדרוש בהם 'רק אם נעלה הדבר מעל כל ספק מתוך השוואה והקבלה, כי ההלכות העולות מן החוק ומן המקור העתיק דומות זו לזו במסגרת הסוגיה המדוברת'.<sup>64</sup> נמצא, אפוא, כי לשיטתו של חשין גם כאשר נדרש בית המשפט לפירושם של מונחים עבריים אין הוא מחויב למשמעותם ההלכתית או המקורית דווקא, אלא לכוונתו של המחוקק החילוני בלבד. מכאן ואילך נוכל לזהות צמצום בשאיפותיו של זילברג. אם בעבר חתר לעיצוב המשפט העברי כשיטת המשפט בישראל ובהמשך ביקש לקבעו כמקור פרשני מחייב, הרי שלאחר פסק

61 ע"פ 125/50, דוד יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו', 514, 564-565; ע"א 208/51, ארוין הקר ואח' נ' שינה ברש, פ"ד ח', 566, 585; זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 144-141. כן ראו: ע"א 81/55, כוכבי נ' בקר, פ"ד י"א, 225; משה בן-זאב, 'תרומתו של ד"ר זילברג למשפט בישראל', בתוך: כתבי משה זילברג, עמ' 21, 28; משה קשת, 'חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980: תגובות', הפרקליט, כרך לג (תשמ"א), עמ' 615 ואילך.

62 ראו: זילברג, 'סגנונו של חוק', בתוך: כתבי משה זילברג, עמ' 65; משה בן-זאב, 'תרומתו של ד"ר זילברג למשפט בישראל', שם, עמ' 21.

63 המ' 89/51, מיטובה בע"מ נ' ז'ק כזאם, פ"ד ו', 4, 7.

64 שם, 11-12. כן ראו: אלפרד ויטקון, משפט וחברה, תל-אביב תשט"ז, עמ' 147; מיכל שקד, משה לנדרוי: שופט, תל-אביב 2006 (להלן: שקד, משה לנדרוי: שופט), עמ' 360; מישאל חשין, 'מורשת ישראל והמשפט המדינה', בתוך: רות גביוון (עורכת), זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן, ירושלים תשמ"ב (להלן: חשין, מורשת ישראל), עמ' 49; פנינה להב, 'העוז והמשרה: השנים הפורמטיביות של בית המשפט העליון, 1948-1955', הציונות, כרך יד (1989) (להלן: להב, העוז והמשרה), עמ' 196.

דין מיטובה הסתפק זילברג בהדגשת חשיבותו של המשפט העברי כמקור השראה פרשני ו'כסגולה להרחבת האופק',<sup>65</sup> וניסה לעצבו כמקור משלים לדבר חקיקה בלבד. ביטוי לכך נמצא בפסק הדין צים נ' מיזאר. עניינו של פסק הדין בתנאי פטור מנזיקין בחוזה הולכה שקבעה לעצמה חברת צים. הוסכם כי סעיף זה איננו מתיישב עם 'תקנת הציבור', ומכאן שהשופטים נדרשו לצקת תוכן נורמטיבי למונח העמום. דומה שלזילברג לא היה כל ספק מהיכן יש לשאוב את הנורמות הראויות לחברה יהודית: 'כאשר השאלה המכרעת לגבי המסקנה המשפטית היא שאלה של השקפת עולם – מה "טוב" ומה "רע", מה "תיקון" ומה "קלקול" העולם', קבע זילברג, 'חייבים אנו לשאוב דווקא מן המקורות הקדומים, כי רק אלה משקפים נאמנה את השקפות היסוד של כלל האומה היהודית'.<sup>66</sup> לעומתו נקט השופט משה לנדוי גישה פרשנית אשר שיקפה את תמצית תודעתה העצמית של הציונות החילונית. לדירו, המונח 'תקנת הציבור' ראוי להתפרש 'על פי ההשקפות המקובלות בציבור הנאור'.<sup>67</sup> כידוע גישתו של לנדוי היא שהתקבלה, ומכאן ואילך הפך הביטוי מדרס נוח לפרשנותו החילונית והליברלית של בית המשפט העליון.<sup>68</sup> מקרה זה מאיר באור בהיר לא רק את התהום האידאולוגית והתודעתית שחצצה בין זילברג ליתר השופטים אלא בעיקר את זיקתם של האחרונים לעקרונות המהפכה הציונית ואת התנגדותם העקרונית להענקת מעמד מחייב למשפט העברי.<sup>69</sup>

נהיר, אם כן, כי במאבקו של זילברג למען תחיית המשפט העברי חלו תמורות מהותיות. אם בשלהי שנות הארבעים הוא הניח כמובן מאליו כי שיטת המשפט שתיוכין בישראל תהא בבחינת יצירה משפטית חדשה המושתתת על יסודות המשפט העברי, הרי שבשנות החמישים הפנה את מרצו לביצור מעמדו כמקור פרשני ומשלים, ובהמשך אף הכיר במעמדו כמקור השראה לא-מחייב. נראה שתמורות אלה בגישתו של זילברג נבעו, בראש ובראשונה, מקריאה נכונה של המציאות החברתית והרעיונית בישראל ומהכרתו הן בחידלונה של הרבנות ובסירובה להביא לרנסנס דתי הלכתי, והן בהכרתו בזרותו של המשפטן החילוני

65 ע"א 248/53, אלזה רוזנבאום נ' אשר וחייה זגר, פ"ד ט', 533, 548. ע"א 208/51, הקר נ' ברש, פ"ד ח', 573, 566.

66 ע"א 461/62, צים חברת השיט הישראלית בע"מ וגרהרר רוזנשטוק נ' שושנה (רוזה) מיזאר, פ"ד יד, 1319, 1333.

67 שם, 1335. כן ראו: שקד, משה לנדוי: שופט, עמ' 361.

68 ראו: בג"צ 287/69, שמחה מירון נ' שר העבודה, פ"ד כ"ד(1), 352; ד"נ 20/82, אדרס חומרי בניין נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 273; בג"צ 910/86, רס"ן (מיל). יהודה רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2), 441; אהרון ברק, שופט בחברה דמוקרטית, חיפה 2004, עמ' 297.

69 אפשר לומר שרוב שופטי בית המשפט העליון באותה עת הסתייגו מפנייה למשפט העברי, וראו בשילובו בפסק דין כ'מוקצה ואסור', כרברי חיים כהן. הנ"ל, מבוא אישי: אוטוביוגרפיה, אור יהודה תשס"ה, עמ' 352, 354; חיים כהן שופט עליון: שיחות עם מיכאל ששר, ירושלים 1989, עמ' 140. כן ראו: להב, העוץ והמשרה, עמ' 181; יצחק אולשן, דין ודברים, תל-אביב תשל"ח, עמ' 212-213.



למקורות הספרות התורנית, וראש לכול מהכרת אופייה של המהפכה הציונית שביקשה לעצב את הזהות היהודית על עדנים ארציים והחילונים וראתה בהלכה יצירה גלותית.

## סיכום

עיון בכתבי משה זילברג, על גונייהם והתפתחותם, מגלה כי פעל מתוך תחושת שליחות עמוקה, שלא קהתה ולא נס ליחה לאורך שנות דור. מאבקו לתחייתו של המשפט העברי או למצער לשילובו במשפט הישראלי, נבע בראש ובראשונה מהכרתו הלאומית והתרבותית. לדידו המטרות הללו היו לא רק אפשריות מבחינה מהותית, אלא הכרחיות לביסוס זיקתה של החברה בישראל למורשתה התרבותית וההיסטורית. לפיכך גם התמורות במטרותיו ובשאיפותיו נבעו מכמיהה לייחד למשפט העברי מקום, צר ככל שיהיה, במשפט הישראלי, מתוך תקווה שבעתיד עוד ינוב ויפרח.<sup>70</sup>

כאמור, הצבעתי על טעמים אחרים שעמדו כמכשול בדרכו של זילברג. אולם דומני כי הסתייגותה של הקהילייה המשפטית היא שמנעה את קביעתו של המשפט העברי כמקור פרשני או כמקור משלים לדבר חקיקה. לצד אמירות שהביעו, כביכול, הכרה בחשיבותו התרבותית והמורשתית של המשפט העברי,<sup>71</sup> בפועל ביכרה הקהילייה המשפטית, אם עקב זיקתה למהפכת התרבות הציונית ואם מזרותה לארון הספרים היהודי, את המשפט המקובל. ביטוי ברור ליחסה של הקהילייה המשפטית למשפט העברי נמצא בדבריו של השופט מישאל חשין. 'דומה שהכל יסכימו', כתב חשין, 'כי משפט עברי, בתורת שכזה, לא מצא דרכו אל בינותינו על דרך הפרשנות אלא מעט מזעיר. המשפט העברי ביחסו למשפטי עמים אחרים – כאמצעי לפירוש חוקי הכנסת – מוצא עצמו כשווה בין שווים, לא רב מכך, ודעתנו שכך ראוי הוא גם למשפט העברי וגם לנו'.<sup>72</sup> ואכן, גישה זו רחקה מאוד מחזונו המשפטי והתרבותי של משה זילברג.

70 ראו: ע"פ 16/58, עיריית תל-אביב נ' יוסף לובין, פ"ד י"ג, 118, 135.  
 71 ראו למשל: 'נאומו של הנשיא ד"ר זמורה, בטקס פתיחת בית המשפט העליון', הפרקליט, כרך ה (1948), עמ' 187-188; שמעון אגרנט, 'המשפט העברי – קניינינו הלאומי', בתוך: בזק (עורך), המשפט העברי ומדינת ישראל, עמ' 86-88; ע"א 191/51, סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח', 141, 176-177.  
 72 חשין, מורשת ישראל, עמ' 53.

