

בין חוק למשפט

תוקפה ההלכתי של פסיקת בתי המשפט

רון ש' קליינמן*

א. מבוא. ב. העמדה המקובלת: פסיקת בתי המשפט אינה תקפה מכוח "דינא דמלכותא". 1. תשובות הרשב"א, ראשונים נוספים ואחרונים; 2. תשובת מהריא"ז עניזל ודעת רוב הדיינים בימינו; ג. עמדת מיעוט א: פסיקת בית המשפט העליון תקפה מכוח "דינא דמלכותא". 1. פסיקת בית המשפט העליון מחייבת מכוח החוק ונחשבת לחלק מן החוק; 2. לבית המשפט העליון יש סמכות שלטונית מכוח עקרון הפרדת הרשויות; 3. פסיקת בתי המשפט תקפה בתנאי שאינה מבוססת על השקפה זרה לתורה; 4. פרשנות בית המשפט העליון לחוק תקפה אך לא פסיקה שאין לה אחיזה בחוק; 5. פסיקת בתי המשפט תקפה אם היא לתועלת הציבור ("לתקנת בני המדינה"); ד. העמדה

לסוּזן

בהוקרה על פועלך רב־השנים
ועל תרומתך המחקרית
למשפט העברי ולמחשבת ההלכה.

פרופ' רון ש' קליינמן, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו; בעל סמיכה לרבנות וכושר לרבנות עיר מהרבנות הראשית לישראל; יו"ר הוועדה הישראלית של האיגוד הבינלאומי למשפט עברי (The Jewish Law Association). לקראת סיום כתיבתו של מאמר זה, ביום כ"ח במנחם אב תשפ"ג (15.8.2023), נפטר אבי מורי האהוב, אלעזר קליינמן. יהי נא מאמר זה נר לעילוי נשמתו.

תודתי נתונה לדיינים הרבנים שלמה אישון, אהרן כ"ץ, דניאל כ"ץ, אוריאל לביא, סיני לוי, אהרן פלדמן ועדו רכניץ, וכן לפרופ' יצחק ברנד, פרופ' אביעד הכהן, ד"ר מיכאל ויגודה, פרופ' אבישלום וסטרניך, ניר מסורי, אלנתן קליינמן, ישי קליינמן, פרופ' עמיחי רדזינר, ד"ר יוסי רחמים, הרב רפאל שטרן ואורי שר, אשר קראו את המאמר או חלקים מתוכו והאירו עיניי בהערותיהם. רוב תודות גם לשופט המאמר וכן לעורך ד"ר שי ווזנר, לעורכת המשנה נועה מליניאק ולחברות המערכת אופיר ולטר ותם שירו, על עבודת עריכה מקצועית ומעולה. הדגשות, פיסוק וניקוד המופיעים בצייטוטים והוספות המובאות בהם בסוגריים מרובעים הם שלי, אלא אם נאמר אחרת. לנוחות הקוראים, פתחתי ראשי תיבות וקיצורים.

המקובלת: פסיקת בתי המשפט תקפה (רק) מכוח "מנהג המדינה" או מכוח אומדנא. 1. הבסיס ההלכתי לתוקפה של הפסיקה האזרחית מכוח "מנהג"; 2. הנפקויות בין תוקף פסיקת בית המשפט העליון מכוח "דינא דמלכותא" לבין תוקפה רק מכוח "מנהג"; 3. ההבחנה בין "מנהג" לבין אומדנא; 4. הרב שלמה דיכובסקי; 5. דיינים ברשת ארץ חמדה גזית; 6. דיינים בבית דין ירושלים לדיני ממונות; 7. הרב יוסף פליישמן; 8. הרב שלמה זלמן גרוסמן; ה. עמדת מיעוט ב: פסיקת בתי המשפט אינה תקפה כלל (אפילו מכוח "מנהג המדינה" ואומדנא). 1. אנשים אינם מתקשרים על דעת פסיקת בתי המשפט; 2. אנשים המחויבים להתדיינות בדין תורה אינם מתקשרים על דעת פסיקת בתי המשפט; 3. פסיקת בתי המשפט אינה יציבה; 4. מנהג המאמץ בכל דבר את החוק ואת פסיקות בתי המשפט עוקר דין תורה; 5. פסיקת בית המשפט העליון המבוססת על השקפה זרה לתורה אינה תקפה; 6. פסיקת בית המשפט העליון תקפה רק אם הוכח כי הצדדים התכוונו להתקשר על פיה; 7. הרב שלמה גורן: "הדיינים צריכים לפרש את החוק מתוך עצמו"; 8. הרב מנשה קליין: במדינות דמוקרטיות אין תוקף אפילו לחוק; ו. סיכום ומסקנות.

א. מבוא

מאמר זה בוחן את שאלת תוקפה ההלכתי של פסיקת בתי המשפט האזרחיים לדעת הפוסקים מתקופת הראשונים ועד לדייני זמננו, תוך התמקדות בדיינים במדינת ישראל. למיטב ידיעתנו, אף שמחקרים רבים עסקו בתוקף ההלכתי של חוקי המדינה, טרם יוחד מחקר לשאלת התוקף ההלכתי של פסיקת בתי המשפט,¹ ונושא זה זכה עד כה לדיון

1 פרופ' שילה בספרו, אשר נכתב לפני כיוכל שנים, עסק בעיקר בתוקף ההלכתי של החוק הזר, ובנוגע לפסיקת בתי משפט אזרחיים דן בעיקר בתוקף "שטרות העולים בערכאות של גויים". ראו שמואל שילה דינא דמלכותא 312-402 (התשל"ה). פרופ' שוחטמן דן במאמר אחד בתוקף ההלכתי של החוק האזרחי אך לא בתוקף הפסיקה האזרחית, ובמאמר אחר, שהוקדש למעמד ההלכתי של בתי המשפט בישראל, עסק בשאלה אם חל איסור "ערכאות של גויים" על התדיינות בבתי המשפט אך לא בשאלת התוקף ההלכתי של פסיקותיהם. ראו אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" שנתון המשפט העברי טז-יז 417 (התש"ן-התשנ"א) (להלן: שוחטמן "הכרת ההלכה"); אליאב שוחטמן "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל" תחומין יג 337-368 (התשנ"ב-התשנ"ג). בעניין מעמד בתי המשפט בישראל כ"ערכאות של גויים" ובהשלכותיו על נתבע שפונה אליהם, ראו גם אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני: לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדין ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל 456-471 (התשע"א).

מועט יחסית בספרות התורנית.² מאמר זה הוא אפוא מחקר חלוצי, אשר נועד לשמש נדבך למחקרים עתידיים.

מקובל לומר, כי בעוד לחוקים אזרחיים יש במקרים מסוימים תוקף הלכתי מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא"³ כשהם לתועלת הציבור, בלשון ההלכתית: "לתקנת בני המדינה",⁴ לפסיקות בתי המשפט אין תוקף כזה. עמדה זו מוצגת לעיתים קרובות כעמדה ההלכתית המוסכמת והמקובלת על הפוסקים – הן על ידי דיינים⁵ והן בספרות התורנית.⁶ אולם, הטענה המרכזית של המאמר שלפנינו היא כי כאשר בודקים את עמדות הדיינים בני זמננו לעומק, מתגלה תמונה מורכבת יותר. העמדה המקובלת היא כי הפסיקה האזרחית אינה תקפה מכוח "דינא דמלכותא", אך עשוי להיות לה תוקף מכוח "מנהג", שכן היא הופכת בדרך כלל תוך זמן קצר למנהג. היות וצדדים להסכם מתקשרים על דעת המנהג, הפסיקה האזרחית הופכת לתנאי מכללא בהסכם. אולם, לצד העמדה המקובלת, שהיא עמדת בנינים, יש שתי עמדות מיעוט הניצבות משני עבריה. מצד אחד, כמה דיינים העניקו לפסיקת בית המשפט העליון או לחלקה תוקף מכוח "דינא דמלכותא" (עמדת מיעוט א), ומצד שני, דיינים אחרים קבעו כי לפסיקת בתי המשפט,

- 2 יש לציין במיוחד את חיבוריהם של הדיינים הרבנים בס, סדן ורכניץ. ראו בס, להלן ה"ש 9; סדן, להלן ה"ש 10; רכניץ, להלן ה"ש 81. דבריהם יידונו בהמשך.
- 3 על כלל זה ראו שילה, לעיל ה"ש 1; מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 58-67 (התשמ"ח).
- 4 ראו למשל הרב שלמה דיכובסקי "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? "תחומין יח 18, 27 (התשנ"ח) (להלן: דיכובסקי "הלכת השיתוף"): "רוב הפוסקים [...] סוברים שיש מקום לדינא דמלכותא בדבר שהוא לתקנת המדינה". על "תקנת בני המדינה" ראו גם להלן ליד ה"ש 129.
- 5 ראו למשל יעקב אליעזרוב "מעביד החורג ממנהג המדינה" תחומין כ 75-76 (התש"ס) [=עיבוד של פסק דינו בדעת המיעוט, ת' (אזורי ת"א) 1-35-9063413, פר"ר כב 190, 192-211 (התשנ"ט)], ראו להלן ה"ש 70; אוריאל לביא עטרת דבורה: פסקי דין שהתבררו בבית הדין בתוספת בירורי הלכה כרך ב 946 (התשס"ט) [=פסק דינו בת' (אזורי צפת) 618660/1 פלונית נ' מוסדות פלונים (נבו 25.2.2008)], ראו להלן ה"ש 71; ת' (ארץ חמדה גזית ר"ג) 2-72111 התובעת נ' הישיבה הגבוהה "מעלה אליהו" 2 (ארץ חמדה גזית 4.2.2013) (הרבנים אהרן כ"ץ, סיני לוי, ניר ורגון): "ההלכה מחייבת אותנו לקבל את חוקי המדינה כמנהג המדינה, אך אינה מחייבת אותנו לקבל כל פרשנות שכתב כל שופט [...]"; וראו הציטוט המלא להלן ליד ה"ש 287; איתמר ורהפטיג ועדו רכניץ "מעמד 'חוקי המגן' של העבודה על פי ההלכה" אמונת עתיך 114, 60 (התשע"ז): "אין תוקף הלכתי לפסיקת בתי המשפט האזרחיים, אלא רק לחלק מחוקי המדינה. עמדה זו היא המקובלת בפסיקה"; פסק הדין של הרב אריאל ינאי, להלן ה"ש 72; הרב ש"ז גרוסמן, להלן ליד ה"ש 364.
- 6 ראו למשל חיים פ' בניש ערכאות בהלכה: חקרי הלכות, בירורים, פסקים ותשובות בעניני ערכאות של גויים עא-עב (התשע"ו): "וכן פשוט בספרי האחרונים, שאין להחיל את הכלל דינא דמלכותא דינא על חוקי הערכאות, ומלך שתקין שידונו כדיניהם ולא כדיני ישראל – ח"ו לשמוע לו".

כולל בית המשפט העליון, אין כלל תוקף הלכתי, אפילו מכוח "מנהג" (עמדת מיעוט ב). גם בתוך כל אחת משתי עמדות המיעוט יש גישות שונות, החלוקות זו מזו בהיקף הקבלה או הדחייה של הפסיקה האזרחית ובנימוקים לכך.

לעמדות השונות הללו של הדיינים יש נפקויות שונות המשליכות על פסיקותיהם. נפקות אחת נוגעת לזכויות שנקבעו בפסיקות של בית המשפט העליון או של בית הדין הארצי לעבודה⁷ כקוגנטיות (כופות), היינו זכויות שאינן ניתנות להתניה על ידי הצדדים או לוותר, כדוגמת זכויות עובדים מכוח חוקי המגן. אם נוקטים את העמדה המקובלת, שלפיה הפסיקה האזרחית תקפה מכוח "מנהג" בלבד – יש תוקף להסכם מנוגד של הצדדים או לוותר של העובד על זכויותיו. שכן, תנאי מפורש בהסכם גובר על מנהג, שאינו אלא תנאי מכללא. לעומת זאת, אם הקוגנטיות של חוקי המגן שנקבעה בפסיקת בית המשפט העליון תקפה מכוח "דינא דמלכותא" – היא תגבר על הסכם מנוגד שעשו הצדדים או על ויתור מצד העובד.⁸ נפקות דומה תהיה גם כאשר המנהג של הצדדים לעסקה או של בני המקום מנוגד לפסיקת בית המשפט העליון.

נפקות שנייה נוגעת לתוקף של פסיקות בית המשפט העליון בכלל, אף אם אינן קוגנטיות, בכל תחום הנוגע ליחסים הסכמיים בין צדדים, כגון דיני חוזים, שכירות, בתים משותפים והלכת השיתוף, אשר קובעת את דרך חלוקת הרכוש בין בני זוג בעת גירושין. לדעת הסוברים כי לפסיקות אלו אין כל תוקף הלכתי, בית הדין יתעלם מהן ויפסוק רק לפי דין תורה. לעומת זאת, לפי העמדות האחרות, על בית הדין להעניק לפסיקות הללו תוקף מכוח "דינא דמלכותא" או לפחות מכוח "מנהג".

במבט ראשון נראה כי בקרב הדיינים יש דעות מעטות בלבד בשאלת תוקף הפסיקה האזרחית כ"דינא דמלכותא", וכי אפשר להציגן בצורה פשוטה. כך אכן נהגו שני דיינים, אשר הציגו שתיים⁹ או שלוש גישות¹⁰ בנושא זה. אולם, עיון נוסף הביא אותנו למסקנה,

7 לדעתנו, גם לפסיקות בית הדין הארצי לעבודה יש תוקף מכוח "דינא דמלכותא", בדומה לפסיקות בית המשפט העליון. זו גם עמדת הרב סדן, וכך הוא מביא בשם השופט שמואל טננבוים: "גם פסקי דין של בית הדין הארצי לעבודה מחייבים בפועל את בתי הדין האזוריים לעבודה כתקדים מחייב". ראו אורי סדן דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה 35, ה"ש 42 (התשע"ה) (להלן: סדן דיני עבודה). לשם הקיצור, בהמשך נתייחס רק לפסיקת בית המשפט העליון.

8 להדגמת נפקות זו ראו עוד להלן, ליד ה"ש 234–239. וראו להלן ה"ש 235.

9 הרב דוד בס מציג שתי גישות מרכזיות: הגישה המקובלת וגישתו האישית, אשר תוצג בהמשך, להלן ליד ה"ש 97 ו-119. ראו דוד בס "חוזים על פי דיני התורה" כתר א 103, ה"ש 223 (התשנ"ו).

10 הרב אורי סדן כותב: "בעניין זה מצאנו שלוש גישות [...] 1. אין תוקף לפסיקות בתי המשפט [מכוח "דינא דמלכותא". וכאן הוא כולל גם את דעת הרב דייכובסקי, שתידון להלן]. [...] 2. במשטר מודרני יש תוקף לפסיקות בתי המשפט [...] 3. יש תוקף לפסיקת בתי המשפט שקבלה את אישור בתי הדין". ובסיכום כתב כי "דעת רוב הפוסקים" כגישה הראשונה.

כי חלק מגישות הדיינים מורכבות יותר ואינן נכנסות ל"תבניות" פשוטות. כאשר עמדו לפנינו כמה מקורות שבהם הביע הדיין את עמדתו בנידון, השוינו ביניהם, וכאשר נראתה סתירה לכאורה בין המקורות השונים ניסינו ליישבה או להסבירה.

פסקי הדין הנידונים במאמר זה מלמדים על מגוון דרכי התמודדות של דייני זמננו עם המציאות המשפטית, החוקתית, הכלכלית והחברתית המודרנית, במיוחד במדינת ישראל, מציאות השונה במידה רבה מזו שבה חיו הראשונים והאחרונים עד לזמננו, ואשר בה נכתבה ספרות הפסיקה והשו"ת. עוד מלמדים פסקי הדין גם על יחסם הערכי של הדיינים אל החוק ואל פסיקות בתי המשפט.¹¹ מחקר זה מתוסף אפוא למחקרים אקדמיים ותורניים – ההולכים ומתרכבים בעשורים האחרונים – אשר עוסקים בפסיקה הממונית של דיינים בימינו.¹²

מלאכת השגת פסקי הדין למחקר זה לא הייתה קלה, ונזקקנו ללקט מקורות, בין היתר, מכתבי עת, מאוספי מאמרים ומחיבורים מסוגים שונים שפרסמו הדיינים. נוסף על כך, לצערנו רוב בתי הדין הפרטיים העוסקים בדיני ממונות אינם מפרסמים את פסקי דינם, ולא מעטים מהם כלל אינם כותבים פסקי דין מנומקים.¹³ מסיבה זו לא היה בידינו לברר מה עמדתם של דייני בתי הדין הללו ומה מדיניותם של בתי הדין שבהם הם מכהנים, אם אכן יש להם מדיניות אחידה, בנוגע לשאלת התוקף ההלכתי של פסיקות בתי המשפט.

בהקשר זה ראוייה לציון, כחריג לתופעה הנזכרת, רשת בתי הדין של ארץ חמדה גזית, אשר דייניה כותבים פסקי דין מנומקים ומפורטים, המתייחסים, לא אחת באופן מעמיק, לחוק ולפסיקה האזרחית, ואשר מתפרסמים באתרם בתוספת תקצירים. פסקי דין אלו יידונו בהרחבה במחקר זה. גם בבית דין ירושלים לדיני ממונות כותבים פסקי דין מנומקים, בדרך כלל קצרים יותר, המתייחסים אף הם, אם כי לעיתים רחוקות יותר, לדין האזרחי. פסקי הדין הללו מתפרסמים הן בדפוס והן באמצעות מאגר "אוצר החכמה", וכמה מהם יידונו במחקרנו.

ראו אורי סדן מעמדם ההלכתי של חוקי המגן על העובדים 22-27 (עדו רכניץ עורך, מכון משפטי ארץ התש"ף) <https://www.dintora.org/assets/files/6851584885399.pdf> (להלן: סדן חוקי המגן). גישות אלו הוצגו על ידו ביתר קיצור בחיבורו: אורי סדן אורות החושן: עבודה וקבלנות 53 (התשפ"ב) (להלן: סדן אורות החושן), ובאופן מעט שונה גם בחיבורו: סדן דיני עבודה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 32-37.

11 בעניין האחרון ראו רון ש' קליינמן "הכל כמנהג המדינה?": הלכה והשקפה בפסיקת הדיינים בבתי הדין הממלכתיים בישראל בסכסוכי עבודה" מחקרי משפט לב 141 (2019) (להלן: קליינמן "סכסוכי עבודה"); רון ש' קליינמן "הלכה והשקפה: יחסי גומלין מאפייני פסיקות של דיינים חרדים במדינת ישראל בסכסוכים ממוניים" משפט חברה ותרבות א 107 (2018) (להלן קליינמן "מאפייני פסיקות").

12 מדובר במאמרים ובמחקרים רבים ואין כאן המקום לפרטם. חלק מהם יצוינו לאורך המאמר.

13 על תופעה זו וסביבותיה ראו קליינמן "מאפייני פסיקות", לעיל ה"ש 11, בעמ' 115.

במחקר זה נכללו גם פסקי דין של בתי הדין הרבניים הממלכתיים, הדנים בענייני ממון בעיקר בהקשר לתביעות גירושין. מאז קום המדינה דנו בתי דין אלו גם בסכסוכי ממון אחרים, בכפוף להסכמת הצדדים.¹⁴ פסקי הדין שעסקו בתביעות כאלו, לפחות אלו שפורסמו, הם מעטים למדי, ורבים מהם עוסקים בדיני עבודה. בשנת 2006 קבע בג"ץ כי אסור לבתי הדין הרבניים להמשיך ולעסוק בענייני ממון שאינם כרוכים בענייני נישואין וגירושין,¹⁵ ומאז פסיקתם בענייני ממון עוסקת בעיקר בתביעות רכוש של בני זוג ומעט בענייני צוואות, ירושות והקדשות.

לענייננו, ראוי לשים לב להבדל חשוב שבין בתי הדין הפרטיים והממלכתיים. בתי הדין הפרטיים דנים מכוח חוק הבוררות, ועד היום כמעט ולא הוגשו נגדם עתירות חוקתיות-מנהליות.¹⁶ לעומתם, בתי הדין הרבניים הממלכתיים, בדונם בענייני רכוש של בני זוג המסורים לסמכותם מכוח החוק, כפופים לביקורת בג"ץ, אשר מוסמך לבטל את פסקי דינם ולעיתים גם עושה זאת. יתר על כן, בשנת 1994 חייב בג"ץ את בתי הדין הרבניים לפסוק בעניינים שאינם ענייני המעמד האישי בהתאם לדין האזרחי כולו, ובכלל זה בהתאם לפסיקות בית המשפט העליון.¹⁷ הדיינים ה"ממלכתיים" פועלים אפוא כאשר "חרב בג"ץ" מונפת מעל ראשם. כפי שניווכח, מציאות זו גרמה לכך שהם נאלצו לעיתים לאמץ בפסיקותיהם חוקים ופסקי דין אזרחיים מסוימים, אף שסברו כי מבחינה הלכתית לא ראוי לאמצם. ניתקל בתופעה זו בנוגע להלכת השיתוף ולחוק יחסי ממון. מנגד, כפי שניווכח היו גם דיינים שסירבו לפסוק בנושאים אלו לפי הדין האזרחי, בניגוד לפסיקת בג"ץ.¹⁸

ראוי לציין, כי לא הגבלנו עצמנו מראש לבתי דין מסוימים וגם לא לדיינים המשתייכים למגזר מסוים. המחקר בחן את דבריהם של דיינים שהתייחסו לנושא דנן, במפורש או במרומז, ואשר עלה בידינו לאתרם. פרט לפסקי דין, חיפשנו התייחסויות נוספות של פוסקים ודיינים לנושא מחקרנו בחיבורים ובמאמרים פרי עטם. פרט למקורות

- 14 בהתבסס על ס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953.
- 15 בג"צ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).
- 16 אולם, ראו את פסק הדין שאסר על בית דין פרטי באלעד להוציא כתבי סירוב: בג"ץ 3584/13 עמותת חרו"ש – לחופש דת ושוויון ואח' נ' רב העיר אלעד (נבו) 18.7.2016.
- נוסף על כך, במקרים חריגים רשאי בית המשפט לבטל פסק בורר מכוח ס' 24 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968.
- 17 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994). ראו להלן ליד ה"ש 147.
- 18 הדיינים הולכים גם בדרכים אחרות. רובם מנסים להגיע להסכמת הצדדים ב"קבלת קניין" על כך שבית הדין יפסוק להם לפי הדין האזרחי. אולם, בחלק מן המקרים הדיינים מצהירים כי הם מקבלים את הדין האזרחי אבל בפועל, בדרכים שונות, אינם פוסקים על פיו. ראו שי זילברברג "ואף-על-פי-כן: מרוץ סמכויות" משפטים נד (צפוי להתפרסם).

כתובים, נכללו במחקר זה גם דברים שאמרו לנו דיינים בשיחות עימם וכן מכתבים שקיבלנו מהם במענה לשאלותינו.

כמעט כל הדיינים בני זמננו שדכריהם יידונו במאמר זה חיו או עדיין חיים בישראל. הסיבה לכך היא כי בימינו מתפרסמים מעט מאוד פסקי דין בדיני ממונות של בתי דין או של דיינים הפועלים בחוץ לארץ.¹⁹ עובדה זו משמעותית לנידוננו. לדעת חלק מהפוסקים הכלל "דינא דמלכותא דינא" אינו חל בשלטון יהודי בארץ ישראל, ולכן לחוקי מדינת ישראל, וקל וחומר לפסיקות בתי המשפט בישראל, אין תוקף כ"דינא דמלכותא" אלא לכל היותר כ"מנהג".²⁰ לעניין זה יש כאמור נפקויות חשובות.²¹ לו היו פועלים אותם דיינים בחוץ לארץ, ייתכן שהיו פוסקים כי לחוקי מדינותיהם יש תוקף כ"דינא דמלכותא", ואפשר שהיו פוסקים כך אף בנוגע לפסיקות בית המשפט העליון באותן מדינות או לפחות בנוגע לחלקן.

הערה מתודולוגית חשובה בנוגע לחומרים שבהם השתמשנו במחקר זה. יש להבחין בין שלושה סוגי מקורות: (א) פסקי דין שבהם דנו הדיינים בשאלת התוקף ההלכתי של פסיקות בתי המשפט, וגם יישמו את גישתם בנידון לצורך הכרעה בתביעה; (ב) פסקי דין שבהם הביעו הדיינים את גישתם העקרונית בנידון אך לא נדרשו להכריע בין הגישות השונות לצורך הכרעה בתביעה; (ג) בירורים שכתבו הדיינים בנידון שלא במסגרת פסקי דין.

מקורות מסוג (א) הם הטובים ביותר לצורך מחקר זה. לעומתם, שימוש במקורות מסוג (ב) ו-(ג) דורש זהירות, כי מדובר בגישה עיונית בלבד שאינה מאפשרת לבחון את יישומה. הקושי בהסקת מסקנות ממקורות אלו נעוץ בשני גורמים. ראשית, יישום גישה הלכתית על עובדות של מקרה מסוים מסייע להבנתה המדויקת. לא במקרה, כאשר מובאת בתלמודים יותר מדעה אחת בנושא כלשהו, מברר התלמוד מה הנפקות בין הדעות השונות.²² שנית, לעיתים מצאנו שוני בין פסיקה עיונית של פוסק לבין פסיקתו הלכה למעשה. תופעה זו נידונה רבות, הן בספרות הרבנית והן בספרות המחקר, בנוגע להבדלים

19 נציין כמה חריגים: הרב יעקב דוד שמאהל (דיין בבית הדין בקהילת "שומרי הדת" באנטוורפן), ראו כסאות לבית דוד: תשובות ובירורים ממה שחנני השי"ת בדיני ממונות השכיחים והמצויים, חלקים א-ב; סדרת פסקי דין באנגלית, שכתב הרב ד"ר רוני ורבורג (דיין ב" Beth Din of America ובורר), חלק גדול מהם עוסק בדיני משפחה. ראו A. YEHUDA Beth Din ; WARBURG, RABBINIC AUTHORITY: THE VISION AND THE REALITY (2013-2018) of America מפרסם פסקי דין באתרו, אך הם מעטים ביותר. ראו Resources, BETH DIN .Am., <https://bethdin.org/resources> (last visited Feb. 3, 2024)

20 ראו להלן ליד ה"ש 25.

21 ראו לעיל ליד ה"ש 7-8 ולהלן ליד ה"ש 234-239.

22 בכבלי – באמצעות השאלות: "למאי נפקא מינה?" או "מאי נפקא לך (או: לן) מינה" (לפי מאגר פרויקט השו"ת, מופיעות בכבלי 168 פעם); "מאי בינייהו?" (183 פעם). בירושלמי – באמצעות השאלה "מה נפק מביניהון". ראו למשל ירושלמי, ברכות ג, ו; ירושלמי,

שבין פסיקת פוסקים בספרי הפוסקים שלהם לבין פסיקתם בתשובותיהם. לדעת פוסקים רבים, כאשר יש סתירה בין מקורות הלכתיים שונים שכתב אותו חכם, ובאחד מהם הוא פוסק הלכה למעשה, פסיקה זו עדיפה על פני פסיקת הלכה עיונית-מופשטת.²³ לאור האמור, חשוב לשים לב אם דברי כל אחד מן הדיינים שיידונו להלן משקפים תפיסה עיונית גרידא או שמדובר בפסק דין שבו גם יישם הדיין את גישתו לצורך הכרעה בתיק.

זו תהיה דרך הילוכו של המאמר. פרק ב' דיון בדברי הפוסקים שעליהם מבוססת העמדה המקובלת בקרב הדיינים, שלפיה פסיקת בתי המשפט אינה תקפה מכוח "דינא דמלכותא". הפרק יתמקד בתשובותיהם של הרשב"א ומהרי"א²⁴ ענייל ובדברי דייני זמננו שפסקו על פיהם. פרק ג' יציג את הדעה המנוגדת של מיעוט הדיינים, שלפיה פסיקת בית המשפט העליון, לפחות במקרים מסוימים, תקפה כ"דינא דמלכותא" (דעת מיעוט א). שיטותיהם של דיינים אלו שונות זו מזו הן בהיקף הקבלה של הפסיקה האזרחית והן בנימוקים שעמדו בבסיסה. פרק ד' ישלים את פרק ב', ויציג את העמדה ההלכתית המקובלת בשלמותה: פסיקת בתי המשפט אינה תקפה כ"דינא דמלכותא" (בכך כאמור יעסוק פרק ב'), אולם היא תקפה (רק) מכוח "מנהג" או אומדנא. פרק זה יעמוד גם על הנפקויות של עמדה זו, במיוחד בנוגע לדין קוגנטי. בעוד פרק ג' יסקור עמדה של מיעוט הדיינים, אשר העניקו לפסיקת בית המשפט העליון, לפחות בחלקה, תוקף כ"דינא דמלכותא" (דעת מיעוט א), פרק ה' יעסוק בעמדת מיעוט הפוכה של הדיינים אשר סוברים כי לפסיקה האזרחית אין תוקף כלל, אפילו לא מכוח "מנהג" (דעת מיעוט ב). גם שיטותיהם של הנוקטים עמדה זו שונות זו מזו בהיקפן ובנימוקיהן. פרק ו' יסכם את מסקנות המחקר.

ב. העמדה המקובלת: פסיקת בתי המשפט אינה תקפה מכוח "דינא דמלכותא"

רוב הפוסקים מעניקים תוקף לחוקי מדינת ישראל מכוח "דינא דמלכותא".²⁴ עם זאת, פוסקים אחרים סבורים, כי הכלל "דינא דמלכותא דינא" אינו חל בשלטון יהודי בארץ ישראל. דומה כי זו דעת רוב הדיינים החרדים בישראל בימינו, אם כי יש גם דיינים

פאה ג, ה. על המונח הנ"ל בירושלמי ראו לייב מוסקוביץ' הטרמינולוגיה של הירושלמי: **המונחים העיקריים** 406-409 (2009) (תודה לפרופ' לייב מוסקוביץ').

23 ראו אֶלון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 795-797; ברכיהו ליפשיץ "מעמדה המשפטית של ספרות השאלות והתשובות" **שנתון המשפט העברי** ט-265 (התשמ"ב-התשמ"ג).

24 נושא זה נידון במקומות רבים, ראו למשל שוחטמן "הכרת ההלכה", לעיל ה"ש 1; ישראל בן שחר ויאיר הס "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה" **כתר** א 339 (התשנ"ו); רכניץ **מעמדם, להלן ה"ש 81**; סדן **דיני עבודה**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 29: "רובם המוחלט של הפוסקים מעניקים תוקף לחוקי המדינה אם מכח דינא דמלכותא ואם מכח תקנות הקהל". וראו המקורות שם, בעמ' 7, ה"ש 21. יש פוסקים המעניקים לחוק הישראלי תוקף גם מכוח תקנות הקהל. ראו במקורות שצוינו לעיל בהערה זו, וראו גם להלן ה"ש 94.

ציונים דתיים הגורסים כך.²⁵ לפי הגישה האחרונה ברור, כי במדינת ישראל אין תוקף מכוח "דינא דמלכותא" לא לחוקים ולא לפסקי דין של בתי המשפט. אולם, גם בקרב הדיינים המעניקים לחוקי מדינת ישראל תוקף כ"דינא דמלכותא" העמדה המקובלת היא, כאמור, כי פסיקת בתי המשפט אינה תקפה כ"דינא דמלכותא". בפרק זה יוצגו דברי הפוסקים, למן הראשונים ועד לדייני זמננו, הנוקטים את העמדה המקובלת.

1. תשובות הרשב"א, ראשונים נוספים ואחרונים

בעיני המשפטן בימינו, אין הברל של ממש בין החוק לבין פסיקת בית המשפט העליון, ושניהם מחייבים באותה מידה. אולם, לא כך גרסו רוב פוסקי ההלכה והדיינים לדורותיהם. העמדה המקובלת בקרב הפוסקים – ראשונים, אחרונים ופוסקי זמננו – היא כי הכלל "דינא דמלכותא דינא" חל רק על חוקים, אך לא על פסיקת בתי משפט.²⁶

בטרם נציג את המקורות לעמדה המקובלת, יש מקום לברר, מה טיב ההבחנה בין חקיקה לבין פסיקת בתי משפט. האם ההבחנה היא מהותית, כלומר הכלל "דינא דמלכותא דינא" חל רק על נורמה אחידה ("דינא"), אך לא על נורמה שיישומה תלוי בשיקול דעת ואינה אחידה,²⁷ או שהיא מוסדית, היינו הכלל חל רק על נורמות שקובע השלטון או המחוקק ("מלכותא") אך לא על כאלו שיוצר בית משפט? הנפקות בין שתי האפשרויות תהיה לפסיקה אשר מיישמת את החוק כהווייתו או שמפרשת אותו באופן "רזה" תוך הפעלת שיקול דעת מוערי. לפי האפשרות הראשונה – לפסיקה כזו לא יהיה תוקף כ"דינא דמלכותא", ולפי השנייה – היא עשויה להיות תקפה.

גם את ההבחנה המוסדית בין חקיקה לפסיקה ניתן להבין בשתי דרכים. האחת, ההבחנה תלויה בזהות המוסד שקובע את הנורמה: הכלל נאמר רק על נורמה שקובע השלטון או המחוקק, אך לא על כזו שקובע בית משפט. לפי הדרך השנייה, ההבחנה תלויה בתוקף השלטוני המחייב של הנורמה: הכלל נאמר רק על נורמה שיש לה תוקף שלטוני כמחייבת את כל הציבור, אולם נורמה שקובע בית משפט מחייבת רק את בעלי הדין שלפניו, אך לא את בתי המשפט האחרים ולא את הציבור. הנפקות בית שתי אפשרויות אלו תהיה למציאות בימינו שבה לפסיקת בית המשפט העליון יש תוקף שלטוני-חוקי מחייב. לפי האפשרות הראשונה – פסיקה כזו לא תהיה תקפה כ"דינא דמלכותא", אך

25 ראו קליינמן "סכסוכי עבודה", לעיל ה"ש 11, בעמ' 168; קליינמן "מאפייני פסיקות", לעיל ה"ש 11, בעמ' 124, ובהפניות שצוינו במאמרים אלו.

26 ראו במקורות שצוינו לעיל בהערות 5-6, וראו עוד להלן.

27 הרב עדו רכניץ, באחד מהסבריו להבחנה בין חוק לפסיקת בתי משפט, נוקט הבחנה מהותית המתמקדת בשיקול הדעת השיפוטי ולא בחוסר האחידות של הנורמה. לדעתו, הבעיה היא ש"מערכת המשפט מפרשת ומיישמת את החוק בהתאם להשקפת עולמה בנוגע לצדק ויושר" ולא לפי "עקרונות הצדק והיושר של התורה". ראו להלן ליד ה"ש 200.

לפי השנייה – היא תהיה תקפה. להלן נראה כי מחלק מהמקורות עולה הבחנה מוסדית, מחלק הבחנה מהותית, ויש מי ששילב בין השתיים.²⁸

רבים מן הפוסקים ביססו את עמדתם על הרשב"א (ספרד, המאה ה-13), הקובע בתשובתו (להלן: ג, קט), אשר צוטטה בבית יוסף:²⁹

ולענין "דינא דמלכותא דינא" שאמרת, בודאי לא אמרו אלא במאי דאיכא הרמנא דמלכא ובדברים שהם מדיני המלכות, ד"דינא דמלכותא" – אמרו, "דינא דמלכא" – לא אמרו. אלא כמו שאנו יש לנו משפטי מלוכה [...]. כך בשאר האומות דינין ידועים יש למלכים ובהם אמרו דדיניהם דין, אבל דינין שדינין בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכה אלא הערכאות דנין לעצמן כמו שימצאו בספרי הדיינין. שאם אין אתה אומר כן, בטלת חס ושלום דיני ישראל, וכבר בא לידי ואמרת³⁰.

בתשובה אחרת (להלן: ו, קמט) שב הרשב"א על ההבחנה בין חוק לבין פסיקת שופטים. לדבריו, ההבחנה היא בין חוקי המלכות, שהמלך מקפיד כי בתי המשפט יפסקו על פיהם, לבין "דינים", ששופט מחדש ומפרש לפי דעתו אך השופטים שאחריו אינם כפופים לפסיקתו. לפסיקות שופטים אין תוקף כ"דינא דמלכותא", אולם עשוי להיות להן תוקף מכוח "מנהג":

עוד אני אומר שעל דיני הגוים [לא]³¹ אמרו דינא דמלכותא דינא, שאין המלך מקפיד על דינין ידועין שזה [=השופט בערכאות]³² בא ומחדש ומפרש דינין לפי דעתו ושכלו, ואַחַר בא ומהפך דבריו ואין למלך בזה הקפדה כלל, אלא אם כן הם נימוסין ידועין עשויין מצד המלכות וכמצוה

28 הרשב"א הרגיש בתשובה אחת את ההבחנה המהותית ובאחרת – את המוסדית, ראו להלן אחרי ה"ש 34. הסמ"ע (להלן ליד ה"ש 109) הבין שההבחנה היא מוסדית, וכי היא תלויה בזהות המוסד שקובע את הנורמה ולא בתוקפה החוקי המחייב. מהרי"א עניזל (להלן אחרי ה"ש 64 ו-83) שילב בין שתי ההבחנות. הרב מנשה קליין (להלן ליד ה"ש 528) נקט את ההבחנה המהותית.

29 בית יוסף, חושן משפט, סימן כו.

30 שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קט. לדעת שילה (שילה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 138), בסיום דבריו מתייחס הרשב"א לתשובתו (ו, רנד) שתידון בהמשך, ראו להלן ליד ה"ש 46. לדברי שילה (שם, בעמ' 185–186), תשובת הרשב"א שלפנינו משקפת את הכלל שהתגבש אצל הראשונים בספרד ובפרובנס במאה השלוש עשרה, ולפיו יש תוקף של "דינא דמלכותא" רק לחוקי המלך אבל לא ל"נימוסי הגויים", שהם המשפט המנהגי, "המשפט המקובל" שמקורו במנהגי העם. המשפט שעל פיו פסקו השופטים בימי הביניים היה מבוסס הן על המשפט המנהגי והן על המשפט המלכותי, חוקי המלך.

31 הוספת המהדיר בשו"ת הרשב"א (מהדורת מכון ירושלים).

32 אצל הריב"ש, המצטט תשובה זו, במקום: "שזה בא", נכתב: "שדיין אחד בא". ראו להלן ה"ש 56.

שלא ידונו אלא כך [...] אבל דיני אומתו [=המשפט המנהגי, שעל פיו פוסקים השופטים בנוסף לחוקי המלך]³³ לאו דינא לנו, אלא אם כן הוא ענין נהגו בו אפילו ישראל שבאותו מקום כדיני התגרים ופנקס החנונים, וכענין שאמרו בסיטומתא [=שבמקום שנהגו לקנות בדרך קניין מסוימת, גם אם אינה לפי ההלכה – יש לה תוקף] [...].³⁴

בעוד בתשובתו הקודמת (ג, קט) מודגשת ההבחנה המוסרית: "דינא דמלכותא" לעומת "דינא דמלכא" ו"דינין שדינין בערכאות", מהתשובה הנוכחית (ו, קמט) משתמע כי ההבחנה היא גם מהותית: החוק מחייב בשל אחידותו, כי המלך כופה על בתי המשפט ליישם את חוקיו באופן דווקני – "מקפיד" ו"מצווה שלא ידונו אלא כך". לעומת זאת, פסיקת בתי משפט תלויה בשיקול דעת השופט ואינה אחידה. נוסף על האמור, מדברי הרשב"א בתשובתו הקודמת (ג, קט) עולה כי החרגת פסיקות בתי המשפט מתחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא" מושתתת גם על נימוק ערכי מובהק: החלת כלל זה עליהן תביא לכיטול דין תורה, "שאם אין אתה אומר כן, בטלת חס ושלום דיני ישראל".³⁵

כמה פוסקים התבססו בנידוננו על תשובה שלישית של הרשב"א (להלן: ו, רנד),³⁶ אף על פי שהיא עוסקת בחוק ולא בפסיקת שופטים. תשובה זו הובאה אף היא על ידי הבית יוסף,³⁷ ופוסקי הלכה רבים פסקו כמותה. הפוסקים העניקו לה פרשנויות שונות ופסקו בהתאם להן, ובמקום אחר עסקנו בכך.³⁸ אב בפרפיניאן שבפרובנס השיא את בתו, נתן לה נדוניה, ולאחר זמן מתה היא ואחריה מתה בתה היחידה. הבעל טען כי יש לדון לפי דין תורה, שלפיו בעל יורש את אשתו, ולכן הוא הזכאי לרשת את הנדוניה. מנגד, האב תבע להשיב לו את הנדוניה בהתאם לחוק "שהמלך חקק בנימוסיו", משני נימוקים: האחד, מנהג – "כיון שהכל יודעים שהם [בפרפיניאן] הולכים בדיני הגויים", כלומר נוהגים לפי חוקי המלך, ולכן כל מי שנישא בעיר זו "כאילו התנה" לנהוג לפי חוקים אלו. הנימוק השני, דינא דמלכותא דינא.

- 33 לדעת שילה (שילה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 185–186), "דיני אומתו" הם המשפט המנהגי, המכונה גם "נימוסי הגויים". ראו לעיל ה"ש 30.
- 34 שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן קמט. על קניין סיטומתא ראו להלן ה"ש 211.
- 35 כפי שמציין הרשב"א עצמו שם, נימוק זה הוזכר על ידו גם בתשובה אחרת, ראו להלן ליד ה"ש 46.
- 36 שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן רנד.
- 37 בית יוסף, לעיל ה"ש 29.
- 38 ראו רון ש' קליינמן "באיוז מידה צריך לפסוק לפי החוק האזרחי?" תחומין לו 388 (התשע"ז); Ron S. Kleinman, "This Cannot be Allowed in Israel, Heaven Forbid!": The Approach of Contemporary Israeli Rabbinical Judges to Adopting Civil Laws and Judgments on the Basis of Custom, in Light of Rashba's Responsum: Law and Narrative, 27 JEWISH L. ASS'N STUD. 336 (2017). התשובה מוצגת כאן על פי הפרשנות שהוצעה לה במאמר הנ"ל בתחומין.

הרשב"א אומר, כי אם נהגו יהודים להתנות בעניין הנדוניה בהתאם לחוק הגויים, מנהגם תקף, כי "כל דבר שבממון – תנאו קיים"³⁹. יתר על כן, גם אם שני הצדדים לא התנו זאת במפורש, מנהג המקום להתנות תנאי זה הופך לתנאי מכללא בנישואין, כי "כל הנושא סתם, על דעת הנוהג שם בישראל נושא"⁴⁰. אולם, כאשר אין מדובר במנהג מסוים, אלא בני המקום כדבר שבשגרה "הולכים בדיני הגויים", כמו בפרפיניאן, אזי אין לחוק הזר תוקף כ"מנהג". ואלו דבריו החריפים:

ומכל מקום לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נראה לי שאסור, לפי שהוא מחקה את הגויים, וזהו שהזהירה תורה "לפניהם – ולא לפני גויים"⁴¹, ואף על פי ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון. שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חקות הגויים ודיניהם. [...] על כן אנו פה תמהים, מקום המשפט בעירכם, מקום תורה ויתרון דעת, איך נתנו יד לכלל דברים אלו שאסרתן תורה שלמה שלנו, ומה ממון יתהנה לירש שלא כתורתנו?⁴²

הרשב"א מודה כי אנשים בעיר זו מתקשרים מכללא, מכוח המנהג, בהתאם לחוק, אך אינו מוכן לתת לכך תוקף הלכתי כ"מנהג". שכן, בכך יעניק הכשר למצב שבני העיר נוהגים בכל ענייניהם לפי חוקי גויים, וזהו "חיקוי הגויים" שאסרה התורה. הוא מוסיף, כי אומנם חכמים מוסמכים לתקן תקנות המשנות מדין תורה, "אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם [מכוח המנהג], חס וחלילה לעם קרוש לנהוג ככה [...] ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף [של התורה]"⁴³.

תשובה זו של הרשב"א (ו, רנד) סותרת לכאורה את תשובתו הקודמת (ו, קמט), שם הוא קובע כי לפסקי השופטים ("דיני אומתו"), אשר נהגו יהודים כמותם, יש תוקף מכוח "מנהג"⁴⁴. אולם, ייתכן כי בתשובה הקודמת מדבר הרשב"א על מקום שבו נוהגים יהודים לפי פסיקת הגויים רק בעניינים מסוימים, ובכך אין בעיה לדעתו. לעומת זאת,

- 39 "בדבר שבממון – תנאו קיים". דעת רבי יהודה, בבלי, בבא מציעא צד, ע"א.
 40 גם בתשובות אחרות פוסק הרשב"א שיש תוקף למנהגי ממון, כי הצדדים מתקשרים על דעת המנהג ולכן הוא נחשב לתנאי מכללא. ראו למשל שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימנים רכד, רסח. על היחס שבין תשובות אלו לבין התשובה דנן, ראו במאמרים שצוינו לעיל ה"ש 38.
 41 הכוונה לברייתא בבבלי (בבלי, גיטין פח, ע"ב): "היה רבי טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריאיות של עובדי כוכבים, אף על פי שדיניהם כדני ישראל, אי אתה רשאי להזיקק להם, שנאמר: 'אלה המשפטים אשר תשים לפניהם' [שמות כא 1], 'לפניהם' – ולא לפני עובדי כוכבים, דבר אחר: 'לפניהם' – ולא לפני הדיוטות".
 42 שו"ת הרשב"א, לעיל ה"ש 36.
 43 שם.
 44 ראו לעיל, ליד ה"ש 33.

בתשובתו הנוכחית (ו, רנד) הוא מדבר על מקום שבו נוהגים יהודים כדיני הגויים בכל דבר, ולכך הוא מתנגד כאמור בכל מאורו.

הרשב"א שולל בתוקף גם את האפשרות לתת תוקף לחוק המלך מכוח "דינא דמלכותא", כי בכך עוקרים לגמרי את דין תורה:

ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא – טועה, וגזלן הוא [...] ואם נאמר כן, בטלה ירושת בנו הבכור דכל הנחלות ותירש הבת עם הבנים, ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה. ומה לנו לספרי הקודש שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי? ילמדו את בניהם דיני הגויים, ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי הגויים [=בבתי המדרש של המוסלמים],⁴⁵ חלילה לא תהיה כזאת בישראל חס וחלילה, שמא תחגור התורה עליה שק.⁴⁶

את עמדתו השוללת של הרשב"א כלפי אימוץ חוקי גויים יש להבין גם על הרקע הרחב יותר של מאבק חכמי הקהילות נגד הפנייה לערכאות של גויים. חכמי ההלכה ניסו למנוע פנייה ל"ערכאות" מחשש לאובדן האוטונומיה השיפוטית היהודית, ולכן התייחסו אליה בחומרה מיוחדת, הרבה יותר מאשר לאיסורי תורה אחרים. התנגדות הרשב"א לאימוץ חוקי גויים בפסיקתו של בית הדין נובעת גם מאיסור שאינו מיוחד לתחום המשפטי, איסור ההתרמות לגויים. הרשב"א אוסר לאמץ "משפט גויים" בנימוק שבכך "הוא מחקה את הגויים",⁴⁷ כלומר כחלק מאיסור ההליכה ב"חוקות הגויים".⁴⁸ בדבריו כי אסור "לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם"⁴⁹ מקופל איסור כפול: איסור כללי – איסור הליכה ב"דרכי הגויים", היינו ב"חוקותיהם" ובאורחות חייהם, אשר נועד לבדל את היהודים מן הגויים, ואיסור פרטי – איסור הליכה ב"משפטיהם", כלומר איסור לאמץ את דיני הגויים כחלק מן האיסור "לפניהם – ולא לפני גויים".⁵⁰

תשובת רשב"א זו (ו, רנד) עוסקת כאמור בתוקף חוקי המלך. אולם, שני דיינים למדו ממנה עיקרון היפה הן לחוקים והן לפסיקה האזרחית: במקום שנוהגים בכל דבר

45 המשמעות הפשוטה של הביטוי היא בתי המדרש של המוסלמים, המיועדים ללימוד דת האסלאם. מוסד זה קרוי בערבית מִדְרָסָה (مَدْرَسَة). אולם, נראה כי לפנינו משחק מילים, והרשב"א נוקט במכוון ביטוי דר-משמעו הרומז גם לטומאת "מדרס", שהיא אחת מסוגי הטומאות (ראו משנה, כלים יח, ה-1). הרשב"א מבטא בכך את דעתו כי במקום לפסוק לפי "ספרי הקודש", המשנה והתלמוד, פונים תושבי העיר לדיני המוסלמים ה"טמאים".

46 שו"ת הרשב"א, לעיל ה"ש 36.

47 לעיל ליד ה"ש 42.

48 "ובחֻקֵיהֶם לֹא תֵלְכוּ" (ויקרא יח 3); ספרא, אחרי מות, פרשה ח, פרק יג, סעיף ט.

49 לעיל ליד ה"ש 43.

50 יש לשים לב, כי איסור זה נאמר במקורו (לעיל ה"ש 41) על ההליכה לערכאות של גויים, אולם הרשב"א מבין כי הוא קיים גם בנוגע לפסיקה של בית הדין לפי חוקי הגויים.

לפי החוק והפסיקה האזרחיים, כמו במדינת ישראל, אין לדיין להעניק תוקף לחוקים ולפסיקות אלו, לא מכוח "דינא דמלכותא" ואף לא מכוח "מנהג".⁵¹

היסק מהתשובה האחרונה לעניין פסיקת בתי משפט מצאנו כבר אצל ר' מרדכי יפה (פולין, 1530-1612).⁵² בעל הלבוש משלב בדיונו, בלא להזכיר זאת במפורש, שתיים מתשובות הרשב"א שצוטטו בבית יוסף (ג, קט; ו, רנד).⁵³ הוא מבין, כי בתשובה (ו, רנד) דובר לא על חוק אלא על פסיקת "ערכאות" גויים, ומפרש אותה כך: לפסיקת ערכאות גויים אין תוקף כדינא דמלכותא, אך אם הצדדים התנו ללכת לפי פסיקה זו – יש לכך תוקף, ככל תנאי ממוני. לעומת זאת, אם לא התנו דבר, אין תוקף "מן הסתם" לפסיקת ערכאות גויים מכוח "מנהג". שכן, גם אם "הולכין במנהגי הערכאות בהרבה עניינים", יש בכך "איסור גמור, לפי שהוא מחקה את הגויים" ועוקר דין תורה. לדעת בעל הלבוש, תרעומת הרשב"א מתייחסת לנתינת תוקף הלכתי לפסיקת "ערכאות" גויים מכוח המנהג. אומנם, בתשובה שלפנינו דובר על חוק ("המלך חקק בנימוסיו"), אולם ייתכן שבעל הלבוש ראה רק ציטוט מקוצר של תשובה זו, שהובא בבית יוסף,⁵⁴ וממנו יכול היה להבין כי האב הסתמך על פסיקת "ערכאות" גויים.

בדרכו של הרשב"א בתשובותיו, המבחין בין חוקי גויים לבין פסיקת ערכאותיהם, צעדו גם ראשונים נוספים ואחרונים. כך כותב בעקבותיו המאירי (פרובנס, 1249-1315).⁵⁵ כך קובע אף הריב"ש (ברצלונה-אלג'יר, 1326-1408) בהסתמך על אחת מתשובות הרשב"א (ו, קמט).⁵⁶ כך פוסק גם ר' לוי בן חביב (סלוניקי, המאה ה-16) על סמך תשובה אחרת של הרשב"א (ו, רנד).⁵⁷

- 51 הרבנים שרמן ושאנן. דבריהם יידונו להלן ליד ה"ש 462, 466.
- 52 לבוש, חושן משפט, סימן כו, סעיף ד.
- 53 ראו לעיל ה"ש 29 ולעיל ה"ש 37.
- 54 לעיל ה"ש 29. המשפט "המלך חקק בנימוסיו" אינו מופיע בתשובה המצוטטת בבית יוסף.
- 55 מאירי, בית הבחירה, בבא קמא קיג, ע"ב, ד"ה "כל מה שאמרנו": "וזהו שאמר דינא דמלכותא" ולא אמר 'דינא דמלכא', כלומר דינים הראויים לו מצד המלכות, אבל [...] דינים שהאומות מחזיקות בהם מתורת ספריהם ונימוסי חכמיהם הקדומים כנגד דינין שלנו אינן בכלל זה, שאם כן כל דיני ישראל בטלים הם". וכך בקיצור גם במאירי, עבודה זרה טז, ע"א, ד"ה "אמר". הדמיון לתשובת הרשב"א (לעיל ליד ה"ש 29) מעיד כי המאירי שאב ממנה. הרשב"א היה אחד ממקורות היניקה העיקריים של המאירי, "ואף על פי ששמו אינו נזכר במפורש בשום מקום בספר [בית הבחירה], הרי השפעתו ניכרת במקומות רבים". ראו ישראל מ' תא-שמע הספרות הפרשנית לתלמוד באירופה ובצפון אפריקה: חלק שני 171-172 (התשס"ד) (תודה לפרופ' שלם יהלום).
- 56 שו"ת הריב"ש, סימן תצה. הוא מצטט את תשובת הרשב"א (שצוטטה לעיל, ליד ה"ש 34) בשינוי קל: "שדיין אחד בא ומפרש דינין לפי דעתו ושכלו. ואחר בא ומהפך דבריו".
- 57 שו"ת מהרלב"ה, סימן מד, ד"ה "והאמת" וד"ה "הפרט השני" (מהדורת מכון קרן רא"ם קלח-קלט): שמעון הוציא "בלית בניין" חדשה לפני חלונו לרשות הרבים, וראובן טוען שבנייה זו אשר נגד חלונו גורמת לו "היזק ראייה" ודורש להסירה. המהרלב"ח פוסק כי אם "דין המלכות" או "חוק המדינה" אוסר לבלוט עם בנייה לרשות הרבים – הוא תקף

ובעקבותיו ר' חיים בנבנישתי (קושטא-איזמיר, המאה ה-17).⁵⁸

כך פסקו גם ר' יוסף קארו והרמ"א בחיבוריהם על הטור על סמך תשובת הרשב"א (ג, קט),⁵⁹ אך מעניין כי הם לא הזכירו את ההבחנה שבין חוקי גויים לבין פסיקת שופטיהם לא בשולחן ערוך ולא בהגהות הרמ"א.⁶⁰ כך פסק אף הסמ"ע ובעקבותיו עוד אחרונים.⁶¹ גם אחרונים נוספים הבחינו לעניין הכלל "דינא דמלכותא דינא" בין חוקים לבין דינים שפוסקים בתי המשפט או "נימוסי הגויים" (המשפט המנהגי), מבלי לציין לתשובת הרשב"א הנזכרות.⁶²

כ"דינא דמלכותא" והדין עם ראובן. אולם, אם זה רק דין שדן "השופט הערבי [...] מצד דיני דתם" – אין לכך תוקף. לדבריו, הרשב"א כתב "בתשובה בפירוש, שדיני השופט הערבי אינם בכלל דינא דמלכותא, דאם כן בטלת כל דיני ממונות". כפי שציין המהדיר בשו"ת מהרלב"ח, שם, כוונתו קרוב לוודאי לדברי הרשב"א: "ואם נאמר כן [...] עוקר כל דיני התורה השלמה" (ראו לעיל ליד ה"ש 46). בכנסת הגדולה (ציון בהערה הבאה) צייטט בשם מהרלב"ח: "השופט הערבי" | בערכאות", במקום "הערבי". אפשר שזו טעות סופר אך ייתכן שזו הגרסה המקורית. המונח "השופט הערבי" נזכר גם בשו"ת שבות יעקב, להלן ה"ש 85. כנסת הגדולה, הגהות טור, חושן משפט, סימן קנר, אות ל (מהדורת מכון הכתב). וראו בהערה הקודמת.

58 בית יוסף, חושן משפט כו, סימן ז; דרכי משה, חושן משפט סימן שסט, סעיף ג; דרכי משה הארוך, חושן משפט סימן שסט, סעיף יד (מהדורת מכון ירושלים).

59 הרב שאול ישראלי בעמוד הימיני, סימן ח, סעיף ח (מהדורת ארץ חמדה 46), טוען כי הרמ"א בהגהותיו לא הביא הבחנה זו אלא את ההבחנה אם החוק הוא לתיקון העולם ("לתקנת בני המדינה", ראו להלן ליד ה"ש 129) או לא, כי הוא הבין מתשובת הרשב"א שההבדל אינו נעוץ במקור הדין, אם הוא דין מלכות או דין ערכאות, אלא "במהות" הדין: דיני גויים "שעיקרם בהכרעת השכל, ומטרת החוק [...] למצות את מדת האמת והצדק" נחשבים ל"משפט ערכאות" ואינם תקפים כ"דינא דמלכותא", כי "במה שנוגע להכרעת השכל יש לנו חכמת התורה" ולכן יש לפסוק בעניינם רק לפי דין תורה. לעומתם, דינים שישודם ב"תיקון העולם, זה שייך מטבעו למלכות, שעליה לשקוד לתיקון אזרחיה", ולכן הם תקפים כ"דינא דמלכותא". וראו דיונו (שם, בעמ' 46-47), אם כוונת הרשב"א בתשובותיו הייתה כהבנה זו של הרמ"א. דברי הרב ישראלי דורשים דיון נוסף, שאין כאן מקומו. לדיון בהם ראו בס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 105; ירון זילברשטיין "מאמון הציבור לאמונו של אדם חשוב: על מעמדם של חברי הכנסת במשפט העברי (1948-1995)" הפרקליט נו 97, 127-130 (2023).

61 ר' יהושע פלק כ"ץ (פולין, 1555 לערך-1614), סמ"ע (ספר מאירת עיניים), חושן משפט שסט, סעיף כא (על פי דרכי משה, לעיל ה"ש 59), יצוטט להלן ה"ש 107; ובעקבותיו האחרונים שיצוינו להלן ה"ש 111.

62 ראו למשל שו"ת רבי בצלאל אשכנזי (מצרים-ארץ ישראל, המאה ה-16), סימן לא; שו"ת שבות יעקב (אשכנזי, מאות 17-18), חלק ב, סימן קעו; שו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן פו, סעיף יא; הרב שלמה זלמן אוירבך, שו"ת מעדני ארץ, חלק א, סימן יח, סעיף א (מהדורת תש"ד). על "נימוסי הגויים" ראו לעיל ה"ש 30.

2. תשובת מהריא"ז ענוזיל ודעת רוב הדיינים בימינו

הרב יקותיאל אשר זלמן (מהריא"ז) ענוזיל צוזמיר (סְטְרִי ופרמישלן, מחוז לבוב, גליציה, 1790 לערך-1858)⁶³ קובע בתשובה באופן נחרץ, כי העמדה שנזכרה לעיל היא "דעת כולם", ראשונים ואחרונים כאחד:

כל מי שיש לו עיניים לראות ולב להבין בדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים, יראה ויבין שדעת כולם שווה, דלא שייך "דינא דמלכותא" אלא בדברי חוק ומשפט חקוק מאת המלך, מפורש וברור בלי שום ספק ושקול הדעת [...] אבל בדברים התלויים בשיקול הדעת מהשופטים הממונים בערכאות, שמחזיקים בדינים] שסדרו להם חכמיהם הקודמים בספריהם [...] וקצתם שחדשו להם לפי מצב המדינות ודנים על פיהם בשקול דעתם – מעולם לא עלה על דעת איש ישראל שיש לו קצת מוח בקרקרו לומר עליהם "דינא דמלכותא דינא".⁶⁴

בדברי מהריא"ז בקטע זה מודגשת ההבחנה המהותית. ההבדל בין חוק לפסיקה נעוץ לדעתו בכך, שחוק הוא "ברור בלי שום ספק" ויישומו אחיד ואינו תלוי ב"שיקול הדעת", ולכן הוא תקף מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא". לעומתו, פסקי דין של בתי משפט "תלויים בשיקול הדעת מהשופטים" ולכן הכלל אינו חל עליהם.⁶⁵ את קביעתו מבסס מהריא"ז על ראשונים ואחרונים, וביניהם תשובת הרשב"א (ג, קט).⁶⁶

כך, ככל הנראה, הבין מהריא"ז את ההבחנה שעורך הרשב"א בתשובה הנ"ל בין "דינין ידועים יש למלכים", אשר תקפים כ"דינא דמלכותא", לבין "דינין שדנין בערכאות" – אשר אינם "ממשפטי המלוכה אלא הערכאות דנין לעצמן", כלומר לפי שיקול דעתם – שאין להם תוקף כזה. ראוי לציין, כי ההיבטים של שיקול דעת וחוסר אחידות שיש בפסיקות שופטים, להבדיל מהחוק, עולים ביתר בהירות מתשובה אחרת של הרשב"א (ו, קמט), שנידונה לעיל, ואשר אותה מהריא"ז אינו מזכיר.⁶⁷

דיינים רבים התבססו על תשובת מהריא"ז הנ"ל כמקור לכך, כי בשונה מחוקים שבתנאים מסוימים יש להם תוקף כ"דינא דמלכותא", לפסיקות של בתי המשפט, ובראשם בית המשפט העליון, אין תוקף כזה. כך פסקו בישראל בין היתר הדיינים הרבנים אליעזר ולדנברג,⁶⁸

63 על המחבר ראו "צוזמיר" מאיר וונדר מאורי גליציה: אנציקלופדיה לחכמי גליציה כרך ד 362-363 (התש"ן). צוזמיר הוא שם משפחתו.

64 שו"ת מהריא"ז ענוזיל, סימן ד (מהדורת למברג).

65 על ההבחנה המהותית והמוסדית בין חוק לבין פסיקת בתי משפט ראו לעיל אחרי ה"ש 26.

66 שו"ת הרשב"א, לעיל ה"ש 29.

67 שו"ת הרשב"א, לעיל ה"ש 34, וראו שם בפסקה שלאחר ה"ש זו.

68 ראו אליעזר יהודה ולדנברג, ספר הלכות מדינה חלק א, שער ג, פרק ו, קפט-קצא; שו"ת ציץ אליעזר, חלק טז, סימן מט, סעיף יד. בשני המקורות הוא מתבסס גם על שו"ת השיב

אברהם שרמן,⁶⁹ יעקב אליעזרוב,⁷⁰ אוריאל לביא,⁷¹ אריאל ינאי,⁷² אברהם הרוש,⁷³ דיינים בבית הדין ירושלים לדיני ממונות,⁷⁴ ורוב דייני רשת ארץ חמדה גזית.⁷⁵ דייני בית הדין הרבני הגדול, הרבנים חיים גדליה צימבליסט, זלמן נחמיה גולדברג, עזרא בר-שלום⁷⁶ ומיכאל עמוס,⁷⁷ פסקו כך כדבר פשוט, מבלי להזכיר את דברי הראשונים והאחרונים שדנו בעניין זה.

- משה, להלן ה"ש 109. כיהן כדיין בבית הדין האזורי בירושלים, וכדיין בבית הדין הרבני הגדול בין השנים 1981-1985.
- 69 אברהם ח' שרמן 'מנהג המדינה ביחסי עובד ומעביד' תחומין יח 236, 245-246 (התשנ"ח) (להלן: שרמן "עובד ומעביד"). מאמר זה הוא עיבוד, בשינויים קלים, של פסק דינו בדעת הרוב בבית הדין האזורי בתל אביב: ת' (אזורי ת"א) 106/תשנ"ו קיהן נ' ועד החינוך של אגודת ישראל 38 (התשנ"ז) (פסק הדין המקורי מצוי בדינו. הוא נכתב בכתב יד ופורסם בשינויים ובהשמטת שמות הצדדים: ת' 1-35-9063413, לעיל ה"ש 5). הרב אליעזרוב שכתב את דעת המיעוט הסכים בעניין זה עם הרב שרמן, ראו בהערה הבאה. דיין נוסף, ששמו אינו ידוע לנו, הצטרף לפסק דינו של הרב שרמן. מסתבר שהיה זה הרב אברהם ריגר, אשר ישב בהרכבים בבית הדין האזורי בתל אביב עם הרבנים שרמן ואליעזרוב. שיטת הרב שרמן עברה שינויים, והיא תידון בהרחבה בהמשך.
- 70 אליעזרוב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 76, בנוגע לויתור של עובד על זכויותיו: "כבר נידון דבר זה ע"י הרבה פוסקים, ואלה קבעו שפסיקת שופט אינו מהווה דינא דמלכותא שיש לנו לילך אחריו [...] הדבר פשוט, שגם אם קיימת פסיקה משפטית, שהסכם העבודה הקיבוצי מחייב גם כנגד הסכם פרטי המרע את זכויותיו של העובד, אין בזה כדי לקבוע דינא דמלכותא". הרב יעקב אליעזרוב כיהן בין השנים תשל"ט-תשע"ח כדיין בבית הדין הרבניים האזוריים באשדוד, בתל אביב ובירושלים.
- 71 לביא, לעיל ה"ש 5, בעמ' 946 (שליטת תוקף ויתור של עובד על פיצויי פיטורין): "לפסיקה מסוג כזה, שהיא יצירה של המערכת השיפוטית, אין מעמד של הסכמת בני העיר או [...] של דינא דמלכותא". וראו דבריו להלן בה"ש 88.
- 72 ת' (אזורי נת') 1/764411, 51 (נבו, 3.10.2010) (בהסכמת הרבנים מיכאל עמוס ושניאור פרדס) (להלן: פסק הדין של הרב אריאל ינאי): "נכון הדבר שלפי המשפט העברי יש לראות בפסיקה אזרחית כ'דין ערכאות', שאיננו תופס מהלכות 'דינא דמלכותא', כפי שקיים ביחס לחקיקה". הוא מתבסס על שו"ת הרשב"א, לעיל ה"ש 36, ועל הרב שרמן, לעיל ה"ש 69.
- 73 ת' (אזורי ב"ש) 5/133004, 36 (נבו 10.10.2021).
- 74 בהתבסס על הרב אליעזרוב, לעיל ה"ש 70. ראו ת' (בית דין ירושלים לדיני ממונות) 185-185 סא, פסקי דין ירושלים ז, ריט, רכב (התשס"ב) (הרב אברהם דוב לוי, בהסכמת הרבנים יהושע וייס, שמואל חיים דומב); ת' (בית דין ירושלים לדיני ממונות) 2434-עה, פסקי דין ירושלים טו, רצו, רצח (התשע"ה) (הרב א"ד לוי).
- 75 ראו להלן ליד ה"ש 276, 279, 283, 287.
- 76 ע' (גדול) 1/774452 ועד החינוך נ' פלונית (נבו 11.5.1999): "וכל שכן שלא שייך דינא דמלכותא על מה שקבע שופט אחד" (תוקף ויתור של עובד על זכותו לפיצויי פיטורין).
- 77 הרב מיכאל עמוס "כוונת שיתוף ייחודי (ספציפי) – התפתחותה המשפטית ומעמדה ההלכתי" כנס הדיינים – התשע"ז 543, 544 (2018): "לכוונת שיתוף] =הלכת השיתוף

העמדה המקובלת, שלפיה אין תוקף מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא" לפסיקות בתי המשפט, נעוצה קרוב לוודאי לא רק בסייגים שסייגו הפוסקים את הכלל, אלא גם כמעמדם ההלכתי הבעייתי של בתי המשפט, אשר אינם מתנהלים לפי דין תורה. התדיינות בבתי משפט נוכריים נאסרה כבר על ידי תנאים ואמוראים,⁷⁸ והפוסקים לדורותיהם ראו בחומרה רבה התדיינות ב"ערכאות של גויים".⁷⁹ לפי פוסקי זמננו איסור זה חל גם על בתי המשפט במדינת ישראל, משום שאינם דנים לפי דין תורה, גם אם יושבים בהם שופטים יהודים.⁸⁰ נראה אפוא כי ההסתייגות החרפה מהתדיינות בבתי משפט אזרחיים תרמה במידה רבה גם לסירובם של הפוסקים לאמץ את פסיקותיהם.⁸¹

ברם, מהמשך דברי מהריא"ז ענזיל עולה כי דיבר על מציאות שבה אין לפסיקות של בתי המשפט, גם לא לאלו של הערכאה הגבוהה ביותר, תוקף חוקי מחייב:

ותדע שהרי כל פסקי דיניהם הנקראים סענטענצין [sentences] גם אצליהם [אצלם] אינם נחשבים לדינא דמלכותא, ואין להביא ראייה מפסק דין אחד שלהם על כיוצא בו, ואפילו שלחו ממקום משפט היותר גבוה, כידוע מנימוסי משפטיהם [...]. וכמה פעמים ראינו ענין אחד נופל ליד דיין והוא מחייב [...], וכשיפול ליד דיין אחר ענין דומה לזה בכל הצדדים לגמרי, ובאותו מקום המשפט – והוא מזכה [...]. איך אפוא נאמר שכל משפט חרוץ מאיזה מאגיסטר או מאיזה שופט בעיר או בכפר יש לו [תוקף של] דינא דמלכותא? אם כן בטלו כל דיני תורתנו הקדושה, ואויבינו פלילים⁸² – ישתקע הדבר ולא יאמר!⁸³

- הספציפי בנוגע לרכוש בני הזוג] אין יסוד בחוק אלא בפסיקה, מדובר בתהליך שהתפתח בפסיקת בתי המשפט, ויש לזה נפקות גדולה". וראו עוד דבריו המובאים להלן ה"ש 114.
- 78 הפוסקים התבססו בעיקר על הברייתא שצוטטה לעיל ה"ש 41.
- 79 רבים ציטטו את הרמב"ם (משנה תורה, סנהדרין, פרק כו, הלכה ז): "כל הדין בדייני גוים ובערכאות שלהן, אף על פי שהיו דיניהם כדיני ישראל – הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו". דבריו הובאו להלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן כו, סעיף א.
- 80 על נושא זה נכתבה ספרות ענפה. ראו יצחק ברנד ערכאות של גוים במדינת היהודים (2010), ובהפניות שם.
- 81 כך סבורים גם סדן חוקי המגן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 23; עדו רכניץ מעמדם של חוקי המדינה ושל פסיקת בתי המשפט 30 (מכון משפטי ארץ התשפ"ב) <https://www.dintora.org/publication/41> (להלן: רכניץ מעמדם). ראו דבריו להלן ליד ה"ש 199.
- 82 על פי הפסוק: "כִּי לֹא כְצִוְרֵנוּ צִוְרָם וְאֵיבֵינוּ פְּלִילִים" (דברים לב 31). פסוק זה מובא במדרש כדי להדגיש את החומרה שבהליכה לערכאות הגויים. ראו תנחומא (ורשא), פרשת משפטים, ג, ועל פירוש"י, שמות כא 1.
- 83 שו"ת מהריא"ז ענזיל, לעיל ה"ש 64, שם.

בקטע זה מצרף מהריא"ז להבחנה המהותית שהזכיר לעיל, הנוגעת לאחידות הנורמה המשפטית,⁸⁴ את ההבחנה המוסדית הנוגעת למעמד החוקי המחייב של הנורמה. בעוד החוק מחייב את כל בתי המשפט ולכן אחיד, פסיקת בתי המשפט, אפילו זו של הערכאה הגבוהה ביותר, אינה מחייבת את בתי המשפט האחרים ולכן משתנה. מדבריו משתמע כי ההבחנה בין חוק לבין פסיקת שופטים נעוצה בעיקר בשאלת אחידות הנורמה.

הרב יעקב ריישר (אשכנז, מאות 17-18) מדגיש אף הוא את עניין האחידות, וקובע כי בניגוד לחוקי גויים לפסיקת ערכאותיהם אין תוקף הלכתי משום שהיא משתנה.⁸⁵ המציאות של פרשנות שיפוטית בלתי אחידה לחוק משתקפת גם בדברי האדמו"ר מצאנז, שחי במאה ה-19 בדרום פולין (גליציה).⁸⁶

כפי שראינו, רבים מדייני זמננו בישראל פסקו כדעת המריא"ז ענזיל. האם אכן ניתן להסיק מתשובות הרשב"א והמהריא"ז ענזיל לימינו? נראה כי התשובה לכך תלויה בשלוש ההבנות האפשריות, שהוצגו לעיל, להבחנה שבין חוק לבין פסיקת בתי משפט.⁸⁷ אם ההבחנה נעוצה בתוקף השלטוני המחייב של הנורמה, המצב במדינת ישראל בימינו שונה לחלוטין מן המצב שעליו דיברו הפוסקים. פסיקת בית המשפט העליון מחייבת

84 ראו לעיל ליד ה"ש 65.

85 שו"ת שבות יעקב, לעיל ה"ש 62, שם: "נראה לי דכל זה לא נאמר אלא בהני דינים [=בדינים אלו] שלהם שידוע ומפורסם לכל בלי פקפוק כלל ואינו משתנה כלל, אבל שאר דינים שמשנתנה לפעמים לפי המקומות או לפי דעת השופט הערכי שבימים ההם דעת ואומדנא של חכמיהם – ובודאי בזה לא אזלינן בתריהם [=הולכים אחריהם]" (חוקי הגויים בנוגע לפתיחת חלון כנגד ביתו של חברו ובנוגע למידת ההרחקה שעל אדם לשמור בין ביתו לבין חלון בית שכנו). הוא אינו מתייחס ל"דינא דמלכותא" אלא לדין "הבא מכוח גוי הרי הוא כמוהו" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן מה, סעיף יז), שאותו הוא כאמור מסייג לחוק שאינו משתנה, להבדיל מפסיקת שופטים. טענתו קשה בעינינו, שכן גם חוק יכול להשתנות בדיוק כמו פסק דין. כך ודאי חוק המלך, שנקבע על ידו פעמים רבות באופן שרירותי ולא בדרך דמוקרטית, ובאותה מידה יכול גם להשתנות. ראו גם להלן ליד ה"ש 93.

86 הרב חיים הלברשטם (1797-1876), שו"ת דברי חיים, חושן משפט, חלק ב, סימן כב, בנוגע לקניית נדל"ן לפי החוק באמצעות רישום. הוא מסרב לתת תוקף לחוק בנימוק: "הלא ידוע לכל מי שיש לו קצת ידיעה בדיניהם, שאין דינא דמלכותא כעת ברור, והאדוויקאהטין [=עורכי הדין] כל אחד אומר פירוש אחר בהפערעגראוויץ [=בפסקאות, בסעיפי החוק]".

87 ראו לעיל ליד ה"ש 26-28.

מכוח החוק את יתר בתי המשפט כמו החוק עצמו,⁸⁸ וגם אינה משתנה באופן תדיר.⁸⁹ זהו המצב גם במדינות דמוקרטיות אחרות. ואם כך, קשה להסיק מן התשובות הנזכרות לעיל לימינו. כך אכן כתבו כמה דיינים וחכמי הלכה.⁹⁰

לעומת זאת, אם ההבחנה תלויה בזהות המוסד הקובע את הנורמה, והכלל "דינא דמלכותא דינא" אינו חל על בתי משפט אלא רק על המחוקק, דברי הרשב"א והמהרי"א יפים גם לפסיקת בית המשפט העליון בימינו, אף שפסיקתו מחייבת כמו חוק.⁹¹ אם ההבחנה היא מהותית ונעוצה בכך ששופטים מפעילים שיקול דעת ובכך נפגעת אחידות הנורמה המשפטית, בניגוד לחוק שהוא אחיד, יש פנים לכאן ולכאן. מצד אחד, גם פסיקת בית המשפט העליון תלויה בשיקול דעת שיפוטי, בניגוד לחוק שהוא קבוע. מצד שני, יציבותה של פסיקה זו אינה שונה באופן מהותי מזו של החוק. שניהם עשויים להשתנות, ועם זאת בדרך כלל הם יציבים למדי.

88 ס' 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה: "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". גם ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, מציב "הלכה פסוקה" – כלומר הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון – כמקור משפט עבור השופט לצד "דבר חקיקה". הרב לביא טוען כי פסיקת בית המשפט העליון מחייבת מכוח החוק רק את בתי המשפט וגופים ממשלתיים, אולם, בשונה מחוק, היא אינה מחייבת לא את הציבור ולא את בתי הדין הממלכתיים והפרטיים (הובא בשמו אצל סדן חוקי המגן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 23). יש להשיג על דבריו. פסק דין היוצר תקדים מחייב קובע מה הדין באותו נושא. הוא יוצר נורמה משפטית ומצהיר עליה, ומרגע פרסומה היא מחייבת את כולם, הן את רשויות המדינה והן את הציבור הרחב. על מעמדו של התקדים מן הזווית התורתית משפטית ראו: יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 160-173 (מהדורה שנייה 2019) (תורה לפרופ' עומר שפירא).

89 על מעמד התקדים בפסיקת בית המשפט העליון בישראל, ראו למשל בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 144-145 (1986); אנגלרד, שם.

90 בס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 104, ובעקבותיו סדן דיני עבודה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 35-36; חיים נבון "יחסי ממוון בין הבעל לאשתו" בית המדרש הוירטואלי ע"ש ישראל קושיצקי (התשס"ה) <http://etzion.gush.net/vbm/archive/10-medina/14medina.php>: "אפשר שהרשב"א ובפרט מהרי"א עניזל התייחסו דווקא למערכת המשפט השירותית שבתקופתם ובזמנם, שאת ליקוייה הם מתארים"; ניר אביב "דינא דמלכותא בשלטון דמוקרטי" אתר ישיבה (התשע"ב) <https://www.yeshiva.org.il/midrash/17676>. גם הרבנים ורפהטיג ורכניץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 60, ה"ש 19, העירו בנוגע לתשובות הנ"ל: "ייתכן שיש מקום לומר כי הפער שבין הפסיקה לבין החוק שהיה בימי קדם איננו דומה לפער בימינו, ועדיין צריך עיון".

91 כך הבין הסמ"ע, ראו להלן ליר ה"ש 109.

הרב יעקב אריאל מסתפק אם לפסיקת בית המשפט העליון יש תוקף כ"דינא דמלכותא", מכיוון שבית המשפט רשאי לבטל את תקדימיו, ומכאן שפרשנותו זמנית.⁹² אולם, יש להשיג על טיעון זה: גם חוק יכול המחוקק לשנות, ובכל זאת אין זה גורע מתוקפו כ"דינא דמלכותא" כל עוד לא שונה.⁹³

ג. עמדת מיעוט א: פסיקת בית המשפט העליון תקפה מכוח "דינא דמלכותא"

בניגוד לעמדה המקובלת שהוצגה בפרק הקודם, כמה מדייני זמננו סבורים כי במקרים מסוימים יש תוקף לפסיקת בית המשפט העליון מכוח "דינא דמלכותא".⁹⁴ המקרים שבהם מוכנים דיינים אלו לקבל את הפסיקה האזורית וגם ההנמקה לכך משתנים מדיין לדיין. חלקם התבסס על יותר מנימוק אחד, ולעיתים קיימת זיקה בין הנימוקים השונים. בסעיף זה יוצגו מגוון הנימוקים המופיעים בדברי הדיינים הנוקטים עמדה זו תוך ניסיון, ככל האפשר, להציג כל נימוק בנפרד.

1. פסיקת בית המשפט העליון מחייבת מכוח החוק ונחשבת לחלק מן החוק

שני דיינים קובעים, כי לפסיקת בית המשפט העליון יש תוקף הלכתי משום שחוק המדינה מעניק לה מעמד מחייב והיא נחשבת לחלק מן החוק. נימוק נוסף לפסיקתם יוצג בסעיף הבא. לדעת הרב דוד בס,⁹⁵ היות שפסיקת בית המשפט העליון מחייבת מכוח החוק הישראלי, לכן היא "חלק מן הדין הישראלי לכל דבר וענין" וככזו תקפה מכוח "דינא

92 דברי הרב אריאל בהסכמתו לספרו של הרב סדן (סדן דיני עבודה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 8). ראו לשון ס' 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה, לעיל ה"ש 88. הרב אריאל כיהן עד לפני כמה שנים כרבה של העיר רמת גן.

93 כך כתבו גם הרבנים דיכובסקי וסדן, ראו דיכובסקי, "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 4, בעמ' 22-23, דבריו יצוטטו להלן ליד ה"ש 160; סדן דיני עבודה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 35, ה"ש 42.

94 יש מקום לדון, אם פסיקות בית המשפט העליון עשויות להיות תקפות גם מכוח "תקנות קהל", אולם נושא זה חורג מגבולות המאמר הנוכחי. לא מצאנו לעת עתה מי שדן בשאלה זו. לעומת זאת, יש דיון רב בשאלת תוקף החוק הישראלי מכוח "תקנות קהל". ראו למשל שוחטמן "הכרת ההלכה", לעיל ה"ש 1, בפרק ד; בן שחר והס, לעיל ה"ש 24, בעמ' 363-376. יצוין כי לדעת הרב אורי דסברג, חוקי המגן תקפים מכוח "תקנות קהל", ולכן יש תוקף הלכתי לקוגנטיות שלהם, וויתור של עובד על זכויותיו מכוחם אינו תקף. ראו אורי דסברג "ויתור עובד על זכויותיו" תחומין כ 80 (התש"ס). עם זאת, דיונו עוסק בתוקף חוקים ולא בתוקף פסיקות בית המשפט העליון.

95 הרב דוד בס מכהן משנת תשס"א כאב בית דין בבית הדין המיוחד לגיור של הרבנות הראשית לישראל.

דמלכותא". לדבריו, מובן כי לא כל חוק אורחי או פסק דין של בתי המשפט במדינת ישראל תקף כ"דינא דמלכותא", כי אז בטלו חלילה כל דיני התורה.⁹⁶ אולם, ההבחנה צריכה להיות על בסיס ענייני ולא לפי מקור הדין, אם מדובר בחוק או בפסק דין.⁹⁷ עמדת הרב אשר וייס דומה לזו של הרב בס. לדבריו, בשונה מבעבר, היות שבמדינות המוקרטיות פסקי דין של הערכאה הגבוהה נחשבים כמו החוק ומחייבים את בתי המשפט הנמוכים, יש תוקף לפסיקת בית המשפט העליון כ"דינא דמלכותא":

ומקובל במדינות הנ"ל [=הדמוקרטיות], שהחוקים המתקבלים בבית המחוקקים לעתים מנוסחים ניסוח כללי מאוד, ופסקי הדין של הערכאות הגבוהות מתקבלים כגופו של החוק עד שכל בתי המשפט הזוטרים יותר מסתמכים עליהם. ולפעמים יש סמכות אף לזרוע המבצעת לתקן תקנות להשלים את כוונת המחוקק ורצונו. ולכאורה מסתבר לפי זה, דגם באלה נוהגת הלכה זו דדינא דמלכותא דינא. וצריך עיון בזה.⁹⁸

הרב וייס מעניק תוקף לכל סוגי הפסיקות, ושלא כרעת הרב דיכובסקי, שתידון בהמשך, הוא סבור כי אין מקום להבחין בין פרשנות של בית המשפט העליון לחוק לבין פסיקה שלו שאינה מעוגנת בלשון החוק.⁹⁹ עם זאת, ברור כי גם לדעתו אין תוקף לכל פסיקה של בית המשפט העליון. שכן, בכמה מקומות הוא פוסק כי אף שיש תוקף מכוה "דינא דמלכותא" ומכוה "מנהג" לחוקים מסוימים, ודאי שאין תוקף לכל חוקי המדינה, כי בכך

96 אומנם, שני פוסקים פסקו באופן חריג כי בזמננו יש תוקף הלכתי לכל חוקי המדינה, ראו שו"ת אוהל-יהושע, חלק ב, סימן יא, בשם אביו, הרב יהושע פנחס בומבאך (פולין, תרכ"ו-תרפ"א); הרב יוסף אליהו הענקין "בענין דינא דמלכותא דינא" הפרדס לא(3) 5-3 (התשי"ז) [=כתבי הגרי"א הענקין ב, תשובות איברא, עמ' קעד-קעז (תשמ"ט)]. אולם, דבריהם אינם מקובלים על יתר הפוסקים.

97 בס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 104-105. הוא נותן שתי דוגמאות להבחנה עניינית: ההבחנה של חלק מהראשונים בין חוקים העוסקים במיסים ובמקרקעין לבין חוקים בתחומים אחרים; ההבחנה של הרב ישראלי, לעיל ה"ש 60. הרב בס מוסיף שם כי אומנם בית המשפט העליון עצמו רשאי לפי החוק לסטות מתקדימיו, אולם הוא ממעט מאוד לעשות זאת.

98 אשר וייס, קובץ דרכי הוראה ו, סימן ב, קכד. הוא אינו מזכיר את הרב בס. אומנם הוא חותם את דבריו בלשון מסויגת. אולם, בשיחה עם הרב אורי סדן מיום ג' בשבט תש"ף הבהיר הרב וייס כי אכן עמדתו העקרונית היא כי לפסיקות בית המשפט העליון בישראל יש תוקף כ"דינא דמלכותא", אך זאת רק בעניינים אורחיים אך לא בעניינים פוליטיים ולא בענייני דת ומדינה (סדן חוקי המגן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 25, ה"ש 101).

99 שיחה עם הרב סדן, שם.

יבטל חלילה דין תורה.¹⁰⁰ ואם כך הוא פוסק בנוגע לחוק, ודאי שכך יפסוק גם בנוגע לפסיקה האזרחית, שאת מעמדה הוא משווה כאמור לזה של החוק.¹⁰¹

שיטת הרב בס הוזכרה, בלא שהוכרע לגביה, בפסק דין שניתן ברשת ארץ חמדה גזית.¹⁰² התובע, שהשקיע כספים והפסידם, טען כי פעולות הנתבע שניהל את כספו היו בגדר "חבוץ". "חבוץ" אלו פעולות מיותרות של קנייה ומכירה של ניירות ערך, שכל מטרתן ליצור עמלות שבהן יחויב הלקוח.¹⁰³ התובע הציג לבית הדין פסק דין אזרחי, ובו נקבע כי לשם הוכחת "חבוץ" נחוצים שלושה רכיבים.¹⁰⁴

בית הדין דן בשאלה, אם יש תוקף לפסיקות בתי המשפט בישראל כ"דינא דמלכותא". לדבריו, אומנם לדעת כמה פוסקים יש תוקף מכוח "דינא דמלכותא" רק לחוקים אך לא לפסקי דין,¹⁰⁵ "אלום החוק הישראלי עצמו קובע כי לפרשנות ותקדימי בית המשפט העליון יש מעמד של חוק", ולכן פסיקות אלו הן "בכלל דינא דמלכותא". בית הדין מציין, כי אומנם בית המשפט העליון סוטה לעיתים מתקדימיו, ומפנה את הקורא בעניין זה, בלא לפרט, לדברי הרב בס הנ"ל.

100 על גישתו בעניין זה ונימוקיה ראו אשר וייס "היש תוקף לחוקי המדינה מצד מנהג המקום?" תחומין לד 171, 172-171 (התשע"ד) (להלן: וייס "היש תוקף"). מדובר בתשובה שנכתבה אלי מיום ה' בשבט תשע"ב, ואשר מתייחסת למאמר: רון ש' קליינמן "החוק האזרחי במדינה – מ'נהג המדינה?" תחומין לב 261 (התשע"ב) (להלן: קליינמן "החוק האזרחי"); שו"ת מנחת אשר, חלק ב, סימן קכב, סעיפים ג-ד; רון ש' קליינמן "יחס הדיינים לחוק ולפסיקה האזרחיים ובפרט לבנייה בלתי חוקית" תחומין לו 346, 353-355 (התשע"ו) (להלן: קליינמן "יחס הדיינים"); קליינמן "באיזו מידה", לעיל ה"ש 38, בעמ' 392-393.

101 על גישת הרב וייס בנידון ראו עוד להלן ליד ה"ש 412-426. גם הרב בן יעקב, להלן ליד ה"ש 179, קובע כי פסיקת בתי המשפט תהיה תקפה באותם מקרים שבהם החוק תקף.

102 ת' (ארץ חמדה גזית ר"ג) 69065 (ארץ חמדה גזית 18.11.2009) (הרבנים שלמה אישון, אהרן כ"ץ, איתן זן-בר). תאריך פסק הדין אינו מצוין בפסק הדין והוא נמסר לי על ידי מזכירות בית הדין.

103 הכינוי "חבוץ" (churning) נובע מכך שמדובר בפעולות מיותרות המשולות ל"חבוץ חלב", אשר נועדו לשם ריבוי עמלות. ראו דברי השופט אנגלרד, ע"א 3654/97 קרטינ נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ פ"ד נגנ(3) 385, 406 (1999). על חבוץ ראו עוד יוחאי בנקלר "חבוץ כתרמית בניירות-ערך: הסכנה הגלומה בשיטות תגמול היוצרות ליועצי השקעות או למנהלי תיקים תמריץ לבצע פעולות מיותרות בחשבונות לקוחותיהם" עיוני משפט טו(3) 549 (1990); ת"א (שלום ת"א) 50930/98 הלל נ' החברה המרכזית לניירות ערך בע"מ (נבו) 19.3.2001; ת"א (מחוזי ת"א) 2425/01 שירי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (נבו) 23.7.2007; ת"א (שלום ת"א) 71525/03 אריה נ' חברת לב התמר השקעות בע"מ (נבו) 19.11.2008; ת"א (שלום ת"א) 58616-05 ישועה נ' ויינר (נבו) 11.9.2010.

104 בית הדין אינו מציין את פרטי פסק הדין האזרחי. נראה כי הדברים נלקחו מתוך פסקה 26 לפסק הדין של השופטת ענת ברון בעניין שירי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 54-56.

105 על סמך תשובת הרשב"א, שהובאה בבית יוסף, חושן משפט, סימן כו | שו"ת הרשב"א, לעיל ה"ש 30 (בשינויים קלים); שו"ת מהריא"ז עניזל, לעיל ה"ש 64, שם.

עם זאת, מסקנת בית הדין מסויגת יותר, ולפיה אין תוקף לכל פסיקה של בית המשפט העליון אלא "הדבר צריך להישקל ולהיבדק כל פסק לגופו וכל פרשנות לגופא". בית הדין אינו מפרט מה השיקולים שיישקלו, ואומר כי אינו נזקק "ללבן את הדבר עד תום", שכן בנסיבות המקרה פסיקת בית המשפט לא תסייע לתובע ולכן אין צורך להכריע בנוגע לתוקפה.

כאמור, הרבנים אשר וייס ודוד בס סבורים כי בימינו, בניגוד לעבר, יש להעניק תוקף לפסיקת בית המשפט העליון כי היא מחייבת מכוח החוק. כך גורס גם הרב בן יעקב, שעמדתו תוצג בהמשך.¹⁰⁶ אולם בניגוד לעמדה זו, הסמ"ע, מחשובי נושאי הכלים על שולחן ערוך חושן משפט, פוסק כי גם אם פסיקת השופטים מחייבת מכוח החוק, היא אינה תקפה כ"דינא דמלכותא".¹⁰⁷ הסמ"ע מצטט את תשובת הרשב"א (ג, קט) שהובאה ב"דרכי משה",¹⁰⁸ ומבאר שכוונתו הייתה כי אפילו אם גזר המלך שיש לציית ל"דיני הערכאות" – אסור לדיינים לפסוק על פיהם, כי הכלל "דינא דמלכותא דינא" נאמר רק על "חוקי המלוכה".¹⁰⁹ דומה, כי פרשנותו לתשובת הרשב"א אינה הכרחית. לפי הסמ"ע, ההבחנה בין חוק לפסיקה היא אפוא מוסדית ותלויה בזהות המוסד שקובע את הנורמה ולא בשאלת תוקפה המחייב. הכלל נאמר רק על חוק ולא על פסיקת בתי משפט, גם אם לפסיקתם יש תוקף מחייב כמו לחוק.¹¹⁰

דברי הסמ"ע הובאו להלכה על ידי פוסקים ודיינים רבים,¹¹¹ אולם כאמור הרבנים בס וייס הדגישו, כי המציאות המשטרית והחוקתית בימינו שונה לחלוטין מזו שהייתה

- 106 להלן ליד ה"ש 176.
- 107 סמ"ע, לעיל ה"ש 61, שם: "ראפילו אם גזר המלך בהדיא [=כמפורש] לילך בתר דיני הערכאות, דאין על דיני ישראל לקיים זה מכח זה דעלינו לקיים מן הדין 'דינא דמלכותא', דעל כזה לא אמרו אלא על דברים שהן מחוקי המלוכה".
- 108 הסמ"ע מתייחס קרוב לוודאי לדרכי משה הארוך, לעיל ה"ש 59, שם. התשובה צוטטה לעיל ליד ה"ש 30.
- 109 הסבר מעניין לדברי הסמ"ע נותן ר' משה טייטלבוים (הונגריה, מאות 18–19), שו"ת השיב משה, סימן צ, ד"ה "אלא", קטז (מהדורת י"ד טייטלבוים): גם אם המלך גזר כי יש לציית לשופטיו בכל עניין, אין זה נחשב ל"תיקון המדינה", כי "מי אמר לו שברתינו הקדושה [=דין תורה] לא היה מועיל לתיקון המדינה?", אלא "שחפצו בדתו ולא בדתינו הקדושה", ולכן עלינו לרבוך בדין תורה.
- 110 על ההבחנה המהותית והמוסדית בין חוק לבין פסיקת בתי משפט ראו לעיל אחרי ה"ש 26.
- 111 ראו למשל ר' משה בנבנישתי (קושטא, המאה ה-17), שו"ת פני משה, חלק א, סימן לט; שו"ת פני משה, חלק ב, סימן קטז; שו"ת השיב משה, לעיל ה"ש 109, שם; שו"ת ציץ אליעזר, לעיל ה"ש 68, שם; שו"ת יחזה דעת, חלק ד, סימן סה; אברהם ח' שרמן "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה" תחומין יח 32, 34 (התשנ"ח) (להלן: שרמן "הלכת השיתוף" (א)); הרב לביא, לעיל ה"ש 5; הרב ניסים בן שמעון, להלן ליד ה"ש 452. להפניות לדברי אחרונים נוספים ראו אצל הרב בניש, לעיל ה"ש 6.

בימי הסמ"ע.¹¹² עם זאת, ולמרות ההיגיון בשיטתם, מדובר בשיטה חריגה, וכאמור הדעה המקובלת בקרב פוסקי זמננו היא כי פסיקת בתי המשפט אינה תקפה כ"דינא דמלכותא".¹¹³ חרף האמור ראוי לציין, כי בניגוד לעמדה המקובלת, יש מקרים שבהם בתי הדין הרבניים הממלכתיים מקבלים פסיקות של בתי המשפט, לעיתים גם של ערכאות נמוכות, ואינם רואים כל צורך לנמק זאת.¹¹⁴ במקרה אחר קובע דיין, כי ברגע שבית המשפט העליון שינה את הפרשנות לסעיף מסוים בחוק, "החוק השתנה".¹¹⁵ ייתכן כי תופעה זו מעידה, שיש דינאים הרואים בפסיקות של בתי המשפט, ובמיוחד של בית המשפט העליון, לפחות בתחומים מסוימים, חלק בלתי נפרד מהחוק.

2. לבית המשפט העליון יש סמכות שלטונית מכוח עקרון הפרדת הרשויות

כפי שראינו בסעיף הקודם, הרבנים אשר וייס ודוד בס ביססו את תוקף פסיקת בית המשפט העליון כ"דינא דמלכותא" על כך שפסיקתו מחייבת כמו החוק.¹¹⁶ כביסוס נוסף מציע הרב בס, כי ייתכן שלבית המשפט העליון יש סמכות של "מלך". שכן, כיום

- 112 ראו לעיל ליד ה"ש 97-98, ולהלן ליד ה"ש 119-120. וראו גם לעיל ה"ש 90.
- 113 הרב אורי סדן סיפר בהרצאתו בכנס בנושא "חוקי המדינה בפסיקת בתי הדין לממונות" (שהתקיים בירושלים בכ"ח בניסן תשפ"ג), כי בכנס של דיני בתי הדין לממונות, אשר עסק בתוקף ההלכתי של דיני העבודה במדינת ישראל (שהתקיים בירושלים בחודש שבט תש"ף), הוצגה העמדה של הרבנים דוד בס ואשר וייס. לדבריו, כל הדיינים שנכחו באותו כנס, ובהם ותיקי הדיינים הציונים דתיים, דחו עמדה זו פה אחד. בין היתר נכחו שם הרבנים (לפי סדר א"ב) אליעזר איגרא, יעקב אריאל, אבי גיטר, יוסף כרמל וציון לוז.
- 114 ראו למשל הרב מימון נהרי בע' (גדול) 1012029/1, 12 (נבו) 16.12.2015: "פרשנות זו עולה ממספר פסקי דין של בתי המשפט לערכאותיהם", ובהמשך אזכר גם פסק דין של בית המשפט העליון – בנוגע לפרשנות סעיף 69 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, המסדיר פריסת חוב; דיני בית הדין האזורי אימצו את פסיקת בית המשפט העליון בעניין "הלכת השיתוף הספציפי". קטע מפסק דינם הובא על ידי הרב מיכאל עמוס בע' (גדול) 1073676/1, 4-5 (נבו) 27.7.2017. במאמרו (עמוס, לעיל ה"ש 77) הוא תמה על כך שהדיינים אימצו את פסיקת בג"ץ במקום את הדין העברי; ת' (אזורי י-ם) 1203515/5, 22 (נבו) 7.5.2021 (הרבנים יצחק אושינסקי, מאיר קאהן, יעקב מ' שטיינהויז) – בנוגע לאמות המידה, שנקבעו על ידי בית המשפט העליון, לשם מתן זכות לבן זוג אחד בדירה שהייתה רשומה קודם הנישואין על שם בן הזוג השני.
- 115 בית המשפט העליון פסק כי דרישת הכתב בעסקת מקרקעין, הנדרשת לפי ס' 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, אינה ראייתית אלא מהותית, וכי בלעדיה אין תוקף לעסקה גם אם הוכחה גמירות דעת (ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ג' מנהלי עזבון בידרמן, פ"ד כו(2) 781 (1972)). הרב אברהם מייזלס מאמץ פסיקה זו ואומר: "עורכי הדין היו רגילים עד שנת 1969 שהדרישה לכתב היתה ראייתית, אבל החוק השתנה ברגע שבית המשפט העליון קבע שדרישת הכתב היא מהותית". ראו ת' (אזורי נת') 880038/18, 13 (נבו) 25.3.2015 (דן יחיד) (הובא אצל סדן חוקי המגן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 24, ה"ש 97).
- 116 ראו לעיל ליד ה"ש 97, 98.

כשיש הפרדת רשויות, סמכויות השלטון נחלקות בין שלוש הרשויות: המחוקקת,¹¹⁷ המבצעת¹¹⁸ והשופטת, שבראשה בית המשפט העליון.¹¹⁹ הרב אשר וייס מבסס אף הוא את פסקו בנידוננו על עקרון הפרדת הרשויות ועל השוני שבין המשטר המלוכני, אשר נהג בעבר, לבין המשטר הדמוקרטי הנהוג כיום:

והנה על אף שהסכימו האחרונים דרך חוקי המלכות הוי דין ולא משפטי הערכאות, יש לעיין בזה. דהנה בכל מדינות המערב המתוקנות בעלות ממשל דמוקרטי יש שלשה זרועות ממשל: הממשלה שהיא הזרוע המבצעת, בית המחוקקים שבו נבחרו העם והוא הזרוע המחוקקת, מערכת בתי המשפט והיא הזרוע השופטת.¹²⁰

כמה חכמי הלכה העירו אף הם על ההבדל שבין תקופתנו לבין ימי קדם בנוגע למעמד פסיקת בתי המשפט.¹²¹ אולם, כאמור בסעיף הקודם, שיטת הרבנים וייס ובס אינה מקובלת על רוב דייני זמננו.

3. פסיקת בתי המשפט תקפה בתנאי שאינה מבוססת על השקפה זרה לתורה

בפסק דינו בבית הדין האזורי בתל אביב משנת תשנ"ז מבחין הרב שרמן בין סוגים שונים של פסקי דין אזרחיים לעניין תוקפם כ"דינא דמלכותא".¹²² פסק הדין עוסק בתוקף ויתור של עובדת על זכויותיה מכוח חוקי המגן בדיני עבודה. חוקי המגן מקנים לעובד זכויות, כגון הזכות לפיצויי פיטורין, דמי הבראה, ימי חופשה ומחלה, שכר מינימום, שעות עבודה ומנוחה וכדומה. לפי מקורות ההלכה עד לזמננו יש תוקף לתנאי ממוני שהתנו הצדדים ביניהם גם בענייני עבודה. אולם לפי המשפט הישראלי הזכויות מכוח חוקי המגן, ובכלל זה מכוח הסכמים קיבוציים, הן זכויות כופות (קוּגְגִּיטוּת), אשר אין

117 על האפשרות לבסס את סמכות הכנסת וחברי הכנסת על דין "מלך", על הכלל "דינא דמלכותא דינא" או על עקרונות הלכתיים אחרים ראו זילברשטיין, לעיל ה"ש 60.

118 יש מקום לשאול, האם גם ההחלטות הרשות המבצעת יהיה מעמד של "דינא דמלכותא"? למשל, החלטות הממשלה ופקידיה, נְהַלְי מְשִׁטְרַת יִשְׂרָאֵל, הנחיות פרקליט המדינה וכדומה. ייתכן כי קביעה כזו היא כבר מרחיקת לכת, אולם נושא זה חורג מגבולות דיוננו.

119 בס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 105. נושא שיטת המשטר הרצויה לפי ההלכה נידון בספרים ובמאמרים רבים. נציין לכמה מקורות שהתפרסמו בשנים האחרונות: ערו רכניץ מדינה כהלכה: התמודדות יהודית עם אתגר העצמאות (ירון אונגר עורך 2018); הרב יצחק שילת "עקרונות המשטר המודרני – מציאות והלכה" הַמְעֵיָן סד(א) 284 (התשפ"ד); מאמרו של זילברשטיין, לעיל ה"ש 60.

120 וייס, לעיל ה"ש 98.

121 צוינו לעיל ה"ש 90.

122 שרמן "עובר ומעביד", לעיל ה"ש 69, בעמ' 245-247.

תוקף להתניה עליהן.¹²³ כלל זה, הנחשב לאחד הכללים היסודיים בדיני העבודה, מכונה "איסור ההתניה".¹²⁴

רק בחלק מחוקי המגן נאמר כי אין תוקף להתניה בניגוד להם, ואילו הקוגנטיות של הזכויות הקבועות בשאר חוקי המגן נקבעה בפסיקה של בית המשפט העליון. שני נימוקים מרכזיים ניתנו בפסיקה הישראלית להצדקת איסור ההתניה על זכויות העובד. האחד, חוקי המגן נועדו להגן על העובד, שהוא בדרך כלל הצד החלש, כדי שהמעביד לא יכפה עליו לוותר על זכויותיו, ולכן נקבע כי ויתור כזה מצד העובד אינו תקף.¹²⁵ הנימוק השני, הזכויות אינן של העובד והמעביד בלבד אלא של הציבור כולו, ולכן אין בכוח הצדדים להסכם העבודה לשנותן או לבטלן.¹²⁶

גננת מרשת גני אגודת ישראל תבעה את זכויותיה מכוח הסכם קיבוצי, וטענה על סמך הפסיקה האזרחית כי הסכם זה גובר על הויתור על זכויותיה, שעליו חתמה בהסכם העבודה האישי. כמה דיינים בבתי הדין הרבניים הממלכתיים פסקו בהזדמנויות שונות, כי היות שאיסור ההתניה על זכויות העובד מקורו בפסיקת בתי המשפט ולא בחוק, אין לו תוקף כ"דינא דמלכותא", שכן הכלל "דינא דמלכותא דינא" אינו חל על פסיקת שופטים.¹²⁷ אולם, כפי שנראה מייד, הרב שרמן דוחה טענה זו.¹²⁸

הרמ"א פוסק: "דלא אמרינן [= שאין אנו אומרים] דינא דמלכותא' אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני הגויים, דאם כן בטלו כל דיני ישראל".¹²⁹ הרב שרמן מסיק מדברי רמ"א אלו, כי צריך לחלק את החוקים האזרחיים לשלושה סוגים, וכי יש תוקף כ"דינא דמלכותא" רק לחוקים משני הסוגים

123 חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, המבסס תוקף הסכמים אלו, הוא אחד מחוקי המגן, כאמור בסעיף 20 לחוק: "זכויות המוקנות לעובד בהוראות אישיות שבהסכם קיבוצי אינן ניתנות לויתור".

124 כך הוא מכונה בכותרת של ס' 12 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987.

125 ע"א 377/54 שולמן נ' "מקורות" בע"מ, פ"ד י 958 (1956).

126 דב"ע (ארצי) לג/3-12 צ'יבוטרו – אברהם, פד"ע ד(1) 173, 177 (1972); בג"ץ 760/79 דיין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(3) 820, 823 (1980). על הנימוקים השונים לקוגנטיות של חוקי המגן ראו עוד: ע"ע (ארצי) 18-04-15868 כותה – עיריית רעננה, פס' 28-30 לפסק הדין של הנשיאה וירט'לבנה ופס' 4-6 לפסק הדין של השופטת דוידובי-מוטולה (נבו 7.4.2021).

127 הרבנים אליעזרוב ולביא ושלושת דייני בית הדין הרבני הגדול. דבריהם צוטטו לעיל ה"ש 70, 71, 77.

128 על פסיקת הרב שרמן ודיינים אחרים בנושא זה, ראו בהרחבה קליינמן "סכסוכי עבודה", לעיל ה"ש 11; קליינמן "מאפייני פסיקות", לעיל ה"ש 11.

129 רמ"א, חושן משפט, שסט, יא. על המונח "תקנת בני המדינה", מקורו בראשונים ויישומו בפסיקה של האחרונים ופוסקי זמננו ראו רון ש' קליינמן "תקנת בני המדינה" ותקנת הציבור: 'מנגנון סינון' הלכתי לאימוץ הדין האזרחי ויישומו בפסיקת דיינים בימינו" שנתון המשפט העברי לג (צפוי להתפרסם) (להלן: קליינמן "תקנת בני המדינה").

הראשונים: (א) חוק "שנועד לקיום השלטון ופעולתו התקינה" – בלשון הרמ"א: "שיש בו הנאה למלך", או (ב) חוק "שנובע מתועלת העם וסדרי חברה תקינים", כלומר חוק שנועד ל"תקנת הציבור" – בלשון הרמ"א: "לתקנת בני המדינה". חוקים משני סוגים אלו הם "תוצר של מציאות" ונחקקו "מכורח הנסיבות", ולכן מעמדם פֶּשֶׁל "דין תורה". לעומתם, לחוקים מהסוג השלישי: (ג) חוק המעוגן ב"עקרונות משפט נוכריים [...] הזרים למשפטי תורת ישראל והשקפתה" – אין תוקף, כי "השקפת העולם הדתית והחברתית של עם ישראל, גם בתחום החברה והממון, היא תורת ישראל"¹³⁰.

גם במקום אחר קובע הרב שרמן, כי חוק המושתת על השקפה זרה לתורה אינו בגדר "תקנת בני המדינה"¹³¹. את הסוג השלישי הוא הסיק ככל הנראה מסיום דברי הרמ"א הנ"ל: "אבל לא שידונו בדיני הגויים".

דברי הרב שרמן קשים בעינינו. ראשית, פרשנותו שלפיה הרמ"א שולל כאן חוקים שחוקקו מתוך "השקפה" זרה לתורה, אינה עולה לדעתנו מדברי הרמ"א, ודומה כי היא חידוש של הרב שרמן.¹³² נראה כי כוונת הרמ"א היא כי אין לדון לפי "דיני הגויים" בכל דבר. כך גם משתמע מתשובת הרשב"א (ו, רנד), שהיא המקור לדברי רמ"א אלר.¹³³ שנית, חוקים רבים עשויים להשתייך בורזמנית הן לסעיף ג' (עקרונות זרים לתורה) והן לסעיפים א' או ב' (תועלת לשלטון או לציבור). מדברי הרמ"א משתמע, כי הוא מעניק תוקף לחוקי גויים שהם לתועלת השלטון או הציבור, אף שמקורם בעקרונות זרים לתורת ישראל. ושלישית, מהי בדיוק "השקפת התורה" בענייני כלכלה ויחסי עבודה – קפיטליסטית, סוציאליסטית ואולי אחרת? קשה להכריע בכך ורבו המחלוקות בעניין זה.¹³⁴

בהתבסס על הפסיקה האזרחית קובע הרב שרמן, כי חוקי המגן נועדו "לטובת הציבור כולו ולתקנתו" (חוקים מסוג ב), ולכן יש תוקף לקוגנטיות שלהם כ"דינא דמלכותא" ואין בידי העובד לוותר על זכויותיו מכוחם, כי ויתור כזה פוגע בטובת הציבור.¹³⁵ משום כך מסקנתו: הווייתור של הגנת אינו תקף, ועל רשת הגנים לשלם לה את מלוא זכויותיה.

130 שרמן "עובד ומעביד", לעיל ה"ש 69, בעמ' 242-243.

131 ראו להלן ליד ה"ש 148.

132 גם הרב רכניץ סבור, כי "לחידושו של הרב שרמן קשה למצוא מקור בספרות הפסיקה". ראו ערו רכניץ "משקלה של כוונת המחוקק בקבלת חוק כ'דינא דמלכותא" תחומין מב 248, 253 (התשפ"ב) (להלן: רכניץ "משקלה של כוונת המחוקק"). לדעתו, התבחין הקובע את תוקף החוק אינו "כוונת המחוקק" אלא "האם במבחן התוצאה החוק מועיל לתיקון המדינה על פי דעת בית הדין או לא". וראו דברים שכתבו הרבנים רכניץ וורהפטיג להלן ליד ה"ש 189.

133 הרמ"א מתבסס על תשובה זו, שהובאה בבית יוסף, ראו לעיל ליד ה"ש 37, וראו הדין בתשובה זו שם בהמשך.

134 ראו למשל במקורות שצוינו לעיל ה"ש 119.

135 שרמן "עובד ומעביד", לעיל ה"ש 69, בעמ' 243-244, על סמך פסקי הדין צ'בוטרו ודיין, לעיל ה"ש 126. עמיתו להרכב, הרב אליעזרוב (לעיל ה"ש 5), חולק עליו באומרו כי

עמיתו של הרב שרמן להרכב, הרב אליעזרוב, שהיה בדעת מיעוט, קבע כי היות שפסיקת שופטים אינה תקפה כ"דינא דמלכותא", יש תוקף לויתור של העובדת.¹³⁶ הרב שרמן היה ער היטב לכך שזו היא העמדה המקובלת בקרב הפוסקים והדיינים, אך הוא מצמצם אותה מאוד. הוא מצטט כמה ראשונים ואחרונים שפסקו כך.¹³⁷ אף שפוסקים אלו לא סייגו את דבריהם, הרב שרמן מבאר את דבריהם בהתאם לפרשנותו הנזכרת לדברי הרמ"א, וטוען כי הם דיברו רק על פסיקת שופטים המבוססת על "שיקול דעתם הבנוי על השקפת עולמם", אך לא על פסיקה שיפוטית המיישמת את החוק על נסיבות המקרה.¹³⁸ לדעת הרב שרמן, הפסיקה האזרחית בנוגע לחוקי המגן אינה מבטאת את "שיקול דעתם האישית של שופטי בית המשפט, אלא [רק] פירוש הנסיבות והבאת ראיות עובדתיות" על כך שדיני העבודה הם ל"תקנת הצבור".¹³⁹ כלומר, חוקי המגן אינם מבוססים על "עקרונות [...] הזורים למשפטי תורת ישראל והשקפתה" אלא נועדו ל"תקנת הצבור והחברה" ("תקנת בני המדינה"), מטרה שעל בסיסה הכירו הפוסקים בתוקף חוקים.¹⁴⁰ לפיכך, הפסיקה האזרחית בתחום זה תקפה כ"דינא דמלכותא".

הרב שרמן קובע, אם כן, כי יש תוקף כ"דינא דמלכותא" לפסיקה אזרחית אשר מיישמת את החוק או חושפת כי החוק נועד ל"תקנת הצבור" ולטובתו.¹⁴¹ לעומת זאת, לפסיקה המבוססת על שיקול דעתם של השופטים, המושתת על "השקפת עולם" זרה לתורה – אין תוקף. פסק דין זה פורסם על ידו בשנת תשנ"ח כמאמר בכתב העת "תחומין". הרב שרמן שב על ההבחנה הנ"ל במאמר אחר שפרסם באותו כרך של "תחומין", ואשר עסק בהלכת השיתוף.¹⁴² הלכה זו נקבעה בבית המשפט העליון בנוגע לחלוקת רכוש בעת גירושי בני זוג, אשר נישאו לפני כניסתו לתוקף של חוק יחסי מומן בין בני

לפסיקת שופט אין תוקף כ"דינא דמלכותא". להשגה דומה על פסיקת הרב שרמן הנ"ל ראו יהודה זולדן *שבות יהודה וישראל* 468, ה"ש 20 (התשס"ז). אולם, כמובא בגוף הטקסט, הרב שרמן בפסק דינו חולק על גישה זו וסובר כי לפסיקת שופטים יש במקרים מסוימים תוקף כ"דינא דמלכותא".

- 136 ראו לעיל ה"ש 70.
- 137 הוא מצטט בין היתר מדברי הרשב"א, המאירי, בעל שבות יעקב ומהרי"א עניזל, צוינו לעיל ה"ש 29, 55, 64, 85.
- 138 שרמן "עובד ומעביד", לעיל ה"ש 69, בעמ' 242, 245-247.
- 139 הביטוי "תקנת הצבור" מופיע כאן רק בפסק הדין המקורי (עניין קיהן, לעיל ה"ש 69). במאמר בתחומין (שרמן "עובד ומעביד", לעיל ה"ש 69, בעמ' 245) נכתב: "בנידון דידן, פסקי הדין של בתי המשפט רק מפרשים את העובדות ותו לא".
- 140 הרב שרמן מתבסס על הרמ"א, לעיל ה"ש 129, ועל שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן מד.
- 141 הוא אינו מבחין בין פרשנות לחוק לבין פסיקה בהיעדר חוק חרות, ובלבד שאין בפסיקה השקפה זרה לתורה.
- 142 שרמן "הלכת השיתוף" (א), לעיל ה"ש 111.

זוג, התשל"ג-1973 (1.1.1974). היא קובעת, כי הרכוש אשר צברו בני הזוג בחייהם המשותפים הוא רכוש משותף השייך לשניהם בשווה. זאת, כל עוד לא הוכח בבית המשפט כי הייתה להם כוונת שיתוף אחרת, כגון כוונה להפרדת נכסים מסוימים. הלכת השיתוף מבוססת, בין היתר, על עקרון השוויון בין המינים ועל התפיסה כי בני הזוג תורמים באופן שווה לרווחת המשפחה.¹⁴³ לעומתה, ההלכה היהודית קובעת הסדר אחר בנוגע לבעלות של בני הזוג על הרכוש שנצבר במשך שנות הנישואין ובנוגע לדרך חלוקתו בעת גירושין.¹⁴⁴

דייני בית הדין הרבני האזורי בתל אביב, ובהם הרב שרמן, פסקו כי הלכת השיתוף אינה מחייבת את בית הדין הרבני, וכי עליו לפסוק רק לפי ההלכה, שאינה מכירה בהלכת השיתוף.¹⁴⁵ הערעור על פסק דין זה לבית הדין הרבני הגדול נדחה.¹⁴⁶ האישה עתרה לבג"ץ ובית המשפט העליון קבע בבג"ץ בבלי, כי בשל הצורך באחידות השיטה המשפטית, חייב בית הדין הרבני להפעיל בסוגיות אזרחיות שאינן חלק מענייני המעמד האישי הנתונים לסמכותו, את המשפט האזרחי כפי שפורש על ידי בית המשפט העליון, ולפיכך עליו לפסוק בשאלת חלוקת הרכוש שבין בני זוג על פי הלכת השיתוף.¹⁴⁷

במאמר שפרסם כתגובה לבג"ץ בבלי מסביר הרב שרמן, כי בתי הדין הרבניים אינם יכולים לפסוק לפי הלכת השיתוף כי היא מנוגדת לדין תורה. בהסתמך על מאמריו האחר ב"תחומין", אשר נידון לעיל, הוא שב וקובע כי חוק נחשב ל"תקנת בני המדינה" וככזה תקף כ"דינא דמלכותא", רק אם הוא "נובע מצרכים ומכורח נסיבות", אך לא אם הוא נובע "מתוך השקפת עולם, אידיאולוגיה דתית או חברתית" המנוגדת לתורה.¹⁴⁸ מכיוון שהלכת השיתוף מבוססת לדעתו על "השקפת עולם" המנוגדת לדין תורה, אין לה תוקף.

במאמר נוסף שכתב בעניין זה נותן הרב שרמן נימוק שני לכך שהלכת השיתוף אינה נחשבת "תקנת הציבור" ("תקנת בני המדינה"). נימוקו: הגדרה זו נאמרה על חוק הבא לתקנת כל הציבור, כגון חוקי פשיטת רגל, ואילו הלכת השיתוף מסדירה רק את

143 התיאור של הלכת השיתוף בגוף הטקסט הוא כללי בלבד. ראו עניין בבלי, לעיל ה"ש 17; ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, מט(3) 529 (1995). על הלכת השיתוף ופרטיה ועל השוני בינה לבין דין תורה נכתב רבות. על כך ועל הלכת בבלי ופסיקת בתי הדין הרבניים בעקבותיה ראו זילברברג, לעיל ה"ש 18.

144 ראו בהערה הקודמת.

145 ת' (אזורי ת"א) 1951/מז (6.3.1990) (הרבנים שלמה בן שמעון, עזרא בר-שלום, אברהם שרמן).

146 ע' (גדול) שן/245 (נבו התשנ"ב) (הרבנים מרדכי אליהו, יוסף שרביט, אריה הורוביץ).

147 ראו עניין בבלי, לעיל ה"ש 17; עניין יעקובי, לעיל ה"ש 144. על השאלה, אם בתי הדין הרבניים אכן פועלים בהתאם להלכת בבלי ודנים בענייני רכוש של בני זוג בהתאם לדין האזרחי, ראו אצל זילברברג, לעיל ה"ש 18.

148 שרמן "הלכת השיתוף" (א), לעיל ה"ש 111, בעמ' 35. והשוו לדבריו לעיל ליד ה"ש 130, 138.

מערכת יחסי הממון שבין בני הזוג.¹⁴⁹ לדבריו, גם לחוק יחסי ממון אין תוקף הלכתי מכוח "דינא דמלכותא" כמו להלכת השיתוף מכוח אותם שני נימוקים.¹⁵⁰

בשני הנימוקים הקודמים מסביר הרב שרמן, מדוע לדעתו אין להלכת השיתוף תוקף כ"דינא דמלכותא". אליהם הוא מצרף שני נימוקים נוספים, אשר יוצגו ביתר הרחבה בהמשך, שלפיהם להלכת השיתוף אין תוקף לא רק מכוח "דינא דמלכותא" אלא אפילו מכוח "מנהג" ואומדנא. הנימוק האחד, הלכת השיתוף אינה הלכה יציבה ואחידה.¹⁵¹ והשני, במקום שנוהגים בכל דבר לפי הדין האזרחי, כמו במדינת ישראל, אין כלל תוקף לחוקים ולפסיקות בתי המשפט, אפילו לא מכוח "מנהג", כי בכך עוקרים דין תורה.¹⁵²

עיון בדברי הרב שרמן מלמד כי הנימוק העיקרי לדידו הוא הנימוק ההשקפתי: הדין האזרחי בנוגע להלכת השיתוף מושגת על תפיסה שוויונית של בני הזוג, המנוגדת להלכה, הוא מפלה לטובה את האישה ואינו מתייחס לערך שימור המשפחה. בשני מאמריו ב"תחומין" מציג אפוא הרב שרמן עמדה אחת, אך יישומה מביאו לתוצאות שונות בשל השוני בנושא הנידון. העמדה: פסיקה אזרחית תקפה כ"דינא דמלכותא" אם היא מיישמת חוק או נועדה ל"תקנת הציבור", אך לא כאשר היא נובעת מהשקפה זרה לתורה. היישום: הפסיקה האזרחית שקבעה את הקוגנטיות של חוקי המגן נועדה ל"תקנת הציבור" – ולכן תקפה כ"דינא דמלכותא", בעוד הלכת השיתוף מנוגדת להשקפת התורה – ולכן אינה תקפה.

גם אחרונים ודיינים נוספים פסקו, בדומה לרב שרמן, כי אין תוקף הלכתי לחוקים המבוססים על השקפה זרה המנוגדת לתורה¹⁵³ או לחוקים המנוגדים למוסר או לצדק

149 אברהם שרמן "הלכת השיתוף" – אינה מעוגנת בדיני ישראל" תחומין יט 205, 213–216 (התשנ"ט) (להלן: שרמן "הלכת השיתוף" (ב)), על סמך שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן סב.

150 שרמן "הלכת השיתוף" (ב), לעיל ה"ש 149, בעמ' 214–215. לדעתו, לחוק זה אין תוקף גם מכוח "אומדנא" ו"מנהג" (שם, בעמ' 216). הרב הרוש (ת' 133004/5, לעיל ה"ש 73, בעמ' 46) טוען כי הרב שרמן התנגד לחוק יחסי ממון רק כי "טען שלא התפשט הדבר", אך גם "הוא יורה היום [...] כיובל שנים לאחר חקיקת החוק [...] שלא ניתן להתעלם ממצייאות זו החדשה", שלפיה בית הדין מחויב לפסוק לפי החוק על פי דרישת כל אחד מבני הזוג, ולכן החוק יחיבי. אולם, נראה לנו כי מדברי הרב שרמן עולה בכיורור אחרת. דומה כי הרב הרוש מבקש להצדיק את אימוץ חוק יחסי ממון על ידי בית הדין הרבני. לפי ס' 13 לחוק יחסי ממון גם בית הדין הרבני מחויב לפסוק על פי חוק זה, אף שחלק מן הדיינים סבורים, כדעת הרב שרמן, כי הוא מנוגד להלכה. ראו הרב שאנן, להלן ליד ה"ש 485; לעיל ה"ש 18.

151 ראו להלן ליד ה"ש 431–433.

152 ראו להלן ליד ה"ש 462.

153 הרב דוד מנחם מאניש באב"ד (גליציה, מאות 19–20), שו"ת חבצלת השרון, חלק א, חושן משפט, סימן ח, ד"ה "ונראה"; לביא, לעיל ה"ש 5, בעמ' 889–890. יצוין, כי הרב רכניץ (רכניץ) "משקלה של כוונת המחוקק", לעיל ה"ש 132, בעמ' 252) מפרש את תשובת בעל חבצלת השרון באופן אחר.

לפי התורה.¹⁵⁴ אולם, קיימים שני הבדלים בין פסיקתם לבין פסיקתו. האחד, בשונה מהרב שרמן הם אינם תולים את עמדתם בדברי הרמ"א, אלא מפעילים שיקולי "מדיניות הלכתית" משלהם. ההבדל השני, הרב שרמן משתמש בשיקולי "השקפה" תורנית כדי להבחין – לצורך הענקת תוקף מכוח "דינא דמלכותא" – לא רק בין חוקים שונים, כפי שעשו דיינים אלו, אלא גם בין פסקי דין אזרחיים שונים.

את הבחנתו בין פסקי דין אזרחיים המנוגדים ל"השקפה" תורנית לבין פסקי דין אחרים מבסס הרב שרמן על כמה פוסקים שדנו בתוקף של פסיקת בתי המשפט.¹⁵⁵ עם זאת, לא ידוע לנו על מי מן האחרונים שפירש כמותו את דברי הפוסקים הללו, ונראה לנו כי פרשנות זו לדבריהם, כמו פרשנותו הנזכרת לדברי הרמ"א,¹⁵⁶ היא חידוש של הרב שרמן. דומה, כי עמדתו זו של הרב שרמן נובעת מרצונו להגן על סמכות ההלכה כפי שהוא מבין אותה ועל עצמאותו של בית הדין הרבני מפני השפעות של החוק ושל הפסיקה האזרחית במדינת ישראל.

4. פרשנות בית המשפט העליון לחוק תקפה אך לא פסיקה שאין לה אחיזה בחוק

גישה זו מקבלת את התפיסה, כי לפסיקות בית המשפט העליון יש מעמד כמו לחוק, אולם מצמצמת אותה לפרשנות לחוק להבדיל מפסיקה שאין לה אחיזה בחוק. היא הוצעה לראשונה על ידי הרב שלמה דיכובסקי במאמר שפרסם ב"תחומין" בשנת תשנ"ח¹⁵⁷ בעקבות בג"ץ בבלי,¹⁵⁸ אשר קבע כאמור כי בית המשפט הרבני חייב לפסוק בהתאם להלכת השיתוף. הרב דיכובסקי דן בכלל "דינא דמלכותא דינא" ובטעמיו. כדי לברר "מה בין חוק המלך לבין משפט הערכאות?", הוא מצטט את תשובת הרשב"א (ג, קט), ומבאר אותה באמצעות דברי מהרי"א¹⁵⁹ ענזיל, המסביר כי פסקי הדין הניתנים ב"ערכאות"

154 כך למשל פוסק הרב אשר וייס, ראו אשר וייס "גדרי היתר לפנות לערכאות" תחומין ל 275, 281 (התש"ע); שו"ת מנחת אשר, לעיל ה"ש 100, שם, על סמך שו"ת הרשב"א, לעיל ה"ש 36. וראו עוד רון ש' קליינמן ואבישלום וסטרייך "דין או צדק? התוקף ההלכתי של דין אזרחי המנוגד לשיקולי צדק" דיני ישראל לד' 391 (2020) (להלן: קליינמן וסטרייך "דין או צדק?"); רון ש' קליינמן ואבישלום וסטרייך "התוקף ההלכתי של חוק המנוגד לשיקולי צדק" תחומין מא 309 (התשפ"א) (להלן: קליינמן וסטרייך "חוק המנוגד לשיקולי צדק").

155 ראו לעיל ה"ש 137 וליד ה"ש 138.

156 ראו לעיל ליד ה"ש 132 ובה"ש הנ"ל.

157 דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 4. מאמר זה, אשר פורסם ב"תחומין" וזכה לפרסום רב, נכתב בעקבות מאמרו הקודם (המבוסס על הרצאה שנשא בכינוס השלושים ותשעה לתורה שבעל-פה, שהתקיים במוסד הרב קוק בחודש מנחם אב תשנ"ז): שלמה דיכובסקי "דינא דמלכותא ודין תורה ('הלכת השיתוף' בראי ההלכה)" תורה שבעל-פה לט, נ (התשנ"ח). במאמרו ב"תחומין" שילב הרב דיכובסקי שתי נקודות שהוסיף בסיום מאמרו ב"תורה שבעל-פה" בעקבות הערות שקיבל אחרי הרצאתו הנ"ל.

158 לעיל ה"ש 147.

אינה תקפים בשל חוסר יציבותם.¹⁵⁹ כאן הוא עובר לפרק שכותרתו "סמכות הפרשנות של בתי המשפט", ופותח במילים אלו:

מן האמור כאן היה ניתן להסיק לכאורה, כי גם כשניתן לומר דינא דמלכותא, אמורים הדברים רק בחוקים מפורשים אך לא בדברים שאינם מפורשים בחוק הנתונים לפרשנות בתי המשפט. הטעם לכך הוא כי החוק המפורש קבוע, ואילו הפרשנות השיפוטית משתנה.
קשה להבין הברזל זה:

ראשית – גם החוק המפורש נתון לשינוי תחיקתי מפעם בפעם.

שנית – לכל חוק ישנה פרשנות, ואין לך כמעט סעיף אחד שאין בו פרשנות של בתי משפט העוסקת בהתאמת החוק הכתוב למציאות המשתנה. ושלישית – מדוע יגרע חלקה של הפרשנות השיפוטית מחוק מפורש, הרי אלו ואלו הם חוק המדינה, והפה שיצר את החוק הוא גם הפה שנתן לבתי המשפט את זכות הפרשנות.¹⁶⁰

הרב דיכובסקי מצטט את שופטי בית המשפט העליון, המבהירים כי הלכת השיתוף היא "חקיקה שיפוטית" של בית המשפט.¹⁶¹ לאור דבריהם הוא מבחין בין "פרשנות שיפוטית" לחוק לבין "חקיקה שיפוטית" של בית המשפט העליון שנוצרה בדרך עצמאית ולא כפרשנות ללשון החוק:

כאן אולי טמון ההבדל העיקרי בין תפישתו של מהריא"ז ענזיל לבין [שופטים] הדוגלים ב"חקיקה השיפוטית". כל "תיק" זקוק לפרשנות; בפרשנות ניתן "למתוח" את הטקסט לאורך ולרוחב, אולם אין לסטות ממנו. אולם מה לעשות כאשר אין טקסט, ונוצר חלל (לאקונה) בחוק, והשופט נאלץ להביא מרחוק לחמו – מפסיקה זרה או מסברת עצמו. במקרה כזה קבע מהריא"ז ענזיל (וכך הבין בדברי הרשב"א), שלא חל הכלל דינא דמלכותא דינא. מאידך גיסא, "פרשנות שיפוטית" גרידא, הצמודה לטקסט ולחוק הכתוב, אינה שונה במהותה מן החוק עצמו, ולא נראה לי להבדיל בינה לבין החוק עצמו לענין "דינא דמלכותא דינא".¹⁶²

159 תשובת הרשב"א, לעיל ה"ש 29, שם, צוטטה מתוך דרכי משה וסמ"ע, לעיל ה"ש 59, 61; שו"ת מהריא"ז ענזיל, לעיל ה"ש 64, שם.

160 דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 4, בעמ' 22-23.

161 המונח "חקיקה שיפוטית" מתייחס הן לפרשנות של בית המשפט העליון לחוק והן לפסיקותיו בהיעדר הוראה חרותה. ראו אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (התשמ"ג). אולם, הרב דיכובסקי משתמש במונח זה כמתאר פסיקות מן הסוג השני בלבד.

162 דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 4, בעמ' 23-24.

הרב דיכובסקי מבין כי מהריא"ז ענזיל לא שלל לגמרי את תוקף פסיקת בתי המשפט אלא רק את תוקפה של "חקיקה שיפוטית", כאשר אין חוק בנידון והשופט פוסק על סמך "פסיקה זרה או מסברת עצמו" – אולם גם לשיטת מהריא"ז, פרשנות "הצמודה לחוק הכתוב" דינה כמו החוק עצמו והיא תקפה כ"דינא דמלכותא".¹⁶³ הרב דיכובסקי פוסק אם כן כדעת מהריא"ז ענזיל (בהתאם לדרך שבה הבין את דבריו), ומעניק תוקף לפרשנות בית המשפט העליון לחוק אשר יש לה אחיזה בחוק.

ייתכן, כי מעבר לקביעה ההלכתית יש בדברי הרב דיכובסקי גם משום ביקורת על כך, שב"חקיקה שיפוטית" שאינה מעוגנת בחוק נוטלים שופטי בית המשפט העליון לידם את סמכות החקיקה המסורה למחוקק. לעומת זאת, כאשר מדובר בפרשנות לחוק, זו בדיוק מלאכתו של בית המשפט העליון, כי הוא המוסמך לפרש את החוק. אפשר שביקורת זו נרמזת גם במקום נוסף במאמרו.¹⁶⁴

הרב דיכובסקי אומר, כי ראוי היה להעניק להלכת השיתוף תוקף כ"דינא דמלכותא", כי היא משווה בין בני הזוג ומונעת מריבות ולכן נחשבת "לתקנת בני המדינה".¹⁶⁵ אולם, מכיוון שפסיקת בית המשפט העליון בשאלה אם יש לחייב את בית הדין הרבני לפסוק לפי הלכת השיתוף, אינה יציבה והשתנתה בבג"ץ בבלי – אין תוקף להלכת השיתוף, שכן לפסיקות המשתנות מזמן לזמן אין תוקף כ"דינא דמלכותא".¹⁶⁶

הטיעון האחרון נראה מיותר. שהרי הרב דיכובסקי כבר קבע כי הלכת השיתוף אינה תקפה כ"דינא דמלכותא" בשל היותה "חקיקה שיפוטית" שאין לה אחיזה בלשון החוק. ככל הנראה, טיעון זה נועד לחזק את פסיקתו, כי הלכת השיתוף אינה תקפה כ"דינא דמלכותא": זו לא רק פסיקה שאינה מעוגנת בחוק, אלא היא גם אינה יציבה. אולם, טיעון זה תמוה. שכן, אין מדובר בפסיקות המשתנות מעת לעת אלא בשינוי חד-פעמי שנעשה בהלכת בבלי. וכפי שאומר הרב דיכובסקי עצמו, אין כל סיבה להבחין בין פסיקה של בית המשפט העליון שעשויה להשתנות לבין חוק, שאף הוא משתנה לעיתים.¹⁶⁷

163 ככפוף לגדרי "דינא דמלכותא", שלפיהם יש תוקף לחוק רק אם הוא "לתקנת בני המדינה". ראו דבריו לעיל ה"ש 4, ולהלן ליד ה"ש 165.

164 כוונתנו למשפט הבא (דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 4, בעמ' 24): "מצאנו אפוא הבדל תהומי בין גישתו של מהריא"ז ענזיל לפסיקתם של 'השופטים הממונים בערכאות', לבין גישתם של שופטי בית המשפט העליון בישראל הרואים בפסיקתם שלהם 'חקיקה שיפוטית'". כלומר, מהריא"ז – שהרב דיכובסקי פוסק כדעתו – מבין שתפקיד השופטים הוא רק לפרש את החוק אך לא לחוקק, ואילו שופטי בית המשפט העליון רואים עצמם כשותפים במלאכת החקיקה.

165 שם, בעמ' 25-27, בניגוד לעמדת הרב שרמן, לעיל ליד ה"ש 148. וראו לעיל ה"ש 129.

166 שם, בעמ' 27-28.

167 "גם החוק המפורש נתון לשינוי תחיקתי מפעם בפעם". צוטט לעיל, ליד ה"ש 160.

ראוי לציין כי בגרסה מאוחרת של המאמר, שנדפסה בספרו של הרב דיכובסקי כשש עשרה שנים מאוחר יותר,¹⁶⁸ יש שלושה שינויים משמעותיים הראויים לתשומת לב. הראשון: במאמר ב"תחומין" נאמר במפורש, כי השינויים מעת לעת בפרשנות בית המשפט העליון לחוק אינם שוללים מפסיקתו את תוקפה כ"דינא דמלכותא", כל עוד אין מדובר ב"חקיקה שיפוטית" שאין לה אחיזה בחוק. לעומת זאת, בגרסה המאוחרת קובע הרב דיכובסקי בגוף הטקסט, כי "תפישת ההלכה היא שפרשנות שיפוטית המשתנה מתקופה לתקופה אינה נחשבת לדינא דמלכותא". רק בהערת שוליים הוא מסייג את דבריו ל"חקיקה שיפוטית" הנעדרת אחיזה בחוק, להבדיל מ"פרשנות שיפוטית" לחוק, בהתאם לאמור במאמרו. הרושם הנוצר מקריאת המאמר, במיוחד למי שאינו מעיין בהערות השוליים, הוא כי כל פסיקה של בית המשפט, ולא רק "חקיקה שיפוטית" שאין לה אחיזה בחוק, אינה תקפה כ"דינא דמלכותא".¹⁶⁹

ייתכן כי שינוי זה נבע מן הביקורת הרבה שספג הרב דיכובסקי על מאמרו ב"תחומין" – בנוגע לקבלת הלכת השיתוף בפרט, ובנוגע לפסיקתו החריגה, שלפיה יש תוקף לפרשנות של בית המשפט העליון לחוק, בכלל. דומה כי הגרסה המופיעה בספרו יוצרת את הרושם כי מידת נכונותו של הרב דיכובסקי לקבל את פסיקות בית המשפט העליון מצומצמת יותר.

השינוי השני: במאמרו ב"תחומין" תולה הרב דיכובסקי את ההבחנה שהציע בתשובת מהריא"ז עניזיל ופוסק כמותו. לעומת זאת, בספרו הוא מבין את דבריו אחרת, ולטעמו זו אכן כוונתו, וחולק עליו. לדבריו בספרו, מהריא"ז אינו מבחין בין פרשנות שופטים לחוק לבין פסיקתם שאינה מעוגנת בחוק, אלא קובע כי כל פסיקה של שופטים אינה תקפה כ"דינא דמלכותא". אולם, הרב דיכובסקי עצמו חולק על מהריא"ז, ומקבל את דבריו רק בנוגע ל"חקיקה שיפוטית" שאינה פרשנות לחוק.

השינוי השלישי: גם נימוקו של הרב דיכובסקי לפסיקתו השתנה. ב"תחומין" הנימוק נעוץ במעמד הפסיקה האזרחית: פרשנות לחוק "אינה שונה במהותה מן החוק עצמו". לעומת זאת, בספרו הוא טוען, כי אם לא נעניק לפרשנות בתי המשפט לחוק תוקף מכוח "דינא דמלכותא דינא" נרוקן כלל זה מתוכנו:

בנקודה זו קשה לי לקבל את דברי מהריא"ז עניזיל. אין כמעט מציאות שאין בה נסיבות שונות להקל או להחמיר, והדבר הוא בכלל שיקול הדעת

168 שלמה דיכובסקי לב שומע לשלמה: פסקי דין ומאמרים כרך ראשון, סימן ד (התשע"ד).
 169 שם, בעמ' נח, ה"ש 9. אומנם, בהמשך הטקסט (שם, בעמ' נט) הוא שב ומדבר על כך ש"השתנות המדיניות השיפוטית [...] ביחס ל'הלכת השיתוף'" גורמת לכך שאין לה תוקף כ"דינא דמלכותא". אולם, גם שם הוא אינו מציין בגוף הטקסט, כי קביעה זו מסויגת לפסיקה שאין לה אחיזה בחוק (בלשונו: "חקיקה שיפוטית") בלבד, כדוגמת הלכת השיתוף.

שנתון לשופט. אם גם בזה [=פרשנות לחוק] לא נאמר "דינא דמלכותא",
 אין כמעט מצב שתאמר בו הלכה זו.¹⁷⁰

להלן נראה כי גישתו של הרב דיכובסקי במאמרו ב"תחומין", אשר הוצגה לעיל, היא ככל הנראה גישתו המאוחרת.¹⁷¹ גם פסק דין נוסף שלו משנת תשס"ז (2007) מתאים לגישתו המאוחרת. הרב דיכובסקי פוסק, בניגוד לעמיתיו להרכב הרבנים שרמן ואיזירר, כי לחוקי המגן יש תוקף קוגנטי כ"דינא דמלכותא" ולכן אין תוקף לויתור על זכויות מכוח חוקים אלו, שעליו חתמה עובדת בהסכם העבודה.¹⁷² מדובר בפרשנות של בית המשפט העליון לחוקי המגן ולכן בהתאם לשיטתו יש לה תוקף.

גישתו של הרב דיכובסקי, שלפיה יש להבחין בין פרשנות שיפוטית לבין חקיקה שיפוטית שאינה מעוגנת בחוק, היא שיטה חריגה שאינה מקובלת על רוב דיני זמננו.¹⁷³ אולם, הבחנה דומה נוקט גם הרב צבי יהודה בן יעקב בחיבורו, בדונו בבנייה בניגוד לחוקי הבנייה.¹⁷⁴ הרב בן יעקב דן בפירוש התשובה, שבה קובע הרשב"א (ג, קט), כי פסיקת שופטים אינה תקפה כ"דינא דמלכותא".¹⁷⁵ הנחת המוצא לדיונו היא כי כאשר החוק אינו ברור דיו ובתי המשפט מפרשים אותו "משמעות פשוטה [...] כמשמעות כוונת החוק" ומחילים אותו על המקרה שלפניהם – יש לפסיקתם תוקף כ"דינא דמלכותא", כי מקור הפסיקה הוא החוק ולא השופטים. לאור הנחה זו מבאר הרב בן יעקב, כי הרשב"א בתשובותיו דיבר על מצב שהמלך אינו מקפיד שידונו דווקא בערכאותיו,¹⁷⁶ אך אם הוא מקפיד שפסיקת השופטים תחייב את כולם, כמו המצב בנוגע לחוקי הבנייה בימינו – גם "דינא דערכאות דינא" ופסיקה זו מחייבת. כמו הרב דיכובסקי, גם הרב בן יעקב מקבל רק את פרשנות בית המשפט העליון לחוק, אך לא פסיקה שאין לה אחיזה בלשון החוק.¹⁷⁷

- 170 שם.
 171 גישתו המוקדמת תידון להלן ליד ה"ש 254-270.
 172 ע' (גדול) 1-35-023673478 פלזנית נ' רשת גני אגו"י 3 (התשס"ז).
 173 גם הרבנים אשר וייס ובס, המעניקים באופן עקרוני תוקף לפסיקת בית המשפט העליון, אינם מקבלים הבחנה זו. ראו לעיל ליד ה"ש 97, 99.
 174 שו"ת משפטיך ליעקב, חלק י, סימן יז, סעיף ב. דיין בבית הדין האזורי בתל אביב. הרב בן יעקב מסר לי, כי סימן זה מבוסס על שאלה שנשאל ולא על פסק דין.
 175 שו"ת הרשב"א, לעיל ה"ש 29.
 176 דוגמה למצב כזה מביא הרב בן יעקב משתי תשובות אחרות של הרשב"א. בשו"ת הרשב"א החדשות, סימן שמב (מהדורת מכון ירושלים) פוסק הרשב"א: אם המלך קובע כי חוקיו יחייבו רק בהתדיינות בערכאות המדינה, אך הוא מאפשר ליהודים לתבוע זה את זה בבית דין לפי דין תורה ואינו כופה עליהם להתדיין בערכאותיו, אין תוקף לפסיקת הערכאות כ"דינא דמלכותא". כך הוא פוסק גם בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תצצה.
 177 כך גם הבהיר לי הרב בן יעקב במכתב מיום כ"ו בניסן תשפ"ג: "תלוי איזו חקיקה שיפוטית. אם היא יש מאין – אין לזה [תוקף של] דינא דמלכותא, מה שאין כן אם נראה לי שיכול להיכנס גם כפרשנות [לחוק]". ייתכן שהוא הושפע בעניין זה מדברי הרב דיכובסקי שנידונו לעיל.

אפשר להקשות על דברי הרב בן יעקב. אם לדעתו, במקום שהשלטון מחייב לציית לפסיקת השופטים יש לפסיקתם תוקף כ"דינא דמלכותא", מדוע הוא מסייג זאת רק לפסיקה שיש לה אחיזה בלשון החוק? נראה שהרב בן יעקב סבור כי כדי שהחוק ייחשב כמקור לפסיקת השופטים, לא די שחובת הציות לפסיקתם תיקבע בחוק אלא דרוש שפסיקה זו תהיה מבוססת על לשון החוק.¹⁷⁸

הרב בן יעקב מוסיף במכתב כי היות שפסיקת בית המשפט העליון מחייבת מכוח החוק, יש לה תוקף כ"דינא דמלכותא" רק באותם תחומים שהחוק עצמו תקף כ"דינא דמלכותא", כלומר כאשר החוק נחשב לדעת הדיין כ"תקנת בני המדינה", כדוגמת חוקי הבנייה, העבודה והתעבורה.¹⁷⁹ בנוגע לחוקים אחרים הוא אינו רוצה להגדיר מראש מה ייחשב ל"תקנת בני המדינה", ולדבריו "צריך לבחון כל חוק וכל סעיף בחוק" בנפרד.¹⁸⁰

פסיקה זו של הרב בן יעקב אינה מתיישבת לכאורה עם דבריו במקום אחר, שגם בו הוא דן בשאלת תוקף פסיקת בתי המשפט. הרב בן יעקב קובע שם כי פסיקה ברורה ויציבה של בתי המשפט, לא רק של בית המשפט העליון, היא חלק מהחוק ויוצרת מנהג. היות שאנשים מתקשרים על דעת המנהג, הם מקבלים עליהם את פסיקת בתי המשפט המפרשת את החוק, ובכלל זה גם פסיקה עתידית, ולכן היא תקפה מכוח "מנהג". עם זאת, קביעה זו תקפה לדעתו רק לגבי אנשים הנוהגים להתדיין בבתי משפט אזרחיים או שיש להניח כי הם פועלים על דעת חוקי המדינה ולא על דעת דין תורה.¹⁸¹ בעוד במקור הקודם הוא פוסק כי פסיקת בית המשפט העליון שהיא "לתקנת בני המדינה"

178 ההסבר שהצענו מתאים לאחת ההבחנות שהוצעו לעיל בין חוק לבין פסיקת בתי משפט לעניין תחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא": ההבחנה המוסדית התלויה בזוהת המוסד שקובע את הנורמה (ראו לעיל ליד ה"ש 28). כאשר השופטים רק מפרשים את לשון החוק, אפשר לומר כי הנורמה נוצרה על ידי המחוקק ולא על ידי בית המשפט.

179 מכתב של הרב בן יעקב אליי מיום ח' בניסן תשפ"ג. בשו"ת משפטיך ליעקב (משפטיך ליעקב, לעיל ה"ש 174, בעמ' רפ-רפה) הוא מביא דברי פוסקים שהעניקו תוקף לחוקים שהם "לתקנת בני המדינה" בתחומים אלו: הגנת הדייר, פשיטת רגל, הגבלת מחירי מוצרים והענקת זכינות, ומוסיף כי מפסיקתם בנוגע לחוקי הגנת הדייר אפשר ללמוד גם לחוקי הבנייה.

180 מכתב של הרב בן יעקב אליי מיום י"א בניסן תשפ"ג.

181 הרב בן יעקב בשיחה עימי מיום כ' בכסלו תשע"ג ובמכתב אליי מיום כ"ג בכסלו תשע"ג. דבריו הובאו אצל רון ש' קליינמן "האם חוקי המדינה מחייבים כ'מנהג' גם את מי שאינו מכיר אותם?" תחומין לג 82, 92 (תשע"ג) (להלן: קליינמן "האם חוקי"). במכתבו, לעיל ה"ש 179, הוא מבהיר כי בניגוד לתוקפה של פסיקת בית המשפט העליון מכוח "דינא דמלכותא" (ראו לעיל ליד ה"ש 177), פסיקת בתי המשפט מכוח "מנהג" ו"אומדנא", עבור הנוהגים להתדיין בבתי המשפט, תקפה בכל סוג פסיקה ולא רק בפרשנות שיפוטית לחוק. עוד הוא כותב כי אנשים שהוסיפו סעיף בחוזה שבו הם מקבלים כבוררים את בד"ץ העדה החרדית, יודעים שהוא יפסוק לפי דין תורה ולא לפי החוק, וכי "יש לבחון כל מקרה לגופו, לפי האנשים ולפי המקום והזמן".

תקפה כ"דינא דמלכותא" ביחס לכל הציבור, כאן הוא מעניק לפסיקה זו תוקף רק מכוח "מנהג" ולא מכוח "דינא דמלכותא", וגם מסייג את תוקפה רק לאנשים הנוהגים להתדיין בבתי משפט.

במענה לשאלתנו הבהיר הרב בן יעקב, כי אין סתירה בין שני המקומות. ההבדל נעוץ בבסיס ההלכתי שמשמש את הדיין כדי להעניק תוקף לפסיקה האזרחית. כאשר הדיין מבסס את תוקף פסיקת בתי המשפט על "מנהג" בלבד ולא על "דינא דמלכותא" – למשל, אם מדובר בפסיקה של בית המשפט העליון שאין לה אחיזה בחוק או אם מדובר בפסיקה של בתי משפט אחרים – פסיקה זו תחייב רק את מי שפועלים על דעת חוקי המדינה ולא על דעת דין תורה. שכן, רק לגביהם יש אומדן דעת שהתקשרו על דעת הפסיקה האזרחית. לעומת זאת, כאשר מדובר בפרשנות של בית המשפט העליון לחוק שהיא "לתקנת בני המדינה", והדיין מעניק לה תוקף מכוח "דינא דמלכותא" – פסיקה זו מחייבת את כולם, גם את המתקשרים על דעת דין תורה.¹⁸²

לסיכום, לדעת הרב בן יעקב יש לפסיקת בית המשפט העליון תוקף מכוח "דינא דמלכותא" אם מתקיימים שני תנאים: האחד, מדובר בפרשנות לחוק, להבדיל מפסיקה שאין לה אחיזה בלשון החוק, והשני, היא נחשבת לדעת הדיין "לתקנת בני המדינה". כאשר לא מתקיימים התנאים הללו, פסיקת בית המשפט העליון אינה תקפה מכוח "דינא דמלכותא". אולם, אם בעלי הדין נוהגים להתקשר על דעת חוקי המדינה ולא על דעת דין תורה, פסיקות של בית המשפט העליון, וגם של בתי משפט אחרים, עדיין יחייבו אותם מכוח "מנהג".¹⁸³

5. פסיקת בתי המשפט תקפה אם היא לתועלת הציבור ("לתקנת בני המדינה")

הרב משה סופר (שרייבר), החתם סופר (פרנקפורט דמיין-פרסבורג, 1762-1839), דן בחוק במחוז בהונגריה המגביל את התחרות החופשית בשוק. לדעתו, מחלוקת הפוסקים אם הכלל "דינא דמלכותא דינא" חל גם בארץ ישראל או רק בשלטון נוכרי אינה עוסקת בחוקים שהם לתועלת הציבור. אולם, חוקים שהם לתועלת הציבור תקפים לא בשל כוח הכפייה השלטוני אלא משום שהציבור מעוניין בהם ומקבל אותם על עצמו, ולכן הם תקפים לפי כל הדעות:

ואין לחלק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם [...] ואלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן, הא דלא יתרבו הסרסורים [=המתווכים] יותר

182 כך הבהיר לי הרב בן יעקב במכתבו, לעיל ה"ש 179.

183 על הנפקות בין תוקף הפסיקה האזרחית מכוח "דינא דמלכותא" או מכוח "מנהג" ראו לעיל ליד ה"ש 234-239.

ממה שראוי לפי העיר והמסחר, כדי שיכולים להתפרנס ולא יפסקו חיותא

[=יקפחו פרנסה] זה לזה.¹⁸⁴

החתם סופר מסביר כי החוק המגביל את העיסוק בתיווך במכירת יין לבעלי זיכיון הוא חוק ראוי, שנועד לטובת הציבור, וכי יש לו תקדימים דומים בהלכה. הרב יצחק יעקב וייס (מנצ'סטר-ירושלים, 1902-1989) הולך בעקבותיו. הוא נשאל בנוגע לתוקף דיני הגנת הדייר בארצות הברית. השואל סבר, כי יש להבחין בתוך הדין האמריקאי בין חוקים לבין פסיקות בתי המשפט. הרב וייס טוען כי לאור דברי החתם סופר אין מקום להבחנה זו, וכי יש תוקף לדין זר שתוכנו ראוי, גם אם אינו עומד בדרישות ההלכתיות האחרות שקבעו הפוסקים בנוגע לכלל "דינא דמלכותא דינא".¹⁸⁵

לדעת בעל שו"ת מנחת יצחק, הן חוקים והן פסיקות בתי משפט שהם לתועלת בני המדינה תקפים באופן עקרוני כ"דינא דמלכותא", מכוח הסכמת הציבור. עם זאת, הוא אינו מכריע במחלוקת שבין הש"ך¹⁸⁶ – אשר קובע כי אין תוקף לחוק המנוגד לדין תורה מפורש, כדוגמת חוק הגנת הדייר – לבין הרמ"א, שמעניק תוקף של "דינא דמלכותא" לכל חוק שהוא "לתקנת בני המדינה".¹⁸⁷ משום כך הוא פוסק כי יש להשאיר את הממון בידי המוחזק.

הרבנים איתמר ורהפטיג ועדו רכניץ¹⁸⁸ קובעים כי לפי העמדה המקובלת בפסיקה "אין תוקף הלכתי לפסיקת בתי המשפט האזרחיים". עם זאת, בהתבסס על תשובות החתם סופר ובעל מנחת יצחק הם פוסקים, כי יש תוקף לפסיקת בתי המשפט בתחום חוקי המגן, "ובלבד שבית הדין יקבע שתוכנם ראוי", או בניסוח אחר: "אם היא בגדר 'תקנת בני

184 שו"ת חתם סופר, לעיל ה"ש 140 (התשובה משנת התקצ"ו, 1836). על שימוש שעושים דיינים ברשת ארץ חמדה גזית בתשובה זו כ"מנגנון סינון" הלכתי כדי להכריע, אם ובאיזו מידה לאמץ חוק אזרחי מסוים, ראו בשני המאמרים של קליינמן ווסטרייך, צוינו לעיל ה"ש 154.

185 שו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן פו (התשובה משנת תשי"ז, 1957): "גם מה שהביא מהפוסקים שמחלקים בין חק מלכות הקבוע ובין גזרת הגמון לפי שעה, או בין דינא דמלכותא ובין דינא דערכאות, נראה בזה דלפי דברי החתם סופר בתשובה [...] לא שייך לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם עיין שם, אם כן כמו כן לא שייך לחלק כל החילוקים הנ"ל, כיון דניחא להו [=שנוח להם] הרי המה מקבלים עליהם יהיה ממי שיהיה, כך נראה לפי עניות דעתי".

186 ש"ך, חושן משפט, סימן עג, סעיף לט.

187 רמ"א, לעיל ה"ש 129.

188 הרב ורהפטיג הוא דיין בבית הדין לממונות במעלה אדומים, המשתייך לאיגוד בתי הדין לממונות. הרב רכניץ הוא דיין ותיק ברשת בתי הדין של ארץ חמדה גזית ומנהל את הרשת כבר שנים רבות. הוא גם זה שמוביל לאורך השנים את המדיניות ההלכתית של הרשת ואחראי לניסוחה ולפרסומה.

המדינה"¹⁸⁹. לדבריהם, בית הדין אינו מחויב לפסוק לפי פסיקות בתי המשפט, ובכללם בית המשפט העליון, ועליו להפעיל שיקול דעת נקודתי מהותי בנוגע לכל פסיקה. רק אם סבור בית הדין כי פסיקה אזרחית מסוימת טובה וראויה, במינוח ההלכתי: "היא לתקנת בני המדינה", הוא יעניק לה תוקף מכוח "דינא דמלכותא"¹⁹⁰.

ראוי להעיר, כי הפעלת שיקול דעת נקודתי כאמור בנוגע לכל פסיקה אזרחית עשויה להביא דיינים שונים למסקנות שונות. במקומות אחרים הראינו כי כך אירע בהפעלת שיקול דעת כזה בנוגע לחוקים במגוון תחומים: יש פוסקים שסברו כי חוקים אלו הם "לתקנת בני המדינה" ולכן יש להם תוקף הלכתי, בעוד פוסקים אחרים סברו ההיפך ומשום כך פסקו כי החוקים הללו אינם תקפים.¹⁹¹

דברים ברורים ומפורטים יותר כותב הרב רכניץ כעבור כמה שנים בנייר עמדה, הדין בשאלה אם ובאילו תנאים על בית הדין לקבל חוקים ופסיקות של בתי משפט. בנוגע לחוקים הוא טוען כי דיינים מפעילים בדרך כלל "שיקול דעת נקודתי" בנוגע לכל חוק כדי לקבוע אם הוא בגדר "תקנת בני המדינה". לטעמו דרך זו בעייתית, ועדיף להכריע בעניין זה "לאור מבחנים אובייקטיביים", אשר משמשים "תבחינים [=אמות מידה] לכך שחוק הוא בגדר 'תקנת בני המדינה'".¹⁹²

התבחינים לקבלת חוקים כ"דינא דמלכותא" שנכללו בנייר העמדה של הרב רכניץ אומצו על ידי רשת ארץ חמדה גזית בשנת תשפ"ב במסגרת כנס הדיינים לדיני ממונות, ונקבעו כחלק מן המדיניות ההלכתית של הרשת.¹⁹³ נצטט חלק מהחלטת מדיניות זו, המתייחסת גם לפרשנות החוק:

1. בית דין של תורה דן על פי דין תורה, וחוקי מדינת ישראל אינם יכולים להחליף חלילה את חוקי התורה.

- 189 ורהפטיג ורכניץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 61. הביטוי "תקנת בני המדינה" מקורו ברמ"א לעיל ה"ש 129.
- 190 הרב רכניץ במכתבו אלי מיום כ"ח בטבת תשפ"ד הבהיר כי זו אכן שיטתו. והשוו לדבריו בנייר העמדה שיידונו להלן.
- 191 למשל: חוקי פשיטת רגל; חוקי הגנת הדייר; הקביעה בחוק המתווכים במקרקעין, כי מתווך אינו זכאי לדמי תיווך ללא מסמך בכתב. ראו רון ש' קליינמן "כיצד קובעים הדיינים האם יש תוקף לחוקים כ'דינא דמלכותא'?" תחומין מב 232, 233-234 (התשפ"ב) (להלן: קליינמן "כיצד קובעים"); ובהרחבה: קליינמן "תקנת בני המדינה", לעיל ה"ש 129.
- 192 רכניץ מעמדם, לעיל ה"ש 81, בעמ' 9-11. ושם בהמשך פורטו התבחינים. לדיון בגישת ה"תבחינים", שאותה נוקטים הרב רכניץ ודיינים נוספים, לעומת הגישה של הפעלת שיקול דעת רחב על ידי הדיין בנוגע לכל חוק ופסיקה אזרחית, ראו קליינמן "כיצד קובעים", לעיל ה"ש 191, בעמ' 232-246.
- 193 על "המדיניות ההלכתית" של הרשת ראו להלן ה"ש 277.

2. על חלק מחוקי מדינת ישראל בתחום הממוני שבין אזרח לאזרח חל הכלל "דינא דמלכותא – דינא", ובכלל זה יש תוקף גם לחלק מהתקנות והצווים, להלן ייקראו כולם חוק או חוקים. [...]
5. להלן תבחינים על פיהם ניתן לקבוע שחוק תקף על פי ההלכה:
- א. חוק שנועד להתמודד עם בעיה, בניגוד לחוק בסיסי שאין לו תוקף.
- ב. חוק המהווה תגובה לשינוי טכנולוגי, כלכלי או חברתי.
- ג. חוק שיש בו התייחסות ייחודית לתחום ממוני מסוים. [...]
6. יש תוקף לחוק שנראה מועיל בעיני בית הדין.¹⁹⁴
7. ההכרעה בדבר תוקפו של חוק אינה נעשית על פי כוונת המחוקק.
8. פרשנות החוקים תיעשה בידי בית דין של תורה.
9. בנוסף לכל האמור, חלק מהחוקים הם גם בגדר מנהג המדינה, כפי שנקבע בהחלטה קודמת וכאן מופיע קישור להחלטת מדיניות קודמת¹⁹⁵.¹⁹⁶

כך בנוגע לתוקף חוקים. ברם, טוען הרב רכניץ, דרך הבחינה של פסיקות בתי משפט אמורה להיות שונה מזו של חוקים. פסיקת בתי המשפט אינה מחייבת מבחינה הלכתית, אך גם אין מניעה מלקבלה". אולם, בעוד חוק ניתן לקבל על סמך מבחנים אובייקטיביים שאינם מהותיים – כדוגמת אלו שצוינו בסעיף 5 להחלטת המדיניות דלעיל – פסיקה אזרחית ניתן לקבל כ"דינא דמלכותא" רק אם בית הדין משוכנע כי היא מועילה, כלומר רק על בסיס מבחן מהותי. משום כך, "כאשר בית הדין סבור שפסיקת בתי המשפט צודקת וראויה, הוא רשאי לפסוק כמותה".¹⁹⁷

194 כמקור לסעיף זה מפנים בהערת שוליים לפסק דין של בית הדין הרבני הגדול: ע' (גדול) תשכ"ו/127, פד"ר ו 376 (התשכ"ו) (הרבנים יצחק נסים, יוסף שלום אלישיב ובצאלאל זילטי). בית הדין מעניק תוקף מכוח "דינא דמלכותא" לרישום מקרקעין בטאבו. הוא מתבסס על שו"ת חתם סופר, לעיל ה"ש 140, באומרו כי רישום נדל"ן בטאבו יש בו "משום תיקון ונעיילת דלת בפני הרמאים, שאלולי כן הרי בידי כל אחד למכור נכסיו לכמה בני אדם ולהחליף את מכירתו עשרת מונים" (ע' תשכ"ו/127, שם, בעמ' 382). גם החתם סופר בתשובתו הנ"ל מזכיר את המונח "תיקון" במובן תקנה לטובת הציבור, "תקנת בני המדינה".

195 "מדיניות: מעמרו של מנהג שיצר החוק" רשת בתי הדין ארץ חמדה גזית. <https://www.beitdin.org.il/Article/61>

196 "מדיניות: תבחינים לקבלת חוקי המדינה והדרך ליישם" רשת בתי הדין ארץ חמדה גזית <https://www.beitdin.org.il/Article/524> (ההדרגות אינן במקור). להחלטת מדיניות זו נוספו מקורות מדבריי פוסקים וריינים ומפסקי דין שניתנו ברשת ארץ חמדה גזית.

197 רכניץ מעמדם, לעיל ה"ש 81, בעמ' 30. על סמך תשובת החתם סופר, כפי שפירש אותה בעל מנחת יצחק, כותב הרב רכניץ: "החתם סופר חידש, שכאשר בית הדין סבור שהחלטה שלטונית או משפטית מסוימת היא טובה וראויה, אזי יש לה תוקף של דינא דמלכותא, למרות שאיננה עומדת בדרישות של דינא דמלכותא. משמעות הדברים היא, שישנם שני מסלולים למתן תוקף של דינא דמלכותא: הראשון, אשר אינו כולל פסיקת בתי משפט

הרב רכניץ טוען כי המקור לעמדה המקובלת השוללת את תוקפן של פסיקות בתי המשפט נעוץ בדברי הרמב"ם המפורסמים, שבהם הוא יוצא בחריפות רבה כנגד התדיינות בערכאות של גויים.¹⁹⁸ "כיוון שיש איסור להתדיין בבתי המשפט, כיצד יתכן שיהיה תוקף הלכתי לפסיקות שלהם?"¹⁹⁹

אומנם, הרמב"ם מדבר על בתי משפט הדנים על פי חוק זר להלכה, ואילו הפוסקים שוללים גם פסקי דין הנוגעים לחוקים שיש להם תוקף הלכתי מכוון "דינא דמלכותא". אולם, טוען הרב רכניץ, יש שתי הבחנות בין קבלת חוקים לבין קבלת הפסיקה האזרחית. האחת, ההלכה מכירה בחקיקה של גופים שאינם כפופים לדין תורה, כדוגמת המלך וטובי הקהל, ולכן היא מוכנה לקבל חקיקה של מוסדות אזרחיים. לעומת זאת, "המשטר היהודי לא מכיר במוסדות שיפוט אזרחיים שאינם בתי דין של תורה, וממילא, לא ניתן לקבל פסיקות של בתי המשפט". וההבחנה השנייה, "מערכת המשפט מפרשת ומיישמת את החוק בהתאם להשקפת עולמה בנוגע לצדק ויושר". ולכן "יש לעמוד על כך שהפרשנות תיעשה בבית דין של תורה, שיפרש ויישם את החוק בהתאם לעקרונות הצדק והיושר של התורה".²⁰⁰ ההבחנה הראשונה של הרב רכניץ בין חוק לבין פסיקת בתי משפט היא הבחנה מוסדית התלויה בזהות המוסד הקובע את הנורמה, ואילו ההבחנה השנייה היא מהותית.²⁰¹

הרב אורי סדן שותף לעמדתו של הרב רכניץ בנוגע לתוקף הפסיקה האזרחית.²⁰² גם הוא קובע, על סמך התשובה הנ"ל בשו"ת מנחת יצחק,²⁰³ כי יש תוקף של "דינא

[אלא רק חוקים], ואשר איננו דורש בהכרח בחינה מהותית של החוק, והשני, אשר יכול לכלול גם פסיקת בתי משפט ומחייב בדיקה מהותית של החוק". לדעתנו, קשה לבסס הבחנה זו על דברי החתם סופר. החתם סופר מקבל חוק לאור "בחינה מהותית" של תוכנו. לעומתו, הרב רכניץ טוען כי דווקא פסיקת בתי משפט, שבה לא דן החתם סופר, מחייבת "בחינה מהותית" ואילו חוק אפשר, ולדעתו גם עדיף, לקבל על סמך מבחנים אובייקטיביים (תבחינים) שאינם מהותיים.

198 דברי הרמב"ם צוטטו לעיל ה"ש 79.

199 רכניץ מעמדם, לעיל ה"ש 81, בעמ' 30.

200 שם. הבחנה זו מושתתת קרוב לוודאי על דברי הרב ישראלי (ראו לעיל ה"ש 60), אשר צוטטו על ידי הרב רכניץ מעמדם, לעיל ה"ש 81, בעמ' 10.

201 על ההבחנה המהותית והמוסדית בין חוק לבין פסיקת בתי משפט ראו לעיל אחרי ה"ש 26 ובה"ש 27.

202 כך אמר לי הרב סדן בשיחה מיום כ"ח בטבת תשפ"ד. הוא הוסיף, כי מתשובת החתם סופר, שקטע ממנה צוטט לעיל ליד ה"ש 184, לא לגמרי ברור אם דבריו מושתתים על "דינא דמלכותא" או על "תקנות קהל". שכן, מדובר שם לא על חוק שחוקקו שלטונות המדינה אלא חוק של "שרי הקומידאט" במחוז בהונגריה, במונחי זמננו: חוק עזר עירוני. לעומתו, מדברי הרב רכניץ עולה בבירור, כי לדעתו הבסיס לדברי חתם סופר הוא "דינא דמלכותא". כך הוא גם אמר לי בשיחה מיום כ"ט בטבת תשפ"ד.

203 לעיל ה"ש 185.

דמלכותא" לפסיקה של בית המשפט העליון רק אם זו "פסיקה הנראית לבית הדין טובה וראויה, שראוי היה לתקנה לתועלת הציבור".²⁰⁴ לדבריו, זו "גישת ביניים" בין הגישה המקובלת, שלפיה לפסיקות בתי המשפט אין כל תוקף מכוח "דינא דמלכותא", לבין גישת הרבנים אשר וייס ודוד בס, שלפיה לפסיקת בית המשפט העליון יש תוקף כמו לחוק. הרב צבי יהודה בן יעקב פוסק אף הוא בדרך דומה, אך אינו מסתמך על דברי בעל מנחת יצחק. לדבריו, בדומה לחוק גם לפרשנות בית המשפט העליון לחוק (אך לא לפרשנות שאין לה אחיזה בלשון החוק) יש תוקף מכוח "דינא דמלכותא" כאשר היא "לתקנת בני המדינה".²⁰⁵

לסיכום, הרבנים צבי יהודה בן יעקב, עדו רכניץ, איתמר ורהפטיג ואורי סדן סבורים כי יש תוקף לפסיקת בית המשפט העליון כאשר לדעת בית הדין היא לתועלת הציבור, ובמינוח ההלכתי: "לתקנת בני המדינה". הרב בן יעקב מסייג זאת רק לפרשנות של בית המשפט העליון המעוגנת בלשון החוק. לדעת הרב רכניץ, על בית הדין להכריע בתוקפו של חוק לאור תבחינים אובייקטיביים שאינם מהותיים, שאותם הוא מפרט ואשר אומצו על ידי רשת ארץ חמדה גזית, ולא להפעיל שיקול דעת נקודתי בנוגע לכל חוק. לעומת זאת, תוקפה של פסיקה אזרחית יוכרע לדעתו רק באמצעות שיקול דעת נקודתי על בסיס מבחן מהותי, כלומר רק אם בית הדין יקבע כי הפסיקה הנידונה היא לתועלת הציבור ("לתקנת בני המדינה"). הרב סדן שותף לעמדה זו.

ד. העמדה המקובלת: פסיקת בתי המשפט תקפה (רק) מכוח "מנהג המדינה" או מכוח אומדנא

העמדה המקובלת בקרב רוב הדיינים היא, כאמור בפרק הקודם, כי לפסיקות בתי המשפט, כולל בית המשפט העליון, אין תוקף כ"דינא דמלכותא". אולם, רבים מבין הנוקטים גישה זו סבורים, כי פסיקות בתי המשפט תקפות מכוח "מנהג" או מכוח אומדנא (על היחס ביניהם נעמוד בהמשך הפרק), ונראה כי זו העמדה המקובלת על רוב דייני זמננו.²⁰⁶

בעוד רק פסיקות של בית המשפט העליון ושל בית הדין הארצי לעבודה עשויות לקבל תוקף מכוח "דינא דמלכותא", תוקף מכוח "מנהג" עשוי להיות, כפי שנראה, גם לפסיקה של ערכאות נמוכות.²⁰⁷ פסקי דין של בתי המשפט לעיתים משקפים מנהג

204 סדן אורות החושן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 53.

205 ראו לעיל ליד ה"ש 179.

206 ראו למשל דברי הרב סדן, להלן ליד ה"ש 271, וראו עוד בהמשך הפרק.

207 ראו להלן ליד ה"ש 279 ("פסיקה עקבית של בתי המשפט") ובה"ש 311 ("בערכאות הנמוכות").

שכבר קיים,²⁰⁸ וכאשר מדובר בפסיקה עקבית הם גם יוצרים מנהג.²⁰⁹ בפרק זה נציג את דבריהם של דיינים המעניקים לפסיקת בתי המשפט תוקף מכוח "מנהג" או מכוח אומדנא.

1. הבסיס ההלכתי לתוקפה של הפסיקה האזרחית מכוח "מנהג"

לדעת הפוסקים, כאשר חוק הופך למנהג שעל פיו נוהג הציבור, יש לו תוקף הלכתי מכוח "מנהג המדינה"²¹⁰ או "מנהג הסוחרים" (דין "סיטומתא").²¹¹ לפי הדעה המקובלת בקרב הפוסקים, הבסיס המשפטי לכך הוא כי בענייני ממון יש תוקף להתניית הצדדים²¹² ואנשים מתקשרים בעסקאות על דעת המנהג.²¹³ משום כך, המנהג – כלומר החוק – נחשב כתנאי מכללא שהתנו הצדדים לעסקה ביניהם.

נימוק זה יפה באותה מידה גם בנוגע לפסיקה אזרחית שהציבור נוהג על פיה. כדי שחוק יהפוך ל"מנהג" דרוש כי הוא יהיה מוכר לציבור וברור וכי לא יתעוררו ספקות

- 208 ראו למשל בדברי הרב דיכובסקי להלן ליד ה"ש 255, 257, 258, 259.
- 209 ראו להלן ליד ה"ש 271, 279, 359, ובה"ש 311.
- 210 ראו קליינמן "החוק האזרחי", לעיל ה"ש 100; ור הפטיג ורכניץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 58-59: "מוסכם שאם חוק המדינה יצר מנהג שעל פיו נוהגים הצדדים, אזי המנהג הוא בעל תוקף הלכתי [...] חוקים שנוהגים על פיהם, וידועים לכל, מתקבלים כאילו התנו עליהם". בנוגע לשאלה, אם הצדדים צריכים להכיר את החוק כדי שיהיה לו תוקף מכוח "מנהג", ראו להלן ה"ש 213.
- 211 דין "סיטומתא" (או "קניין סיטומתא") מקורו בסוגיה בבבלי, בבא מציעא עד, ע"א, וממנה למדו הפוסקים כי יש תוקף לדרכי קניין הנהוגות במדינה או אצל הסוחרים, גם אם אינן כלולות בדרכי הקניין שנמנו במשנה ובתלמוד. פוסקים רבים ראו בסוגיה זו מקור לתוקפם של מנהגי ממון בכלל. ראו רון ש' קליינמן דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי: משפט, ריאליה והיסטוריה (התשע"ג) (להלן: קליינמן דרכי קניין); רון ש' קליינמן "קניין סיטומתא": מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי: בסיס עיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני" מחקרי משפט כד 243 (2008).
- 212 "בדבר שבממון – תנאו קיים" (בבא מציעא, לעיל ה"ש 39). כך גם נפסק בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצא, סעיף יז.
- 213 כך כתבו כמה מן הראשונים, ובהם הרמב"ם והרשב"א, ובעקבותיהם רבים מהאחרונים. ראו רון ש' קליינמן "כוחם של מנהגי ממון לבטל הלכה: חכמי סלוניקי ואסתאנכול (קושטא) במאות ה"ז-ה"י" ליבי במזרח ג 273, 293-294 (התשפ"א) (להלן: קליינמן "כוחם של מנהגי ממון"); קליינמן "החוק האזרחי", לעיל ה"ש 100, בעמ' 262-263; קליינמן דרכי קניין, לעיל ה"ש 211, בעמ' 114-117. וראו גם במקורות שיצוינו להלן בה"ש 246. יצוין, כי ראשונים ואחרונים נתנו גם הסברים אחרים לתוקפם של מנהגי ממון, ראו אלו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 715-717; קליינמן "כוחם של מנהגי ממון", שם. השאלה אם תוקף מנהג ממון תלוי בכך שהצדדים לעסקה הכירוהו בעת שהתקשרו, שנויה במחלוקת פוסקים. ראו קליינמן "האם חוקי", לעיל ה"ש 181.

בנוגע לתחולתו.²¹⁴ גם כדי שפסיקת בתי המשפט תקבל תוקף מכוח "מנהג" עליה לעמוד בדרישות אלו.²¹⁵

אכן, דיינים רבים פוסקים כי כפי שחוק שנוהגים כמותו תקף מכוח "מנהג", כך פסיקה ברורה ומוכרת של בתי המשפט תקפה מכוח "מנהג", ועל הדיין לפסוק על פיה. כך במיוחד לגבי פסיקת בית המשפט העליון. פסיקה זו מחייבת לפי החוק כמו החוק עצמו, ולכן בדרך כלל הופכת באופן טבעי תוך זמן קצר יחסית ל"מנהג המדינה".²¹⁶ ראוי לציין, כי דיינים המשתיתים את תוקף החוק והפסיקה האזרחיים על "מנהג", בדרך כלל אינם כותבים כיצד הם קובעים, אם חוק או פסיקה מסוימים הפכו למנהג ברור ומוכר.²¹⁷

כדעה שיש תוקף לפסיקת בתי המשפט (רק) מכוח "מנהג" או מכוח אומדנא פוסקים בין היתר הרבנים יעקב אליעזרוב,²¹⁸ אברהם דב לוין,²¹⁹ אוריאל לביא,²²⁰ אריאל ינאי,²²¹

214 ראו למשל: "ויש תוקף לחוק כ'מנהג המדינה' רק כאשר החוק שנחקק הוא ברור ומפורסם לצבור ותוקפו פשוט וודאי בלא ספקות. אך כאשר יש ספק בחוק, אם בתחום הפרשנות המשפטית אם בתחום הספק העובדתי בנסיבות בהם יש להחילו, אין החוק יכול לחייב על פי תורה כמנהג שקיבלו עליהם הצדדים והסכימו עליו שיחייבם" (הרב שרמן, ת' (אזורי ת"א) 8347/8347, מה, פד"ר טז 296, 312 (התש"ן) (הרבנים שלמה דיכובסקי, עזרא בר-שלום, אברהם שרמן).

215 ראו למשל: "רק כאשר קיים 'מנהג מדינה' ברור ש'פשט בכל המדינה' כפי שפסק הרמב"ם, ניתן יהיה לחייב במוזנות [בנישואין אזרחיים מכוח הפסיקה האזרחית]" (ת' 764411/1, לעיל ה"ש 72, בעמ' 50); להלן ליד ה"ש 343, 359, 363-365.

216 ראו למשל להלן ליד ה"ש 271.

217 בהקשר זה מעניין לראות כיצד נוהג הרב דב ליאור. הציטוט המובא בזאת מבוסס, בין היתר, על דברים שאמר לי הרב בעל פה (הובאו אצל קליינמן "החוק האזרחי", לעיל ה"ש 100, בעמ' 266-267): "כדי לקבוע מהו החוק והמנהג בעניינים הנידונים לפניו, הרב ליאור מסתמך על 'קריאת נוסח החוק' [...], נעזר בידע אישי בנוגע לעולם המסחר [...], ובמידת הצורך גם פונה להתייעץ עם אנשים הבקיאים במסחר, עם מומחים ועם משפטנים [...]. הרב ליאור מוכן להסתמך גם על סטטיסטיקות וסקרים כדי לקבוע כיצד נוהג הציבור. ביחסי עובד ומעביד פונה הרב ליאור לעיתים לפסיקת בית הדין לעבודה, כדי ללמוד ממנה מהו המנהג בנושאים הללו. לצורך ברור המנהג הוא מוכן להסתמך גם על פסיקת ערכאות אזרחיות אחרות. אולם יודגש, מדובר רק בהסתמכות הלכתית על קביעות עובדתיות של בתי המשפט בנוגע לשאלה מהו המנהג בתחום זה או אחר, אך לא בהכרה מלאה בכל פסיקתם". נושא זה ראוי למחקר נוסף.

218 "אם מדובר בפסיקה ברורה ויציבה שאין עליה מחלוקת בבתי המשפט – כגון פסיקה ברורה של בית המשפט העליון – אנשים מתקשרים ביניהם גם על דעת פסיקה כזו, כפי שהם מתקשרים על דעת חוקי המדינה", כלומר היא תקפה מכוח אומדנא. הרב אליעזרוב, שיחה עימי מיום ט"ז בכסלו תשע"ג, הדברים הובאו אצל קליינמן "האם חוקי", לעיל ה"ש 181, בעמ' 92. וראו גם דבריו לעיל ה"ש 70.

219 ראו להלן ליד ה"ש 343. עמדתו זהה לעמדת הרב אליעזרוב שצוטטה בהערה הקודמת.

220 אולם הוא מסייג זאת רק לאנשים הנוהגים להתדיין בבתי משפט. ראו להלן ליד ה"ש 406.

221 דבריו צוטטו לעיל ה"ש 215. וראו גם דבריו לעיל ה"ש 72.

אריאל בראלי,²²² יוסף פליישמן,²²³ הרב אברהם דב לוי ודיינים בבית הדין ירושלים לדיני ממונות,²²⁴ ורוב דייני רשת ארץ חמדה גזית.²²⁵ אך יודגש, לדעת כל הדיינים הללו אין תוקף הלכתי לכל פסיקה אזרחית, ולדיין יש שיקול דעת בעניין זה.²²⁶

גם דיינים הסוברים כי פסיקת בית המשפט העליון תקפה במקרים מסוימים מכוח "דינא דמלכותא", מעניקים לפסיקה זו תוקף אף מכוח "מנהג". החשיבות בכך היא כי במקרה שבו יקבע הדיין כי פסיקה מסוימת של בית המשפט העליון אינה תקפה מכוח "דינא דמלכותא", למשל כי אינה "לתקנת בני המדינה", עדיין הוא עשוי להעניק לה תוקף מכוח "מנהג" או אומדנא. כך למשל נהג הרב דיכובסקי בנוגע להלכת השיתוף,²²⁷ וכך סובר גם הרב צ"י בן יעקב.²²⁸ כאמור, האפשרות להכיר בתוקף של פסיקות בתי משפט מכוח "מנהג" נזכרת כבר בתשובת הרשב"א (ו, קמט).²²⁹

לדעת צבי דורות, ההכרה של בתי דין לממונות בתוקף פסיקות בתי המשפט מכוח "מנהג" משקפת "ציפייה [של המתדיין] להכרה בזכויותיו המשפטיות, כמקובל בחברה הכללית", ציפייה המתעצבת בין היתר על פי הפסיקה האזרחית, שמבטאת תפיסות

222 הרב אריאל בראלי "השפעת חוקי המדינה על דעת בני אדם" תחומין לד' 175 (התשע"ד): "חוקי המדינה משפיעים על דעתו של האדם, וההלכה מכירה בהשפעה זו". אומנם, החוק האזרחי "אינו יכול להתקבל ישירות ולסתור דין תורה", אך הוא "משפיע על דעת הצדדים" להסכם ולכן הוא תקף מכוח "מנהג". ובהערת שוליים הוסיף (שם, ה"ש 2, בהסתמך על הרב דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 4): "כלל זה אינו נכון רק ביחס לחוק, אלא אף בנוגע לתקדים שנוצר על ידי פסיקת בית המשפט, אם נוצרה מכך נורמה מקובלת". כלומר, פסיקה של בית המשפט העליון שהפכה למקובלת מחייבת מכוח "מנהג" ואומדנא של דעת הצדדים.

223 ראו להלן ליד ה"ש 359.

224 ראו להלן ליד ה"ש 343-349.

225 ראו להלן ליד ה"ש 276, 279, 283, 287.

226 כפי שנוהגים הדיינים בנוגע לאימוץ חוקים, גם בנוגע לפסיקת בתי המשפט הם מפעילים "מנגנוני סינון" הלכתיים: כאשר הם משתיתים את תוקף הפסיקה האזרחית על "דינא דמלכותא" – הם בוחנים בין היתר אם היא ראויה ונחשבת "לתקנת בני המדינה" (ראו קליינמן "תקנת בני המדינה", לעיל ה"ש 129), וכאשר הם משתיתים את תוקפה על "מנהג" – הם בוחנים אם אינה בגדר "מנהג גרוע", ראו רון ש' קליינמן "שיקול דעת שיפוטי הלכתי בדיני ממונות: 'מנהג גרוע' כמקרה מבחן" ספר יעקב וינרוט 665 (גרשון גונטובניק, אבי וינרוט וחיים זיכרמן עורכים) (2021) (להלן: קליינמן "מנהג גרוע"). על "מנגנוני סינון" הלכתיים נוספים ראו שני המאמרים שצוינו לעיל; קליינמן "באיזו מידה", לעיל ה"ש 38, בעמ' 396. וראו להלן ליד ה"ש 578-579.

227 ראו להלן ליד ה"ש 248-251.

228 ראו לעיל ליד ה"ש 183.

229 אולם, ייתכן שהרשב"א דיבר רק על אימוץ פסיקות בודדות של בתי משפט מכוח "מנהג" ולא על אימוץ כללי של פסיקותיהם, ראו לעיל ליד ה"ש 44.

חברתיות. לו היה בית הדין לממונות מתעלם מציפייה זו, "ייתכן והיה מביא בכך להדרת רגליהם של מתדיינים מבית-הדין ולפנייתם לבתי-המשפט האזרחיים"²³⁰.

2. הנפקויות בין תוקף פסיקת בית המשפט העליון מכוח "דינא דמלכותא" לבין תוקפה רק מכוח "מנהג"

לשאלה אם חוקי המדינה ופסיקות בית המשפט העליון תקפים כ"דינא דמלכותא" או רק כ"מנהג" יש חשיבות רבה מבחינה עיונית ומעשית. מבחינה עיונית, הכרה בתוקפם של חוקים ופסיקות בית המשפט העליון מכוח "דינא דמלכותא" מושתתת על הכרה ישירה במעמד ההלכתי של הרשויות המחוקקת והשופטת. לעומת זאת, הכרה בתוקפם מכוח "מנהג" בלבד משמעה, כי אין הכרה ברשויות המדינה ככאלו. אולם, היות שהחוק והפסיקה האזרחית הופכים בדרך כלל למנהג המדינה, ואנשים מתקשרים בהסכמים בהתאם למנהג – יש לחוקי המדינה ולפסיקה האזרחית תוקף מכוח "מנהג" והם הופכים לתנאי מכללא בהסכם. זו אפוא הכרה עקיפה בחוק ובפסיקה האזרחית, המושתתת על תוקפו של "מנהג המדינה" בדיני ממונות.²³¹ הדיינים הסבורים כך אינם מעניקים אפוא תוקף הלכתי לפסיקה האזרחית כשלעצמה, אלא רק למנהג (הפרקטיקה) שהיא יוצרת, אם אכן נוצר מנהג כזה.²³² לפי גישה זו, פסיקת בתי המשפט היא רק אמצעי לזיהוי המנהג.²³³

ההבדל בין שתי דרכי ההכרה בתוקף ההלכתי של פסיקת בית המשפט העליון אינו רק עיוני אלא גם מעשי. הנפקות החשובה בין השתיים היא כאשר מדובר על פסיקה אזרחית הקובעת דין קוגנטי (כופה), שאין תוקף להתניה עליו. הדוגמה המובהקת לכך היא חוקי המגן בדיני העבודה. כנזכר לעיל, הקוגנטיות של רוב חוקי המגן לא נקבעה בחוק עצמו אלא רק בפסיקת בית המשפט העליון.²³⁴

ניטול דוגמה של גננת או מורה, אשר כדי להתקבל לעבודה ברשת חינוך חרדית נאלצת לחתום על הסכם ובו היא מוותרת על זכויותיה מכוח חוקי המגן. אם פסיקת בית המשפט העליון בנוגע לקוגנטיות של חוקי המגן תקפה מכוח "דינא דמלכותא" – יש לפסיקה זו תוקף קוגנטי, והיא תגבר על תנאי מנוגד שהתנו העובד והמעסיק. ואם כך,

230 צבי דורות ערכאות של תורה: היבטים חוזיים, נזיקיים ודינייים בפסיקות בתי הדין לממונות 144 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת בראיילן 2015). וראו גם בהערה הבאה. לדוגמאות ראו שם, בעמ' 142-145.

231 שם, בעמ' 144: "בהסתמכות בית-הדין על פסיקות בתי-המשפט אין משום הכרה במעמדם ההלכתי של בתי-המשפט, או משום מתן גושפנקא לפנייה אליהם. ההסתמכות הינה ביטוי להכרת הדיינים בכך שקביעות בתי-המשפט מבטאות תפישות חברתיות, שעם קבלתן כמנהג מקובל, בית-הדין אינו יכול להתעלם מהן".

232 ראו למשל לעיל ליד ה"ש 215 ובה"ש זו.

233 כך למשל עולה מדברי הרב דיכובסקי, להלן ליד ה"ש 255.

234 על הקוגנטיות של חוקי המגן ראו לעיל ליד ה"ש 123-126.

הוויתור של העובדת על זכויותיה אינו תקף.²³⁵ לעומת זאת, אם תוקפה של פסיקת בית המשפט העליון הוא רק מכוח "מנהג" – אין לה תוקף קוגנטי והוויתור יהיה תקף, שכן תנאי מפורש בהסכם גובר על מנהג, שאינו אלא תנאי מכללא.²³⁶ ואכן, דיינים שסברו כדעה האחרונה פסקו במקרים כאלו כי העובדים מחויבים לויתור שעליו חתמו וכי הם מפסידים את זכויותיהם.²³⁷

נפקות דומה תהיה כאשר המנהג של הצדדים לעסקה או של בני המקום מנוגד לפסיקת בית המשפט העליון. למשל, שכונה או בניין שבהם נוהגים בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לחוקי הבנייה או לדיני בתים משותפים.²³⁸ אם תוקף פסיקה זו מכוח "דינא דמלכותא", גם אם אינה קוגנטית – היא תגבר על המנהג המנוגד, כל עוד לא הסכימו בני השכונה או הדיירים אחרת, כי "דינא דמלכותא" מחייב את תושבי המדינה ואינו תלוי ברצונם. אולם, אם תוקפה של פסיקת בית המשפט העליון רק מכוח "מנהג" – מנהגם של בני השכונה או של דיירי הבניין יגבר עליה. שכן, ההנחה היא כי אנשים מתקשרים על דעת המנהג הפרטי של בני המקום שבו הם חיים ולא על דעת הפסיקה האזרחית, שהיא המנהג הכללי במדינה.²³⁹

235 יצוין כי יש דיינים הסוברים כי ההלכה אינה מכירה כלל בתוקף קוגנטי של חוקים וביכולתם לגבור על התניה מנוגדת של הצדדים, גם אם יש להם תוקף מכוח "דינא דמלכותא". ראו קליינמן "סכסוכי עבודה", לעיל ה"ש 11; להלן ליד ה"ש 313. עניין זה חורג מגבולות מאמרנו.

236 נפקות זו צוינה גם על ידי הרב לביא, לעיל ה"ש 5.

237 בעניין זה ראו הרב שרמן, להלן ליד ה"ש 447; קליינמן "סכסוכי עבודה", לעיל ה"ש 11.

238 בעניין זה ראו קליינמן "יחס הדיינים", לעיל ה"ש 100; קליינמן "מאפייני פסיקות", לעיל ה"ש 11.

239 שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק א, סימן עה; שם, סימן עו. את עדיפותו של מנהג פרטי על מנהג כללי מבסס בעל אגרות משה על סוגיה בתלמוד הבבלי, בבא מציעא קג, ע"ב. לדעתנו, ניתן לבסס מסקנה זו גם על סוגיה נוספת. המשנה (משנה, בבא מציעא ז, א) קובעת: "השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב – אינו רשאי לכוון [...] הכל כמנהג המדינה". בתלמוד הבבלי (בבלי, בבא מציעא פג, ע"ב) אומר ריש לקיש, על סמך פסוק, כי פועלים צריכים לצאת למלאכתם בהנף החמה ולשוב ממנה עם חשכה. מקשים: מדוע יש לנהוג כריש לקיש, נבדוק מהו המנהג בעיר וזה יחייב את הפועלים, שכן "הכל כמנהג המדינה"? ומשיבים: מדובר "בעיר חדשה" שאין בה עדיין מנהג. ושוב מקשים: נבדוק מהיכן הגיעו הפועלים ונחייבם לפי מנהג המקום שממנו באו? ומשיבים: מדובר בפועלים שבאו ("בנקוטאי", שהתלקטו) מכמה מקומות. אין להם אפוא מנהג אחיד, ולכן יחול דינו של ריש לקיש. מסוגיה זו אפשר להסיק, כי לו היו הפועלים באים לעיר ממקום אחד, היו מחויבים בהתאם למנהגם הפרטי ולא בהתאם למנהג הכללי בעיר שבה נשכרו למלאכתם.

3. ההבחנה בין "מנהג" לבין אומדנא

רוב דייני זמננו סבורים, כאמור, כי לפסיקת בתי המשפט יש תוקף מכוח הפיכתה ל"מנהג", וכי אנשים מתקשרים בהסכמים ובני זוג נישאים על דעת פסיקה זו.²⁴⁰ נימוק זה נכון כמובן גם ביחס לחוקים, אולם לדעת דיינים רבים, לחוקים, ובכללם חוקי מדינת ישראל, יש תוקף חזק יותר, מכוח "דינא דמלכותא". חלק מהדיינים משתמשים בהקשר זה במונח "אומדנא", כלומר קיים אומדן דעת כי הצדדים מתקשרים ביניהם לא רק על דעת החוק אלא גם על דעת פסיקות בתי המשפט.

לדעתנו, "מנהג" ואומדנא הם שני ביסוסים שונים לתוקף החוק והפסיקה האזרחית. נראה כי ההבחנה בין השניים היא זו: "מנהג" הוא דרך התנהגות מוכרת במדינה. כדי שחוקים ופסיקות בית המשפט העליון יהיו תקפים מכוח "מנהג" צריך שהם יהיו מוכרים לציבור, ורק אז ניתן להניח כי הצדדים התקשרו על פיהם.²⁴¹ לעומת זאת, "אומדנא" היא אומדן דעת, כי צדדים להסכם מתקשרים ביניהם על דעת חוקי המדינה ועל דעת פסיקות בית המשפט העליון, גם אם הללו אינם מוכרים לציבור הרחב וממילא אינם בגדר "מנהג".

משתובה של הרב משה פיינשטיין אכן משתמע, כי "מנהג" ואומדנא להתקשר לפי החוק הם דברים נפרדים.²⁴² כך עולה גם מפסק דין שניתן ברשת ארץ חמדה גזית.²⁴³ שני חכמי הלכה כותבים כי כך מוכח גם מדברי החזון איש.²⁴⁴ מקורות אלו עוסקים אומנם

240 ראו לעיל ליד ה"ש 206.

241 לדעת רבים מן הדיינים, "מנהג" תקף גם אם הצדדים לעסקה לא הכירו אותו כשהתקשרו, ראו למשל דברי הדיינים אליעזרוב ובצרי להלן ה"ש 246. אולם, עניין זה שנוי במחלוקת הפוסקים, ראו קליינמן "האם חוקי", לעיל ה"ש 181.

242 שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק א, סימן עב: "ודאי לא גרע דין המלכות ממנהג, שבסתמא הוא כהתנו אדעתא [=על דעת] דדין המלכות, וכל שכן שכן נוהגין כדין המדינה, ונמצא שגם המנהג כן".

243 ת' (ארץ חמדה גזית ר"ג) 71070, 2-5 (ארץ חמדה גזית 15.12.2010) (הרבנים יעקב אריאל, אהרן כ"ץ, שלמה אישון): הדיינים מבססים את תוקף חוקי העבודה על "מנהג", "תקנת קהל", "תקנת בני העיר", וכותבים: "נוסף לטעמים האמורים, כיון שכל המתקשרים היום ביחסים של עובד ומעביד עושים זאת על דעת שהחוקים והתקנות של הכנסת יחולו עליהם, והרי זה תנאי מכללא שאלו התנאים שבין הצדדים, במיוחד ביחסי עובד ומעביד". בית הדין רואה אפוא ב"תנאי מכללא", המבוסס על אומדנא שהצדדים מתקשרים "על דעת" החוק, טעם נפרד מ"מנהג".

244 בן שחר והס, לעיל ה"ש 24, בעמ' 378-379: "אם משתמשים, לצורך נתינת תוקף לחוקי המדינה, בסברה של אנן סהדי [=אנו עדים] (שהצדדים התקשרו על דעת החוק), יתכן שאין צורך כלל להיוקף לתוקף של מנהג. ניתן לומר שההתקשרות בין הצדדים נעשית מלכתחילה על דעת החוקים שקבעה המדינה, ולא דווקא מצד היותם מנהג". לדבריהם, כך משתמע משו"ת אגרות משה, לעיל ה"ש 242, וגם מהחזון איש בשני מקומות: חושן משפט, ליקוטים, סימן טז, סעיף א; בבא קמא, סימן כג, סעיף ב. יצוין כי במקום אחר הציע

באומדנא להתקשר לפי החוק, אולם כאמור לדעת דיינים רבים יש אומדנא להתקשר גם לפי הפסיקה האזרחית.

להבחנה בין "מנהג" לאומדנא עשויות להיות כמה נפקויות. נפקות אחת תהיה במקרה של פסיקה בית המשפט העליון שאינה מוכרת לציבור או שטרם הפכה למוכרת. לפסיקה זו אין תוקף מכוח "מנהג", בשל היותה בלתי מוכרת, אולם עשוי להיות לה תוקף מכוח אומדנא. שכן, בדרך כלל ניתן להניח כי צדדים מתקשרים על דעת פסיקות בית המשפט העליון גם אם הללו אינן מוכרות לציבור.

נפקות שנייה תהיה במקרה של פסיקה של בית המשפט העליון בנושא מסוים, אשר רוב האנשים במדינה או במקום שבו גרים הצדדים אינם נוהגים על פיה, אולם הצדדים ידעו עליה ולקחו אותה בחשבון. גם במקרה זה: לפסיקה זו אין תוקף של "מנהג", אך יהיה לה תוקף מכוח אומדנא.²⁴⁵

למרות ההבדל ביניהם, יש זיקה הדוקה בין "מנהג" ואומדנא, ולעיתים קרובות מזכירים דיינים את שני המונחים הללו יחד.²⁴⁶ אולם, אין בכך כדי לומר כי מונחים אלו

החזון איש שני הסברים אפשריים לתוקף המנהג הממוני: האחד, כל המתקשר בעסקה "על דעת המנהג נכנס". והשני, "מפני שהסכמת הציבור הוי ככח בית דין" (חזון איש, בבא בתרא, סימן ה, סעיף ד. ציון אצל בן שחר והס, שם, ה"ש 14). לפי ההסבר הראשון מנהג מבוסס על אומדן דעת, אולם אין בכך כדי לומר כי אומדנא ו"מנהג" הם זהים, ראו להלן ליד ה"ש 247.

245 נפקות שלישית, שמציג הרב בראלי (לעיל ה"ש 222): כאשר מדובר בחוק הנוגע להסכם שבין צדדים – כדוגמת חוקי החוזים, המכר והעבודה – אפשר להעניק לחוק תוקף כ"מנהג" ולהחיל אותו על ההסכם, כי בני אדם מתקשרים בהתאם למנהג. אולם, יש חיובים הנוצרים מכוח החוק ללא הסכמת הצדדים, כדוגמת חיובי נזיקין. במקרים כאלו אי אפשר להחיל את החוק מכוח "מנהג", אולם אפשר להחילו מכוח "אומדנא", שכן חוקי המדינה משפיעים על דעת תושביה.

246 ראו למשל: ביטול חוזה צריך להיות בכתב מכוח "מנהג", ו"אף שאין כל אחד יודע על כך שצריך ביטול חוזה בכתב [...], שלכתחילה המנהג הוא על דעת מה שהחוק קובע, ועל סמך זה בדרך כלל עושים את החוזה שכולו הוא רק על פי החוק, ולכן כל ההשלכות של חוזה נקבעות] ע"י הצדדים באומדנא [על פי] מה שהחוק קובע" – הרב יעקב אליעזרוב "הפרת חוזה בין קבלן לדייר" תחומין ד' 361, 369 (התשמ"ג) (להלן: אליעזרוב "הפרת חוזה") (פסק דין) [=דברי-משפט ה, רסט, הערה 2]; יש להכיר באישיות המשפטית הנפרדת של תאגיד מכוח "מנהג": "שחברה רשומה בערבון מוגבל דנים בה כמנהג הסוחרים במדינה [...] כל העוסק עמהם [תאגידיים] על דעת התנאים המפורטים בחוקי כל מדינה הוא עוסק, ואף שלא כל מתעסק בקי בחוק דעתו סומכת למה שנאמר בתקנות ובחוק בכל צורת תאגיד, ויכול לברר פרטי החוק לפני שעוסק [...] וכל שעסק בסתם ודאי הסכים לתנאי התאגיד" – הרב עזרא בצרי בת' (אזורי י-ם) 3580/מוז, פד"ר יט 9, 16 (התש"ן). על שיטת הרבנים אליעזרוב ובצרי הנ"ל, ראו עוד אצל קליינמן "האם חוקי", לעיל ה"ש 181, בעמ' 88-89; הרב שלמה שפירא, ע' (גרול) 1151791/4, 39 (נבו 2020.6.24), בנוגע לחוק יחסי ממוין: "זהו המנהג הפשוט הברור והקבוע – אדעתא דהכי [=על דעת כן] נישאים, וגם הבית יוסף יודה שהחוק

זהים. ההסבר לכך הוא כי לפי הדעה המקובלת תוקף מנהגי ממון מושתת כאמור על אומדן דעת (אומדנא) שאנשים מתקשרים ביניהם על דעת המנהג.²⁴⁷

4. הרב שלמה דיכובסקי

ראינו כי לדעת הרב דיכובסקי הלכת השיתוף אינה תקפה כ"דינא דמלכותא" בשל חוסר יציבותה.²⁴⁸ עם זאת, הוא קובע כי היא תקפה מכוח "מנהג" ו"אומדנא".²⁴⁹ לדבריו, לחוק המדינה יש תוקף גם מכוח ה"מנהג" שהוא יוצר, כי אנשים מתקשרים על דעת מנהג המקום.²⁵⁰ זה המצב גם בנוגע לפסיקה ברורה ויציבה של בית המשפט העליון, כי אנשים מתקשרים גם על דעת פסיקה זו כפי שהם מתקשרים על דעת חוקי המדינה. לדבריו, בג"ץ בבלי, שחייב את בתי הדין הרבניים לפסוק על פי הלכת השיתוף, שינה את המצב שקדם לו ויצר "אומדנא" ביחס לרכוש המשותף. שכן, כל בעל שנישא לאחר בג"ץ בבלי יודע כי עליו יהיה, בעל כורחו, לתת לאשתו לאחר הגירושין מחצית מן הרכוש המשותף מכוח הלכת השיתוף, ועל דעת כן הוא נישא.²⁵¹

שהפך למנהג מחייב הלכתית"; הרב אליעזר איגרא, שם, בעמ' 53; הרב מרדכי רלב"ג בת' (אזורי אשד') 1-35-1323, 11 (נבו 13.7.2008): "הכלל שפוסק השור"ע (של"א, סעיפים א-ב), שבפועלים הכל נוהג כמנהג המדינה, ושייך בזמנינו [...] בחוקים שחוקקה הרשות המחוקקת לגבי העובדים, שאו אומרים שכל עובד או מעסיק שמתקשרים ביניהם ביחסי עובד ומעביד כוונתם להשתעבד אחד לשני לפי חוקי המדינה"; הרב שרמן, להלן ליד ה"ש 432; הרב דיכובסקי, לעיל ליד ה"ש 249-251; הרב בראלי, לעיל ה"ש 222 ו-245.

247 ראו לעיל ליד ה"ש 213 ובה"ש הנ"ל.

248 ראו לעיל ליד ה"ש 166.

249 את האומדנא בדבר שיתוף בנכסים הוא משתית גם על שטר ה"תנאים" המקובל, שבו מתחייבים הצדדים זה לזה "וישלוטו בנכסיהון שוה בשוה". מכאן הוא מסיק כי הלכת השיתוף "מעוגנת במנהגי ישראל". ראו דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 4, בעמ' 25.

250 שם, בעמ' 28-29. הוא מבסס קביעה זו על: עליות דרבניו יונה, בבא בתרא, נה, ע"א, ד"ה "ואריסא"; חזון איש, חושן משפט, לעיל ה"ש 244; שו"ת אגרות משה, לעיל ה"ש 242.

251 לעומת זאת, לפני בג"ץ בבלי (שניתן בשנת 1994) פסק בית המשפט העליון, כי בית הדין הרבני רשאי לפסוק בענייני הרכוש הזוגי לפי ההלכה היהודית ולפרש את החוק לפי שיקול דעתו, וכי אין הוא כפוף לפרשנות החוק בידי בית המשפט העליון. ראו דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 4, בעמ' 27; אֶלוֹן, לעיל ה"ש 3. לאור המצב המשפטי ששרר אז הסכים הרב דיכובסקי עם עמיתיו (בפסק דין שניתן בשנת תש"ן) כי "בית הדין הרבני אינו כפוף לפרשנות החוק [=חוק הגנת הדייר] שפירש בית המשפט האזרחי". ראו ת' 8347/ מה, לעיל ה"ש 214, בעמ' 296 (תקציר פסק הדין), ודברי הרב דיכובסקי, שם, בעמ' 300.

דברי הרב דיכובסקי מעלים קושי. אם כדבריו הפסיקה בעניין הלכת השיתוף אינה יציבה, ולכן אין לה תוקף כ"דינא דמלכותא", לא צריך להיות לה תוקף גם כ"מנהג".²⁵² כך אכן קבעו הרבנים שרמן ועמוס בנוגע להלכת השיתוף ולהלכת השיתוף הספציפי.²⁵³ גם בשניים מפסקי דינו מתבסס הרב דיכובסקי על הפסיקה האזרחית, תוך שהוא מעניק לה תוקף מכוח "מנהג". באחד מהם הוא דן בתביעה לדמי תיווך של אדם שסייע לרכישת קרקע לצורך בניית קריה חסידית בעלות של 1,170,000 ל"י. התובע לא היה מתווך מקצועי והרוכשים לא חתמו על התחייבות לשלם לו דמי תיווך.²⁵⁴ התיק נידון בשנת תשל"ו לערך, בטרם נחקק חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996. תביעות בענייני תיווך נידונו בשעתן בכתי המשפט בהתאם למנהג המקובל. בשלושה עניינים מתבסס הרב דיכובסקי על פסיקת בתי המשפט האזרחיים מכוח "מנהג", ונימוקו: "היות והתשלום למתווך תלוי במנהג המדינה, ופסיקת בתי המשפט האזרחיים – בהעדר חוק בענין זה – מעוגנת במנהג".²⁵⁵ שני חבריו להרכב אינם חולקים על הרב דיכובסקי בנקודה זו.²⁵⁶

העניין הראשון נוגע לדרך יצירת ההתחייבות לתשלום דמי תיווך. הרב דיכובסקי קובע על סמך פסק דין של בית המשפט המחוזי – שמשקף לדבריו את "הנהגה המקובלת בארץ" – כי הזמנה לתיווך אינה חייבת להיות מפורשת אלא יכולה להיות גם "מכללא". למשל, בנסיבות שבהן הקונה או המוכר עודד את המתווך, ביקש ממנו להפגישו עם צד לעסקה, וכדומה.²⁵⁷

העניין השני עוסק בתיווך חלקי. בהסתמך על הפסיקה האזרחית ה"מעוגנת במנהג" קובע הרב דיכובסקי, כי גם אם הועסק מתווך נוסף לצורך גמר העסקה, אין זה שולל את זכות המתווך הראשון, אשר התחיל בתיווך, לדמי תיווך, וכי כל אחד מהם זכאי בנפרד למלוא דמי התיווך. לכן, גם אם התובע נחשב מתווך חלקי, הוא זכאי לקבל את מלוא דמי התיווך.²⁵⁸

העניין השלישי שבו מתבסס הרב דיכובסקי על הפסיקה האזרחית נוגע לגובה דמי התיווך. הוא מצייץ, כי המנהג המקובל בנוגע לתיווך במכירת נדל"ן הוא שהמתווך זכאי

252 שכן, גם מנהג תקף רק כאשר הוא ברור ואין לגביו ספקות, ראו לעיל ליד ה"ש 214.

253 ראו להלן ליד ה"ש 431-433, 438.

254 ת' (אזורי ת"א) 11183/תשל"ב, פד"ר י 273, 278 (הרבנים חיים גדליה צימבליסט, עמרם אזולאי, שלמה דיכובסקי) (אין תאריך. בסביבות שנת התשל"ו).

255 שם, בעמ' 283.

256 הרב צימבליסט בדעת מיעוט חולק על הרב דיכובסקי בעניין אחר (שם, בעמ' 292-294), אולם הוא אינו מעיר דבר על הסתמכותו של עמיתו על הפסיקה האזרחית מכוח "מנהג".

257 שם, בעמ' 281.

258 שם, בעמ' 283, בהתבסס על ספרו של חיים הולצמן דיני תיווך בישראל (1971). לדברי הרב דיכובסקי, כך נקבע ב"פסיקת בתי המשפט האזרחיים". פסקי הדין צוינו אצל הולצמן, שם, בעמ' 78-81.

לדמי תיווך בגובה שני אחוזים מגובה העיסקה הן מן המוכר והן מן הקונה. אולם, בית המשפט העליון פסק, כי "בעיסקות גדולות, אין ודאות שהנהוג הוא לשלם 2%. יתכן ודי ב-1% בלבד".²⁵⁹ על סמך פסק דין זה הוא קובע כי היות שבנידוננו מדובר ב"עיסקה גדולה", ייתכן ש"דמי התיווך הנהוגים" באותה עת היו אחוז אחד בלבד, ולכן התובע זכאי רק לכך. כדי לזכות בדמי תיווך בשיעור שני אחוזים מגובה העיסקה, על התובע להוכיח שגם בעסקאות גדולות דמי התיווך הנהוגים היו בשיעור זה.²⁶⁰

גם בפסק דין אחר משנת תשמ"ג מעניק הרב דיכובסקי תוקף לפרשנות של בית המשפט העליון לחוק מכוח "מנהג". מדובר בסכסוך בין בעל דירה לקבלן, שהתחייב להוסיף לדירתו מרפסת לצורך בניית סוכה. התובע הקבלן סירב להשלים את עבודות הגמר של המרפסת, אלא אם כן ישליש הנתבע קודם לכן בידי נאמן את התשלום האחרון, אשר לפי החוזה היה עליו לשלם רק בתום עבודות הגמר.²⁶¹ הרב דיכובסקי מצטט את הוראות חוק החוזים (תרופות) הנוגעות להפרה יסודית של חוזה,²⁶² וקובע כי התנהגות הקבלן מהווה "הפרה יסודית" של החוזה. הוא מצטט קטע מפסק דין של בית המשפט העליון,²⁶³ ומסיק ממנו כי בהפרה יסודית "זכאי הנפגע לבטל את החוזה ללא מתן ארכה, אולם עליו להודיע על כך למפר תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה". לדעתו, הודעת הנתבע לתובע על ביטול החוזה ניתנה בניסיונות העניין "תוך זמן סביר", והוא פוסק בהתאם לכך.²⁶⁴

הרב דיכובסקי מוסיף כי דבריו עד כה נכתבו בהנחה שחוק החוזים (תרופות). שנחקק כשתים עשרה שנה קודם לכן, הפך ל"מנהג הסוחרים", מכיוון שיש תוקף מכוח "מנהג" רק ל"חוק הגלוי וידוע לכל אדם".²⁶⁵ לעומת זאת, אם ההנחה היא כי חוק זה טרם הפך ל"מנהג", יש להכריע בסכסוך לפי דין תורה. לכן, הוא בוחן את התביעה גם לפי דין תורה

259 הרב דיכובסקי מציין כמקור לציטוט זה את ע"א 270/66 אוכסיוביץ נ' הירש, פ"מ כ(4) 37 (1966), ומסתמך גם על ספרו של הולצמן (שם, בעמ' 71-73). ככל הנראה אין מדובר בציטוט אלא בהיסק שלו מפסק הדין. בפסק הדין משפט זה אינו מופיע, אך נקבע כי צדקו המשיבים בהתנגדותם לשלם שני אחוזים בגין התיווך בעסקה הנידונה, והנימוק: "גם מקובל כך – כלומר: לשלם אחוז אחד למאה בלבד – בעסקאות העולות על מאה אלף לירות".
260 ת' 11183/תשל"ב, לעיל ה"ש 254, בעמ' 284-285, בהתבסס על הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה".

261 שלמה דיכובסקי "הפרת חוזה בין קבלת לדייר" תחומין ד 378 (תשמ"ג) (להלן: דיכובסקי "הפרת חוזה"). פסק הדין המקורי: ת' (אזורי אשר) 1643/מב (תשמ"ג). עובדות המקרה פורטו בפסק הדין של עמיתו להרכב, ראו אליעזרוב "הפרת חוזה", לעיל ה"ש 246, בעמ' 361-362.

262 ס' 6, 7 (א) ו-7 (ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

263 דברי השופט ברנזון בע"א 71/75 מרגליות נ' אברבנאל (כט) 652, 657 (1975).

264 בפסק דינו דן הרב דיכובסקי גם בשתי נקודות נוספות, שאינן מענייננו, הנוגעות להודעה על ביטול החוזה.

265 דיכובסקי "הפרת חוזה", לעיל ה"ש 261, בעמ' 378, 380.

ומגיע לתוצאה זהה. יצוין, כי מאוחר יותר חזר בו הרב דיכובסקי מהדרישה שהחוק יהיה "יודע לכל אדם" כדי שיהיה תקף כ"מנהג". כיום דעתו היא כי קיימת אומדנא שאנשים מתקשרים על דעת חוקים המופקדים לבעלי מקצוע העוסקים בתחום, כגון עורכי דין, גם באותם נושאים שהציבור יודע רק באופן כללי כי הם מוסדרים בחוק.²⁶⁶

פסק דינו הנ"ל של הרב דיכובסקי משנת תשמ"ג אינו עולה בקנה אחד עם מאמרו בעניין הלכת השיתוף, שנכתב בשנת תשנ"ח ונידון לעיל. במאמרו הוא קובע, כי פסיקת בית המשפט העליון תקפה כ"דינא דמלכותא", בתנאי שמדובר בפרשנות לחוק.²⁶⁷ ואם כך יש לשאול, מדוע בפסק דינו, שם הוא מתבסס על פרשנות בית המשפט העליון לחוק,²⁶⁸ הוא משתית את תוקפה רק על "מנהג" ולא על "דינא דמלכותא", שהיא בסיס הלכתי איתן יותר?²⁶⁹

מסתבר שגישתו המוקדמת של הרב דיכובסקי, שבאה לידי ביטוי בפסק דינו משנת תשמ"ג הייתה, כדעה המקובלת בקרב הדיינים, כי לפסקי דין של בתי המשפט יש תוקף רק כ"מנהג". הקביעה כי לפרשנות בית המשפט העליון לחוק יש תוקף כ"דינא דמלכותא" מופיעה לראשונה במאמרו על הלכת השיתוף משנת תשנ"ח,²⁷⁰ ונראה כי הוא גיבש עמדה זו מאוחר יותר.

5. דיינים ברשת ארץ חמדה גזית

הרב אורי סדן, דיין ותיק ברשת, כותב:

למעשה בתי דין רבים אינם נכנסים לעובי הקורה ולהכרעה בשאלה, האם לפסיקות בית המשפט העליון מעמד מחייב כשל דינא דמלכותא. גם בתי דין שאינם מעניקים לפסיקות בית המשפט מעמד של דינא דמלכותא, מעניקים לפסיקות של בית המשפט מעמד של מנהג העולם, שכן הכרעות אלו מחייבות את כל הציבור. ממילא הכרעה בבית המשפט העליון תהפוך קרוב לוודאי תוך פרק זמן קצר יחסית למנהג העולם המחייב לכשעצמו.²⁷¹

266 כך אמר לי הרב דיכובסקי בשיחה מיום י"ח בכסלו תשע"ג. דבריו הובאו אצל קליינמן "האם חוקי", לעיל ה"ש 181, בעמ' 88, ה"ש 37.

267 ראו לעיל ליד ה"ש 162.

268 ראו לעיל ה"ש 261.

269 על היתרון בביסוס הדין האזרחי על "דינא דמלכותא" על פני "מנהג" ראו לעיל ליד ה"ש 235-238. הסתמכות על פסיקת בית המשפט המחוזי (כפי שעושה הרב דיכובסקי לעיל, ליד ה"ש 257) אפשר לבסס כמובן רק על "מנהג" ולא על "דינא דמלכותא", כי פסיקה זו אינה מחייבת מכוח החוק את בתי המשפט האחרים.

270 דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 4.

271 סדן חוקי המגן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 27.

אותם דברים, בניסוח מעט שונה, כותב הרב סדן גם בשני חיבורים מאוחרים יותר.²⁷² אולם, לאור ממצאי מחקר זה, ראוי לדייק יותר: אכן דיינים רבים, אשר אינם מעניקים לפסיקת בתי המשפט תוקף כ"דינא דמלכותא", מעניקים לפסיקה זו תוקף כ"מנהג". אולם, כפי שעוד ניווכח, לא כל הדיינים פוסקים כך.²⁷³

כך אכן נוהגים דייני רשת ארץ חמדה גזית.²⁷⁴ הדיינים מתבססים לא אחת על פסיקות של בתי המשפט. אומנם, פסיקות אלו אינן תקפות לדעתם כ"דינא דמלכותא",²⁷⁵ והדבר עוגן לאחרונה²⁷⁶ במסגרת "המדיניות ההלכתית" של הרשת,²⁷⁷ אולם בדרך כלל הדיינים מעניקים להן תוקף מכוח "מנהג". כך למשל קובע בית הדין, כי "גם במקום בו יש תוקף הלכתי לחוק, פרשנות החוק עדיין נתונה לבית הדין (גם אם יש פסיקה

272 סדן דיני עבודה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 36-37: "כל בתי הדין מעניקים לפסיקות בית המשפט מעמד של מנהג העולם [...]"; סדן אורות החושן, לעיל ה"ש 10: "גם אם נאמר שלפסיקות בית המשפט העליון אין מעמד מחייב כשל 'דינא דמלכותא', הרי שאם יתקבע מנהג שכיח בעקבות הפסיקה, אזי היא תהפוך למחייבת בהיותה מנהג המדינה המחייב לכשעצמו, ובלבד שהצדדים לא הסכימו ביניהם באופן שונה".

273 הרב אורי סדן כתב אליי במכתב מיום כ"ז באייר תשפ"ג: "את הדעות הסוברות שאין תוקף לפסיקת בתי המשפט אפילו מכוח 'מנהג' איני מבין. וכי שימוע אינו 'מנהג' רק משום שהולדתו בפסיקת בתי המשפט? הרי רוב הפוסקים והדיינים על פי רוב אינם יודעים מה מפורש בחוק ומה נולד רק בפסיקת בתי המשפט".

274 כך מעיד גם הרב עדר רכניץ, מנהל הרשת כיום. ראו תורת המדינה (@ybeitorot) "השיבה שופטינו": פאנל עם הרב עדר רכניץ והרב ברוך פז – בין מודלים שונים של מערכות משפט תורניות" יוטיוב 19:50-20:52 (23.12.2019) <https://www.youtube.com/watch?v=4oHodfMzkq8>.

275 כך כתבו דייני הרשת בחיבוריהם ובפסקי דינם. ראו עמוס ראבילו זכויות יוצרים בהלכה 22 (עדר רכניץ עורך, מכון משפטי ארץ התשפ"א): "העמדה המקובלת בהלכה היא שאין תוקף הלכתי לפסיקת בתי המשפט". ובתקציר, שם, בעמ' 3: "3. יש תוקף לחוק זכויות יוצרים תשס"ח-2007 [...]". 4. על בית הדין לממונות לפרש את החוק בעצמו, ולהכריע בנושאים שלא הוגדרו בחוק על פי ההלכה"; רכניץ מעמדם, לעיל ה"ש 81, בעמ' 30: "רוב גדול של פוסקי ההלכה הלכו בדרך הראשונה, השוללת מעמד הלכתי מחייב לפסיקות בתי המשפט". ובתקציר, שם, בעמ' 3, ס' 7: "לפסיקת בתי המשפט אין תוקף של 'דינא דמלכותא'". פסקי הדין של דייני הרשת יוצגו בהמשך סעיף זה.

276 "מדיניות: תבחינים לקבלת חוקי המדינה והדרך ליישם", לעיל ה"ש 196: "8. פרשנות החוקים תיעשה בידי בית דין של תורה". סעיפים אחרים בהחלטת מדיניות זו צוטטו לעיל ליד ה"ש 196.

277 מסמכי "המדיניות ההלכתית" של הרשת מופיעים ב"מדיניות הלכתית ארץ חמדה גזית" רשת בתי הדין ארץ חמדה גזית https://www.beitdin.org.il/Halacha_policy. לדיון במדיניות רשת ארץ חמדה גזית בנוגע לחוק ולפסיקה האזרחיים ראו עור: חיבורו של דורות, לעיל ה"ש 230; שני המאמרים של קליינמן ווסטרייך, אשר צוינו לעיל ה"ש 154; קליינמן "כיצד קובעים", לעיל ה"ש 191; רכניץ "משקלה של כוונת המחוקק", לעיל ה"ש 132, בעמ' 253-254.

אחרת של בית משפט), כל [עוד] שלא הפכה הפרשנות המשפטית למנהג המדינה".²⁷⁸ במקרה אחר דובר על אישה שרכשה דירה בעזרת שני מתווכים. האחד הראה לה את הדירה, והשני סייע בהמשך. בפסק הדין שעסק בתיבת השניים לדמי תיווך נאמר:

גם במקרים בהם [החוק תקף מכוח] דינא דמלכותא דינא, בית דין של תורה אינו מחויב לפרשנות החוק שניתנת על ידי בתי המשפט (שו"ת מהרי"ו ענזיל, סי' ד). אלא, שמצוי הוא שפסיקה עקבית של בתי המשפט תגרום ליצירת "מנהג המדינה", מה שכן מקובל כקובע מבחינה הלכתית, וככלי לפרשנות חוזה שבין הצדדים. על כן, נדון להלן בתמצית במצב המשפטי הנוהג במדינת ישראל.²⁷⁹

לדברי בית הדין, ייתכן שהדרישה ההלכתית לצורך חיוב בתשלום של דמי תיווך מדין "מתחיל", נמוכה מן הדרישה כי המתווך יהיה "גורם יעיל", אשר נקבעה בפסיקה הישראלית. עם זאת, גם לפי ההלכה המתווך זכאי לתשלום רק אם תרם במידה מסוימת לעסקה. בית הדין מצטט פסיקות של בתי המשפט ובוחר לאורן, "האם היו התובעים 'הגורם היעיל' בעסקה זו?".²⁸⁰

עמדה זוהי מצויה בפסק דין אחר, העוסק בתיבת של עובד שפוטר כנגד מעסיקו בגין עילות שונות וביניהן פיצויי פיטורין. בטרם פונה בית הדין להכרעות עובדתיות, הוא פותח בסעיף קצר שכותרתו "החוק ומנהג המדינה מחייבים בדיני פועלים", ובו הוא מצהיר על עמדתו העקרונית בנוגע לדין האזרחי: "למען הסר ספק נבהיר את הדברים. הנחת העבודה ההלכתית בנדון דידן היא, שעובד במדינת ישראל זכאי לזכויות על פי החוק הישראלי והנהג".²⁸¹

בית הדין מציין כי גישה זו תואמת ל"מסמך המדיניות ההלכתית [של הרשת] בכל הנוגע לתוקפם של חוקי המדינה – הן מכח דינא דמלכותא והן מכח מנהג המדינה".²⁸²

278 ת' (ארץ חמדה גזית י-ם) 70012, 10-11 (ארץ חמדה גזית 20.12.2010) (הרבנים סיני לוי, מנחם יעקובוביץ' ועובדיה אחיטוב) (הסוגריים במקור). הנושא: תשלומי איזון בגין ניצול זכויות בנייה מכוח ס' 71 לחוק המקרקעין.

279 ת' (ארץ חמדה גזית י-ם) 72061, 7 (ארץ חמדה גזית 24.10.2013) (הרבנים דניאל מן, מנחם יעקובוביץ', סיני לוי) (הסוגריים העגולים במקור).

280 שם, בעמ' 9-7.

281 ת' (ארץ חמדה גזית י-ם) 74022, 4 (ארץ חמדה גזית 2.6.2015) (הרבנים יוסף כרמל, סיני לוי, דניאל כ"ץ), תוך הפניה לת' 71070, לעיל ה"ש 243.

282 ראו "מדיניות: מעמדם של חוקי המדינה" רשת בתי הדין ארץ חמדה גזית <https://www.beitdin.org.il/Article/5>: "מעמדם ההלכתי של חוקי המדינה נקבע בין היתר על פי העקרונות הבאים: א. דינא דמלכותא – דינא: 1. הכלל דינא דמלכותא – דינא, חל על חוקי מדינת ישראל על פי המגבלות של כלל זה. [...] ב. מנהג: 1. כלל נקוט בדיני: התקשוריות נעשות על פי 'מנהג המדינה'. 2. לחוק שמקובל בציבור יש תוקף הלכתי של מנהג, ובלבד שאינו בגדר 'מנהג גרוע'".

לעומת זאת, ביחס לפסיקה האזרחית מובהר: "עם זאת, בית הדין אינו מחויב בהכרח לכל פסיקה של בתי המשפט בתחום זה, אלא אם כן הפכה פסיקה זו למנהג קבוע (שו"ת מהריא"ז עניזיל סימן ד)".²⁸³

פסק דין אחר שניתן ברשת ארץ חמדה גזית מתייחס בהרחבה לשאלת תוקף הפסיקה האזרחית. העובדת-התובעת פוטרה בעת הריונה בלא היתר מאת הממונה, אשר נדרש לפי חוק עבודת נשים.²⁸⁴ בפסק הדין הראשון באותו הליך אומר בית הדין כי לאיסור הקבוע בחוק לפטר אישה הרה בלא אישור הממונה יש "תוקף מדינא דמלכותא, כתקנות הקהל ואף מחמת המנהג".²⁸⁵

בית הדין מקבל את טענת המעסיקה-הנתבעת, כי הפיטורין נבעו גם משיקולים מקצועיים, וקובע כי לא היה פגם מוסרי בהתנהגותה וכי היא לא הייתה מודעת דיה לצורך בהיתר של הממונה. עם זאת, מוסיף בית הדין, לאור חשיבות החוק, אשר נועד להגן על עובדות בהריון, אין לפטרן בלא היתר. בית הדין מסתייע בפסיקה האזרחית, אשר החמירה מאוד בנושא זה, ומסביר כי החוק מבקש למנוע פיטורין גם שלא מחמת הריון, כדי שתקופת ההריון לא תשמש הזדמנות לפיטורין, וכדי שעובדות לא יחששו להיכנס להריון מחשש לפיטוריהן.²⁸⁶ לאור האמור פוסק בית הדין, כי על המעסיקה להמשיך ולשלם לעובדת שכר עד לזמן שבו היה מותר לה לפי החוק להודיע על פיטוריה. בינתיים התחילה העובדת לעבוד במקום אחר, ובפסק הדין השני בהליך זה דן בית הדין בשאלה, אם היא זכאית למשכורת מלאה מן המעסיקה בשעה שהיא מקבלת משכורת גם ממקום עבודה אחר.

הדין בפסק הדין השני נפתח בסעיף שכותרתו "תוקף החוק ותוקף פסיקת בתי המשפט":

התשתית ההלכתית והמשפטית לפסק הדין בעניין, היה החוק במדינת ישראל, שניתן לו תוקף הן כמנהג והן כדינא דמלכותא.

283 ההפניה לתשובת מהריא"ז עניזיל, השוללת את תוקף פסיקת השופטים (צוטטה לעיל ליד ה"ש 64), מתייחסת קרוב לוודאי רק לחלק הראשון של המשפט אך לא לחלקו השני.

284 ס' 9 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954.

285 ת' (ארץ חמדה גזית ר"ג) 72111-1 (ארץ חמדה גזית 2012.10.24) (הרבנים אהרן כ"ץ, סיני לוי, ניר ורגון). בית הדין מצייין, כי כך כבר נקבע על ידו בת' 71070, לעיל ה"ש 243. בנושא זה ראו עוד שפרה מישלוב "אישה עובדת בתקופות הריון ולידה – פסקי דין הלכתיים" דרישה 2, 110 (התשע"ז).

286 "הניסיון וגם פסיקת בתי המשפט מוכיחים, שפיטורין בתקופת הריון, לאור אי שביעות רצון מן העובדת, אינם מתקבלים אלא במקרים של צמצום רחב במקום העבודה או כאשר פגיעה חמורה במעביד בודון וכד'. אך כאשר המעביד מעוניין לשפר את התפקוד בלבד, אין מאשרים פיטורין בהריון" (ת' 72111-1, לעיל ה"ש 285).

לצד זאת, צריך להדגיש שהכרעה זו נוגעת בעיקר לחוק המדינה כפי שפורסם בספר החוקים של מדינת ישראל. לעומת זאת, אין זה אומר שבכל מקרה יש לנהוג על פי פרשנות כזאת או אחרת שבה פירש שופט את החוק. המתדיינים לפנינו חתמו על הסכם בוררות ביודעם שאנו פוסקים בכל דבר ועניין על פי ההלכה. ההלכה מחייבת אותנו לקבל את חוקי המדינה כמנהג המדינה, אך אינה מחייבת אותנו לקבל כל פרשנות שכתב כל שופט בשבתו בדין באחד מבתי המשפט בישראל.²⁸⁷

פסק הדין השני, כקודמיו שניתנו ברשת ואשר נידונו למעלה, מבחין אפוא בין חוק לבין פסיקת שופטים. אומנם, בקטע שצוטט בית הדין אינו מתייחס לפסיקות של בית המשפט העליון או של בית הדין הארצי לעבודה, ולשאלה אם הן מחייבות מכוח "מנהג". אולם, בהמשך בית הדין נוקק לפסיקות של ערכאות אלו בנוגע לשתי שאלות משפטיות. הוא נעזר בפסיקות הללו, אך אינו פוסק באופן אוטומטי על פיהן, אלא בוחן כל אחת מן השאלות גם לאור מקורות הלכתיים וסברות משלו ומכריע על פיהם. כפי שניווכח, באחד המקרים הכרעתו ההלכתית שונה מן הפסיקה האזרחית.

השאלה המשפטית הראשונה שנידונה בפסק הדין השני: האם במהלך הסכם העבודה חייב המעסיק לספק לעובד עבודה במקום עבודתו, או שהוא רשאי לשלם לו גם מבלי לספק לו עבודה? בפסק הדין נאמר כי בית הדין הארצי לעבודה פסק כי פרט למקרים יוצאי דופן אין המעסיק מחויב לספק לעובד עבודה.²⁸⁸ בית הדין דנן קובע כי זו גם המסקנה ממקורות הלכתיים: "נראה לנו פשוט, שברדרך כלל עמדת המשפט העברי, שבעל הבית שאינו מספק עבודה לפועל אינו נחשב כמפר חוזה".²⁸⁹

השאלה המשפטית השנייה: כאשר עובדת שפוטרה שלא כדין מצאה עבודה אחרת בטרם הגיע המועד המותר לפיטוריה לפי החוק, האם היא זכאית לשכר כפול? בית הדין מביא שני פסקי דין שבהם קבע בית הדין הארצי לעבודה, כי עובדת שפוטרה שלא כדין בתקופת הריונה ועבדה באותה עת בעבודה חלופית, אינה זכאית לשכר כפול.²⁹⁰ ברם, בניגוד לפסיקה זו טוען בית הדין, מסברתו שלו וללא מקור כלשהו, כי ראוי להבחין בין שני מקרים שבהם מחויב מעסיק לשלם לעובדת שפוטרה בזמן היריון. אם

287 ת' 2-72111, לעיל ה"ש 5, בעמ' 2.

288 דב"ע (ארצי) נא/4-21 ההסדרות הכללית – חברת תה"ל, תכנון המים לישראל בע"מ (נבו) 11.4.1991. בית הדין מזכיר גם את דעת המיעוט של השופט זוסמן בעניין פרנקל. ראו

ע"א 256/60 פרנקל נ' אמריקן אוברסיס פוד סנטרס אינקורפורייטד, פ"ד טו 1961 (87).

289 ת' 2-72111, לעיל ה"ש 5, בס' ז לפסק הדין. עמדת המשפט העברי בנושא זה נידונה גם בעניין חברת תה"ל, לעיל ה"ש 288, בפס' 9-14 לפסק דינו של סגן הנשיא סטיב אדלר.

290 ע"ע (ארצי) 448/07 המאירי הסעות ושירותים בע"מ – אילוז (נבו) 2.11.2008; ע"ע (ארצי) 09-285 פרופ' אריאל בן עמר שירותי רפואת שיניים והשקעות בע"מ – פלדמן

(נבו) 28.12.2010.

הפיטורין היו בגלל ההיריון – "יסוד החיוב של המעסיק הוא עונשי – חיוב קנס", ולכן יש "לזכות את העובדת בשכר, גם אם מצאה עבודה חלופית", כלומר היא זכאית לשכר כפול. לעומת זאת, אם הפיטורין לא נבעו מההיריון אלא מסיבה אחרת, אלא שהמעסיק לא קיבל אישור לפיטורין כנדרש בחוק – החיוב הוא "פרוצדוראלי בלבד", ולכן "אין מקום לשכר כפול".²⁹¹

הבחנה זו, אומר בית הדין, מתיישבת עם פסק דין אחר שניתן ברשת, שבו פוטרה עובדת בזמן שלא היא ולא מעסיקה ידעו שהיא בהיריון. ברור כי פיטוריה לא נבעו מההיריון, וכי היעדר אישורה של הממונה היה רק "פרוצדוראלי". הממונה אישרה את פיטורי העובדת רק חודשיים לאחר שעזבה את עבודתה בפועל, אך עוד קודם לכן היא החלה לעבוד במקום אחר ושכרה עלה על השכר ששילם לה המעסיק הראשון. בית הדין קבע באותו פסק דין, כי לדיני העבודה בישראל יש תוקף גם מכוח "מנהג", והוא פוסק, בין היתר על סמך פסיקת בית הדין הארצי לעבודה, כי העובדת אינה זכאית לשכר כפול.²⁹²

נשוב לפסק הדין השני שבו פוטרה העובדת ההרה אף שמעסיקתה ידעה על ההיריון. בית הדין מכריע לאור ההבחנה הנזכרת, שאותה הציע מדעתו, בין חיוב "עונשי – חיוב קנס" של המעסיק לשלם לעובדת הרה שפיטר לבין חיוב "פרוצדוראלי". לדברי בית הדין, נידוננו אינו חד-משמעי. מצד אחד, הפיטורין לא נבעו רק מההיריון אלא בעיקר משיקול מקצועי הנוגע לתפקוד העובדת. מצד שני, הריונה נוצל על ידי המעסיקה כדי לפטרה. לכן, לחיוב של המעסיקה אין "מעמד של קנס גמור". משום כך, בית הדין משתמש בסמכותו לפסוק "גם על פי אומד הדעת", וקובע כי המעסיקה תחויב לשלם לעובדת חלק משמעותי משכרה, אף שהיא מקבלת משכורת גם ממקום עבודה אחר.²⁹³

ההבחנה שהציע בית הדין מסברתו בהחלט הגיונית, אולם כאמור היא מנוגדת לפסיקות בית הדין הארצי לעבודה שהובאו בפסק הדין. במבט ראשון נראה, שבית הדין גורס כי לפסיקות אלו אין כל מעמד הלכתי מחייב, אפילו לא כ"מנהג". אולם, מסתבר יותר שבית הדין סבור, כי עקרונית יש לפסיקת בית הדין הארצי לעבודה תוקף מכוח "מנהג". כאמור, הוא גם מפנה לפסק דין אחר, המתבסס על פסיקת בית הדין הארצי לעבודה מכוח "מנהג". עם זאת, ייתכן כי בית הדין דגן סובר, כי יש הבדל בין חוק לבין פסיקת בתי המשפט. חוק תקף כדבריו מכוח "דינא דמלכותא" – ולכן כאשר בית הדין מחליט לאמצו, עליו לקבלו במלואו. אולם, פסיקה אזרחית תקפה רק מכוח "מנהג" – ולפיכך אולי סבור בית הדין כי יש לו שיקול דעת ("אומד הדעת")

291 ת' 2-72111, לעיל ה"ש 5, בס' ט לפסק הדין.

292 ת' 71070, לעיל ה"ש 243. בית הדין מוסיף (ת' 2-72111, לעיל ה"ש 5, בס' ח לפסק הדין) כי הענקת שכר כפול לעובדת בנסיבות אלו היא "עשיית עושר ולא במשפט".

293 ת' 2-72111, שם.

אם לקבלה במלואה, לדחותה או, כפי שנהג כאן, לאמצה באופן חלקי מכוח סמכותו הכללית לפסוק על דרך פשרה.²⁹⁴

אולם, ניתן להציע הסבר חלופי, שאליו נוטה דעתנו. גם כאשר בית הדין מאמץ חוק מכוח "דינא דמלכותא", גם אז הוא מפעיל שיקול דעת בנוגע ליישומו בנסיבות. דוגמה לכך מצויה בפסקי דין שניתנו ברשת ארץ חמדה גזית בנוגע לחוק המתווכים במקרקעין. החוק מתנה את זכאות המתווך לקבל דמי תיווך בכך שהמזמין חתם על הזמנה בכתב של שירותי התיווך.²⁹⁵ אף שדייני הרשת קיבלו עקרונית את החוק כ"דינא דמלכותא" וקבעו כי מטרתו ראויה, היו מקרים שבהם החליטו כי בנסיבות העניין ראוי שלא ליישמו וזיכו את המתווך בדמי תיווך גם ללא מסמך בכתב. מתשובת החתם סופר הם הסיקו כי "על בית הדין לבחון את החוק מבחינה מהותית", ובסמכותו לקבלו "באופן ביקורתי, על פי שיקול דעתו". לאור זאת קבעו שניים מן הדיינים, כי כאשר ברור ששני הצדדים היו מודעים לחיוב בדמי תיווך, על המזמין לשלם למתווך גם ללא מסמך בכתב.²⁹⁶ לדעת אחד מהם, יישום החוק במצבים כאלו פוגע ב"מידת ההגינות שצריכה להיות נר לרגלינו".²⁹⁷ גישה זו אומצה על ידי דיינים נוספים ברשת והפכה ל"מדיניות בית הדין".²⁹⁸

אם כך נוהגים ברשת ארץ חמדה גזית בנוגע לחוק שתוקפו כ"דינא דמלכותא", אין פלא שכך נוהג בית הדין דנן גם בנוגע לפסיקת בתי המשפט שתוקפה רק כ"מנהג". אף על פי שהוא סבור כי פסיקה זו תקפה כ"מנהג", עדיין מפעיל בית הדין את שיקול

294 על פסיקה על דרך "פשרה" ככלל ובכתי הדין בימינו בפרט נכתב רבות. ראו למשל איתי ליפשיץ **הפשרה במשפט העברי** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת בר אילן התשס"ד); הרב זלמן נחמיה גולדברג, פשר הפשרה (מהדורת שטרן); שפרה מישלוב "הסכמי בורות בבתי הדין לממונות – סקירה והשלכות" **תחומין** לח 322, 325 (התשע"ח); שפרה מישלוב "בתי דין של תורה בימינו – האם הם חזון בר יישום? (חלק א)" **אמונת עתיך** 134, 98 (התשפ"ב).

295 ס' 9 (א) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996.

296 הרב יוסף כרמל בתיק (ארץ חמדה גזית י-ם) 70003, 6-8 (ארץ חמדה גזית 13.9.2009 (דן יחיד), על סמך שורת חתם סופר, לעיל ה"ש 140. הרב כרמל מכהן כאב"ד ברשת ארץ חמדה גזית, והוא אחד משני ראשי המכון ללימודי דינות "ארץ חמדה" בירושלים. כך פסק בעקבותיו גם הרב סיני לוי בפסק דינו המצוין בהערה הבאה.

297 הרב סיני לוי, ת' (ארץ חמדה גזית י-ם) 72059 (ארץ חמדה גזית 16.7.2012 (דן יחיד)). הרב לוי מכהן כיום כדיין בבית הדין הרבני האזורי בחיפה.

298 דייני הרשת מפעילים, אם כן, בנוגע לאימוץ חוקים "שיקול דעת מהותי" לאור שיקולי צדק, ובשפה המשפטית: "פרשנות תכליתית", בדומה לפרשנות התכליתית שמעניקים שופטים בבתי המשפט לחוקים, ואולי אף בהשפעתה. לדיון בפסיקה זו של דייני הרשת ולהפניה לפסקי דין נוספים שלהם בעניין זה, ראו קליינמן ווסטרייך "חוק המנוגד לשיקולי צדק", לעיל ה"ש 154, בעמ' 312-315, ובהרחבה קליינמן ווסטרייך "דין או צדק?", לעיל ה"ש 154.

דעתו אם לקבלה בנסיבות ובאיו מידה, ובפסק הדין שנידון לעיל הוא החליט לקבל את הפסיקה האזרחית באופן חלקי, תוך יצירת הבחנה משלו.

בפסק דין אחר שניתן ברשת מצאנו סטייה מפסקי הדין הקודמים, המובלעת באחת מהערות השוליים וקשה להבחין בה. התובע שימש כראש כולל וקיבל את שכרו כמלגה בלי "תלוש". לאחר שסיים את עבודתו הוא טען כי לפי החוק התקיימו בינו לבין הכולל יחסי עובד-מעביד, ולפיכך על הכולל לשלם לו את כל זכויותיו הקוגנטיות מכוח חוקי המגן, ובכללן פיצויים, פנסיה ודמי הבראה. בית הדין יוצא מתוך הנחה כי הקוגנטיות של זכויות אלו מעוגנת בחוק.²⁹⁹ למען הדיוק ראוי להעיר, כי אכן הקוגנטיות של הזכות לדמי הבראה ולפנסיה היא מכוח חוק,³⁰⁰ אולם הקוגנטיות של פיצויי פיטורין, כמו רוב חוקי המגן, היא פרי פסיקת בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה.³⁰¹

בית הדין קובע, כי התובע היה מודע להבדל שבין מלגה למשכורת. את ה"מבוא לדיון" הוא פותח כך (ההוספות בסוגריים מרובעים – על פי הערות השוליים בפסק הדין):

על פי ההלכה, יש תוקף לדיני העבודה, מכוח הכלל [...] "הכל כמנהג המדינה" (שו"ע חושן משפט סימן שלא, א-ב). [...] על דרך הכלל, גם פסיקות בתי המשפט אשר מחוללים בפסיקתם את המציאות הנהוגה במדינה, יש להן מעמד של מנהג המדינה, כאשר מדובר בפסיקה מחייבת [= של בית המשפט העליון ושל בית הדין הארצי לעבודה³⁰²], או כאשר

- 299 ת' 75118-1 (ארץ חמדה גזית פ"ת) (ארץ חמדה גזית 11.08.2016) (הרבנים אהרן כ"ץ, ציון כהן, עקיבא כהנא). פסק הדין נכתב על ידי אב בית הדין הרב כ"ץ, ראו שם, הערת שוליים 10. הרב כ"ץ מכהן כיום כרב הממונה (רב העיר בפועל) של העיר רמת גן.
- 300 במועד פסק הדין (2016) חלו צווי הרחבה אלו: צו הרחבה בדבר השתתפות המעביד בהוצאות הבראה ונופש לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957 (נכנס לתוקף: 1.7.2014); צו הרחבה [נוסח משולב] לפנסיה חובה לפי חוק הסכמים קיבוציים התשי"ז-1957 (נכנס לתוקף: 1.1.2008). צווי ההרחבה הם קוגנטיים, ראו ס' 20 ו-30 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957.
- 301 ראו חוק פיצויי פיטורין, התשכ"ג-1963. גם מה"ש 4 בפסק הדין (ת' 75118-1, לעיל ה"ש 299, בעמ' 7) עולה כי בית הדין אינו מודע לכך כי בחלק מחוקי המגן לא מופיעה הקוגנטיות בחוק עצמו: "דוגמאות לענייננו לחוקים אשר הזכויות שהם מקנים הן זכויות קוגנטיות: חוק דמי מחלה, חוק הודעה לעובד, חוק חופשה שנתית, חוק פיצויי פיטורין". בכל החוקים הללו הקוגנטיות אינה מופיעה בחוק אלא נקבעה רק מכוח פסיקת בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה. על התוקף ההלכתי של פסיקת בית הדין הארצי לעבודה ראו בהערה הבאה.
- 302 בית הדין מתבסס כאן (ת' 75118-1, שם, בעמ' 6, ה"ש 2) על הרב סדן דיני עבודה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 37, ה"ש 48 (בנוגע לתוקף ההלכתי של פסיקת בית המשפט העליון), ובעמ' 35, ה"ש 42 (בנוגע לתוקף פסיקת בית הדין הארצי לעבודה, ראו הציטוט שהובא לעיל ה"ש 7). וראו גם דברי הרב כ"ץ להלן בה"ש 311.

נוצרה פסיקה תקדימית מתוך פרשנות החוק, הרווחת בפסקי הדין השונים ואשר דינה כדין החוק עצמו³⁰³, כפי שנראה להלן.
מקור נוסף, ממנו עולה שיש תוקף הלכתי לחוקי המדינה, היא ההלכה "דינא דמלכותא דינא", שבהשלכותיה לדין שלפנינו, נדון בהמשך הדברים.³⁰⁴

מבט ראשון נראה כי בית הדין קובע כי החוק תקף מכוח "מנהג" ו"דינא דמלכותא", ואילו פסיקות בית המשפט העליון תקפות רק מכוח "מנהג". אולם נראה לנו, אף שהדבר אינו נאמר במפורש, כי משילוב האמור בגוף פסק הדין עם דברי הרב דיכובסקי, המצוטטים בהערת שוליים,³⁰⁵ עולה כי לדעת בית הדין, "פרשנות החוק" ה"תקדימית" של בית המשפט העליון ושל בית הדין הארצי לעבודה "אינה שונה במהותה מן החוק עצמו", ולכן היא תקפה כ"דינא דמלכותא". בית הדין מאמץ אם כן את שיטת הרב דיכובסקי, שיטה שאינה מקובלת על דייני זמננו וגם לא על דייני רשת ארץ חמדה גזית. דומה כי חיזוק להבנה האמורה אפשר למצוא בשני מקומות נוספים בפסק הדין. בפתח הדין ההלכתי, לפני הקטע שצוטט לעיל, אומר בית הדין: "התביעה שלפנינו מבוססת על זכויות אותן מקנה החוק ופרשנותיו על פי פסיקות של בתי הדין לעבודה". גם בהמשך, לאחר שבית הדין מצטט מפסק דין בלס,³⁰⁶ העוסק בשאלת התקיימות יחסי עובד-מעביד, הוא אומר: "נראה כי פרשנות זו מחויבת היא בהבנת החוק, שכן הקביעה שהזכויות בחוקים אלו הן קוגנטיות, משמעה שלא מה שהוסכם בין הצדדים הוא הקובע".³⁰⁷

בית הדין מודע אם כן היטב לכך שמדובר בפרשנות שיפוטית לחוק ולא בחוק עצמו. עם זאת, בעת שהוא עוסק ב"משמעות ההלכתית" של הסכמת התובע לקבל מלגה ולא "תלוש", הוא משתמש בעקביות במונח "חוק" ולא "פסיקה שיפוטית", ודין בתוקף ההלכתי של "חוקי העבודה" ו"חוקי המדינה", ובשאלה אם ניתן "להתנות על חוקי המדינה" הקוגנטיים.³⁰⁸ נראה אפוא כי בית הדין מעניק לפרשנות השיפוטית לחוק תוקף של "דינא דמלכותא" כמו לחוק, ומשום כך הוא קובע כי הקוגנטיות, אשר פרטיה

303 בית הדין מצטט כאן (ת' 1-75118, לעיל ה"ש 299, בעמ' 6, ה"ש 3) קטע מדברי הרב דיכובסקי (שצוטטו במלואם לעיל ליד ה"ש 162): "פרשנות שיפוטית גרידא, הצמודה לטקסט ולחוק הכתוב, אינה שונה במהותה מן החוק עצמו".

304 ת' 1-75118, לעיל ה"ש 299.

305 ראו לעיל ה"ש 303.

306 ע"ב (אזורי ת"א) 10539/05 בלס – מכון ויצמן למדע, פס' 33 לפסק הדין של השופט איטח (נבו 12.5.2011).

307 ת' 1-75118, לעיל ה"ש 299, בעמ' 7.

308 שם, בעמ' 9-10.

פורשו והוגדרו בפסיקת בתי המשפט, גוברת על הסכמת הצדדים.³⁰⁹ הרב אהרן כ"ץ, שכתב את פסק הדין,³¹⁰ אישר לנו כי אכן עמדתו זהה לזו של הרב דיכובסקי, והוסיף כי לדעתו בדיני עבודה יש חשיבות מיוחדת לפסוק לפי הדין האזרחי כדי להגן על זכויות העובדים.³¹¹

בשני עניינים מאמץ בית הדין פסיקות אזרחיות ומעניק להן תוקף קוגנטי. ראשית, הוא נעזר במבחנים שנקבעו בפסיקה האזרחית כדי לקבוע, כי בין התובע לבין הכולל התקיימו יחסי עובד-מעביד, וכי הגדרת יחסים אלו אינה תלויה במה שסיכמו הצדדים ביניהם.³¹² שנית, הוא קובע על סמך הפסיקה האזרחית כי "אין תוקף הלכתי לויתורו של עובד על זכויות קוגנטיות", וכי משום כך אין בהסכמת התובע לקבל את שכרו כמלגה משום ויתור על זכויותיו. עם זאת, בית הדין מוסיף כי "העובדה שבדין זה נאמרו דעות נוספות, תבוא לידי ביטוי בהכרעת סעיפי התביעה". "דעות נוספות" הכוונה לדעות של דיינים, הנזכרים בפסק הדין, אשר סוברים כי אין תוקף לדיני העבודה במדינת ישראל כ"דינא דמלכותא" או שאין תוקף הלכתי לקוגנטיות שבחוקים אלו.³¹³

309 אם הקוגנטיות של חוקי המגן תקפה רק כ"מנהג", הסכמת הצדדים גוברת עליה. ראו לעיל ליד ה"ש 235.

310 ראו לעיל ה"ש 299.

311 מו"ר הרב אהרן כ"ץ כותב במכתבו אליי מיום א' במנחם אב תשפ"ג: "המדיניות שנקטתי תמיד היא, שהחוק כולל את הפרשנות של בית המשפט העליון, והוא המפרש שקבעה המדינה לחוק, ופרשנותו מחייבת כחוקי המדינה וכלולה ב'דינא דמלכותא דינא'. כך גם בנוגע לפסיקת בית הדין הארצי לעבודה. פרשנות השופטים בערכאות הנמוכות, כאשר היא מקובלת גם בבתי המשפט האחרים, ונראית מתאימה לכוונת החוק או לנגזרותיו – נראית לי לפחות כ'מנהג המדינה'. עשיתי זאת כמו שראית בעיקר בחוקי העבודה, שעליהם נקבע הכלל 'הכל כמנהג המדינה'. לכן השתדלתי לפסוק כך, ביודעי שכדיין אני צריך להניח שכאשר הצדדים חתמו על חוזה עבודה כוונתם הייתה, שהתנהלות יחסי העבודה תהא כמנהג המדינה. מנהג המדינה הוא הדרך הנכונה לשמור על זכויות העובדים, ומי כמוך יודע שבאותם המגזרים שמנהג המדינה אינו נשמר זכויות עובדים נרמסות". במכתב אליי מיום ב' במנחם אב תשפ"ג, כתב הרב כ"ץ: "דעתי כדעת הרב דיכובסקי. דיברנו בנושא זה והסכמנו יחד על הדברים".

312 בית הדין מצטט פסק דין של בית הדין האזורי לעבודה, כולל שלושה פסקי דין של בית הדין הארצי לעבודה שאוזכרו בו (ת' 1-75118, לעיל ה"ש 299, בס' ז לפסק הדין). ראו עניין בלס, לעיל ה"ש 306, בעמ' 25, ה"ש 63. בהמשך מצטט בית הדין פסק דין נוסף של בית הדין האזורי לעבודה, המתבסס על ספרות משפטית ועל פסק דין של בית הדין הארצי לעבודה. ראו: ס"ע (אזורי חי') 10-03-34958 אבינועם – הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל, פס' 24-25 (נבו 2016.2.28).

313 ת' 1-75118, לעיל ה"ש 299, בעמ' 9-10. וראו שם הנימוקים שנתנו דיינים אלו לדבריהם. לדעות של דיינים נוספים הסוברים כך ראו קליינמן "סכסוכי עבודה", לעיל ה"ש 11; קליינמן "מאפייני פסיקות", לעיל ה"ש 11.

לאור האמור, בנוגע לשני רכיבים שבהם מותיר המחוקק שיקול דעת בידי בית הדין לעבודה, הולך בית הדין לממונות דגן לטובת המעסיקה-הנתבעת.³¹⁴ כפי שניזכר, הפרשנות שמעניק בית הדין דגן לחוק ודרך יישומו של החוק בנסיבות המקרה מנוגדים לפסיקת בית הדין לעבודה. אין בידינו לדעת, אם ובאיזו מידה היה בית הדין מודע לכך. הרכיב הראשון: לפי חוק הודעה לעובד, חייב מעסיק למסור לעובד תוך שלושים יום מהיום שבו התחיל לעבוד אצלו, הודעה ובה מפורטים תנאי העבודה הקבועים בחוק.³¹⁵ אם המעסיק לא עשה כן "ביודעין" – "רשאי" בית הדין לעבודה לפסוק לעובד פיצויים שאינם תלויים בנזק בסכום שלא יעלה על 15,000 ש"ח.³¹⁶ בית הדין אומר כי למעסיקה יש זכות לטעון, שהיא סברה כי לאור מחילת העובד אין מדובר ביחסי עובד-מעביד, ולכן לא היה צורך במסירת הודעה. מכיוון שכאמור יש דיננים אשר אינם מעניקים תוקף לקוגנטיות שבחוק, "אין לומר שאי מסירת ההודעה נעשתה ביודעין. לאור זאת, בית הדין לא יפעיל את סמכותו במקרה זה לפסוק פיצויים, ויימנע מלהטיל תשלום זה".³¹⁷ בית הדין מנצל אפוא את העובדה שהחוק דורש יסוד נפשי של "ביודעין", ומשתמש בשיקול דעתו כדי להימנע מפסיקת פיצויים.

בית הדין לעבודה היה, קרוב לוודאי, פוסק בעניין זה אחרת. בנוגע למחילת התובע והסכמתו לעבוד בלי "תלוש", בתי הדין לעבודה פוסקים באופן עקבי כי אין לראות בהתנהגותו של עובד – אשר בתחילה ויתר על זכויותיו הקוגנטיות או על הגדרת מעמדו כעובד, ומאוחר יותר תבע מהמעביד את זכויותיו הקוגנטיות כעובד – משום חוסר תום לב, וכי אין בהתנהגות זו כדי לפגוע בזכויותיו. לאחרונה אישר גישה זו בית הדין הארצי לעבודה בהרכב מורחב בפסק הדין בעניין כותה.³¹⁸

314 ד"ר שפרה מישלוב רואה בפסק דין זה דוגמה לכך, ש"העמדה הסוציאלית ההלכתית" אינה מקבלת באופן אוטומטי את ההנחה שהעובד הוא העשוק והמעביד הוא העושק, וכי "תפיסה תורנית עקרונית" עשויה להוביל לעיתים לנכונות של הדיינים שלא לפסוק בדיני עבודה לפי דין המדינה. ראו שפרה מישלוב "ויתור עובד על זכויותיו – העמדה הסוציאלית ההלכתית" תחומין מג 494, 500-502 (התשפ"ג).

315 ס' 1-2 לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), התשס"ב-2002.

316 שם, בס' 5(ב): (1) מצא בית הדין לעבודה כי המעסיק לא מסר לעובדו, ביודעין, הודעה לעובד על תנאי עבודה בעניינים שבסעיף 2, בניגוד להוראות סעיף 1 [...] רשאי הוא לפסוק לעובד פיצויים שאינם תלויים בנזק (להלן – פיצויים לדוגמה). (2) פיצויים לדוגמה כאמור בפסקה (1) יהיו בסכום שלא יעלה על 15,000 שקלים חדשים [...].

317 ת' 1-75118, לעיל ה"ש 299, בעמ' 12.

318 עניין כותה, לעיל ה"ש 126. לניתוח העמדות השונות בפסק הדין ראו יוסי רחמים ותמיר קרמי דיני עבודה: הלכה למעשה (מהדורה שנייה מורחבת 2023). תודה לד"ר יוסי רחמים על סיועו בנושא זה ועל שהעביר לעיוני את ספרו בטרם ראה אור.

בפסק הדין שלפנינו, בית הדין לממונות אינו מבסס את ההקלה שלו עם המעסיקה על חוסר תום ליבו של העובד, אלא על הנסיבות הנוגעות למעסיקה, היינו על כך שהיא סברה לאור מחילת העובד כי לא התקיימו ביניהם יחסי עובד-מעביד. השאלה היא, כאשר המעסיק חשב כי לא מתקיימים יחסי עבודה, אך בדעיבד מתברר שהם התקיימו, האם יש לפסוק לעובד פיצויים בגין הפרת זכויותיו, כגון היעדר שימוע והיעדר תקופת ההודעה המוקדמת לפני פיטורין?

לפי פסיקת בתי הדין לעבודה, אם המעסיק נהג בחוסר תום לב או שהיה עליו לדעת כי מבצע העבודה הוא עובד ואינו עצמאי, אזי בית הדין יפסוק לעובד פיצויים. לעומת זאת, אם היה לו יסוד סביר להניח שהוא התקשר עם עצמאי ולא עם עובד, אף על פי שבית הדין פסק אחרת, בית הדין יתחשב בנסיבות אלו, כמו גם בהיעדר תום ליבו של העובד, והוא עשוי שלא לפסוק פיצוי לעובד על הפרת זכויותיו.³¹⁹ לפי פסק דין כותה, נראה כי בכל מקרה יכריע בית המשפט בהתאם לכלל הנסיבות. בנסיבות דנן דומה כי ברור שהמעביד ידע ולכל הפחות היה עליו לדעת כי מתקיימים יחסי עבודה, שכן לא מדובר במלגת לימודים, ולכן אין כל סיבה שלא לחייבו בפיצוי הקבוע בחוק. לשם כך בדיוק נועד הפיצוי הקבוע בחוק: להרתיע מעסיקים מסיווג שגוי של עובדיהם.

בית הדין פוסק לטובת המעסיקה גם בנוגע לרכיב נוסף. העובד תבע פיצויים מכוח החוק גם בגין הלנה של שכרו ושל התשלומים הנלווים לשכר,³²⁰ אך בית הדין דחה תביעה זו. לדבריו, החוק מעניק לו סמכות לבטל פיצויי הלנת שכר, אם נוכח שהשכר לא שולם במועדו עקב חילוקי דעות בדבר עצם החוב.³²¹ הנתבעת סברה כי לא התקיימו יחסי עובד-מעביד, ולכן חלקה על עצם חיובה להפריש זכויות נלוות. משום כך, בית הדין נמנע מלהטיל עליה פיצויי הלנת שכר בנוגע לזכויות הנלוות. בנוגע לעיכוב של כמה חודשים בתשלום השכר, בית הדין מקבל את הטענה כי עיכוב השכר היה ידוע לכל מי שבא בשערי הכולל וגם לתובע, ולכן נמנע מלהטיל פיצויי הלנת השכר גם בגין כך.³²² גם כאן, בית הדין משתמש בשיקול הדעת שמוענק לו בחוק כדי ללכת לקראת הנתבעת. בנוגע לשאר רכיבי השכר פוסק בית הדין לתובע בהתאם לחוק ללא כל שינוי. גם בנוגע לרכיב השני היה בית הדין לעבודה מגיע לתוצאה שונה. הסמכות שניתנת לבית הדין לפי החוק מסויגת במפורש להלנת שכר עקב "חילוקי דעות בדבר עצם

319 ראו למשל ע"ע (ארצי) 10-14122-07-10 מכללת רמת גן – פרייס (נבו 13.9.2012); ס"ע (אזורי חי) 10-2103-05-10 דרורי – בתי זיקוק לנפט בע"מ (נבו 3.7.2013).

320 ס' 17 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958.

321 שם, בס' 18: "בית הדין האזורי רשאי להפחית פיצויי הלנת שכר או לבטלו, אם נוכח כי שכר העבודה לא שולם במועדו [...] עקב חילוקי דעות בדבר עצם החוב, שיש בהם ממש לדעת בית הדין האזורי, ובלבד שהסכום שלא היה שנוי במחלוקת שולם במועדו".

322 ת' 1-75118, לעיל ה"ש 299, בעמ' 15-16.

החוב, שיש בהם ממש לדעת בית הדין האזורי³²³. כאמור, המעסיק דגן היה צריך לדעת כי מדובר בעובד, וממילא לא הייתה לו כל סיבה "של ממש" שלא לשלם את כל שכרו וזכויותיו הנלוות במועד. גם הטיעון כי העובד ידע מראש כי הכולל אינו משלם שכר במועד, היה לבטח נדחה. איסור הלנת שכר הוא קוגנטי. לכן, בראיית בית הדין לעבודה, גם אם העובד ידע בטרם התחיל לעבוד שמעבידו נוהג להלין שכר, אין בכך כדי לפטור את המעביד מפיצויי הלנת שכר או להקל עימו. להיפך, הוא ראוי ליחס מחמיר יותר.

כאמור, בית הדין מנמק את הליכתו לטובת המעסיקה בשני הרכיבים הנ"ל בכך שיש דיינים שאינם מקבלים את תוקף חוקי העבודה בישראל או את הקוגנטיות שלהם מכוח "דינא דמלכותא"³²⁴. ראוי לשאול על הנמקה זו. ראשית, היא אינה נחוצה. די בכך שבית הדין קובע, כי הכולל לא היה מודע דיו להתקיימות יחסי עובד-מעביד, כדי להצדיק את ההליכה לקראתו בשני הרכיבים שבהם הותר לו המחוקק שיקול דעת. שנית, מדוע אחרי שבית הדין קובע באופן עקרוני, כי יש תוקף מכוח "דינא דמלכותא" לקוגנטיות של חוקי העבודה, וגם מסתמך על פסיקות אזרחיות שפירשו אותה, הוא "חושש" לשיטות החולקות, שאינן מכירות בקוגנטיות? האם בית הדין מפקפק בעמדתו העקרונית?

נראה לנו, כי בית הדין אינו מפקפק בעמדתו העקרונית, אלא רוצה שפסק דינו יהיה מקובל גם על דעת הדיינים החולקים עליו, אשר סוברים כי אין תוקף הלכתי לקוגנטיות. זה ההסבר גם לפסק דין אחר שניתן ברשת ארץ חמדה גזית, ואשר עניינו תביעה של עובדת כנגד חברה שפיטרה אותה בעת שהייתה בהיריון. בית הדין פותח בבירור מעמדם ההלכתי של דיני העבודה במדינת ישראל. לדבריו, שאלת תחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא" אינה פשוטה, משתי סיבות. האחת, כי לדעת כמה מגדולי האחרונים אין לכלל זה תחולה בארץ ישראל, והשנייה, כי לפי שיטת הש"ך אין תוקף לכלל האמור כאשר החוק מנוגד להלכה מפורשת.³²⁵

אולם, ממשיך בית הדין, "למרות האמור, יש לראות בהסדרי חוקת העבודה לפחות מנהג המדינה, וכן תקנת הקהל שהרי חוקים אלו הם מנהגות ראויים והגונים"³²⁶. בית הדין מוסיף, כי אפשר לבסס את תוקף דיני העבודה גם על אומדנא: "בנוסף לטעמים האמורים, כיון שכל המתקשרים היום ביחסים של עובד ומעביד עושים זאת על דעת שהחוקים והתקנות של הכנסת יחולו עליהם, והרי זה תנאי מכללא שאלו התנאים

323 ראו לעיל ה"ש 321.

324 ראו לעיל ליד ה"ש 313.

325 ת' 71070, לעיל ה"ש 243, בעמ' 2-4; ש"ך, לעיל ה"ש 186.

326 בית הדין משתית את תוקף דיני העבודה גם על "תקנות בני העיר" על פי הברייתא, בבא בתרא ח, ע"ב. השימוש שעושים דיינים בתקנות קהל או בתקנות בני העיר כדי להעניק תוקף לחוקי מדינת ישראל מועט יחסית.

שבין הצדדים, במיוחד ביחסי עובד ומעביד, ועל כן גם אנו נדון באירוע שכפנינו על פי המתחייב מחוקים ותקנות אלו".³²⁷

בריוק כמו בפסק הדין הקודם, גם כאן מתחשב בית הדין בדעת הסוכרים כי לחוקי העבודה במדינת ישראל אין תוקף כ"דינא דמלכותא", דעה המנוגדת כאמור ל"מדיניות ההלכתית" של דייני הרשת,³²⁸ ובשל דעה זו הוא מבסס את חוקי העבודה על עקרונות חלופיים, ובהם "מנהג" ואומדנא. נראה, כי גם כאן בית הדין אינו מפקפק בעמדתו העקרונית, אלא מעוניין כי פסק דינו יהיה מקובל גם על דעת הדיינים החולקים עליו בנושא זה. קרוב לוודאי כי שני פסקי הדין הללו נכתבו על ידי אותו דין, וכי הוא פעל בשניהם מתוך אותה המגמה.³²⁹ על פי עדות מנהלי רשת ארץ חמדה גזית בעבר ובהווה, מגמה זו משותפת לכלל הדיינים ברשת.³³⁰

דייני הרשת מעניקים תוקף מכוח "דינא דמלכותא" לקוגנטיות של חוקי המגן,³³¹ אף שהקוגנטיות של רובם נקבעה כאמור בפסיקה האזרחית ולא בחוק. מפסקי דינם משתמע כי הדיינים רואים זאת כחלק ממדיניות הרשת להעניק תוקף לדיני העבודה מכוח "דינא דמלכותא".³³²

- 327 ת' 71070, לעיל ה"ש 243, בעמ' 5.
- 328 ראו לעיל ליד ה"ש 282 ובה"ש הנ"ל. למיטב היכרותנו עם פסיקתם, גם עמדת הש"ך (לעיל ליד ה"ש 325) אינה מקובלת על דייני רשת ארץ חמדה גזית, וכדרך כלל אינה נזכרת בפסקי דינם.
- 329 פסק הדין בת' 1-75118, לעיל ה"ש 299, נכתב כאמור על ידי הרב אהרן כ"ץ, ראו בה"ש הנ"ל. הרב כ"ץ ישב גם בת' 71070, לעיל ה"ש 243, ראו בה"ש הנ"ל, והוא הדין היחיד שישב בשני התיקים הללו.
- 330 הרב אהרן פלדמן, מנהל הרשת בעבר, כותב במכתבו אליי מיום כ"ה בתמוז תשפ"ג: "ככלל, דיינים [ברשת] ינסו להשתית את פסק דינם על הבסיס הרחב ביותר, ולכן בתוצאה הסופית יביאו בחשבון גם את הדעות החולקות". כך גם אמר לי הרב עדו רכניץ, מנהל הרשת כיום, בשיחה מיום א' במנחם אב תשפ"ג.
- 331 ראו למשל ת' (ארץ חמדה גזית צפת) 4, 72034, (ארץ חמדה גזית 28.6.2012) (הרבנים בנייהו ברונר, אורי סדן, יהודה דהן) (פיטורין בעת היריון); ת' (ארץ חמדה גזית עפרה) 4, 74003, (ארץ חמדה גזית 5.3.2014) (הרבנים חיים בלוך, איתמר ורפהטיג, עדו רכניץ) (תוקף חוק שכר מינימום). וראו גם בהערה הבאה.
- 332 ראו למשל ת' (ארץ חמדה גזית שעלבים) 086, פס' יז (התשס"ט) (הרבנים אליעזר שנקולבסקי, זכריה בן שלמה, גדעון בנימין) (פיטורין בהיריון) (ניתן בבית הדין בשעלבים לפני שנסוד בית הדין ארץ חמדה גזית ביישוב נוף איילון הסמוך); ת' (ארץ חמדה גזית פ"ת) 72125, 3 (ארץ חמדה גזית 9.5.2013) (הרבנים יהונתן בלס, אהרן כ"ץ, עדו רכניץ) (הפרשות הנלוות לשכר מכוח החוק); ת' 74022, לעיל ה"ש 281 (פיצויי פיטורין והפרשות נוספות); ת' (ארץ חמדה גזית פ"ת) 4, 75049, (ארץ חמדה גזית 6.10.2015) (הרבנים שלמה אישון, עדו רכניץ, אחיה דוידוביץ) (התפטרות עוברת בתשעת החודשים לאחרי לידה, הנחשבת כפיטורין לעניין פיצויי פיטורין).

פסיקה זו של דיני הרשת אינה מתיישבת עם גישתם העקרונית, שהוצגה למעלה, שלפיה לפסיקת בתי המשפט יש תוקף רק כ"מנהג" ולא כ"דינא דמלכותא". שכן, אם הפסיקה בנוגע לקוגנטיות של חוקי המגן תקפה כ"מנהג" בלבד, אין בכוחם של חוקי המגן לגבור על הסכם מנוגד או על ויתור מצד העובד.³³³ ייתכן כי חלק מן הדיינים ברשת לא היו ערים לכך שהקוגנטיות של חוקי המגן מקורה בפסיקה האזרחית ולא בחוק, ולכן התייחסו אליה כאל חוק.³³⁴ אולם, קרוב לוודאי שיש סיבה נוספת, ולהערכתנו היא הסיבה העיקרית, לפסיקה זו. סביר כי הדיינים ברשת יודעים כי לפי החוק בסכסוכי עבודה רשאים לדרון רק בתי הדין לעבודה ולא בתי דין לממונות הפועלים מכוח חוק הבוררות,³³⁵ וכי הם מודעים לכך שאם הם לא יעניקו לחוקי המגן תוקף קוגנטי פסק דינם יבוטל.³³⁶

לסיכום, לדעת דייני רשת ארץ חמדה גזית, פסיקת בתי המשפט אינה מחייבת כ"דינא דמלכותא" אלא רק מכוח "מנהג", וזו גם המדיניות ההלכתית של הרשת. עם זאת, בפסק דין אחד מאמץ בית הדין עמדה זהה לזו של הרב דיכובסקי, שלפיה לפרשנות לחוק של בית המשפט העליון ושל בית הדין הארצי לעבודה יש תוקף כ"דינא דמלכותא", כמו לחוק. אולם, גם בפסק דין זה ישום החוק היה מנוגד לפסיקת בתי הדין לעבודה.³³⁷

בניגוד למדיניות ההלכתית הנ"ל, לקוגנטיות של חוקי המגן שנקבעה בפסיקה האזרחית, מעניקים דייני הרשת תוקף מכוח "דינא דמלכותא", ושיעורנו מה הסיבה לכך.³³⁸ עם זאת, בשני פסקי דין מתחשב בית הדין בדעות אחרות, שלפיהן לחוקי העבודה או לקוגנטיות שלהם אין תוקף כ"דינא דמלכותא". הסברנו מה עומד בבסיס פסיקה זו.³³⁹

6. דיינים בבית דין ירושלים לדיני ממונות

הרב אברהם רב (להלן: ר"א ד) לוין עמד עשרות שנים בראש "בית דין ירושלים לדיני ממונות ולבירוני יהדות" (להלן: בית דין ירושלים לממונות).³⁴⁰ כמו רבים מהדיינים

- 333 ראו לעיל ליד ה"ש 234-236.
- 334 תופעה זו אירעה גם אצל חלק מחכמי ההלכה ומן הדיינים בבתי הדין הרבניים הממלכתיים שדנו בחוקי המגן. ראו: קליינמן "סכסוכי עבודה", לעיל ה"ש 11, בעמ' 164, ה"ש 102; דברי הרב סדן, לעיל ה"ש 273.
- 335 ס' 24-25 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.
- 336 ראו ס' 3, 24 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968.
- 337 ת' 1-75118, לעיל ה"ש 299 וראו לעיל ליד ה"ש 299-311.
- 338 ראו לעיל ליד ה"ש 331-336.
- 339 ראו לעיל ליד ה"ש 324-330.
- 340 ר"א ד לוין כיהן כאב בית הדין של "בית דין ירושלים לדיני ממונות ולבירוני יהדות" בין השנים תשנ"ב-תשע"ט עד לפטירתו. בית הדין נוסד על ידי הרבנות הראשית ירושלים, אך בהמשך התנתק ממנה ומאו פועל באופן עצמאי. על גלגוליו של בית דין זה ראו עמיחי רדזינר "בית הדין הרבני בין בג"ץ לבד"ץ: השפעת בג"ץ על מעמדו ההלכתי של בית הדין הרשמי" משפט וממשל יג 271, 332-327 (2010).

החרדים בישראל,³⁴¹ גם הוא סבור כי לחוק ולפסיקה האזרחית במדינת ישראל אין תוקף כ"דינא דמלכותא". עם זאת, לעיתים הוא פוסק על פיהם מכוח "מנהג".

בתשובה לשאלתנו מה מדיניות בית הדין בנידון השיב רא"ד לויין כי "יש אומדנא כללית שאנשים מתקשרים בעסקאות על דעת חוקי המדינה למרות שאינם מכירים אותם, וזהו 'מנהג המדינה' כיום". משום כך, כאשר בית הדין סבור כי חוק הפך ל"מנהג", הוא יפסוק בהתאם לכך.³⁴²

כנוגע לפסיקה האזרחית קבע רא"ד, כי "אם מדובר בפסיקה ברורה ויציבה שאין עליה מחלוקת בבתי המשפט – כגון פסיקה ברורה של בית המשפט העליון – אנשים מתקשרים ביניהם גם על דעת פסיקה כזו, כפי שהם מתקשרים על דעת חוקי המדינה".³⁴³ כלומר, כמו החוק גם הפסיקה האזרחית עשויה להיות תקפה לדעתו מכוח אומדנא ו"מנהג", כאשר היא "ברורה ויציבה". אולם, ראוי לקחת בחשבון כי דברי רא"ד אלו נמסרו בעל-פה ובקיצור והגיעו אלינו דרך בנו.

דוגמה לצורך בפסיקה אזרחית יציבה אפשר למצוא בדברי הדיין הרב נ"צ מרמורשטיין בהערותיו על אחד מפסקי הדין של בית דין ירושלים לממונות שפורסמו בשולי פסק הדין.³⁴⁴ הוא מתייחס לפסיקה האזרחית הקובעת כי מתווך שקיבל נכס ב"בלעדיות" זכאי לדמי תיווך גם אם העסקה לא נגמרה דרכו.³⁴⁵ הוא מצייין, כי נחלקו הדעות בבתי המשפט אם זכאות זו קיימת גם אם הוכח כי חרף פעולות השייווק שביצע המתווך ה"בלעדי", הוא לא היה "הגורם היעיל" שהביא להתקשרות בעסקה.³⁴⁶ הרב מרמורשטיין קובע כי היות שמדובר בפסיקה אזרחית בלתי יציבה, אי אפשר להעניק לה תוקף מכוח "מנהג המדינה".³⁴⁷

אכן, דינים בבית דין ירושלים, אף שלא דנו בשאלה זו במפורש, קבעו בכמה מקרים כי יש תוקף לפסיקת בתי המשפט בדיני עבודה מכוח "מנהג המדינה". כך הם

- 341 ראו לעיל ליד ה"ש 25.
- 342 דברי הרב אברהם דב לויין נמסרו לנו על ידי בנו הרב יהושע בשיחה מיום י"ט בכסלו תשע"ג. הדברים הובאו אצל קליינמן "האם חוקי", לעיל ה"ש 181, בעמ' 88, ליד ה"ש 36.
- 343 שם, בעמ' 92, ליד ה"ש 62.
- 344 פסק הדין עסק במתווך שקיבל דירה למכירה ב"בלעדיות". הדירה נמכרה לבסוף שלא באמצעותו והוא תבע דמי תיווך. ראו ת' (בית דין ירושלים לממונות) 1575-שע, פסקי דין ירושלים יג, שסג (התש"ע) (הרבנים אברהם דב לויין, יהושע וייס, דוד יהושע קניג). הערותיו של הרב נפתלי צבי מרמורשטיין, שלא ישב כדיין בהרכב, מופיעות שם, בעמ' שסה.
- 345 תיווך מקרקעין ב"בלעדיות" מוסדר בס' 9(ב) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996.
- 346 הוא מאזכר שני פסקי דין: ת"א (שלום כ"ס) 2012/04 גופר נ' קאופמן (נבו) 28.1.2007; ע"א (מחוזי י-ם) 2543/01 תיווך יהלום נ' ליפשיץ (נבו) 4.6.2002.
- 347 "וטרם הוכרעה הסוגיא אצלם [=בפסיקה האזרחית], אשר על כן אין אנו יכולין לסמוך על מנהג המדינה".

פסקו בעניינים אלו: הקביעה כי אין תוקף לפיטורי עובדת בהיריון, האסורים לפי החוק, גם אם המעביד לא ידע על הריונה;³⁴⁸ זכות העובד לשימוע בטרם פיטוריו מכוח "כללי הצדק הטבעי" ופסלות פיטורין שנעשו ללא שימוע, וכן המנהג שלא לפטר עובד ב"מוסד ציבורי" אפילו בתשלום פיצויים.³⁴⁹

מאז פטירת רא"ד לויך בשנת תשע"ט עומד בראש בית דין ירושלים לממונות בנו, הרב יהושע (להלן: ר"י) לויך. מדברים שהוא כותב בכמה מכתבים משתמע כי לדעתו מדיניות בית דין ירושלים לממונות בנוגע לפסיקות בתי המשפט מסויגת יותר מכפי שמשמע מדבריו הקצרים של אביו, שהובאו למעלה. בעוד רא"ד אומר, כי פסיקה ברורה ויציבה של בית המשפט העליון תקפה מכוח "מנהג", לדעת הרב יהושע בררת המחדל היא הפוכה: פסיקה אזרחית אינה תקפה כלל, והתבססות עליה תהיה רק אם מצא בית הדין כי זהו "המנהג הרווח". ואלו דבריו:

ברירת המחדל והנחת היסוד הבסיסית היא, שפסיקות בית המשפט אינן לא דינא דמלכותא ולא מנהג.

גם כשצד מהצדדים מפנה את בית הדין לפסיקות, זה לא שיקול בהכרעה בדין תורה. אלא אם כן חל מנהג. כלומר: בודקים את המנהג הרווח באותו תחום, ורק אותו, ולא משנה אם הוא נסמך על פסיקות והחל מהן, או ההיפך שהפסיקות נובעות ממנו. אם זה המנהג הרווח, והנוהגים שלא כך הם בודדים וחד פעמיים – זה מנהג מחייב. ואם יש נוהגים כך ויש כך, בקביעות, זה אומר שאין מנהג. ומה שקובע הוא ההלכה.

אך כאשר המנהג עולה בקנה אחד עם הפסיקה המשפטית והם תומכים זה בזה, ויש לנו דיון נקודתי בגדרים ספציפיים מהו המנהג, ורוצים אנו לנמק את ההחלטה ההלכתית לפי המנהג – **משתמשים רבות בלשון הפסיקה המשפטית, אם הקדימה אותנו, [כדין] לבאר ולהגדיר את הדברים הללו.**³⁵⁰

348 על סמך פסקי דין של בית המשפט העליון ובג"ץ. ראו רא"ד לויך בת' (בית דין ירושלים לממונות) 108-נא, פסקי דין ירושלים א, קעא, קעט (התשנ"א) (בהסכמת הרבנים דוד עובדיה ושמואל ביבס); ת' (בית דין ירושלים לממונות) 999-סז, פסקי דין ירושלים יא, קפ, קפא (התשס"ז); ת' (בית דין ירושלים לממונות) 1435-סט, פסקי דין ירושלים יב, קעא, קעד (התשס"ט).

349 על סמך פסיקת בג"ץ. ראו ת' (בית דין ירושלים לממונות) 252-סב, פסקי דין ירושלים ח, רמח, רמט (התשס"ב) – פיטורי מורה בבית ספר. אולם, בית הדין מסייג את תוקפה של פסיקת בג"ץ ומוסיף כי "מנהג זה אינו נוהג בבתי ספר פרטיים כדוגמת ביה"ס בו עבד התובע"; ת' (בית דין ירושלים לממונות) 1156-סח, פסקי דין ירושלים יא, קפד, קפז (התשס"ח); ת' (בית דין ירושלים לממונות) 2750, פסקי דין ירושלים טו, שטז, שיז.

350 הרב יהושע לויך במכתבו אליי מיום י"ג באייר, התשפ"ג (4.5.2023).

לדעת ר"י לוין, כפי שהוא מבהיר לנו גם במכתב נוסף, פסיקת בתי המשפט אינה מעלה ואינה מורידה, אלא שאם היא תואמת לדעת הדיין את המציאות בשטח, היינו את "מנהג המדינה", הוא יוכל להיעזר בה. לדבריו, אין כלל חד־משמעי בעניין זה ו"הכל כראות עיני הדיין".³⁵¹

ר"י לוין כותב, כי מעיון בכרכי פסקי הדין של בית דינו אפשר ללמוד כי רק בחמישה אחוזים לערך מתוך פסקי הדין יש הפניות לחוקים או לפסקי דין של בתי משפט אזרחיים. לעומת זאת, ביתר פסקי הדין העוסקים בקשת רחבה של נושאים, אין כל הפניה לחוק או לפסיקת בתי המשפט. לדבריו, במקרים רבים ההפניה לחוק או לפסיקת בתי המשפט לא נעשתה בשל צורך הלכתי להסתמך עליהם, כי הדין היה ברור גם ללא אותן הפניות, אלא על סמך היכרות עם בעלי הדין ומתוך ידיעה כי אם יראו הללו את הנימוקים והמקורות במשפט האזרחי תנוח דעתם יותר.³⁵² יצוין, כי במכתב אחר, אשר יצוטט להלן, נוקט ר"י לוין עמדה אחרת, המצמצמת עוד יותר את האפשרות להתבסס על החוק והפסיקה האזרחיים מכוח "מנהג" ואומדנא, וקובעת כי יש לפסוק על פיהם רק במקרה שבו הצדדים אומרים במפורש כי התקשרו על דעת חוקי המדינה.³⁵³

על מעמד הפסיקה האזרחית בבית דין ירושלים לממונות מנקודת מבטו של אב בית הדין, הרב יהושע לוין, אפשר ללמוד לא רק ממכתביו אלא גם מפסק דין שכתב. ראובן רכש מחברה באמצעות חוזה זכות שותפות בקבוצת רכישה לצורך בניית "קוטג'ים" ביישוב, ושיים מקדמה. לוי תיווך בין ראובן לבין החברה, וראובן שילם לו דמי תיווך. החברה זכתה במכרז של מנהל מקרקעי ישראל, אך טרם נרשמה כבעלת הזכויות בקרקע. כשראתה החברה כי ראובן אינו מצליח לגייס את יתרת הסכום עד 15 יום מתאריך היעד, היא מכרה באופן חד־צדדי את זכותו לאדם אחר. ראובן טוען כי העסקה עימו בוטלה למפרע, ולכן אינו חייב בדמי תיווך, ועל כן תובע מהמתווך להשיב לו אותם. המתווך טוען כי העסקה הושלמה כדיון, ומשום כך אין עליו להשיב את דמי התיווך.³⁵⁴

בית הדין דוחה את התביעה להשבת דמי התיווך. לדברי ר"י לוין, המנהג הוא לשלם על תיווך במכר דירות וגם בהסכמים עם קבוצות רכישה בעת חתימת החוזה, אף שטרם עברה הבעלות בנכס לידי הקונה. אולם הוא מעלה את השאלה, כיצד יש להבין מנהג זה: האם מה שיוצר את החיוב בדמי תיווך הוא מועד חתימת החוזה כשלעצמו, או שמא מועד השלמת העסקה ("גמר המקח")? הנפקות תהיה במקרה שהעסקה לא הושלמה, כדוגמת נידוננו. לפי האפשרות הראשונה, יש חיוב בתשלום דמי תיווך. לעומת זאת, לפי האפשרות השנייה, החיוב בדמי תיווך מותנה בהשלמת העסקה, אך אם היא בוטלה על המתווך להשיב את דמי התיווך.

351 הרב יהושע לוין במכתבו אליי מיום ט"ז באייר, התשפ"ג (7.5.2023).

352 הרב יהושע לוין במכתבו אליי מיום י"ד באייר, התשפ"ג (5.5.2023).

353 ראו להלן ליד ה"ש 499.

354 ת' (בית דין ירושלים לממונות) 2373, פסקי דין ירושלים יג, שמח (התשע"ד).

ר"י לויין אומר, כי "לא נחקק חוק בעניין [מועד] חלות הקניין בקבוצות רכישה, ויש רק תקדימים משפטיים שאינן 'דינא דמלכותא' גם בחו"ל. כל שכן בארץ ישראל, שאין תוקף [מכוח 'דינא דמלכותא'] לחוקי [המדינה]".³⁵⁵ כוונתו היא כי בניגוד לחוק שתקף בחו"ל מכוח "דינא דמלכותא", לפסיקת בתי משפט אין תוקף מכוח "דינא דמלכותא" אלא רק מכוח "מנהג". כך בחו"ל, ו"כל שכן בארץ ישראל", כי כאמור מדיניות בית דין ירושלים היא כי לכלל "דינא דמלכותא דינא" אין תוקף בארץ ישראל אפילו בנוגע לחוקים, וכל שכן בנוגע לפסיקת בתי המשפט.

בתחילה מצייע ר"י לויין כי מועד החיוב בדמי התיווך תלוי בשאלה, אם לפי ההלכה נחשבת החתימה על החוזה דנן כגמר העסקה של מכירת הקרקע. שאלה זו, הוא מציין, תלויה במחלוקת הפוסקים.³⁵⁶ אולם בהמשך הוא מבהיר כי בנידוננו החברה אינה מוכרת לראובן קרקע אלא "זכות להרשם" בקבוצת רכישה אשר תקנה קרקע יחדיו. התיווך לא נעשה אפוא בנוגע לקרקע אלא בנוגע ל"אופציה" להיכלל בעתיד בקבוצת הרכישה. מכירת אופציה זו הושלמה בחתימת החוזה, ולכן במועד זה חל החיוב לשלם את דמי התיווך. לאחר דיון נוסף מסקנתו של ר"י לויין היא כי ראובן חייב בתשלום דמי תיווך, וגם אם טרם היה משלם למתווך היה עליו לשלם לו כעת.³⁵⁷

לסיכום, המדיניות של בית דין ירושלים לדיני ממונות היא כי לפסיקה האזרחית אין תוקף מכוח "דינא דמלכותא". אולם, הרב אברהם דב לויין, שכיהן במשך עשרות שנים כאב בית הדין, וגם דיינים נוספים בבית דינו סבורים כי פסיקה אזרחית "ברורה ויציבה" תקפה מכוח "מנהג", כי אנשים מתקשרים על דעת פסיקה זו כפי שהם מתקשרים על דעת החוק. דייני בית הדין נהגו כך בנוגע לכמה פסיקות אזרחיות בדיני עבודה.

עם זאת, מדברי הרב יהושע לויין, המכהן מאז שנת תשע"ט כאב בית הדין, משתמע כי תוקף הפסיקה האזרחית מוסיג יותר. לשיטתו, בית הדין יתבסס על פסיקת בתי המשפט, גם אם מדובר בפסיקה יציבה, רק אם בדק ומצא כי זהו "המנהג הרווח" בתחום. לדבריו, רק בחמישה אחוזים לערך מפסקי הדין שניתנו בבית דין ירושלים לממונות יש הפניות לחוקים או לפסיקת בתי משפט, ובמקרים רבים פסק הדין לא התבסס עליהם, אלא הדבר נעשה מתוך היכרות עם בעלי הדין וכדי להניח את דעתם.

355 שם, בעמ' שנ. הוא אינו מפנה לפסקי דין של בתי המשפט בעניין זה.

356 מהות החוזה לפי אחת האפשרויות שהוא מעלה (שם): רכישת קרקע להשקעה או לבנייה. מכיוון שטרם הועברה בעלות בקרקע לידי החברה המוכרת, הזכויות הנקנות בחוזה הן בגדר "דבר שלא בא לעולם". התוקף ההלכתי הקנייני של חתימה על חוזה מבוסס על מנהג הסוחרים, בלשון ההלכתית: "קניין סיטומתא" (ראו לעיל ה"ש 211), ונחלקו הפוסקים אם קניין סיטומתא תקף גם כאשר מדובר במכירת "דבר שלא בא לעולם". בעניין זה ראו קליינמן דרכי קניין, לעיל ה"ש 211, בעמ' 279-344.

357 ת' 2373, לעיל ה"ש 354, בעמ' שנ-שנג.

7. הרב יוסף פליישמן

הרב יוסף פליישמן דן במעמד המנהג בהסכמי ממון,³⁵⁸ וסבור כי אף שאין תוקף לכלל "דינא דמלכותא דינא" בארץ ישראל, לחוקים מסוימים יש תוקף הלכתי מכוח המנהג שהם יוצרים. לדבריו, "יש הטועים לחשוב" כי לפסיקות בתי המשפט, בשונה מחוקים, אין תוקף של "מנהג". אולם לדעתו, בשל העובדה כי פסיקת בית המשפט העליון בישראל שווה בתוקפה לחוק, יש גם לה תוקף של "מנהג", כמו לחוק: "למעשה אין כל חילוק בין פסיקה של בית משפט לחוק וּבארץ ישראל פסיקה של בית המשפט העליון שווה בתוקפו לחוק לכל דבר, והדבר תלוי רק בשאלה אם הפסיקה היא דבר ידוע ומפורסם ובוזה יש לו תוקף של 'מנהג', או לא".³⁵⁹

אין בידינו פסקי דין של הרב פליישמן. אולם, ראוי לציין כי בכמה ממאמריו, למרות שהדבר נראה מתבקש, הוא אינו מתייחס לא רק לפסיקה האזרחית אלא אפילו לא לחוק האזרחי, גם לא מכוח "מנהג".³⁶⁰

358 יוסף פליישמן "מעמד המנהג בהסכמים ממוניים" אוצר המשפט חלק א, תרמא (התשע"ט). הרב פליישמן עומד בראש בית הדין נתיבות חיים בירושלים, ונשיא בית הדין הוא הרב נפתלי נוסבוים.

359 פליישמן, שם, בעמ' תרמה (הסוגריים המרובעים במקור).

360 ראו למשל מאמריו הבאים של הרב יוסף פליישמן: הרב יוסף פליישמן "פסקי דינים – שכירות בתים א' – קנייני השכירות וביטול השכירות מצד המשכיר" עלון המשפט 82, 1 (התשע"ו); הרב יוסף פליישמן "שכירות בתים 2 – הארכת זמן שכירות" עלון המשפט 83, 1 (התשע"ו); הרב יוסף פליישמן "שכירות בתים 3 – העמדת בית מתוקן לשוכר" עלון המשפט 84, 1 (התשע"ו); הרב יוסף פליישמן "שכירות בתים 4 – ליקויים שקרו תוך תקופת השכירות" עלון המשפט 85, 1 (התשע"ו); הרב יוסף פליישמן "שכירות בתים 5 – השכרת הבית המושכר לאחר" עלון המשפט 86, 1 (התשע"ו); הרב יוסף פליישמן "שכירות בתים 6 – דינים שונים בהלכות שכירות בתים" עלון המשפט 87, 1 (התשע"ו); הרב יוסף פליישמן "שכירות בתים 7 – ביטול השכירות מחמת אונס השוכר" עלון המשפט 88, 1 (התשע"ו); הרב יוסף פליישמן "שכירות בתים 8 – ויכוחים שבין השוכר והמשכיר" עלון המשפט 89, 1 (התשע"ו); הרב יוסף פליישמן "שכירות פועלים א – חזרה מהסכם שכירות פועלים לפני התחלת העבודה" עלון המשפט 98, 1 (התשע"ח); הרב יוסף פליישמן "שכירות פועלים ב – חזרת המעסיק אחרי התחלת המלאכה" עלון המשפט 99, 1 (התשע"ח); הרב יוסף פליישמן "שכירות פועלים ג – חזרת הפועל אחר התחלת מלאכה (בלי קניין)" עלון המשפט 100, 1 (התשע"ח); הרב יוסף פליישמן "שכירות פועלים ד – חזרה מהסכם השכירות אחר קניין" עלון המשפט 101, 1 (התשע"ח).

8. הרב שלמה זלמן גרוסמן

הרב ש"ז גרוסמן דן ב"יסודות חיוב מנהג המדינה"³⁶¹ בתת-הכותרת הוא כותב, כי בנוגע לכל פרט בעסקה שעליו לא התנו הצדדים במפורש, עליהם לנהוג "כמנהג המדינה" או כמנהג העיר, וכי כך הדין "ברוב עניני חושן משפט"³⁶². לדבריו, מנהג מחייב רק כאשר הוא ידוע לכל וחל לא רק במקרים נדירים. לכן החוק כשלעצמו אינו נחשב "מנהג המדינה", אבל חוק שנוהגים על פיו תקף כ"מנהג"³⁶³.

בניגוד לחוק, לפרשנות בתי המשפט לחוק כשלעצמה אין תוקף כ"מנהג", כי אין נוהגים על פיה וגם משום שפרשנות זו "יכול[ה] כמה פעמים להשתנות על ידי ערכאה אחרת [...]"³⁶⁴, וכן נוהגים בתי הדין בישראל". ברם, אם פסיקת בתי המשפט הפכה ל"מנהג המדינה" – היא מחייבת מכוח "מנהג המדינה"³⁶⁵. לכאורה, דינה של פרשנות שיפוטית לחוק הוא כדין החוק עצמו. אולם, מסיכום דבריו משתמע כי הרב גרוסמן נוטה לכך שפסיקת בתי משפט אינה תקפה כלל, אפילו לא כ"מנהג"³⁶⁶. יש אפוא בדבריו פער בין הדין ההלכתי לבין המסקנה.

ה. עמדת מיעוט ב: פסיקת בתי המשפט אינה תקפה כלל (אפילו מכוח "מנהג המדינה" ואומדנא)

כפי שראינו, רוב הדיינים סוברים כי לפסיקה האזרחית יש תוקף מכוח "מנהג", ומיעוט מהם סבור כי יש לה, לפחות בחלק מן המקרים, תוקף כ"דינא דמלכותא". אולם, יש דיינים הגורסים כי לפסיקת בתי המשפט אין כלל תוקף הלכתי, אפילו לא כ"מנהג".

הנפקות בין העמדה האחרונה לעמדות האחרות נוגעת לתוקפן של פסיקות בית המשפט העליון, אף אם אינן קוגנטיות, בכל תחום הנוגע ליחסים הסכמיים בין צדדים,

361 שלמה זלמן גרוסמן, שערי שלמה, חלק ב, סימן צא, רנ-רסב (נכתב באלול תשס"ה). מדובר בכירור הלכתי כללי שאינו נוגע לתחום אזרחי מסוים. הרב גרוסמן הוא רבה האשכנזי של העיר אלעד, כיהן כדיין בבית הדין של הרב נסים קרליץ בבני ברק.

362 שם, בעמ' רנ.

363 שם, בעמ' רנב-רנג. הוא מציג כמה הסברים מדוע "מנהג" מחייב את הצדדים ומציין נפקויות ביניהם.

364 על סמך הריב"ש וכנסת הגדולה בשם מהרלב"ח, צוינו לעיל ה"ש 56, 58. הרב גרוסמן אינו מתייחס לכך שפסיקת בית המשפט העליון, בשונה מיתר הערכאות, אינה יכולה להשתנות אלא על ידו, וכי גם זה אינו קורה באופן תדיר.

365 גרוסמן, לעיל ה"ש 361, בעמ' רנד.

366 בסיכום הסימן, תחת הכותרת "דינים העולים", הוא קובע: "חוקים שלא נתפשט המנהג לנהוג בהם וכן פרשנות של בתי המשפט בחוקים – אין להם תוקף של מנהג המדינה" (שם, בעמ' רסב, סעיף ד). בשונה מדבריו בגוף הסימן, הוא אינו מסייג קביעה זו למקרים שבהם פרשנות בתי המשפט לחוק לא הפכה ל"מנהג המדינה".

כגון דיני חוזים וענייני מסחר, דיני בתים משותפים והלכת השיתוף. לדעת הסוברים כי לפסיקות אלו אין כל תוקף, בית הדין יתעלם מהן ויפסוק רק לפי דין תורה. לעומת זאת, לפי העמדות האחרות על בית הדין להעניק לפסיקות הללו תוקף מכוח "דינא דמלכותא" או לפחות מכוח "מנהג".

פרק זה יעסוק אפוא בעמדת הדיינים הסוברים כי לפסיקה האזרחית אין כלל תוקף. שיטותיהם של הנוקטים עמדה זו שונות זו מזו בהיקפן ובנימוקיהן. לעיתים נימקו הדיינים את שיטתם ביותר מנימוק אחד, ואנו נשתדל להציג כל אחד מן הנימוקים בנפרד.

1. אנשים אינם מתקשרים על דעת פסיקת בתי המשפט

הרב משה שטרנבוך (לונדון-ירושלים, נולד 1926)³⁶⁷ נשאל בנוגע לחצר בבית משותף, אשר כל השכנים הסכימו לחלקה כדי להגדיל את דירתם, ושכן אחד, בעל חנות, התנגד לכך בטענה כי הדבר יסב לו נזק. לפי החוק שנהג באותה עת הייתה דרושה הסכמת כל השכנים. לדעת הרב שטרנבוך, מכיוון שבחוזי המכר נכתב כי הם כפופים לחוק הבתים המשותפים,³⁶⁸ יש לכך תוקף ככל תנאי שבממון.³⁶⁹

אולם, ממשיך המשיב, המצב המשפטי לפי החוק אינו ברור דיו,³⁷⁰ והוא "תלוי בהבנת והכרות השופטים שאנו לא סומכין עליהם, ועל כן תלוי בנו בשורא דדייני [=בראות עיני הדיינים]".³⁷¹ לכן, בית הדין עושה "פשרה", שלפיה השכנים יוכלו לבנות אך בעל החנות לא יינזק. וכאן מוסיף הרב שטרנבוך דברים עקרוניים בנוגע ליחסו ההלכתי אל פסיקות בתי המשפט האזרחיים:

וזהו יסוד גדול בדיני ממונות, דאף באופן שקובעים לנהוג כפי מנהג חוקי המדינה שכן קיבלו [עליהם הצדדים], מכל מקום אין אומדנא שקיבלו עלייהו פסקים דדייני דידהו [=של השופטים שלהם] שפוסקים כפי דעתם והבנתם, דזה לא קיבלו. ובזה הדרך [=אנו חוזרים] לדין תורה, ונימא [=ונאמר] "ומשפטים בל ידעום".³⁷² וגם אם הדיינים פוסקים כפי חוקיהם שנהגו וקיבלו – חייבין כהאי גוונא [=באופן זה] לפי הבנה דידן [=שלנו],

367 כיהן כרב הקהילה החרדית ביוהנסבורג. בשנת תשמ"ט מונה כחבר בית הדין של העדה החרדית בירושלים, ומשנת תשס"ג הוא מכהן כראש בית הדין.

368 חוק בתים משותפים, התשכ"א-1961. חוק זה הפך מאוחר יותר לפרק השישי בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

369 שו"ת תשובות והנהגות, חלק ג, סימן תנה.

370 המשיב אינו מפרט באיזה סעיף בחוק מדובר ומה קבעה בעניינו הפסיקה האזרחית.

371 המקור לביטוי "שורא דדייני": בבלי, בבא בתרא לה, ע"א, ועוד.

372 הביטוי לקוח מהפסוק "לא עֲשֶׂה כֵן לְכָל גּוֹי וּמִשְׁפָּטִים בְּלִי יָדְעוּם הַלְלוּ יְהוָה" (תהלים קמז 20). פסוק זה מובא בתלמוד הבבלי ובמדרשי אגדה כדי להראות את מעלת עם ישראל, הנוהג לפי התורה ולא לפי דיני הגויים. ראו למשל בבלי, חגיגה יג, ע"א; מכילתא דרבי

הדיינים), ואפילו כשדנים לפי חוקי המדינה מפני שקיבלו, הבית דין הם שיפסקו אם שייך הדבר (=החוק) בנידון דידן ולא השופטים בערכאות.³⁷³

לדעת הרב שטרנבוך, הסמכות לפרש את החוק מסורה לבית הדין, והוא אינו כפוף לפרשנות שהעניקו השופטים לחוק. הוא אינו מסביר, מדוע כאשר הסכימו הצדדים כי החוזה יהיה כפוף לחוק, "אין אומדנא" שקיבלו עליהם גם את פרשנות בית המשפט לחוק. ייתכן כי ההסבר לכך הוא כי התשובה נכתבה לאנשים החיים בקהילה חרדית, שבה נהוג להתדיין בבית דין ולא בבית משפט.³⁷⁴ משום כך ההנחה היא כי, כל עוד לא הוסכם אחרת, הצדדים מתקשרים בהתאם לדין תורה. לכן, החוק שאותו קיבלו הצדדים עליהם – יחול, אך פסיקת השופטים ש"לא קיבלו" – לא תחול.

עם זאת, אין לכתוד כי קביעתו של הרב שטרנבוך גורפת ואינה מסויגת, ולדבריו זהו "יסוד גדול בדיני ממונות": גם כשצדדים מסכימים להתקשר בעסקה לפי החוק, "אין אומדנא" שקיבלו עליהם את פסיקת בתי המשפט. אנו מתקשים לקבל קביעה זו. דומה, כי מבחינה עובדתית גם צדדים הרואים עצמם מחויבים לדין תורה, מתקשרים בחוזה מכר דירה על דעת הפסיקה האזרחית, כי כך מתנהל מכר דירות ורישומן. נראה שכך המצב גם בנוגע לחוזים מסחריים אחרים, כדוגמת חוזה רכישת מוצרים ושירותים וחוזים אחרים עם מוסדות ותאגידים. חריג לכך יהיה מקרה שבו התנו הצדדים במפורש להתדיין בדין תורה, או שכך הוא מנהגם או מנהג מקומם.

ברם, מדברי הרב שטרנבוך ברור כי פסיקתו נובעת לא רק משיקול עובדתי, אלא גם, ונראה כי בעיקר, משיקול ערכי: יהודים מחויבים לדין תורה ולא לדיני "השופטים בערכאות".³⁷⁵ המשיב מביע הסתייגות גם מחוק המדינה,³⁷⁶ אך כאמור מחיל אותו בשל ההסכמה בחוזה המכר.

עמדה דומה נוקט גם הרב ישראל גרוסמן (ירושלים, 1922–2007).³⁷⁷ לפי חוק המקרקעין, אם חלק מהרכוש המשותף, הכולל את הגג, הוצמד לדירה, "דינו לכל דבר

ישמעאל, יתרו, מסכתא דבחדש, פרשה א; שמות רבה (וילנא), משפטים, פרשה ל, סימן ט.

373 שו"ת תשובות והנהגות, לעיל ה"ש 369, שם.

374 כך מוכח מתחילת התשובה, שם נאמר כי השכן המתנגד לבנייה "הלך לערכאות [=לבית המשפט] להתנגד, ונקרא לדין [=לבית הדין בגלל] שהלך לערכאות, והתחייב לשמור דין תורה".

375 ראיות להסתייגות הערכית-עקרונית של המשיב מחוקי המדינה ומפסיקת בתי המשפט אפשר למצוא בביטויים שנקט: "השופטים שאנו לא סומכין עליהם", "ומשפטים בל ידעום", וכן במשפט המצוטט בהערה הבאה.

376 בנוגע לקבלת החוק הוא מעיר: "אף שאנו לא מכירים זכותם לקבוע, אלא דיני התורה הם לבד קובעים לנו".

377 כיהן כראש ישיבה בכמה ישיבות, ושימש שנים רבות כדיין בבית הדין של אגודת ישראל בירושלים. ראו עליו אליעזר גרוסמן לב ישראל כט-מד (התשס"ח); שמואל הניג גדול בישראל א-ב (התש"ע).

כדין הדירה שאליה הוצמד³⁷⁸. אם בעלי דירות בבית משותף לא רשמו תקנון אחר, יחול עליהם התקנון לדוגמה המצוי בנספח לחוק. שם נאמר, כי בעל דירה בבית משותף אינו רשאי לעשות בדירתו "שינויים או תיקונים הפוגעים בדירה אחרת" אלא אם קיבל את הסכמת בעלי הדירות שעלולים להיפגע מכך.³⁷⁹ בית המשפט העליון פסק כי הצמדת גג לאחת הדירות מעניקה לבעליו זכות שימוש בלעדית בגג, אך אינה מעניקה לו זכות לבנות עליו בלי הסכמת בעלי הדירות האחרות. הנימוק: בנייה על הגג מקטינה את יתרת אחוזי הבנייה המותרים בחלקה, ובשל כך מביאה לירידת ערך של שאר הדירות, ולכן דרושה הסכמתם.³⁸⁰ באופן דומה נפסק, כי בעל דירה בבית משותף אינו רשאי לסגור מרפסת בלי רשות שאר בעלי הדירות, כי בכך הוא חורג מגבולות הקיר החיצוני של הבניין וגוזל שטח מהרכוש המשותף השייך לכולם.³⁸¹

בשתיים מתשובותיו דן הרב גרוסמן בבעלי דירה בבית משותף בשכונה חרדית, אשר הרחיבו את דירתם חרף התנגדות יתר בעלי הדירות, בניגוד לפסיקה הנזכרת של בית המשפט העליון. באחד המקרים בנה בעל הדירה על גג שהוצמד לדירתו. הרב גרוסמן מוכן לקבל את החוק, כי חוזה המכר מבוסס עליו, אולם הוא מסרב לקבל את פסיקת השופטים:

כוונתי, דאפילו אם התקשרו קוני הדירות בחוזים על פי חוק מקרקעין ותקנון בתים משותפים אבל לאו אדעתא דהכי [=לא על דעת כן] קנו הדירות, שאם יתעורר ספק בחוק, הפירוש של החוק יהיה מסור ביד השופטים החילוניים אשר בסברת עצמם שלהם פוסקים פסקים בלי שום אסמכתא, אלא שבאותה שעה באו לידי החלטה זו.³⁸²

בתשובה אחרת העוסקת בבעל דירה שסגר מרפסת ללא הסכמת יתר בעלי הדירות, שב הרב גרוסמן על קביעה עקרונית זו בניסוח דומה.³⁸³ הוא אינו מזכיר את תשובת הרב שטרנבוך, אבל לאור הדמיון הלשוני בין השניים, ולאור העובדה שהרב גרוסמן עמד בקשר קרוב עם מנהיגי העדה החרדית בישראל, מסתבר כי הכיר תשובה זו והתבסס עליה.³⁸⁴ בדומה לרב שטרנבוך, גם הרב גרוסמן סובר כי אין זה רצוי מבחינה ערכית להסתמך לא רק על הפסיקה האזרחית אלא גם על "החוק החילוני", כפי שהוא כותב

378 ס' 52, 55 (ג) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

379 שם, ס' 2 (ב) לתוספת הראשונה לחוק המקרקעין.

380 ע"א 136/63 לוינהיים נ' שוורצמן, פ"ד יז 1722 (1963).

381 ע"א 381/66 לוי נ' לינקביץ, פ"ד כ(4) 557, 559 (1966).

382 שו"ת משכנות ישראל, סימן ד, סעיף ד.

383 "שאף על פי שקונים הדירות בחוזה המבוסס על חוק מקרקעין ותקנון בתים משותפים, אבל אין לך בו אלא חדושו, אבל לא על סמך סברות של השופטים החילוניים אשר אין להם שום אסמכתא ויסוד להחלטות" (שם, סימן ז, סעיף ו).

384 ראו לעיל ה"ש 367.

בהקדמתו לחיבורו.³⁸⁵ הוא שואף לכך שענייני בתים משותפים יושתתו רק על ההלכה, ואת החוק הוא מחיל בלית בררה מכוח הסכמת הצדדים.

כמו הרב שטרנבוך, גם הרב גרוסמן בשתי תשובותיו הנ"ל טוען כי שופטים פוסקים לפי סברתם, אך מוסיף כי הם עושים זאת "בלי שום אסמכתא".³⁸⁶ דבריו קשים בעינינו. ראשית, פרשנות שופטים לחוק אכן מבוססת על סברות ושיקול דעת, אך גם על אסמכתאות: חוקים, תקדימים ולעיתים גם משפט השוואתי. שנית, שלא כדבריו, לנו נראה כי קבלן המציין בחוזה המכר כי החוזה כפוף לחוקי המדינה, מתקשר בעסקה על סמך הפרשנות המחייבת של החוק בידי בית המשפט העליון ולא על סמך הפרשנות שיעניק לחוק בית דין רבני. ואם כך יש אומדנא, היינו תנאי מכללא, כי עסקת המכר כפופה לפסיקה האזרחית.

הרב מרדכי רלב"ג פוסק אף הוא, על סמך הרב שטרנבוך, כי בניגוד לחוק, לפרשנות שופטים לחוק אין תוקף אפילו מכוח "מנהג", וכי הפרשנות לחוק תיקבע רק לפי דין תורה. מלמד בתלמוד תורה עזב את עבודתו כי המנהל לא שילם לו בגין חופשת מחלה. החוק קובע כי אם עובד התפטר "מחמת הרעה מוחשית בתנאי העבודה", יראו את התפטרותו כפיטורים.³⁸⁷ הרב רלב"ג מסתפק, אם הרעת תנאים חד-פעמית של אי תשלום עבור חופשת מחלה נחשבת "הרעה מוחשית", ומכריע בשלילה.³⁸⁸

הרב רלב"ג קובע על סמך הרב שטרנבוך, כי הכלל שלפיו בדיני עבודה "הכלל כמנהג המדינה" חל רק על חוקי המדינה ועל הסכמים קיבוציים שנחתמו בין העובדים למעסיקים, כי כל עובד ומעסיק המתקשרים ביניהם "כוונתם להשתעבד אחד לשני לפי חוקי המדינה" הנוגעים לזכויותיהם ולחובותיהם. "אבל לגבי פרשנות החוק הרי הם מחוייבים להשמע לפרשנות בית הדין, שהיא על פי דין תורה".³⁸⁹ בהמשך הוא מציג שני פסקי דין של בית הדין הארצי לעבודה התומכים בהכרעתו, אך מבהיר כי הכרעתו לא התבססה עליהם: "אינני מסתמך על פסיקות של בתי 'צ'ל: בית הדין הארצי לעבודה שיובאו לקמן כפשיטות לספק, אלא בבחינת 'יהודה ועוד לקרא' [=ראיה נוספת מעבר לנדרש]³⁹⁰".³⁹¹

385 "חם לבי בקרבי בראותי המשפט החילוני הולך וכובש, ואפילו השכונים החרדים [...] שכל החוזים הנערכים [...] על פי החוק מקרקעין [...] החוק החילוני [...] ולא עלה על דעת הקבלנים החרידים, והמשתכנים החרידים, שאפשר לערוך חוזים ותקנון על פי דין תורתנו הקדושה [...] כאילו חס וחלילה אין תורה בישראל" (הקדמה לשו"ת משכנות ישראל).

386 שתי התשובות צוטטו לעיל ליד ה"ש 382 ובה"ש 383.

387 ס' 11(א) לחוק פיזיווי פיטורים, התשכ"ג-1963.

388 ת' 1-35-1323, לעיל ה"ש 246, בעמ' 10-12. אין כאן המקום להיכנס לנימוקו להכרעה זו.

389 שם, בעמ' 11, על סמך שו"ת תשובות והנהגות, לעיל ה"ש 369.

390 המקור לביטוי זה: בבלי, קידושין ו, ע"א.

391 ת' 1-35-1323, לעיל ה"ש 246, בעמ' 11-12.

הרב חיים שלמה שאנן נוקט גישה דומה במידת מה, אולם גישתו אינה מבחינה בין החוק לבין פסיקת בית המשפט העליון והיא מצטמצמת לענייני חלוקת רכוש בין בני זוג. הוא שולל הענקת תוקף מכוח "מנהג" או אומדנא הן לחוק והן לפסיקה האזרחית בנוגע לדרך חלוקת הרכוש בעת גירושין.³⁹² הרב שאנן דן בשאלה, אם על בית הדין הרבני לפסוק בהתאם להסדר איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון ולפסיקת בג"ץ בנידון. זאת, כאשר ברור לבית הדין כי אם לא יעשה כן – יפנה התובע לבית משפט ושם יזכה ליותר מן המגיע לו לפי דין תורה, ואם יתעלם מהחוק – יבטל בג"ץ את פסק דינו.³⁹³

הרב שאנן קובע, כי "אין כל בסיס הלכתי לחוק [יחסי ממון], ואין למנהג שהונהג ע"י חוק זה ועל ידי פסיקת בתי המשפט כל השלכה על דיני התורה".³⁹⁴ בהמשך הוא שואל, אם יש תוקף לחוק יחסי ממון מכוח "תנאי (מכללא) או מנהג". את טענת האומדנא, שלפיה "כל הנישאים כיום, מאחר ויודעים שהחוק מחייב, אם כן על [דעת] מנהג זה הם נישאים", הוא דוחה משלושה נימוקים.³⁹⁵

שני נימוקים, אשר יידונו בהמשך, הם ערכיים-עקרוניים.³⁹⁶ הנימוק השלישי: "בישראל גם כיום מאות אלפים מתנהגים על פי דרך התורה, וגם אינם שומרי תורה ומצוות מבקשים פעמים רבות לרדון על פי דין תורה, משיקולים שלהם".³⁹⁷ הוא מודע לעובדה כי הסיבה לכך אינה נובעת משיקולים הלכתיים אלא משיקולים תועלתניים, בלשונו: "משיקולים שלהם".³⁹⁸ אולם לדעתו עדיין יש בכך כדי לשלול את הטענה, שלפיה יש אומדן דעת שכל הנישאים בישראל עושים זאת על דעת הדין האזרחי. בשונה מקודמיו, הרב שאנן אינו מבחין בין החוק לבין הפסיקה האזרחית, אולם נימוקיו דומים

392 חיים שלמה שאנן, עיונים במשפט: חושן משפט, חלק ב, סימן יא, "הרשאי בית דין לעשות פשרה בתביעה ל'איזון משאבים' כדי למנוע הליכה לערכאות" [=חיים שלמה שאנן "עשיית פשרה וקבלת תביעה ל'איזון משאבים' כדי למנוע הליכה לערכאות" תל תלפיות ע, שפט-שצו (התשע"ד)]. בשער הספר צוין, כי הרב שאנן כיהן כאב"ד בבתי הדין הרבניים בתל אביב, בנתניה ובאריאל, וכי הוא ראש כולל חושן משפט "קריית ספר". שימש כדיין גם בבית הדין "חניכי הישיבות" בבני ברק, שבראשו עומד הרב מרדכי גרוס, ונפטר בשנת תשע"ו.

393 שאנן, לעיל ה"ש 392, בעמ' פא. ההתלבטות: מצד אחד פסיקה לפי החוק יש בה משום גזל, ומצד שני בגלל כפיית בג"ץ אולי עדיף שבית הדין הוא שיפסוק לפי החוק "כדי למזער את הנזק", כלומר כדי שהתוצאה תהיה קרובה יותר לדין תורה.

394 שם.

395 שם, בעמ' פה-פט. מסתבר שהרב שאנן מכוון לדברי הרב דיכובסקי (לעיל ליד ה"ש -251-249), אשר השתית את תוקפה של הלכת השיתוף על אומדנא זו.

396 ראו להלן ליד ה"ש 466 ו-485.

397 שאנן, לעיל ה"ש 392, בעמ' פט.

398 הוא רומז כמובן לתופעת "מירון הסמכויות" במדינת ישראל, שבה אחד מבני הזוג מעדיף לעיתים את בית הדין הרבני על פני בית המשפט, לא משיקולים הלכתיים עקרוניים אלא כדי לזכות ביתרון שלא היה זוכה לו בבית המשפט.

לנימוקיהם: אין להעניק תוקף לחוק ולפסיקה האזרחיים בנושא הנידון מכוח "מנהג" ואומדנא, הן מנימוק ערכי-השקפתי והן מנימוק עובדתי.

לדעת הרב שאנן, אין אפוא תוקף הלכתי לחוק יחסי ממוץ ולפסיקת בג"ץ בנוגע אליו אפילו מכוח "מנהג". אולם, המנהג הרווח בבתי הדין בישראל כיום הוא לקבל באמצעות עשיית קניין את הסכמת בני הזוג לחלוקת הרכוש ביניהם לפי החוק והפסיקה האזרחיים.³⁹⁹ הרב שאנן פוסק כי אף שהסכמת הצדדים לכך ניתנת בליית ברירה, היא תקפה ובית הדין רשאי לפסוק בהתאם לה.⁴⁰⁰

מדברי הרב שאנן, וכן מדברי דיינים אחרים המכנהים בבתי הדין הרבניים הממלכתיים, שחלקם נידון במאמר זה,⁴⁰¹ אנו למדים על יחסם של חלק מהדיינים כלפי החוק והפסיקה האזרחית בנושא חלוקת רכוש בין בני זוג, ובמיוחד כלפי בג"ץ שמקצץ את סמכויותיהם ולעיתים מבטל את פסקי דינם. דברי הרב שאנן נכתבו בשנת תשע"ד, שני עשורים אחרי בג"ץ בבלי,⁴⁰² והם מעידים על סירובו לציית בנושא חלוקת רכוש בעת גירושין לא רק לפסיקת בית המשפט העליון אלא גם לחוק (חוק יחסי ממוץ). יצוין, כי יש מי שסבור, שקיימת בשנים האחרונות התמתנות בפערים בנושאים השנויים במחלוקת בין בית המשפט העליון לבין בית הדין הרבני, וביניהם בנושא דגן.⁴⁰³ מנגד, יש מי שחולק על כך וגורס כי בתי הדין מתנהלים בצורה שנראית כמקבלת את הדין האזרחי, כדי לצמצם את הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על פסקי דינם. אולם, הם אינם מחילים את הדין האזרחי באופן מהותי, אלא מותירים לעצמם שיקול דעת רחב, המאפשר להם להגיע לתוצאה הרצויה מבחינה הלכתית בכסות של דין אזרחי.⁴⁰⁴

לסיכום, לדעת כמה דיינים, גם כאשר אנשים מתקשרים בחוזה המבוסס על החוק, הם אינם מקבלים עליהם את פרשנות השופטים לחוק. לפיכך, לפסיקות בתי המשפט אין כל תוקף הלכתי, אפילו מכוח "מנהג", והפרשנות לחוק תיקבע רק לפי דין תורה. כך פוסקים דיינים אלו בנוגע לדיני בתים משותפים (הרבנים שטרנבוך וגרוסמן) ולדיני עבודה (הרב רלב"ג). עמדה זו מושתתת הן על שיקול עובדתי והן על שיקול ערכי של הסתייגות מהחוק ומבתי המשפט האזרחיים.

399 על הסיבות לשימוש הרווח בבתי הדין ב"קבלת קניין" ועל בסיסו ההלכתי, ראו זילברברג, לעיל ה"ש 18, בפרק ג.

400 שאנן, לעיל ה"ש 392, בעמ' פט ובעמ' צב, סעיף ח.

401 הרב שרמן, לעיל ה"ש 148; הרב בן שמעון, להלן ליד ה"ש 453; הרב ינאי, להלן ליד ה"ש 477.

402 שניתן בשנת 1994. ראו לעיל ליד ה"ש 147.

403 אבישלום וסטרליך "שלושה צמתים ביחסי בית הדין הרבני ובית המשפט האזרחי: מזוונות ילדים, שיתוף רכושי החוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה" משפטים נב 217 (2022).

404 זילברברג, לעיל ה"ש 18.

2. אנשים המחויבים להתדיינות בדין תורה אינם מתקשרים על דעת פסיקת בתי המשפט

הדיינים שדבריהם נידונו בסעיף הקודם קבעו כי לפסיקות בתי המשפט אין תוקף אפילו מכוח "מנהג". לעומתם, הרב אוריאל לביא,⁴⁰⁵ בפסק דין משנת תשס"ח, סבור כי לפסיקות בתי המשפט יש תוקף מכוח "מנהג". עם זאת, הוא מסייג את תוקפן לציבור הנוהג להתדיין בבתי משפט ולא בבתי דין הדנים לפי דין תורה. לדבריו, סייג זה חל רק על פסיקות בתי המשפט, אשר תוקפן רק מכוח "מנהג", אולם חוקי המדינה, שתוקפם מכוח "דינא דמלכותא", מחייבים את כולם.⁴⁰⁶

הרב לביא דן בתוקף ויתור של עובד על זכויותיו מכוח חוקי המגן, ובהן זכותו לפיצויי פיטורין. לפי ההלכה, יש תוקף לויתור של העובד ככל תנאי שבממון. לדברי הרב לביא, החוק אינו שולל תוקף ויתור של עובד על פיצויי פיטורין והדבר נקבע על ידי הפסיקה האזרחית. לשיטתו, לפסיקת בתי המשפט אין תוקף כדינא דמלכותא או כתקנת קהל⁴⁰⁷ אלא רק כ"מנהג", ולכן אין לה תוקף קוגנטי:

אמנם פסיקה כזו יוצרת מצב של מנהג המדינה, על כל פנים באותו ציבור הרגיל להביא את משפטו בפני הערכאות, מאחר שמעסיקים אלו יודעים שאין בפניהם אפשרות שלא לנהוג כפי מנהג זה, מפני שאם יחרגו ממנו יחויבו על ידי בתי המשפט. וככל שההתקשרות היא בסתמא, אנו קובעים שבסתמא הצדדים התקשרו על דעת המנהג. אבל אם התנו בפירוש לנהוג אחרת, יש תוקף מחייב לתנאי זה, ודינו ככל תנאי שבממון שהוא קיים.⁴⁰⁸

לדעת הרב לביא, הפסיקה האזרחית יוצרת מנהג רק בקרב ציבור הנוהג להתדיין בבתי המשפט. הנחתו היא, ככל הנראה, כי ציבור הנוהג להתדיין בדין תורה מקבל עליו את פרשנות בית הדין לחוק ולא את פרשנות בית המשפט. הנחה זו אינה הכרחית לדעתנו. שכן, אם פסיקת בתי המשפט הפכה למנהג, מסתבר כי גם אדם הנוהג להתדיין בבית

405 כיום אב בית דין בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, ולשעבר אב בית דין בבית הדין הרבני האזורי בצפת.

406 לביא, לעיל ה"ש 5. לדעת הרב לביא, לחוק שנחקק למטרה ראויה ("לתקנת בני המדינה") יש תוקף מכוח "דינא דמלכותא" ומכוח תקנת קהל ("הסכמת בני העיר"). ראו שם, בעמ' 945; שם, בעמ' 887. על שיטתו בנוגע לתוקף חוקי המדינה ראו עוד קליינמן ווסטרייך "דין או צדק?", לעיל ה"ש 154, בעמ' 417-420. כמכתבו אליי מיום י' באלול תשפ"ג אישר הרב לביא כי הדברים המוצגים בסעיף זה על בסיס דבריו בחיבורו "עטרת דבורה" משקפים את עמדתו העקרונית.

407 ראו דבריו שצוטטו לעיל ה"ש 71.

408 לביא, לעיל ה"ש 5.

דין לפי דין תורה מתקשר על דעת מנהג זה. בית הדין אמור אפוא לתת לפסיקות בתי המשפט תוקף הלכתי – לפי דין תורה – מכוח "מנהג".

גישה דומה לרב לביא נוקט הרב צבי יהודה בן יעקב.⁴⁰⁹ טענה דומה השמיע גם הרב אליהו היישריק בנוגע ליחסי ממון בין בני זוג וכתובה, תוך שהוא מבחין בין בני זוג מ"המגזר החרדי או הדתי לעומת אלו מהמגזר הכללי" המתנהלים לפי המשפט האזרחי. הוא מציינ כי גם דיני בית הדין הרבני הגדול, הרבנים שרמן, איזירר ואלגרבל, נקטו בעניין זה גישה אשר כהגדרתו "מחלקת, על פי אורח החיים של בני זוג, בין המגזרים השונים".⁴¹⁰

בדומה לרב לביא, גם הרב אשר וייס מבחין בין ציבור הנוהג להתדיין בבתי משפט לבין ציבור הנוהג להתדיין בדין תורה. אולם, בעוד הרב לביא משתמש בהבחנה זו רק כדי לסייג את תוקף הפסיקה האזרחית, הרב וייס משתמש בה גם כדי לסייג את תוקפו של החוק. לדעתו, החוק תקף כ"מנהג" רק בנוגע לאנשים הנוהגים על פיו, אך לא בנוגע לאלו הנוהגים לפי דיני חושן משפט:

דדוקא בתקופה שבה ציבור גדל והולך של שומרי תורה החרדים על דבר ה' מתבסס והולך ומשתית את אורחותיו על חשן המשפט, ויש פריחה גדולה של בתי דין לממונות שחשן המשפט לברו הוא נר לרגליהם, תמוה להניח שכל ההסכמים שבין אדם לחברו נעשים על דעת חוק המדינה. אמנם יש מקום לדון, דכיון דכבר קבע החזון איש שתוקף המנהג בדיני ממונות מושתת על ההנחה דמסתמא נעשים כל ההסכמים וההתקשרויות על דעת המנהג,⁴¹¹ וכבר כתב כן הסמ"ע בסימן קע"ו ס"ק ל"א, מסתבר שבציבור מסוים שאכן משתית את אורחותיו על החק האזרחי בכל דבר אכן החוק נתפס כמנהג, אך בציבור אחר שההלכה לכדה היא נר לרגליו אין החוק נתפס כלל כמנהג מחייב.⁴¹²

409 ראו לעיל ליד ה"ש 181.

410 ת' (אזורי ת"א) 8, 838835/18 (נבו, 24.1.2013). הוא מתבסס על ע' (גדול) 835665/1 (נבו, 16.3.2011) (הרבנים אברהם שרמן, חגי איזירר וציון אלגרבל). הרב אליהו רפאל היישריק כיהן בין השנים 1995-2020 כדיין בבתי הדין הרבניים האזוריים בבאר שבע ובתל אביב ובבית הדין הרבני הגדול.

411 הרב וייס מציינ בהמשך לחזון איש, בבא בתרא, לעיל ה"ש 244, וראו מקורות נוספים בחזון איש שצוינו בה"ש הנ"ל.

412 וייס "היש תוקף", לעיל ה"ש 100, בעמ' 172. לדיון בדבריו ראו קליינמן "באיזו מידה", לעיל ה"ש 38, בעמ' 392-393.

הרב וייס מציין לדברי שני אחרונים שפסקו כי אנשים מתקשרים בעסקאות בהתאם לחוקי המדינה,⁴¹³ אך דוחה את דבריהם. אולם, מהמשך דבריו מתברר כי קביעתו הנזכרת אינה מושתתת רק על נימוק עובדתי: כוונת הצדדים לעסקה, אלא בעיקר על נימוק ערכי: מדיניות הלכתית, שאותה הוא מבסס כמו דיינים אחרים על תשובת הרשב"א (ו, רנד). כלומר, גם אם נהוג להתקשר בכל נושא לפי החוק, כדברי האחרונים הנ"ל, אסור לפסוק לפי מנהג זה, שכן בכך מחליפים את דין תורה בחוק זר, ו"עדיין עומדים דברי הרשב"א כמתרור אזהרה שאסור לנו לעזוב באר מים חיים ולחצוב תחתיו בורות נשברים".⁴¹⁴ בדרך הנמקתו הכפולה דומה הרב וייס לדיינים שנזכרו בסעיף הקודם, אשר שללו לחלוטין את תוקף הפסיקה האזרחית כ"מנהג", ונימקו זאת הן בנימוק עובדתי והן בנימוק ערכי.⁴¹⁵ עם זאת, עיון בכלל פסיקותיו של הרב וייס יביאנו למסקנה, כי יש לסייג את דבריו הנחרצים שלעיל. אכן, הוא אינו מוכן לתת תוקף לכל חוק ופסיקה אזרחית כתחליף לדין תורה. אולם, במקרים פרטניים רבים הוא מעניק תוקף לחוקים ולפסיקות של בתי משפט מכוח "דינא דמלכותא" או מכוח "מנהג", ואינו מסייג זאת רק לצבור ה"משנית את אורחותיו על החק האזרחי בכל דבר". גם את קביעתו שלעיל, שלפיה פסיקת בית המשפט העליון תקפה כ"דינא דמלכותא" כמו החוק עצמו, הוא אינו מסייג רק לאנשים הנוהגים להתדיין בבתי משפט.⁴¹⁶

נציין כמה דוגמאות לפסיקות שבהן העניק הרב וייס תוקף לחוקים ולפסיקות של בית המשפט העליון: יש תוקף קוגנטי לחוק הגנת הצרכן, לחוק הגנת הדייר ולחוקי המגן בדיני עבודה;⁴¹⁷ יש תוקף לחוקי פשיטת רגל;⁴¹⁸ יש תוקף לחוק בעניינים מסחריים ובענייני בתים משותפים;⁴¹⁹ יש תוקף לפטנט ולזכויות יוצרים;⁴²⁰ יש תוקף לחוקי הבנייה

413 ר' אריה ליב (מהרא"ל) צינץ (פולין, 1768-1833), מקצוע בתורה על הלכות הלוואה, סימן עג, כג; ר' יהודה ליב גרויברט (פולין-טורונטו, 1861-1937), שו"ת חבלים בנעימים, חלק ה, סימן לד (קבלת צדקה מאישה ללא ידיעת בעלה): "אך נראה במדינה זו וקנדה, שעל פי דין הממשלה יש לאשה חלק שוה ברכוש הבעל, וכל מי שחותם שטר נשואין הרי יודע זאת ועל זה הוא חותם ברצונו [...] ואין זה ענין לדינא דמלכותא [שיש דעות שאינו מועיל כשנוגד דין תורה] [...] דהכא שאני [=כי כאן שונה] שכן המנהג והכל נוהגים כן וכחה ככחו".

414 וייס "היש תוקף", לעיל ה"ש 100, בעמ' 172-173, על סמך שו"ת הרשב"א (ו, רנד), לעיל ה"ש 36.

415 הרבנים שטרנבוך, גרוסמן ושאנן, ראו לעיל ליד ה"ש 376, 385, 392-398.

416 ראו לעיל ליד ה"ש 98, 120.

417 שו"ת מנחת אשר, חלק ב, סימן קכד, תכד.

418 שו"ת מנחת אשר, חלק ב, סימן קכה. עם זאת, הוא מסייג את תוקף פשיטת רגל רק להלוואה עסקית ולא להלוואת גמ"ח. לדיון בתשובה זו ראו קליינמן "מנהג גרוע", לעיל ה"ש 226, בעמ' 714-717; קליינמן "תקנת בני המדינה", לעיל ה"ש 129.

419 וייס "היש תוקף", לעיל ה"ש 100.

420 אשר וייס "התוקף ההלכתי של פטנט רשום" קובץ דרכי הוראה ד, ק-קא (התשס"ו).

ולפסיקות בית המשפט העליון בעניינם.⁴²¹ ובאופן עקרוני, הרב וייס פוסק כדעת הרמ"א כי יש תוקף מכוח "דינא דמלכותא" לכל חוק שיש בו "תקנת בני המדינה".⁴²² בדבריו הרב וייס אפשר להבחין אפוא בנימות שונות בנוגע לקבלת הדין האזרחי, אשר במבט ראשון אינן מתיישבות זו עם זו. בדבריו על אודות אימוץ חוקים מכוח "מנהג" הוא מצמצם את תוקף החוק האזרחי רק לאנשים הנוהגים על פיו ולא לאלו הנוהגים לפי דין תורה. מנגד, במקורות רבים אחרים, שהוזכרו בפסקה הקודמת, הוא מאמץ חוקים ופסיקה אזרחית ללא סייג. נראה לנו כי הרב וייס מנסה לאזן בין שתי מגמות שונות. המגמה האחת היא פתיחות לעולם המודרני הכלכלי-מסחרי והמשפטי ונכונות לאמץ במקרים רבים את החוק והפסיקה האזרחית. זאת, מתוך תפיסתו כי במציאות שהתחדשה בימינו, השונה מאוד מן המצב בעבר שעליו דיברו הפוסקים, הכרחי לאמץ בתחומים רבים את הדין האזרחי.⁴²³ לעומת זאת, המגמה השנייה של הרב וייס, בדומה לפוסקים ולדיינים האחרים, היא שלא להביא לביטול דיני חושן משפט והחלפתם במשפט האזרחי. בדרך פסיקתו מנסה הרב וייס ליישב בין המגמות הסותרות שתוארו לעיל, ולמצוא את הדרך לשלבן.

לאור כל האמור נראה כי זו היא ככל הנראה שיטתו של הרב וייס: אין תוקף לכל חוק ולכל פסיקה של בית המשפט העליון, כי בכך ייבטל דין תורה.⁴²⁴ אולם, יש לתת תוקף לחוקים הנחשבים ראויים, היינו "לתקנת בני המדינה", ואשר אינם מנוגדים לצדק ולמוסר תורניים.⁴²⁵ מסתבר כי באותם תנאים שהוא מקבל את החוק, מעניק הרב וייס תוקף גם לפסיקות של בית המשפט העליון, אשר דינם לדעתו כמו החוק. ההחלטה בעניין זה, כפי שהוא אומר במקום אחר בנוגע לתוקף חוקים, מסורה לשיקול דעת הדיין בנוגע לכל חוק ולכל פסיקה אזרחית.⁴²⁶ מדובר אפוא באימוץ נקודתי בלבד של הדין האזרחי, הן חוק והן פסיקה אזרחית, ולא באימוץ גורף.

421 ראו קליינמן "יחס הדיינים", לעיל ה"ש 100.

422 שו"ת מנחת אשר, חלק ב, סימן קכד, ד"ה "הנה"; שם, סימן קכה. הרמ"א צוטט לעיל ליד ה"ש 129.

423 ראו דבריו הבאים: "אמת נכון הדבר שבתחומים מסוימים אכן ראוי ונכון להניח שהמנהג הוא בהתאם לחוק האזרחי [...], אך לדעתי אין זה אלא בעניינים ובסוגיות שיש בהם שני תנאים. א. במה שכל עיקרו התחייבות שבין אדם לחבירו, וכיון שכל עיקר ענין זה בכונת האדם והתחייבותו תלוי, יש להניח שהתחייב על סמך המנהג והחוק. ב. במה שתלוי בדפוסי החיים המשתנים באופן יסודי מזמן לזמן. דהלא יש תחומים רבים שבהם שונים חיינו בתכלית מחיי אבותינו ובתחומים אלה אין מנוס מלתת את הדעת בהלכה לשינויים הכרחיים המשליכים גם על הפסיקה ההלכתית" (רייס "היש תוקף", לעיל ה"ש 100, בעמ' 171). דבריו אלו נאמרו בנוגע לאימוץ חוק ולא בנוגע לאימוץ פסיקה אזרחית.

424 השוו לאמור לעיל ליד ה"ש 100 ובה"ש הנ"ל.

425 ראו לעיל ה"ש 154.

426 כך אמר לי הרב וייס בשיחה: "הקביעה האם חוק מסוים ייחשב כנוגד ערכי מוסר וצדק תורניים" מסורה לשיקול דעתו של הדיין בכל עניין לגופו, ואי אפשר לקבוע בזה כללים

ראוי לציין, כי הבחנה דומה לזו שנקטו הרבנים לביא ואשר וייס הציע כבר אליאב שוחטמן במאמרו בנוגע לתוקף חוקי המדינה. משו"ת הרשב"א (ו, רנד), שעליו מתבסס לעיל הרב וייס, הוא מסיק כי כאשר עולה מהנסיבות שהצדדים התכוונו להחיל על העסקה את החוק, יחול החוק מכוח "הסכמה מכללא"⁴²⁷. אולם, לדבריו יש להבחין בין אנשים שונים בהתאם לשאלת מחויבותם לדין תורה. כאשר שני הצדדים או אפילו אחד מהם אינו שומר תורה ומצוות, ודאי שהם מקבלים עליהם את דין המדינה כמחייב, כי גם אם צד אחד מעוניין בדין תורה אין הוא יכול לכפות זאת על חברו. אולם "כאשר מדובר בשני יהודים הרואים עצמם מחויבים לדין תורה, ספק אם ניתן לייחס להם הסכמה מכללא לקבל עליהם את חוק המדינה, אלא אם כן מדובר בחוק שבפועל נוהגים לפיו [...] הידוע לכל", שלגביו ניתן לומר כי מן הסתם קיבלוהו הצדדים עליהם.⁴²⁸

3. פסיקת בתי המשפט אינה יציבה

הרב אברהם שרמן קובע, כאמור לעיל, כי הלכת השיתוף אינה תקפה מכוח "דינא דמלכותא"⁴²⁹. אולם, לדעתו היא אינה תקפה אפילו מכוח "מנהג" ו"אומדנא", משני נימוקים. האחד, שבו יעסוק הסעיף הבא, הוא ערכי: במקום שבו נוהגים בכל עניין לפי דיני גויים, כמו במדינת ישראל, אין תוקף לחוק ולפסיקה אזרחיים, אפילו לא מכוח "מנהג", כי בכך עוקרים דין תורה.⁴³⁰

לעומת זאת, נימוקו השני של הרב שרמן הוא עובדתי וענייני בחוסר יציבותה של הלכת השיתוף לדעתו. הפוסקים קבעו, כי הכלל "דינא דמלכותא דינא" נאמר רק בנוגע ל"דינים ידועים ומפורסמים לכל בלי פקפוק כלל", ולא על "דינים שמשתנים לפי דעת השופט [...] וכל אחד פוסק בהם לפי אומד דעתו"⁴³¹. אולם, טוען הרב שרמן, הלכת השיתוף בשל טעמיה ודרך יישומה אינה הלכה יציבה ואחידה ("אינה שווה לכל"), כי היא תלויה בנסיבות המקרה ובהשקפת עולמם של בני הזוג, ולכן אינה תקפה כ"דינא דמלכותא". מאותה סיבה היא אינה תקפה לדעתו גם מכוח "מנהג" ואומדנא. שכן,

- ברורים מראש". דבריו הובאו אצל קליינמן "באיזו מידה", לעיל ה"ש 38, בעמ' 392.
- 427 שוחטמן "הכרת ההלכה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 457.
- 428 שם, בעמ' 459. הוא מבחין בין חוק בתים משותפים (ראו לעיל ה"ש 368), שהוא נפוץ מאוד, לבין חוק החוזים, שפרטיו אינם מוכרים.
- 429 משני נימוקים: היא מבוססת על השקפה המנוגדת לתורה; היא נוגעת רק ליחידים ולא לכלל. ראו לעיל ליד ה"ש 148-150.
- 430 ראו להלן ליד ה"ש 462 ובה"ש הנ"ל.
- 431 שרמן "הלכת השיתוף" (א), לעיל ה"ש 111, בעמ' 38-40, על סמך תשובות שבות יעקב ומריארי"ז ענזיל (צוינו לעיל, ה"ש 62, 64) ושו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן מא.

מנהג תקף רק "כאשר הוא ברור ופשוט לכל" "בלי פקפוק כלל", כי רק אז אנו אומרים שהצדדים התקשרו ביניהם על דעת מנהג זה.⁴³²

לדברי הרב שרמן, הלכת השיתוף היא "דוגמא מובהקת של חקיקה פשוטית שאינה שווה לכל", משני נימוקים. האחד, היות שהחזקה שבני הזוג התכוונו לשיתוף ברכושם תלויה בהוכחה, הנקבעת לפי שיקול דעת השופט, כי חיו לאורך זמן בהרמוניה ו"שלוש בית", ומושג זה אינו חד-משמעי. והשני, מכיוון שיסוד חזקת השיתוף באידיאלוגיה של שוויון בין המינים, על השופט להתחקות לצורך הכרעתו אחרי השקפת עולמם של בני הזוג בקשר לצדק חברתי ולשוויון.⁴³³ דבריו קשים בעינינו. ראשית, הלכת השיתוף היא הלכה יציבה, אך מטבע הדברים יישומה תלוי בנסיבות המקרה. ושנית, ברור כי לשם יישומה השופט אינו צריך לבדוק את השקפת עולמם האישית של בני הזוג שלפניו.

הרב שלמה דיכובסקי חולק על הרב שרמן וסובר כי הלכת השיתוף תקפה מכוח "מנהג" ו"אומדנא", שכן כאמור לאחר בג"ץ בבלי בני הזוג נישאים על דעת הלכת השיתוף.⁴³⁴ מעניין לציין, כי גם הוא קובע כי הפסיקה בעניין "הלכת השיתוף" אינה יציבה. ועם זאת, קביעה זו שימשה עברו רק כנימוק לכך שאין להלכת השיתוף תוקף כ"דינא דמלכותא",⁴³⁵ אך כאמור היא לא הפריעה לו לקבוע כי יש לה תוקף כ"מנהג" וכ"אומדנא". יש להקשות אפוא על דבריו, אם מדובר בהלכה שאינה יציבה, לא צריך להיות לה תוקף גם מכוח "מנהג", שכן כאשר מנהג אינו יציב וברור אין הנחה כי אנשים נוהגים על פיו.⁴³⁶

גם הרב מיכאל עמוס דוחה את תוקף הלכת השיתוף הספציפי,⁴³⁷ אפילו מכוח "מנהג", בנימוק של היעדר יציבות. אולם, בעוד הרב שרמן תולה כאמור את חוסר היציבות של הלכת השיתוף בכך שהיא תלויה בנסיבות המקרה, הרב עמוס טוען כי הפסיקה האזרחית הנידונה, כל עוד אינה מעוגנת בחוק, אינה יציבה דיה כדי להיחשב "מנהג" תקף: "הפסיקה דברב כוונת שיתוף [ספציפי בנכס] היא פסיקה המתגבשת והולכת, וכל עוד לא נחקק חוק ודאי שאין לומר עליה 'מנהג מדינה'".⁴³⁸

הרב שרמן דוחה אפוא את הלכת השיתוף, בין היתר, בשל חוסר יציבותה. אולם, בשלושה מקורות מאוחרים יותר הוא משתמש בנימוק של חוסר היציבות כדי לקבוע כי אין תוקף לכל פסיקות בתי המשפט ולא רק להלכת השיתוף. במאמר משנת תשס"א

432 בלשונו: "אנן סהדי' שעשה על דעת המנהג". שרמן "הלכת השיתוף" (א), לעיל ה"ש 111, בעמ' 38-40.

433 שם, בעמ' 38.

434 ראו לעיל, ליד ה"ש 249-251.

435 ראו לעיל ליד ה"ש 166.

436 ראו לעיל ליד ה"ש 214-215.

437 על הלכת השיתוף הספציפי ועמדת הרב עמוס כלפיה ראו עוד להלן ליד ה"ש 487-494.

438 ע' 1073676/1, לעיל ה"ש 114, בעמ' 8.

הוא קובע כי לפסיקת בתי המשפט, ובכלל זה פסיקת בית המשפט העליון, אין תוקף מכוח "דינא דמלכותא" משום שהיא משתנה ואינה יציבה.⁴³⁹

גם בפסק דין שנתן הרב שרמן בבית הדין הגדול בשנת תשס"ד לערך נוקט הרב שרמן בגישתו המאוחרת, שלפיה לפסיקת בתי המשפט, כולל בית המשפט העליון, אין תוקף אפילו כ"מנהג" בשל חוסר יציבותה.⁴⁴⁰ אבי המערער היה דייר מוגן בחנות שבבעלות הקדש מסוים. המערער פנה למנהל ההקדש בבקשה לממש את זכותו מכוח חוק הגנת הדייר כבן ממשיך ולהעביר את זכותו בנכס לדייר אחר, אולם הלה דחה את בקשתו.

בית הדין האזורי משתית את פסקו על כך, שהמשך החזקת המערער בחנות היה רק למראית עין, כדי שלא לאבד את זכותו בנכס.⁴⁴¹ לדברי בית הדין, היות שחוק הגנת הדייר תקף מכוח "דינא דמלכותא" או "מנהג", יש לדון בזכויות מכוחו "על פי החוק האזרחי על כלליו". לכן, הבן שהחזיק בנכס למראית עין בלבד, איבד את זכותו כדייר מוגן בנכס. שכן, זו "נטישה" של הנכס, ולפי "המשפט האזרחי" דייר מוגן שמפסיק את שימושו בנכס מאבד את זכותו ועליו להשיבו לבעליו.

הרב שרמן חולק על פסיקת בית הדין האזורי. הוא מצטט מספר העוסק בחוק הגנת הדייר, כי הקביעה ש"נטישה" מהווה עילה לאובדן זכאותו של דייר מוגן בנכס אינה כתובה במפורש בחוק הגנת הדייר, וכי למרות זאת בתי המשפט מחייבים בפניו דייר שנשט את המושכר. בלשונו, זו "חקיקה שיפוטית שתלויה בשיקול דעת השופט ובנסיבות המסוימות". לדברי הרב שרמן, לפסיקה זו של בתי המשפט אין תוקף של "מנהג המדינה", שכן לחוק יש תוקף של "מנהג" רק כאשר החוק "ברור ומפורסם בציבור ותוקפו פשוט ללא כל ספקות". מכיוון שההכרעה אם הייתה נטישה אינה ברורה אלא תלויה ב"פרשנות המשפטית" ובשאלות "עובדתיות" – "אין כל ודאות שפסיקת כל בתי המשפט תהיה אחת", ולכן אין עילת הנטישה יכולה לחייב כ"מנהג" שקיבלו הצדדים עליהם. שכן, "כאשר יש ספקות בפרוש החוק או ספק במציאות" יש לפסוק לפי דין תורה ולא לפי החוק.⁴⁴²

439 אברהם ח' שרמן "תוקפו של היתר העיסקא בבנקים" תחומין כא 223, 228–229 (התשס"א). גם כאן הוא מסתמך על תשובות שבות יעקב ומהרי"א עניל, השוו לעיל ה"ש 431. דיונו קצר והוא אינו מתייחס לשאלת תוקף הפסיקה האזרחית כ"מנהג".

440 אברהם שרמן "פסק דין ב" צהר חלק טו, תכ (הרב אליקים דבורקס עורך התשס"ה) (ניתן בשנת תשס"ד או תשס"ה).

441 שם, בעמ' תכא. פסיקת בית הדין האזורי הובאה בתוך פסק דינו של הרב שרמן, והוא מכנה אותו "בית הדין להקדשות". מדובר ככל הנראה בהרכבים העוסקים בהקדשות בבתי הדין הרבניים הממלכתיים האזוריים בתל אביב ובירושלים. בית הדין האזורי מנמק את פסקו גם בנימוקים נוספים שאינם מענייניו.

442 שם, בעמ' תכב-תכג. את המשפט האחרון הוא מבסס על פסק דין של בית הדין הרבני הגדול שלא פורסם.

יש להשיג על הנמקה זו. העובדה שכתתי משפט מגיעים לתוצאות שונות אינה מעידה כי לפנינו תקדים שאינו "ברור" ו"פשוט", שכן התוצאה בפסקי דין נקבעת תמיד על סמך פרשנות הדין ויישומו על העובדות, המשתנות ממקרה למקרה. במקרה שיש ספק אם החוק חל, בין לפי ההלכה ובין לפי הדין האזרחי חובת הראיה על התובע ("המוציא מחברו עליו הראיה"), אולם אין זה הופך את התקדים לבלתי ברור. הרושם הוא כי הרב שרמן אינו מעוניין מטעמים עקרוניים לפסוק לפי הדין האזרחי, גם לא מכוח "מנהג", וכי הוא מחפש הצדקה לכך.

גם בשנת תשע"ג שב הרב שרמן וקובע, כי בניגוד לחוקי המדינה, לפסיקת בית המשפט העליון אין תוקף לא מכוח "דינא דמלכותא" ולא מכוח "מנהג", משום שחוק הוא דבר יציב ואילו הפסיקה עשויה להשתנות משופט לשופט.⁴⁴³ אם היה אולי מקום לחשוב כי דבריו בפסק דינו הקודם מצטמצמים לעילת ה"נטישה" בשל אי-בהירות מיוחדת בנוגע אליה, כאן ברור כי מדובר בגישה עקרונית בנוגע לכלל הפסיקה האזרחית. הרב שרמן שינה אפוא את דעתו מן הקצה אל הקצה: בתחילה סבר כי לפסיקת בית המשפט העליון שנועדה ל"תקנת הציבור", כל עוד אינה מושתתת על השקפה מנוגדת לתורה – יש תוקף הן מכוח "דינא דמלכותא" והן מכוח "מנהג", וזו הייתה עמדתו בפסק דינו משנת תשנ"ז ובשני מאמריו ב"תחומין" משנת תשנ"ח.⁴⁴⁴ לעומת זאת, בעמדתו המאוחרת (בין השנים תשס"א-תשע"ג) הוא קבע כי לפסיקת בית המשפט העליון אין תוקף כלל, אפילו לא כ"מנהג", בשל חוסר יציבותה.

כפי שראינו בדבריו הנוגעים לחוק המבוסס על "השקפה המנוגדת לתורה",⁴⁴⁵ דומה כי גם כאן קביעתו של הרב שרמן נובעת מעמדה ערכית כלפי פסיקת בית המשפט העליון ואינה מעוגנת בנתונים העובדתיים. שכן, מצד אחד החוק אינו תמיד יציב, ויש תחומים שבהם הוא משתנה הרבה יותר מן הפסיקה. ומצד שני, פסיקת בית המשפט העליון אינה משתנה באופן תדיר.

נראה לנו כי השינוי הנזכר בפסיקתו של הרב שרמן הוא חלק משינוי בעמדתו העקרונית כלפי החוק והפסיקה האזרחית. במקום אחר טענו, כי עמדתו של הרב שרמן כלפי הדין האזרחי הייתה בתחילה מקבלת יותר, אולם בעשור הראשון של המאה העשרים ואחת ובראשית העשור שאחריו, היא השתנתה והפכה למסויגת מהדין האזרחי. הצבענו שם על שני שינויים בולטים.⁴⁴⁶

השינוי הראשון בפסיקת הרב שרמן בא לידי ביטוי בפסקי דינו בעניין תוקף הקוגנטיות של חוקי המגן. בעוד בפסק דינו משנת תשנ"ז, שנידון לעיל, הוא העניק

443 הרב אברהם שרמן, שיחה עימי מיום י"ח בכסלו תשע"ג, הובאה אצל קליינמן "האם חוקי", לעיל ה"ש 181, בעמ' 92, ה"ש 61.

444 ראו לעיל ליד ה"ש 130, 138-140, 148.

445 ראו לעיל ליד ה"ש 130.

446 ראו קליינמן "מאפייני פסיקות", וקליינמן "סכסוכי עבודה", צוינו לעיל ה"ש 11.

תוקף כ"דינא דמלכותא" לאיסור ההתניה על חוקי המגן שמקורו בפסיקת בית המשפט העליון, בפסק דין שנתן עשור מאוחר יותר הוא חזר בו ופסק להיפך: אין תוקף קוגנטי לאיסור ההתניה, ואם התנו מעסיק ועובד ביניהם כי העובד לא יהא זכאי למלוא זכויותיו לפי החוק – התנאי תקף, אף שהוא מנוגד לחוק ולפסיקה האזרחית.⁴⁴⁷ בשני פסקי הדין דובר על מקרה זהה לחלוטין: גנתת ברשת הגנים של אגודת ישראל, שהוחתמה על ויתור על זכויותיה הסוציאליות, ואשר תבעה לקבל את מלוא זכויותיה. גם בפסק דין נוסף, שנתן שנתיים מאוחר יותר, שב הרב שרמן על עמדתו המאוחרת, שלפיה אין כל תוקף לאיסור ההתניה.⁴⁴⁸

השינוי השני: הרב שרמן התחיל לראות את עצמו כפוף בפסיקותיו כדיין לפסיקות "גדולי הדור" מן הזרם החרדי אשכנזי ליטאי – ובראשם הרב יוסף שלום אלישיב, שאותו ראה כמורו ורבו⁴⁴⁹ – וקבע כי גם כל דייני ישראל כפופים לגדולי הדור הללו.⁴⁵⁰ לאור מחקר זה, ניתן לצרף לשני שינויים אלו שינוי שלישי: השינוי בעמדתו העקרונית של הרב שרמן בנוגע לתוקף ההלכתי של הפסיקה האזרחית בכלל ושל פסיקת בית המשפט העליון בפרט.

הרב נסים בן שמעון דן בשנת תשנ"ו בתביעת אישה, מכוח הלכת השיתוף, לקבל מחצית מהזכויות הסוציאליות שצבר בעלה במשך כל שנות נישואיהם.⁴⁵¹ הוא דוחה את התביעה וקובע, כי לפי ההלכה "יש הבדל מהותי" בין החוק לבין פסיקת בתי המשפט. החוק עשוי להיות תקף מכוח "דינא דמלכותא", בכפוף לסייגים שקבעו פוסקי ההלכה,

447 ע' 1-35-023673478, לעיל ה"ש 172.

448 ע' (גדול) 1/808548 (נבו 16.9.2009). לדיון בפסיקותיו השונות של הרב שרמן בעניין התוקף הקוגנטי של חוקי המגן ראו קליינמן "סכסוכי עבודה", לעיל ה"ש 11.

449 הוא כינה אותו "מורי ורבי". ראו למשל ע' (גדול) 1-64-5489, 11 (נבו 10.2.2008); ע' (גדול) 1-35-9326, 11 (נבו 25.8.2008). ראו גם ריאיון עם הרב שרמן: ב' ראם "ד' אמות של הלכה" מוסף שבת של יתד נאמן 18-20 (דברים התשע"ב). הרב שרמן סיפר לי שכבר בצעירותו, ובכלל זה כשלמד בישיבת מרכז הרב ובעת ששירת כרב צבאי, הוא עמד בקשר רציף עם הרב אלישיב זצ"ל והתייעץ עימו בשאלות שונות.

450 ראו למשל ע' (גדול) 1-21-6122, 22, 25 (נבו 10.5.2009): "הסכמת קהל כלל ישראל לראות בגדולי התורה פוסקי הדור כסמכות העליונה שהוראתם, פסיקתם ותקנותיהם וגזירותיהם מחייבות כל אחד ואחד" וגם את דייני בתי הדין הרבניים; ע' 1/808557 (גדול) הועד הכללי כנסת ישראל נ' בית הרב 11, 14 (נבו 1.11.2011).

451 נסים בן שמעון, משפטי הבשן: פסקים ותשובות, חלק ד, סימן כד, קא-קב. כותרת הסימן: "מעמדן של פסיקות בית המשפט כדינא דמלכותא או מנהג המדינה". הרב בן שמעון כיהן כארבעים שנה (בין השנים תשל"ו-תשע"ה) כדיין וכאב בית דין בבית הדין הרבני האזורי בתל אביב. ספרו מבוסס על פסקי דינו המקוריים, והוא מעיד כי בעת כתיבת הספר לא שינה כלל את נוסחם (ראו בהקדמתו לחלק א של החיבור, שם, בעמ' יא, טז). פסק הדין אינו נושא תאריך, אולם מצוין בו כי הדיון הקודם, שבו הוסמך בית הדין לפסוק בתביעה זו לפי דין תורה, התקיים ביום ו' באדר תשנ"ו.

ובענייני ממון הוא גם עשוי "להפוך ברבות הימים ל'מנהג המדינה'". לעומת זאת, פסיקות של בתי המשפט אינן נחשבות לפי דעת הפוסקים ל"דינא דמלכותא", ורק אם יאומצו על ידי המחוקק ויחוקקו כחוק ייחשבו ככאלה.⁴⁵²

מדברי הרב בן שמעון משתמע כי פסיקת בתי המשפט אינה תקפה כלל, גם לא כ"מנהג". כך הוא גם קובע במפורש בתת-הכותרת של הסימן.⁴⁵³ עם זאת, בגוף פסק הדין הוא שולל את תוקף פסיקות בתי המשפט, ובכללם הלכת השיתוף, מכוח "דינא דמלכותא דינא" בלבד, ואינו מתייחס במפורש לשאלת תוקפן האפשרי מכוח "מנהג".⁴⁵⁴

הרב בן שמעון מוסיף כי חוק יחסי ממון עצמו מעיד על ההבדל שבין זכויות המוקנות מכוח החוק לבין כאלו המוקנות מכוח פסיקת בית המשפט. לטענתו, חוק זה לא חידש דבר בנוגע לזכויות בני הזוג. הגבלת תחולתו לזוגות שנישאו אחרי מועד כניסתו לתוקף (1.1.1974)⁴⁵⁵ מעידה, כי חברי הכנסת לא רצו לתת תוקף לחזקת השיתוף שהייתה קיימת עוד לפני חקיקתו, ומכאן שהיא אינה "ברורה וחד משמעית".⁴⁵⁶ לדבריו, גם מסיבה זו יש לדחות את הטענה כי חזקת השיתוף תקפה כ"דינא דמלכותא".⁴⁵⁷ העובדה שחזקת השיתוף אינה ברורה ויציבה הביאה כאמור את הרב שרמן לקבוע, כי אין לה תוקף לא כ"דינא דמלכותא" ולא כ"מנהג".⁴⁵⁸ אף שהדבר אינו נאמר במפורש, נראה כי גם הרב בן שמעון התכוון לשלול את תוקפה של הלכת השיתוף אפילו מכוח "מנהג", וכי כך הוא הבין גם את תשובת הרשב"א (ג, קט) שעליה התבסס.

4. מנהג המאמץ ככל דבר את החוק ואת פסיקות בתי המשפט עוקר דין תורה

הרב שרמן פוסק, כנזכר לעיל, כי הלכת השיתוף אינה תקפה כ"דינא דמלכותא".⁴⁵⁹ אולם, לדעתו, היא אינה תקפה אפילו מכוח "מנהג", משני נימוקים. הנימוק הראשון, שנידון בסעיף הקודם, עובדתי ונעוץ בחוסר יציבותה לדעתו.⁴⁶⁰ לעומתו, הנימוק השני,

452 הוא מתבסס על: תשובת הרשב"א (ג, קט), בית יוסף ודרכי משה שציטטוה, והסמ"ע, צוינו לעיל ה"ש 29, 30, 59, 61. הוא מפנה גם לכל הפוסקים הדנים בכך שצוינו באנציקלופדיה תלמודית, ערך "דינא דמלכותא דינא", פרק ב.

453 "דינים המתבארים. פסיקה של בית המשפט אין בה משום דינא דמלכותא דינא וגם לא משום מנהג המדינה". והשוו לכותרת הסימן, שצוטטה לעיל ה"ש 451.

454 בן שמעון, לעיל ה"ש 451.

455 ס' 14, 19 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973.

456 הכותרת של פסקה זו: "חוק שנוסח לאחר החלטות בית המשפט ולא פוסק כמותן מרע את מצבן".

457 בן שמעון, לעיל ה"ש 451, בעמ' קב.

458 ראו לעיל ליד ה"ש 431-432.

459 משני נימוקים, ראו לעיל ה"ש 429.

460 ראו לעיל ליד ה"ש 431-433.

המושגת על תשובת הרשב"א (ו, רנד) שנידונה לעיל,⁴⁶¹ הוא ערכי. לדברי הרב שרמן, הרשב"א קובע בתוקף – ודבריו התקבלו על ידי "כל הפוסקים" – כי במקום שבו נוהגים ככל נושא על פי דיני הגויים, כמו במדינת ישראל, אין תוקף כלל לחוקים ולפסיקות של בתי המשפט, אפילו לא מכוח "מנהג", כי בכך עוקרים דין תורה.⁴⁶²

פסיקה זו של הרב שרמן, שפורסמה במאמרו ב"תחומין" משנת תשנ"ה, סותרת את פסיקתו במאמר אחר, שפורסם באותו כרך, שלפיה לפסיקה האזרחית בנושא חוקי המגן יש תוקף כ"דינא דמלכותא".⁴⁶³ שהרי, לפי נימוקו השני הנ"ל, במדינה כמו מדינת ישראל אין להעניק כלל תוקף לפסיקה האזרחית.

נראה כי ההסבר לפסיקות הסותרות הללו נעוץ ביחסו השונה של הרב שרמן לנושאים הנידונים. הלכת השיתוף נתפסת על ידו כפסיקה המושתתת על אידיאלוגיה שוויונית המנוגדת להלכה. לכן, הוא אינו מקבל גם את חוק יחסי ממון, ולא רק את הפסיקה האזרחית בעניין חזקת השיתוף. לעומתם, חוקי המגן ואיסור ההתניה עליהם מתאימים לדעתו להלכה, כי הם נועדו לטובת העובדים והציבור כולו, ועל כן נחשבים ל"תקנת בני המדינה" ויש להם תוקף מכוח "דינא דמלכותא".

כדי לבסס הבחנה זו שבין שני התחומים נזקק הרב שרמן בכל אחד ממאמריו, בלי שהוא מעיר על כך, לפרש את תשובת הרשב"א (ו, רנד) שעליה התבסס באופן שונה. במאמרו על חוקי המגן הוא מבאר, כי לדעת הרשב"א דווקא בענייני ירושה של הבעל או של האב אי אפשר לקבל את דיני הגויים כ"דינא דמלכותא" או כ"מנהג", כי הם "לא נקבעו ונחקקו מחמת תועלת בני המדינה".⁴⁶⁴ לעומת זאת, במאמרו על "הלכת השיתוף" הוא כותב כאמור, כי במקום שנוהגים בכל דבר לפי דיני הגויים, שולל הרשב"א את תוקפם של חוקים ופסקי בתי המשפט בכל התחומים, ולא רק בנושאי ירושה.

הרב ח"ש שאנן הולך בדרך דומה לזו של הרב שרמן. כפי שראינו, הוא קובע כי לחוק יחסי ממון ולפסיקת בג"ץ בענייניו אין תוקף אפילו מכוח "מנהג", משלושה נימוקים. הנימוק הראשון, שנידון לעיל, הוא עובדתי,⁴⁶⁵ ואילו הנימוקים האחרים הם ערכיים-עקרוניים. הנימוק השני: מתשובת הרשב"א (ו, רנד) הוא מסיק, כמו הרב שרמן,

461 ראו לעיל ליד ה"ש 36-51, ובמיוחד ליד ה"ש 51.

462 שרמן "הלכת השיתוף" (א), לעיל ה"ש 111, בעמ' 33-34: "בתשובה זו קבע הרשב"א ברורות, שהכללים 'דינא דמלכותא דינא' ו'מנהג מבטל הלכה' בעניינים של ממון אינם נאמרים בכל מצב ובאופן גורף. ולכן, כאשר איש ואישה נישאים במקום שיש חוקים ודינים של גויים, אין אומרים שדעתם להינשא על פי אותם חוקים, וכאילו התנו (ב)מפורש שנושאים על דעת שזכויותיהם הממוניות יתקבענה על פי חוקים אלו"; שרמן "הלכת השיתוף" (ב), לעיל ה"ש 149, בעמ' 210-211. על סמך: שו"ת הרשב"א, לעיל ה"ש 36; רמ"א, לעיל ה"ש 129; סמ"ע, לעיל ה"ש 61.

463 שרמן "עובד ומעביד", לעיל ה"ש 69, בעמ' 239-240. ראו לעיל, ליד ה"ש 140.

464 שרמן "עובד ומעביד", לעיל ה"ש 69, בעמ' 243.

465 ראו לעיל ליד ה"ש 397.

כי יש להבחין בין שני מצבים: אם צדדים התנו להתקשר בעניין מסוים לפי דיני הגויים, וניכר כי עשו זאת כדי להעניק יתרון לאחד מהם ולא כדי להעדיף את הדין הזר – התנאי תקף. לעומת זאת, אם מנהג המקום להתנהל בכל דבר לפי דיני הגויים, גם אם התנו ביניהם במפורש לנהוג לפי דיני הגויים – התנאי אינו תקף לא מכוח "דינא דמלכותא" וגם לא מכוח "מנהג", כי מנהג המקום מעיד שכוונתם "לעקור את התורה כולה".⁴⁶⁶ הנימוק השלישי, שיידון בסעיף הבא, נעוץ בכך שהחוק והפסיקה בנושא זה מבוססים על תפיסת עולם מנוגדת לתורה.⁴⁶⁷

הרב שאנן מפרש אם כן את תשובת הרשב"א כפי שפירשה הרב שרמן בדונו בעניין הלכת השיתוף, ומסיק ממנה את אותה מסקנה. ייתכן שהוא הכיר את דברי הרב שרמן ושאל מהם. ראוי לציין, כי פוסקים ודיינים אחרים פירשו את תשובת הרשב"א הנוכרת גם באופנים אחרים.⁴⁶⁸

5. פסיקת בית המשפט העליון המבוססת על השקפה זרה לתורה אינה תקפה

הרב אברהם שרמן דוחה כאמור את תוקף הלכת השיתוף מכמה נימוקים, והמרכזי שבהם נעוץ בהשקפה שבבסיסה. לשיטתו, אין תוקף כ"דינא דמלכותא" לחוקים המבוססים על "עקרונות [...] הזורים למשפטי תורת ישראל והשקפתה",⁴⁶⁹ ומכיוון שהלכת השיתוף מבוססת לדעתו על "השקפת עולם" מנוגדת לתורה, אין לה תוקף.⁴⁷⁰

466 שאנן, לעיל ה"ש 392, בעמ' פו-פט. כך הוא מבאר את שו"ת הרשב"א (ו, רנד, לעיל ה"ש 36) ואת הש"ך (לעיל ה"ש 186) בשם הלבוש (לעיל ה"ש 52). לדעתו, זו גם כוונת הסמ"ע שהעניק תוקף לתנאי של הצדדים לעסקה להתדיין בבית משפט לפי הדין הזר, אשר נועד להעניק לאחד מהם זכות שלא היה מקבל בבית הדין. ראו סמ"ע, חושן משפט, סימן סא, סעיף יד; שם, סימן כו, סעיף יא (ושם כתב הסמ"ע: "ולא מצאתי מי שחולק על זה").

467 ראו להלן ליד ה"ש 485.

468 על הפרשנויות השונות לשו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן רנד, ועל פסיקת דיינים בעקבותיהן, ראו קליינמן "באיזו מידה", לעיל ה"ש 38; הרב הרוש, לעיל ה"ש 73, בעמ' 54.

469 ראו לעיל, ליד ה"ש 130, 138.

470 הבהרה: דברי הרב שרמן בעמדתו המוקדמת משתייכים לשתי עמדות המיעוט המנוגדות בקרב הדיינים, המתוארות במאמר זה, ולכן הם הוצגו בשני מקומות נפרדים במאמר. מצד אחד, הוא סבור כי לחלק מפסיקות בית המשפט העליון יש תוקף כ"דינא דמלכותא" (הפסיקות שאינן מנוגדות להשקפה תורנית), ועמדתו בעניין זה נידונה לעיל ליד ה"ש 122 ואילך. אולם, מצד שני, לדעתו פסיקה אזרחית המנוגדת להשקפה תורנית אינה תקפה כלל, אפילו לא כ"מנהג", ועמדתו בעניין זה מוצגת כאן, כחלק מעמדת המיעוט של הדיינים השוללים כל תוקף הלכתי מפסיקות בתי המשפט או מחלקן.

הרב שרמן מצטט מבג"ץ בבלי, כי הלכת השיתוף היא "מכשיר משפטי" אשר "מבוסס על השוויון בין המינים".⁴⁷¹ לדבריו, הלכה זו מושתתת על "ההשקפה שאדם זכאי לנכסים ולקניינים מתוך שוויון מעמדי, גם בלא שפעל פעולות שמקובל לראותם כיוצרות או כמעניקות זכויות וקנייני ממון", והשקפה זו מנוגדת ל"משפט התורה". לגישתו, כל התפיסה של המחוקק הישראלי בדבר שוויון זכויות נשים, הבאה לידי ביטוי בחוק שיווי זכויות האישה, מנוגדת לעקרונות תורת ישראל.⁴⁷² ולכן מסקנתו היא כי אין לקבל את הלכת השיתוף, שכן "משפטי התורה אינם מאפשרים זאת".⁴⁷³

הרב אריאל ינאי דן בשאלת תוקף פסיקת בית המשפט העליון, שלפיה יש לחייב במזונות אזרחי ישראל שנישאו בנישואין אזרחיים בחוץ לארץ, מכוח "הסכמה חוזית מכללא".⁴⁷⁴ לשיטתו, אומנם ההלכה אינה מכירה בחיוב זה,⁴⁷⁵ ובניגוד לחוקי המדינה, לפסיקה האזרחית אין תוקף כ"דינא דמלכותא". אולם, פסיקה תקדימית ש"פשטה בכל המדינה" תקפה כ"מנהג". הבסיס לתוקפה ההלכתי אינו "הסכמה חוזית מכללא", אלא "הסכמה מכללא" מכוח "מנהג המדינה", אשר נוצר על ידי הפסיקה האזרחית.⁴⁷⁶ לשון אחר, התוקף של פסיקת בתי המשפט בעניין זה אינו מכוח דיני החוזים האזרחיים-החילוניים אלא מכוח תוקפו ההלכתי של "המנהג". מדובר בהבחנה דקה אך משמעותית. באמצעותה מבקש הרב ינאי להדגיש, כי פסיקתו אינה מבוססת על הדין האזרחי אלא על דין תורה.

הרב ינאי פוסק על סמך הרב שרמן כי לפסיקת בית משפט יש מעמד של "מנהג המדינה", אם מדובר במנהג "שפשט מתוך הסכמה של הציבור" ולא "כהנחלת ערכים מצידו של הבג"ץ באמצעות פסיקה אזרחית". לכן, לדעתו, הלכת השיתוף נחשבת כ"דין ערכאות" ואינה תקפה אפילו מכוח "מנהג".⁴⁷⁷

במה שונה, לדעת הרב ינאי, פסיקת בית המשפט העליון בעניין מזונות בנישואין אזרחיים, שאותה קיבל מכוח "מנהג", מפסיקתו בעניין הלכת השיתוף, שאותה דחה? נראה, כי לדידו, בשונה מהלכת השיתוף, הפסיקה בעניין המזונות אינה מנוגדת להלכה. שכן, לפי גדולי הפוסקים החיוב במזונות בנישואין אזרחיים תלוי בשאלה עובדתית, אם פשט "מנהג המדינה" להכיר בתוקף נישואין אזרחיים, ולא בשאלת המעמד (הסטטוס)

471 עניין בבלי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 229.

472 שרמן "הלכת השיתוף" (א), לעיל ה"ש 111, בעמ' 35. וראו לעיל ליד ה"ש 148.

473 שם, בעמ' 34.

474 רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003).

475 לדבריו, לפי ההלכה אי אפשר ליצור חיוב ממוני ללא הסכם בכתב, ו"אומדן דעת או רצון סובייקטיבי של בני זוג, ככל שיהיה, לעולם לא ייצור חלויות ממוניות כלשהם". ת' 764411/1, לעיל ה"ש 72, בעמ' 50.

476 שם, בעמ' 49-51.

477 שם, בעמ' 16-21, על סמך דברי הרב שרמן שהובאו לעיל ליד ה"ש 148, 472-473.

ההלכתי שיוצרים הנישואין.⁴⁷⁸ משום כך, פסק הדין של בית המשפט העליון הנוכח על ידו ר"ב כ"ג"ץ בני נוח⁴⁷⁹ יצרו "מנהג מדינה" בנוגע לבני זוג הנישואים בנישואין אזרחיים, ומכוח "מנהג" זה אפשר לחייבם במזונות גם לפי ההלכה. אולם, הבחנה זו קשה בעינינו. שכן, ברור כי גם הפסיקה האזרחית הנ"ל בעניין מזונות בנישואין אזרחיים הושתתה על תפיסה ערכית שוויונית בין בני הזוג המנוגדת לדין תורה.⁴⁸⁰ ייתכן שהרב ינאי מאמץ פסיקה זו רק בלית ברירה, בשל פסיקת בג"ץ הכופה זאת על בית הדין הרבני. סיוע לכך אפשר למצוא בדבריו להלן בנוגע לחוק יחסי ממון.

לדעת הרב ינאי, דינו של חוק יחסי ממון שונה מהלכת השיתוף.⁴⁸¹ שכן, זהו מנהג שנוצר מכוח חקיקת נציגי הציבור בכנסת ולא מכוח פסיקת בתי המשפט, ונוהגים על פיו, ולכן הוא תקף כ"מנהג המדינה אשר פשט בכל הציבור".⁴⁸² הוא מוסיף כי קבלת השוויון הממוני שבין בני זוג נשואים מכוח חוק יחסי ממון "משקפת בעצם, הלכה למעשה, את תמונת המצב העובדתית שכבר קיימת בציבור", שכן במשפחות רבות האישה היא שותפה מלאה בנטל הכלכלי.⁴⁸³

גם כאן יש מקום להקשות על דברי הרב ינאי: ראשית, אין כל הכדל בהיקף ה"מנהג" בין חוק יחסי ממון לבין הלכת השיתוף. שנית, חוק יחסי ממון, כמו הלכת השיתוף, גם הוא "הנחלת ערכים" של שוויון בין בני זוג – הזורים לדעתו להשקפת התורה – לא מכוח בג"ץ אלא מכוח המחוקק, ומדוע אפוא הוא מעניק לו תוקף הלכתי? נראה כי הסיבה האמיתית לכך נעוצה בחוסר ברירה. הרב ינאי אינו מסתיר, כי התעלמות בית הדין הרבני מחוק יחסי ממון, אשר הפך בישראל ל"עובדה קיימת ומוגמרת" ואשר בית הדין הרבני מחויב לפסוק על פיו, תגרום לבג"ץ להפקיע את סמכות בית הדין הרבני לדון בענייני

478 כך הוא קובע על סמך המהריב"ל, המהרשד"ם והמב"ט. הוא מבהיר (ת' 764411/1, לעיל ה"ש 72, בעמ' 51), כי ההכרה החוקית במעמד הנישואין האזרחיים נועדה "כאמצעי בלבד לבחינת היקפו של 'מנהג המדינה' [...] שיוצר את הזכויות".

479 רע"א 8256/99, לעיל ה"ש 474; בג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו (נבו 21.11.2006) ("בג"ץ בני נוח").

480 ראו דברי הנשיא ברק ברע"א 8256/99, לעיל ה"ש 474, בפס' 17: "אין כל דבר בהסכם באשר לנישואין אזרחיים מחוץ לישראל אשר נכרת בין שני ישראלים, תושבי המדינה ואזרחיה, כדי לפגוע בערכים אלה [של שיטת המשפט הישראלית]...]. נהפוך הוא: הגשתו בתום-לב של הסכם זה מקדמת את ערכי השוויון, הצדק, היושר וההגינות בין בני-זוג".

481 ת' 764411/1, לעיל ה"ש 72, בעמ' 34-37.

482 כנזכר לעיל (ליד ה"ש 400), בבתי הדין הרבניים נהוג שבני הזוג יסכימו ב"קבלת קניין" כי בית הדין יפסוק לפי הדין האזרחי. בניגוד לנוהג זה, הרב רוזנטל, דיין בבית הדין הרבני בפתח תקווה, סובר כי אסור לדון לפי חוק יחסי ממון אפילו אם קיבלו קניין. ראו אליהו ד' רוזנטל "בית הדין וחוק יחסי ממון" כנס הדיינים – התשס"ח 42 (2009). הרב ינאי (ת' 764411/1, לעיל ה"ש 72, בעמ' 34) מזכיר את שיטתו, אולם לדעתו חוק יחסי ממון תקף כ"מנהג" גם בלא קבלת קניין.

483 הרב ינאי, שם, בעמ' 36.

רכוש⁴⁸⁴ לעומת זאת, סירובו לפסוק לפי הלכת השיתוף אינו מעורר ככל הנראה חשש דומה, שכן בעת נתנית פסק דין זה (שנת 2010) היו רק מעט זוגות יחסית שנישאו לפני 1.1.1974, ואשר משום כך חלה עליהם הלכת השיתוף. סירובו של הרב ינאי משקף את הרתיעה המסורתית של רבים מדייני בתי הדין הרבניים בישראל מקבלת הלכת השיתוף. בניגוד לרב ינאי, הרב ח"ש שאנן מסרב להעניק תוקף לחוק יחסי ממון ולפסיקת בג"ץ בעניינו, אפילו מכוח "מנהג", בין היתר משום שהם מושתתים לדעתו על השקפה מנוגדת לתורה. לדבריו, ל"מנסחי החוק ולשופטי בג"ץ" הייתה "כוונה פמיניסטית" להשוות בין איש לאישה. הם לא התכוונו ל"תקנת וטובה בני המדינה" אלא "לעקור דיני תורת ישראל" ולהמירה בדיני גויים, כפי שמוכח גם מחוקים ופסקי דין אזרחיים בנושאים אחרים.⁴⁸⁵ לכן, אף שאנשים בישראל נישאים על דעת החוק והפסיקה האזרחית, אין להעניק לדין האזרחי בעניין זה תוקף, אפילו לא מכוח "מנהג".⁴⁸⁶

6. פסיקת בית המשפט העליון תקפה רק אם הוכח כי הצדדים התכוונו להתקשר על פיה

שני דיינים קובעים כי על הדיין לפסוק לפי פסקי הדין של בתי המשפט רק אם ברור לו כי הצדדים התקשרו על דעת פסיקות אלו. לשיטתם, אין תוקף לפסיקה האזרחית אפילו לא מכוח "מנהג" או אומדנא שאנשים מתקשרים על פיה, אלא רק מכוח גילוי דעת ברור של הצדדים לפעול בהתאם לפסיקה זו, כלומר מכוח הסכמתם.

חוק יחסי ממון קובע כי לבני זוג יש זכויות שוות בנכסים שנצברו במהלך חי הנישואין.⁴⁸⁷ ההסדר שמאמץ החוק הוא הסדר של איזון משאבים, המושתת על זכות אובליגטורית דחויה של כל אחד מבני הזוג. היינו, בזמן הגירושי או תקופה מסוימת לאחר שנוצר קרע בין בני הזוג, מתגבשת זכותו של כל אחד מהם למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג, ובכלל זה רכוש, זכויות פנסיה ועוד.⁴⁸⁸ מדיניות זו נוגדת את העמדה

484 שם, בעמ' 35. אומנם, הרב ינאי אינו מקבל את עמדת הרב דיכובסקי בנוגע להלכת השיתוף (דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 4). עם זאת, הוא מזכיר את דבריו, כי הימנעות בית הדין הרבני מלפסוק לפי הלכת השיתוף תביא להפקעת ענייני הממון והרכוש מסמכותו, אך כאמור בגוף הטקסט, הוא מיישם אותם רק בנוגע לחוק יחסי ממון ולא, כפי שעשה הרב דיכובסקי, בנוגע להלכת השיתוף. דברים דומים כותב גם הרב שאנן, לעיל ליד ה"ש 393.

485 שאנן, לעיל ה"ש 392, בעמ' פט. וראו שם דבריו החריפים על החוק ועל פסיקת בג"ץ.

486 הוא מבסס קביעה זו גם על שני נימוקים נוספים, ראו לעיל ליד ה"ש 397, 466.

487 ס' 5 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973.

488 שם. על ההבחנה בין זכות קניינית לזכות אובליגטורית דחויה, שאותה נוקט חוק יחסי ממון, ראו בפסק דין יעקובי-קנובלר: ע"א 1915/91 יעקובי נגד יעקובי, מט (3) 529 (1995).

ההלכתית המסורתית, הנוטה להעניק משקל לרישום הפורמלי בנכסים, אינה מכירה בזכות המשותפת בפנסיה וברכוש נצבר אחר, ועוד.⁴⁸⁹

לפי חוק יחסי ממון, איזון המשאבים אינו חל על "נכסים שהיו להם [=לכני הזוג] ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין".⁴⁹⁰ עם זאת, הפסיקה האזרחית קבעה בשורת פסקי דין כי אף שאיזון המשאבים אינו חל, חזקת השיתוף עשויה לחול. ההיגיון בכך הוא כי במקרים שבהם ניכר מהתנהגות הצדדים כי הם התכוונו להשתתף גם בנכסים אלו – המכונים "נכסים חיצוניים" – אזי תחול חזקת השיתוף, ולכן הזוג השני תהיה זכאית במחצית מהזכויות בנכס. נסיבות כאלו מתקיימות כאשר אף שהזכות הקניינית בנכס היא של בן זוג אחד בלבד, בן הזוג השני השקיע "דבר מה נוסף" משמעותי בנכס, למשל שיפץ אותו באופן יסודי. השקעה זו מעידה על "כוונת שיתוף" מצד בן הזוג שהנכס רשום על שמו ומשקפת את רצון הצדדים בשיתוף, והיא מכונה "הלכת השיתוף הספציפי".⁴⁹¹

הרב מיכאל עמוס דוחה את הטענה כי יש לקבל את הלכת השיתוף הספציפי מכוח "מנהג המדינה". הוא פוסק, בין היתר בעקבות הש"ך והגר"א, כי כאשר באים לחייב אדם בממון על פי המנהג, צריך לוודא כי המנהג "יודע לכל", גם לאותו אדם שבאים לחייבו מכוח המנהג.⁴⁹² מכאן הוא לומד, כי אפשר לחייב בעל על פי הלכת השיתוף הספציפי מכוח "מנהג", רק אם הוא "יודע" על מנהג זה.⁴⁹³

ברם, הרב עמוס מגיע למסקנה מרחיקת לכת עוד יותר מן הש"ך והגר"א. לדבריו, לא די בידיעה של בן הזוג שהנכס רשום על שמו על הלכת השיתוף הספציפי, וניתן לחייבו מכוחה "רק אם הוכח וברור" כי הייתה מצידו "כוונת שיתוף" של בן זוג בנכס ה"חיצוני": "צריך להוכיח כי ודאי שכוונת בעל הנכס הרשום על שמו הייתה כי יהיה שיתוף בנכס זה, אף שהוא רשום על שמו בלבד". אולם, כל עוד יש ספק בדבר, אי אפשר להוציא ממנו ממון.⁴⁹⁴ ברור כי הרב עמוס מתכוון לצמצם ככל האפשר את תחולת הלכת השיתוף הספציפי, כדי שבית הדין יוכל לפסוק לפי דין תורה, אשר אינו מכיר בהלכה זו. גם הרב יהושע לוי, העומד כיום בראש בית דין ירושלים לממונות, סובר כי חוקים ופסיקות של בתי משפט תקפים מכוח "מנהג" ואומדנא רק אם ברור כי הצדדים התקשרו

489 על כוחו של הרישום בטאבו להכריע בשאלת בעלות בני הזוג בנכסי מקרקעין לפי ההלכה בפסיקת בתי הדין בימינו ראו קליינמן דרכי קניין, לעיל ה"ש 211, בעמ' 239-241.

490 ס' 5(א)1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973.

491 ראו שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי 171-200 (2016). על יחס בית הדין הרבני להלכה זו ראו גם קליינמן ווסטרייך "דין או צדק?", לעיל ה"ש 154, בעמ' 420-426.

492 ע' 1073676/1, לעיל ה"ש 114, בעמ' 9-11.

493 השאלה אם מנהג מחייב רק כאשר הוא מוכר לצדדים שנויה במחלוקת פוסקים. ראו קליינמן "האם חוקי", לעיל ה"ש 181.

494 ע' 1073676/1, לעיל ה"ש 114, בעמ' 10.

על דעת כן.⁴⁹⁵ לגישתו, אין הבדל לעניין זה בין חוק לבין פסיקת שופטים. הוא גם מבקר בתוקף את השימוש המופרז שעושים לדעתו חלק מן הדיינים בדין האזרחי, בהתבססם על הנימוקים של "מנהג" ואומדנא:

יש דיינים המרחיבים את האומדנא [כדין] להחיל חוק ומנהג, מסכרא שעל דעת כן הסכימו או השתתפו או נישאו או כתבו צוואה ועוד ועוד, ובבית הדין אצלנו נקטו שלא כך. [...]

בגשת דין לפסוק את הדין, יש לו כלים מקצועיים ביותר שבהם ורק בהם לא ייתכן שיטעה מתוך סברות מוטות ככל שישנן, ויש המון מוקשים וכיווני הטיות דעת לכל ילוד אשה. וב"ארגז הכלים" יש גם כלים פחות מקצועיים, ובהם עלולה לשלוט טעות. הכלים החזקים הם הטור ושולחן ערוך ונושאי כליהם, כולל הפוסקים המקובלים שהשתיתו פסקיהם על הכתובים. הכלים הפחות חזקים והיותר חשודים, הם האומדנא והסכרא [... עיין] בלשון המחבר בשו"ע [חושן משפט] הלכות דיינים סימן טו סעיף ה.⁴⁹⁶ סביב זה יש הרבה משא ומתן ושקלא וטריא בין הדיינים, איפה גבול המותר לשימוש באומדנא.

ושוב (אם יורשה לי לבטא את ה"דיאגנוזה" שלי), המקילים ללכת יותר על פי אומדנא עושים זאת מתוך אומדנא שכך צריך לעשות. ואילו המחמירים ללכת יותר כפי הכתוב גם נגד אומדנות, בחרו בדרך זאת מתוך הכתוב [=השולחן ערוך והפוסקים].⁴⁹⁷

לדעת הרב לוין, אין לפסוק לפי חוקי המדינה על סמך "אומדנא", אלא אם הצדדים אומרים במפורש כי התקשרו בהסכם על דעת החוק, אך בכל מקרה אחר יש לפסוק לפי דין תורה. דבריו להלן, שנאמרו בנוגע לחוקים, יפים מקל וחומר גם בנוגע לפסיקות של בתי משפט, שכאמור מעמדם ההלכתי לדעת רוב הפוסקים וגם לדעתו נחות מזה של חוקים.⁴⁹⁸ וכה דבריו:

זה ברור, שאם באים שני בעלי דינים ומצהירים שהם כרתו חוזה על דעת חוקי המדינה, שיפסקו להם לפי החוק. אבל אם זה לא מוצהר,

495 לדברים נוספים שלו ושל אביו, רא"ד לוין, בנושא זה ראו לעיל ליד ה"ש 343, 350-352.

496 אלו דברי השולחן ערוך, שם: "יש לדיין לדון דיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת והדבר חזק בלבו שהוא כך, אף על פי שאין שם ראיה ברורה. ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים ובעלי בינה, הסכימו שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו על פי עדות אשה או קרוב אף על פי שדעתו סומכת על דבריהם, וכן אין מוציאים מהיתומים אלא בראיה ברורה, לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען".

497 הרב יהושע לוין במכתבו אליי מיום כ"ב בתמוז תשפ"ב (הסוגריים העגולים במקור).

498 ראו לעיל ליד ה"ש 355.

רק צריך להיכנס לדעתם, או מתוך חוסר דעתם של הצדדים שלפנינו בנקודה הזאת [...] ולספח את בעלי הדין הללו אל הרוב [שהתקשר על דעת החוק] מתוך סמך סברתי [=הסתמכות על סברא] שהם מן הסתם חלק מהרוב, זה לא יותר מאומדנא. ובמקרים אלו, שהם רוב המקרים שהשאלה הזאת נקרת בדרכינו – איננו הולכים לפי סברות כרסיות ולא לפי אומדנות כלליות, אלא לפי הספר [=דין תורה].⁴⁹⁹

ראוי להעיר, כי מדברי הרב לוין שצוטטו למעלה עולה גישה אחרת, מתונה יותר, כלפי פסיקת בתי המשפט. כאן הוא מוכן לקבל פסיקה אזרחית רק אם הסכימו על כך הצדדים במפורש. לעומת זאת, לעיל הוא אומר, כי כאשר פסיקת בית המשפט היא "המנהג הרווח" בית הדין יפסוק בהתאם למנהג זה, וגם יוכל להיעזר בפסקי דין אזרחיים לצורך ביאור הנושאים הנידונים והגדרתם.⁵⁰⁰

7. הרב שלמה גורן: "הדיינים צריכים לפרש את החוק מתוך עצמו"

לרב שלמה גורן (פולין-ישראל, 1918-1994)⁵⁰¹ יש שיטה ייחודית בנוגע לתוקף פסיקת בית המשפט העליון.⁵⁰² הוא מסרב לקבל את פרשנות בית המשפט העליון לחוק כמחייבת, אולם, כפי שיוסבר בהמשך, לא מן הטעמים שנקטו פוסקים ודיינים אחרים בהתבסס על תשובות הרשב"א ומהרי"א ענזיל שנידונו לעיל, אלא מנימוק מסוג אחר, שעניינו תורת הפרשנות של טקסטים בכלל ושל חוקים בפרט. למיטב ידיעתנו, שיטה זו נזכרה ויושמה על ידו בפסק דין אחד בלבד, ובו נעסוק.

499 ר"י לוין במכתבו, לעיל ה"ש 497.

500 ראו לעיל ליד ה"ש 350.

501 הרב גורן כיהן כרב הצבאי הראשי מקום המדינה ועד לשנת תשל"א, כרב הראשי של העיר תל אביב לתקופה קצרה וכרב הראשי לישראל בין השנים תשל"ג-תשמ"ג. חיבר ספרים רבים, במיוחד בהלכות צבא ומדינה.

502 על משנתו ההלכתית ויחסו של הרב גורן לחוק ולמערכת המשפט הישראלית ראו שלמה גורן ספר תורת המדינה: מחקר הלכתי היסטורי בנושאים העומדים ברומה של מדינת ישראל מאז תקומתה (התשנ"ו); שלמה גורן משנת המדינה: מחקר הלכתי היסטורי בנושאים העומדים ברומה של מדינת ישראל מאז תקומתה (התשנ"ט); שפרה מישלוב בעין הסערה: דמותו הצבורית ויצירתו התורנית של הרב שלמה גורן בשנים 1948-1994 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן התש"ע); אביעד יחיאל הולנדר דיוקנו ההלכתי של הרב שלמה גורן: עיונים בשיקולי הפסיקה ודרכי הביסוס במאמריו ההלכתיים (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן התשע"א); ירון זילברשטיין בין אדם למדינתו: מדינת ישראל במשנתו ההלכתית של הרב שלמה גורן (2021) (להלן: זילברשטיין בין אדם למדינתו); זילברשטיין, לעיל ה"ש 60; אריה אדרעי "חלום המשפט: הרב הרצוג והרב גורן על יחסי משפט והלכה בישראל" דיני ישראל לה-לו 31 (2021).

בפסק דינו משנת תשמ"ב דן הרב גורן בתביעה לגירושין ולהחזקת ילדה שהוגשה על ידי בעל בעת שאשתו שהתה בחוץ לארץ עם בתם. הוא נדרש לשאלה, אם לבית הדין הרבני יש סמכות לדון בתביעה זו, אף שהוגשה בעת שהנתבעת לא שהתה בישראל. לדבריו, התשובה תלויה בפרשנות החוק: בית המשפט העליון הסיק מלשון החוק, כי לבית הדין יש סמכות רק אם שני בני הזוג נמצאים בישראל בעת הגשת התביעה (אם כי מאוחר יותר שינה את עמדתו), ואילו הרב גורן פירש את החוק אחרת.⁵⁰³

הרב גורן מצייין, כי אי הבהירות בהבנת החוק נובעת מכך שהוא נוסח בשני שלבים ומחוסר תשומת לב של המחוקק לבעיה לשונית שהתעוררה בשלב השני. אולם לדבריו, הדיינים צריכים לפרש את החוק "מתוך עצמו" בלבד, ואין כל חשיבות לכוונת המחוקק:

אין להביא ראייה לפירוש החוק מהויכוחים בכנסת שקדמו לקבלת החוק וקביעת הנוסח הסופי שלו. משום שלאחר שנתקבל החוק, אין דעתו של המחוקק חשובה כלל לקביעת המשמעות והפרשנות של החוק כלפינו [...] החוק מהרגע שנתקבל כחוק, עומד כיצירה העומדת בפני עצמה ללא כל זיקה למחוקקים. הדיינים צריכים לפרש את החוק מתוך עצמו, ולא מעניין אותנו מה רצו המחוקקים להשיג בחוק זה. לכן גם כאשר המשמעות של החוק אינה תואמת את כוונת מחוקקה, אין זה צריך להשפיע על הפרשנות שלנו בחוק מסוים.⁵⁰⁴

נימוקו של הרב גורן לדבריו מרתק. בניגוד לדיינים אחרים, הוא אינו מתייחס לכלל "דינא דמלכותא דינא" וסייגיו, אלא משתית את פסקו על שתי סוגיות אגדיות בתלמוד הבבלי.⁵⁰⁵ האחת, סיפור תנורו של עכנאי. חכמים חלקו על דעת רבי אליעזר בשאלה אם תנור זה טהור, וכמקובל ההלכה נפסקה כדעת הרוב. בת קול יצאה והכריזה כי הלכה כרבי אליעזר, אולם רבי יהושע סירב לקבל זאת באומרו: "לא בשמים היא". רבי ירמיה

503 ע' (גדול) ער/תשמ"א/18, פד"ר יב 129, 138-139 (התשמ"ב) (ישבו עימו הרבנים יצחק קוליצ' ואליעזר שפירא). לפי ס' 1 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין) התשי"ג-1953: "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה, יהא בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים". נקודת המחלוקת: למה מתייחסת המילה "בישראל". הרב גורן מציג מה פסק בית המשפט העליון אך אינו מצייין מקור מדויק. כוונתו ככל הנראה לפסק הדין: בג"ץ 297/77 חנ נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לא(3) 679 (1977). הלכה זו שונתה מאוחר יותר ונפסק כי די ב"נוכחות קונסטרוקטיבית" של בני הזוג, ראו למשל בג"ץ 871/86 קריב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, מא(3) 152 (1987). בא כוח הבעל העיר על שינוי זה, ראו ע' ער/תשמ"א/18, שם, בעמ' 135-136.

504 שם, בעמ' 139-140.

505 חוקרים ציינו כי הרב גורן השתמש בדיניו ההלכתיים גם בחומרים אגדיים. יש אפוא להוסיף לדוגמאות שצוינו על ידם את הדוגמה שלפנינו. ראו הולנדר, לעיל ה"ש 502, בעמ' 101-106; זילברשטיין בין אדם למדינתו, לעיל ה"ש 502, בעמ' 25, ה"ש 100.

הסביר את דבריו: "שכבר ניתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחין בבת קול, שכבר כתבת בהר סיני בתורה: 'אחרי רבים להטות' [שמות כג 2]"⁵⁰⁶ מסיפור זה מסיק הרב גורן, כי אפילו חוקי התורה מסורים לחלוטין לפרשנות חכמי ההלכה, וכי הללו אינם צריכים להתחשב בכוונת "המחוקק", נותן התורה:

והרי גם בחוקי האלקים יתברך שמו ותורתו הקדושה, שהם חוקי הנצח והם מעל כל דמיון והשוואה כלל לחוקי בשר ודם, שאין להם יסוד בנצח כלל, ואף על פי כן, כאשר מתעוררת בעיה של פרשנות בחוקי התורה, שוללים כל התערבות בפרשנות החוק, ולא כל שכן בפסיקה עצמה, מצד השמים, ואפילו מצד הקדוש ברוך הוא ככבודו ובעצמו. כפי שמצינו [...] בענין תנור של עכנאי [...]

משמע שדעתו של המחוקק אינה קובעת בפרשנות החוק, כי אם דעתם של החכמים הפוסקים, משום שאין לדיין אלא מה שעניו רואות⁵⁰⁷ [...]. מכל זה ברור ללא כל ספק, שאין דעתו של המחוקק חשובה לפרש את החוק, כי אם דעתם של הדיינים הפוסקים ומורי ההוראה. ואם בחוקי אלקים כן, שאין מתחשבים בפסק שמים, בחוקי בשר ודם על אחת כמה וכמה שאין להתחשב בדעתם של המחוקקים בעת חקיקת החוק.⁵⁰⁸

הרב גורן מוסיף כי לו הייתה ההלכה ניתנת "חתוכה, חד-משמעית, ללא אפשרות של פרשנות מצדנו, אלא הכל היה נקבע לפי המחשבה העליונה בפירוש ההלכה", אי אפשר היה לבצעה, כי בני אדם אינם יכולים "להביין ולדעת דעת עליון". כך, ומאותו נימוק, יש לומר גם בנוגע לחוקי בשר ודם: אי אפשר לדרוש מהשופטים "לנסות לרדת לדעתם ולכוונתם [של המחוקקים], מה הם חשבו לבטא בחוק הזה, כי אין בחוק אלא מה שהוא מבטא [...]. כי הכוונות של המחוקק שלא באו לידי ביטוי בכתוב אין בו [צ"ל: בהן] ממש, משום שדברים שבלב אינם דברים"⁵⁰⁹. אם נותן התורה סומך על הדיינים שבכל דור שיפרשו נכון את תורתו, קל וחומר שמחוקק בשר ודם מוסר לשופטים ולדיינים את הסמכות לפרש את החוק כראות עיניהם, "משום שאין לדיין אלא מה שעניו רואות"⁵¹⁰.

506 בבלי, בבא מציעא נט, ע"ב. על אגדה זו נכתב רבות ואין כאן המקום להרחיב בכך. הסוגיה השנייה: בבלי, בבא מציעא פו, ע"א. נחלקו שם ברין מסוים הנוגע לצרעת: הקדוש ברוך הוא אמר "טהור", ובני ישיבה של מעלה ("מתיבתא דרקיעא") אמרו "טמא", והוסכם כי יכריעו במחלוקת לפי דעת האמורא רבה בר נחמני. ראו: רמב"ם, טומאת צרעת ב, ט, ובדברי הכסף משנה, שם, שנימק זאת באמצעות העיקרון "לא בשמים היא". וראו עוד בסמוך.

507 על פי בבלי, בבא בתרא קלא, ע"א.

508 ע' ער/תשמ"א/18, לעיל ה"ש 503, בעמ' 139-140.

509 המקור לביטוי "דברים שבלב אינם דברים": בבלי, קידושין מט, ע"ב, ועוד.

510 ע' ער/תשמ"א/18, לעיל ה"ש 503, בעמ' 145. דברים אלו נאמרו בתגובה לדברי הרב שפירא, החולק עליו, אשר יוצגו להלן.

לגופו של עניין, הרב גורן טוען כי הפירוש הנכון של הסעיף דורש שינוי קל בסדר המילים, ומכיוון ש"ברור לנו שהחוק ניתן לפרשו מתוך עצמו, מבלי להוציא אותו ממשומו [...] אל לנו לחטט בכוונת המחוקקים".⁵¹¹ הרב אליעזר שפירא דוחה את ראיותיו של עמיתו להרכב משתי סוגיות התלמוד, וקובע על סמך הירושלמי, "שהתורה ניתנה כדי שתתפרש רק על ידי ישראל. אבל מכאן אין ראייה לכך שלמחוקק בשר ודם אין סמכות לפרש חוק שנחקק על ידו".⁵¹²

הרב שפירא מסכים עם הרב גורן, כי אין לעסוק ב"חיטוטים ובאורים בכוונת מתקני חוק נישואין וגירושים [...] מכח ההסתברות או ההגיון", אך מסיבה אחרת: כי הללו נועדו רק "כדי לשכנע את בית המשפט העליון בסמכות בית הדין, וכדי שפסק הדין יהיה עמיד בבג"צ", ובכך הדיינים "מחטיאים [...] את המטרה". במקום זאת, אם יכולים הדיינים למצוא מקורות הלכתיים ולפרש את החוק באמצעותם, עליהם לעשות כך כדי "לגלות את המאור שבתורה",⁵¹³ וכדי להראות לציבור את "הכלים" העומדים לרשותם לצורך פסיקתם. בעוד הרב גורן סובר כי על הדיינים לפרש את החוק "מתוך עצמו", הרב שפירא גורס כי עליהם לפרשו בהתאם להלכה, וכך הוא גם נוהג.⁵¹⁴

דברים דומים מאוד לאלו של הרב גורן כתב בתשובתו אחד מגדולי חכמי אשכנז, רבי משה ב"ר יצחק הלוי מיניץ, המהר"ם מיניץ (אשכנז, בערך 1415-1480), בנוגע לפרשנות פסקי דין, ולא מן הנמנע שהרב גורן שאב מדבריו. מדובר בסכסוך שאירע בין שני אנשים נכבדים שגרו בשתי ערים באיטליה, והיו מעורבים בו גדולי הדור מאיטליה ומגרמניה. שני בעלי הדין נחלקו במשמעות פסק דין שקיבלו מבית הדין ב"מיישטרא", היא מייסטרי (Mestre) שבאיטליה, ואחד מהם הציע שישובו לבית הדין כדי שהדיינים יבארו את כוונתם.⁵¹⁵

511 שם, בעמ' 140.

512 שם, בעמ' 149-150. בירושלמי (סנהדרין ד, ב) אומר רבי ינאי, כי התורה לא ניתנה "חתוכה", כדי שאפשר יהיה לפרשה באופנים שונים, "מ"ט פנים טמא, ומ"ט פנים טהור". ראייה נוספת לטענתו, כי למחוקק אנושי יש סמכות לפרש חוקים, מביא הרב שפירא מיהושע. לפי כמה אחרונים הוא נחשב "מחוקק" אך לא היה לו דין של "בית הדין הגדול", ועם זאת הוא קיבל סמכות של מסירת התורה שבעל פה, הכוללת גם את הסמכות לפרש מצוות. הרב גורן (שם, בעמ' 143-146) דוחה את ראיותיו של הרב שפירא.

513 השו"ו "עיניך יאירו במאור תורה, ופניך יזהירו כוזה הרקיע" (בבלי, ברכות יז, ע"א); "מתוך שהיו מתעסקין בה, המאור שבה [=שבתורה] היה מחזירן למוטב" (איכה רבה, וילנה, פתיחתא ב).

514 ע' ער/תשמ"א/18, לעיל ה"ש 503, בעמ' 151-153.

515 שו"ת מהר"ם מיניץ, סימן ק (תורה לרב רפאל שטרן על הפניה זו). על פרשה זו, שעניינה הפרת הבטחת שידוכין, שאירעה בשנים 1467-1468, ראו ישראל יעקב יונקל חכמים בדורם: המנהיגות הרוחנית של יהודי גרמניה בשלהי ימי הביניים 262-264 (התשמ"ט) (תורה לפרופ' שלם יהלום על הפניה זו).

המהר"ם מיניץ קובע כי פירוש הפסק אינו תלוי כלל בדעת הדיינים אלא "רק תולה במשמעות הפסק לפי אשר כתבו לשונם", וכי אין הדיינים מוסמכים לבאר את הפסק שכתבו. כראיה לכך הוא מביא את הסוגיה האגדית השנייה שעליה התבסס הרב גורן, ובה נאמר כי מחלוקת הלכתית שבין הקדוש ברוך הוא לבין "מתיבתא דרקייעא" בנוגע לדיני צרעת תוכרע לפי דעת האמורא רבה בר נחמני.⁵¹⁶ מכאן מסיק המהר"ם מיניץ, כי אף שהקדוש ברוך הוא הוא אשר כתב ונתן את התורה, עדיין יש מקום כביכול לחלוק על דעתו בנוגע ל"משמעות התורה שנתן לנו [...] איך פירושו".⁵¹⁷

סירובו של הרב גורן לקבל את פרשנות בית המשפט העליון לחוק אינו קשור אם כן לשאלת המעמד ההלכתי העקרוני של פסיקת בתי המשפט, שבה מתמקד מאמר זה, אלא מושתת על תפיסה פרשנית (הרמנויטית) עקרונית, אשר על חכמי ההלכה והדיינים ליישם הן בנוגע לחוקי התורה והן בנוגע לחוקי המדינה: החוק הוא "יצירה העומדת בפני עצמה ללא כל זיקה למחוקקים", ולכן על הדיין לפרשו "מתוך עצמו" בלבד.⁵¹⁸

ראוי להעיר כמה הערות בנוגע לדברי הרב גורן. ראשית, דבריו מתייחסים רק לפרשנות של בית המשפט העליון לחוק המבוססת על כוונת המחוקק, אך לא לפסיקה שלו שאין לה אחיזה בלשון החוק, כדוגמת הלכת השיתוף. במקרה מן הסוג האחרון אין חוק שאותו יוכל בית הדין לפרש "מתוך עצמו", וייתכן שהרב גורן יודה כי פסיקה כזו של בית המשפט העליון מחייבת את הדיין כמו חוק.

שנית, הרב גורן אינו מתייחס לפרשנות של בית המשפט העליון לחוק המושתתת על שיקולים אחרים פרט לכוונת המחוקק, כגון פרשנות החוק לאור שיקולי צדק, לאור שיקולי יעילות כלכלית וכדומה. ושלישית, הרב גורן אינו מזכיר כי פרשנות בית המשפט העליון לחוק מחייבת מכוח החוק הישראלי. נתון זה בצירוף ההשוואה שעורך הרב גורן בין חוקי התורה לבין חוקי המדינה, עשויים להוביל דווקא למסקנה הפוכה ממסקנתו: כפי שהחוק האלוקי (התורה) קובע שפרשנותו מסורה לחכמי ההלכה,⁵¹⁹ כך החוק האנושי (חוק המדינה) קובע שפרשנותו מסורה לשופטי בית המשפט העליון. ואם

516 בבא מציעא פו, ע"א.

517 שו"ת מהר"ם מיניץ, לעיל ה"ש 515.

518 על תורת הפרשנות ודרכי ההכרעה של הרב גורן, ראו הולנדר, לעיל ה"ש 502, בעמ' 256-140. לדעתו, הרב גורן פירש מקורות הלכתיים בין היתר לאור גישת הפרשנות התכליתית, ובעניין זה הייתה דרכו הפרשנית קרובה לזו של השופט אהרן ברק, ראו שם, בעמ' 183-199. מעניין אם הרב גורן היה מיישם את שיטתו הנזכרת גם על פרשנות חזוים, כלומר אם היה סובר כי גם חזוים יש לפרש רק "מתוכם" בלי להתחשב בכוונות הצדדים ובנסיבות אשר לא באו לידי ביטוי מפורש בחוזה. כידוע, על נושא זה נכתב רבות בישראל, הן בפסיקה האזרחית והן בספרות המשפטית.

519 "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" (דברים יז 11); רמב"ם, ממרים א, א-ב. והשוו לדברי הרב שפירא לעיל, ליד ה"ש 514.

כך, כחלק מחוק המדינה על הדיין לאמץ גם את פרשנות החוק בידי פרשנו המוסמך, הלא הוא בית המשפט העליון.

8. הרב מנשה קליין: במדינות דמוקרטיות אין תוקף אפילו לחוק

אחת התשובות שבהן נקבעה לראשונה ההבחנה בין התוקף של חוקי גויים לבין תוקף פסיקת שופטיהם היא כאמור תשובת הרשב"א (ו, קמט).⁵²⁰ אולם, הרב מנשה קליין (ברוקליין-ישראל, 1923-2011) הבין תשובה זו באופן שונה לחלוטין ממובנה הפשוט, והסיק ממנה מסקנה קיצונית וחריגה, השוללת תוקף הלכתי מכוח "דינא דמלכותא" גם מן החוק ולא רק מפסיקת בתי המשפט.

אדם לווה מחברו סכום במטבעי ישראלי ופרע לו בדולרים לפי השער הרשמי. השאלה, האם בשל העובדה שבשוק השחור אפשר לקבל יותר עבור הדולר ייחשב הפירעון לריבית מאוחרת? הרב קליין פוסק כי אין כאן ריבית, ובין היתר הוא דן בתוקף חוקי המדינה.⁵²¹ הוא מצטט את תשובת הרשב"א (ו, קמט) מתוך דברי הריב"ש,⁵²² ורואה בה "חידוש גדול, דלפי זה נמצא דבכל המדינות הנקראים דמקרטיות לא שייך כלל דינא דמלכותא".

הרב קליין מסיק מתשובת הרשב"א, כי "דינא דמלכותא" נאמר רק על חוק אשר השופטים מחויבים ליישמו באופן אחיד (המלך "מצוה שלא ידונו אלא כך"). לעומת זאת, מציאות שבה שופטים מפרשים את החוק לפי הבנתם והשלטון אינו מקפיד שחוקיו ייושמו באופן אחיד – פוגמת בתוקף ההלכתי של החוק עצמו, ולא רק בתוקף פסיקת השופטים. אולם, מלשון התשובה משתמע כי כוונת הרשב"א שונה: הוא מבחין בין חוקי המלך, שהם קבועים והמלך מקפיד שידונו על פיהם, ולכן הם תקפים כ"דינא דמלכותא", לבין פסיקות השופטים, אשר משתנות משופט לשופט והמלך אינו מקפיד עליהן, ולכן הן נעדרות תוקף כזה. הבחנה זו עולה בבירור מתשובה אחרת של הרשב"א (ג, קט), שלא הובאה על ידי הרב קליין.⁵²³ כך כאמור הבינו את תשובת הרשב"א גם פוסקים ודיינים אחרים.⁵²⁴

520 צוטטה ונידונה לעיל, ליד ה"ש 34.

521 שו"ת מְשֵׁה הלכות, חלק ה, סימן קיב. התשובה משנת תשל"ל. השואל גר בירושלים.

522 שו"ת הריב"ש, לעיל ה"ש 56.

523 צוטטה לעיל ליד ה"ש 29: "דיני המלכות" תקפים מכוח "דינא דמלכותא" אך לא "דינין שדינין בערכאות".

524 ראו לעיל ליד ה"ש 59, 61, 64, 69-77 ובהערות הנ"ל; ורפטיג ורכניץ, לעיל ה"ש 5.

לדעת הרב קליין, אם כן, במדינות דמוקרטיות אין תוקף לא רק לפסיקות בתי המשפט אלא גם לחוק עצמו! עם זאת לבסוף הוא פוסק כי יש להכיר בשער המטבע שקובע השלטון, כי בנושא שוויון מטבעות יש באופן חריג תוקף ל"דינא דמלכותא".⁵²⁵ בתשובה מאוחרת חוזר הרב קליין על שיטתו.⁵²⁶ הוא נשאל על ראובן שלוהה כסף משמעון עבור עסקו שהוא חברה בע"מ, והחברה פשטה את הרגל. שמעון ידע כי זו חברה בערבון מוגבל. לפי חוק החברות האמריקאי ראובן פטור מלשלם את חוב החברה, והשאלה אם חוק זה תקף מכוח "דינא דמלכותא". הרב קליין שב וקובע כי "דינא דמלכותא" נאמר רק במקום שהמשפט נקבע על ידי השלטון בלבד, אך במדינה דמוקרטית שבה השופטים רשאים לפסוק לפי שיקול דעתם "אין זה דין מלכות אלא דין השופטים", ולכן החוק אינו תקף כ"דינא דמלכותא". לדבריו, כך ודאי ראוי לפסוק בנוגע למשפט האמריקאי, שבו לעיתים המושבעים הם שמכריעים את הדין לפי דעתם בלי שלמדו משפטים, וגם בית המשפט העליון מבטל לפעמים חוקים. שני אלו מעידים לדעתו על חולשת חוקי המדינה.

לאור האמור פוסק הרב קליין, כי אין תוקף לחוק המכיר באישיות המשפטית של חברה בע"מ, וכי מבחינה הלכתית מדובר בבעלות משותפת של בעלי המניות בנכסי החברה.⁵²⁷ עם זאת, הוא פוטר את ראובן מלפרוע לשמעון, מכיוון שההלוואה ניתנה בתנאי שהחברה בלבד היא שתפרע את החוב.

מדברי הרב קליין משתמע, כי ההבחנה בין חוק לבין פסיקת שופטים היא מהותית ונעוצה בשאלת אחידות הנורמה.⁵²⁸ משום כך בזמנו של הרשב"א, כאשר החוק, בניגוד לפסיקת בתי המשפט, יושם באופן אחיד, העניק לו הרשב"א תוקף כ"דינא דמלכותא". אולם, במציאות המשפטית האמריקאית וגם ביתר המדינות הדמוקרטיות, שבהן גם החוק אינו מיושם באופן אחיד, אין כל הבדל בינו לבין פסיקת בתי המשפט, ולכן לדעת הרב קליין בימינו גם לחוק אין תוקף כ"דינא דמלכותא".

- 525 הטעם לכך הוא כי השלטון הוא שמעניק את השווי למטבעות שלו, ולכן יש תוקף לשער שהוא קובע עבורם.
- 526 שו"ת מְשֵׁנָה הלכות, חלק ו, סימן רעז. התשובה משנת תשל"ב. השואל הוא האדמו"ר מציעשינוב, שחי בניו יורק.
- 527 נושא מעמדה ההלכתי של חברה בע"מ נידון רבות על ידי פוסקי זמננו, אך הוא חורג מגבולות דיוננו.
- 528 בנוגע לשאלה, אם ההבחנה בין חוק לבין פסיקת בתי משפט היא מוסדית או מהותית, ראו לעיל ליד ה"ש 26-28.

ו. סיכום ומסקנות

המאמר בחן את שאלת תוקפה ההלכתי של פסיקת בתי המשפט האזרחיים לדעת הפוסקים מתקופת הראשונים ועד לדייני זמננו, תוך התמקדות בדיינים במדינת ישראל. המחקר התבסס בעיקר על פסקי דין אשר נתנו דיינים בבתי דין רבניים ממלכתיים ובבתי דין פרטיים לממונות לסוגיהם, אך גם על חיבורים ומאמרים שפרסמו דיינים, על דברים שאמרו לנו בשיחות עימם ועל מכתבים שקיבלנו מהם.⁵²⁹ למיטב ידיעתנו, עד היום טרם הוקדש מחקר מיוחד לנושא זה. מדובר אפוא במחקר חלוצי שנועד להציב תשתית למחקרים עתידיים.

הטענה המרכזית של המאמר היא כי העמדה המוצגת לעיתים קרובות כעמדה ההלכתית המוסכמת – שלפיה לפסיקות בתי המשפט, בניגוד לחוקים, אין תוקף הלכתי מכוח "דינא דמלכותא" – אינה מוסכמת על הכול, וכי התמונה מורכבת יותר. אומנם, רוב הדיינים קבעו כי הפסיקה האזרחית אינה תקפה מכוח "דינא דמלכותא", וכי היא עשויה להיות תקפה רק מכוח "מנהג" או אומדנא. אולם, היו גם שתי עמדות מיעוט שתפורטנה בהמשך. לעמדות השונות של הדיינים היו נפקויות על פסיקותיהם.⁵³⁰ נפקות ראשונה נוגעת לזכויות מכוח חוקי המגן, אשר נקבעו בפסיקות של בית המשפט העליון או של בית הדין הארצי לעבודה כקוגנטיות (כופות).⁵³¹ דיינים שהעניקו לפסיקות אלו תוקף רק מכוח "מנהג", קבעו כי יש תוקף לויתור של עובד על זכויותיו ובכך הביאו לאובדן של זכויות אלו,⁵³² בעוד אלו שהעניקו להן תוקף מכוח "דינא דמלכותא" פסקו כי הויתור אינו תקף.⁵³³ נפקות שנייה נוגעת לתוקפן של כל פסיקות בית המשפט העליון. דיינים שגרסו כי לפסיקות אלו אין כל תוקף התעלמו מהן ופסקו רק לפי דין

529 על סוגי המקורות וההבדלים ביניהם ועל החשיבות בכך שמדובר בדיינים ישראלים, ראו לעיל ליד ה"ש 13-23.

530 להרחבה בעניין זה ולנפקויות נוספות פרט לאלו שצוינו כאן, ראו לעיל ליד ה"ש 234-239.

531 על התוקף של פסיקות בית הדין הארצי לעבודה מכוח "דינא דמלכותא", ראו לעיל ה"ש 7.

532 ראו הרב אליעזרוב, לעיל ליד ה"ש 136; לעיל ליד ה"ש 313 ובה"ש הנ"ל.

533 כך סברו: הרב שרמן (בעמדתו המוקדמת), לעיל ליד ה"ש 135; הרב דיכובסקי, לעיל ליד ה"ש 172; הדיינים ברשת ארץ חמדה גזית, לעיל ליד ה"ש 311, 331-332. לדעות של דיינים נוספים שפסקו כך ראו אצל קליינמן "סכסוכי עבודה", לעיל ה"ש 11. וראו עוד לעיל ה"ש 235.

תורה,⁵³⁴ ואילו דיינים שנקטו עמדות אחרות העניקו לפסיקות הללו תוקף מכוח "דינא דמלכותא" או לפחות מכוח "מנהג".⁵³⁵

אף שמאמר זה התמקד בשאלת התוקף ההלכתי של פסיקת בתי המשפט, פסיקות הדיינים התייחסו לא אחת גם לשאלת תוקף חוקי המדינה. לא ניתן להפריד בין שני הנושאים הללו, מכמה סיבות. ראשית, דיינים הסוברים כי אין תוקף לכלל "דינא דמלכותא דינא" במדינת ישראל, פוסקים כך הן בנוגע לחוק והן בנוגע לפסיקת בתי המשפט.⁵³⁶ שנית, כמה דיינים קובעים כי בדומה לחוקים, גם לפסיקות בית המשפט העליון יש תוקף מכוח "דינא דמלכותא" כאשר לדעת הדיין הפסיקה הנידונה היא "לתקנת בני המדינה", כלומר ראויה ולתועלת הציבור.⁵³⁷ שלישית, שני דיינים פוסקים כי במקום שנוהגים בכל עניין לפי הדין האזרחי, כמו במדינת ישראל, אין תוקף לא לחוק ולא לפסיקת בתי המשפט, כי בכך עוקרים דין תורה.⁵³⁸ ורביעית, יש דיינים הגורסים כי אין להעניק תוקף לדין אזרחי המנוגד ל"השקפת התורה", ושלושה מהם יישמו עיקרון זה בענייני חלוקת רכוש בין בני זוג: דיין אחד יישם עיקרון זה בנוגע לחוק (חוק יחסי ממון), דיין שני – בנוגע לפסיקת בית המשפט העליון (הלכת השיתוף), ודיין שלישי – בנוגע לשניהם.⁵³⁹

פסקי הדין שנידונו במאמר מלמדים לא רק על שאלת המעמד ההלכתי של הפסיקה האזרחית. העיון בהם מלמד גם על יחסם של דיינים במדינת ישראל – המכהנים בבתי

534 כך פסקו: הרבנים משה שטרנבוך וישראל גרוסמן, לעיל ליד ה"ש 367-385 (בנוגע לדיני בתים משותפים); הרב מרדכי רלב"ג, לעיל ליד ה"ש 387-391 (דיני עבודה); הרב ח"ש שאנן, לעיל ליד ה"ש 392-400 (הלכת השיתוף). אולם הוא פוסק על פיה אחרי שהצדדים הסכימו על כך ב"קבלת קניין"; הרב שרמן (בעמדתו המאוחרת), לעיל ליד ה"ש 430-433 (הלכת השיתוף); הרב מיכאל עמוס, לעיל ליד ה"ש 437-438, 487-494 (הלכת השיתוף הספציפי); הרב אריאל ינאי, לעיל ליד ה"ש 477 (הלכת השיתוף).

535 כך למשל העניק בית הדין של ארץ חמדה גזית תוקף מכוח "מנהג" לפסיקת בתי המשפט בדיני תיווך, ראו לעיל ליד ה"ש 278-280. היו דיינים שהעניקו תוקף מכוח "מנהג" גם לפסיקה אזרחית של ערכאות נמוכות, ראו לעיל ה"ש 207.

536 ראו לעיל ליד ה"ש 25.

537 הרב צבי יהודה בן יעקב, לעיל ה"ש 179 (הוא מסייג זאת לפרשנות לחוק, להבדיל מפסיקה שאין לה אחיזה בחוק); הרבנים ורהפטיג, רכניץ וסדן, ראו לעיל ליד ה"ש 188-204. נראה לנו כי כך סבור גם הרב אשר וייס, ראו לעיל ליד ה"ש 425 ולהלן ליד ה"ש 561. לדעת הרבנים רכניץ וסדן (שם), יש הברל לעניין זה בין חוק לבין פסיקה אזרחית: הכרעה בתוקפו ההלכתי של חוק עשויה להיות לאור מבחנים אובייקטיביים ומוגדרים (תבחנים) שאינם מהותיים, ואילו הכרעה בתוקפה של פסיקה אזרחית צריכה להיות רק באמצעות שיקול דעת נקודתי של בית הדין על בסיס מבחן מהותי.

538 הרבנים שרמן (בעמדתו המאוחרת) ושאנן, ראו לעיל ליד ה"ש 459-466.

539 הרב שאנן, לעיל ליד ה"ש 485-486 (בנוגע לחוק יחסי ממון); הרב ינאי, לעיל ליד ה"ש 477-483 (בנוגע להלכת השיתוף); הרב שרמן, לעיל ליד ה"ש 148-150, 469-473 (בנוגע לשניהם).

דין רבניים ממלכתיים או בבתי דין פרטיים לסוגיהם – אל החוק ואל בתי המשפט. כפי שהראינו במקומות אחרים, אף שעמדות הדיינים בנוגע לשאלת תוקף החוק ותוקף פסיקת בתי המשפט במדינת ישראל מבוססות על מקורות הלכתיים, הן מושפעות לעיתים גם מן היחס הערכי-אידיאולוגי של הדיין כלפי החוק האזרחי ("החילוני") וכלפי בתי המשפט ובראשם בית המשפט העליון.⁵⁴⁰

היחס כלפי החוק האזרחי ובתי המשפט בישראל תרם להתנגדותם של כמה דיינים לפסוק לפי הלכת השיתוף ולפי חוק יחסי ממון,⁵⁴¹ ולסירובם של דיינים אחרים להעניק תוקף לפסיקות בתי המשפט בכלל.⁵⁴² כמו כן, הצבענו על שני שינויים בולטים בפסיקות של הרב שרמן הנוגעות לתוקפה של הפסיקה האזרחית, וטענו כי הם מעידים על מעבר מגישה מקבלת יותר כלפי החוק והפסיקה האזרחית אל גישה מסתייגת מהם. השינוי האחד, בתחילה העניק הרב שרמן תוקף לפסיקות בית המשפט העליון מכוח "דינא דמלכותא", כל עוד אינן מנוגדות להשקפה תורנית, אולם מאוחר יותר קבע כי במקום שנוהגים בכל עניין לפי הדין האזרחי, כמו במדינת ישראל, אין תוקף לא לחוק ולא לפסיקה האזרחית. כחלק משינוי זה, בתחילה הוא הכיר בתוקף הקוגנטי של חוקי המגן, אשר נקבע בפסיקת בית המשפט העליון, אך מאוחר יותר חזר בו ושלל מהם תוקף זה. והשינוי השני, בתחילה דחה הרב שרמן רק את תוקפה של הלכת השיתוף בשל חוסר יציבותה, אולם מאוחר יותר שלל את תוקפן של כל פסיקות בית המשפט העליון בשל חוסר יציבותן.⁵⁴³

לצד הטענה המרכזית של המאמר, שהוצגה לעיל, ומיפוי העמדות השונות של הדיינים, אשר תוצגנה בהמשך, עלו מן המחקר כמה תובנות נוספות. ראשית, הדיינים במדינת ישראל, שדבריהם נבדקו במסגרת מחקר זה, עסקו בנושא דגן בעיקר בשני הקשרים: הלכת השיתוף ותוקף הקוגנטיות של זכויות עובדים מכוח חוקי המגן. בשני נושאים אלו פסיקות בית המשפט העליון אינן תואמות לעמדה ההלכתית המסורתית. הלכת השיתוף נוגעת לתביעות גירושין, שהם לחם חוקו של בית הדין הרבני הממלכתי, ולכן זכתה שאלת תוקפה ההלכתי לדיון רב.

שנית, חלק מהדיינים נימקו את עמדתם בנושא דגן באמצעות שני נימוקים או יותר.⁵⁴⁴ חרף הקושי, השתדלנו ככל האפשר לרונן ככל אחד מנימוקיהם בנפרד.

540 ראו לעיל ליד ה"ש 11.

541 ראו לעיל ה"ש 539 ולהלן ליד ה"ש 546-547.

542 ראו לעיל ליד ה"ש 375-376 (הרב שטרנבוך) וליד ה"ש 382-385 (הרב גרוסמן), וראו לעיל ליד ה"ש 565.

543 ראו לעיל ליד ה"ש 446-450, ולהלן ליד ה"ש 562 ר-569.

544 הרבנים אשר וייס ורודר בס, ראו לעיל ליד ה"ש 95-101, 118-120; הרב שרמן, לעיל ה"ש 148-152; הרב שאנן, ליד ה"ש 394-398, 466, 485.

שלישית, בניגוד לדיינים בבתי דין פרטיים, הדיינים בבתי הדין הרבניים הממלכתיים בישראל פועלים כאשר "חרב בג"ץ" וביקורתו השיפוטית מונפת מעל ראשם.⁵⁴⁵ כפי שנכחנו, מציאות זו גרמה לכך שלעיתים הם נאלצו לאמץ בפסיקותיהם את הלכת השיתוף, שמקורה בפסיקת בית המשפט העליון, ואת חוק יחסי ממון, אף שסברו כי מבחינה הלכתית לא ראוי היה לאמצם. לעיתים הם אומרים במפורש, כי הם נאלצים לעשות זאת בשל החשש כי בג"ץ יפסול את פסק דינם.⁵⁴⁶ לעומתם, היו דיינים שסירבו לפסוק בנושאים אלו לפי הדין האזרחי, בניגוד לפסיקת בג"ץ, ופסקו לפי דין תורה.⁵⁴⁷ רביעית, העיון בדברי כמה מן הדיינים שעסקו בנושא דנן הצביע לעיתים על סתירות לכאורה בין דברים שכתבו במקומות שונים. ניסינו ליישב סתירות אלו,⁵⁴⁸ אולם לעיתים לא עלה הדבר בדינו.⁵⁴⁹ לעיתים פנינו לדיינים בכתב או בעל-פה כדי שיבהירו לנו את פסיקותיהם או את מדיניות בית הדין שאליו הם משתייכים⁵⁵⁰ או כדי שיישבו סתירות לכאורה בין פסיקותיהם השונות.⁵⁵¹ הסיבות שגרמו לסתירות הללו היו: שינוי בעמדת הדיין;⁵⁵² השוני בין הנושאים הנידונים בשני המקומות וביחסו של הדיין לפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לכל אחד מהם;⁵⁵³ אילוץ של דיינים בבתי הדין הרבניים הממלכתיים

- 545 ראו לעיל ליד ה"ש 16-18.
- 546 הרב ינאי, לעיל ליד ה"ש 481-484.
- 547 הרב שאנן, לעיל ליד ה"ש 485-486. וראו עוד לעיל ה"ש 18.
- 548 ראו למשל לעיל ליד ה"ש 178 (הרב בן יעקב); לעיל ה"ש 412-426 (הרב אשר וייס).
- 549 על סתירות שלא עלה בדינו ליישב ראו לעיל ליד ה"ש 252, 434-436 (הרב דיכובסקי); לעיל ליד ה"ש 364-366 (הרב ש"ז גרוסמן); לעיל ליד ה"ש 459-464 (הרב שרמן); לעיל ליד ה"ש 478-484 (הרב ינאי); לעיל ליד ה"ש 331-336 (דייני ארץ חמדה גזית. וראו בעניין זה ההסבר המוצע להלן ליד ה"ש 555).
- 550 הדיינים שאליהם פנינו לשם ליבון והבהרה של פסיקותיהם או של מדיניות בית הדין שאליו הם משתייכים (לפי סדר א"ב): הרבנים יעקב אליעזרוב, צבי יהודה בן יעקב, שלמה דיכובסקי, אשר וייס, אוריאל לביא, אברהם דב לוין, יהושע לוין, אורי סדן, אהרן פלדמן, עדו רכניץ, אברהם שרמן.
- 551 פנייה לצורך יישוב סתירה לכאורה: הרב בן יעקב, ראו לעיל ליד ה"ש 174-182.
- 552 הרב דיכובסקי פסק כי לפרשנות בית המשפט העליון לחוק יש תוקף כ"דינא דמלכותא", אולם עמדתו המוקדמת הייתה, ככל הנראה, כי לפסיקה האזרחית יש תוקף רק כ"מנהג". ראו לעיל ליד ה"ש 267-270; הרב שרמן שינה את עמדתו הן בנוגע לתוקף הקוגנטיות של חוקי המגן כ"דינא דמלכותא" (לעיל ליד ה"ש 447-448) והן בנוגע לתוקפה של פסיקת בית המשפט העליון בכלל: בתחילה העניק תוקף לפסיקתו שנועדה ל"תקנת בני המדינה" מכוח "דינא דמלכותא", בתנאי שאינה מבוססת על השקפה מנוגדת לתורה. אולם בהמשך פסק, כי אין תוקף לפסיקה זו אפילו מכוח "מנהג", ונימוקיו: היא אינה יציבה (לעיל ליד ה"ש 439-444); אין לתת תוקף למנהג ללכת בכל עניין לפי החוק והפסיקה האזרחית, כי בכך גורמים לביטול דין תורה (לעיל ליד ה"ש 462). וראו לעיל ליד ה"ש 543.
- 553 הרב שרמן (בעמדתו המוקדמת) מקבל את הקוגנטיות של חוקי המגן מכוח פסיקת בית המשפט העליון כ"דינא דמלכותא", אולם מסרב לקבל את הלכת השיתוף ואת חוק יחסי

לקבל את הלכת השיתוף, מחשש שבג"ץ יכפה זאת עליהם או חמור מכך, ישלול את סמכותם לדרון בענייני חלוקת רכוש בין בני זוג;⁵⁵⁴ אילוץ של הדיינים ברשת ארץ חמדה גזית לקבל את הקוגנטיות של חוקי המגן בדיני עבודה מכוח "דינא דמלכותא", אף על פי שמקורה בפסיקה האזרחית, מחשש שפסק דינם יבוטל אם לא ינהגו כך.⁵⁵⁵

נפנה כעת להצגת מגוון הרעות של הדיינים ומיפויין. העמדה המקובלת בקרב דייני זמננו היא, כאמור, כי לפסיקה האזרחית אין תוקף מכוח "דינא דמלכותא". עמדה זו מבוססת בעיקר על שתי תשובות של הרשב"א (ג, קט; ו, קמט) ועל הפסיקה בעקבותיו של הסמ"ע ומהריא"ז ענזיל. על סמך תשובות הרשב"א פסקו כך גם המאירי, הריב"ש, ואחרונים רבים, ובהם ר"י קארו והרמ"א בחיבוריהם על הטור. הצענו שלושה הסברים אפשריים בנוגע להבחנה שבין חוקים לבין פסיקות בתי משפט לעניין תחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא", עמדנו על הנפקויות בין ההבחנות, וראינו כי ההבחנות השונות משתקפות בדברי הפוסקים והדיינים.⁵⁵⁶

העמדה המקובלת בקרב דייני זמננו היא כי פסיקת בית המשפט העליון אינה תקפה מכוח "דינא דמלכותא", אולם היא עשויה להיות תקפה מכוח "מנהג", אם היא מוכרת ונוהגים על פיה, או מכוח אומדנא. כך פסקו בין היתר: הרבנים אליעזר ולדנברג, חיים גדליה צימבליסט, זלמן נחמיה גולדברג, עזרא ברושלוס, אוריאל לביא, מיכאל עמוס, יעקב אליעזרוב, אריאל ינאי, אברהם הרוש, יוסף פליישמן, אריאל בראלי, אברהם דב לזין ודיינים נוספים בבית הדין ירושלים לדיני ממונות, ורוב דייני רשת ארץ חמדה גזית.⁵⁵⁷ טענו כי אף שיש זיקה הדוקה בין "מנהג" ואומדנא, אלו שני ביסוסים שונים לתוקפם של החוק ושל הפסיקה האזרחית, והצגנו כמה נפקויות ביניהם.⁵⁵⁸

בניגוד לעמדה המקובלת, מיעוט מבין הדיינים קבעו כי לפסיקה האזרחית, לפחות בחלקה, יש תוקף מכוח "דינא דמלכותא" (עמדת מיעוט א). בקרב דיינים אלו יש מגוון דעות בנוגע להיקפה של קביעה זו ולנימוקה:

א. הרבנים צבי יהודה בן יעקב, עדו רכניץ, איתמר ורהפטיג ואורי סדן – יש תוקף לפסיקת בית המשפט העליון רק כאשר בית הדין קובע כי היא ראויה ולתועלת

ממון. ראו לעיל ליד ה"ש 459-464.

554 הרב ינאי, ראו לעיל ליד ה"ש 478-484.

555 כך הצענו כדי להסביר את הסתירה לכאורה בפסיקתם, ראו לעיל ליד ה"ש 331-336.

556 (א) הבחנה מהותית: הכלל "דינא דמלכותא דינא" חל רק על נורמה אחידה ולא על נורמה שישומוה תלוי בשיקול דעת שיפוטי ואינה אחידה; (ב) הבחנה מוסדית, התלויה בזוהת המוסד שקובע את הנורמה: הכלל חל רק נורמה שקובע השלטון או המחוקק ולא על כזו שקובע בית המשפט. (ג) הבחנה מוסדית, התלויה בתוקף השלטוני המחייב של הנורמה: החוק מחייב את כולם, בניגוד לפסיקת בתי המשפט. ראו לעיל ליד ה"ש 26-28 ובה"ש 28.

557 ראו לעיל ליד ה"ש 68-77. בפסק דין אחד שניתן ברשת ארץ חמדה גזית (לעיל ליד ה"ש 310) אומצה דעתו של הרב דיכובסקי, אשר תוצג בהמשך (להלן ליד ה"ש 563).

558 ראו לעיל ליד ה"ש 241-247.

הציבור, ובמינוח ההלכתי: "לתקנת בני המדינה".⁵⁵⁹ הרב בן יעקב מסייג זאת לפרשנות של בית המשפט העליון לחוק בלבד (ראו להלן בסעיף ד).

ב. הרבנים אשר וייס ודוד בס – יש תוקף לפסיקת בית המשפט העליון כמו לחוק, משני נימוקים: האחד, היא מחייבת מכוח החוק. והשני, לאור עקרון הפרדת הרשויות גם לבית המשפט העליון יש סמכות שלטונית, ולכן פסקיו תקפים מכוח "דינא דמלכותא" או מכוח דין "מלך". עם זאת, אין תוקף לכל חוק ולכל פסיקה אזרחית כי בכך ייבטל דין תורה.⁵⁶⁰

במקומות אחרים פוסק הרב וייס כי ניתן לאמץ חוקים באופן נקודתי אם הדיין סובר כי החוק הוא "לתקנת בני המדינה" ואינו מנוגד לצדק ולמוסר תורניים. מסתבר, כי זה התנאי הנחוץ לדעתו גם כדי להעניק תוקף לפסיקת בית המשפט העליון, שאותה השווה לחוק.⁵⁶¹

ג. הרב אברהם שרמן (בעמדתו המוקדמת) – יש תוקף לפסיקת בית המשפט העליון המיישמת חוק או שנועדה "לתקנת הציבור", היינו "לתקנת בני המדינה", בתנאי שאינה נובעת מהשקפה זרה לתורה כדוגמת הלכת השיתוף.⁵⁶²

ד. הרבנים שלמה דיכובסקי וצבי יהודה בן יעקב – יש תוקף רק לפרשנות של בית המשפט העליון לחוק, כי היא חלק בלתי נפרד מהחוק, אך לא לפסיקה שאין לה אחיזה בלשון החוק.⁵⁶³ נראה כי בגישתו המוקדמת סבר הרב דיכובסקי, כי פסיקה אזרחית תקפה רק מכוח "מנהג".⁵⁶⁴

יודגש, כי אף לא אחד מן הדיינים הללו סובר כי לכל פסיקה של בית המשפט העליון יש תוקף באופן גורף, וכי לדעת כולם יש לדיין שיקול דעת בעניין זה.

מיעוט אחר מבין הדיינים נקטו עמדה הפוכה מדעת המיעוט הקודמת. לשיטתם, לפסיקות של בתי המשפט, ובכללם בית המשפט העליון, לפחות בחלקן, אין כלל תוקף, אפילו לא מכוח "מנהג" (עמדת מיעוט ב). הדעות חלוקות ביניהם בנוגע להיקפה של קביעה זו ולנימוקים שבבסיסה:

א. הרבנים משה שטרנבוך, ישראל גרוסמן ומרדכי רלב"ג – גם כאשר אנשים מתקשרים בחוזה המבוסס על החוק, הם אינם מתקשרים על דעת פסיקות בתי המשפט, ולכן

559 ראו לעיל ליד ה"ש 188-205. וראו לעיל ה"ש 537.

560 ראו לעיל ליד ה"ש 95-101, 118-120.

561 ראו לעיל ליד ה"ש 412-426.

562 ראו לעיל ליד ה"ש 122-156. וראו להלן ה"ש 567.

563 ראו לעיל ליד ה"ש 157-183.

564 ראו לעיל ליד ה"ש 254-270.

- לפסיקות אלו אין תוקף מכוח "מנהג". עמדה זו מושתתת הן על שיקול עובדתי והן על שיקול ערכי של הסתייגות מהחוק ומבתי המשפט האזרחיים.⁵⁶⁵
- ב. הרב אוריאל לכיא – פסיקת בתי המשפט מחייבת כ"מנהג" רק אנשים הנוהגים להתדיין בפניהם, כי הם מתקשרים על דעת פסיקה זו, אך לא את הנוהגים להתדיין בדין תורה.⁵⁶⁶
- ג. הרבנים אברהם שרמן (בעמדתו המוקדמת וגם המאוחרת), אריאל ינאי וחיים שלמה שאנן – פסיקה אזרחית המושתתת על השקפה זרה לתורה אינה תקפה כלל, אפילו כ"מנהג".⁵⁶⁷ לאור זאת, הרבנים שרמן ושאנן אינם מקבלים את הלכת השיתוף ואת חוק יחסי ממון. גם הרב ינאי דוחה את הלכת השיתוף, אך את חוק יחסי ממון הוא מקבל, ככל הנראה מחוסר ברירה, מחשש שבג"ץ יפגע בסמכויות בית הדין הרבני.⁵⁶⁸
- ד. הרבנים אברהם שרמן (בעמדתו המאוחרת) וחיים שלמה שאנן – לפסיקה אזרחית אין תוקף כלל, כי במקום שבו נוהגים ככל דבר לפי הדין האזרחי, כמו במדינת ישראל, אין תוקף לחוק ולפסיקה האזרחית אפילו כ"מנהג", כי בכך עוקרים דין תורה.⁵⁶⁹
- ה. הרב אברהם שרמן (בעמדתו המאוחרת) – לפסיקה אזרחית אין תוקף אפילו כ"מנהג", כי בניגוד לחוק היא אינה יציבה. בעמדתו המוקדמת הוא סבר כי דווקא הלכת השיתוף אינה תקפה בשל חוסר יציבותה, אך פסיקות אחרות של בית המשפט העליון שאינן מנוגדות להשקפת התורה תקפות כ"דינא דמלכותא".⁵⁷⁰
- ו. הרבנים מיכאל עמוס ויהושע לוי – לפסיקות בתי המשפט יש תוקף מכוח "מנהג" רק אם הוכח כי הצדדים התקשרו על דעת פסיקות אלו.⁵⁷¹
- לדעת הרב שלמה גורן, הדיינים צריכים לפרש את החוק "מתוך עצמו" ואינם צריכים להתחשב לא בפרשנותו בידי בית המשפט העליון ולא בכוונת המחוקק. ראייה לדבריו הוא מביא משתי סוגיות אגדיות בתלמוד הבבלי, שמהן עולה כי את התורה מוסמכים לפרש רק חכמי ההלכה ולא בורא עולם שכתבה, "המחוקק". עמדה דומה מופיעה בשו"ת מהר"ם מיניץ בנוגע לפרשנות פסק דין, ומסתבר שהרב גורן הכיר את
- 565 ראו לעיל ליד ה"ש 367-400.
- 566 ראו לעיל ליד ה"ש 405-408.
- 567 הבהרה: דברי הרב שרמן בעמדתו המוקדמת משתייכים לשתי עמדות המיעוט המנוגדות בקרב הדיינים, אשר הוצגו במאמר זה, ראו לעיל ה"ש 470. משום כך עמדה זו מוצגת הן לעיל (ליד ה"ש 562), כחלק מעמדת המיעוט של הדיינים המעניקים תוקף מכוח "דינא דמלכותא" לפסיקות בית המשפט העליון או לחלקן, והן כאן, כחלק מעמדת המיעוט של הדיינים השוללים כל תוקף מפסיקות בתי המשפט או מחלקן.
- 568 ראו לעיל ליד ה"ש 469-486.
- 569 הם מתבססים על שו"ת הרשב"א, ח"ו, סי' רנד. ראו לעיל ליד ה"ש 459-466.
- 570 ראו לעיל ליד ה"ש 430-445 וליד ה"ש 562.
- 571 ראו לעיל ליד ה"ש 487-499.

דבריו. סירובו של הרב גורן לקבל את פרשנות בית המשפט העליון לחוק אינו קשור לשאלת המעמד ההלכתי של פסיקותיו, אלא מושתת על תפיסה פרשנית (הרמנויטית) עקרונית, שעל חכמי הלכה ודיינים ליישם בנוגע לחוקי התורה ולחוקי המדינה כאחד: החוק הוא "ציורה העומדת בפני עצמה ללא כל זיקה למחוקקים", ולכן על חכם ההלכה והדיין לפרשו "מתוך עצמו" בלבד.⁵⁷² ציינו, כי הרב גורן אינו מזכיר שפרשנות בית המשפט העליון לחוק מחייבת מכוח החוק, וכי נתון זה עשוי להוביל דווקא למסקנה הפוכה ממסקנתו.⁵⁷³

הרב מנשה קליין מסיק מאחת מתשובות הרשב"א מסקנה מרחיקת לכת וחריגה. לדעתו, היות שבמדינות דמוקרטיות בימינו יישום החוק תלוי בשיקול דעת השופטים ואינו אחיד, דינו כדין פסיקות בתי המשפט, ולכן גם לחוק עצמו אין תוקף כ"דינא דמלכותא".⁵⁷⁴

מאמר זה עשוי לשמש כתשתית למחקר המשך, אשר ידון בשאלות שחלקן עלו במאמר וחלקן לא נידונו בו. בין היתר, יש מקום לבחון את השאלות הבאות: האם קיים הבדל בין תחומי המשפט השונים באשר למידת נכונותם של דיינים ופוסקים לקבל את הפסיקה האזרחית, ואם כן, מה הסיבות לכך? האם קיימים הבדלים אופייניים בנוגע לשאלת תוקפן ההלכתי של פסיקות בתי המשפט במדינת ישראל בין דיינים בבתי הדין הממלכתיים לבין דיינים בבתי דין פרטיים,⁵⁷⁵ בין דיינים בבתי הדין הפרטיים השונים, ובין דיינים ציונים דתיים לבין דיינים חרדים?⁵⁷⁶ והאם קיימים הבדלים כאלו בין דיינים בישראל ובחוץ לארץ ובין דיינים בחוץ לארץ לבין עצמם?⁵⁷⁷

לסיום, מאמר זה הציג את מגוון הדעות בקרב דייני זמננו בנוגע לשאלת תוקפה ההלכתי של פסיקת בתי המשפט. במחקרים קודמים עמדנו על כמה מ"מנגנוני הסינון" ההלכתיים שבהם משתמשים דיינים כבואם לקבוע, אם לאמץ בפסיקתם חוקים מכוח "דינא דמלכותא" או מכוח "מנהג", ובהם: "תקנת בני המדינה", "מנהג גרוע", שיקולי

572 ראו לעיל לילד ה"ש 503-518.

573 ראו לעיל ליד ה"ש 519.

574 הוא מסיק כך משו"ת הרשב"א, ח"ו, סי' קמט. ראו לעיל ליד ה"ש 520-528.

575 על ההבדל במעמד המשפטי וההלכתי של בתי הדין הממלכתיים והפרטיים במדינת ישראל, ראו רדזינר, לעיל ה"ש 340. על פעילותם של בתי דין חרדיים פרטיים בישראל בתחום דיני הגירושין ועל מערכת היחסים המורכבת שבינם לבין בתי הדין הממלכתיים, ראו עמיחי רדזינר "גט בהשגחת הבר"ץ: 'ענייני נישואין וגירושין' בבתי דין חרדיים פרטיים" **משפט, חברה ותרבות** א 69 (2018).

576 בנוגע להבדלים בין דיינים ציונים דתיים וחרדים, ראו אצל קליינמן "סכסוכי עבודה", לעיל ה"ש 11; קליינמן "מאפייני פסיקות", לעיל ה"ש 11.

577 בנוגע להבדלים בין דיינים בישראל ובחו"ל ראו עמיחי רדזינר "גיטין – מצוות התלויות בארץ? הסכם קדש-נישואין למניעת סרבנות גט: בין אמריקה לישראל" **משפטים** מז 5 (2018).

צדק והשאלה אם החוק מנוגד להשקפת התורה.⁵⁷⁸ המחקר שלפנינו בחן למעשה את "מנגנוני הסינון" ההלכתיים שבהם משתמשים דיינים כדי לקבוע אם לאמץ בפסיקתם את פסיקות בתי המשפט, ובמיוחד את פסיקותיו של בית המשפט העליון, מכוח "דינא דמלכותא" או מכוח "מנהג". כפי שנוכחנו, גם לצורך ההכרעה בעניין זה נעזרים דיינים, בין היתר, בכמה מאותם מנגנוני סינון: "תקנת בני המדינה", שיקולי "השקפה תורנית", ושיקולי צדק ויושר של התורה.⁵⁷⁹

סוף דבר, המחקר הנוכחי הוא אפוא פרק מרתק נוסף בבחינת דרכי הפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי ההלכתי על ידי פוסקים ודייני זמננו לצורך הכרעה בשאלה, אם ובאיזו מידה להעניק תוקף הלכתי לחוקי המדינה ולפסיקת בתי המשפט.

578 ראו קליינמן "תקנת בני המדינה", לעיל ה"ש 129, ושם נידון גם נושא חוק המנוגד להשקפה תורנית; קליינמן "מנהג גרוע", לעיל ה"ש 226; קליינמן ווסטרייך "חוק המנוגד לשיקולי צדק", לעיל ה"ש 154; קליינמן ווסטרייך "דין או צדק?", לעיל ה"ש 154. על חוק המנוגד לצדק ומוסר תורניים ראו עוד לעיל ה"ש 154 ו-426.

579 על צדק ויושר של התורה ראו לעיל ה"ש 60 וליד ה"ש 200.

