

באיזו מידה צריך לפסוק לפי החוק האזרחי?

ראשי פרקים

א. מבוא

ב. הרשב"א בתשובותיו - יש תוקף לחוקי גויים ולמנהגיהם מכוח "מנהג"
ג. תשובת הרשב"א בעניין ירושת הנדוניה - האם סותרת לשאר תשובותיו?

1. תוקף חוק המלך מכוח מנהג

2. תוקף חוק המלך מכוח דינא דמלכותא

ד. הפרשנויות לתשובת הרשב"א ופסיקת דיינים בימינו על פיהן

1. תנאי מפורש ותנאי מכללא

2. תנאי כללי ותנאי ספציפי

3. המגמה של אימוץ החוק

4. האם החוק עוסק בנושא שאינו ניתן להתניה (הוא "נגד דין תורה")?

ה. האתגר וקשייו: פסיקה בדיני ממונות התואמת למציאות המשפטית והמסחרית

ו. סיכום



א. מבוא

אחת השאלות המרכזיות¹ שכל דיין חייב להכריע בה היא, האם בתביעה ממונית שמקורה בחיוב הסכמי - כדוגמת דיני עבודה, חוזים, מקרקעין, מכר, שכירות ובתים משותפים - עליו לפסוק לפי "ההלכה" או לפי חוקי המדינה. "חיוב הסכמי" נוצר מכוח הסכם, מפורש או מכללא, של הצדדים, ולפיכך הגדרה זו אינה כוללת חיוב מדין "נהנה" (בלשון המשפטית: דיני עשיית עושר), דיני ירושה ודיני נזיקין. מאמרנו עוסק אפוא רק בחוקים הנוגעים לחיובים הסכמיים, המהווים רובה המוחלט של החקיקה האזרחית.

בשאלת תוקף החוק מכוח דינא דמלכותא ומנהג המדינה כבר הרבו לעסוק.² מטרתנו האחת להוסיף נדבך משמעותי: בירור עמדת הרשב"א בתשובתו המפורסמת בחלק ו, רנד - תוך בירור יחסה לתשובותיו האחרות - והצגת הפרשנויות שניתנו לה על ידי דייני זמננו. תשובה זו חשובה ביותר, הן בשל העמדה העקרונית המובעת בה, והן בשל כך שהבית

1. מאמר זה מבוסס, בשינויים והוספות רבים, על מאמרנו: "This Cannot be Allowed: 'Heaven Forbid!' – The Positions of Contemporary Halakhic Decisors and Rabbinical Judges on Adopting Civil Laws and Judgments by Virtue of Custom, in Light of Rashba's Responsum: Law and Narrative", *Jewish Law Association Studies*, 27 (2017).

2. ראו בחיבוריני הבאים ובמקורות הרבים שצוינו בהם: "החוק האזרחי במדינה - מנהג המדינה?", תחומין לב (תשע"ב), 272-261; "האם חוקי המדינה מחייבים כימנהג? גם את מי שאינו מכיר אותם?", תחומין, לג (תשע"ג), 93-82; "יחס הדיינים לחוק ולפסיקה האזרחיים ובפרט לבנייה בלתי חוקית", תחומין לו (תשע"ו), 358-346; מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא), דוקטורט, אוניברסיטת בר-אילן, ר"ג, תש"ס, 101-22; דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי: משפט, ריאליה והיסטוריה, ר"ג, תשע"ג, 40-39; הרב פרופ' דב פרימר, "השפעת המשפט הישראלי על המשפט העברי", מדעי-היהדות 39 (תשנ"ט), 143-133.

יוסף,³ הרשב"א⁴ ובעקבותיהם אחרונים רבים,⁵ פסקו על פיה. הפרק האחרון יעסוק באתגר ליצור פסיקה ממונית אחידה וודאית התואמת למציאות המסחרית בימינו. הפרק יציג שתי גישות מנוגדות בקרב דייני זמננו – גישת דייני ישראל ולעומתה גישת חלק מדייני ארה"ב – בשאלת מידת אימוץ החוק האזרחי, וידון בקשיים שיש בכל אחת מהן.

ב. הרשב"א בתשובותיו - יש תוקף לחוקי גויים ולמנהגיהם מכוח "מנהג"

הרשב"א בתשובותיו נותן תוקף מכוח "מנהג" לחוקי גויים ולמנהגיהם, כאשר נהגו יהודים על פיהם. על סמך דין סיטומתא (ב"מ עד, א) - ששימש את הפוסקים לביסוס תוקף מנהגי ממון - הוא פוסק (ח"ב, רסח) שיש תוקף גם למנהגי הגויים, והנימוק: אנשים מתקשרים על דעת המנהג, ולכן הוא נחשב כתנאי מכללא בעסקה - "אף על פי שלא הסכימו בכך ולא התנו כן... - מן הסתם, על [צ"ל: כל] מי שנושא ונותן סתם, על [דעת] הדבר הנוהג הוא עושה, וכאלו התנו ביניהן בפירוש... וכן אתה דן בכל מקום במה שנהגו בממונות... ואפילו לא כתבו הרי הוא מן הסתם כאלו כתבו בו [בהסכם]".

גם בתשובות נוספות, בהתבסס על דין סיטומתא, מעניק הרשב"א תוקף למנהגי גויים שנהגו בהם יהודים. כך למשל, נתן תוקף למנהג של "הסוחרים גויים ויהודים... מפרשי ימים [=ימאים]... כיון שמנהג מפרשי ימים כן שם, הכל הולך אחר המנהג".⁶ בתשובה אחרת קובע הרשב"א, כי בשונה מחוקי המלך, "לידיני אומתו"⁷ אין תוקף עצמאי כדינא דמלכותא, אולם אם נהגו יהודים על פיהם - הם תקפים כמנהג: ודינא דמלכותא דינא, אבל דיני אומתו לאו דינא לנו, אא"כ הוא ענין [ש]נהגו בו אפי' [לו] ישראל שבאותו מקום כדיני התגרים ופנקס החנונים, וכענין שאמרו בסיטומתא... למיקנא ממש.⁸

בתשובה נוספת שב וקובע הרשב"א, כי למנהגי גויים שנהגו בהם יהודים, יש תוקף כמנהג.⁹ השאלה: האם יהודי שערב ללווה גוי מתחייב קְעָרָב בזמן שהמלווה נותן המעות לידי הלווה. כדי להיעשות ערב, צריך מעשה קניין (ב"ב קעג, ב). הרשב"א סובר, כי גם לדעה שגוי יכול לקנות רק בכסף ויהודי רק במשיכה, יהודי קונה מגוי - וגם מתחייב כלפיו - בנתינת כסף, אם כך המנהג:

דכיון דבדיניהם בזמן הזה קונים זה מזה בכסף, אף אנו מינייהו קונים מהם בכסף בדיניהם. דלא תהא אלא שנהגו, הנהגה מילתא היא, ואפילו ישראל בישראל [קונה לפי המנהג], וכאותה שאמרו... האי סיטומתא קניא.

בתשובה אחרת דן הרשב"א, מה דין מלווה שאיבד את שטר ההלוואה אך ההלוואה נרשמה ב"פנקס דְעָרְכֵי". היות ולפי "דיני הגוים" אפשר לגבות חוב ממקרקעין במצב כזה, כל מי שלוה כסף "הרי זה כאילו התנה בפירוש שמלוה יהא נאמן עליו [אם איבד השטר, כל עוד ההלוואה נרשמה בפנקס הנ"ל]".¹⁰ בתשובתו האחרונה לא ציין שמדובר במנהג, אך דומה שזה הבסיס לפסיקתו: אדם לווה בהתאם לדין הזר שהפך למנהג. הנימוק

3. בית-יוסף חו"מ סוף סי' כו. לדיון נוסף בתשובת הרשב"א: תיק (אזורי, נתניה) 764411/1, סעי' ח (תשע"א).

4. רמ"א חו"מ שסט, יא.

5. למשל: לבוש חו"מ כו, ד; ש"ך חו"מ עג ס"ק לט; שו"ת מהרי"ט ב, חו"מ ו; שו"ת אבני האפוד, ז; שו"ת תורת-חיים, ב, יט; שו"ת ציץ-אליעזר טז, סי' נב אות ג; שו"ת משנה-הלכות י, רו; יד, צז; ודייני זמננו להלן.

6. שו"ת הרשב"א ח"ו סי' רכד.

7. לא ברור האם כוונתו לפסיקת ערכאות או למשפט מנהגי שנוצר ע"י הציבור, אולם אין הדבר חשוב לענייננו.

8. שו"ת הרשב"א ח"ו סי' קמט.

9. שו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' רכה.

10. שו"ת הרשב"א ח"א סי' תקמו.

שבבסיס כל תשובותיו אפוא זהה: בני אדם מתקשרים על סמך המנהג, בין אם נוצר על ידי הציבור ובין אם נוצר בעקבות החוק. כפי שקבע לעיל, שהסוחרים "כאלו התנו ביניהן בפירוש" לפעול בהתאם לנוהג המסחרי, כך קבע כאן - גם זה, מסתבר, על סמך המנהג - כי כל לווה "כאילו התנה בפירוש" לפעול בהתאם ל"דיני הגוים".

ג. תשובת הרשב"א בעניין ירושת הנדוניה – האם סותרת לשאר תשובותיו?

בתשובה מפורסמת זו (חלק ו, רנד) מציג הרשב"א עמדה שנראית סותרת ליתר תשובותיו דלעיל. אב בפרפיניאן שבפרובנס השיא בתו, נתן לה נדוניה, ולאחר זמן מתה היא ובתה היחידה. הבעל תבע לדון לפי דין תורה, שבעל יורש אשתו, ולכן הוא זכאי לרשת הנדוניה. מנגד, האב תבע להשיב לו הנדוניה, בהתאם לחוק, משני נימוקים: (א). מנהג - "כיון שהכל יודעים שהם [בפרפיניאן] הולכים בדיני הגוים", כלומר נוהגים לפי חוקי המלך, ולכן כל המתחנן שם "כאילו התנה" לנהוג לפי חוקים אלו. (ב). דינא דמלכותא.

התופעה הכאובה של אבות שאיבדו את הנדוניה עקב מות בנותיהם לאחר נישואיהן, נזכרה כבר בספרא (בחוקותי, פרשה ב): "נמצא קובר את בתו ומאבד את ממונו". כדי למנוע מצב זה תיקנו רבנו תם ובעלי תוספות אחרים (בשנת 1160 לערך), שאם מתה אישה בלא ילדים תוך י"ב חודש מנישואיה, תחזור הנדוניה לאביה. התקנה הורחבה במגנצה כשישים שנה אחר כך - ונפסקה על ידי הרמ"א - ותקנה דומה תוקנה מעט מאוחר יותר גם בטולדו שבספרד.¹¹ החוק בפרפיניאן במאה ה-13 בא אפוא להתמודד עם אותה בעיה, ופתר אותה בדיוק כפי שעשו חכמי ההלכה באותה תקופה. ואם כך, לכאורה לא היה צריך להיות לרשב"א כל קושי לאמצו.¹²

1. תוקף חוק המלך מכוח מנהג

הרשב"א קובע, כי אם נהגו ישראל בעניין זה לפי חוק הגוים, מנהגם תקף, כי "כל דבר שבממון תנאו קיים". אולם, גם אם לא התנו במפורש - "כל הנושא סתם, על דעת הנהג שם בישראל נושא", ולכן נחשב המנהג כתנאי מכללא בנישואין, כאמור בתשובותיו האחרות דלעיל. הרשב"א מוסיף שבירושלמי אף נאמר במפורש, שאפשר להתנות שתחזור הנדוניה לאב במקרה כזה, כי זה "תנאי ממון".¹³ המסקנה המתבקשת לכאורה: יש לחוק תוקף מכוח מנהג. אולם, למרבה ההפתעה, מסקנת הרשב"א הפוכה:

ומי"מ לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נראה לי שאסור, לפי שהוא מחקה את הגוים, וזהו שהזהירה תורה לפנייהם ולא לפני גוים, ואע"פ ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון. שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חקות הגוים ודיניהם, ולא עוד אלא אפ"ל [לן] לעמוד לפנייהם לדין אפילו בדבר שדיניהם כדין ישראל [אסור]. 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?

הרשב"א מודה כי הצדדים התקשרו מכללא, מכוח המנהג, בהתאם לחוק, אך אינו מוכן לתת תוקף לכוונתם זו. שכן, בכך יעניק הכשר למצב שבני העיר נוהגים בכל ענייניהם

11. ספר-הישר לרבנו תם, ס"י תשפח; רמ"א אה"ע נג, ג; קיח, יט; שו"ת הרא"ש, כלל נה. וראו: אהרן שויקה, "הפולמוס על תקנת טוליטולה [טולדו] בירושת הבעל את אשתו", תרביץ סח (תשנ"ט), 87-127.

12. אכן בתשובה אחרת (ג, תמב), ידועה פחות, פסק הרשב"א בנושא דנן, ירושת הנדוניה, כי הנישואין היו על דעת חוק המלך, ולא ראה בכך כל בעיה. על הסתירה משם לתשובה דנן העירו כבר וניסו ליישבה, ואכמ"ל.

13. ירושלמי, כתובות פ"ט ה"א (לג, א); ב"ב פ"ח ה"ה (טז, ב). הרשב"א אינו מזכיר תקנות הפוסקים שקדמוהו.

לפי חוקי גויים, וזה חיקוי הגויים שאסרה התורה. יש בדבריו חידוש גדול: הרשב"א מזהה בין פסיקה בבית דין יהודי לפי חוק גויים מכוח מנהג, לבין התדיינות בבית דין של גויים, וקובע כי פסיקה בבית דין יהודי בהתאם למנהג ללכת לפי חוקי גויים - אסורה מדין "ערכאות של גויים". הרשב"א מוסיף, כי אמנם לחכמים יש סמכות לתקן תקנות המשנות מדין תורה - ובכך אולי רומז לתקנות שקדמוהו בעניין החזרת הנדונייה לאב - "אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם [מכוח המנהג], חס וחלילה לעם קדוש לנהוג ככה... ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף [של התורה]".

2. תוקף חוק המלך מכוח דינא דמלכותא

הרשב"א שולל בנחרצות גם אפשרות לתת תוקף לחוק המלך מכוח דינא דמלכותא: ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה, וגזלן הוא... ואם נאמר כן, בטלה ירושת בנו הבכור [ושאר דיני הירושה]... 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 [=בתי מדרש מוסלמיים], חלילה לא תהיה כזאת בישראל ח"ו.

כיצד ניתן להסביר את המפנה החד בתשובה? מדוע כה חמור לאמץ מנהג או חוק ממוניים נוכריים? ומה היחס בין עמדתו כאן לעמדתו, הנראית כסותרת, שבתשובותיו האחרות, שבהן פסק כאמור שיש תוקף לחוקי גויים מכוח מנהג? בפרק הבא יוצג מגוון פרשנויות שניתנו לתשובת הרשב"א,¹⁴ ופסיקת דיינים בזמננו לאור תשובה זו.

ד. הפרשנויות לתשובת הרשב"א ופסיקת דיינים בימינו על פיהן

1. תנאי מפורש ותנאי מכללא

הלבוש (חו"מ כו, ד) מיישב, בלי שהדבר נאמר במפורש, את הסתירה לכאורה שבתוך התשובה. מדבריו משתמע כי הבין, שהדין בפרפיניאן לא היה חוק אלא פסיקת בתי משפט.¹⁵ הוא פוסק, כרבים אחרים, שלפסקי ערכאות אין תוקף כדינא דמלכותא. אולם, בנוגע לביסוסים על "מנהג", מאבחן הלבוש - על פי פרשנותו לתשובה - בין תנאי מפורש לתנאי מכללא. אם הותנה בעסקה **במפורש** ללכת לפי פסיקה מסוימת של ערכאות - התנאי תקף, ככל תנאי ממוני, וזו כוונת הרשב"א בתחילת התשובה. לעומת זאת, אם העסקה נעשתה בלא להתנות דבר ("מן הסתם"), אזי "אפילו במקום שהולכין במנהגי הערכאות בהרבה עניינים", יש בכך "איסור גמור, לפי שהוא מחקה את הגוים" ועוקר דין תורה. תרעומת הרשב"א מתייחסת אפוא לפסיקה על פי ערכאות מכוח **המנהג**. אבחנת הלבוש מובנת, אולם אינה מתיישבת עם שאר תשובות הרשב"א, שבהן נתן תוקף למנהגי גויים גם כשלא התנו הצדדים על כך במפורש, כי התקשרו על דעת כן.

2. תנאי כללי ותנאי ספציפי

נראה שההבנה המקובלת של תשובת הרשב"א בקרב דייני זמננו היא זו: אם המנהג או התנאי בעסקה הם להתנהג בהתאם לחוק **מסוים** - יש להם תוקף, כי בכך אין העדפת חוקי גויים על פני דין תורה. אולם, אם המנהג או התנאי הם להתנהג לפי **כל** חוקי הגויים

14. הפוסקים דלהלן התייחסו רק לתשובתו בח"ו, רנד, אך לא לתשובותיו האחרות שאוזכרו לעיל.

15. בתשובה נאמר ש"המלך חקק בנימוסיו [=חוקיו]". אולם, ייתכן שהלבוש ראה רק ציטוט חלקי של התשובה בבית יוסף, וממנו יכול היה להבין שהאב הסתמך על פסיקת ערכאות.

– אין להם תוקף, כי אז זו החלפה מערכתית של דין תורה בחוקי הגויים.¹⁶ כך למשל ביארו את הרשב"א ופסקו הרבנים קרליץ, בצרי וליאור (ראו לגביו בהערה).¹⁷

הרב אשר וייס מפרש הרשב"א כקודמיו, אך מצמצם יותר מהם את האפשרות לאמץ חוקים אזרחיים:¹⁸ אפשר לאמץ חוק מסוים כמנהג או כדינא דמלכותא רק ב-2 תנאים:

(א) החוק עוסק בתחומים חדשים, שבהם "דפוסים החיים עברו שינוי מוחלט... ואי אפשר כלל לדמות את הנוהג בזמנינו למה שנהגו בימי קדם". כדוגמאות לתחומים חדשים ציין את "מערכת יחסי הממון שבין עובד למעביד, וכן בתחומי המסחר, וכן בנוגע ליחסי שכנות בבניינים משותפים". בנושאים אלו "החוק האזרחי יש לו משקל רב בדין תורה... וכיון שבהכרח שיהיו כללים בדיני הממון בכל תחום מתחומי החיים, בהכרח לקבל את החוק כבסיס למנהג".¹⁹

(ב) החוק אינו נוגד "עיקרון מוסרי" הלכתי או "צדק תורני". למשל, חוקי הירושה האזרחיים נוגדים את "הצדק התורני" בשל מגמתם הליברלית להשוות בין האיש והאישה.²⁰ המונחים הנ"ל טעונים כמובן פרשנות ויישום. הקביעה האם חוק מסוים ייחשב כנוגד ערכי "מוסר וצדק תורניים" מסורה לשיקול דעתו של הדיין בכל עניין לגופו, ואי אפשר לקבוע בזה כללים ברורים מראש.²¹

בנוגע לחוק הישראלי כותב הרב וייס,²² כי מנהג תקף רק אם "נתפשט באופן נרחב בכלל הציבור". מכאן, שלדעתו יש חוקים שלא התפשטו "באופן נרחב" בישראל, אך לא ציין לדוגמאות. לדבריו, אנו חיים "בתקופה שבה ציבור גדל והולך של שומרי תורה... משתית את אורחותיו על חושן המשפט", ומספר בתי הדין לממונות הפוסקים לפי חושן משפט גדל, ולפיכך "תמוה להניח שכל ההסכמים שבין אדם לחברו נעשים על דעת חוק המדינה". אמנם, הוא מודע לכך שכמה אחרונים כתבו, שאנשים מתקשרים בעסקאות בהתאם לחוקי המדינה.²³ אולם, שלא כדבריהם, הוא מסייג זאת לציבור שנוהג להסתמך

16. לפי פרשנות זו, בתשובות האחרות נתן הרשב"א תוקף למנהגים הנוגעים לחוק מסוים, ואילו בפרפיניאן, כך הבין, נהגו לפי חוקי המלך בכל נושא: "שהכל יודעים שהם הולכים [באופן כללי] בדיני הגויים". על תנאי בחוזה להתדיין לפי החוק האזרחי: הרב דוד בס, "חוזים על פי דיני התורה", כתר א (תשנ"ו), 137-129;

Rabbi A. Yehuda (Ronnie) Warburg, *Rabbinic Authority* (2013), pp. 196-199 (דיין בארה"ב).

17. הרב שמריהו יוסף נסים קרליץ, "בענין כמנהג המדינה", מסורת ו (תש"ל), עמ' קיז-קיח: אסור להתנות "להתנהג לפי [כל] חוקותיהם", אבל "פרט [חוק] פלוני" - מותר לאמץ באמצעות תנאי או מנהג; הרב עזרא בצרי, דיני-ממונות ח"ג (תש"ס), עמ' קצז, הערה; הרב דב ליאור (הובא ב"החוק האזרחי", לעיל הע' 2, עמ' 266-269): אסור לאמץ "מערכת כללית של חק" מכוח מנהג או עיקרון אחר, אך יש לאמץ חוקים מסוימים.

עם זאת, כשסבר שחוק מביא לאי צדק לא פסק כמותו, מכוח סמכותו כבורר לפסוק על דרך פשרה. ראו שם. הרב אשר וייס, "היש תוקף לחוקי המדינה מצד מנהג המקום?", תחומין לד (תשע"ד), 171-172: "חלילה להניח שהחוק האזרחי הוא המנהג המחייב בכל תחום... הנחה זו כבר דחה הרשב"א בשתי ידיים בתשובתו"; שו"ת מנחת-אשר ב, קכב.ד. על עמדתו כלפי חוק ופסיקה אזרחיים: "יחס הדיינים", לעיל הע' 2, 353-359.

19. הרב וייס, "היש תוקף", שם, 171-174; שו"ת מנחת-אשר, ב, קכד, א. והשוו לדברי הרב בצרי, לעיל הע' 17.

20. הרב אשר וייס, "גדרי היתר לפנות לערכאות", תחומין ל (תש"ע), 281; "יחס הדיינים", לעיל הע' 2, עמ' 354; שו"ת מנחת-אשר, ב, ס"י קכב, אות ג. וכבר קדם הרב אברהם שרמן וקבע שאסור לאמץ חוק שיסודו "בהשקפת עולם" שונה משל דין תורה, ולכן אסור לביה"ד לאמץ את "הלכת השיתוף" שקבע ביהמ"ש העליון, המחייבת בעת פירוד לחלק בשווה את רכוש בני הזוג. על מחלוקת דייני בית הדין הרבני הגדול, הרבנים דיכובסקי ושרמן, בעניין זה, ראו מאמריהם: תחומין יח (תשנ"ח), 18-40; יט (תשנ"ט), 205-220. וראו להלן הע' 51.

21. כך אמר לי מו"ר הרב אשר וייס בשיחה. כל דבריו במאמר זה הועלו על הכתב ואושרו על ידו.

22. הרב וייס, "היש תוקף", לעיל הע' 18, עמ' 172. המובא להלן עד סוף הסעיף מבוסס על דבריו שם.

23. הוא ציין לדברי ר' אריה ליב (מהרא"ל) צינץ (פולין, 1768-1833), מקצוע בתורה על הלכות הלואה, ס"י עג, כג; ר' יהודה ליב גרויברט (פולין-טורונטו, 1861-1937), שו"ת חבלים-בנעימים ח"ה ס"י לד (קבלת צדקה מאישה

"על החוק האזרחי בכל דבר", ולגביהם "אכן החוק נתפס כמנהג". לעומת זאת, "בציבור אחר שההלכה לבדה היא נר לרגליו, אין החוק נתפס כלל כמנהג מחייב".

מדבריו אלו (משנת 2012) משתמע, שחלק ניכר מהציבור הדתי בישראל מתקשר בעסקאות לפי ההלכה ולא לפי החוק. לעניין נראה, כי בזמננו רוב הציבור הדתי והחרדי מתקשר בחוזהים דווקא בהתאם לחוק. בחלק מהמקרים, כגון במכר דירה ולעתים גם בהשכרתה, נהוג להסתייע בעורכי דין, הפועלים אף הם לפי החוק.²⁴ וכבר התלונן על כך הרב ישראל גרוסמן בשנת 1984, ודומה שבעניין זה לא השתנתה המציאות מני אז.²⁵

אולם, נימוקו העיקרי של הרב וייס אינו מושתת על כוונת הצדדים (עניין עובדתי) אלא על מדיניות הלכתית (עניין ערכי), שאותה ביסס, כרבים אחרים, על תשובת הרשב"א. כלומר, גם אם נהוג להתקשר בכל נושא לפי החוק, כדברי האחרונים הנ"ל, לא ראוי לפסוק לפי מנהג זה, שכן המרנו דין תורה בחוק ו"עדיין עומדים דברי הרשב"א כתמרוך אזהרה שאסור לנו לעזוב באר מים חיים ולחצוב תחתיו בורות נשברים".

3. המגמה של אימוץ החוק

יש מחכמי ההלכה שהבינו, כי הרשב"א אסר אימוץ חוקי גויים כמנהג רק אם נעשה מתוך מגמה להידמות להם ולא מטעם ענייני,²⁶ וייתכן שכך הבין גם מהר"ש.²⁷

אם זו כוונת הרשב"א, אבחנה זו קשה ליישום: כיצד ידע הדיין, האם מנהג לפעול לפי חוק מסוים נובע מרצון לחיקוי הגויים ולא משום שהחוק יעיל? ייתכן שניתן להיעזר באמור לעיל בסעיף (2): "תנאי כללי ותנאי ספציפי". כלומר, היקף האימוץ של החוק עשוי להצביע על מגמת אימוצו: אם נוהגים רק בעניינים מסוימים לפי החוק - מסתבר שזה נובע משיקולי יעילות. אולם, אם נוהגים בכל עניין לפי החוק - מסתבר, אף שאינו הכרחי, שהדבר מצביע על מגמה לחיקוי הגויים ולקבלת חוקיהם כחלופה לדין תורה.

באופן דומה פירש את הרשב"א הרב יונה רייס.²⁸ הוא דן בתוקף תנאי מפורש או מכללא (מכוח מנהג) של בעלי דין להתקשר לפי החוק, ומאבחן בין שני סוגי מקרים: (א). אימוץ החוק כי זהו החוק ו"סומכים [עליו] יותר... מדיני ישראל", כגון שמקבלים אותו גם אם ישתנה בעתיד - אסור. אולם, (ב). אימוץ החוק במצבו העכשווי, בגלל שכך המנהג - מותר, כי אין בכך ייקור חוקי הגויים וקבלת סמכותם אלא תנאי ממון בעלמא.²⁹ הוא מצביע על שני מדדים חלופיים לכך שאימוץ חוק בחוזה אינו נובע מקבלת סמכותו: (א).

ללא ידיעת בעלה: "אך נראה במדינה זו [קנדה], שע"פ 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 שכן המנהג והכל נוהגים כן וכחה ככחור".

24. יצוין שגם הרב וייס ("גדרי היתר", לעיל הע' 20) מודה, כי גופים כדוגמת קופות חולים וחברות ביטוח, אשר ודאי אינם מסכימים להתדיין לפי ההלכה, מתקשרים בחוזהים בהתאם לחוק האזרחי, ומחויבים בהתאם לו.

25. בהקדמה לשו"ת משכנות-ישראל (תשמ"ד), על שקבלנים וקונים חרדים מתקשרים בחוזהים לפי החוק.

26. הרב פרופ' יעקב בלידשטיין, "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית", דיני-ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח), מב.

27. ר' חיים שבתי (סלוניקי, 1557-1643) שו"ת תורת-חיים, לעיל הע' 5: "אין ספק" שמנהג יהודי רודוס שבנות יירשו קבנים נוצר מחיקוי הגויים, ולפי תשובת הרשב"א זה "מנהג גרוע". מסתבר כי היות שמנהג זה משקף תפיסה זרה של שוויון בין המינים, לכן היה ברור למהר"ש שיהודים אמצוהו מתוך הזדהות עם תפיסה זו.

28. הרב יי רייס, "מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון", שערי-צדק (תשס"ד), 294-295. דיין בביה"ד של אמריקה בניו יורק (כיום אב"ד Chicago Rabbinical Council). מעיד שבבי"ד זה אם התנו מראש, כגון בעת

נישואין, שסכסוך יוכרע לפי החוק, דנים כך, ונראה שלדעתו גם אם לא התנו, יש לפסוק לפי החוק מכוח מנהג. לדבריו זו שיטת שו"ת אגרות-משה חו"מ א, עב (חוק הגנת הדייר). אולם ר' משה פיינשטיין לא הזכיר שם את שו"ת הרשב"א, ולא תלה זאת בשאלה האם נהגו כחוק כדי לחקות הגויים, ומסתבר שלא חש לרשב"א.

הותנה לפסוק לפי חוקים מסוימים בלבד. (ב). צוין במפורש שקבלת אותם חוקים נובעת מהעובדה שכך הוא המנהג.

4. האם החוק עוסק בנושא שאינו ניתן להתניה (הוא "נגד דין תורה")?

לדעת הרב זלמן נחמיה גולדברג (הגרז"ן)³⁰, אין די במגמת האימוץ, והרשב"א אסר "רק כשבא [החוק] להתנות נגד דין תורה, כמו לבטל ירושת הבעל", וחיידושו: אף שאפשר להתנות בממון, אבל אסור "להתנות נגד דין תורה בגלל חוקות הגוים". כלומר, הרשב"א אסר לאמץ חוק רק בהתקיים שני אלו: (1). הוא "נגד דין תורה"³¹ ו-(2). הצדדים מאמצים אותו "בגלל" [שכך] חוקות הגוים". בנסיבות אלו, אימוץ החוק אסור, אפילו נעשה על ידי תנאי מפורש – "וכל שכן כשלא התנה כלל, אלא נאמר שכל שרגילים לילך בחוקי הגוים כאילו התנה [על כך מכללא]", שכן אז עקירת ההלכה גדולה יותר.

לעומת זאת, כאשר תנאי בהסכם אינו "נגד [דין] התורה" – כגון התחייבות מעביד לתת לעובדיו חופשה שנתית או פיצויי פיטורין, בעל שמתנה לתת לאשתו בכתובתה מאה מנה ושומר שסיכם על אחריות שונה מזו שבהלכה – יש לו תוקף, גם אם הותנה "בגלל שכן נוהגים הגוים", היינו בגלל שכן הוא החוק, ו"לא שמענו מי שיפקפק לאסור דבר זה... [ו]אפילו לא התנה [במפורש] אמרינן אדעתיה דמנהגא עביד". לדעתו, חוק העוסק בתנאי שכר של עובד ובשאר הנושאים הנ"ל – אינו נחשב "נגד דין תורה", כי בנושאים אלו "אין בהם דין תורה שכך רצון התורה [שינהגו דווקא באופן מסוים]". הגרז"ן מאבחן אפוא בין שני סוגי דינים: (א). דין כופה (קונטרי), כגון ירושת הבעל, ולכן תנאי מפורש או מנהג לשנותו נחשבים "נגד דין תורה", ואם נעשו בגלל שכן החוק האזרחי – הם אינם תקפים. לעומתו (ב). דין שהוא רק בררת מחדל, היינו ניתן להתניה (דיספוזיטיבי), כדוגמת דיני עבודה, ולכן תנאי או מנהג לשנותו אינם נחשבים "נגד דין תורה", וגם אם נעשו בגלל שכן הוא החוק, והחוק שונה מן ההלכה – הם תקפים.³²

פרט לדוגמאות הנ"ל, הגרז"ן אינו מבאר כיצד יידע דיין בנוגע לדין ממוני מסוים ש"רצון התורה" שלא יוכלו הצדדים להתנות עליו, וממילא שחוק שקובע אחרת ייחשב "נגד דין תורה". הקביעה שחוק אזרחי מסוים הוא "נגד" דין תורה נראית בעייתית, שכן כל חוק שאינו זהה להלכה ממונית, לא רק בענייני ירושה, הוא "נגד" דין תורה.³³

ה. האתגר וקשייו: פסיקה בדיני ממונות התואמת למציאות המשפטית והמסחרית

פרק זה מבוסס, בין היתר, על שיחות לאורך שנים עם דיינים לצורך ליבון הדברים, ומטרתו להציג שאלות לעיונם. לצערנו, טרם זכינו שהמשפט במדינת ישראל יושתת על

30. "תשובת הגרז"ן גולדברג שליט"א", ישרון יא (תשס"ב), עמ' תשב; הרב בס, לעיל הע' 16, עמ' 131, הערה

309. על שיטת הגרז"ן בנוגע לתוקף החוק מכוח מנהג ראו עוד: "החוק האזרחי", לעיל הע' 2, עמ' 271.

31. תנאי זה מבוסס ככל הנראה על השי"ד, לעיל הע' 5.

32. במקום אחר הציג הבנה שונה של תשובת הרשב"א (שאינה סותרת בהכרח): האבחנה אינה האם דין התורה נשוא החוק ניתן להתניה, אלא האם לפנינו התניה על דין תורה או התחייבות ממונית: "לא אסר הרשב"א אלא במתנה על מה שכתוב בתורה, שאף שבדבר שבממון תנאו קיים, [אבל] כגון שמתנה שלא יירש את אשתו - בזה אסר הרשב"א, אם עושה כן מפני שהוא הולך בדרכי הגויים". לעומת זאת, הרשב"א לא אסר כשאדם "מתחייב לשלם [ממון שאינו חייב כגון] אם יזיק בגרמא... גם אם עושה כן מפני שהגויים נוהגים כן... שהרי אינו מתנה על מה שכתוב בתורה אלא מתחייב". דברי הגרז"ן נרשמו מפיו ע"י הרב רפאל שטרן במכון אריאל (הארי פישל) בירושלים, ואושרו על ידו. והשוו לדבריו בספרו לב-המשפט, א (תשי"ן), שיעור לא, עמ' רפה-רפו.

33. כך כבר הקשה החזון-איש (ח"מ, ליקוטים, טז, א) על השי"ד, לעיל הע' 5. בנוגע לשי"ד הנ"ל ולקושיה עליו ראו: הרב וייס, "גדרי היתר", לעיל הע' 20, עמ' 279-281; שו"ת מנחת-אשר, ח"ב, סי' קכא, אות ח.

דין תורה. המצב הקיים מציב קושי ואתגר גדול בפני הדיינים. מצד אחד, דין תורה אינו יכול להתעלם מהמציאות המשפטית והמסחרית, אולם מצד שני, אין לנו כיום גוף שמתקן תקנות שיתאימו את דיני הממונות לזמננו, והתוצאה היא, שבעוד אשר החוק האזרחי מתעדכן ומתאים עצמו למציאות החיים, דיני חושן משפט אינם תמיד כאלה.

בתי הדין עמלים לתרגם את דיני חושן משפט לזמננו, אולם אינה דומה פסיקה נקודתית (*ad hoc*) לתקנה-חקיקה כללית, מה עוד שפסיקת בית דין אחד אינה מחייבת את רעהו. מסתבר לדעתנו, כי לכשיושתתנו חוקי המדינה על אדני התורה, יאמצו חכמי ההלכה הסדרים רבים מן החוק האזרחי כתקנות. ראוי גם לעני"ד שתיקבע שיטת "התקדים המחייב", הנהוגה כיום במערכת האזרחית, לא רק בתחומי הממון, כדי שפסיקות בית הדין הגדול יחייבו את כל בתי הדין, ויהיו תורה אחת ומשפט אחד לכל.

בשתי דרכים, שאינן נקיות מקשיים, אפשר להתמודד עם הקושי שתואר לעיל. הראשונה נפסקה בשנת 1957 ע"י הרב הנקין, מגדולי פוסקי ארה"ב (ואחריו), חלק מחכמי ארה"ב ובהם הרב פינשטיין).³⁴ לדבריו, כאשר יהודים "שומרי תורה... [ו]חכמי התורה... מתקנים תקנות מיוחדות" עבורם, אין לפסוק לפי החוק אלא לפי ההלכה. לעומת זאת:

"בזמן ובמקום שאין לישראל בתי דינין קבועים וטובי העיר, והממשלה חוקקת חקים לטובת העם, בדברים שבממון, שתלויים במנהגי המדינה - הכל חייבים לנהוג בדיני הממשלה, וכשיבא הדבר לדייני ישראל לדיינין בדיני הממשלה, וכחם כח מנהגי המדינה בישראל... ואף שלפעמים אין זה ע"פ השו"ע".

כיוון שאין בתי דין בעלי סמכות אכיפה ולא התקנת תקנות, הרי שהחוק שנחקק "לטובת [בני] המדינה" מחייב מכוח דינא דמלכותא ומנהג. לדעת הרב הנקין, הרשב"א בתשובתו³⁵ דיבר על מציאות של קהילות "עם טובי העיר נבחרים לתקן תקנות", אבל בימינו, כשאין זה כך, "פשוט דחקי המדינה הם צריכים להיות נר להדיינים של ישראל".

הקושי בדרך זו: איבוד עצמאותו של דין תורה. ואף זאת, אם בתי הדין ידונו לפי החוק, לא יהיה מי שיפתח את דיני חושן משפט ויתאימו לימינו. ברם, הרב הנקין סבר כי פסיקה זו נגזרת בהכרח ממצבו העכשווי של עם ישראל, הן בארצו והן בחו"ל, וכי כל עוד איננו חיים תחת שלטון המשתית חוקיו על דין תורה, אזי - בדיני ממונות, הנתונים להתניה ("תלויים במנהגי") - יש לפסוק לפי "חוקי המדינה, [ש]הם הם המנהגי".

הדיינים בישראל לא קיבלו עמדה זו בשל האיסור שהזכיר הרשב"א בתשובתו להמיר דין תורה בדין זר, והלכו כאמור לעיל בדרכים אחרות. לדידם, הפסיקה צריכה להלך בין שני קצוות: לשמור על עצמאותה מצד אחד, ובד בבד להתמודד עם המציאות המודרנית.

התשובה לשאלה, מתי לדידם יש לאמץ חוק ומתי לא כלל אינה פשוטה. לכאורה, הפתרון פשוט: לאמץ את הפרשנות המקובלת לתשובת הרשב"א, ולפיה אפשר לפסוק לפי חוק מסוים אך אין לקבל את כל החוקים כמערכת. אולם, עמדה זו מעוררת קושי: אם בכל מקרה פרטני ייפסק לפי חוק מסוים, נמצא שאימצנו את החקיקה האזרחית כולה.

34. הרב יוסף אליהו הענקין, "בענין דינא דמלכותא דינא", הפרדס לא, ז (תשי"ז), 3-5 [=כתבי הגרי"א הענקין ב, תשובות איברא (תשמ"ט), עמ' קעד. וראו הוספותיו שם, עמ' קעו-קעז]: "חוץ מדיני ירושות שאינם תלויים במנהגי". דיבר על ארה"ב, אך כתב שכך הדין גם ב"מלכות ישראל... אפילו כשהם עבריינים". ומכוח מנהג: אגרות-משה, לעיל הע' 29. "החוק האזרחי", לעיל הע' 2, עמ' 264 (ודלא כמו"ר ר"א וייס, לעיל הע' 18); ר"י רייס, לעיל הע' 28; מו"ר הרב אהרן ליכטנשטיין (דברים שבעל פה. ונקווה אי"ה להרחיב בהם במקום אחר). 35. הוא לא הזכיר את תשובת הרשב"א אלא את "השי"ך [לעיל הע' 5] שחולק על רמ"א", שציטטה ופסק על פיה.

הדיינים שחלוקים על עמדת הרב הנקין נוהגים להפעיל עקרונות, אשר אפשר לכנותם "מנגנוני סינון", שבאמצעותם הם מכריעים האם לאמץ חוקים אזרחיים. עקרונות אלו מתייחסים למגוון דרכי האימוץ של חוקים, וביניהן דינא דמלכותא, מנהג ותנאי מפורש בהסכם.³⁶ "מנגנוני הסינון" העיקריים הם: (א). האם המנהג, שנוצר מכוח חוק, הוא "מנהג גרוע" (ר"ת בתוספות, ב"ב ב,א, ד"ה בגויל). (ב). האם החוק נחקק "לתקנת בני המדינה" (רמ"א, חו"מ שט,יא). (ג). האם חכמי ההלכה היו מחוקקים את החוק הנידון (שו"ת חתם סופר, חו"מ,מד). (ד). האם החוק מנוגד ל"עיקרון מוסרי" הלכתי או ל"צדק תורני".³⁷ (ה). האם החוק "נגד דין תורה", כלומר עוסק בנושא שלפי ההלכה אינו ניתן להתניה.³⁸ (ו). האם החוק מביא לתוצאה שאינה צודקת בנסיבות העניין.³⁹

נקל להבחין כי כל המונחים הללו כלליים וקשה להגדירם במדויק, בלשון התורת-משפטית: אלו עקרונות (Standards) ולא כללים מפורטים (Rules).⁴⁰ ומכאן, ששאלת אימוץ החוק תוכרע על פי שיקול דעת הדיין לאור יחסו הערכי לחוק ולאור הנסיבות.⁴¹ מוסכם, כי דיני הירושה האזרחיים "מנוגדים" לדין תורה (הגם שבדרך כלל מצאו בתי דין רבניים ממלכתיים בישראל דרכים לחלק ירושות לפי החוק).⁴² אולם, במקרים רבים קשה להכריע, האם החוק נחקק "לתקנת בני המדינה", האם הוא נוגד ל"מוסר וצדק תורניים" וכד', ויש צדדים לכאן ולכאן. לדוגמא: הלכת השיתוף,⁴³ חוק ההתיישנות,⁴⁴ שכר מינימום,⁴⁵ החוק שמתווך מקרקעין אינו זכאי לדמי תיווך ללא מסמך בכתב,⁴⁶ והעדר תוקף לויתור של עובד על זכויותו הסוציאליות, שלפי החוק הן קוגנטיות.⁴⁷

36. יש להוסיף גם תקנות קהל ומשפט המלך, שבהם נעשה שימוש מועט בפסיקה בזמננו. אין כאן המקום לדון בשאלה, כיצד משפיעה השקפת הדיין בנוגע למדינת ישראל על מידת אימוץ החוק האזרחי בפסיקותיו.
37. הרב אשר וייס, לעיל ליד הע' 20.
38. רז"נ גולדברג, לעיל ליד הע' 30.
39. הרב דב ליאור, לעיל הע' 17.
40. אמנם, "כל הגדרה טומנת היא בתוכה גרעין של ספק ואי-הוודאות". הרב אריה (רוני) ורבורג, "מיגוון השיטות בהסדרת יחסי ממוון בין בני זוג: קביעת זכויות בבית מגורים", הדרום עא-עב (תשס"ב), 136-137 (לגבי "תקנת בני המדינה"). אולם כאמור, ההגדרות דגן מנוסחות מלכתחילה כעקרונות כלליים ומופשטים.
41. כך אמר לנו ר' אשר וייס, לעיל ליד הע' 21. כמה דיינים אמרו לנו (למשל, הרבנים ליאור, לעיל הע' 17, ולוי, להלן, הע' 46), שכאשר חוק מסוים מביא לתוצאה שאינה צודקת בעיניהם בנסיבות, אינם פוסקים על פיו.
42. דיני הירושה האזרחיים הם עניין ממוני חריג – ולפיכך אי אפשר להקיש מהם לשאר החקיקה האזרחית – שכן מלבד התפיסה הבעייתית של השוויון שבין המינים, הלכות ירושה אינן ניתנות להתניה. ואכמ"ל.
43. שקבע בית המשפט העליון. ראו מחלוקת הרבנים דיכובסקי ושרמן, לעיל, הע' 20, ולהלן הע' 51.
44. הרב עוזיאל (שו"ת משפטי-עוזיאל חו"מ,כח) פסק שחוק זה נוגד לדין תורה ויש בו "היתר לגזול". אולם אפשר לטעון להיפך: כפי שהמחזיק בקרקע אינו צריך לשמור את שטר הקנייה יותר משלוש שנים, כך אנשים אינם שומרים מסמכים מעל שבע שנים, ובמקרקעין עשרים וחמש שנים, ומשום כך קבע המחוקק שתביעות לאחר שעברו תקופות אלו יידחו, בהעדר יכולת של הנתבע להביא להגנתו מסמכים או עדים שזוכרים את האירוע.
45. חיוב מעביד בשכר מינימום מביא לעתים לפיטורי עובדים, ולכן עשויים לטעון שהחוק "נגד" ההלכה. אולם מנגד, בחקיקה יש להעדיף את טובת הרבים על פני נזק שעלול להיגרם ליחידים. הרב יהודה זולדן, 'שבות יהודה וישראל' (תשס"ז), 470-473. כך גם דעת הרב הנקין, לעיל הע' 34, אות ט (לגבי חוק הגנת הדייר).
46. יש דיינים שנתנו תוקף לחוק זה, כי נועד למנוע מריבות. לעומתם, יש מי שסבר שאין לתת לו תוקף כאשר ברור שהתיווך נעשה בשכר, כי אז "לקתה מידת ההגינות", ולו נשאלו חכמי ההלכה לא היו מחוקקים כך (על פי שו"ת חתם-סופר, חו"מ,מד הני"ל). הרב סיני לוי, תיק 73042 (ארץ חמדה - גזית, י-ם) (תשע"ג), עמ' 2.
47. לסקירת הדעות השונות בעניין זה: הרבנים אורי דסברג ויחזקאל שטיינהולץ, תחומין כ (תש"ס), 78-83; ומאמרנו, "דיינים בבתי דין ממלכתיים ופסיקה לא-ממלכתית - יחס הדיינים בישראל לויתור של עובדות על זכויותיהן מכוח חוקי המגן: עקרונות-על ואידיאולוגיה", מחקרי-משפט ל, ב (טרם פורסם).

קשה אפוא לחזות מראש האם דיין פלוני יאמץ חוק אלמוני. מצב זה יוצר חוסר ודאות, ולפיכך גורם להרחקת טוענים רבניים, עורכי דין ואנשים מן השורה משערי בתי הדין.⁴⁸ גם כאשר ידועה עמדת הדיינים יש בעיה באי האחידות ביניהם. לא אחת יודע בעל דין מה חושבים דיינים לגבי תוקפם של חוקים מסוימים או של החקיקה האזרחית בכללה, ומנסה לבחור הרכב שעמדתו נוחה עבורו (Forum Shopping).⁴⁹ ראייה לחוסר הוודאות הנזכר: במאמר קודם בתחומין הבאנו מגוון עמדות של דיינים זמננו בשאלה מתי יש לאמץ חוקים אזרחיים, ונוכחנו כי כמעט כל דיין הציע אמת מידה אחרת.⁵⁰

בתי המשפט, לעומת זאת, כפופים כולם לאותם חוקים, היינו לאותם "כללי משחק" בסיסיים, והשוני ביניהם, שאמנם אין להמעט בו, הוא בפרשנות החוקים. בנוסף, הם כפופים לפרשנות בית המשפט העליון לחוק, דבר שאין לו מקבילה בבתי הדין לממונות. מנגד, יש הטוענים כי בבתי המשפט החוק אמנם ברור למדי, אך מרחב שיקול הדעת שיש לשופט - בפרשנות החוק ובאופן יישומו, בקביעת גובה פיצויי נזק, בדיני ראיות וכד' - גדול הרבה יותר, כך שלא ברור שהוודאות בבית המשפט אכן עולה על זו שבבית הדין.

קושי נוסף הוא, שנוצרת תחושה שהפסיקה בבתי הדין אינה תואמת את כוונת המתקשרים. שכן, בעוד הללו מתקשרים, לענ"ד כמעט תמיד, בהתאם לחוק⁵¹ - מכללא, גם אם אינם מכירים את פרטיו⁵² - בית הדין פוסק לעתים לפי דין תורה ולא לפי החוק.

שתי טענות מרכזיות, קשות בעינינו, מועלות כנגד האמור, האחת נוגעת לכוונת הצדדים בעת ההתקשרות והשנייה לכוונתם כעת, בבואם לבית הדין. לפי הטענה הראשונה, בני אדם אינם מתקשרים על דעת החוק, ודאי כאשר אינם יודעים את פרטיו או כאשר לא העלו על דעתם שייזקקו לאותו חוק.⁵³ כאמור לעיל, דעתנו בנקודה זו שונה. ועוד, הם בדרך כלל אינם מכירים גם את דין תורה, ואין סיבה להניח שפעלו על פיו.

לפי הטענה השנייה, כאשר באים צדדים לבית הדין מרצונם וחותמים על שטר הבוררות, אות הוא שהם חפצים בפסיקה לפי "דין תורה נטו" ולא דווקא לפי החוק. משמעות הטענה האחרונה היא, כי גם אם יש למתדיין זכות ממונית לפי החוק, בהסכמתו להתדיין בבית הדין הוא מוחל על זכות זו ומסמיך את הדיינים להתעלם מהחוק, בהתאם לשיקול דעתם. לדעתנו, המתדיינים הבאים לבית הדין אינם מוחלים על זכויותיהם מכוח החוק, כפי שאינם מוחלים על זכויותיהם מכוח המנהג. לסיום יודגש: כאשר בית דין פוסק לפי החוק האזרחי, זהו פסק "לפי דין תורה" ולא "לפי החוק", שכן ההלכה היא שקבעה שבממון הולכים לפי מנהג, וכאמור בימינו המנהג תואם כמעט תמיד את החוק.⁵⁴

48. גם הרב רייס, לעיל הע' 28, עמ' 295, כותב שיש "תועלת גדולה... בימינו" שבית הדין יפסוק למתדיינים לפי החוק, מכוח תנאי מפורש שעשו או מכוח המנהג, "כדי שהם יתדיינו בפני ב"ד ואל יפנו לערכאות".

49. כיוון שמקום הדיון נקבע על ידי הנתבע, כל אימת שהלה יחשוב שההרכב שנבחר לדון בתיק אינו נוח עבורו, הוא יוכל לדרוש שהתיק יועבר לבית דין אחר, אשר פסיקתו עשויה לדעתו להיטיב עמו.

50. "האם חוקי המדינה", לעיל הע' 2, עמ' 87-92, בין היתר על סמך ראיונות. וראו גם הדעות שהובאו לעיל.

51. כך לדעתנו גם לגבי פסיקת ביהמ"ש העליון, שלפי החוק האזרחי מחייבת כחוק, אולם זה ראוי לדיון נפרד.

52. לדעתנו, אדם מתקשר בעסקאות באופן כללי על דעת המנהג והחוק המקומיים אפילו אם אין הוא מכיר את פרטיהם, וכך גם דעת רוב הפוסקים. ראו: "האם חוקי המדינה", לעיל הע' 2.

53. דיין ברשת ארץ חמדה-גזית אמר לי, כי במאות פסקי דין שנידונו ברשת הוא כמעט שלא נתקל ולו במקרה אחד שבו טענו הצדדים שהם גמרו בדעתם על פי החוק האזרחי. אנו מסכימים שצדדים אינם מתקשרים מתוך ידיעת פרטי החוק, אולם, לדעתנו הם מתקשרים מכללא על דעת האמור בחוק למרות שאינם מכירים אותו.

54. כך כתב גם הרב הנקין, תשובות איברא, לעיל הע' 34, עמ' קעו. בנוגע לחוקים שנהגו במקומות מסוימים להפר אותם, ראו: "יחס הדיינים", לעיל הע' 2 (חוקי הבנייה), "דיינים בבתי דין", לעיל הע' 47 (זכויות עובדים).

* * *

זכינו ב"ה בדורנו לפריחת בתי דין לממונות, שרבים מהם מקפידים על התנהלות ראויה. הצבענו על האתגר העומד לפתחם של בתי הדין בזמננו, להתאים את דיני חושן משפט למציאות המשפטית והמסחרית, ועמדנו על קשייו העיקריים: העדר התקנת תקנות בימינו והצורך ביצירת פסיקה ודאית ואחידה בנוגע לאימוץ חוקים אזרחיים.

אנו חיים כיום לצערנו, כמו דורות רבים לפנינו, במצב שאינו אידיאלי. דין תורה אינו החוק המחייב במדינה, והגם שזכינו בדורנו להתקדמות רבה וחשובה, דיני חושן משפט עדיין אינם תואמים דיים לזמננו, ותקנות שהיו עשויות לשנות זאת אינן מתקנות.

במצב זה על הדיינים להשתדל ולקבוע, איש איש בבית דינו, כללים ברורים בשאלת אימוץ החוק; כך תגדל הוודאות המשפטית ובעקבותיה מסתבר גם מספר המתדיינים. אם יצליחו רשת או כמה רשתות של בתי דין להסכים ביניהם על עקרונות אחידים בנושא זה ולעמוד בהם, הדבר יהיה לברכה רבה. צעדים חשובים בכיוון זה עשה הרב דניאל כ"ץ, דיין בבית הדין האזורי באשקלון, ולשעבר דיין ברשת בתי הדין של ארץ חמדה-גזית, שעסק בשאלת מעמדו של מנהג שיצר החוק, ⁵⁵ ויפה עשתה רשת זו: הן בהסכם הבוררות שלה, ⁵⁶ והן בפרסום מדיניות ההלכתית לגבי תוקף החוק. ⁵⁷ לפני שנים אחדות היא אף פרסמה באתר רשימת חוקים שאוזכרו בפסיקותיה, כך שניתן לראות האם וכיצד פסקו הדיינים על פיהם. עם זאת, ראוי לציין כי מדובר בקווי מדיניות בלבד ולא בכללים מחייבים, וכי שאלת אימוץ החוק ועניינים נוספים הנזכרים בהסכם הבוררות עדיין תלויים בשיקול דעת בית הדין בכל תיק. ראוי אפוא שבתי הדין לממונות כולם יוסיפו ויגבירו ככל יכולתם את הוודאות והאחידות בשאלת אימוץ החוק האזרחי.

ו. סיכום

1. מאמר זה דן בשאלת תוקפם ההלכתי של חוקי מדינה מכוח דינא דמלכותא ומנהג, ומתמקד בשאלה באיזו מידה צריך בית דין לממונות לפסוק לפי החוק האזרחי. מדובר רק בחוקים העוסקים בחיובים הסכמיים, כגון: חוזים, מכר ודיני עבודה.
2. הרשב"א בתשובותיו מעניק תוקף למנהגי גויים ולחוקיהם, אם נהגו כך יהודים, ונימוקו: בני אדם מתקשרים על דעת המנהג, ולכן המנהג הוא תנאי מכללא בהסכם.
3. לתשובת הרשב"א המפורסמת בחלק ו, רנד, חשיבות רבה הן בשל העמדה העקרונית המובעת בה והן בשל העובדה שהבית יוסף, הרמ"א ואחרונים רבים פסקו כמותה.
4. הרשב"א בתשובה זו סירב לפסוק לפי חוק המלך – שקבע, בניגוד לדין תורה, שאב יירש נדוניה שנתן לבתו, ולא בעלה – למרות שנהגו לפיו: "ומ"מ לנהוג כן [לפי חוק המלך] מפני שהוא משפט גויים, באמת נראה לי שאסור, לפי שהוא מחקה את הגויים". תשובה זו סותרת לכאורה לדבריו בתשובותיו האחרות (כאמור בסעי' 2).

55. הרב דניאל כ"ץ, "נייר עמדה מס' 10: מעמד מנהג שיצר החוק", מופיע באתר דין תורה, מכון משפטי ארץ.
 56. ראו באתר "רשת בתי הדין ארץ חמדה-גזית": בהסכם הבוררות מתחייבים הצדדים לשלם נזקי גרמא וכן הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין. אולם, הדבר מסור לשיקול דעתו של בית הדין.
 57. במסמך "מעמדם של חוקי המדינה" מתשס"ח, המופיע באתר הני"ל תחת "מדיניות הלכתית", יש הכרה רחבה בחוק מכוח דינא דמלכותא ומכוח מנהג. למשל: "ב. מנהג. 1. כלל נקוט בידינו: התקשרויות נעשות על פי מנהג המדינה. 2. לחוק שמקובל בציבור יש תוקף הלכתי של מנהג". אולם, כאמור גם לפי מסמך זה הדבר מסור לשיקול דעת בית הדין, וראוי לבחון באיזו מידה פועלים הדיינים לפי המדיניות הני"ל.

5. הצגנו ארבע פרשנויות מרכזיות לתשובה ולאבחנה שבינה ליתר תשובות הרשב"א:
- (א). תנאי מפורש מול מכללא (לבוש). אינה מתיישבת עם יתר תשובות הרשב"א.
- (ב). הפרשנות המקובלת: אין תוקף למנהג או לתנאי לפעול בכל נושא לפי החוק, אלא רק לגבי עניין מסוים (הרבנים ניסים קרליץ, דב ליאור, עזרא בצרי, אשר וייס – והוסיף סייגים להלן, סעי' 6). הקושי: אימוץ נקודתי של חוקים הופך עם הזמן לאימוץ כללי.
- (ג). מגמת האימוץ: מותר לאמץ חוק אזרחי מסיבה עניינית, אולם לא בגלל שכך קובע החוק או בגלל שסומכים עליו יותר מאשר על דין תורה (ר' יונה רייס). לא ברור כיצד יקבע הדין, מה הייתה מגמת אימוץ החוק הזה. הצענו תשובה אפשרית לשאלה זו.
- (ד). אסור לאמץ חוק על ידי תנאי מכללא (מנהג) או מפורש - רק בהתקיים שני תנאים:
- (1). האימוץ נעשה בגלל שזהו החוק. (2). החוק הוא בעניין ש"רצון התורה" שלא יוכלו להתנות עליו, כדיני ירושה, ולכן הוא "נגד דין תורה". אולם, מותר לאמץ כנ"ל חוק בנושא הניתן להתניה, כדיני עבודה (רז"נ גולדברג). לא ברור כיצד יקבע הדין, האם הלכה ממונית מסוימת ניתנת להתניה או לא.
6. לדעת ר' אשר וייס, אפשר לאמץ חוק אזרחי רק אם הוא עומד בשני תנאים: (1). עוסק במציאות חדשה, כגון בתים משותפים, דיני עובד ומעביד ותחומי המסחר. (2). אינו נוגד "מוסר וצדק תורניים", כדיני ירושה. הקביעה בנוגע לסעיף השני כפופה לשיקול דעת הדין בכל עניין לגופו, ואי אפשר לקבוע בזה כללים ברורים מראש.
7. האתגר: יצירת פסיקה ממונית אחידה וודאית, התואמת למציאות המשפטית והמסחרית בימינו. קושי: אין כיום גוף שמתקין תקנות. שתי גישות בקרב הדיינים:
- (א). הגרי"א הנקין: בימינו, כשאין התקנת תקנות ואין בתי דין בעלי יכולת אכיפה, יש לפסוק לפי החוק מכוח דינא דמלכותא ומנהג, וגם הרשב"א יודה בכך. כך סברו, על סמך המנהג, עוד כמה מחכמי ארה"ב: הרבנים משה פיינשטיין, יונה רייס ומו"ר אהרן ליכטנשטיין. הקושי: איבוד עצמאות דין תורה. (ב). הדיינים בישראל חלקו על דעה זו.
8. בעלי העמדה האחרונה מפעילים מגוון "מנגנוני סינון" כדי לקבוע האם לאמץ חוק מסוים: האם היו מחוקקים אותו, האם הוא מנוגד למוסר ולצדק תורניים, מנהג גרוע, תקנת בני המדינה, האם עוסק בנושא שאינו ניתן להתניה, האם יישומו יגרום לעוול.
9. מנגנונים אלו קשים להגדרה, יישומם תלוי בשיקול דעת הדין לאור הנסיבות, ובמקרים רבים יקשה להכריע לאורם האם החוק הנידון ראוי לאימוץ או לא. מצב זה יוצר חוסר ודאות וחוסר אחידות בפסיקה, ומרחיק מתדיינים מלפנות לבתי הדין.
10. קושי נוסף: לעתים נוצרת תחושה שפסיקת בית הדין, שלא תמיד מחיל את החוק, אינה תואמת את כוונת המתקשרים שפועלים, לעני"ד כמעט תמיד, על דעת החוק.
11. שתי טענות, קשות בעינינו, מועלות כנגד האמור: (א). צדדים אינם מתקשרים על דעת החוק, ודאי כשאינם בקיאים בו. לדעתנו גם במקרה זה הם מתקשרים מכללא על דעת החוק. (ב). בואם לביה"ד מעיד שרצונם בפסיקה לפי "דין תורה נטו", גם לא לפי החוק; הם מוחלים על זכויותיהם מכוח החוק והמנהג, ומסמיכים את הדיינים להתעלם מהן לפי שיקול דעתם. לדעתנו, הבאים לביה"ד אינם מוחלים על זכויותיהם הללו.
12. מסתבר לדעתנו, כי לכשיושתת החוק בישראל על אדני התורה, יאומצו הסדרים רבים מהחוק האזרחי. ראוי גם לקבוע שיטת "תקדים מחייב", כדי שתהא התורה אחת.
13. על בתי הדין להגביר ככל יכולתם את הוודאות והאחידות באימוץ החוק האזרחי.