

חוקי הכנסת כמנהג המדינה וכתקנות הקהל

א. בדף הקודם דנו בשאלה האם הצורך בהסכמת אדם חשוב גורם לכך שחוקי הכנסת לא יוגדרו כתקנות הקהל. ראינו שיש חכמים הסבורים כך, אך רבים החולקים, וזאת בשתי דרכים:

האחת, הסכמה עם הטענה שההסכמה חסרה, אך טענה שהיא אינה מעכבת – כי היא נצרכת רק בתקנת בעלי מקצוע¹ ולא בתקנת כל בני העיר² או כי היא נצרכת רק במקום שבו יש ת"ח חשוב שממונה על הציבור³ ובמדינת ישראל אין חכם שכזה.

השנייה, הסכמה עם הטענה שההסכמה מעכבת, אך טענה שהיא קיימת – מכוח הסכמת הרבנות הראשית, מכוח הסכמת החכ"ם הדתיים שמתיעצים עם הרבנים, מכוח ההשתתפות של תלמידי החכמים בבחירות.

נראה אפוא שחוקי הכנסת נחשבים כתקנות הקהל, כך שלכאורה על בית הדין לדון לפיהם⁴. יסוד נוסף שמוביל לקביעה זו הוא היסוד של מנהג המדינה. המשנה מלמדת שהולכים אחרי המנהג בדיני העבודה (ב"מ פג):

השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב. מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב – אינו רשאי לכופן. מקום שנהגו לזון – יזון, לספק במתיקה – יספק, הכל כמנהג המדינה.

הסיבה לכך היא שמסתמא דעת הצדדים לפעול בהתאם למנהג המדינה, ותנאי שבממון קיים. היסוד של המנהג רלבנטי לתחומים שתלויים בדעת האדם וניתנים להתנייה, שמסתמא דעת האדם לפעול לפי מנהג המדינה ועל דעת כך נחתם החוזה, ואע"פ שלא התנו כך במפורש מסתמא כך היתה דעתם. וכך כותבים הראשונים במקום שבו המנהג להוסיף תנאי מסוים בשטר ואותו אדם לא הוסיפו (רמב"ן ב"מ קד):

1. שבה יש לחשוש שהתקנה תוביל להפסד של כל בני העיר, בהעלאת המחירים וכדומה. זוהי שיטת הריב"ש ויש ראשונים שחולקים עליו.
2. וחוקי הכנסת ודאי נחשבים כתקנת כל בני העיר ולא כתקנת בעלי מקצוע מסוים.
3. בלשונו של המגיד משנה: "ופירש הרב אבן מיגש ז"ל אדם חשוב ממונה על הציבור, וזהו שכתב המחבר לתקן מעשה המדינה כלומר שהוא ממונה על כך".
4. והדבר פשוט יותר מהדין המורכב על דינא דמלכותא דינא, וזאת מכמה סיבות:
(א) יש ראשונים הסבורים שדינא דמלכותא נאמר רק על דינים שנוגעים להנאת המלך ולא על דינים שבין אדם לחברו. סברה זו ודאי אינה שייכת בתקנות הקהל שנאמרו גם על דינים שבין אדם לחברו.
(ב) לדעת רבנו יונה אם המלך מאפשר ללכת לדון בדין תורה, בית הדין לא צריך לדון לפי חוקיו, וכך פוסק החזו"א בימינו לגבי החוק על הצורך ברישום בטאבו. גם סברה זו אינה שייכת בתקנות הקהל.
(ג) לדעת הש"ך, אין הולכים אחר דינא דמלכותא שסותר דיני תורה ממוניים. וזאת בניגוד לדעת הרמ"א. נראה שגם סברה זו אינה שייכת בתקנות הקהל שתקפות גם כאשר הן סותרות דיני תורה ממוניים.

ונראה מכאן דהא דאמר' דורש לשון הדין הכי קאמר שהיה עושה מנהג ההדישות עיקר ודן על פיהם כאלו נהגו על פי חכמים, ואף על פי שמעצמן הורגלו לכתוב כן שלא על פי חכמים, היה עושה אותו מנהג כתנאי ב"ד שאע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי הואיל והוא מנהג פשוט וכולם עושין כן וכל המקבל על דעת כן מקבל.

אע"פ שלא כתב אותו מסתמא חשב עליו, שכן יש אומדנה שדעת הבריות לפעול לפי המנהג המקובל. וכך כותב הרמב"ם (מכירה טו, ה):

כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש, שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך.

נראה שמקובל לפעול לפי חוקי המדינה, וממילא כך דעת הבריות ועל דעת כך נחתמים ההסכמים, ואע"פ שלא התנו כך בפירוש כאילו התנו. וכך פוסק ר' משה פיינשטיין במספר מקומות, ולמשל בדיונו על שוכר שלא רוצה לעזוב את הבית, ומסתמך על החוק בניו-יורק שמאפשר לשוכר להישאר בביתו אף לאחר סיום תקופת השכירות (אגרות משה חו"מ א, עב):

אבל לאלו ששכרו אחר שכבר נעשה הדין מהמלכות ולא התנו בפירוש שכשיבא הזמן יהיה מחוייב לצאת אלא סתם הוי כהתנו שאדעתא דדין המלכות השכיר לו והשטר שעשו על שתי שנים הוא רק שלא יוכל השוכר לצאת קודם השתי שנים משום שעל השוכר לא עשו המלכות שום דין והוצרך המשכיר לעשות שטר שלא יוכל לצאת... הגע עצמך דהא ברור ופשוט שכל אלו הדינים התלויין במנהג המדינה כגון בב"מ דף פ"ג מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן ומקום שנהגו לזון יזון לספק במתיקה יספק... אין צריך שיעשה המנהג ע"פ חכמי תורה וגם אף לא ע"פ יהודים דוקא, דאף שהנהיגו זה הנכרים כגון שהם רוב תושבי העיר נמי הוא מדין התורה בסתמא כפי המנהג דאדעתא דמנהג העיר נחשב כהתנו בסתמא... ולכן ודאי לא גרע דין המלכות ממנהג שבסתמא הוא כהתנו אדעתא דדין המלכות וכ"ש שכן נוהגין כדין המדינה ונמצא שגם המנהג כן ונחשב זה ממילא כבתוך הזמן.

'שבסתמא הוא כהתנו אדעתא דדין המלכות' - מסתמא דעת האדם לפעול לפי חוקי המדינה, ולכן אע"פ שלא התנה כאילו התנה. במקום נוסף, ר' משה פיינשטיין דן בתוקף של שעבוד נכסי הלווה⁵ לאור החוק שיוצר מנהג (אגרות משה חו"מ ב, סב):

ובעצם מסתבר שגם מעצם הדין לא משתעבדין הקרקעות במדינות שעושין עניני מכירת קרקעות רק כדיניהם משום שעבוד תלוי בסמיכות דעת של המלוה ובודאי ליכא סמיכות דעת כשערכאות המדינה לא יסכימו לזה⁶, ופשוט שאף במכירת קרקעות ובתים

5. לפי דין תורה הקרקעות של הלווה משתעבדות להלוואה, והמלווה יכול לגבות אותם גם לאחר מכירתם.

6. ולפי החוק אי אפשר לגבות מנכס שהלווה מכר ללא כתיבת הערת אזהרה בטאבו.

לא נקנו במדינתנו וכדומה לא בכסף ולא בשטר כל זמן שלא עשה לו כדיני המדינה (רישום בטאבו) דשום אדם לא סמך דעתו אלא על דיני המדינה בזה.⁷

ב. היסוד של מנהג המדינה רלבנטי בפשטות דווקא בדינים שתלויים בדעת האדם, בהתחייבויות והסכמים שונעים על דעת מנהג המדינה שמושפע מהחוק. המנהג לא אמור להשפיע לכאורה על דיני הנזיקין שאינם נובעים מדעת האדם והתחייבותו, כך שבהם עלינו לדון לפי דין תורה ולא לפי דיני המדינה. אולם, כמה חכמים חידשו שמנהג המדינה והחוק משפיעים גם בתחומי הנזיקין, ונפגש עם הדברים המחודשים והיסודיים דרך מאמרו של **הרב אריאל בראלי** (תחומין לד, השפעת חוקי המדינה על דעת בני אדם):

מדברי כמה פוסקים עולה שהעיקרון שציינו - לפיו ההלכה מכירה בשינוי שמחולל החוק בדעת בני האדם - **חל על עסקאות עם אנשים הנדרשים לרישיון או להיתר כדי לעסוק בעיסוקם**. במקרים אלו, יש לראות את הרישיון ככולל תנאי המחיל על האדם את כל התנאים הקבועים בחוק...

הרב צבי יהודה בן-יעקב (משפטיך-ליעקב ח"ה כז, ו) עסק בנהג שפגע בהולך רגל, וחברת הביטוח שילמה להולך הרגל כמתחייב. לאחר מכן פנה הנהג לנפגע, וטען שכיוון שעל פי ההלכה הוא חייב לשלם לו פחות מהפיצוי שקיבל, וכיוון שפוליסת הביטוח שייכת לו, על הולך הרגל להשיב לו את הפער שבין הפיצוי שקיבל לבין הפיצוי המגיע לו על פי ההלכה. והשיב הרב בן-יעקב: "דכל הזכות של הנהג לנהוג ברכב הוא מכח החוק, דאילולי הרישיון שקיבל מהשלטונות, לא היה לו כל זכות לנהוג ברכב ברשות הרבים תוך סכנה להשחית ממון וגוף. ונותני הרשות קבעו כי הרשות מותנית בעשיית ביטוח חובה, ובחייבים שיש להטיל עליו אם יזיק רכוש או בגוף. והוי מתנה בחיוביו וכן"ל, דאדעתא דהכי ירד לנהוג ברכב". אף שלנהג הפוגע לא היה שום הסכם עם הולך הרגל, קבע הרב בן-יעקב כי הוא חייב לפצותו לפי חוקי המדינה, כולל תשלומים על עוגמת נפש ועל ירידת ערך. כיוון שהנהג חידש את רישיון הנהיגה שלו, יש לראות זאת כהסכמה מצדו לקיים את החובות החלים מכוח חוקי המדינה בעניינים אלו.⁸

בתשובה אחרת (בכת"י) עסק הרב בן-יעקב בקבלן חשמל שחפר בור בכביש ולא סגרו היטב, ורכב עבר שם וניזוק. מדין תורה, הקבלן אמנם חייב בנזקים שיצר הבור, אך הוא פטור מלשלם לבעל הרכב, שכן אין חובת תשלום על נזקי כלים בבור (שו"ע חו"מ תי, כא). ובכל זאת, חייב הרב בן-יעקב את קבלן החשמל בתשלום, משום שעל פי החוק האחריות

7. ומכר תלוי בגמירות דעת. וזוהי סברה נוספת להכרה בחוק שלא מאפשר לקנות קרקע ללא רישום בטאבו. וראה על המחלוקת בכך עוד בדפים 'דינא דמלכותא שסותר דין תורה ג', ו'דינא דמלכותא בדינים שבין אדם לחברו ב'.

8. כך שהוא התחייב לשלם לנפגע בהתאם לחוקי המדינה, והתחייבותו מועילה ותקפה.

מוטלת על הקבלן, וכשהקבלן חידש את רישיונו, הוא קיבל על עצמו במובלע את כל החיובים המוטלים עליו מכוח החוק.

בתשובה נוספת (אף היא בכת"י), דן הרב בן-יעקב בכלב שנשך אדם וגרם לו נזק לגופו ולבגדיו. על פי הדין, בעל הכלב חייב בתשלום על הנזק לבגדים אך פטור מתשלום הוצאות הריפוי, כי אין לבית הדין סמכות לחייב ריפוי בזמן הזה (שו"ע חו"מ א, ג). אף על פי כן, פסק הרב בן-יעקב שבעל הכלב חייב לשלם את כל הנזקים, ובהתאם לחוק, שכן בכך שהוציא רשיון אחזקה לכלבו, קיבל על עצמו את כל החיובים המשפטיים הקבועים בחוק.

הרב אשר וייס התיר למי שנפגע ע"י רשלנות רפואית, לפנות לערכאות⁹ ולתבוע את קופת החולים על עוגמת הנפש שנגרמה לו, למרות שמעיקר הדין אין חיוב תשלומין על עוגמת נפש¹⁰ (קובץ דרכי-הוראה, גיליון ה, עמ' צט; קיב): "דקופת החולים בהתקשרותה עם לקוחותיה כפופה לחוקי המדינה ולפסיקת בית המשפט, והרי זה כאילו התחייבה מפורשות לשלם פיצוי נזיקין כפי פסיקת בית המשפט, וכיון שכך התחייבה הרי כל תנאי שבממון קיים... בפרט כאשר מדובר בגוף ציבורי חילוני, שנורמות שנקבעו ע"י בתי המשפט מקובלות עליו". מדבריו עולה שגם פסיקת בתי משפט היא נורמה המחוללת שינוי בדעת בני אדם.

סכם את המצבים שבהם הרב בן יעקב והרב אשר וייס פסקו להלכה את יסודם.
מה החידוש בדבריהם?

ג. דברים אלו מעוררים שוב את השאלה שבה התקשנו לעיל בעסקנו בסוגיות דינא דמלכותא דינא, וביתר תוקף: מהי משמעות הדבר? הרי אסור לבעלי הדין ללכת לבית המשפט, איסור ערכאות, אז עליהם ללכת לבית הדין שידון אותם לפי חוקי המדינה? אם כן, במה הוא שונה מבית המשפט? זאת ועוד ועיקר, ותורה מה תהא עליה? הרשב"א דן בתשובה יסודית שראינו בעבר במקום שבו המנהג לדון לפי חוקי הנכרים. בעבר עסקנו בעיקר בחלק השני, הנוגע לדינא דמלכותא דינא, וכעת נתמקד בחלק הראשון שדן בתוקף המנהג. התשובה דנה באישה שמתה ללא בנים וקרוביה רוצים לירש אותה ושהנדוניה שנתנו תחזור אליהם בטענה שכך דין המלכות אצלם, שקרוביה יורשים ולא הבעל (ו, רנד):

9. לאחר קבלת היתר מחכם. חכם יכול להתיר לאדם לפנות לערכאות כדי לקבל ממון שמגיע לו אם הצד השני לא מסכים לפנות לדין תורה.
10. וההיתר לפנות לערכאות מותנה בכך שתביעתו צודקת לפי ההלכה.

תשובה כל דבר שבממון תנאו קיים, ובאמת אמרו שמתנין בכענין זה (שהנדזניה שנותן האב תחזור אליו אם מתה ללא בנים) וכדאמר' בירושלמי הני דכתבין אין מיתת בלא בנים תהדיר מוהרא לבי נשא תנאי ממון וקיים. ומוסיף אני על זה שבכל מקום שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי, אפילו הנושאים שם סתם גובין מהם אם מתה בלא בנים, שכל הנושא סתם על דעת הנוהג שם בישראל נושא וזהו שקראוה בפ' המקבל דרישת הדיוט. ומ"מ לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נראה לי שאסור לפי שהוא מחקה את הגויים, וזהו שהזהירה תורה לפנייהם ולא לפני גויים 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 אין נתנו יד לכלל דברים אלו שאסרתן תורה שלמה שלנו... אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה... וסומך על משענת קנה הרצוץ הזה ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף והתורה מיזו תבקש ומרבה הונו בזה בפועל כפיו נוקש.

מה יפסוק הרשב"א במקום שבו המנהג לפעול לפי חוקי המדינה ולא לפי דיני התורה? האם צריך ללכת במקום כזה אחר המנהג?

הרבנים **בן שחר** ו**הס** למדו מתשובת הרשב"א שמנהג לפעול לפי חוקי המדינה אינו תקף הלכתית ואינו נחשב כמנהג שמותר וצריך לפסוק לפיו (כת"ר א, התוקף ההלכתי של חוקי המדינה):

כתב הרשב"א שמנהג שלא נוצר על ידי הציבור, אלא הציבור נוהג כך בעקבות דיני מלכות – ודינים אלו חורגים מהתחומים בהם דין המלכות תקף – אינו מנהג, ואין ללכת אחריו, ואפילו אם יוצר אנו סהדי (שכך היתה דעתם משום שדעתם לפעול לפי החוק). סיבת העניין היא – כשם שעצם החוק אינו מחייב, ואדרבה אסור לקבל על עצמו ללכת אחר חוק המלכות, מפני שהוא מייקר בזה את חוקותיהם, כך גם המנהג שנובע מחקיקה זו אינו מחייב, ואף אסור לנהוג על פיו. אין בעובדה שהציבור נוהג על פי חוק כזה כדי לתת לו יותר תוקף. אף חוקי המדינה הינם לצערנו מערכת אלטרנטיבית לחוקי התורה, ופשוט שדינם כחוקי הגוים.

וכך כותב ר' **אשר וייס** שמתנגד לקבלה גורפת של חוקי המדינה מכוח היסוד של מנהג המדינה. הוא מקבל אותם אמנם בתחומים נרחבים, אך מתנגד לקבלה גורפת¹¹ (תחומין לד, היש תוקף לחוקי המדינה מצד מנהג המקום):

11. הערת מערכת בתחילת המאמר: "התשובה נכתבה לרב פרופ' רון קליינמן ביום ה' בשבת תשע"ב, והוא העבירה למערכת תחומין. התשובה מתייחסת למאמרו "החוק האזרחי במדינה – מנהג המדינה?", תחומין לב".

אמת נכון הדבר, שבתחומים מסוימים אכן ראוי ונכון להניח שהמנהג הוא בהתאם לחוק האזרחי, אך לדעתי אין זה אלא בענינים 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. ועל סמך שתי הנחות אלה פוסקים אנו שבכל הנוגע למערכת יחסי הממון שבין עובד למעביד, וכן בתחומי המסחר, וכן בנוגע ליחסי שכנות בבנינים משותפים, החוק האזרחי יש לו משקל רב בדין תורה. דהלא בתחומים אלה דפוסי החיים עברו שינוי מוחלט ואי אפשר כלל לדמות את הנוהג בזמנינו למה שנהגו בימי קדם, וכיון שבהכרח שיהיו כללים בדיני הממון בכל תחום מתחומי החיים בהכרח לקבל את החוק כבסיס למנהג.

אך מאידך חלילה להניח שהחוק האזרחי הוא המנהג המחייב בכל תחום, וזאת מכמה טעמים. ואבאר.

א. הנחה זו כבר דחה הרשב"א בשתי ידיים בתשובתו הידועה בח"ו סימן רנ"ד והביאו הבית יוסף בסוס"י כ"ו והרמ"א בסימן שס"ט סי"א ויסוד דבריו דהנחה כללית שמערכת כלשהי תחליף את משפט התורה, בין אם מבוסס הוא על דינא דמלכותא ובין אם נתבסס על מנהג כאשר מנהג זה יסודו במשפט העמים, אסורה ובטלה. וכאשר כן פסק הרשב"א וכאשר אהרן וחור, הב"י והרמ"א תומכים בידו מזה אחד ומזה אחד מי יחלוק עליהם.

ב. כבר הביאו התוס' בב"ב ב' ע"א בשם ר"ת דמנהג גרוע אין נוהגין על פיו... ג. אין תוקף למנהג אלא אם כן נתפשט באופן נרחב בכלל הציבור כמו שכתב בתרומת הדשן שם וכך מבואר בדברי כל הפוסקים.

בהמשך, מתווכח ר' אשר וייס עם עצם ההנחה שתמיד דעת הציבור לפעול לפי החוק, ההנחה של התומכים בקבלה גורפת של החוק (שם):

עוד תמה אני על מע"כ שהסיק מסקנה שלכאורה אין לה כל בסיס במציאות החיים. 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 לבדו הוא נר לרגליהם, תמוה להניח שכל ההסכמים שבין אדם לחברו נעשים על דעת חוק המדינה. אמנם יש מקום לדון דכיון דכבר קבע החזו"א שתוקף המנהג בדיני ממונות מושתת על ההנחה דמסתמא נעשים כל ההסכמים וההתקשרויות על דעת המנהג, וכבר כתב כן הסמ"ע בסימן קע"ו ס"ק ל"א, מסתבר שבציבור מסויים שאכן משתית את אורחותיו על החק האזרחי בכל דבר אכן החוק נתפס כמנהג, אך בציבור אחר שההלכה לבדה היא נר לרגליו אין החוק נתפס כלל כמנהג מחייב. (ועיין בשו"ת חבלים בנעימים ח"ה סימן ל"ד שכתב דכיון דלפי החוק [בארה"ב ובקנדה] כל נכסי הבעל והאשה

משותפים כך גם ההלכה¹² דע"מ כן נישאו, עי"ש). אך אף לפי דרך זו עדיין עומדים דברי הרשב"א כתמרור אזהרה שאסור לנו לעזוב באר מים חיים ולחצוב תחתיו בורות נשברים, כמבואר.

ד. הרבנים בן שחר והס מיישמים יסוד זה גם ביחס לתקנות הקהל ולחוקי הכנסת (שם): לאור המתבאר נראה שבאופן עקרוני יש לחברי הכנסת דין של "טובי העיר", והחקיקה שם יכולה לקבל תוקף מדין תקנות הקהל. ברור שתוקף זה של תקנות קהל, אינו בא לאפשר יצירת תחליף לדיני התורה. אלא על גבי הבסיס של דיני תורתנו הקדושה, רשאי הקהל לתקין תקנות לפי צורך המקום והשעה. סמכות זו של הקהל אכן מאפשרת אף לסתור דין תורה אם קיים צורך (שהרי תקנות הקהל ודאי מאפשרות לסתור דיני תורה ממוניים) אך כאמור פשיטא שאין להתעלם מדיני התורה ולהקים לה אלטרנטיבה. לכן אין דיונו אמור אלא לגבי חוקים שמחוקקת הכנסת אשר אינם סותרים דין תורה (אפילו דין תורה ממוני), או כאלה שנסיבות מיוחדות¹³ דורשות לחקם למרות היותם סותרים דין תורה.

וכך הם מסבירים בהערת שוליים שם (הערה 16):

דברים אלו פשוטים בסברא, וניתן גם ללומדם בק"ו מדברי הרשב"א הסובר שאין ללכת אחר מנהג שנוצר בעקבות חוק גויים הסותר דין תורה, ק"ו שלא ללכת אחר חוק הגויים ממש. ואם כן, ודאי שאין ליצור חקיקה אלטרנטיבית.

זוהי העמדה המקובלת בקרב חכמי שיבת ציון, שאין להכיר בצורה גורפת בחקיקת הכנסת כתקנות קהל, הכרה שתחייב את בתי הדין לפסוק לפיהם. הרב דב ליאור מחלק בין הכרה כללית וגורפת ובין הכרה בחוקים מסוימים (תחומין ג, מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו):

עוד יש להיעזר בהבחנה בין הסדר חוקי ספיציפי בתחום מסוים, כמו דיני עבודה או הגנת הצרכן, לבין הסדר כולל בדיני חוזים למשל. אל לנו לעקור את התורה ולהניח בקרן זזית ולקבל עלינו חוקים חדשים, כפי שציין הב"י בשם הרשב"א חו"מ סוף סימן כו, אבל בודאי תחום ספיציפי אפשר לקבל הסדר חוקי ומערכת משפט, אך קבלת מערכת כללית של חק חדש, אפילו אינו לקוח ממשפט זר, ובייחוד מערכת שפיטה שקשה לראותה כנציגת הציבור באותה מידה של הכנסת, מהוה סכנה לנתוקנו ממשפטנו ומקור חיותנו כאמור.

חשוב היטב: מהי משמעות החלוקה בין 'הסדר חוקי ספיציפי בתחום מסוים' ובין 'הסדר כולל'? איך אפשר לתרגם אותה למעשה, בשאלה באילו חוקים בית

12. ולכן בשעת הגירושין הם יחלקו את הנכסים בניהם בשווה, הלכת השיתוף.

13. דברים אלו מתחברים כמובן לפרשנות של שיטת הרמ"א בדינא דמלכותא דינא, המחלקת בין חוקים שבאים מהשקפת עולם ובין חוקים שפותרים בעיה מציאותית נקודתית.

הדין יכיר ויפסוק ובאלו לא? הרי אם נקבל כל חוק בפני עצמו, בסוף נקבל את כל המערכת! ואיך נחליט אפוא איזה חוק לקבל ואיזה לא?

ה. הרב פרופ' רון קליינמן פרסם מספר מאמרים בסוגיה זו. נלמד חלקים ממאמרו שדנים בהבחנה שבין קבלת חוק מסוים ובין קבלה כוללת¹⁴ (תחומין לב, החוק האזרחי במדינה - 'מנהג המדינה?'):

לדברי הרב ליאור לא ניתן לאמץ את כלל החוק האזרחי הישראלי מכוח מנהג או מכוח עיקרון הלכתי אחר, כי מדובר ב"מערכת כללית של חק" שאינו דין תורה. לעומת זאת, ניתן בהחלט להכיר בתוקפם של חוקים ספציפיים על סמך עקרונות הלכתיים אלו. לדעתו, בכל אחד מן הנושאים הממוניים הנידונים בחוק האזרחי, כגון: דיני עובד ומעביד, חוזי מקרקעין, שכירות, קבלנות וכד' - אם יוכח לבית הדין שהמנהג במדינה הוא לפי החוק, הרי שזהו הדין המחייב מדין תורה, מכוח 'מנהג המדינה'... הרב ליאור הבין שהרשב"א שלל אימוץ של כלל חוקי הגויים כמנהג המקום - כי בכך מנתקים לגמרי את פסיקת ההלכה מדיני חושן משפט - אך לא התנגד לאימוץ חוקים ספציפיים מכוח מנהג ודינא דמלכותא. בדיקת פסקי דינו של הרב ליאור בדיני ממונות מגלה כי הוא העניק תוקף לחוקי מדינה רבים מכוח 'מנהג המדינה', 'דינא דמלכותא' או שניהם יחד. כך למשל הוא קבע לגבי החוקים והעניינים הבאים (בדרך כלל בלא לנקוב בשמו של החוק): יחסי עובד ומעביד; יחסי משכיר דירה ושוכר; זכויות יוצרים; חוקי הגנת הצרכן; חוקי המס; חלוקת הוצאות בין דיירים בבית משותף; תוקף היתר בנייה; תוקף זכרון דברים; קניית מיטלטלין בכסף. לעומת זאת, הרב ליאור לא הסתמך על החוק בפסקים אחרים שדנו בנושאים אלו: יחסי משכיר דירה ושוכר (שו"ת דבר-חברון ח"א חו"מ סי' יד, עה, עו); יחסי עובד ומעביד (שם סי' יג, פ, פב, פה, פו, צא); אחריות בעל מוסך לנזק שאירע לרכב לאחר תיקונו (שם סי' ט); חיוב שואל אופניים בשל אובדנם (שם סי' סח); אחריות שומר ביישוב על נזק שגרם לגיפ הסיור (שם סי' טט); אחריות עובד לכספים שאיבד (שם סי' עב); ביטול הסכם שקוים בחלקו (שם סי' ז); חזרה מהסכם שותפות בעל-פה (שם סי' לט); מכירת דירה שנרשם עליה עיקול כעילה לביטול המכר (שם סי' נד); פגם בממכר ואונאה במחיר כעילה לביטול מכר במיטלטלין (שם סי' נו, סג, סה, סו); תוספת תשלום בגין עבודה שלא הייתה צפויה מראש או עקב טעות בהערכת עלויות (שם סי' נז-נח); קבלן שביצע תוספת בנייה ללא רשות בעל המקרקעין (שם סי' צד). הרב ליאור הסביר לי כי הסיבה לכך שבחלק מן המקרים לא השתית פסיקתו על החוק היא שלעיתים הוא ובית דינו חשו שבנסיבות המקרה צודק יותר לפסוק אחרת. וכיוון שבשטר הבוררות שעליו

14. וחלק מהמיוחד במאמרים אלו הוא שמלבד הדיון ההלכתי הרגיל הם פרי שיחות רבות שהכותב ניהל עם חכמים רבים.

חותמים בעלי הדין הם מסמיכים את בית הדין לדון בין לפי דין תורה ובין על דרך פשרה ("בין לדין בין לפשר"), הוא רשאי לפסוק גם שלא לפי החוק.

הבחנה זו בין קבלת חוק מסוים ובין אי קבלת כלל המערכת, מעוררת קושי וכך כתב הרב פרופ' קליינמן במאמר מאוחר יותר (תחומין לז, באיזו מידה צריך לפסוק לפי החוק האזרחי):

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.

הוא מפרט שיקולים נוספים שמנחים את בתי הדין בשאלה אילו חוקים לאמץ¹⁵, וכותב על הבעייתיות שבמצב הקיים (שם):

עקרונות אלו מתייחסים למגוון דרכי האימוץ של חוקים, וביניהן דינא דמלכותא, מנהג ותנאי מפורש בהסכם. "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 שסט, 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". (ה). האם החוק "נגד דין תורה", כלומר עוסק בנושא שלפי ההלכה אינו ניתן להתניה. (ו). האם החוק מביא לתוצאה שאינה צודקת בנסיבות העניין. נקל להבחין כי כל המונחים הללו כלליים וקשה להגדירם במדויק, בלשון התורת-משפטית: אלו עקרונות ולא כללים מפורטים. ומכאן, ששאלת אימוץ החוק תוכרע על פי שיקול דעת הדיין לאור יחסו הערכי לחוק ולאור הנסיבות. מוסכם, כי דיני הירושה האזרחיים "מנוגדים" לדין תורה (הגם שבדרך כלל מצאו בתי דין רבניים ממלכתיים בישראל דרכים לחלק ירושות לפי החוק). 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, חוק ההתיישנות, שכר מינימום, החוק שמתווך מקרקעין אינו זכאי לדמי תיווך ללא מסמך בכתב, והעדר תוקף לויתור של עובד על זכויותיו הסוציאליות, שלפי החוק הן קוגנטיות. 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. 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. ראייה לחוסר הוודאות הנזכר: במאמר

15. בשיקולים אלו עסקנו יותר בלימוד סוגיית דינא דמלכותא, בסוגיית דינא דמלכותא שסותר את דיני התורה.

קודם בתחומין הבאנו מגוון עמדות של דייני זמננו בשאלה מתי יש לאמץ חוקים
אזרחיים, ונוכחנו כי כמעט כל דיין הציע אמת מידה אחרת.

מהן הבעיות המעשיות במצב הקיים? חשוב: מהם הנזקים של חוסר האחידות
ושל חוסר היכולת לצפות מראש את עמדת בית הדין? מדוע חשובה היכולת
לצפות את עמדת בית הדין?
