



נייר עמדה מס' 15

# מעמדם ההלכתי של חוקי המגן על העובדים

כתיבה:

הרב אורי סדן

עריכה:

הרב עדו רכניץ

לעילוי נשמת יצחק צבי רכניץ ז"ל

שבט תש"פ

המסמך אינו משקף בהכרח את עמדת המכון

## תוכן עניינים

3	..... תקציר	א.
4	..... פתיחה	ב.
4	..... מבוא לדיני עבודה בהלכה	1.
4	..... תקנות הקהל בדיני עבודה	2.
5	..... המקורות של דיני העבודה במדינת ישראל	3.
6	..... חוקי העבודה – כמנהג העולם	ג.
7	..... מנהג שנוצר על ידי החוק	1.
9	..... ניתן להתנות בניגוד לחוק	2.
9	..... מנהג אינו תקף במקרים שאינם שכיחים	3.
10	..... עמידה לביקורת בית הדין	4.
11	..... דינא דמלכותא : עקרונות וגבולות	ד.
11	..... דינא דמלכותא במדינת ישראל	1.
12	..... דינא דמלכותא בדיני ממונות : סוגיית הגמרא	2.
13	..... דינא דמלכותא בדיני ממונות : מחלוקת הראשונים	3.
14	..... חוק שנוצר על ידי המלך	4.
16	..... חוק שהמלך מקפיד על ביצועו (קוגנטיות)	5.
18	..... הכרעת הפוסקים	6.
19	..... שיטת החתם סופר	7.
22	..... סיכום	8.
22	..... דינא דמלכותא בנוגע לפסיקת בית המשפט העליון	ה.
22	..... אין תוקף לפסיקות בתי המשפט	1.
24	..... במשטר מודרני יש תוקף לפסיקות בתי המשפט	2.
26	..... יש תוקף לפסיקת בתי המשפט שקבלה את אישור בית הדין	3.
27	..... סיכום	4.
27	..... מעמדם ההלכתי של חוקי העבודה במדינת ישראל	ו.
27	..... סקירת חוקי העבודה	1.
29	..... מעמדם ההלכתי של חוקי העבודה	2.
31	..... התייחסות הפוסקים לחוקי עבודה מסוימים	3.
32	..... סיכום	4.
32	..... הסכמה המנוגדת לחוקי העבודה	ז.
33	..... קוגנטיות של תקנות הקהל ושל דינא דמלכותא	1.
34	..... מעמדה של קוגנטיות המופיעה בחוק	2.
37	..... קוגנטיות שנקבעה על ידי בית המשפט העליון	3.
38	..... סיכום	4.
39	..... סיכום	ח.

## א. תקציר

1. מנהג העולם מחייב את הצדדים בדיני עבודה בכל מקרה בו לא סוכם אחרת.<sup>1</sup>
2. חוקי מדינת ישראל ופסיקות בתי המשפט בדיני עבודה מחייבים לכל הדעות לכל הפחות מדין מנהג העולם,<sup>2</sup> ככל שהם עומדים בתנאים לתחולת מנהג (כגון, שמדובר במנהג שכיח<sup>3</sup>).
3. לדעת מרבית הפוסקים חוקי מדינת ישראל, ובכללם חוקי העבודה, אשר נחקקו מכוח אינטרסים ציבוריים, מחייבים (בנוסף לעצם החובה האזרחית) גם על פי ההלכה מדין תקנות הקהל או כדינא דמלכותא דינא וכך יש לנהוג למעשה.<sup>4</sup>
4. יש מחלוקת לגבי מעמדן של פסיקות בתי המשפט בנוגע לדיני עבודה; יש אומרים שאין כל תוקף הלכתי לפסיקת בתי המשפט, יש אומרים שיש תוקף לפסיקת בתי המשפט במקום בו הוא מפרש את החוק ולא במקום בו הוא מוסיף על החוק, ויש אומרים כי יש תוקף הלכתי לכל פסיקות בתי המשפט.
5. **חלק** מחוקי העבודה מוגדרים בחוק כחוקים קוגנטיים, שהעובד אינו רשאי לוותר עליהם, וגם אם העובד וויתר עליהם מחילתו אינה תקפה.
6. יש להעניק תוקף הלכתי לאיסור המחילה על זכויות קוגנטיות המוקנות לעובד בחוק מן הטעמים הבאים:
- א. במסגרת תקנות הקהל ודינא דמלכותא ניתן לקבוע זכויות קוגנטיות שלא ניתן להתנות עליהן.<sup>5</sup>
- ב. לדעת חלק מהפוסקים יש תוקף לדינא דמלכותא דווקא במקום בו הוא קובע חוק קוגנטי.<sup>6</sup>
- ג. יש להניח כי הסכמת העובד למחול על זכויותיו נעשתה תחת לחץ ואינה תקפה.
7. יש מחלוקת לגבי מעמדן ההלכתי של פסיקות בתי המשפט הקובעות כי **כל** דיני העבודה הם קוגנטיים.

---

<sup>1</sup> בבא מציעא פג, א; שו"ת אגרות משה חו"מ א, עה.

<sup>2</sup> חזון איש בבא קמא כג, ב, ד"ה וכל; תשובות והנהגות ג, תנה; פתחי חושן שכירות ז, ז, הע' יז, ד"ה ובזמנו.

<sup>3</sup> רמ"א חו"מ שלא, א; פתחי חושן שם.

<sup>4</sup> שו"ת ישכיל עבדי ו, חו"מ, כח ועוד רבים אחרים ואכמ"ל.

<sup>5</sup> תוספתא בבא מציעא יא, כג; בבא בתר נד, ב.

<sup>6</sup> שו"ת הרשב"א א, תתצה.

## ב. פתיחה

### 1. מבוא לדיני עבודה בהלכה<sup>7</sup>

ההלכה מסדירה את מערכת היחסים בין העובד והמעביד. היא קובעת מהם מעשי הקניין הכורתיים את חוזה העבודה, מהן הנסיבות בהן ניתן להפר את חוזה העבודה ומהם הסעדים במקרה של הפרה שלא כדין.<sup>8</sup> ככלל, דיני העבודה בהלכה אינם שונים משאר דיני הממונות, והם כפופים לאותם עקרונות משפטיים.

מאידך, מצאנו בהלכה הלכות ייחודיות לדיני עבודה. כגון, האיסור החמור על הלנת שכר עבודה, שהוחרג משאר דיני גזל, כפי שפסק הרמב"ם:

כל הכובש שכר שכיר כאילו נטל נפשו ממנו שנאמר ואליו הוא נושא את נפשו, ועובר בארבע אזהרות ועשה עובר משום בל תעשוק ומשום בל תגזול ומשום לא תלין פעולת שכיר ומשום לא תבא עליו השמש ומשום ביומו תתן שכרו.<sup>9</sup>

הלכה ייחודית נוספת, מאפשרת לפועל להפר את הסכם העבודה באמצעו ולהתפטר באופן מידי:

התחיל הפועל במלאכה, וחזר בו בחצי היום, חוזר, ואפילו קבל כבר דמי שכירותו ואין בידו לשלם לבעל הבית, יכול לחזור בו והמעות חוב עליו, שנאמר: כי לי בני ישראל עבדים (ויקרא כה, נה), ולא עבדים לעבדים.<sup>10</sup>

זאת, בניגוד למעסיק שאינו רשאי להפר את הסכם העבודה.<sup>11</sup>

### 2. תקנות הקהל בדיני עבודה

בנוסף להלכות הקבועות, העניקה ההלכה לציבור סמכות להתערב במערכת היחסים בין העובד והמעביד ולקבוע תנאי העסקה לפי שיקול דעתו. כך נעשה במשך הדורות כאשר נתגלו בקהילות שונות צרכים שונים בכל הנוגע למערכת יחסים זו. כבר בתוספתא נאמר שיש סמכות לבני העיר לקבוע תקנות בנושאים שונים, ובכלל זה:

רשאין בני העיר להתנות על המידות ועל השערים ועל שכר פועלים ולהסיע על קיצתן.<sup>12</sup>

מהר"ם מבאר כי סמכות של בני העיר מעמדה כסמכות בית דין שהפקרן הפקר:

---

<sup>7</sup> בענין דיני עבודה בהלכה ראו בהרחבה אורי סדן, כתר י: דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה (ירושלים, תשע"ה). בספר זה עסקתי בין היתר בנושא הנידון בנייר העמדה, אף שדעתי כיום שונה במקצת.

<sup>8</sup> שולחן ערוך חו"מ שלג.

<sup>9</sup> רמב"ם שכירות יא, ב.

<sup>10</sup> שולחן ערוך חו"מ שלג, ג.

<sup>11</sup> שם, ב.

<sup>12</sup> תוספתא בבא מציעא יא, כג, הובאה בגמרא בבא בתרא ח,ב.

דטובי העיר הוי בעירם למה שהובררו כמו גדולי הדור בכל מקום כמו שגדולי הדור הפקרים היה הפקר בכל מקום דמיגדר מילתא ותקנתא, כך (=טובי העיר) היה הפקרים הפקר.<sup>13</sup>

כאמור, בתוספתא שהובאה לעיל מפורש שבני העיר רשאים לקבוע את שכר הפועלים. וכך פסק גם השולחן ערוך: "רשאים בני העיר לקוץ להם שער לכל דבר שירצו, ולהתנות ביניהם שכל מי שיעבור קונסים אותו כך וכך".<sup>14</sup>

יש לציין כי חלק מהפוסקים<sup>15</sup> הבינו שמדובר כאן בסמכות לקבוע מחיר מקסימום, אולם, מסתבר שבני העיר רשאים גם לקבוע שכר מינימום,<sup>16</sup> ובהקשר של שכר הפועלים הדבר נעשה כדי להגן על העובדים.

לדיון זה עשויה להיות השלכה בבואנו להגדיר את מעמדם של חוקי העבודה לאור דברי החתם סופר<sup>17</sup> הקובע כי ניתן להעניק תוקף מדינא דמלכותא לכל חוק של השלטון שבית הדין רואה בו חוק אשר ראוי היה שבית הדין בעצמו יקבע אותו כתקנה. להלן (עמ' 19) נדון בדבריו באריכות.

### 3. המקורות של דיני העבודה במדינת ישראל

כיום, במדינת ישראל, קיימים מעבר להלכה, לחוזה ולמנהג, חוקים בתחום העבודה אשר נועדו להסדיר את מערכת היחסים בין העובד והמעביד. מטרתם של רוב החוקים היא להקנות זכויות לעובד מעבר לזכויות להן הוא זכאי מדין תורה.

ייחודיותם של חוקי העבודה הוא שחלק מהם נחשבים לחוקים קוגנטיים, כלומר, הצדדים אינם יכולים לוותר או להתנות עליהם והם גוברים גם על חוזה מפורש שעשו הצדדים ביניהם. לדוגמא, כאשר החוק קובע את שיעורו של שכר המינימום, משמעות הדבר היא כי גם כאשר העובד והמעסיק הסכימו על שכר נמוך יותר אין להסכמתם תוקף חוקי ועל המעסיק מוטלת החובה לשלם לעובד את שכר המינימום הקבוע בחוק.

דיני העבודה במדינת ישראל נשענים על חמישה מרכיבים מרכזיים:

1. אמנות עבודה בינלאומיות.
2. חוקי יסוד – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק.
3. חוקי העבודה שנחקקו בכנסת.

<sup>13</sup> מרדכי בבא בתרא, תפ.

<sup>14</sup> שולחן ערוך חו"מ רלא, כז. מטרת האכיפה היא לגרום לכך שהמחיר שנקבע בחוק יהיה גם מחיר השוק. שהרי בלא אכיפה קביעת מחיר מינימום (הגבוה ממחיר השוק) תיצור עודפי היצע אשר יוצעו במחיר נמוך יותר ממה שנקבע, ואילו קביעת מחיר מקסימום (הנמוך ממחיר השוק) תיצור עודפי ביקוש. בשני המקרים ייווצר "שוק שחור" בו יתקיים המסחר במחירים גבוהים או נמוכים יותר ממה שנקבע בחוק. אי לכך לא ניתן לדבר על קציבת "שכר הפועלים" מבלי ללוות אותו באכיפה – "להסיע על קיצתן", אשר תהפוך את המסחר במחיר השוק לבלתי משתלם ליצרן או לצרכן ובלשון השולחן ערוך: "שכל מי שיעבור קונסים אותו".

<sup>15</sup> רש"י בבא בתרא ח, ב, ד"ה ועל השערים

<sup>16</sup> וכן כתב בשו"ת פנים מאירות אשר מובא בפתחי תשובה חו"מ קנו, ח

<sup>17</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ, מד

4. חוקים רגילים המשליכים על דיני עבודה, כגון, חוק החוזים.  
5. פסיקה של בית הדין הארצי לעבודה ושל בית המשפט העליון.

נכון להיום (תש"פ) קיימים מספר חוקים אשר עוסקים באופן ישיר ביחסים שבין העובד והמעביד כגון, חוק שעות עבודה ומנוחה (תשי"א), חוק חופשה שנתית (תשי"א), חוק עבודת נשים (תשי"ד), חוק הגנת השכר (תשי"ח), חוק פיצויי פיטורין (תשכ"ג), חוק שכר מינימום (תשמ"ז) ועוד. חוקים אלה אינם מתיימרים להסדיר את כל מערכת יחסי העבודה אלא כל אחד מהם בא לפתור בעיה מסוימת או להעניק זכות מסוימת לעובדים. תכלול מערכת יחסי העבודה נעשה בפסיקות של בתי הדין לעבודה ושל בית המשפט העליון אשר נפסקו במשך השנים מאז קום מדינת ישראל.

במאמר זה נבחן את תוקפם של חוקי העבודה ושל פסיקת בתי המשפט וכן נעמוד על השאלה האם זכויות קוגנטיות (שלא ניתן לוותר עליהן) על פי החוק, או על פי פסיקת בתי המשפט, הן במעמד כזה גם על פי ההלכה. כלומר, האם אדם שמחל במפורש על זכויותיו, רשאי, לאחר זמן, לתבוע את הזכות עליה מחל בטענה כי החוק אינו מעניק תוקף למחילה זו.

כאמור, דיני העבודה נשענים גם על חוקים "רגילים", כגון, חוק החוזים שמגדיר כיצד נכרת חוזה, ובכלל זה, חוזה עבודה. אנו נניח שכשם שבחוק אין מעמד מיוחד לחוזה עבודה והוא מהווה חלק מדיני החוזים הרגילים, כך גם יהיה דינו בדין תורה ויחולו עליו דיני החוזים הרגילים של ההלכה. לפיכך, לא נדון בהיבטים של דיני העבודה המבוססים על חוקים "רגילים".

במהלך הדיון נבחן את מעמדו של חוק בהיותו מנהג המדינה, לאחר מכן נדון בעקרונות למתן תוקף הלכתי על פי הכלל דינא דמלכותא תוך הבחנה בין חוקי המדינה לבין פסיקת בתי המשפט. נסיים בדיון בשאלה האם לאור כל האמור יש תוקף הלכתי לחוקי העבודה ובפרט לפסיקת בתי המשפט והאם עובד יכול לוותר על זכויות במקום בו החוק אינו מאפשר זאת.

### ג. חוקי העבודה – כמנהג העולם

כאמור, ההלכה מסדירה את מערכת היחסים בין העובד והמעביד, בכלל זה נקבע כיצד נכרת חוזה עבודה, מתי ואיך ניתן להפסיק אותו באמצעו, ומה הסעדים במקרה של הפרתו. אולם ברור כי כמו בכל תחום ממוני אחר, גם בתחום זה בדרך כלל רשאים הצדדים לעצב בעצמם מערכת יחסים חלופית לפי הבנתם. כפי שנאמר בברייתא המצוטטת במקומות רבים: "המתנה על מה שכתוב בתורה... רבי יהודה אומר: בדבר שבממון תנאו קיים"<sup>18</sup>.

יתירה מזו, ההלכה קובעת שצדדים כורתים חוזה על דעת המנהג המקובל, גם אם לא הזכירו זאת במפורש. דהיינו, ישנה הסכמה מכללא שחוזים נכרתים על דעת מנהג המדינה. מנהג המדינה יכול להשלים פרטים שאין לגביהם התייחסות בהלכה ויכול אף להוות התניה מכללא ולהוות חלופה לפרטים שכן מופיעים בהלכה, כפי שנאמר במשנה:

<sup>18</sup> בבא מציעא צד,א, ועוד.

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.<sup>19</sup>

כלומר מנהג העולם יכול לקבוע את הכללים, הן בתחום שעות העבודה ("שלא להשכים"), וזאת, אף בניגוד להלכה (הקובעת שיום עבודה מתחיל בזריחת השמש), והן בתחום התנאים הסוציאליים ("מקום שנהגו לזון"). מהגמרא<sup>20</sup> עולה כי מנהג העולם קובע גם את שיעור השכר במקרים בהם הוא לא סוכס ("ולחזי פועלים היכי מתגרי").<sup>21</sup> מנהג העולם משמעותי כל כך בתחום שכירות הפועלים עד שבירושלמי נכתב: "אמר רב הושעיה זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה".<sup>22</sup> גם מנהגים המקובלים בקרב הגויים, עשויים להיחשב למנהג ובלבד שהם ברורים ופשוטים.<sup>23</sup>

### 1. מנהג שנוצר על ידי החוק

בדומה למנהג רגיל, גם חוקי המדינה או פסיקות בתי המשפט עשויים להיות מחייבים מדין מנהג העולם, גם אם אין להם תוקף מחייב מצד היותם החוק (וראו עוד בהערה<sup>24</sup>). כך עולה מתשובתו של הרשב"א – הרשב"א נשאל לגבי מקום בו נהגו בענייני ירושה כדיני הגויים, והשאלה היתה האם יש מקום להעניק תוקף הלכתי למנהג, אם מצד מנהג העולם, ואם מצד דינא דמלכותא. הרשב"א מתייחס לשתי השאלות ועונה:

תשובה: כל דבר שבממון תנאו קיים... ומוסיף אני על זה שבכל מקום שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי אפילו הנושאים שם סתם – גובין מהם אם מתה בלא בניס, שכל הנושא סתם על דעת הנוהג שם בישראל נושא, וזהו שקראוה בפרק המקבל "דרישת הדיוט". ומכל מקום לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נראה לי שאסור לפי שהוא מחקה את הגויים.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> בבא מציעא פג, א.

<sup>20</sup> שם, עו, א.

<sup>21</sup> יש לציין כי ההליכה אחר מנהג המדינה אמנם מוזכרת בעיקר בענייני שכירות פועלים אולם אין זה עקרון ייחודי לשכירות פועלים אלא עיקרון כללי בכל התקשרות ממונית בין שני אנשים. ראו למשל: משנה כתובות ו, ד, שם המנהג קובע את שיעורה של תוספת הכתובה; משנה בבא בתרא א, א, שם המנהג קובע את איכותו של הקיר הנבנה בין השותפים; שם י, א, שם המנהג משמעותי בנוגע לכשרות שטר; תוספתא בבא מציעא ג, כז, שם המנהג קובע את הרמה המותרת לדילול יין ושמן; שם י, א, שם מנהג המדינה קובע את פרק זמן להשבת ההלוואה; שם יא, ב, שם המנהג קובע את תקן הבניה של קומה שניה. יצוין כי מנהג המדינה עשוי להיות משמעותי גם בעניינים שבין אדם למקום כגון בענייני נוסח התפילה (משנה סוכה ג, יא) ואף בענייני נימוס ודרך ארץ (תנחומא וירא, יא).

<sup>22</sup> ירושלמי, בבא מציעא ז, א.

<sup>23</sup> כנסת הגדולה חו"מ רא, הגהות בית יוסף, קד.

<sup>24</sup> ראו בהרחבה בעניין זה: הרב דניאל כ"ץ, נייר עמדה מס' 5: מעמד מנהג שיצר החוק, אתר דין תורה.

<sup>25</sup> שו"ת הרשב"א ו, רנד.

מפורש בלשונו כי חוק המדינה עשוי לעצב מנהג, ומנהג זה יחייב לכל דבר ועניין. הרשב"א אמנם מבקר את אנשי הקהילה הזו, ושואל מדוע אומץ המנהג על ידי היהודים באותו מקום רק בשל העובדה כי זהו החוק, מבלי לבחון האם ראוי לתקן תקנה שכזו מכאן ולהבא. אולם אין הוא מערער על עצם קיומו של מנהג שהונהג מכוח החוק והחייבים אותם הוא מטיל למפרע.<sup>26</sup>

כך גם פוסק להלכה החזון איש כי מנהג העולם מושפע מהחקיקה, ומחייב הוא בשל העובדה שדעת בני האדם נקבעת על פיו, וזה לשונו:

וכל זה בליכא מנהג, אבל אם איכא מנהג הולכין אחר המנהג, דסתמא הוי הפסיקה כמנהג המדינה, וכן אם יש דינא דמלכותא יש לומר דסתמא סמכו כפי דינא דמלכותא.<sup>27</sup>

לדעת הרב משה פיינשטיין בדיני עבודה ישנו תוקף למנהג יותר משאר התחומים בהלכה, שכן ההלכה אינה מונעת מהעובד והמעביד להתנות ולעצב את ההתקשרות ביניהם כרצונם. ממילא, גם במקום שלא עיצבו את התנאים במפורש, הם קיבלו על עצמם מכללא את המנהג. אם כן למנהג העולם בתחום זה ישנו תוקף מחייב ממש כאילו סיכמו ביניהם ואלו דבריו:

אבל בידוע מנהג המקום או אף רק מנהג בית החרשת או אף רק מנהג האיש הזה... ואין חלוק בין אם נעשה המנהג ע"פ חכמי העיר או נהגו מעצמן, וגם אף אם נהגו בלא כוונה כלל... דסתם שכירות הוא אדעתא דמנהגא. ולא דמי כלל למנהגים אחרים שהם עניני קנסות והתחייבות כאלו שלא היה מהני גם התנו מעצם הדין, לכן צריך שיהיה נעשה על פי חכם. אבל מנהגים כאלו שאם היו מתנים היה מהני מעצם הדין, גם המנהג הוא עצם הדין ממש, דהוי כהתנו שהוא דין תורה ממש. וכמו כן כל מנהג באופן שהיה מהני התנו, הוא דין תורה ממש.<sup>28</sup>

נמצאנו למדים כי חוקי מדינת ישראל בתחום דיני העבודה מחייבים את הצדדים לכל הפחות בהיותם מנהג המדינה, וכך פסקו רבים,<sup>29</sup> זאת, גם לשיטות שאין כל תוקף הלכתי לחוקי המדינה בתחום זה.

אולם הגדרת חוקי המדינה כמנהג העולם בלבד מטילה עליהם כמה מגבלות, כפי שיפורט.

---

<sup>26</sup> ועיינו בפסק הדין של הרב אריאל ינאי (תיק מספר 764411/1, מתאריך כ"ה תשרי תשע"א, 03.10.10) אשר העניק לאשה שנישאה בנישואין אזרחיים את כל הזכויות הממוניות המגיעות על פי החוק לאשה שנישאה כהלכה מכוח הכלל "מנהג מבטל הלכה".

<sup>27</sup> חזון איש בבא קמא כג, ב, ד"ה וכל. באופן דומה כתב הרב שטרנבוך (תשובות והנהגות ג, תנה) כי לחוקי מדינת ישראל ישנו מעמד מחייב משום היותם משקפים את מנהג העולם וזה לשונו: "וזהו יסוד גדול בדיני ממונות דאף באופן שקובעים לנהוג כפי מנהג חוקי המדינה שכך קיבלו...".

<sup>28</sup> שו"ת אגרות משה חו"מ א, עה.

<sup>29</sup> ראו פתחי חושן שכירות ז, ז, הע' יז, ד"ה ובזמננו, כן ראו פסיקת בית הדין הרבני באשקלון (1-35-8432) (הרבנים בנימין בארי, א' אהרן כץ, דוד דב לבנון): "יש להבהיר שהיות וכל עניין הפיזיית נובע ממנהג המדינה על כן מה שקובע לעניין זה הוא מנהג המדינה". ראו הרב יצחק מרוה, בפסק הדין של בית הדין בחיפה (1-35-5513) עמ' 4: "ההתייחסות ההלכתית לדמי הבראה, כמו לכל חוקי העבודה האזרחיים, היא כדבר הנוהג במנהג המדינה, שממילא כל עובד ומעביד נכנסים ליחסי עבודה על דעת תנאים אלו. אין לחוקים אלו תוקף עצמי ע"פ ההלכה".



## 2. ניתן להתנות בניגוד לחוק

מהגמרא<sup>30</sup> עולה כי במקרה בו סוכם עם פועלים סיכום השונה מהנהוג והמקובל בין הפועלים יש לכך תוקף כיוון ש"סבור וקביל!". כך פוסק גם השולחן ערוך:

אמר לו בעל הבית: שכור לי בארבעה, והלך השליח ושכר בשלשה, אף על פי שמלאכתך שוה ארבעה אין להם אלא שלשה, שהרי קבלו על עצמם.<sup>31</sup>

כלומר החוזה שסוכם במפורש בין הצדדים גובר על המנהג, בין אם מדובר במנהג לטובת המעסיק ובין אם מדובר במנהג לטובת העובד ובלשון הירושלמי: "אם התניתם ביניכם הרי יפה, ואם לאו הכל כמנהג המדינה".<sup>32</sup>

## 3. מנהג אינו תקף במקרים שאינם שכיחים

הראשונים כתבו כי למנהג מחייב ייחשב רק נוהג קבוע במציאות שכיחה.<sup>33</sup> כפי שכתב ריב"ש בבואו לבחון האם קיים מנהג לפטור חזן ממס מסוים:

צריך שיהיה המנהג ברור לפטור: אם בהסכמת הקהל, או שנהגו כן משנים קדמוניות, ונהגו לדון ע"פ המנהג ההוא. דהא לא דמי למנהג פועלים שכמה פועלים נשכרים בכל יום, ויכול אדם לראות איך נוהגים. אבל בפטור החזן, שאין בעיר כי אם חזן אחד, איך יקרא מנהג מה שלא שאלו מס לחזן אחד או שנים?<sup>34</sup>

ביסוס תוקפם של חוקי העבודה על מנהג מאפשר להגיע למסקנה כי אין להחיל את החוק אלא במקרים שכיחים שנוצר בהם מנהג, אך לא במקרים נדירים.<sup>35</sup> אולם יש שחלקו על מסקנה זו בטענה שכאשר שני צדדים מתקשרים על דעת מנהג המבוסס על החוק הם התכוונו להתקשר על דעת כל פרטי החוק כפי שהם ידועים לאנשים הבקיאיים בחוק.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup> בבא מציעא עו, א.

<sup>31</sup> שולחן ערוך חו"מ שלב, ב.

<sup>32</sup> ירושלמי כתובות ו, ד. הירושלמי מתייחס לעניין אחר אולם הדברים נכונים גם לענייננו.

<sup>33</sup> הגדרה זו נכונה גם בענייני איסור והיתר כפי שכתב הרמב"ם (שחיטה יא, יג) "שדבר שאינו מצוי אין בו מנהג".

<sup>34</sup> שו"ת הריב"ש, תעה; נפסק להלכה על ידי הרמ"א חו"מ שלא, א.

<sup>35</sup> וכך פסק בספר פתחי חושן שכירות ז, ז, הע' יז, שהיות ויש אומרים שאין תוקף לחוק מדינת דמלכותא "נראה שבדברים שאינם שכיחים יש לדון על פי דין תורה ולא על פי החוק". אולם, הרב אשר וייס טוען כי במציאות החיים של היום כל חוק נחשב שכיח. ראו: שו"ת מנחת אשר, ח"ב, סי' קכה, עמ' תכט: "ועוד נראה דבתקופתנו שכל העולם כולו ככפר קטן הוא ואדם יודע מה שקורה מקצה העולם ועד קצהו הוי כל דבר הקבוע בחוק כדבר השכיח דאף אם אין פשיטת רגל שכיחה בכל קהילה ובכל כפר קטן בודאי דבזמנינו הוי כדבר השכיח בכל יום וזה פשוט". עמדתו זו תואמת את עמדתו (כפי שתובא להלן) כי לכל חוקי המדינה, לרבות פסיקות בית המשפט העליון יש תוקף מדינא דמלכותא ולמעשה בתשובה זו הוא אומר כי גם אם לא נאמר כדבריו מבחינה עקרונית הרי שמבחינה מעשית אין לכך הרבה משמעות שכן כל חוק מקבל באופן אוטומטי מעמד כשל מנהג המדינה.

<sup>36</sup> לסקירת שתי הדעות בקרב הדיינים בזמן הזה ראו בהרחבה במאמרו של הרב פרופ' רון ש' קליינמן "האם חוקי המדינה מחייבים גם את מי שאינו מכיר אותם", תחומין לג, עמ' 87-91..

#### 4. עמידה לביקורת בית הדין

לדעת חלק מהפוסקים, על מנת שמנהג יקבל תוקף מחייב עליו לעמוד במבחן הסבירות וההיגיון.<sup>37</sup> ביסוס חוקי המדינה בתחום דיני העבודה על יסוד מנהג המדינה בלבד, מאפשר לבית הדין לבחון בכל מקרה בו הוא נדרש ליישם את החוק האם היישום הספציפי שהגיע לפני בית הדין עומד במידת הסבירות וההיגיון של בית הדין, ובמידה והוא אינו עומד במבחן זה לא יהיה לו תוקף הלכתי.

כך למשל פסק הרב משה שטרנבוך, כי אע"פ שיש לקבל את "המנהג המקובל כאן ביחסי העבודה" לשלם פיצויי פיטורין כי הוא תואם ל"יושר וצדק", בכל זאת, אין תוקף לחוק המחייב לשלם לעובד שפוטר אחרי תחילת השנה את מלוא השכר שהיה אמור להשתכר בכל השנה כי במקרה כזה המנהג אינו מחייב:

אנו לא מתחשבים בחוקי המדינה, רק כללי יושר וצדק הם כפי המבואר בשולחן ערוך ופוסקים... מנהג המדינה שמקורם בחוקי העכו"ם, שמגזימים לפעמים בזכויות הפועלים לצורך עזרתם והצבעתם בבחירות וכדומה. ובמנהג גרוע כי האי לא אמרינן דאדעתא דהכא נשכר.<sup>38</sup>

לסיכום, דיני עבודה מושפעים ממנהג העולם, ובכלל זה מנהג שנוצר על ידי חוקי המדינה. ובכל זאת, מתן תוקף לחוק רק בגלל היותו מנהג מטיל עליו כמה הגבלות: א. כאשר היה סיכום מפורש בניגוד למנהג יש לכך תוקף, ב. מנהג חל במקרים שכחים ולא במקרים נדירים, ג. מנהג כפוף לביקורת בית הדין. לפיכך יש חשיבות לשאלה האם יש לחוקי העבודה תוקף בהיותם חוק ולא רק בהיותם מנהג... כעת נבחן האם אמנם יש לחוקי העבודה במדינת ישראל תוקף כזה.

---

<sup>37</sup> תוספות (בבא בתרא ב,א, ד"ה בגויל) הביאו בשם רבנו תם כי "יש מנהגים שאין לסמוך עליהם אפילו היכא דתנן הכל כמנהג המדינה". וכך פסק הדרכי משה (חוי"מ קסג, ט, וכן פסקו הש"ך חוי"מ עב, לה; הסמ"ע שם, כג; והגר"א חוי"מ מו, טו) שאין מנהג גרוע נחשב למנהג ואין לסמוך עליו, ויש לפסוק כפי שורת הדין אלמלי היה מנהג.

באופן דומה כתב האור זרוע (ג, פסקי בבא מציעא, רפ; הובא במרדכי בבא מציעא, שסו) "נראה בעיני וכגון שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום... וזהו שאמרו מנהג מבטל הלכה מנהג וותיקין. אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת. הא למדת שאין מנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור".

אמנם מסתבר כי אין כוונתו של האור זרוע לומר כי המנהג חייב להיות כמו שכתוב בתורה, שכן הירושלמי (בבא מציעא ז, א) מביא כי יש חילוקי מנהגים בין מקומות שונים ושני המנהגים מחייבים כל אחד במקומו. וכיצד יהיו שניהם תואמים את דין התורה? אלא על כורחנו לומר כי כוונת האור זרוע היא שהמנהג צריך לעמוד במבחן האיזון והסבירות, וחכמי הדור הם אלו שאמורים לוודא כי המנהג מאוזן וסביר.

אמנם יש שהבינו את דעת האור זרוע באופן שונה ולדעתם המנהג צריך ממש להיווצר על ידי חכמי המקום ולהיות מגובה בתקנתם, אולם גם הם הסיקו למעשה שעמדה זו לא התקבלה הלכה למעשה (ראו הרב דניאל כ"ץ, **נייר עמדה מס' 5: מעמד מנהג שיצר החוק**, אתר דין תורה, עמ' 7).

<sup>38</sup> שו"ת תשובות והנהגות, ג, תעב.

## ד. דינא דמלכותא: עקרונות וגבולות

הכלל הבסיסי "דינא דמלכותא – דינא" נפסק להלכה בגמרא<sup>39</sup> ואומץ על ידי כל הפוסקים.<sup>40</sup> אולם, לאחר קבלת כלל זה נוצרו מחלוקות רבות בין פוסקי ההלכה. בהקשר זה נדון בעיקר במחלוקות בנוגע לגבולותיו.

### 1. דינא דמלכותא במדינת ישראל

נחלקו הראשונים האם כלל זה חל רק בנוגע למלך גוי (ויש אומרים שהוא מוגבל רק לדיני מקרקעין),<sup>41</sup> או שהוא עקרון גורף שחל גם על מלכי ישראל,<sup>42</sup> ואינו מוגבל לתחומים מסוימים, כפי שפסק להלכה השולחן ערוך.<sup>43</sup>

עם קום המדינה נחלקו הדעות בקרב גדולי ישראל כיצד להתייחס למדינה אשר מרבית מנהיגיה חילוניים, ואשר מתעלמת מחוקי התורה, ומאידך מתממש בה חזון הנביאים לשיבת ציון וגאולת ישראל. הדים למחלוקת ניתן למצוא בשאלה האם נאמר "דינא דמלכותא דינא" גם ביחס למדינת ישראל.<sup>44</sup>

ישנם פוסקים אשר אינם נוטים להעניק לחוקיה כל תוקף הלכתי,<sup>45</sup> לעומתם פוסקים אשר קובעים כי יש לחוקיה תוקף הלכתי,<sup>46</sup> כל עוד הם אינם עומדים בניגוד להלכה,<sup>47</sup> וכך אנו נוהגים למעשה.<sup>48</sup>

---

<sup>39</sup> בבא בתרא נד, ב; נדרים כח, א, ועוד

<sup>40</sup> שולחן ערוך חו"מ שסט ב, ז-ט. ועיינו בריטב"א נדרים כח, א, ד"ה גמרא, שכתב שלא מצינו שום חולק על הלכה זו.

<sup>41</sup> ר"ן נדרים כח, א, ד"ה במוכס, בשם התוספות; רבי אליעזר ממין, מובא באור זרוע בבא קמא, תמו.

<sup>42</sup> רמב"ם גזילה ואבידה ה, יא; שו"ת הרשב"א ו, רנד; וכן כתב הר"ן בעצמו בבא בתרא נה, א, ד"ה דאריסא.

<sup>43</sup> שולחן ערוך חו"מ שסט, ו.

<sup>44</sup> הרב פרופ' רון קליינמן, "הלכה והשקפה: יחסי גומלין מאפייני פסיקות של דינים חרדים במדינת ישראל בסכסוכים ממוניים", משפט חברה ותרבות א, עמ' 107-166, עמד על כך שלעתים יש זיקה בין עמדתו האידיאולוגית של הפוסק ביחס לציונות לבין פסיקתו ההלכתית בענייני ממון. במאמרו הוא מוכיח כי פוסקים אשר אינם מייחסים משמעות רוחנית חיובית למדינת ישראל, ולכל היותר רואים בה גוף שמנהל את ענייני אזרחי המדינה ותו לא, נוטים שלא להעניק לחוקיה תוקף הלכתי כ"דינא דמלכותא". לעומתם, פוסקים אשר רואים בשיבת ציון בעת החדשה את פעמי הגאולה, ואת מדינת ישראל כמימוש התחלתי של מלכות ישראל המתחדשת (אם כי לא כולם), נוטים לקבוע כי יש לחוקיה תוקף הלכתי לא רק "כמנהג" אלא גם כ"דינא דמלכותא".

<sup>45</sup> עיינו עוד: הרב חיים פרדס, היש תוקף הלכתי לחוקי הכנסת?!, תחומין ז, עמ' 520; ספר סלע מדינה, ד, ה, בשם החזון איש. כך פוסקים למעשה בבית דינו של הרב ניסים קרליץ, כמבואר בספר דרכי משפט, שכנים, עמ' ריד. וראו עוד: דרכי חושן א, עמ' שצו.

<sup>46</sup> הרב עובדיה הדאיה, ישכיל עבדי ו, חו"מ, כח; הרב בצמ"ח עוזיאל, "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים", בצומת התורה והמדינה א, עמ' 84; הרב בצלאל זיולטי והרב יוסף ש. אלישיב, פד"ר ה, עמ' רנח; הרב עובדיה יוסף, יחוה דעת ה, סד; הרב מרדכי אליהו, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו", תחומין ג, עמ' 242; הרב אברהם שפירא, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו", תחומין ג, עמ' 238; שו"ת בית אבי ב, קמג. לסקירת השיטות השונות ראו הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה", כתר א, עמוד 341 ואילך, וכן במה שכתבו הרב ארי דובנר והרב יואל דומב, כתר ט, שעסקו בעניין זה בהרחבה. כן ראו במאמרו של פרופ' אליאב שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל", שנתון המשפט העברי טז-יז, עמ' 417.

## 2. דינא דמלכותא בדיני ממונות: סוגיית הגמרא

הכלל דינא דמלכותא נפסק להלכה ללא עוררין אולם מהו היקפו? האם כולל הוא רק עניינים הנוגעים לשלטון כגון דיני המסים או שמא גם את דיני הממונות שבין אדם לחברו? בשאלה זו מסתפקת לכאורה הסוגיה במסכת גיטין כאשר היא דנה בשאלה האם יש להעניק תוקף הלכתי מכוח דינא דמלכותא לשטרות שנעשו בערכאות:

כל השטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים, אף על פי שחותמיהם עובדי כוכבים – כשירים, חוץ מגיטי נשים.<sup>49</sup>

לכאורה, המשנה מכשירה את כל סוגי השטרות, על אף שאינם עומדים בדרישות ההלכה. על כך שואלת הגמרא:

קא פסיק ותני, לא שנא מכר לא שנא מתנה. בשלמא מכר, מכי יהיב זוזי קמייהו הוא דקנה, ושטרא ראייה בעלמא הוא, דאי לא יהיב זוזי קמייהו, לא הווי מרעי נפשייהו וכתבין ליה שטרא. אלא מתנה במאי קא קני? לאו בהאי שטרא, והאי שטרא חספא בעלמא הוא!<sup>50</sup>

כלומר ניתן לקבל את השטרות כראיה לקיומה של עסקה העומדת בגדרי ההלכה, בשל האמינות לה זכות הערכאות, אולם אין לקבל את השטר ככלי ליצירת עסקה, בזמן שזה אינו עומד בקריטריונים ההלכתיים הנדרשים לביצוע העברת הבעלות ההלכתית. על כך עונה הגמרא שם שתי תשובות שונות: "אמר שמואל: דינא דמלכותא דינא. ואי בעית אימא, תני: חוץ מכגיטי נשים".

לפי התירוץ הראשון אם על פי החוק מעשה מסוים די בו בכדי להעביר בעלות על נכס, אזי גם אם על פי ההלכה המעשה אינו מספק, יש תוקף הלכתי לחוק והבעלות תעבור. לעומת זאת, על פי התירוץ השני אכן אין להעניק תוקף הלכתי להעברת בעלות על פי החוק, אם היא אינה עומדת בדרישות ההלכה. שכן במובן זה אין הבדל בין גט, המיועד לגירושי אישה, לשטר מתנה, וכשם שגט חייב לעמוד בדרישות ההלכה, שהרי מדובר בעניין איסורי שחוק המלך אינו חל עליו על פי ההלכה, גם שטר מתנה חייב לעמוד בדרישות ההלכה. נמצא שהמשנה מעניקה לשטר העולה בערכאות אך ורק משקל ראייתי שהעסקה התבצעה על פי ההלכה.

<sup>47</sup> כשם שחוקי מלך ישראל לא יקבלו כל תוקף במידה ויעמדו בסתירה להלכה.

<sup>48</sup> זוהי למעשה גישת הפסיקה המקובלת על רוב בתי הדין הציוניים בישראל וכבר כתבו גדולי הפוסקים שאין לחשוש כלל לדעות הסוברות שאין להעניק תוקף הלכתי לחוקי המדינה, ואין אדם יכול לטעון אפילו "קים ליי" כדעות אלו (שו"ת ישכיל עבדי ו, חו"מ, כח; הרב עזרא בצרי, דיני ממונות, ד, עמ' מו, אות א).

<sup>49</sup> גיטין י, ב.

<sup>50</sup> שם.

### 3. דינא דמלכותא בדיני ממונות: מחלוקת הראשונים

למעשה נחלקו הראשונים בשאלה זו. לדעת **חכמי צרפת**<sup>51</sup> יש לאמץ את התירוץ השני להלכה ולהסיק כי דינא דמלכותא תקף רק לדינים הנוגעים באופן ישיר לשלטון, כגון, דיני מסים. לעומתם **סבר הרמב"ן**<sup>52</sup>, ולמעשה רוב הראשונים,<sup>53</sup> כתירוץ הראשון בסוגיה ומכאן הם הסיקו כי הכלל דינא דמלכותא תקף גם לדינים הנוגעים ליחסים ממוניים שבין אדם לחברו.

אולם בהתבוננות נוספת בסוגיה נראה כי המרחק בין הדעות השונות אינו כה גדול כפי שנראה מלכתחילה. מחד, הסוברים שאין תוקף לדינא דמלכותא בדיני ממונות שבין אדם לחברו אינם מחלקים בין דיני מסים לדיני ממונות, אלא בין דינים שיש למלך תועלת<sup>54</sup> מקיומם לדינים שאין למלך תועלת בקיומם, כלשון המגיד משנה:

דאע"ג דקיימא לן דדינא דמלכותא דינא כמבואר (=ברמב"ם) פרק ה' מהלכות גזילה ואבידה, הני מילי במה שהוא תועלת למלך בענייני המסין שלו ומה שהוא מחקיו, אבל בדברים שבין אדם לחבירו אין דינו בהם דין.<sup>55</sup>

הגדרה זו של "תועלת למלך" הינה הגדרה רחבה למדי אשר יכולה להכניס תחת כנפיה חלק מהדינים העוסקים בדיני ממונות. לדעת החזון איש הגדרה זו מאפשרת למעשה להעניק תוקף לעצם קיומו של חוק המדינה, המהווה תועלת למלך בעצם קיומו ותחולתו, לכל הפחות ביחס לאזרחים שאינם יהודים:

דכל שנוגע לאומתו מקרי יש להם הנאה שהרי זו תעודתן לחוקק חוקים ולעשות משפט בין איש לרעהו.<sup>56</sup>

יתר על כן, לדעת חלק מן הראשונים, במקום בו המדינה מתעקשת על כך שידונו דווקא לפי חוק מסוים, מוכח שבקיומו ובביצועו יש "תועלת למלך" וממילא יהיה לו תוקף הלכתי. כך כותב רבנו יונה גם לשיטות המצמצמות את דינא דמלכותא:

---

<sup>51</sup> הובאו דבריהם בספר התרומות מו, ח, ה, וכך נראה שסבר הר"ף בתשובה (הובאה בתוך: רשב"א גיטין י, ב, ד"ה ואבע"א; שו"ת הרשב"א ב, ב). כך הבין המגיד משנה את דעת הרמב"ם (מלווה ולווה כז, א) אשר סירב להעניק תוקף משפטי לשטרות שנעשו על פי החוק, אף כי היה מוכן לתת להם תוקף ראייתי. ועיינו בגר"א (ח"ו"מ סח, טו) שביאר את הרמב"ם באופן שונה, המבחין בין היכולת להסתמך על עובדות המתוארות בשטרי קניין, לעובדות המתוארות בשטרי ראייה וכך נראה שפירש הר"י מיגש (ליקוטים גיטין י, ב) עוד ראו: רמב"ם זכיה ומתנה א, טו, שאחרונים האריכו בהבנת שיטתו.

<sup>52</sup> בתוך ספר התרומות, שם.

<sup>53</sup> רשב"א גיטין י, ב; ריטב"א שם, עליות דרבינו יונה בבא בתרא נה, ב, ועוד).

<sup>54</sup> בספר התרומות המובא לעיל הניסוח שונה במקצת, ולדעתו אין אומרים דינא דמלכותא אלא "בדברים שהם עסקי המלך". לפי ניסוח זה מסתבר לצמצם יותר את מטרת החוקים להם ישנו תוקף, לחוקים מהם צומחת למלך הנאה כלכלית ובלשון התשב"ץ (א, קנח) "הנאת ממון". את התועלת הצומחת למלך מתיקון הדרכים יסביר בעל התרומות (מו, ח) כהשבת נכסיו "ענייני הדרכים המכסים והטסקאות שלו".

<sup>55</sup> מגיד משנה, מלווה ולווה כז, א.

<sup>56</sup> חזון איש ח"ו"מ ליקוטים טז, ד. ועיינו חזון איש יו"ד רבית עד, ו, ד"ה שו"ע, שהגביל זאת וכתב כי אם "אין הדבר נוגע למלכות אם ישראל נוהגין בדין התורה בינם לבין עצמם, ואף אם יקפידו אין זה רק רוע לב, ואין בזה דינא דמלכותא". כלומר אם מדובר בהגבלה שרירותית ללא כל הגיון אין לקבלה.

במקום שיש שם במשפטי המלך שלא יקנה אדם קרקע אלא בשטר, כדי שלא תהא מריבה והכחשה על המכירות, או שמשפט המלך שלא יקנה הלוקח את השדה עד שיכתבו לו סופרי המלך את השטר, ויטול המלך את המס מן המוכר [או מן הלוקח], אף על פי שנסתלק הגוי מן הנכסים משעה שקבל את הדמים, המחזיק אינו קונה כיון שלא כתבו לו את השטר, שהרי משפט המלך דין הוא נחשב.<sup>57</sup>

מאידך, גם הפוסקים הסבורים שיש תוקף לדינא דמלכותא בדיני ממונות, אין כוונתם להחליף את ההלכה בחוק המדינה ולשפוט בבתי הדין על פי חוקי המדינה, כפי שכתב הרשב"א בתשובתו:

...לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם חס וחלילה לעם קדוש לנהוג ככה... ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף והתורה מידו תבקש... ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגזלן הוא... ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני הגויים ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי הגויים חלילה לא תהיה כזאת בישראל חס וחלילה שמא תחגור התורה עליה שק...<sup>58</sup>

לשיטת הרשב"א עולה השאלה כיצד יש להבחין בין חוק שיש לו תוקף של דינא דמלכותא לבין חוק שאין לו תוקף כזה. בראשונים ניתן למצוא כתשובה לשאלה זו שני תבחינים, האחד, מתייחס לאופן יצירת החוק, והשני, למידת ההקפדה של השלטון על אכיפת החוק.

#### 4. חוק שנוצר על ידי המלך

תבחין ראשון נוגע לאופן יצירת החוק. כל הראשונים הסוברים שיש תוקף מכח "דינא דמלכותא" גם לחקיקה בתחום הממוני מגבילים את הדבר לחוקים שנחקקו על ידי השלטון ואינם מוכנים להחיל זאת על החוקים המקובלים בבתי המשפט.<sup>59</sup> כך כותב הרשב"א:

כמו שאנו יש לנו משפטי מלוכה כמו שאמר להם שמואל לישראל דמלך מותר בו כך בשאר האומות **דינין ידועים יש למלכים** ובהם אמרו דדיניהם דין, אבל **דינין שדנין בערכאות** אין אלו ממשפטי המלוכה אלא הערכאות דנין לעצמן **כמו שימצאו בספרי הדינין**, שאם אין אתה אומר כן בטלת חס ושלוש דיני ישראל.<sup>60</sup>

דרישה זו מתבארת בדברי רבי שלמה מקרקשונה:

<sup>57</sup> עליות דרבינו יונה, בבא בתרא נה, א.

<sup>58</sup> שו"ת הרשב"א ו, רנד. כאמור לעיל הרשב"א בחידושי (רשב"א גיטין יב), ובתשובותיו (שו"ת הרשב"א א תתקמו; ג סג, סו עט) סבור באופן עקרוני כי דינא דמלכותא אינו מוגבל לדיני מסים אלא יש להחילו גם על דיני ממונות, ואעפ"כ ברור לו שיש לסייג קביעה זו, כדלהלן.

<sup>59</sup> ראו דבריו של פרופ' אליאב שוחטמן ("הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל", שנתון המשפט העברי טז-יז, עמ' 450): "אם נסקור את פסיקת בתי הדין הרבניים בישראל מאז קום המדינה ועד עצם היום הזה (תש"ן) לא נמצא ולו מקרה אחד שבו הוכר חוק מחוקי המדינה בתחום המשפט הפרטי, כשאותו חוק קבע הסדר הסותר דין הקיים בהלכה, אלא אם כן נמצאו בו בתי הדין יסוד של תקנת הציבור".

<sup>60</sup> שו"ת הרשב"א ג, קט.

דהאי דמפקי ממונא אפומא דחד סהדותא לאו משום דדינא דמלכותא אך משום **דינא דבני נח הקדום** אותם שנצטוו על ז' מצות ובתוכם נצטוו על הדינין... ואנחנו זרע אברהם יצאנו מכללם ונתקדשנו בזה... ומאחר שזה הוא **מחקותיהם ונמוסיהם הקדומים** חלילה לנו לעשותם ולקרות זה דינא דמלכותא אך דינא דבני נח.<sup>61</sup>

וכן כתב המאירי :

אף על פי שאמרו דינא דמלכותא דינא יש מי שאומר שלא נאמר כן אלא לענין ממון ועיקר הדברים שאף לענין ממון לא נאמר אלא **בחק שהמלך קובע מאיליו לפי מה שרואה צורך השעה** או דברים שהם עסקי מלכות כגון מסים ותשחורות ומכסים אבל מה שהם עושים מתורת **נימוס הידוע להם בספריהם** אין זה נקרא דינא דמלכותא.<sup>62</sup>

שלושת המקורות מתארים מציאות משפטית שונה בתכלית מן המציאות המשפטית המוכרת לנו היום. במציאות המשפטית בתקופת הראשונים באירופה בימי הביניים<sup>63</sup> השלטון המרכזי לא עסק כמעט בכלל בדיני הממונות.

לפי המשפט הרומי, שנהג באותה תקופה באירופה, המלך אינו כפוף לחוק<sup>64</sup> והוא לא מתערב בקביעת החוק, למעט חוקים שיש להם השפעה ישירה על מעמדו של בית המלוכה, ואפשרויותיו הכלכליות. המערכת המשפטית פעלה על פי קודקס החוקים הרומי, בתוספת של חוקים שמקורם בכנסיה ותקנות מקומיות. פרשנותו של החוק היתה מסורה בידי המערכת המשפטית המקומית והיתה דינאמית למדי. על הקודקס הרומי ויישומו במערכת המשפטית – "הערכאות" – דיברו הראשונים והבדילו בינו ובין חוקים שחוקק המלך, אשר גם אם נגעו לתחום הממוני, נבעו הם מצרכים שלטוניים.

נמצא אם כן, שבימי הביניים היתה הבחנה עמוקה וברורה בין חוק המלך ל"חוקי הערכאות", והרשב"א וסיעתו קבעו כי רק חוק המלך הוא בגדר דינא דמלכותא. מהמקורות האמורים עולה שההבדל בין חוק המלך ובין "חוקי הערכאות" אינו רק במקור הסמכות אלא גם מהותי – במטרה של אותם חוקים: חוק המלך בא **לפתור בעיה** מסוימת ולמלא צורך כלשהו, שלטוני, חברתי או כלכלי שנוצר באותו הדור, לעומתו, "חוקי הערכאות" מבטאים תפישה מסוימת של **צדק ומוסר** במקום זו של התורה, ואשר ממילא לעולם לא תקבל גושפנקא הלכתית.

<sup>61</sup> תשובות חכמי פרובינציה דיני שטרות, מח, עמ' 445 בשאלה שהופנתה לריב"ם.

<sup>62</sup> בית הבחירה עבודה זרה טז, א.

<sup>63</sup> מהכתבים האשוריים (כגון, חוקי חמורבי) נראה כי המערכת המשפטית בימיהם היתה דומה יותר לזו המוכרת לנו היום מאשר זו שנהגה בימי הביניים, ואכמ"ל.

<sup>64</sup> כלל זה מכונה במשפט הרומי בשם: *Princeps legibus solutus est*, ראו בעניין זה את דברי הירושלמי ראש השנה א, ג. המביא אמרה זו בשם רבי אלעזר "פרא בסיליוס או נומוס אגריפוס" (גירסת הערוך). זהו פתגם יווני המתורגם בערוך כך (ערך אגרופוס) "אצל המלכים דת (=חוק) לא נכתבת", דהיינו, עבור המלך החוק אינו כתוב.

בשולי הדברים מעניין לציין כי גם תקנות הקהל מוגבלות באותו אופן דהיינו שהן תקפות במידה והן נוגעות לתיקון החברה והקהל, שכן כתב הרשב"א: "הציבור יכולין להכריח את היחיד להיותו בהסכמתם, בכל ענין שיהיה תיקון הקהל".<sup>65</sup>

לעומת זאת, החל מהמהפכה הצרפתית, עם הקמתן של מדינות הלאום ועד ימינו אנו, התרחש תהליך של "הלאמה" בו המשפט הפך להיות בסמכותה הבלעדית של המדינה, קרי, של השלטון. זה נבחר על ידי העם המסמיך אותו לחוקק חוקים בכל תחומי החיים ובכללם בתחום הממוני. במצב החדש כל החוקים מחוקקים על ידי המלך או מחליפיו הדמוקרטיים.

בעקבות זאת יש להסתפק כיצד ליישם את המקורות האמורים בנוגע למעמדו של החוק כיום. מחד גיסא, ניתן לומר כי היות והחוק שואב את סמכותו מהמדינה באמצעות הרשות המחוקקת, הרי שמבחינה פורמאלית כל החוקים הממוניים הם בגדר חוק המלך. מאידך גיסא, ניתן לומר כי יש להיצמד להבחנה המהותית, וכיוון שמבחינה מהותית החוק מייצג את תפישת הצדק והמוסר של חברי בית הנבחרים, הוא איננו בגדר חוק המלך,<sup>66</sup> זאת, למעט חוקים שמטרתם לתת מענה לבעיה או לצורך של החברה. בהמשך (עמ' 22) נדון בתשובות שנתנו לשאלה זו.

#### 5. חוק שהמלך מקפיד על ביצועו (קוגנטיות)

תבחין שני לחוק שיש לו תוקף הלכתי הוא כאשר למדינה ישנו אינטרס במימושו של חוק מסוים והיא אינה מוכנה לאפשר לצדדים לנהוג באותו עניין באופן חופשי על פי מערכת כללים אחרת המקובלת עליהם, מכל סיבה שהיא, הדבר מעיד כי מדובר בחקיקה שלטונית ולא בחקיקה שמקורה בתפיסה של צדק ומוסר,<sup>67</sup> ומשום כך יש להעניק לה תוקף הלכתי. עקרון זה עולה אף הוא מדברי הרשב"א שכתב:

---

<sup>65</sup> שו"ת הרשב"א ז, שמ. בהחלט יתכן מצב בו החוק הינו חוק ממוני באופיו, המזכה לאחד ומחייב לאחר, אולם מטרתו היא סידור חיי הקהילה. גם במקרה זה סבור הב"ח כי נחשב הדבר לתקנה שנתקנה לתועלת הכלל, שכן כתב (שו"ת ב"ח ישנות סימן ס): "יש כח להראשים שהמחוס רבים עליהם מדעת כולן לתקן תקנות בכל דבר אף במדה דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי או להפקיע ממון שיש לו בעלים ודלא כרבנו תם שבמרדכי פ"ק דבתרא מיהו נראה דלא נהגו אלא במה שהוא לתקנת הקהל דווקא וכסברת ראבי"ה שבמרדכי".

<sup>66</sup> יש להעיר כי עצם הפרדת הרשויות בין הרשות המבצעת ובין הרשות המחוקקת מעידה כי החוק אינו שואב את כחו מהשלטון, קרי מהרשות המבצעת, ולפיכך מסתבר יותר לומר שמעמד החוק הממוני אותו מחוקקת הכנסת כמעמד דיני הערכאות בימי הביניים.

<sup>67</sup> יש להעיר כי הקפדה (קוגנטיות) מהווה סיבה למתן תוקף הלכתי לחוק, גם לשיטת הסוברים כי אין למלך סמכות חקיקה בתחומים שאין בהם הנאה למלך, אלא שלשיטתם זו מעידה ההקפדה על קיומה של הנאה. לעומת זאת ראשונים אלו סבורים כי הקפדה אינה מעידה על הנאה ויתכן שזו אינה קיימת בכלל אלא שהיא מעידה על היות החוק חוק שלטוני ולא חוק מוסרי וראו להלן בדברי הרשב"א.



שטר העשוי בגופן של גוים דכשר ואפילו עשוי במתנה... ואפילו במה שאין תועלת למלך בדבר אמרינן דינא דמלכותא דינא כדמוכח בחזקת הבתים (דף נ"ה) הני תלת מילי אישתעי לי עוקבא ריש גלותא דינא דמלכותא דינא ודאריסותא דפרסאי עד ארבעין שנין. **אף על פי שזה לא מעלה ולא מוריד למלך**. אלא שדעתי שבמקום שהמלך נותן רשות לישראל לדון בדיני ישראל כל שמעמיד דין ישראל והוציא שטר מתנה וכיוצא בה אין דנין בה. אלא כל זמן שדנין בפני בית דין ישראל. דאז אינו מקפיד אדרבה נותן להם רשות לדון בדינם.<sup>68</sup>

כלומר, למרות שיש תוקף של "דינא דמלכותא" גם לחקיקה בתחום הממוני ואפילו אין בדבר תועלת ישירה למלך, הרי שהחוק יחייב רק במידה והשלטון יקפיד על קיומו של החוק ואינו מאפשר לצדדים להסכים לנהוג באופן שונה. הקפדה זו מלמדת על כך שהשלטון רואה ביישום החוק אינטרס שלטוני.

בתשובה נוספת ניתן למצוא ביטוי לשני התבחינים שהוזכרו:

שעל **דיני הגוים** לא אמרו דינא דמלכותא דינא **שאין המלך מקפיד** על דינין ידועין שזה בא ומחדש ומפרש דינין לפי דעתו ושכלו ואחר בא ומהפך דבריו ואין למלך בזה הקפדה כלל. אא"כ הם **נימוסין ידועין עשויין מצד המלכות** וכמצוה שלא ידונו אלא כך וכאותה שאמרו ומלכא אמר לא ליכול איניש ארעא אלא בשטרא, הא בענין אחר לא. ולפי אעפ"י שבדיניהם אפילו המלוה את חברו בע"פ צריך לפורעו בעדים **זה מדיניהם הוא ולא מצד המלכות ודינא דמלכותא דינא. אבל דיני אומתו לאו דינא לנו.**<sup>69</sup>

נמצא שישנם שני תבחינים שדי שהחוק יעמוד באחד מהם בכדי שיוגדר כ"חוק המלך": האחד הוא שהחוק חוקק על ידי המלך כתקנה שנועדה למלא צורך מסויים, החלופי הוא, כאשר המלך מקפיד על אכיפת החוק, גם כאשר הוא לא חוקק על ידו.

ביטוי לשני תבחינים אלו שקבע הרשב"א, ניתן למצוא כבר בלשונו של הרמב"ן:

דינא דמלכותא לומר שאינן נפסלין מפני שהם גוים אבל כל שחסר מהם דרך הקנאה שלנו אין דנין בהם בדיני גוים. **שאין דינין של מלכים אלא להכשיר שטרות שלהם ולעשות סופר שלהם כמאה עדים**. והיינו דמכשר שמואל שטרי מתנה בערכאות וחורתמיהן גוים משום דינא דמלכותא. דהא חותמיהן דישאל לדידן כשרין ומלכים עושים נוטרין שלהם כעדים כשרים. אבל לענין דרכי ההקנאות לא עדיפי משטרות שלנו, **שאף הגוים במקומות הרבה בדינין חלוקין דנין אותן, וכשחסר מהן דרך מן הנימוסין שלהם לפי דעתו של דיין פוסלין אותן וזה בורר דיין אחד וזה בורר לו דיין ונימוס אחד כפי מחלוקת חכמיהם ומנהגי המקומות. ואין מלכים מקפידין אלא בהכשר השטרות בלבד.**<sup>70</sup>

<sup>68</sup> שו"ת הרשב"א א, תתצה, וכן כתב גם שם, החדשות, שמב

<sup>69</sup> שו"ת הרשב"א ו, קמט.

<sup>70</sup> בתוך: ספר התרומות סז, ד.

הרמב"ן קובע שיש תוקף של דינא דמלכותא לדרישת הנוהל המעניקה תוקף ואמינות לשטר בחתימת הרשם מטעם המלך, כיוון שהמלך מקפיד עליה. לעומת זאת, אין תוקף לדין המהותי הנקבע בערכאות הנתון לשיקול דעתו של השופט והמלך אינו מתערב בעניינו.<sup>71</sup>

יש להעיר כי העובדה שהרמב"ן מציין שהדין הנקבע בערכאות נתון למחלוקת, אינה הסיבה להיותו בלתי מחייב, אלא הסיבה היא היעדר הקפדה של השלטון על חוק מסוים.

## 6. הכרעת הפוסקים

למעשה נחלקו הפוסקים בשאלה זו, לדעת הרמ"א<sup>72</sup> דינא דמלכותא תקף גם ביחס לדיני הממונות, אם הוא נועד לצורך "תיקון בני המדינה", גם כאשר מדובר בסכסוך שבין שני יהודים המתברר בבית דין של תורה.<sup>73</sup> לעומתו סבור הש"ך<sup>74</sup> שגם אם יש לחוק תוקף ביחס לגויים, הוא אינו תקף בנוגע לענייני ממון שבין שני יהודים, במקום בו הוראת החוק שונה מהוראתה של ההלכה.

משמעות הדברים היא שהרמ"א פסק במפורש שרק התבחין המהותי הוא הקובע – ואם החוק הוא לתיקון המדינה יש לו תוקף. הרמ"א לא התייחס להבחנה אותה עושים הראשונים בין חוק המלך לחוקי הערכאות, מחד, ולא להבחנה בין חוק שהמלך מקפיד עליו לחוק אחר, מאידך.

הרב הרצוג עסק בקריטריון אחר להבחנה בין תקנה לבין חוק בסיסי:

עולה בדעתי בנוגע למציאות שנתחדשה בעולם המסחר והתעשייה, דבר כללי, שמציאות כזאת ומצב כזה לא היה קיים בימי חז"ל, אף שאפשר לנו לקבוע הדין בזה על פי הכללים שאינם תקנות אלא משפטים ממש, מכל מקום מכיון שמציאות כזאת ומצב כזה לא היו קיימים בימיהם, ויש לנו יסוד לשער שאילו היה מתחדש בימיהם היו מתחשבים עם המציאות וקובעים תקנה משום תיקון העולם... יש לקבל דין המלכות בזה הממלא אותו הצורך שהיתה תקנה כזו ממלאה.<sup>75</sup>

לדבריו, כאשר מדובר בחוק שנותן מענה לשינוי במציאות מדובר ב"תיקון בני המדינה", כיוון שהחוק נועד להציע פתרון לבעיה והיא המציאות שהשתנתה. זאת, בניגוד לחוקים הבסיסיים, כגון, מכר וחוזים, שאינם באים לתת מענה לבעיה מסוימת אלא מציעים תפיסה של צדק בהתעלמות מהתורה.

---

<sup>71</sup> בנקודה זו חלוק בעל העיטור ח, לג, א, הסבור שהשלטון מקפיד גם על הדין המהותי ואינו מוכן לקבל פסילת שטרות עליהם חתום הרשם מנימוקים שאינם מעוגנים בדין המהותי הנוהג (כגון, חשש לזיוף או היעדר מעשה קנין) ולפיכך הוא מעניק תוקף לשטר העולה בערכאות גם בהיעדר דרישות אלו. מחלוקת זו אינה מהותית אלא נקודתית בשאלה עד כמה מגיעה הקפדתו של השלטון על הדין הממוני המהותי.

<sup>72</sup> רמ"א חו"מ שסט, ח; שם עג, יד, ע"פ הגר"א שם, מו. כדעת הרמ"א סבור כנראה הסמ"ע קד, ה.

<sup>73</sup> על פי מרדכי בבא בתרא, קנד

<sup>74</sup> ש"ך חו"מ עג, לט, וכך כתב קצות החושן קד, ו ונתיבות המשפט קמט, ד.

<sup>75</sup> הרב הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה ב, עמ' 72

הרב שאול ישראלי עושה אף הוא הבחנה דומה בין חוקים הבאים למצות את תפישת הצדק והאמת של המחוקק, להם אין תוקף אפילו אם נחקקו על ידי המלך, או הפרלמנט, ובין חוקים שמטרתם לפתור בעיה כזו או אחרת להם יש תוקף מדינא דמלכותא, גם אם הם נוגעים לעניינים שבין אדם לחברו. וכך הוא כותב:

ישנם דברים ובעיות משפטיות שעיקרם בהכרעת השכל, ומטרת החוק בזה הוא למצות את מדת האמת והצדק, ולקבוע כן את החוק... כל מה שתלוי בהכרעה שכלית כלול במשפט ערכאות, שהם הם חכמי המשפט של אומות העולם, ובזה אין דינא דמלכותא כלל, כי במה שנוגע להכרעת השכל יש לנו חכמת התורה והכרעתה והכרעת חז"ל, ומהם לא נזוז.

אולם, בדברים שהם מיסוד תקנתי לתיקון העולם, זה שייך מטבעו למלכות, ועליה לשקוד לתיקון אזרחיה ובזה דינא דמלכותא דינא.

ואם המלך חוקק חוק שהוא מסוג הדברים של דיני ערכאות, כלומר, שהוא שייך להכרעה שכלית, אף על פי שעושה לפי משפט המלוכה, וכגון שניתנה לו רשות לכך מטעם מדינתו, מכל מקום בזה אין דינו כלל.<sup>76</sup>

למעשה הפוסקים האחרונים חלוקים בשאלה עקרונית זו, יש הסוברים כרמ"א,<sup>77</sup> יש הסוברים כשי"ך,<sup>78</sup> ויש שלא הכריעו.<sup>79</sup> הכרעה בשאלה עקרונית זו חשובה בתחומים משפטיים רבים אולם כפי שנראה להלן, ביחס לדיני עבודה תהיה ככל הנראה הסכמה בין הפוסקים על תקפותם.

## 7. שיטת החתם סופר

כאמור לעיל, נחלקו ראשוני האם הכלל דינא דמלכותא חל רק בנוגע למלך גוי או שמא אף ביחס למלך יהודי. מחלוקת זו נובעת מהנימוק לכלל זה:<sup>80</sup> יש שנימקו אותו **בהסכמת הציבור** כפי שכותב למשל הרשב"ם<sup>81</sup> "שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו", על פי נימוק זה הכלל חל גם על מלך יהודי בארץ ישראל. ויש שטענו כי, **בעלות המלך** על קרקעות המדינה מעניקה לו זכות לדרוש מהנתינים לקיים את חוקיו כתנאי למגורים בקרקעות השייכות לו. כך סבור לדוגמא הר"ן<sup>82</sup> שכתב "מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ". על פי נימוק זה הכלל אינו חל על מלך יהודי בארץ ישראל בגלל שבארץ ישראל הקרקע שייכת לאזרחים ולא למלך.

<sup>76</sup> עמוד הימיני, ט, ח.

<sup>77</sup> ערך שי חו"מ עג, יד, להורות נתן א, ע; חזון איש חו"מ, ליקוטים, טז, א; אגרות משה חו"מ, ב, סב; וכן הכריע הרב אשר וייס, דרכי הוראה ו, קטז.

<sup>78</sup> ראו: מעדני ארץ א, יח, יג.

<sup>79</sup> דובב מישרים א, עו; אמרי יושר ב, קמז; שו"ת מנחת יצחק ב, פו.

<sup>80</sup> יתכן וקיים יסוד שלישי העומד בפני עצמו והוא משפט המלך הנזכר בספר שמואל, ראו: מאירי בבא קמא קיג, ב; רמב"ם מלכים ד, א, וברדב"ז שם.

<sup>81</sup> רשב"ם בבא בתרא נד, ב, ד"ה מי אמר.

<sup>82</sup> ר"ן נדרים כח, א, בשם תוספות ועוד.

לפי הנימוק הראשון, שהאזרחים הם המעניקים למלך את סמכותו לחוקק, אזי אין סיבה לצמצם את כוחו של המלך וסמכותו לחוקק חוקים לתחום מסוים בלבד ואם האזרחים העניקו לו את הסמכות לחוקק חוקים בכל התחומים והוא מעוניין להרחיב את מוטת כנפיו על הדין הממוני, הדבר אפשרי, וכך אכן כותב הרשב"ם:

כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא ואין למחזיק בממון חבירו ע"פ חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל.<sup>83</sup>

לעומת זאת לפי הנימוק השני התולה את סמכות החקיקה של המלך בבעלותו על הקרקע, הרי שמן הסתם הסמכות מוגבלת לעניינים הנוגעים ל"הנאת המלך" ולא לכלל דיני הממונות.

על רקע זה טען החתם סופר שהמחלוקת נוגעת רק לחוק שהוא לטובת המלך, כגון, חוק המחייב את האזרחים בתשלום מסים לאוצר הממלכה.<sup>84</sup> אולם, כאשר מדובר בחוק לטובת האזרחים, שהאזרחים מעוניינים בו, גם הר"ן יסכים שיש תוקף לחוק מדינא דמלכותא על בסיס הסכמת האזרחים, ולפיכך הוא חל גם בתחומים נוספים, וגם במלכי ישראל ובארץ ישראל:

אך הר"ן בנדירים כ"ח ע"א כתב וזה לשונו: וכי תוספות דוקא במלך אומות העולם אומר דדינא דמלכותא דינא מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ. אבל במלכי ישראל לא, לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפים בה וכי עכ"ל ע"ש.

ומכל מקום נראה לי דלא פליג אלא במסים ומכס שמטיל על כרחם, סבירא ליה לא שייך לומר בני מדינה ניחא להו אלא משום שהוא אדון הארץ, ואם כן יש לחלק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם. אבל במנהגי ונימוסים, כמו בבא בתרא נ"ד ע"ב, מודה ר"ן דהטעם משום דניחא להו ואין לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם.<sup>85</sup>

כלומר כאשר התקנה מועילה לציבור, הציבור מקבל אותה ויש לה תוקף מכח דינא דמלכותא. בהמשך לכך קבע החתם סופר בנוגע לתקנה מסוימת שיש לה תוקף הלכתי, כיוון שהיא תקנה מועילה התואמת את עקרונות התורה ומסייעת בהעמדת עקרונות הצדק התורניים ויישומם במציאות החיים המשתנה:

---

<sup>83</sup> רשב"ם בבא בתרא נד, ב, ד"ה מי אמר.

<sup>84</sup> מסתבר שמעמדו של חוק המחייב בתשלום מיסים במדינת רווחה, כמו מרבית מדינות המערב ובהן מדינת ישראל, שונה, שכן כל המיסים נועדו לשם סיפוק צרכים ציבוריים ומתן שירות לאזרחים ואם כן גם חוק זה הינו לטובת האזרחים והוא יהיה תקף לדעת החתם סופר גם בארץ ישראל.

<sup>85</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ, מד

דהתיקון שתיקנו שרי הקומידאט<sup>86</sup> שאינינו נגד דין תורה אלא כתורה עשו ואלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן הא דלא יתרבו הסרסורים יותר ממה שראוי לפי העיר והמסחר כדי שיכולים להתפרנס ולא יפסקו חיותא זה לזה. וכן הוא בכל מדינות מלכותו שיש מספר ומפקד לכל מיני אומניות כמה יהי בעיר מאותו אומנות ולא יפסידו זע"ז ומכ"ש בסרסרי שתקנה הוא בכל העיירות גדולות שהם מושבעים מהמלכות ושזולתם אסורים לסרסר ושיש להם מספר ידוע...

ומצינו כיוצא בזה בפרק קמא דבבא בתרא בהני טבחי ובש"ע ח"מ ס"י רל"א וה"ה כל תקנות שתיקנו ביניהם דלא למיפסק חיותא...<sup>87</sup>

החתם סופר הוכיח את טענתו שמדובר בתקנה ברוח התורה מתקנה דומה המוזכרת בגמרא ונפסקה להלכה בשולחן ערוך (אליו מציין החתם סופר) בהקשר של תקנות בני העיר. על פי עיקרון זה, כל חוק של המדינה, שמבחינת תוכנו ניתן היה לקבלו כתקנה של בני העיר, תקף מדינת דמלכותא.

יש לציין כי החתם סופר מוכן להעניק תוקף לתקנות ולחוקים שקובע השלטון בתנאי שהם אינם עומדים בניגוד להלכה המתייחסת למקרה זה ומורה במפורש לנהוג אחרת:

כל זה כשאינו מתנגד למה שכתבה תורה בהדיא. אבל כשמתנגד למה שכתבה תורה בהדיא אזי אפילו למלך אומות העולם אין שומעים, קל וחומר למלך ישראל... דנגד דין תורה אפי' מלך אומות העולם אינו יכול, ומה שאינו מפורש בתורה אפילו מלך ישראל יכול להנהיג.<sup>88</sup>

עקרון חשוב זה, לפיו אין תוקף לדינא דמלכותא במקום בו הוא סותר דין תורה הינו עיקרון מוסכם הנזכר כבר אצל הש"ך,<sup>89</sup> אך יש להעיר כי החתם סופר מפרשו באופן שונה מהש"ך. הש"ך מעניק לעקרון זה פרשנות נרחבת, ולדעתו בכל מקרה בו התוצאה המשפטית בדין תורה היתה שונה מהתוצאה המתקבלת בעקבות החוק, יש לראות בדבר סתירה ביניהם ואין לקבל את החוק. זאת גם אם ההלכה אינה מעניקה במפורש זכות ממונית לאחד הצדדים, אלא שאינה שוללת אותה.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> הכוונה לשלטון המחוזי במחוז זמפלין שבהונגריה שהיה תחת הקיסרות האוסטרית אך נהנה באותה תקופה מאוטונומיה ניהולית (התשובה נכתבה בשנת תקצ"ו - 1836). עובדה זו חשובה בפרט לאור העובדה ש"שרי הקומידאט" לא נהנו מהעוצמה אותה מעניקה המלוכה ופעלו כשלטון מקומי בלבד ואעפ"כ החתם סופר מעניק לתקנותיהם תוקף של דינא דמלכותא.

<sup>87</sup> שו"ת חתם סופר חו"מ, מד.

<sup>88</sup> ש.ם.

<sup>89</sup> ש"ך חו"מ עג, לט

<sup>90</sup> על תפישת הש"ך הקשה החזון איש (חו"מ, ליקוטים טז, א) שכיוון שלפי תפישתו להלכה יש עמדה בכל שאלה, הרי לשיטת הש"ך כל חוק יוגדר בהכרח כסותר את ההלכה ואין לקבלו. אם כן, לא ברור כיצד יסביר הש"ך את דברי הראשונים שפסקו שיש לקבל את דינא דמלכותא בדיני ממונות?

לעומת זאת החתם סופר מעניק לעקרון זה פרשנות מצומצמת, ולדעתו רק במקום בו ההלכה קובעת באופן מפורש כי יש לנהוג באופן מסוים, והחוק קובע כי יש לנהוג באופן אחר, רק אז יש לראות בדבר סתירה ואין לקבל את החוק. זאת, גם כאשר מדובר בתקנה מקומית שכן הערכים העומדים מאחוריה אינם עולים בקנה אחד עם ערכי הצדק של התורה.

נמצא שהחתם סופר מחדש כמה חידושים: האחד, שכאשר מדובר בחוק שהציבור מעוניין בו, הרי שיש לו תוקף גם במלך יהודי ובארץ ישראל. השני, שאחת הדרכים לקבוע שהחוק הוא טוב וראוי היא כאשר יש לו תקדים בהלכה, והשלישי, שאין תוקף לחוק הסותר במפורש את ההלכה.

## 8. סיכום

לסיכום ישנה מחלוקת ראשוניים האם הכלל דינא דמלכותא חל גם בארץ ישראל, ולהלכה נפסק בשולחן ערוך שאכן הוא חל. עוד נחלקו הראשוניים האם דינא דמלכותא חל גם בדיני ממונות שבין אדם לחברו, ולהלכה נחלקו בדבר הרמ"א והש"ך.

הדעות המקבלות את דינא דמלכותא בדיני ממונות נוטות לצמצם את תחולתו ההלכתית של הכלל לחוקים שנועדו לטובת השלטון או החברה, ובפרט אם החוק קובע שקיימת חובה אזרחית לנהוג רק על פיו.

במקרה בו המדינה מקפידה על קיומו של החוק, ואינה מוכנה לקבל הסכמות המנוגדות לחוק או להעניק אוטונומיה שיפוטית בעניינו, גם הדעות שאינן מקבלות את דינא דמלכותא בדיני ממונות עשויות לקבלו.

## ה. דינא דמלכותא בנוגע לפסיקת בית המשפט העליון

במדינת ישראל אין עדיין מערכת חוקים אחידה אשר באה להסדיר את כל דיני העבודה. דיני העבודה במדינת ישראל בנויים בחלקם הגדול על פסיקה של בתי הדין לעבודה, הנשענים בחלקם על תקדימי בית המשפט העליון. גם אם נאמר כי חוקי מדינת ישראל מחייבים על בסיס דינא דמלכותא או כתקנות הקהל, יש לבחון מהו יחס ההלכה לתקדימים של בתי המשפט, ובמיוחד לאלו של בית המשפט העליון – האם הם מחייבים באותה מידה כמו החוק עצמו? בעניין זה מצאנו שלוש גישות.

### 1. אין תוקף לפסיקות בתי המשפט

לכאורה כבר הרשב"א התייחס לכך בתשובתו שהובאה לעיל המבחינה בין דיני המלך לדיני הערכאות:

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.<sup>91</sup>

הרשב"א כאמור התייחס לחוק הנוהג בבתי המשפט ואשר לא נחקק על ידי המלך, וקבע כי אין לו כל תוקף הלכתי מחייב. קל וחומר שפסיקה שהורתה ולידתה בבית המשפט ומעולם לא הפכה לחוק, אין לה כל תוקף מחייב על פי ההלכה. למסקנה זו מגיע גם המהריא"ז עניל בתשובתו:

<sup>91</sup> שו"ת הרשב"א ג, קט.

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 - כמו שיש להם קצתם מהיוונים וקצתם מהרומיים - וקצתם שחדשו להם לפי מצב המדינות ודנים על פיהם בשקול דעתם - מעולם לא עלה על דעת איש ישראל שיש לו קצת מוח בקדקדו לומר עליהם דינא דמלכותא דינא. אבל הם הם ערכאות של נכרים, שהזהירה אותנו התורה הקדושה שלא לדון בפניהם, אפילו בדברים שדיניהם שווה לדיני ישראל...<sup>92</sup>

מפורש אם כן שאין לפסיקות בתי המשפט מעמד כשל דינא דמלכותא ואין לבית הדין לפסוק על פיהן. זוהי העמדה המקובלת בין פוסקי זמננו<sup>93</sup>, וכך כותב לדוגמא הרב אוריאל לביא ביחס לפסיקה המעניקה תוקף קוגנטי (שלא ניתן להתנות עליו) לחוק מחוקי העבודה:

אילו שלילת תוקף ההסכם [ליתור על הזכויות] היתה מעוגנת בחוק, הרי שהסכמת נבחרו הציבור בכנסת דינה כהסכמת טובי העיר... אך לפסיקה מסוג כזה שהיא יצירה של המערכת השיפוטית אין מעמד של הסכמת בני העיר...<sup>94</sup>

לדעתו<sup>95</sup> רק לחוק יש מעמד מצד דינא דמלכותא ואז יכול הוא גם להגביל את אפשרות ההתניה של הצדדים. לעומת זאת, פסיקה של בית המשפט העליון מחייבת על פי החוק עצמו רק את בתי המשפט (וכן גופים ממשלתיים), אולם היא אינה מחייבת את הציבור או את בתי הדין הרבניים של המדינה או את בתי הדין לדיני ממונות.

יתכן שההתנגדות לנתינת תוקף הלכתי בבית הדין לפסיקות בתי המשפט נובעת גם מדברי הרמב"ם הידועים האוסרים באיסור חמור התדיינות בבתי משפט של גוים וכן בבתי משפט של יהודים שאינם תלמידי חכמים:

כל הדין בדייני גוים ובערכאות שלהן אף על פי שהיו דיניהם כדיני ישראל הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם לפניהם ולא לפני גוים, לפניהם ולא לפני הדיוטות.<sup>96</sup>

יתכן שיש להסיק מדברי הרמב"ם, שאם ישנו איסור להתדיין בבתי המשפט, בוודאי שאין תוקף לפסיקות שלהם.

---

<sup>92</sup> שו"ת מהרי"א ענין ד, ד.

<sup>93</sup> שבות יעקב ב, קעו, שו"ת מנחת יצחק ב, פו; ביה"ד הרבני הגדול בפס"ד 774452/1 (מס' ישן: 1108-35-1) ועד **החינוך נ' פלונית** מיום כ"ה אייר תשנ"ט; שו"ת תשובות והנהגות ג, תנה.

<sup>94</sup> הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה ב, חו"מ, מח, עמ' 945-946.

<sup>95</sup> כפי שהבהיר בשיחה בעל פה שערכתי עמו בתאריך ב בשבט תש"ף.

<sup>96</sup> רמב"ם סנהדרין כו, ז.

לדעת הרב שלמה דיכובסקי יש לסייג את הדברים במקצת, לדבריו יש לתקדימי בית המשפט העליון מעמד של דינא דמלכותא, במקרים בהם מדובר בפרשנות של החוק, כיוון שבית המשפט העליון הוא המוסמך לפרש את החוק.<sup>97</sup> לעומת זאת, כאשר מדובר ב"חקיקה שיפוטית" אין לכך תוקף ועליה נאמרו דברי הרב ענזיל. ואלו דבריו:

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".<sup>98</sup>

## 2. במשטר מודרני יש תוקף לפסיקות בתי המשפט

גישה שניה וחריגה בין הפוסקים מבטא הרב אשר וייס. לדעתו יש להבחין בין בתי המשפט בתקופת הרב ענזיל לבית המשפט העליון במדינת ישראל. הרב ענזיל עסק במציאות מסוימת בה לא היתה משמעות חוקית ל"תקדים" משפטי ולא היתה כל משמעות להיררכיה השיפוטית. כפי שכותב הרב ענזיל עצמו:

ותדע שהרי כל פסקי דיניהם הנקראים סענטענצין (sentences) גם אצלם אינם נחשבים לדינא דמלכותא. ואין להביא ראיה מפס"ד אחד שלהם על כיוצא בו ואפילו שלחו ממקום משפטי היותר גבוה כידוע מנימוסי משפטיהם... איך איפוא נאמר שכל משפט חרוץ מאיזה מאגיסטר' או מאיזה שופט בעיר או בכפר יש לו דינא דמלכותא?! אי"כ בטלו כל דיני תוה"ק, ואויבינו פלילים – ישתקע הדבר ולא יאמר.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> כדוגמא לכך ניתן להביא את היחס של בתי הדין לדרישת הכתב בעסקאות מקרקעין. סעיף 8 לחוק המקרקעין (תשכ"ט) קובע כי התחייבות לביצוע עסקת מקרקעין תיעשה בכתב. דרישה זו יכולה להתפרש כדרישה ראייתית בלבד אולם פס"ד של ביהמ"ש העליון (ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ' עזבון בידרמן) קבע כי מדובר בדרישה מהותית שבלעדיה גם אם תוכח גמירות דעת אין לעסקה תוקף חוקי. פסיקה זו התקבעה כמנהג בכל בתי הדין אשר קבעו כי עסקת מקרקעין שלא נעשתה בכתב אינה מחייבת אפילו לא כהתחייבות לעסקה. ראו פס"ד של הרב אברהם מיזלס בבית הדין האזורי נתניה תיק מספר 880038/18 ניתן בתאריך ה' ניסן תשע"ה.

<sup>98</sup> הרב דיכובסקי, "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? תחומין יח, עמוד 25.

<sup>99</sup> שו"ת מהריא"ז ענזיל, ד.



כלומר הסיבה לכך שאין לפסיקות בתי המשפט מעמד של דינא דמלכותא היא שבניגוד לחוק הקבוע והמחייב, הפסיקות משתנות ואינן מחייבות כלל זו את זו אפילו לא כתקדים. מצב זה שונה לחלוטין במדינת ישראל בה תקדימים של בית המשפט העליון מחייבים כל בית משפט אחר כאילו היו כתובים בחוק עצמו.<sup>100</sup> בעקבות זאת כתב הרב וייס כך:

מקובל במדינות הנ"ל שהחוקים המתקבלים בבית המחוקקים לעיתים 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 ולהשלים את כוונת המחוקק ורצונו. ולכאורה מסתבר לפי זה דגם באלה נהגת הלכה זו דדינא דמלכותא דינא.<sup>101</sup>

יש לציין כי אפילו את הסמכות שניתנה לבית המשפט העליון לבטל ולשנות את פסיקותיו שלו מהעבר, אין בית המשפט העליון נוטה לנצל אלא במקרים חריגים בהם התקדים "איננו מתיישב כלל ועיקר עם המילה הכתובה של החוק".<sup>102</sup>

בנוגע לטענתו של הרשב"א לפיה אין כל סמכות לדיני הערכאות אלא רק לדין שנחקק על ידי המלך, טוען הרב וייס כי עקרון הפרדת הרשויות במדינת ישראל חילק את סמכות ה"מלכותא" בין שלוש הרשויות: המחוקקת, המבצעת והשופטת. וכשם שלתקנות של שר יש מעמד של דינא דמלכותא כך גם לתקדימי בית המשפט העליון יש מעמד של דינא דמלכותא.

דהנה בכל מדינות המערב המתוקנות בעלות ממשל דמוקרטי יש שלשה זרועות ממשל: הממשלה שהיא הזרוע המבצעת, בית המחוקקים שבו נבחר העם והוא הזרוע המחוקקת, מערכת בתי המשפט והיא הזרוע השופטת.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה, קובע כי "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט אחר זולת בית המשפט העליון". עמדה זו של המחוקק מוסברת בדברי השופט מאיר שמגר בפס"ד בבלי (בג"ץ 1000/92): "באמצעות הפרשנות וכתוצאה ממנה קמה ונוצרת המסכת המשפטית הרחבה יותר, המוסיפה כמידת הצורך את ההעשרה וההרחבה הדרושים לדין הקיים בכל עת מצויה, הנמזגת בו והופכת לחלק ממנו... ולהתאמת עקרונות אלו לנסיבות הקונקרטיות החדשות, שהחיים מזמנים מעת לעת לכל מי שחי תחת כנפיה של שיטת משפט נתונה... המבנה ההירארכי בכל הנוגע להכרעות שיפוטיות הוא הכרח הנובע מעצם הצורך לבנות ולקיים שיטת משפט חיה...".

<sup>101</sup> הרב אשר וייס, קובץ דרכי הוראה ו, י, עמ' קכד. אמנם בסיום דבריו הרב וייס כותב בלשון מסתייגת "וצ"ע בזה". אולם בשיחה שקיימתי איתו (בתאריך ג בשבט תש"ף - א"ס) הוא הבהיר כי זוהי אכן עמדתו העקרונית שלפסיקות בית המשפט העליון במדינת ישראל בנושאים אזרחיים בלבד יש מעמד של דינא דמלכותא (זאת למעט פסיקות בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ועוסקות בעניינים פוליטיים ובענייני דת ומדינה). עוד הוסיף ואמר, כי לדעתו אין מקום להבחנה אותה עושה הרב דיכובסקי בין פרשנות להלכה חדשה וכי לכל פסיקה של בית המשפט העליון יהיה מעמד הלכתי של דינא דמלכותא.

<sup>102</sup> לשון השופט זילברג, ע"א 150/50 קאופמן ואחרים נ' מרגינס. בתקופת נשיאותו של השופט ברק הותרה במקצת הרצועה והנ"ל הרשה לעצמו לחרוג מגישת בית המשפט העליון שהיתה נהוגה עד זמנו. אולם גם הוא אינו סבור שתקדימי קודמיו אינם מחייבים אותו כלל ועיקר, אלא ששינוי המדיניות השיפוטית מאפשר אף הוא להשתמש בסמכות זו. וזה לשונו (פרשנות במשפט ב, עמ' 776) "ביהמ"ש העליון מוסמך לסטות מתקדימיו הוא... ההכרעה בין השיקולים השונים היא גם ענין של מדיניות שיפוטית". שינוי גישה זה ניתן לראות גם בדיני עבודה בפס"ד צדקא (ע"ע 300274/96) אשר שינה את אופן קביעת עובדת קיומם של מערכת יחסי עובד-מעביד.

<sup>103</sup> הרב אשר וייס, קובץ דרכי הוראה ו, י, עמ' קכד.

גם הרב דוד בס<sup>104</sup> הלך בדרך זו והוסיף לומר, כי אם נקבל את ההנחה שלחוקי הכנסת והחלטות הממשלה יש מעמד של דינא דמלכותא, אזי הואיל ואחד מחוקי היסוד של הכנסת הוא שלתקדימים שנוצרו בבית המשפט העליון<sup>105</sup> ישנו מעמד זהה לחוק, ממילא יש לקבוע כי גם אלו מחייבים על פי ההלכה,<sup>106</sup> בהגבלות אותן ציינו המתייחסות למטרת החקיקה ולאופייה.<sup>107</sup>

כאמור גישה זו חריגה מאד בעולם הפסיקה, שעמד על ההבחנה בין חוק שמקורו בגוף פוליטי שאת את סמכותו לחוקק הוא מקבל ישירות מן הציבור, שהוא בעל תוקף, לבין פסיקת בתי המשפט שאין לה תוקף.<sup>108</sup>

### 3. יש תוקף לפסיקת בתי המשפט שקבלה את אישור בית הדין

גישה שלישית עולה מדברי המנחת יצחק. המנחת יצחק התייחס להבחנה אותה ביקש השואל לערוך בתוך חוקי הגנת הדייר בארה"ב, בין חוקים שנחקקו על ידי הרשות המחוקקת ובין חוקים שהתקבלו כתוצאה מתקדימים של הרשות השופטת. ה"מנחת יצחק" השיב כי על בסיס דברי החתם סופר הנזכרים לעיל (עמ' 19), יש לומר שבכל מקום בו מדובר בתקנה שיש בה תועלת לציבור, הנעשית ברוח ערכי התורה, ואשר היתה יכולה להתקבל כתקנת בני העיר, יש להניח כי התקנה קיבלה את תקפה מכוח הסכמת הציבור וככזו היא זוכה למעמד של דינא דמלכותא:

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 בתי שם והובא בדברי כת"ה, דכתב על דברי הר"ן (בנדרים כ"ח) דדינא דמלכותא דינא רק במלך אומות העולם דיכול לגרש מן הארץ אם לא יעשו מצותיו. דכל זה רק במסים וארנונית שמטיל על כרחם, אבל המנהגים ונמוסים מודה הר"ן דהטעם משום ניחא להו, לא שייך לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם עיי"ש. **אם כן כמו כן לא שייך לחלק כל החילוקים הנ"ל, כיון דניחא להו הרי המה מקבלים עליהם יהיה ממי שיהיה כנלענ"ד.**<sup>109</sup>

<sup>104</sup> הרב דוד בס, "חוזים על פי דיני התורה", כתר א, עמ' 104, הע' 223.

<sup>105</sup> לפסיקות בתי משפט בערכאות נמוכות יותר מתייחסים דברי הרב עניל ואין להן תוקף כשל חוק מחייב.

<sup>106</sup> זוהי גם מסקנתו של הרב דוד בס במאמר הנ"ל.

<sup>107</sup> כלומר לא כל פסיקה של בית המשפט העליון תקבל באופן אוטומטי מעמד של דינא דמלכותא, כשם שלא כל חוק יקבל מעמד זה. כאמור לעיל מעמד זה מוענק רק לחוק אשר נועד לתקנת הציבור אולם חוק שנועד לקבוע מערכת יחסי ממון בין שני אנשים מכוחה של תפיסת צדק אך לא לתקנת הציבור אין לו מעמד מחייב כשל דינא דמלכותא. לכן גם פסיקת בית משפט עליון לא תקבל מעמד מחייב על פי ההלכה אם אין תכליתה תקנת הציבור, (או שבאה על מנת להנחיל לציבור תפיסת עולם ראויה לדעת שופטי בית המשפט. ועיינו בעניין זה בדברי הרב אברהם שרמן, "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה", תחומין יח, עמ' 35 בנוגע להלכת השיתוף).

<sup>108</sup> יתכן שמקור ההתנגדות נמצא בדברי הרמב"ם שהובאו לעיל ולא בדברי הרשב"א והמריא"ז עניל בהם עסק הרב וייס.

<sup>109</sup> שו"ת מנחת יצחק ב, פו.

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 בית המשפט מעמד של מנהג העולם<sup>110</sup> שכן הכרעות אלו מחייבות את כל הציבור. ממילא, הכרעה בבית המשפט העליון תהפוך קרוב לוודאי תוך פרק זמן קצר יחסית למנהג העולם המחייב לכשעצמו.<sup>111</sup>

#### 4. סיכום

נמצא שלדעת רוב הפוסקים אין תוקף הלכתי לפסיקת בתי המשפט. לדעת הרב דיכובסקי יש לקבל את פרשנות בית המשפט לחוק, אולם אין תוקף לפסיקת בית המשפט במקרה של היעדר התייחסות של החוק. לדעת הרב אשר וייס במדינה מודרנית יש תוקף לפסיקות בית המשפט בהיותו חלק ממוסדות המדינה, אולם, עמדתו חריגה בעולם הפסיקה. לסיום הבאנו את דברי המנחת יצחק שפסק בעקבות החתם סופר שכאשר מדובר בפסיקה שתוכנה חיובי בעיני בית הדין, יש לה תוקף הלכתי.

### 1. מעמדם ההלכתי של חוקי העבודה במדינת ישראל

כפי שראינו בפתיחת דברינו דיני העבודה במדינת ישראל נשענים על חמשה מרכיבים. בשלב זה נעסוק בתוקפם של חוקי העבודה אשר נחקקו בכנסת.

#### 1. סקירת חוקי העבודה

בספר החוקים של מדינת ישראל קיימים (נכון לשנת תש"פ) מספר רב של חוקי עבודה ואלו הם (על פי סדר חקיקתם):<sup>112</sup>

1. חוק שעות עבודה ומנוחה (תשי"א) – הקובע מהם השעות והימים בהם זכאי העובד למנוחה.
2. חוק חופשה שנתית (תשי"א) – המאפשר לעובד לצאת לחופשה שנתית בתשלום.

---

<sup>110</sup> עיינו למשל בפסק בית הדין האזורי בטבריה בפני כבוד הדיינים הרב לביא, הרב בזק, והרב אריאל (מתאריך בי' תמוז תשס"ט, 24/6/09, בתיק מס' 1-21-80581) שם קיבלו את ההנחה כי לפסק דין של בית המשפט העליון ישנו מעמד כשל "תקדים משפטי מחייב" כלשונו (ובלבד שלא מדובר באמרת אגב אלא בעיקר פסק הדין ביחס למושא הדיון). בנוסף עיינו בפסק בית הדין האזורי בנתניה בפני כבוד הדיינים הרב עמוס הרב פרדס והרב ינאי (מתאריך כ"ה תשרי תשע"א, 03.10.10, תיק מספר 764411/1) אשר הסכימו עם קביעה עקרונית זו (ובלבד שמדובר "במנהג מדינה שפשט מתוך הסכמה של הציבור" ולא "כהנחלת ערכים מצידו של הבג"ץ באמצעות פסיקה אזרחית" כפי שנעשה בבג"ץ בבלי).

<sup>111</sup> כאמור לעיל בהגדרה זו ישנם פנים לכאן ולכאן: מצד אחד, מעמד זה של "מנהג העולם" פחות ממעמדו של "דינא דמלכותא" שכן המנהג יחייב רק במקרים השכיחים ובמקום שפשט בציבור אך לא במקרים שאינם שכיחים. ממילא לעצם קיומו של התקדים אין משמעות רבה כשלעצמו, וזאת בניגוד לדינא דמלכותא התקף מעצם קיומו.

מצד שני, המנהג מחייב מעצם העובדה שנהגו כך, ללא כל ביקורת עניינית על הסיבות בהן הוא נוצר, וגם כאשר הסיבות להחלתו של המנהג לא נועדו מראש לתקנת הציבור אלא נבעו מתוך מה שהיה נראה לשופטי בית המשפט באותה העת. בעוד דינא דמלכותא אינו מחייב אלא כאשר בית הדין השתכנע שמדובר בחוק או בפסיקה ששמה לנגד עיניה את הציבור כולו צרכיו וטובתו.

<sup>112</sup> לא נכללו ברשימה חוקים אשר עוסקים בנוהל האכיפה, בשוויון (נשים, בעלי מוגבלויות) או באופן ישוב סכסוכי עבודה.

3. חוקי חניכות ועבודת הנוער (תשי"ג) – אשר מגנים ומסדירים את נושא העסקתם של בני נוער.
  4. חוק עבודת נשים (תשי"ד) – העוסק בעיקר בעניין חופשת הלידה.
  5. חוק הגנת השכר (תשי"ח) – העוסק באופן תשלום השכר לעובד ומועדו, וקובע פיצויים על הלנתו<sup>113</sup>.
  6. חוק פיצויי פיטורין (תשכ"ג) – מחייב את המעביד לפצות את העובד אם פיטר אותו לפני תום תקופת עבודתו.
  7. חוקי דמי מחלה (תשל"ו) – המעניקים לעובד זכות לימי מחלה בהם יקבל את שכרו, וכן מגנים על זכותו לשוב לעבודתו לאחר שיבריא.
  8. חוק שכר מינימום (תשמ"ז) – הקובע מהו השכר המינימלי שמגיע לעובד.
  9. חוק עובדי קבלן (תשנ"ו) – הקובע את התנאים לקבלת רישיון לקבלני עובדים, וכן מסדיר את תנאי העובדים בחברות אלו.
  10. חוק הודעה מוקדמת (תשס"א) – המחייב את העובד והמעסיק להודיע מראש על כוונתם להפסיק את ההתקשרות ביניהם.
  11. חוק הודעה לעובד (תנאי עבודה) (תשס"ב) – המחייב את המעביד להודיע לעובד מהם תנאי עבודתו.
  12. חוק גיל פרישה (תשס"ד) – אשר נועד לקבוע את גיל הפרישה מהעבודה.
  13. חוק הזכות לעבודה בישיבה (תשס"ז) – המחייב את המעביד לאפשר לעובד לשבת בזמן עבודתו.
  14. חוק איסור קבלת בטחונות מעובד (תשע"ב) – אשר מאפשר לעובד לעזוב כשירצה את מקום עבודתו מבלי להיקנס על כך.
- מבחינת אופיים, חוקי העבודה, מתייחסים לתוכן החוזה שבין הצדדים, ואינם עוסקים באופן כריתת החוזה בין הצדדים (בכך עוסק חוק החוזים). כמו כן, הם אינם עוסקים בקביעת נורמה מומלצת ממנה יכולים הצדדים לחרוג באמצעות חוזה, אלא קובעים תנאים מינימליים אשר מחייבים גם במקרה בו הצדדים כרתו ביניהם חוזה אחר, ובו תנאים אחרים. בהמשך נרחיב בעניין זה.

---

<sup>113</sup> יוער כי חוק זה כולל חיוב ריבית ובכך הוא עומד בסתירה להלכה בתחום האיסורי ולא רק בתחום הממוני. אולם למעשה פוסקים רבים נוטים לאמץ גם חוק זה מסיבות שונות וראו אורי סדן, כתר י: דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה, 262-265.

## 2. מעמדם ההלכתי של חוקי העבודה

במציאות החיים המודרניים העובד בדרך כלל<sup>114</sup> חלש הרבה יותר מהמעסיק. מכיוון שמצב זה עשוי להוביל ליצירת עוולות מוסריות, לגרום לעובדים ליפול לנטל על המדינה, ובמקרים מסוימים עשוי לגרום לתסיסה במדינה, כפי שאכן קרה במדינות רבות בעולם בזמן המהפכה התעשייתית ואחריה, מבקש המחוקק לשמור על זכויותיו של העובד ולכן מסתבר להגדירם כחוקים שמטרתם "תיקון בני המדינה"<sup>115</sup>.

יש לציין כי חוקי העבודה ביסודם נחקקו בעקבות מחאות חברתיות אשר לעיתים הפילו משטרים וגרמו למלחמות עקובות מדם. לפיכך נראה כי עצם הנכונות לחוקק את חוקי העבודה המקנים זכויות לעובדים אשר אינן חלק מהסכם בינם ובין המעסיקים, נועדה גם לשמור על יציבות המשטר.

יתר על כן, גם מערכת המשפטית הדנה בדיני עבודה מובחנת ונפרדת מן המערכת המשפטית הדנה בכל יתר הסכסוכים הממוניים.<sup>116</sup> זאת ועוד בחינה של חוקי העבודה מגלה כי חוקים אלו אינם מתיימרים להסדיר את כל מערכת יחסי העבודה אלא כל אחד מהם בא לפתור בעיה מסוימת או להעניק זכות מסוימת לעובדים.<sup>117</sup> רק לאחר עשרות שנים של חקיקה הצטברו החוקים להיקף משמעותי, וגם אז אין בחוק תכלול של כל החוקים, אלא כל אחד מהם עומד בפני עצמו.

---

<sup>114</sup> ברור כי כמו כל כלל, גם לכלל זה ישנם יוצאים מן הכלל, בדמותם של עובדים מאוגדים העוסקים במתן שירותים חיוניים, המנצלים את חוקי העבודה על מנת לסחוט את הקופה הציבורית. אולם המצב אצל רוב העובדים שונה בתכלית, ומאות אלפי עובדים במדינת ישראל נאלצים לעבוד במשכורות שאינן מאפשרות להם לקיים את משפחתם אפילו באופן מינימלי (על פי דו"ח העוני של הביטוח הלאומי לשנת 2018 כ-55% מהמשפחות העניות מוגדרות כמשפחות עובדות. כ-5% ממכלל המשפחות בהם שני בני הזוג עובדים מוגדרות עדיין כעניות. במגזר החרדי מדובר על שעור של 25% מכלל המשפחות בהם שני בני הזוג עובדים!). חוקי העבודה באו, בין השאר, למנוע מצבים חמורים יותר, לשפר את מצבם של עובדים אלו, ולמנוע מכלל העובדים מלהגיע למצב שכזה.

<sup>115</sup> ראויים לציין דברי הרב מיכאל צדוק (דעת מיעוט בפס"ד שניתן בבית הדין האזורי באשדוד תיק מספר 1-35-1323 ניתן בתאריך י תמוז תשס"ח): "מטרת חוקים אלו מחמת תועלת בני המדינה וצורך וקיום השלטון. שהרי תחרות בלתי הוגנת בין מעסיקים עשויה לגרום לחוסר יציבות כלכלית שיש בה השלכות חברתיות וגם מיעוט הכנסות לשלטון וכי ניצול עובדים בשכר ירוד וללא תנאים סוציאליים עשויה לגרום להתפתחות ולהיווצרות שיכבה סוציו-אקונומית נמוכה ועניה ולפערים חברתיים עמוקים וגדולים העשויים לגרום לתסיסה חברתית ולאיום על היציבות השילטונית, ובנוסף נטל על הקופה הציבורית שתצטרך לתמוך באותם עובדים ומפרנסים שעובדים בעבודה שאין בה לקיים עצמם... אשר על כן, ע"פ דברי החתם סופר והרמ"א שהובאו לעיל לחוקי המגן אלו הנוגעים לדיני עבודה ושאינם סותרים לדין תורה, חל עליהם דינא דמלכותא דינא מאחר ומטרתם ותכליתם לתקנת והנהגת המדינה ושלא יפסקו חיותא כדברי החתם סופר". דברים דומים כתב הרב אברהם שרמן, "מנהג המדינה ביחסי עובד ומעביד" תחומין יח, עמ' 244, ועיינו בהערותו של הרב אורי דסברג ז"ל (שם, הערה 2) שהשיג על קביעה עקרונית זו.

<sup>116</sup> יתכן ועובדה זו אף גרמה לרב שאול ישראלי לכתוב בתשובה קצרה משנת תשנ"א (משפטי שאול: ארץ ומדינה, קכא) כי –

בענייני סכסוכי עבודה שקובע המנהג והמקובל בציבור ביה"ד לעבודה דינו כטובי העיר שמוסמכים לטפל ולפסוק בסיכסוכים שבין עובדים ומעבידים. וגם יש להחשיב כאילו הוסכם מראש לקבל על עצמם את פסקיהם, וכבר הרי אמרו "ומסיעין על קיצתן" דהיינו מצד הסכם הדדי לקבל גם את הקנסות שיפסקו בכהאי גוונא.

אי לכך יש להסיק, כי לדעות הפוסקים הסוברים שבמדינת ישראל חל הכלל "דינא דמלכותא דינא", גם דיני עבודה במדינת ישראל תקפים לכל השיטות של הראשונים והאחרונים, כפי שיפורט.

כפי שראינו, הרשב"א וסיעתו הבחינו בין "דיני הערכאות", שאינם תקפים, שכן הם באו להחליף את תפישת המוסר והצדק של משפט התורה בתפישת מוסר וצדק אזרחיים, לבין "חוק המלך שתקף הלכתית מכיוון שבא למלא צורך נקודתי. את האבחנה יצר הרשב"א הן באמצעות בחינה של מקור הדין והן באמצעות מבחן הקוגנטיות של הדין.

מבחינת הקוגנטיות של הדין נראה כי חלק מדיני העבודה המוגדרים כדינים קוגנטיים (אם על ידי החוק ואם בפסיקת בית המשפט, כפי שיפורט לקמן) הם בגדר "חוק המלך". אמנם מבחינת מקור הדין יש מקום להסתפק האם חוק רגיל של הכנסת נחשב ל"חוק המלך" או ל"דיני הערכאות". אולם בנוגע לדיני העבודה עצם העובדה שהמחוקק מבחין בינם ובין שאר החוקים, מאפשרת לראותם כ"חוק המלך" שבא לפתור בעיה חברתית, גם כאשר הם אינם קוגנטיים.

יש להעיר כי הבחנה זו, בין דיני העבודה ובין שאר דיני הממונות קיימת כבר בתורה. אמנם, אסור לגזול שום אדם, אולם למעכב את התשלום לפועל ייחדה התורה שתי פרשיות האחת בספר ויקרא<sup>118</sup> המבחינה ומחמירה בגזל השכיר יותר מכל אדם אחר "וְאִם תִּשְׁכֹּר אֶת רֵעִךָ וְאִם תִּשְׁכֹּר אֶת תַּלְמִיד לַאֲדָמָה וְאִם תִּשְׁכֹּר אֶת שְׂכִיר אֶתְדָּךְ עַד לַקָּר", והשניה בספר דברים<sup>119</sup> המאריכה בחומרת הלנת שכר שכיר וכבר קבעו חז"ל<sup>120</sup> כי אדם זה עובר בלא פחות מארבעה לאוין ועשה מתוכם שלשה לאוים ייחודיים לשכיר, כאמור במבוא.

---

תשובה קצרה זו אינה מנומקת, אך מלשונו עולה שבתי הדין לעבודה פוסקים רק על פי חוקי העבודה והמנהג ולפיכך הוא מגיע למסקנה שאין בעיה של ערכאות בבית הדין לעבודה. אולם הנחה זו אינה מדויקת, לכל הפחות כיום. בית הדין לעבודה משלב בפסיקתו לא רק את חוקי העבודה אלא גם עקרונות מתוך חוק החוזים, דיני נזיקין ועוד, להם אין ולא יכול להיות תוקף הלכתי על פי דברי הרב ישראל עזמו שהובאו לעיל.

יתר על כן, במהלך השנים שאחרי כתיבת תשובתנו של הרב ישראל התחיל בית המשפט העליון להכפיף אליו את בית הדין לעבודה ולאפשר ערעור על בית הדין הארצי לעבודה לפני בית המשפט העליון (אהרן ברק, "ביקורת שיפוטית ואחריות ממלכתית - היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה", הפרקליט ל"ח). קביעה זו הפכה, מבחינה מהותית גם אם לא מבחינה מנהלית, את בתי הדין לעבודה לחלק ממערכת המשפט הישראלית וכשם שבזו יש בעיה של ערכאות כך גם בזו הבעיה קיימת.

<sup>117</sup> הוכחה נוספת לעובדת היותם של חוקי העבודה תקנה חברתית ייחודית ולא חלק מחוקי המדינה בממונות ניתן להביא מאופן התייחסותם של חכמי המשפט במדינת ישראל. לפני כעשרים שנה נעשתה על ידי פרופ' אהרן ברק (אז נשיא בית המשפט העליון) הכנה לקודיפיקציה של כלל דיני הממונות במדינת ישראל אולם דיני העבודה הושמטו מטיטוט קודקס זה (למעט התייחסות לחוזה שירות וחוזה קבלן אשר באו להחליף את חוק עובדי קבלן). נראה כי לדעתם דיני עבודה אינם קשורים ליחסים הממוניים שבין אדם לחברו, אלא לתיקון החברה, ומשום כך חלקם הגדול קוגנטי, וממילא אין להכניסם לקובץ חוקים זה.

<sup>118</sup> ויקרא יט, יג.

<sup>119</sup> דברים כד, יד.

<sup>120</sup> בבא מציעא קיא, א.

יתר על כן, מסתבר שגם הראשונים המצמצמים את היקף דינא דמלכותא ואינם מוכנים להחילו בתחום הממוני, יסכימו שכאשר מדובר בחוק קוגנטי, שהשלטון מקפיד על קיומו ואינו מאפשר לצדדים לנהוג ולדון באופן שונה ממנו, יש לו תוקף מדינא דמלכותא לכולי עלמא (כשיטת רבנו יונה שהובאה לעיל).

לשיטת הרמ"א וסיעתו כל חוקי העבודה נועדו לצורך "תיקון בני המדינה" ודי בכך בכדי להעניק להם תוקף הלכתי.

כפי שראינו לעיל הש"ך הוא הפוסק המסתייג ביותר מלהעניק תוקף חוקי לדין המדינה בממונות. אולם גם לדעתו יש להעניק תוקף לחוק אשר נועד להנאת המלך, ומסתבר כי הרקע ההיסטורי של דיני העבודה מעיד על כך כי דינים אלו נחקקו בתחילתם לשם שמירת היציבות השלטונית. יציבות זו אינה מובטחת עד עצם היום הזה במקומות בהם זלזלו במעמדם של העובדים. לפיכך, לפחות ביחס לדיני העבודה נראה כי הש"ך יסכים כי יש להם תוקף.

לדעת החתם סופר כאשר מדובר בחוק שהוא תקנה ראויה ונכונה, הנמצאת בסמכות בני העיר, אזי יש לו תוקף כדינא דמלכותא. כפי שראינו לעיל בני העיר רשאים לתקן תקנות "על שר הפועלים" ואף לכפותן על הצדדים נגד רצונם, ובלשון התוספתא "להסיע על קיצתן". לפיכך, יש להסיק כי יש לחוקים אלה תוקף הלכתי לאור העובדה שיש להם תקדימים בהלכה.

אמנם יש מן פוסקי זמננו שלא הסכימו עם קביעה זו וקבעו כי חוקי המדינה בדיני עבודה אינם שונים מכל שאר דיני הממונות שחוקקו בכנסת, ומשום כך לדעתם לא יחול עליהם דינא דמלכותא.<sup>121</sup> אולם כאמור לעיל גם לדעתם לחוק ישנו מעמד מחייב לפחות משום היותו משקף את מנהג העולם.

### 3. התייחסות הפוסקים לחוקי עבודה מסוימים

בהקשר זה יש לציין כי הפוסקים בדורות האחרונים הבינו כי מטרתם היסודית של חוקי העבודה ראויה ונכונה ובמקרים מסוימים אף עולה בקנה אחד עם רוח התורה. כך כותב הרב אליעזר וולדינברג<sup>122</sup> ביחס לפיצויי פיטורין:

ענין מנהג הנהגת הענקה של פיצויים לעובד עם פיטוריו מצינו לו סמוכים בתורה ובהלכה. והוא בדברים פ' ראה אצל דין עבד עברי שכתוב: וכי תשלחנו חפשי מעמך לא תשלחנו ריקם... ובספר החינוך מצוה תפ"ב מסביר שורש מצוה זאת שהיא: למען נקנה בנפשינו מדות מעולות יקרות וחמודות וכו' שנרחם על מי שעבד אותנו וניתן לו משלנו בתורת חסד מלבד מה שהתנינו עמו לתת לו בשכרו... עכ"פ אין יסוד לפטור את המוסד מתשלום פיצויים לתובע כפי הנוהג בהיות שלא רק שאין סתירה לנוהג על פי ההלכה כי אם גם סמוכין לו מדין תורה לכך.

באופן דומה פסק בית הדין של ארץ חמדה גזית בצפת ביחס לחוק עבודת נשים:

החוק הנ"ל שמטרתו להגן על זכויות אשה הרה נראה לנו תואם לחלוטין את רוח התורה והמסורת היהודית הרואה בלידה ובפריון ערכים נעלים. פגיעה בנשים הרות תמעט

<sup>121</sup> הרב שטרנבוך שו"ת תשובות והנהגות ג, תעב.

<sup>122</sup> שו"ת ציץ אליעזר ז, מח, י.

הילודה מציאות שאינה יכולה להתקבל על דעת התורה. ולכן נראה שאם היה כח וסמכות לפוסקי ההלכה הם עצמם היו מתקנים חוק ברוח דומה. ודומה שעל חוק זה גם כן היה אומר החתם סופר את דבריו...<sup>123</sup>

כך פוסק גם בית הדין של ארץ חמדה גזית בירושלים ביחס לחוק הגנה על העובד:

על פניו, מדובר בחוק שיש לו תוקף הלכתי, שהרי הוא עוסק בהגנה על מי שטוען שנעברה עבירה על חוקי המדינה, כך שמדובר על "ענייני המלכות" שלגביהם לדעת כמעט כל הפוסקים (גם אלה שמצמצים את היקף הכלל), חל הכלל "דינא דמלכותא – דינא" (ראו פירוט באנצ' תלמודית ערך: דינא דמלכותא). כמו כן, גם על החוק הזה יש ליישם את דברי החתם סופר (ח"מ מד) שהוזכרו לעיל, כיון שמדובר בתקנה טובה, שמטרתה למנוע מהמעסיק לאיים בפיטורין על עובד העומד על זכויותיו.<sup>124</sup>

#### 4. סיכום

מסתבר שלפי כל שיטות הראשונים והאחרונים הכלל דינא דמלכותא חל ביחס לחוקי העבודה, אשר נחקקו בכנסת ישראל. למרות זאת, יש מפוסקי זמננו שחלקו על כך, וקבעו שלחוקי העבודה, כמו ליתר חוקי המדינה, אין תוקף מחייב ומעמדם כשל "מנהג המדינה" בלבד. לגבי זכויות שנקבעו בפסיקות בתי המשפט – הדבר תלוי במחלוקת הכללית לגבי מעמדן של פסיקות בתי המשפט, כפי שפורט לעיל.

#### ז. הסכמה המנוגדת לחוקי העבודה

כאמור לעיל, חוזה שסוכם בין הצדדים גובר על המנהג בין אם מדובר במנהג לטובת המעסיק ובין אם מדובר במנהג לטובת העובד. אול מרבית מחוקי העבודה במדינת ישראל מוגדרים<sup>125</sup> כחוקים קוגנטיים, כלומר כחוקים שאינם נתונים להסכמת הצדדים או לשיקול דעתם. כלומר, הם קובעים רף מינימלי המחייב את הצדדים גם אם סיכמו במפורש אחרת.

נבקש כעת לבחון האם לשיטות הסוברות שלחוקי העבודה יש תוקף מחייב בהיותם חוק (ולא רק מנהג),<sup>126</sup> מכירה ההלכה גם בקוגנטיות של חוקי העבודה. דהיינו, האם הסכמת הצדדים בטלה כאשר היא מנוגדת לקבוע בחוק, או שבנקודה זו ההלכה מכריעה כי הסכמת הצדדים גוברת על כל הוראה חוקית.

<sup>123</sup> פס"ד ארץ חמדה גזית 72034, בפני הדיינים הרב בניהו ברונר (אב"ד), הרב יהודה דהן, והח"מ.

<sup>124</sup> פס"ד ארץ חמדה גזית 75047, בפני הדיינים הרב דניאל מן (אב"ד) הרב עדו רכניץ, הרב אריה כ"ץ.

<sup>125</sup> הגדרה זו נעשית לעיתים במפורש בלשון החוק ולעיתים בעקבות פסיקת בתי המשפט. על האבחנה בין מקורות הקוגנטיות נדון להלן עמ' 33.

<sup>126</sup> לשיטות הסוברות כי לחוקי מדינת ישראל בכלל, או שלחוקי העבודה בפרט, אין תוקף מחייב יותר מאשר מנהג העולם, ברור שיש אפשרות שהצדדים יסכימו בשונה מהמנהג, וגם אם החוק מבטל את ההסכמה הרי שעל פי ההלכה הצדדים מחויבים רק למה שסיכמו ביניהם.



היות וחוקי המדינה שואבים את סמכותם ההלכתית מהגדרתם כתקנות הקהל או כדינא דמלכותא, הרי שלמעשה השאלה היא האם על פי ההלכה יש תוקף לתקנות הקהל או לדינא דמלכותא המוגדרים כקוגנטים, וממילא הם גוברים על הסכמת הצדדים<sup>127</sup>.

טרם שניגש לדיון בשאלה גופה נזכיר שתי הלכות. הראשונה היא מה שנאמר בגמרא: "המתנה על מה שכתוב בתורה... בדבר שבממון – תנאו קיים"<sup>128</sup>. כלומר, בדרך כלל ההלכה מאפשרת לאדם לוותר על זכויות המגיעות לו על פי ההלכה. והדבר מעורר את השאלה, האם יתכן שניתן להתנות בניגוד להלכה ולא ניתן להתנות בניגוד לחוק?

ההלכה השנייה היא שלגבי הדין שעובד זכאי להפר את הסכם העבודה ולעזוב את עבודתו באופן פתאומי,<sup>129</sup> רוב הפוסקים סבורים שעל זכות זו עובד אינו יכול לוותר.<sup>130</sup> מהלכה זו משמע שדווקא בנוגע לדיני עבודה ההלכה קובעת זכות שאינה ניתנת לוותר.

כעת נפנה לדיון בשאלת האפשרות לקבוע תקנה וחוק שאינם ניתנים לוותר.

### 1. קוגנטיות של תקנות הקהל ושל דינא דמלכותא

כאמור לעיל בתוספתא נקבעה סמכות בני העיר לקבוע תקנות בנושאים שונים וביניהם שכר העבודה, ולהשתמש בכוחם על מנת לאכוף את תקנותיהם: "רשאיין בני העיר להתנות על המידות ועל השערים ועל שכר פועלים ולהסיע על קיצתן"<sup>131</sup>.

עצם העובדה שלבני העיר ישנה זכות לכפות את תקנתם בעניין שכר העבודה, משמעותה היא כי שכר הפועלים מעל או מתחת לרף מסוים הינו זכות שאין הצדדים יכולים להתנות עליו, כלומר, "זכות קוגנטית". שאם לא כן הרי שהשכר נשאר נתון למשא ומתן בין העובד והמעביד ואיזו משמעות יש לקביעת שכר הפועלים על ידי בני העיר? האם נועד הוא רק להגדיר את מנהג המדינה עבור הפועלים שלא סיכמו מה יהיה שכרם ואינו אלא בגדר המלצה? אם כן, מדוע צריך הקהל להשתמש באמצעי כפיה כדי לכפות את התקנה "להסיע על קיצתן", הרי אין דבריהם אלא המלצה שאינה מחייבת?

<sup>127</sup> בנושא זה ראו הרב אורי סדן, העסקת עובדים של חברת כח אדם, תחומין כו, 394-400.

<sup>128</sup> בבא מציעא צד, א, ועוד.

<sup>129</sup> שולחן ערוך חו"מ שלג, ג.

<sup>130</sup> דעה זו אינה מוסכמת ולדעת הריטב"א (שו"ת הריטב"א, קיז, הובאה בבית יוסף חו"מ שלג, ללא חולק) הפועל יכול לוותר על זכות זו באמצעות קניין סודר. כדעת הריטב"א פסקו חלק מן האחרונים ראו: שבות יעקב ב, קפד; ערוך השולחן חו"מ שלג, ח מוסיף הראי"ה קוק (שו"ת אורח משפט חו"מ, כא) כי למרות כל ההסתייגות של התורה מהיווצרות של עבדות היא לא הגבילה את חירותו של האדם לבחור להיות עבד, או לעבוד כעבד, ולפיכך "באומר בפירוש שמקנה ומשעבד את עצמו איך לא יהיה שולט על עצמו לשעבד עצמו מדין עבד עברי".

אולם מרבית הפוסקים חולקים על דעת הריטב"א וקובעים כי מדובר בזכות קוגנטית שלא ניתן להתנות עליה. כך פוסקים הש"ך חו"מ שלג, יד; הדרישה שם, א; אגרות משה חו"מ א, פא, ענף ד. כך מסיק גם בית הדין האזורי בתל אביב - יפו בפני כב' הדיינים: הרבנים, מ' שלזינגר - אבי"ד, י" וילנסקי, י' סורוצקין (פד"ר ו, עמ' 158): "רוב הפוסקים חולקים על הריטב"א וסוברים דגם בקנין יכול פועל לחזור בו".

<sup>131</sup> תוספתא בבא מציעא יא, כג, הובאה בגמרא בבא בתרא ח, ב.

מכאן ברור שחז"ל נתנו לטובי העיר סמכות להתערב ולכפות תנאי שכר מסוימים גם כאשר הצדדים סיכמו ביניהם תנאי שכר אחרים, וכל חריגה ממה שנקבע ע"י הקהל תגרור סנקציות המוטלות ע"י הקהל.<sup>132</sup>

הסיבה לכך שהקהל משתמש בסמכותו על מנת להתערב ולבטל הסכמה שבין שני אנשים היא שלתקנות קהל אלה ישן מטרות הנוגעות לכלל הציבור, ועובד המוותר על זכויותיו פוגע בכך ביכולת המיקוח של כלל הפועלים אל מול כלל המעסיקים.<sup>133</sup>

גם לגבי דינא דמלכותא מצאנו שחוק המדינה יכול שיהיה קוגנטי. בגמרא נאמר: "והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא, ומלכא אמר: לא ליקני ארעא אלא באיגרתא".<sup>134</sup> כלומר, הדרך היחידה למכור קרקע היא בעזרת שטר, ולא ניתן להתנות על חוק זה.

את העובדה שניתן להתנות על חוק התורה בממון הסביר הרמב"ן: "שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה".<sup>135</sup> כלומר, הזכויות הממוניות שהתורה מעניקה לאדם מותנות בכך שהוא מעוניין בהן, וממילא ניתן גם לוותר עליהן. בניגוד לכך, חוק המדינה קבע מפורשות שאדם אינו רשאי לוותר על חלק מזכויותיו ואם ויתר ויתורו בטל. לכן הקביעה שלא ניתן לוותר על חלק מהזכויות שהחוק מעניק אינה מעידה כי החוק חשוב יותר מהתורה חס וחלילה. כיוון שאין מקום להשוות זכות של התורה שניתן לוותר עליה לזכות של החוק שלא ניתן לוותר עליה.

## 2. מעמדה של קוגנטיות המופיעה בחוק

ואכן חלק מפוסקי זמננו קבוע שיש תוקף לקוגנטיות המופיעה בחוקי המדינה במפורש, כפי שכתב הרב יעקב אריאל:

מצינו בהלכה מעין קוגנטיות במתנה על דבר שכתוב בתורה שתנאו בטל. אולם שם מדובר בדינים מדאורייתא, ולדעת רבנן, שהלכה כמותם, בדבר שבממון תנאו קיים. לעומת זאת דווקא בתקנות חז"ל מצינו קוגנטיות, גם בדיני ממונות, כגון אי יכולת לוותר על ירושת אשתו, או על פרות אשתו, במקרים מסוימים (כתובות פג ע"א). יש בסמכותם של חכמים לעשות חיזוק לדבריהם. א"כ יש מקום גם לתקנות עובדים, הנאלצים להסכים לתנאים שמציב להם המעביד, שהסכמתם לא תועיל.<sup>136</sup>

כך כתב גם הרב אברהם שרמן<sup>137</sup> שבעניינים ממוניים בדרך כלל התורה לא התנגדה שהצדדים יקבעו בהסכמתם הסכם אחר שאינו כדין תורה. לעומת זאת, המדינה דרשה בצורה ברורה שלא יהיה ניתן להתנות על חוקי העבודה הללו בשל השפעתה הציבורית של אפשרות התניה זו.

---

<sup>132</sup> עיינו עוד: הרב ישראל שציפנסקי, ספר התקנות בישראל, ד, המביא תקנות שונות במשך הדורות שבהן נכללו כפייה והטלת סנקציה על מי שעובר על התקנה, בין בדיני איסור והיתר ובין בענייני מסחר.

133. ועיינו במאמרו של הרב אורי דסברג, "ויתור עובד על זכויותיו", תחומין כ, עמ' 80 ואילך.

<sup>134</sup> בבא בתרא נד, ב.

<sup>135</sup> רמב"ן בבא בתרא קכו, ב.

<sup>136</sup> בתוך: אורי סדן, כתר י: דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה, עמ' 8.

<sup>137</sup> הרב אברהם שרמן, "מנהג המדינה ביחסי עובד ומעביד", תחומין יח, עמ' 236.

הרב מיכאל צדוק הביא לכך ראייה מתחום אחר. הר"ן<sup>138</sup> נימק את חרם רבינו גרשום שאסר על אדם לשאת אדם שתי נשים אפילו בהסכמתן, מתוך חשש שההסכמה תינתן תחת לחץ:

אפילו נאמר שלתקנת האשה בלבד נעשה, אפשר כי הרב ז"ל חשש שמתוך שהנשים כפופות לבעליהן אם יספיק נתינת רשותה או להתיר החרם מדעתה שמא יקניטנה בעלה עד שתרצה.<sup>139</sup>

מסתבר כי הדברים נכונים גם בנושא יחסי העבודה בגלל חולשתו היחסית של העובד, ולכן נבחרי הציבור ראו צורך לחוקק חוקים מסוימים כחוקים קוגנטיים שלא ניתן להתנות עליהם. סברה נוספת מדוע לא ניתן להתנות כנגד החוק כתב הרב אורי דסברג:

הכלל "מתנה אדם על מה שכתוב בתורה" חל רק באותם דברים שהתורה גילתה דעתה שהאינטרס בהם הוא רק בין המקבל לבין הנותן. עדיין קיימים דברים רבים שבהם יכולה התורה לגלות שהאינטרס בהם פורץ את תחומי השניים הללו, ונוגע הוא לרבים או ליסודות שבאמונה...<sup>140</sup>

לכן מסביר הרב דסברג לא ניתן להתנות על דבר שבממון במקום שיש לו השלכות איסוריות כגון התחייבות בריבית. הדבר נכון גם בדברים להם אין השלכות איסוריות אלא שהסכמת האחד לפחות מזכויותיו תפגע באופן עקיף ביכולות מיקוח של אחרים.

כראיה לדבריו הוא מביא את דברי התומים המבאר מדוע לא אפשרו חכמים לאשה למחול על כתובתה: "כל אשה דעתה קרובה לבעלה, ותמחול לו, ופקעה תקנת חכמים".<sup>141</sup> כלומר השארת אפשרות המחילה בידי האשה, הגם שמדובר בזכות ממונית לחלוטין, תפקיע למעשה את קיומה של זכות זו לכלל הנשים, ולכן היה צורך להפוך את הזכות לכתובה לזכות קוגנטית.

---

<sup>138</sup> שו"ת הר"ן, מט

<sup>139</sup> בפס"ד 1-35-1323, שניתן בבית הדין האזורי באשדוד ביום י בתמוז תשס"ח.

<sup>140</sup> הרב אורי דסברג, "ויתור עובד על זכויותיו", תחומין כ, עמ' 82.

<sup>141</sup> תומים סז, י. גם דברי הר"ן שהובאו לעיל מוכיחים על קיומן של זכויות קוגנטיות בהלכה. כאן אנו באים לומר כי קיבועה של זכות מסוימת כזכות קוגנטית עשויה להיות מושפעת מההשלכות הציבוריות של השארת אפשרות הוויתור על כנה. כמו כן כאן ניתן לראות כי קיימות זכויות קוגנטיות גם בתחום הממוני ואין מקום להוכיח מהכלל "המתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים".

לדעת הרב דב ליאור,<sup>142</sup> מהלכה זו, הקובעת שאין תוקף למחילתה של אשה על כתובתה יש להסיק על קיומן של זכויות קוגנטיות, אך מטעם אחר. הריטב"א דן בדברי רבי מאיר<sup>143</sup> הסובר כי אשה לא יכולה למחול על כתובתה על ידי שתאמר שהיא כבר קיבלה את הכתובה ("התקבלתי"). הריטב"א מנמק זאת בכך, שוויתור, אף שנעשה לכאורה כדין, אינו תקף כאשר יש מקום להניח שלא נעשה בהסכמה מלאה, אלא מתוך אילוץ כזה או אחר.<sup>144</sup>

בדומה לכך, סובר הרב ליאור, כי ברוב החוקים שהוגדרו כחוקים קוגנטיים,<sup>145</sup> נובעת הקוגנטיות מכך שישנה סבירות גבוהה ("אומדנא דמוכח" ו"אנן סהדי") שאדם לא היה מוכן להסכים לפחות מתנאים מינימליים אלו, אלא אם כן הופעל עליו לחץ. לדוגמא, ברור לכל שאדם לא היה מוכן להסכים לקבל פחות משכר מינימום או לוותר על פיצויים שלא תחת לחץ, ולכן הסכמתו אינה תקפה.<sup>146</sup>

לאור הדברים אותם ראינו לעיל (עמ' 16) בדברי רבנו יונה ובדברי הרשב"א יש לומר כי לא זו בלבד שלדינא דמלכותא עשוי להיות תוקף גם כאשר הוא קוגנטי, אלא שכל שהחוק יותר קוגנטי כך הנכונות של הפוסקים להעניק לו תוקף של דינא דמלכותא גדולה יותר. ולהפך, ככל שהחוק פחות קוגנטי והוא מאפשר לצדדים להתדיין במערכת שאינה מקבלת אותו, ואף להתנות עליו מוכח שאין בו ענין למלכות, וממילא יש לראותו כחוק המנסה לבטא גישה אלטרנטיבית של מוסר וצדק המבקשת להוות תחליף לתורה, ולפיכך הוא חסר תוקף הלכתי.

---

<sup>142</sup> הדברים נאמרו לי בעל פה בשיחה עם הרב ליאור (ירושלים ג' כסלו תשעב), נכתבו על ידי, ונשלחו לרב אשר אישר אותם בתוספת הערות בכתב ידו. הדברים מובאים כאן בשינויים סגנוניים קלים.

<sup>143</sup> כתובות נו, א.

<sup>144</sup> וזה לשון הריטב"א (חידושי הריטב"א כתובות נו, א, ד"ה טעמא): "אמאי? דהא מחילה באמירה סגי לה בכל דוכתא ובהודאה לא צריך שטר ולא קנין, ואולי רבינו ז"ל סובר דכיון דהכא ודאי לא פרעה אלא מילתא בעלמא קאמרה ליה כי כתב מהודאתה דילה שטרא אז חשבינן לה כהודאה גמורה וכפרעון, אבל כשלא עשו כן אלא באמירה מוכחא מילתא דהערמה הוא דעבוד בינייהו". מעין דברים אלו כתב הריטב"א במקום אחר (כתובות נג, א): "ויש מקשים עוד כי מחלה כתובתה אמאי מהני תימא נחת רוח עשיתי לבעלי...". ואף שמתרץ זאת, העיקרון קיים והוא שישן הסכמות שאין לתת להן תוקף בשל העדר גמירות דעת בבסיסן.

<sup>145</sup> משמע מדבריו שאין לחלק בין קוגנטיות המפורשת בחוק ובין קוגנטיות שהינה פרי של פסיקת בית המשפט, כיוון שלדעת הרב ליאור הקוגנטיות נובעת מהערכת בית הדין כי הוויתור נעשה תחת לחץ.

<sup>146</sup> בנוגע לחוקים אחרים מציע הרב ליאור לכנס דיינים אשר יקבעו בנוגע לכל חוק וחוק האם הקוגנטיות שלו מוצדקת או לא.

בניגוד לכל האמור יש מפוסקי זמננו הסבורים כי לא יעלה על הדעת שדינא דמלכותא יכול לחייב יותר ממה שמחייב דינו של מלך מלכי המלכים הקב"ה. ואם ביחס לדיני ממונות הכתובים בתורה נקבע כי ניתן להתנות עליהם, אין להעניק מעמד גבוה יותר לדין המלך.<sup>147</sup> לדעתם, מכיוון שחוקי עבודה שואבים את כוחם מדינא דמלכותא, אין להעניק להם תוקף קוגנטי ואם הצדדים סיכמו על תנאים אחרים ממה שנקבע בחוק, ההסכמות בין הצדדים גוברות על הנאמר בחוק.<sup>148</sup>

### 3. קוגנטיות שנקבעה על ידי בית המשפט העליון

למעשה הקוגנטיות נזכרת בחוק ביחס למספר מצומצם של חוקים:

- א. חוק שכר מינימום (סעיף 12).
- ב. חוק עובדי קבלן (סעיף 18).
- ג. חוק פיצויי פיטורין (סעיף 29<sup>149</sup>).
- ד. חוק חופשה שנתית (סעיף 12<sup>150</sup>).
- ה. חוק ההסכמים הקיבוציים (סעיף 20)<sup>151</sup>.

ביתר חוקי העבודה הקוגנטיות אינה מפורשת בחוק, והיא פרי יצירתו של בית המשפט העליון הקובע כי "הצדדים לא יצרו את הזכות, והצדדים אינם יכולים להסכים עליה ולשנותה. הזכות

---

<sup>147</sup> סברה הפוכה ממש הובילה את הרב יעקב אריאל למסקנתו דלעיל.

<sup>148</sup> כך כתב הרב יחזקאל שטיינהולץ, "ויתור עובד על זכויותיו", תחומין, כ עמ' 78 ואילך. וכ"כ הרב ישראל יפרח, שורת הדין ג, עמ' רעו-רפא; וכן פסקו הרבנים טנא, נשר והורביץ בפד"ר ח, עמ' 81 וכן פסק בית הדין הרבני הגדול בפס"ד 774452/1 (מס' ישן: 1108-35-1) **ועד החינוך נ' פלונית** מיום כ"ה אייר תשנ"ט ושוב בפס"ד 023673478-35-1 **פלונית נ' רשת גני אגו"י**, מיום ו' ניסן תשס"ז. הרב אשר וייס, בשיחה שקיימתי עמו ביום ג' שבט תש"ף (א"ס), הסתפק בשאלה עקרונית זו האם על פי ההלכה יש תוקף להתניה על זכות קוגנטית הקבועה בחוק.

יצוין כי פסיקות בית הדין הרבני הגדול מתייחסות כולן לתביעות של מחנכים ומחנכות כנגד רשתות החינוך החרדיות אשר תבעו זכויות המגיעות על פי חוק עליהן נדרשו לוותר כתנאי להעסקתם. לדעת הרב פרופ' רון ש' קליינמן ("הכל כמנהג המדינה"? - הלכה והשקפה בפסיקת הדיינים בבתי הדין הממלכתיים בישראל בסכסוכי עבודה" מחקרי משפט לב, עמ' 211-141) הפסיקה הושפעה באופן ברור מהמקרה בו דנו בתי הדין השונים, וההבנה כי הכרעה שונה תגרום להתמוטטות מוסדות החינוך החרדיים.

הדברים נאמרו במפורש על ידי: הרב שרמן, "מנהג המדינה ביחסי עובד ומעביד", תחומין יח, עמ' 244-245; הרב אליעזרוב יעקב אליעזרוב, "מעביד החורג ממנהג המדינה", תחומין כ, עמ' 76, והרב מימון נהרי תיק (חיפה) - 5513-35-1 פלונית נ' פלוני, עמ' 10.

<sup>149</sup> הקוגנטיות המפורשת בחוק בתחום זה מוגבלת ביותר ואינה קובעת אלא ש"פשרה לענין פיצויי-פיטורים והודאת סילוק לא היא להן תוקף, אלא אם נערכו בכתב ונאמר בהן במפורש שהן לגבי פיצויי-פיטורים". לדעת הרב יעזר אריאל מסעיף 28 לחוק פיצויי פיטורין ניתן להסיק שאין תוקף לויתור מראש של עובד על פיצויים, אולם גם לדידו מדובר בפרשנות ולא באמירה מפורשת. ראו: תיק (צפת) 618660/1 פלונית נ' מוסדות פלוניס, עמ' 5, פורסם בנבו.

<sup>150</sup> הדבר משתמע ממספר סעיפים בחוק ובפרט מסעיף 12 לחוק זה המטיל קנס על עובד שעבד בזמן חופשתו ושלא ממנו את הזכות לקבלת דמי חופשה.

<sup>151</sup> שם הקוגנטיות רחבה ביותר וקובעת כי "זכויות המוקנות לעובד בהוראות אישיות שבהסכם קיבוצי אינן ניתנות לויתור"

היא פרי החוק הנותן ביטוי למדיניות סוציאלית, שביישומה ענין לציבור כולו".<sup>152</sup> מה מעמדה של קוגנטיות שנקבעה על ידי בית המשפט?

כאמור לעיל בין הפוסקים ניתן למצוא שלש גישות ביחס למעמד פסיקות בית המשפט העליון:

1. לפסיקות בית המשפט העליון אין כל תוקף הלכתי. אמנם פסיקות אלה יכולות ליצור מנהג מחייב (זו הגישה המקובלת בבתי הדין). ויש אומרים שיש תוקף רק לפרשנות אלמנטרית של החוק.
2. לפסיקות בית המשפט העליון מעמד כשל חוקים שנחקקו בכנסת ומעמדן כדינא דמלכותא (דעת הרב אשר וייס).
3. על בית הדין לבחון באופן מהותי את הפסיקה של בית המשפט ובמידה ונראה לו כי מדובר בפסיקה שהיא בגדר "תיקון בני המדינה יש לה תוקף כשל דינא דמלכותא (דעת המנחת יצחק).

המשמעות המעשית של מחלוקת זו, האם זכויות עובדים שהוענקו על ידי בית המשפט אינן אלא מנהג העולם או שהן בגדר דינא דמלכותא, היא, האם ניתן להתנות עליהן. כלומר, השיטות הסוברות שתקדימי בית המשפט העליון (כולם או חלקם) הם בגדר מנהג מקובל בלבד יאמרו כי במידה והעובד ויתר במפורש על זכות מסוימת אותה העניק לו בית המשפט יש תוקף לוותר. לעומת זאת, לשיטות שיש תוקף מחייב כשל חוק לפסיקות בית המשפט לא ניתן לוותר על זכויות קוגנטיות שקבע בית המשפט.<sup>153</sup>

יתכן גם, כי לפי השיטות בהלכה שתוקפו של דינא דמלכותא מותנה בכך שהמלכות מקפידה על קיומו, יתכן שדווקא בעניין הקוגנטיות שי לקבל את פסיקת בתי המשפט. זאת, כיוון שלאחר הפסיקה המדינה אינה מאפשרת לאדם לוותר על זכות זו.

#### 4. סיכום

נחלקו פוסקי זמננו האם יש תוקף לקוגנטיות שנקבעה בחוק, ומסתבר שיש לפסוק כדעת אלה הסוברים שיש תוקף הלכתי לקוגנטיות המופיעה בחוק. במקרה בו הקוגנטיות נקבעה על ידי בתי המשפט, מעמדה תלוי במחלוקת בין הפוסקים ביחס לתוקפן ההלכתי של פסיקות בתי המשפט. לדעת הרב ליאור נכון להעביר את שאלת הקוגנטיות בדיני העבודה לדיון ולהכרעת הדיינים בבתי הדין לדיני ממונות ועד אז תהיה השאלה נתונה לשיקול דעתו של בית הדין.

---

<sup>152</sup> לשון השופט אהרן ברק (בג"ץ 760/79 דיין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(3) 820, בעמ' 823 (1980)). ביחס לזכויות ספציפיות ראו דב"ע נז/18-3 גיל שעל נ' נינה ויקל פד"ע לא' 650. ראו עוד בעניין זה: יצחק לובוצקי, חוזה עבודה וזכויות העובד, רמת גן: ניצן הוצאה לאור, 2008, פרק 19, עמ' 13-15. חשוב לציין כי גם התניה כי בין הצדדים לא תשרור מערכת יחסי עובד גם אותה נוטים בתי המשפט לבטל שכן לדעתם מדובר בקביעה סטטורית ולא חוזית (ראו למשל פס"ד שמואל אולצקי נ' נידילי תקשורת בע"מ עב 300289/98).

<sup>153</sup> יש להעיר כי באותה שיחה בה הרב אשר וייס הבהיר כי עמדתו העקרונית היא שלפסיקות בית המשפט העליון במדינת ישראל יש מעמד של דינא דמלכותא, הוא הסתפק האם יש תוקף להתניה על זכות קוגנטית בין אם היא מפורשת בחוק ובין אם נוצרה בעקבות פסיקה של בית המשפט.

## ח. סיכום

מנהג העולם מחייב את הצדדים בדיני עבודה בכל מקרה בו לא סוכס אחרת, ועל כן, חוקי מדינת ישראל ופסיקות בתי המשפט בדיני עבודה מחייבים לכל הדעות לכל הפחות מדין מנהג העולם.

לדעת רבים מהפוסקים חוקי מדינת ישראל, ובכללם חוקי העבודה, אשר נחקקו מכוח אינטרסים ציבוריים, מחייבים גם על פי ההלכה מכוח תקנות הקהל או מכוח דינא דמלכותא דינא, וכך יש לנהוג למעשה. בשונה מכך, לגבי מעמדן של פסיקות בתי המשפט נחלקו אחרוני זמננו.

חלק מחוקי העבודה מוגדרים בחוק כחוקים קוגנטיים, שהעובד אינו רשאי לוותר עליהם, וגם אם העובד וויתר עליהם מחילתו אינה תקפה. מסתבר שיש תוקף הלכתי לאיסור המחילה על זכויות קוגנטיות המוקנות עובד בחוק. זאת, הן מטעמים פורמליים, שכן ההלכה מעניקה תוקף לחוקים הקובעים זכויות קוגנטיות, והן מטעמים מהותיים, שכן יש להניח כי הסכמת העובד למחול על זכויותיו נעשתה תחת לחץ ואינה תקפה.

כל חוקי העבודה מוגדרים בפסיקת בתי המשפט העליון כחוקים קוגנטיים. יש להסתפק במעמדן של זכויות קוגנטיות אלו, שאינן קבועות בחוק אלא מעוגנות בפסיקת בית המשפט העליון, האם ניתן להתנות עליהן או שדינן כזכויות שנקבעו בחוק שלא ניתן להתנות עליהן.

מכון משפטי ארץ, עפרה – כולל דייונות ומכון מחקר תורני – שם לו למטרה לסייע לקדם את מערך בתי הדין לממונות. במסגרת זו, פועל המכון בשני מישורים :

1. מחקר בנושאים הלכתיים הקשורים לעבודת בתי הדין לממונות, כדוגמת, כתיבת חוזים על פי ההלכה, כתיבת ניירות עמדה ומאמרים ופרסום ספרים (סדרת משפטי ארץ).
2. הבאת מידע עדכני הקשור לעבודת בתי הדין (מידע שימושי, פסקי דין וחוזים).

ראו עוד באתר האינטרנט של המכון - "אתר דין תורה".

[www.dintora.org](http://www.dintora.org)

מכון משפטי ארץ, עפרה, ד.נ. מזרח בנימין מיקוד 9062700

טלפון : 02-9973888 שלוחה 6

[info@dintora.org](mailto:info@dintora.org)