

יחס הדיינים לחוק ולפסיקה האזרחיים ובפרט לבנייה בלתי חוקית

ראשי פרקים

- | | |
|--|--|
| א. הקדמה | ד. דיינים שאינם נותנים תוקף הלכתי לבנייה בלתי חוקית |
| ב. דיני בתים משותפים וחוקי הבנייה: רקע משפטי | 1. הרב אשר וייס |
| ג. דיינים שנותנים תוקף הלכתי לבנייה בלתי חוקית | 2. דייני רשת ארץ חמדה גזית ודיינים אחרים |
| 1. הרב ישראל גרוסמן | ה. נספח: שיטת הרב אשר וייס בנוגע להפניית התובע לבית משפט |
| 2. הרב שמואל הלוי ואזנר | ו. סיכום |



א. הקדמה

מטרת מאמר זה¹ לדון בעמדות כמה מדייני זמננו כלפי החוק וכלפי השופטים ופסיקת בתי המשפט באמצעות עיון בפסיקתם של שלושה דיינים; האם הזכירו הדיינים בפסיקתם את החוק ואת פסיקת בתי המשפט, והאם פסקו על פיהם; האם העניקו לחוק תוקף "דינא דמלכותא" או רק תוקף כ"מנהג". הדיון יתמקד ביחסם לדיני בתים משותפים, לחוקי הבנייה ולבנייה בלתי חוקית. יודגש: א. שלושת הדיינים נבחרו משום שהם דנו בנושאים דן בפירוט ופסיקתם מייצגת דעות שונות. ב. פסיקת דיינים אלו עסקה בהפרת חוקי הבנייה במגזר החרדי בישראל, אולם תופעה זו קיימת גם במגזרים אחרים.

מעמדו ההלכתי של החוק הישראלי נידון הרבה.² אולם היחס לשופטים ולפסיקת בתי המשפט נידון פחות.³ וכן, עד כה הוקדש דיון מועט לשאלת יחסם של דיינים בבתי דין פרטיים לממונות למנהג המנוגד לחוק בכלל, ובפרט לחוקי התכנון והבנייה ודיני בתים משותפים, המוסדרים בחוק אך אינם תואמים להלכה. דירות נקנות בחוזים לפי החוק האזרחי, והצדדים מתנים במפורש או מכללא שהעסקה תהא כפופה לחוק. כידוע דיני הממונות בהלכה ניתנים להתניה, וכל עוד לא הותנה אחרת, ניתן להניח שרכישת דירה מבוססת על המשפט האזרחי ואין בכך בעיה הלכתית. בשונה מדיני בתים משותפים, חוקי הבנייה הם פליליים. לדעת רוב פוסקי זמננו לחוקים פליליים יש עקרונית תוקף הלכתי.⁴

1. מאמר זה מבוסס, עם שינויים והוספות רבים, על מאמרי: Ron S. Kleinman, "The Halakhic Validity of Israel's Judicial System Among Israeli Ultra-Orthodox Halakhic Decisors: The Building Laws and Condominium Housing Laws as a Test Case", *The Review of Rabbinic Judaism*, 18(2), pp. 227-259 (2015) (הפוסק, ההדגשות והסוגריים המרובעים שבציטוטים הוספו על ידי).
2. מקורות רבים צוינו במאמרינו: "החוק האזרחי במדינה - מנהג המדינה?", תחומין לב (תשע"ב), 272-261; "האם חוקי המדינה מחייבים כימנהג? גם את מי שאינו מכיר אותם?", תחומין לג (תשע"ג), 93-82. ואכמ"ל.
3. ראו למשל מאמריהם של הרבנים דיכובסקי ושרמן בנושא "הלכת השיתוף": תחומין יח, 40-18; יט, 205.
4. אליאב שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל", שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א) עמ' 444.

ואם כך, שוב אין התנגשות בין ההלכה והחוק. אולם, כפי שניזכר, יש דייני ממונות הסבורים אחרת, הן בנוגע לדיני בתים משותפים והן בנוגע לחוקי הבנייה.

ב. דיני בתים משותפים וחוקי הבנייה: רקע משפטי

נפתח ברקע המשפטי הרלוונטי. לפי דיני בתים משותפים (חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, פרק ו') כל חלקי הבית המשותף - מלבד החלקים השייכים לדירות, כולל גגות - מוגדרים "הרכוש המשותף" (סעי' 52). "אם חלק מסוים מהרכוש המשותף הוצמד לדירה מסוימת... דינו לכל דבר כדין הדירה שאליה הוצמד" (סעי' 55(ג)). חוק המקרקעין קובע שאם בעלי דירות לא רשמו תקנון אחר, יחול עליהם התקנון לדוגמא שמצוי בנספח לחוק. שם נאמר שבעל דירה בבית משותף אינו רשאי לעשות בדירתו "שינויים או תיקונים הפוגעים בדירה אחרת" אלא אם קיבל את הסכמת בעלי הדירות שעלולים להיפגע מכך.

על סמך סעיף זה פסק בית המשפט העליון בעניין **לוינהיים**⁵, שהצמדת הגג לאחת הדירות אינה מעניקה לבעליו זכות לבנות עליו בלי הסכמת בעלי הדירות האחרות. הנימוק: בנייה על הגג מקטינה את יתרת אחוזי הבנייה המותרים בחלקה, ובשל כך מביאה לירידת ערך של שאר הדירות, ולכן דרושה הסכמתם. באופן דומה פסק ביהמ"ש העליון⁶ כי בעל דירה בבית משותף אינו רשאי לסגור מרפסת בלי רשות שאר בעלי הדירות, כי בכך הוא חורג מגבולות הקיר החיצוני של הבניין וגוזל שטח מהרכוש המשותף השייך לכולם. לפי חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965, כל פעולת בנייה דורשת היתר מרשות מקומית מוסמכת (סעי' 145(א)), ובנייה ללא היתר היא עבירה פלילית (סעי' 204(א)).

ג. דיינים שנותנים תוקף הלכתי לבנייה בלתי חוקית

1. הרב ישראל גרוסמן

(א). פסיקת בתי המשפט

חיבורו של הרב ישראל גרוסמן⁷ שו"ת משכנות ישראל מוקדש כולו לדיני בתים משותפים ומבוסס בחלקו על פסקי דינו. שלא כפוסקים אחרים בני זמננו, הוא מרבה לצטט את חוק המקרקעין והתקנון לדוגמא⁸ ולעיתים אפילו את פסיקת בית המשפט העליון.⁹ בסוף החיבור - תחת הכותרת "התנצלות המחבר", ומנימוקים שפירט - העתיק הרב גרוסמן את פרק ו' בחוק המקרקעין והביא תמציות פסקי דין של בתי המשפט העליון והמחוזי הנוגעים לדיני בתים משותפים.¹⁰ להלן יידונו כמה מתשובותיו.

הרב גרוסמן נשאל (סי' ד) על בעל דירה עליונה בבית משותף שקנה מקבלן את הגג והצמידו לדירתו. כשרצה לבנות עליו נתקל בסירוב בעלי הדירות האחרות. השאלה: האם

5. ע"א 136/63 לווינהיים נ' שורצמן, פ"ד יז 1722 (1963).

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

7. הרב ישראל גרוסמן (ירושלים, 1922-2007) כיהן בראשות הישיבות קרלין, פינסק-קרלין ותומכי תמימים. כיהן שנים רבות כדיין בבית הדין של אגודת ישראל בירושלים, ונחשב לדיין בולט וחשוב. חיבר ספרים על חמש מסכתות בתלמוד, חמישה ספרי שו"ת וספרי דרושים על התורה, סיפורים ושיחות.

8. שו"ת משכנות ישראל, סי' א, סעי' ח; סי' ב, ד"ה שאלה; סי' ג, ד"ה שאלה; סי' ד, סעי' א; סי' ו, סעי' יג; סי' ט, סעי' א; סי' י, ד"ה שאלה; סי' יב, סעי' יד.

9. שם, סי' ד, סעי' ב, ד; סי' ז, סעי' ה.

10. נימוקיו: (א). כדי שיובנו ההשגות שלו על פסקי הדין של בתי המשפט האזרחיים (ראו השגותיו להלן). (ב). כדי שדייר דתי שגר עם שכנים חילונים ידע מה זכויותיו וחובותיו לפי החוק. (ג). אם החוק הוא "מנהג המדינה" הוא מחייב גם לפי ההלכה. (ד). בחוזי מכר דירות כתוב שהמכירה היא לפי תקנון הבתים המשותפים.

לבעל הגג יש זכות לבנות על הגג חרף הסירוב האמור. שאלה זו, כשאלות אחרות בשו"ת משכנות ישראל,¹¹ מתייחסת לבית משותף בשכונה חרדית. הרב גרוסמן מצטט את סעי' 55(ג) לחוק המקרקעין ואת פסק הדין הנ"ל בעניין **לוינהיים** שאסר לבנות על הגג בלי הסכמת בעלי הדירות האחרות. הוא דוחה את פסק הדין בשלושה נימוקים, כדלהלן:

נימוק א: התנגדות עקרונית לקבל את הפרשנות של בתי המשפט לחוק האזרחי

לדעת הרב גרוסמן (סי' ד סעי' ד) למרות שחווה המכר מבוסס על החוק, אין לקבל את פרשנות בתי המשפט לחוק; גם אם הצדדים לחווה התקשרו על דעת החוק אך לא על דעת פסיקת "השופטים החילוניים", אשר בסברת עצמם שלהם פוסקים פסקים בלי שום אסמכתא, אלא שבאותה שעה באו לידי החלטה זו.¹² כלומר, פסיקתם שרירותית ואינה מבוססת. הרב חזר על קביעה זו גם בתשובה אחרת (סי' ז סעי' ו). אכן, הרב גרוסמן סבר שאין זה רצוי להסתמך לא רק על פסיקה אזרחית אלא גם על "החוק החילוני" עצמו, כפי שכתב בהקדמתו לחיבורו.¹³ הוא שאף שענייני בתים משותפים יושתנו רק על ההלכה; את החוק החילי בלית בררה מכוח הסכמת הצדדים אך לא את פרשנות ביהמ"ש העליון.

יש להעיר על דבריו שפרשנות השופטים לחוק מסתמכת כמובן על שיקול דעת, אך מבוססת גם על חוקים, תקדימים משפטיים ומשפט השוואתי.¹⁴ אבל, גם לו הייתה מבוססת רק על שיקול דעת, הגיוני יותר כי מי שרוכש דירה כיום באמצעות חוזה המבוסס על החוק, נכנס לעסקה גם על בסיס פרשנות בית המשפט העליון לחוק. ושתי סיבות לכך; ראשית, פרשנות ביהמ"ש העליון לחוק (תקדימיו) מחייבת כל בית משפט אחר,¹⁵ ולכן חוזה המבוסס על חוק כולל גם את פרשנותו השיפוטית. שנית, גם אם אין לפרשנות זו תוקף כדינא דמלכותא יש לתת לה תוקף כהסכם מכללא, ודאי כשמדובר בקבלן. הוא בונה דירות ומוכרן על פי החוק והפסיקה האזרחית, ולכן ברור שהוא גם מתקשר בחוזה מכר על סמך פרשנות החוק בידי ביהמ"ש העליון ולא על סמך פרשנות שייתן לו בית הדין.

למען האמת, נלענ"ד כי מבחינה עובדתית (בלי להתייחס לשאלה אם מצב זה רצוי מבחינה הלכתית), גם כאשר שני הצדדים לחוזה דתיים - פרט למקרה שהתנו להתדיין רק בדין תורה, או שכך מנהגם או מנהג מקומם - הם מתקשרים על דעת הפסיקה האזרחית (ולדעת פוסקים יש תוקף להסכמת הצדדים שבי"ד ידון בעניינם לפי חוק ופסיקת בתי משפט מסוימים).¹⁶ ראשית, כי כך מתנהל כיום מכר דירות. ושנית, כי כל צד

11. ראו שם, סי' יג, סעי' ה; סי' יד, ד"ה שאלה.

12. השוו: "[אין תוקף לפסקי בתי משפט כדינא דמלכותא כן] אין אלו ממשפטי המלוכה, אלא הערכאות דנין לעצמן כמו שימצאו בספרי הדיינים" (שו"ת הרשב"א, ג, קט); "אבל בדברים התלויים בשיקול הדעת מהשופטים הממונים בערכאות... וקצתם שחדשו להם לפי מצב המדינות... מעולם לא עלה על דעת איש... [שתקפים כדינא דמלכותא]" (שו"ת מהרי"א, ז ענין, סי' ד); הרב שטרנבוך (תשובות והנהגות, ג, תנה): אף שקיבלו עליהם החוק, "אין אומדנא שקיבלו עליהם פסקים דדייני דידהו כפי דעתם והבנתם".

13. "חס לבי בקרבי בראותי המשפט החילוני הולך וכובש, ואפילו השכונים החרדים... שכל החוזים הנערכים בין החברות לבין המשתכנים הכל הוא על פי החוק מקרקעין... החוק החילוני... ולא עלה על דעת הקבלנים החרידים, והמשתכנים החרידים, שאפשר לערוך חוזים ותקנון על פי דין תורתנו הקדושה, וכואב הלב כששפחה [החוק האזרחי] תירש גבירתה [ההלכה], כאילו חס וחלילה אין תורה בישראל".

14. ייתכן שהרב גרוסמן קיבל תמצית פסקי דין ולא קראם במלואם, ולכן סבר שאינם נסמכים על מקורות.

15. חוק יסוד: השפיטה, סעיף 20(ב).

16. סמ"ע, חו"מ סא, ס"ק יד; נתיבות, שם, ס"ק ט. לעומת זאת, הסכמה לקבל את כל החוק האזרחי עלולה להיות בעייתית, ראו: הרב אשר וייס, בתשובתו להלן, ליד הע' 57; הרב דוד בס, "חוזים על פי דיני התורה", כתר א (תשנ"ו), 129-137.

יודע שאם הוא יפר את החוזה יוכל חברו לתובעו בבית משפט בהתאם לחוק ולפסיקה האזרחית, הגם שתביעה כזו אסורה מצד איסור ערכאות.¹⁷

המסקנה מן האמור לדעתנו היא שבנידונו היה ראוי לדון לפי פרשנות ביהמ"ש העליון לחוק. אכן, יש מדייני זמננו שפסקו שלפרשנות ביהמ"ש העליון לחוק, שנועדה לתקנת הציבור, יש תוקף של דינא דמלכותא כמו לחוק, אולם פוסקים אחרים חלקו על כך.¹⁸

נימוק ב: פרשנות עצמאית של הרב גרוסמן לחוק המקרקעין

הנימוק השני לדחיית פסק דין **לוינהיים** מבוסס על פרשנות עצמאית של הרב גרוסמן לסעיף 55(ג) לחוק, שמקורה בסברא: אם דין הגג "לכל דבר כדן הדירה שאליה הוצמד", לשם מה זקוק בעליו להסכמה כדי לבנות ב"רכושו הפרטי"? ועוד, כשנדרשת הסכמת השכנים, "הם מנצלים זאת לבקש סכומים גבוהים כתנאי להסכמתם".¹⁹ נראה שהרב גרוסמן ביקש להראות שגם אם מסתמכים על חוק המקרקעין - ולא על ההלכה - צריך להגיע לתוצאה צודקת יותר מזו של בית המשפט העליון, שלא תאפשר לסחוט את בעל הגג. יש בכך תמיכה בנימוקו הראשון ולפיו שופטים פוסקים על פי סברות שרירותיות, וכעת חיוק דבריו בהראותו שפסיקתם אינה צודקת וגורמת לעוול.

נימוק ג: המקורות ההלכתיים

נימוק שלישי לדחיית פס"ד **לוינהיים**: לאור המקורות הציג שתי דעות: (1). לבעל הגג זכות מוחלטת לבנות. (2). זכותו תלויה ב"מנהג"²⁰ – ופסק כשנייה: "ואם המנהג במקום הוא לבנות עוד קומה אף על פי שהשכנים מתנגדים, יכול לבנות עוד קומה על הגג שלו... ועכשיו שהקבלן הצמיד הגג... לדירה, הרי זה רכושו הפרטי והבלעדי ויכול לבנות אם זה **מנהג המקום**". כלומר, כאשר מדובר ב"מקום" (כאן, שכונה חרדית) שבו נהוג לבנות על הגג בניגוד לחוק או לפסיקה – יש לבעל הגג זכות לעשות כך מכוח "מנהג המקום".

בתשובה נוספת, שעסקה בסגירת מרפסת ללא הסכמת השכנים (סי' ז), דחה את פרשנות בית המשפט העליון מכוח אותם שלושה נימוקים: (א) קוני דירות אינם מסתמכים על פרשנות "השופטים החילוניים" כי הן שרירותיות. (ב) יש לפרש את החוק הרלוונטי באופן שונה. (ג) לפי ההלכה הנושא תלוי ב"מנהג", וזה המנהג בשכונות חרדיות.

(ב). חוק אזרחי ובנייה בלתי חוקית

הרב גרוסמן לא העניק בדרך כלל תוקף לחוק כ"דינא דמלכותא", אלא הכיר בו רק בעקיפין, מכוח מנהג המדינה או הסכמת הצדדים. בכמה תשובות התבסס על חוק

17. באופן דומה פסק אג"מ (חוי"מ ב, סב), כי נדל"ן משתעבד רק אם נרשם כחוק, שאם לא כן יוכל הלווה-הממשכן לסרב לדין תורה ולדרוש להתדיין בערכאות וכך להתנער מן המישכון, ושעבוד [משכון] תלוי בסמיכות דעת המלווה. מעין הצעתנו כאן הציע אליאב שוחטמן, "מעמד ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל", תחומין יג (תשנ"ב-תשנ"ג), 361-362, כדי למצוא היתר לתובע לתבוע בבית משפט גם אם הנתבע חפץ בדין תורה.
18. לפסיקה יש תוקף: הרב שלמה דיכובסקי, "הלכת השיתוף - האם דינא דמלכותא?", תחומין יח, 25 ("פרשנות שיפוטית" ללשון החוק אך לא פסיקה שאינה מעוגנת בלשון); הרב בס, לעיל הערה 16, עמ' 103, הערה 223 (פרשנות החוק, תקדים מקובל עשרות שנים או הלכה משיקולי תיקון העולם). אין לה תוקף: שבות יעקב; מנחת יצחק. לסקירת הדעות ראו: שו"ת ציץ אליעזר, טז, מט, אות יד; הרב אורי סדן, כתר י: דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה (תשע"ה), 8, 32-37; הרב בס, שם; מאמרי, "האם חוקי", לעיל הערה 2, עמ' 92.
19. ניתן לדחות את פרשנות הרב גרוסמן לחוק: (א). הגג שהוצמד לדירה דינו כמו הדירה, אולם על שניהם חלות המגבלות שבחוק המקרקעין. (ב). הצמדת הגג מעניקה לבעל הגג זכות שימוש בלעדית אבל לא בעלות בזכויות הבנייה, אשר שייכות לכל הדיירים בבניין; ועוד.
20. ראו המקורות שעליהם הסתמך בשו"ת משכנות ישראל, סי' ג, סע' א; סי' ד, סע' ג, ופסיקתו שם, סע' ז.

המקרקעין בשל הסכמת הצדדים שחוק זה יחול על ההסכם.²¹ אולם במקרים שבהם לא הייתה הסכמה כזו, פסק לפי החוק רק מכוח היותו מנהג. בהתאם לגישה זו פסק הרב גרוסמן על סמך "המנהג" בנושאים של פיצויי פיטורין²², שיק שיש בו פגם או שאין לו כיסוי²³ ודיירות מוגנת²⁴, ולא הזכיר שהמנהג הנידון מקורו בחוק. במקרה אחד הזכיר שקיים חוק, אך נראה שהסתמך בעיקר על המנהג וההלכה.²⁵ אמנם, בעניין גביית מסים פסק שלחוקי המדינה יש תוקף כדינא דמלכותא,²⁶ אך הסיבה לכך היא כנראה שמדובר בעניין שלטוני ולא בעניין ממוני שבין אדם לחברו.

כאמור, הרב גרוסמן התיר לבנות על הגג חרף התנגדות השכנים משום שכך המנהג, גם אם הוא מנוגד לחוק. כך גם התיר לסגור מרפסת ללא הסכמת השכנים אם זה המנהג:

וכבר נתפשט **המנהג** [בשיכונים חרדיים] שסוגרין את המרפסות כל אחד כפי רצונו... וחס וחלילה לומר שהסוגר את הגזוזטרה [מרפסת] הרי הוא גוזל רכוש שאר השותפין... [אלא] וזה [המרפסת] שלו, וכל קונה דירה בבית משותף [בשכונה זו] יודע שכל אחד מאלו שקנו דירה באותו בנין יעשה בגזוזטרה שלו מה שירצה, ואף יסגור את המרפסת שלו... ומתחילה אדעתא דהכי קנה הדירה כי כן הוא **המנהג** שמי שרוצה סוגר את המרפסת שלו באיזה צורה שרוצה.²⁷

לו היה סבור שחוקי הבנייה נחשבים דינא דמלכותא או תקנת קהל, כדעת דיינים אחרים,²⁸ ולא רק מנהג - היה עשוי לפסוק שאין בכוח המנהג לגבור עליהם.²⁹ עוד נלעני"ד, כי גם לשיטתו שלחוק יש תוקף רק כמנהג, יש מקום לגישה שונה לפי הדעה שמנהג שאינו ראוי בעיני הפוסקים נחשב "מנהג גרוע" (או "מנהג רע" וכד'), ולפיכך אין לו תוקף.³⁰ לדעתנו, בנייה בניגוד לחוקי הבנייה היא "מנהג גרוע". חוקים אלו אינם שרירותיים; הם נועדו ליצור איזון בין בעל המקרקעין לבין שכניו והציבור כולו, למנוע צפיפות, לשמור על

21. שו"ת משכנות ישראל, סי' א, סע' ח; סי' ד, סע' ד; סי' ו, סע' יג; סי' ז, סע' ו; סי' ט, סע' א. במקרה אחד הרב גרוסמן סירב להתבסס על הסכמת הצדדים ולתת תוקף לסעיף מסוים בחוק המקרקעין (סעיף 60 לחוק הנוכחי). ראו שם, סי' יב, סע' יד. הסיבה לכך הייתה כנראה, שסעיף זה מעניק תוקף לפסיקת "המפקח" שתפקידו כשופט, ולכן התדיינות בפניו אסורה לדעתו מצד איסור ערכאות.

22. שו"ת נצח ישראל, סי' ח, ד"ה תשובה, ד"ה מקורות וסע' יב; סי' ט, ד"ה תשובה, ד"ה מקורות וסע' ה.

23. שם, סי' לט, סע' י.

24. שם, סי' נ.

25. שו"ת הליכות ישראל (תשל"ז), סי' ה - חובה לשלם דמי תיווך בעסקת נדל"ן גם אם לא נחתם חוזה בכתב בנוגע לכך (כיום נקבע בחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996, סע' 9, שאין חובה לשלם ללא מסמך בכתב).

26. שו"ת נצח ישראל, סי' לג, סע' ח-ט.

27. שו"ת משכנות ישראל, סי' ז, סע' ח, עמ' מ-מא.

28. למשל: ערעור תשי"ס/151/6, פד"ר יב 3, עמ' 15 (תשמ"א) (הרבנים שלמה גורן, יוסף קאפח, מרדכי אליהו): יש תוקף לחוקי התכנון מכוח תקנת קהל, אפילו לדעת הסוברים שדינא דמלכותא אינו חל בארץ ישראל.

29. זה תלוי במצב העובדתי מצד הציבור ומצד השלטון: א. נחלקו הדעות האם תקנת קהל שעובר עליה רוב ציבור בטלה, אך אם רק מיעוט עובר עליה הכל מודים שאינה בטלה (הרב יוסף גולדברג, טובי העיר, תשי"ס, פרק יא, מט; פרק טו, ד). ב. אין תוקף של דינא דמלכותא לחוק אשר השלטון אינו מקפיד על הפרתו. נמסר לנו שראש העיר שדרות, דוד בוסקילה, וקודמו אלי מויאל, הצהירו מעל בימת הכנסת שאינם אוכפים את חוקי הבנייה כדי שלא לגרום לתושבי עירם מתחים מיותרים. אולם נראה שזה אינו המנהג הרווח במדינה.

30. על "מנהג רע" ראו: תוספות, בבא בתרא ב, ע"א, ד"ה בגויל; שו"ת הרא"ש, כלל יב, סי' ג; רון ש' קליינמן, דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי: משפט, ריאליה והיסטוריה, רמת גן, תשע"ג, עמ' 321, הערה 12.

אסתטיות הבנייה ועוד,³¹ וחזקה שגם חכמי ההלכה היו מתקנים כך.³² בנייה בלתי חוקית מסכלת מטרות אלו וגורמת לסכסוכים בין בעלי דירות. ועוד, הוספת חדרים בבניין מכבידה על תשתיות עירוניות. במקום להעניק הכשר ל"מנהג" שמפר את חוקי הבנייה ראוי היה לענייד להגדירו "מנהג גרוע" ולפסוק שאין לו תוקף. יודגש: מנהג להפר חוק כשלעצמו אינו בהכרח "מנהג גרוע", שכן לעתים אין לחוק תוקף הלכתי. כך הוא המצב לדעת הרבנים גרוסמן וואזנר (להלן) בנוגע לבנייה בלתי חוקית. לדידם החוק תקף רק כמנהג, והמנהג המקומי - ולדעת הרב וואזנר, תקנת ביה"ד המקומי - גוברים עליו. אולם, טענתנו היא שחוקי הבנייה נועדו למטרות חשובות ולכן ה"מנהג" להפרתם הוא "גרוע".

בתשובה נוספת פסק הרב גרוסמן בניגוד לחוקי הבנייה. קבלן ביקש לבנות בשטח שבין עמודי הבניין אך לא קיבל היתר בנייה וגם הדיירים סירבו. למרות שידע היטב שזו בנייה בלתי חוקית, הרב גרוסמן פסק שבעלי הדירות אינם רשאים להתנגד לה:

וזה לא דאגתם ותפקידם [של הדיירים] לפקח על חוקי הבנייה... והקבלן יכול לבנות על השטח כי זה שייך לו, זה מצד הדין. ובנוגע לפקוח על חוקי הבנייה - ידאגו המפקחים [פקחי הבנייה] על זה.³³

לסיכום, הרב גרוסמן קבע כי יש תוקף לחוק ולפסיקת בתי המשפט רק כמנהג, ולכן, אם ציבור במקום מסוים נוהג לבנות בניגוד להם, יש למנהג זה תוקף הלכתי מחייב.

2. הרב שמואל הלוי ואזנר

(א) החוק האזרחי

הר"ש וואזנר³⁴ הזכיר את החוק האזרחי במקרים בודדים בלבד, ולעתים גם פסק על פיו,³⁵ אך בדרי"כ התייחס אליו כ"מנהג"³⁶ או התעלם ממנו לגמרי. מפסיקתו עולה כי נטה שלא לתת תוקף לחוקי המדינה - שאותם כינה "חוקי הגוים החילוניים"³⁷ - גם מכוח מנהג. במקום אחר כתב, שהחיים בגלות גרמו לכך שהרבה מ"חוקות הגוים" הובאו לארץ ישראל, והוסיף ש"הרוב החילוני מעיק בנו" ו"אין לנו חוקים רק התורה הזאת".³⁸ כך למשל, הוא דן באריכות ביחסי משכיר ושוכר בלא להזכיר את החוק;³⁹ קבע ששכירות

31. על מטרות דיני התכנון והבנייה ראו: חוק התכנון והבנייה, סעי' 61; שמואל רויטל, דיני התכנון והבנייה, מהד' 32, תל-אביב, 2012, עמ' 3-6. הרב גרוסמן סבר כנראה, שהצורך בהרחבת הדירה עקב גודל המשפחה, מצבה הכלכלי ורצונה להישאר לגור בסביבה תורנית גובר על החסרונות שנמנו, ושלפיכך אין כאן "מנהג גרוע".

32. כדברי שו"ת חתם סופר (חו"מ, סי' מד): "ואלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן". וראו להלן ליד הערה 70.

33. שו"ת משכנות ישראל, סי' יא, סעי' י.

34. מגדולי פוסקי זמננו (1913-2015), בעל שו"ת שבט הלוי. עלה לפני השואה ולמד בירושלים אצל ר' יוסף צבי דושינסקי, מנהיג העדה החרדית. כיהן למן 1954 כרב שכונת זכרון מאיר בבני ברק, וביה"ד שייסד ועמד בראשו נודע לתהילה. עמד בראש ישיבת חכמי לובלין בעיר, והיה מקורב לחסידות סאטמר ולעדה החרדית.

35. שו"ת שבט הלוי, ח"ב, סי' נח (לידין מכס" יש תוקף כדינא דמלכותא), ח"ד, סי' רג (מזכיר את "חוק הגנת הדייר של הממשלה", אבל אינו נדרש לפסוק על פיו), ח"ה, סי' צד (פוסק על סמך "חוק המלוכה" שאסור למכור בחנות אוכל במחיר גבוה יותר מאשר המחיר שרשום על המוצר, גם אם בינתיים עלו המחירים); ח"ו, סי' קס (חוזה שכירות מחייב לפי ההלכה וגם "על פי חוק"); ח"ט, סי' שא, סעי' ז (אין להשתמש בדירה בבית משותף לשימוש שמפריע לדיירים אחרים, כי זה אסור לפי "חוק המלוכה" וגם לפי "מנהג המדינה").

36. למשל: שם, ח"א, סי' רכא, סעי' י (דיירות מוגנת - "דלפי מנהג היום שדירות נשכרות בדמי מפתח גבוהים), ועל ידי זה אי אפשר להוציא השוכר [בדרך כלל מהדירה"]. וראו עוד להלן ליד הערות 42, 43, 45.

37. שו"ת שבט הלוי, ח"ו, הקדמה, סעי' יג.

38. שם, ח"ז, הקדמה, סעי' ז.

39. מבית לוי, יב (תשנ"ח), עמ' כא-לו.

מקרקעין נקנית בדרכי קניין הנהוגות אצל סוחרים ולא נזקק לחוק;⁴⁰ ופסק ששאלת האחריות לתיקונים בדירה תלויה ב"מנהג אותו מקום", שאינו תואם בהכרח לחוק.⁴¹ בעניין ניכוי דמי מחלה לעובד שלא עקב מחלתו סבר הרב ואזנר שיש לפסוק לפי תנאי החוזה ולפי "מנהג המדינה היום".⁴² בעניין אחר פסק, כי אם חוקי העזר העירוניים התקבלו "כמנהג מדינה ולטובת התושבים", אז בתי"ד הרבניים צריכים לפסוק לפיהם, אם המנהג התקבל "על דעת כולם" ואינו מנוגד לדין תורה.⁴³ הוא קבע, בניגוד לחוק, שבעלות בדירה עשויה לעבור גם ללא רישום בטאבו.⁴⁴ בחיבורו על דיני שכנים הזכיר לעתים "חוק", ופעם אחת⁴⁵ כינה אותו "מנהג"; לעתים פסק לפי החוק ולעתים לא.⁴⁶

הרב ואזנר סבר אפוא, כמו הרב גרוסמן, כי אין לחוקי המדינה תוקף כדינא דמלכותא אלא רק כמנהג, ולכן כאשר המנהג מנוגד לחוק יש להעדיף את המנהג.

(ב) בנייה בלתי חוקית

גם בנושא חוקי הבנייה עמדת הרב ואזנר דומה לזו של הרב גרוסמן. הוא נשאל, "מאיזה סיבה מתירים בתי הדין [בבני ברק] לבנות נגד הסכמת השכנים".⁴⁷ והשיב כי יתכן שיש כאן "תקנת בית דין לצורך בני העיר", ציין שכך פוסקים "כל בתי דינים [בבני ברק]"⁴⁸ והסביר שתקנות כאלו לטובת תושבי העיר יכולות להיקבע הן על ידי חכמי הלכה ודיינים שבעיר והן על ידי נבחרים ("טובי") העיר, שסמכותם כבי"ד. הוא לא הזכיר את העובדה שבנייה נגד הסכמת השכנים מנוגדת לחוק, וגם בתשובות נוספות בדיני בתים משותפים לא הזכיר כלל את החוק.⁴⁹ לדבריו, נבחרים הציבור היו צריכים לתקן תקנה שתתיר בנייה בניגוד להסכמת השכנים, אך בתי הדין נחלצו במקומם והתירו זאת (בניגוד לחוק) "לצורך בני העיר" ו"לתועלתם", וכוונתו קרוב לוודאי בשל מצוקת הדיור בעיר.

מה יעשו בתי הדין אם אין אחד מ[נבחרים] העיר מתעורר לעשות תקנה זו? ובזמננו אין שליחי הציבור עוסקים כל כך בזה, ולפעמים אין עולה על דעתם לתקן כזאת. מה שאין כן הבתי דינים, שעל ידי שראו מעשה נזכרו הלכה.

לסיכום, הן הרב גרוסמן והן הרב ואזנר העניקו תוקף הלכתי לבנייה בלתי חוקית, אולם הנמקותיהם שונות. הרב גרוסמן התבסס על "מנהג המקום" והרב ואזנר ייחס "תקנת בית דין" לטובת תושבי העיר. החוק אינו תקף בנסיבות אלו, אפילו לא כמנהג.

40. שם, עמ' כא.

41. שם, עמ' לד.

42. שו"ת שבט הלוי, ח"ה, סי' רכ, סעי' ו.

43. שם, ח"י, סי' רסג, סעי' א.

44. שם, ח"ט, סי' שו. על שיטתו בעניין זה ראו בחיבורו, לעיל הערה 30, בעמ' 230-231.

45. הרב שמואל ואזנר, חיובי שכנים ותקנת הקהילות, בני ברק תשנ"ו, עמ' כב.

46. דוגמאות לפסיקה שלא בהתאם לחוק: שם, עמ' יא-יב (הוצאות נקיון); יג (כני"ל); כ (פתיחת גן ילדים); כב (הוצאות תיקון ביוב). פסיקות בהתאם לחוק: שם, עמ' יג (הוצאות עבור תיקונים בבניין); יט (נזקים שנגרמים על ידי שכנים).

47. שו"ת שבט הלוי, ח"ח, סי' רצט.

48. בהמשך התשובה פקפק הרב ואזנר האם פסיקת בתי הדין בבני ברק אכן נחשבת תקנה, כיוון שתקנה צריכה להיקבע על ידי כל בתי הדין שבעיר יחד או על ידי בית דין ש"מוכר ומקובל לכל החוגים שבעיר". הבעיה לדידו היא צדדית, אך באופן עקרוני פסיקת בתי דין שבעיר דינה כ"תקנת בית דין" והיא מתירה להפר את החוק.

49. שם, ח"ה, סי' רכא, סעי' י (השתתפות בעשיית מעקה לבניין); ח"ט, סי' רצט (פתיחת מרפאת שיניים בבית משותף); ח"ט, סי' שא (חלוקת הוצאות בבית משותף). כך נהג גם בנו, ר' חיים מאיר, שם, ח"ה, סי' רכב.

ד. דיינים שאינם נותנים תוקף הלכתי לבנייה בלתי חוקית

1. הרב אשר וייס⁵⁰

(א) החוק האזרחי וכחונה כשופט

הרב אשר וייס⁵¹ דן במאות תיקי ממון. רק ב-5-10 אחוזים פסק לפי החוק, כדינא דמלכותא או כמנהג, כי על דעת כן התקשרו הצדדים, בעיקר בשני נושאים: דיני עבודה וחוקי עזר עירוניים, אך גם בחוקי בנייה, בתים משותפים ועוד. הוא נתן תוקף לפטנט ולזכויות יוצרים מכוח דינא דמלכותא;⁵² התיר תביעת נזיקין נגד קופ"ח מכח מנהג ודינא דמלכותא (ראו נספח); ופסק שאין לבצע שינויים המכערים את חזית הבניין גם מכח החוק.⁵³ אולם, בכל שאר המקרים פסק הרב וייס **רק לפי ההלכה** בשו"ע ולא לפי החוק.⁵⁴ גם כשבעלי הדין תבעו עגמת נפש ופיצויים בגין הוצאת דיבה וכד' - והיה סיכוי שבית משפט יחייב בפיצויים גדולים - דחה הרב תביעות אלו, כי אין יסוד לחייב בהם לפי ההלכה. כך נהג גם בתביעות של נזקי גרמא, אבל כאשר המקרה הוגדר לדעתו כגרמי חייב בפיצוי. לדבריו, נושאים אלו דורשים תקנות חכמים חדשות ואין זה מעשי בזמננו.⁵⁵

לדעת הרב וייס, ניתן להכיר בחוקי המדינה, גם אם לא מכוח דינא דמלכותא אז מכוח היותם מנהג. אין צורך לצאת "לשטח" ולבדוק איך נוהגים, ואנו רשאים להניח שחוק המדינה הוא המנהג.⁵⁶ אולם, לא ניתן לאמץ באופן גורף את כל החוק האזרחי כמנהג, שכן לא יעלה על הדעת שחוק המדינה יחליף את מקומו של חושן משפט: "חלילה להניח שהחוק האזרחי הוא המנהג המחייב בכל תחום... עדיין עומדים דברי הרשב"א [שו"ת, ו, רנד] כתמור אזרהה שאסור לנו לעזוב באר מים חיים [חושן משפט] ולחצוב תחתיו בורות נשברים [המשפט האזרחי]".⁵⁷

לדעתו, במציאות חדשה שלא נידונה בעבר יש להתבסס על החוק, מכוח דינא דמלכותא או מנהג. כך כתב בתשובה שעוסקת בתוקף החוק מכוח מנהג:

50. סעיף זה מסתמך על דברים שכתב הרב וייס במאמרים שונים, שיאזכרו להלן, וכן על דברים ששמעתי הן מפיו והן מדיינים ומספרא דדיינא המכהנים בבית דינו, "דרכי הוראה". הדברים אושרו על ידי הרב וייס.
51. הרב אשר וייס נולד בארה"ב ב-1953, עלה לישראל ב-1966 עם משפחתו והתגורר בקריית צאנו בנתניה. שימש כראש ישיבת חוג חת"ם סופר בבני ברק, וכיום מכהן כראש כולל "דרכי הוראה" בירושלים, שמכשיר רבנים ודיינים, כראש בית הדין "דרכי הוראה" וכרב הקהילה החסידית בקריית טשכנוב בשכונת רמות ג' בירושלים. הרב וייס משמש גם כפוסק ההלכה של בית חולים שערי צדק, ונדע בשיעוריו העמוקים והמרתקים ברחבי הארץ והעולם. פרסם עד כה חיבורים רבים בהלכה ובאגדה ושו"ת. רוב חיבוריו קרויים "מנחת אשר": על מסכתות התלמוד (16 כרכים, 1987-2010); חמישה חומשי תורה (5 כרכים, 2002-2007); חגים (5 ספרים, 2009-2012); שו"ת מנחת אשר (חלקים א-ב, 2013-2014); ועוד רבים.
52. הרב אשר וייס, "התוקף ההלכתי של פטנט רשום", קובץ דרכי הוראה ד (תשס"ו), עמ' ק-קא.
53. קובץ דרכי הוראה ג (תשס"ו), עמ' קב-קג.
54. למשל: שו"ת מנחת אשר, ח"א, סימנים צג, צה, צו; קובץ דרכי הוראה ב (תשס"ה), עמ' קכא-קלג; ג (תשס"ו), עמ' קד-קו; ד (תשס"ו), עמ' קג-קח; ה (תשס"ו), עמ' צה-צח; ו (תשס"ו), עמ' קמח-קמט; ז (תשס"ז), עמ' קיא-קנא; יא (תש"ע), עמ' רד-רח.
55. החזון איש (קובץ אגרות, בני ברק, תשל"ו), אגרת צו) סבר כי הבעיה אינה מעשית אלא מהותית, כי "אין אנו ראויים כלל לתקן תקנות... לדורות", כי "צריך לזה גדלות בתורה במדה מופלאה".
56. דברים ששמעתי מפי מהרב וייס.
57. תשובתו אלי (משנת תשע"ב), פורסמה כמאמר: הרב אשר וייס, "היש תוקף לחוקי המדינה מצד מנהג המקום?", תחומין לד (תשע"ד), עמ' 172-173. וראו גם במאמרנו, "החוק האזרחי במדינה", לעיל הערה 2.

בכל הנוגע למערכת יחסי הממון שבין עובד למעביד, וכן בתחומי המסחר, וכן בנוגע ליחסי שכנות בבניינים משותפים, החוק האזרחי יש לו משקל רב בדין תורה. בתחומים אלה דפוסי החיים עברו שינוי מוחלט ואי אפשר כלל לדמות את הנוהג בזמננו למה שנהגו בימי קדם. וכיון שבהכרח שיהיו כללים בדיני הממון, בהכרח לקבל את החוק כבסיס למנהג.⁵⁸

עוד מבחין הרב וייס בין חוק אזרחי שבא "לענות על צרכי השעה והזמן", שראוי לתת לו תוקף הלכתי, לבין חוק שסותר את "המוסר התורני" או "הצדק התורני" - כמו דיני ירושה (ירושת הבת והבעל) - שאין לתת לו תוקף של מנהג או של דינא דמלכותא.⁵⁹ סייגים אלו (מציאות חדשה שלא נידונה בעבר ושהחוק אינו סותר צדק או מוסר תורני) דורשים פרשנות של הדיין בכל תיק האם מדובר במציאות חדשה, והאם הוא סותר צדק ומוסר.

כאמור, ברוב ענייני הממון פסק הרב וייס רק על פי ההלכה ולא על פי החוק. באחד המקרים⁶⁰ אדם נהג לקצר דרכו על ידי מעבר בלובי של בניין. הדיירים התנגדו וחשמו דרכו על ידי שער, אולם הוא טען שכיוון שהיה רגיל לעבור שם שנים רבות יש לו זכות להמשיך בכך מכוח השימוש ("חזקת תשמישין"). הרב וייס ביסס את פסיקתו רק על ההלכה ולא על החוק, בהתאם לשיטתו, מכיוון שלא מדובר במציאות חדשה.

בנספח להלן נפרט היתרו של הרב וייס לפנות לבית משפט בנסיבות מסוימות. בנוגע לכהונה כשופט כתב: "לא ידעתי מקור מפורש דיש איסור על שופט לדון במשפט העמים, ועובדנא ידענא על גדולי ישראל שעודדו שומרי תורה לשמש כשופטים כדי לנסות לקרב את המשפט לדרך התורה והיראה והצדק, וצ"ע עדיין".⁶¹ כוונתו לחזון איש ולרב מצייבין שקירבו אליהם את שופט בית המשפט העליון, ד"ר יצחק קיסטר, שהיה אדם דתי ותלמיד חכם.⁶² יצוין כי הרב מרדכי אליהו כתב בדומה, כי במצב הקיים ראוי שאנשים דתיים יעסקו גם בעריכת דין ובשיפוט אזרחי כדי "שירימו קול התורה בכל מגזרי החיים".⁶³

58. שם, בעמ' 171-172. מנגד, יש הסוברים שבכל שאלה יש להכריע רק לפי המקורות ההלכתיים. ואכמ"ל.

59. במאמרו בתחומין (נזכר להלן, הע' 73, עמ' 281) כתב הרב וייס, שאין תוקף של דינא דמלכותא כאשר החוק "מתנגד לעיקרון מוסרי שבתורה, כגון ירושת הבת וכד' [ירושת הבעל]", אבל יש תוקף "בתקנה [חוק] מעשית שבאה לענות על צרכי השעה והזמן" (וראו הסתפקותו בכוונת שו"ת חתם סופר, חו"מ מד). כוונת הרב, כפי ששמעתי מפיו: החוק המודרני מפקפק ב"צדק התורני" של דיני הירושה, בטענה שאינם שוויוניים ולברליים; במקרה כזה ברור ש"הצדק התורני" גובר על "הצדק" של מערכות משפט אחרות. לעומת זאת, בדיני בתים משותפים וכד', החוק מציע פיתרון פרקטי למציאות החדשה אך לא מוסר וצדק חלופיים.

60. שו"ת מנחת אשר, ח"א, סי' צה.

61. מנחת אשר, דברים (תשס"ז), סי' ג, עמ' יח. הוא לא התייחס שם לשאלה האם עו"ד ושופט עוברים על "לפני עיוור" או "מסייע לדבר עבירה", שהרי הם מסייעים לתובע בתביעתו, שאסורה כל עוד לא סירב הנתבע לדין תורה. ייתכן שסבר שאין בעיה של "מסייע" או "לפני עיוור" משום שלצערנו זו היא מערכת המשפט הקיימת, והתובע יכול לתבוע בבית משפט ולזכות בדין גם ללא סיוע עורך הדין או השופט. כך פסק גם הרב גדליה פלדר (בעל יסודי ישרון) "ערכאות של נכרים", ספר היובל לכבוד הרי"ד סולובייצ'יק, ירושלים, תשד"מ, עמ' תי-תיא, בנוגע לעו"ד: "הוא לא עושה שום דבר, שאם הוא לא יקבל על עצמו לייצגם יבואו אחרים, יהודים או נכרי. ובכן אין כאן מסייע ידי עוברי עבירה, ואף בלא רשות בית דין אין לאסור לעורך דין" (הביאו אליאב שוחטמן, לעיל הערה 17, עמ' 363). להצעתו של שוחטמן בנדון, וחכמי הלכה נוספים, ראו שם, עמ' 360-363.

62. נציע סברא ששמענו לאבחן בין תובע ושופט: תובע יכול לתבוע בבי"ד והוא מעדיף ערכאות, אולם שופט שלמד חוק ולא דין תורה, אינו יכול לכהן כדיין, ונמצא שאינו מבכר את ביהמ"ש על פני ביה"ד. ולעני"ד עדיין צ"ע.

63. הרב מרדכי אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", תחומין ג (תשמ"ב), 244: "במצב הנתון יש חשיבות ותועלת בשופט דתי כמו גם בעו"ד, [וב]עיתונאים דתיים שירימו קול התורה בכל מגזרי החיים, ובפרט שבכלי התקשורת ישמע קולם, שיסבירו ויבהירו את דרך התורה וחוקיה".

(ב) בנייה בלתי חוקית

גישת הרב וייס להפרת חוקי הבנייה שונה לחלוטין מזו של הרבנים ואזנר וגרוסמן. אמנם, בכמה תשובות בנושא חוקי בנייה ובתים משותפים פסק רק על סמך המנהג.⁶⁴ אולם, במקום אחר קבע שהפסיקה בענייני בתים משותפים צריכה להתבסס על החוק מכוח דינא דמלכותא או מנהג, ראה במנהג לבנות בניגוד לחוק "מנהג גרוע"⁶⁵, והוסיף:

אין לומר שיש תוקף של מנהג לבנייה פירטית, בלתי חוקית. זה חילול השם. הארץ אינה הפקר ולא ייתכן שכל אחד יבנה כרצונו.⁶⁶

הנימוק של "חילול השם" נזכר בפסיקת הרב וייס גם במקום אחר. לשיטתו, יש לתת תוקף הלכתי לרישום פטנט, כי אם לא ייעשה כך "אין לך חילול ה' גדול מזה", שכל העמים נוהגים כך ורק עם ישראל לא.⁶⁷ בעוד ששם דיבר על חילול השם לעיני הגויים, בנוגע לבנייה בלתי חוקית דיבר על חילול השם של יהודים שומרי מצוות לעיני אחיהם.

הרבנים ואזנר וגרוסמן לא חששו ל"חילול השם", אולי משום שפסקו לאנשים חרדים והניחו שהם מקבלים את ההלכה ולא את חוקי המדינה.⁶⁸ אולם, הרב וייס סבר ש"הכשר הלכתי" להפרת חוקי הבנייה אכן יוצר חילול השם. שכן, כשיהודי שומר מצוות עושה מעשה שנחשב בציבור לבלתי ראוי ללא כל הכרח הלכתי, אזי למרות שגם אחרים עושים כך – זה חילול השם, ועל הדיין להתחשב בשיקול זה בפסיקתו.⁶⁹

2. דייני רשת ארץ חמדה גזית ודיינים אחרים

דיינים אחרים שעמם שוחחנו, הן מבתי הדין הרבניים הממלכתיים והן מבתי הדין הפרטיים, סוברים שיש תוקף לחוקי הבנייה ולדיני הבתים המשותפים מכוח דינא דמלכותא או מנהג. כך למשל עמדת דייני רשת בתי הדין "ארץ חמדה גזית", שאימצו כ"מדיניות הלכתית" את דברי החתם סופר (שו"ת, ח"ה, חו"מ, סי' מד) שיש לבחון לגופו כל חוק "בחינה מהותית... ובמצב שבו התקנה [החוק] ראויה, ואילו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים - דינא דמלכותא [החוק] תקף", ומדיניות דומה גם בנוגע לתוקף החוק האזרחי כמנהג.⁷⁰ לאור זאת הם פסקו, בין היתר, על סמך דיני העבודה⁷¹ ודיני הבתים המשותפים.⁷² אולם יודגש, הדיינים אינם נותנים תוקף אוטומטי לכל סעיף שבחוק, אלא כאמור בוחנים אותו "בחינה מהותית" ומפעילים את שיקול דעתם.

64. קובץ דרכי הוראה, לעיל, הערה 53; שו"ת מנחת אשר, ח"א, סי' צח, סעי' ו (בנייה הגורמת להסתרת נוף, אור ואוויר של השכן); סי' צט, בסופו (נזקי מים בין שכנים); תשובתו שצוטטה לעיל ליד הערה 58.

65. לעיל, ליד הערה 31, הסברנו מדוע לדעתנו בנייה בלתי חוקית צריכה להיחשב "מנהג גרוע", שאין לו תוקף.

66. הרב וייס בשיחה בעל פה אתי (ל' בסיוון תשס"ח). תוכן השיחה הועלה על הכתב ואושר על ידי הרב.

67. הרב וייס, לעיל הע' 52, בעמ' 279-281. הנימוק "שלא יהא העולם הפקר" נזכר על ידו גם להלן, ליד הע' 80.

68. הנחה זו אינה פשוטה בעינינו, במיוחד לא לגבי המתקשר עם חברה, גוף ציבורי או איש עסקים. ראו לעיל בפסקאות ליד הערות 15-17, ובדברי הרב וייס בנוגע לקופת חולים, להלן, ליד הערה 81.

69. ראו: "חילול השם", אנציקלופדיה תלמודית טו, עמ' שמ; הרב יעקב ח' חרל"פ, "חילול השם כגורם בפסיקת הלכה", תחומין כה (תשס"ה), 392-400.

70. למשל: תיק 70012 (ארץ חמדה גזית, י-ם), 10 (תשע"א) (הרבנים עובדיה אחיטוב, אב"ד, מנחם יעקובוביץ' וסיני לוי). מדיניותם פורסמה ב"מעמדם של חוקי המדינה", תחומין כט (תשס"ט), 144, וברשת.

71. למשל: הרב יוסף כרמל (אב"ד, ירושלים), הלכה פסוקה, גל' 4 (תשס"ו), עמ' 8; תיק 71089 (ארץ חמדה גזית, ר"ג) (תשע"ב) (הרבנים יעקב אריאל, אב"ד, אהרן כ"ץ וסיני לוי. חוקי פיצויי פיטורין והלנת השכר).

72. תיק 73046 (ארץ חמדה גזית, י-ם), עמ' 10 (תשע"ד) (הרבנים יוסף כרמל, אב"ד, סיני לוי ודניאל מן).

ה. נספח: שיטת הרב אשר וייס בנוגע להפניית התובע לבית משפט⁷³

בשני מקרים בלבד, מתוך מאות פסקי דין בממונות שבהם דן עד כה, הפנה הרב וייס את התובע לבית משפט. מדובר במקרים שבהם סבר **שיש יסוד הלכתי לחיוב** אלא שמסיבות שונות אין לבית הדין יכולת לדון דין צדק. באחד המקרים (על השני ראו בהערה)⁷⁴ דובר ברשלנות רופא בקופת חולים בטיפולו באדם שהתלונן על כאבי בטן עזים, שגרמה לכריתת אחד מאשכיו. רשלנות זו גרמה לנזק ולסבל גדולים אלא שלפי ההלכה לא היה ניתן לחייב את הנתבעת, קופ"ח. לפי ההלכה, אומר הרב וייס, ביי"ד אינו יכול לחייב, מכמה סיבות: (א). גם אם קופ"ח תסכים להתדיין בדין תורה, חברת הביטוח שלה ודאי תסרב לכך. (ב). לפי ההלכה לא נגרם לניזוק אבדן כושר עבודה או נזק ממוני אחר.⁷⁵ (ג). אין אמת מידה הלכתית לפיצוי: "לבית הדין, האמון על אמת המידה של אמת וצדק בשכל התורה, אין כלים להשית באופן שרירותי סכום גבוה לתשלום. דהלא אין אנו דנים דיני חבלות בזמן הזה, ואין כאן נזק ממוני ברור ומוגדר, אלא צער ועוגמת נפש נוראים מאוד, ופגיעה בלתי הפיכה".⁷⁶ (ד). אין אמת מידה משפטית לפיצוי: בית הדין אינו יכול להיעזר בפסיקת בתי המשפט כדי לקבוע "אמת מידה לתשלום" הפיצויים, כי שיקול הדעת שמפעילים שופטים בקביעת גובה הפיצוי בנוזקי גוף הוא שרירותי.

במקרה כזה פסק שעל ביה"ד לאפשר לתבוע בבית משפט, ונימוקיו: (א). יש יסוד הלכתי לחייב את קופ"ח לפצות את הניזוק, אבל הניזוק אינו יכול לממש את זכותו לפיצוי בביה"ד. (ב). כאשר חברת הביטוח מסרבת להתדיין בבי"ד, הרי זה ככל מקרה של נתבע שמסרב להתדיין בדין תורה, שמתירים לתובע לתבוע בערכאות. (ג). שיקולי צדק: בית הדין מצווה "לעמוד על משמר הצדק ולהגן על החלשים מפני בעלי הזרוע", ובנידונו להגן על הניזוק מפני קופ"ח, שהיא גוף כלכלי חזק. (ד). שיקולי הרתעה: "תקנת הציבור מחייבת שמוסדות רפואיים יחויבו לפצות את מי שנפגע ע"י רשלנות רפואית, ואין זה בדין שרק המדקדקין במצוות יצאו נפסדים עקב דבקותם בהלכה המסורה וחלילה לא ידקדקו הרופאים בביראותם ביודעם שלא יתבעו אותם אח"כ [בבית משפט]".⁷⁷

הרב הדגיש שמותר לפנות לבית משפט רק לאחר קבלת רשות מבי"ד, וללא זה התובע בערכאות "מרים יד בתורת משה".⁷⁸ גם אם הפסק מתבסס על החוק, אין זה מתיר לבי"ד

73. נספח זה מבהיר ומשלים בפרטים רבים את מאמרו של הרב וייס, "גדרי ההיתר לפנות לערכאות", תחומין ל (תשי"ע), 275-281 (להלן: המאמר בתחומין), על בסיס ליבון הדברים עם הרב (ראו לעיל הערה 50). המאמר הנ"ל מבוסס על שני פסקי דין: דרכי הוראה ה (תשס"ו), עמ' צט-קב; ו (תשס"ו), עמ' קיא-קיו. ההבהרה נחוצה גם לאור שני פסקי דין שניתנו על בסיס פסיקתו זו, אשר פירשו דבריו שלא כראוי. ראו להלן הערות 78 ו-79.
74. במקרה אחר הפנה לבית משפט כי לא היה בידו לכפות על העדים להתייצב, ולשם כך הפנה לבית משפט. לחייב את הנתבע, אך חסרו לביה"ד כלים לכפות על העדים להתייצב, ולשם כך הפנה לבית משפט.
75. א. ניתן ללדת גם עם אשך אחד. ב. פיצוי נזיקי נקבע לפי פחת בשווי הניזוק "כעבד הנמכר בשוק" ואין כיום עבדים. ג. אם נתרם הפחת בשווי העבד לאובדן כושר עבודה, כושר עבודתו של הניזוק דן לא נפגע (על פי מכתב הרב וייס לרב אריאל בראלי מראשית תשע"ו, שנכתב בעקבות פסיקת רבני בית הלל, להלן הערה 78).
76. יש מקום לשאול, גם אם עדיין אין אמת מידה הלכתית לפסיקת פיצוי שכזה, מדוע שביה"ד לא ייצור אותה?
77. שיקול ד נכתב במכתב לרב בראלי. יצוין שחלק מן השיקולים שהעלה – הצורך בפיצוי לניזוק, שיקולי צדק והרתעה – הם בדיוק השיקולים המקובלים בדיני הנזיקין המודרניים כבסיס לאחריות המזיק בגין רשלנות.
78. בחוברת בית הלל, 10 (תשרי, תשע"ו), "פנייה לבית משפט ישראלי בדיני ממונות", 7-8, פסקו על סמך מאמר הרב וייס בתחומין: "יש אומרים שמי שזכויותיו יישמרו טוב יותר בבית המשפט הפועל לפי החוק הישראלי, רשאי לתבוע את זכויותיו בערכאה זו", היינו אם יזכה בבימ"ש לפיצוי גדול יותר רשאי לתבוע שם ישירות. אולם, היסק זה מנוגד לדעתו (כפי שגם הבהיר במכתב לרב בראלי, שם): א. פנייה לבימ"ש מותרת רק אחרי שפנו תחילה לבי"ד וביה"ד התיר זאת. ב. ההיתר להפנות תובע לבימ"ש מוגבל לנסיבות מסוימות. לביקורת

להפנות את הצדדים לערכאות.⁷⁹ את היסוד ההלכתי לתביעה נימק הרב וייס בארבעה טעמים: (א). טעם ראשון **נזיקי**: יש לדיינים זכות לדון "למגדר מילתא" גם בדיני חבלות,⁸⁰ קרי נזקי גוף. יש לקנוס את החובל בחברו לפצותו על שבת וריפוי (רמ"א, חו"מ א, ב), בושט (שו"ע, שם, ו), נזק וצער (סמ"ע, שם, ס"ק יב), וכך גם ברשלנות רפואית, "שלא יהא העולם הפקר". שיעור הפיצוי, שלא התבאר בפוסקים, ייקבע לפי "מנהג המקום", וכיוון שביה"ד אינו יכול לחייב חברת ביטוח שמסרבת להתדיין בפניו, עליו להתיר לתבוע בבית המשפט. (ב). טעם שני **חוזי**: קופ"ח מחויבת לספק למבוטחיה טיפול רפואי נאות. יש התחייבות מכללא מצידה לפצות את המבוטח אם יקבע בימ"ש לפי החוק כי התרשלה כלפיו, וכל תנאי שבממון קיים, ובפרט שמדובר ב"גוף ציבורי חילוני" שמקבל את פסיקת בתי המשפט.⁸¹ אמנם, השו"ע (חו"מ כו, ג) פסק שאין תוקף להסכמה להתדיין בערכאות, אולם הרב וייס פוסק כסמ"ע (חו"מ כו, ס"ק יא) שאם הצדדים התנו להתדיין בערכאות, ולפי הדין יש יסוד לחייב את הנתבע אך ביה"ד מנוע מלעשות כן (דוגמת חוב שעברה עליו שמיטה) - התובע רשאי לתבוע בערכאות, לאחר שיטול רשות מבי"ד. בית המשפט נחשב כשלוחו של ביה"ד וההתדיינות אינה מיוחסת לבית המשפט אלא לביה"ד.

(ג). טעם שלישי הוא קיום יסוד הלכתי לפיצוי: המבטח התחייב לשלם את הפיצויים שיושטו על קופ"ח בגין רשלנות רפואית, והרי זה כאילו כספיו מיועדים מראש, בהסכמת הקופה, למבוטחים שיזכו בפיצויים בבית משפט. (ד). טעם רביעי: דינא דמלכותא. הזכות לפיצוי בנידונו היא "לתיקון הנהגת המדינה" ונגזרת משיקולי צדק.⁸² עוד סובר הרב שאם יש חיוב בנזיקין מעיקר הדין, אין מקום לאבחון בין מזיק פרטי לציבורי. אולם כאשר החיוב הוא "לפנים משורת הדין" - כמו במקרה דנ" - יש לביה"ד שיקול דעת באיזה סכום לחייב את המזיק. אם המזיק גוף ציבורי כמו קופ"ח (ונלענ"ד שגם איש עשיר) יש להחמיר אותו ולהפנות את הניזוק לבימ"ש, שם יזכה לפיצוי מלא. לעומת זאת, אם המזיק אדם פרטי שאין לו די כסף לשלם את הפיצוי, ראוי לחייבו רק בהתאם ליכולתו.⁸⁴

ו. סיכום

1. **תוקף החוק**: יש שגרסו שעקרונית אין לחוק תוקף כדינא דמלכותא (להלן: ד"ד). יש לו תוקף כמנהג, אם נוהגים על פיו (הרבנים שמואל ואזנר וישראל גרוסמן), או מכוח הסכמת הצדדים, במפורש או מכללא, כגון חוזה הנעשה בהתאם לחוק (הרב גרוסמן).

על פסה"ד של רבני בית הלל ראו: הרב אריאל בראלי, "איסור פנייה לבית משפט אזרחי", אמונת עתיד 110 (שבט תשע"ו), 83-90. בגליון 111 עתידה להתפרסם תשובת הרב עמית קולא למאמר זה ותגובת הרב בראלי.
79. הרב וייס סיפר שבי"ד מסוים הסתמך על פסקו הנ"ל, וכיוון שלא הכירו החוק הפנו לבימ"ש; ביקר זאת בחריפות, והבהיר שפרט למקרים נדירים על ביה"ד לפסוק בעצמו, ואם הדבר נחוץ, ללמוד את החוק האזרחי.
80. רמ"א, חו"מ ב, א: "ביד הב"ד להלקותו או ליטול ממון כפי ראות עיניהם, לפי הענין, למגדר מלתא". יסוד "למגדר מלתא" שמעתי מהרב וייס, ויתר הפסקה להלן הובא במאמרו בתחומין.
81. הרב ציין במאמרו, שגם בתי המשפט חייבו את קופ"ח ברשלנות רפואית "לא רק מצד דיני נזיקין, אלא אף מצד דיני החוזים", כי התחייבותה לשירות ראוי כוללת גם התחייבות לפצות את ה"ניזוק מהפרת החוזה".
82. המאמר בתחומין, עמ' 279-281. על שיטתו של הרב וייס בנוגע לתוקף החוק ולתוקף פסיקת בית המשפט העליון מכוח דינא דמלכותא, ראו גם מאמרו בקובץ דרכי הוראה ו (תשס"ו), עמ' קיח-קכד.
83. שכן, כפי שהוסבר לעיל, מעיקר הדין לא ניתן לפסוק בבית דין לניזוק דין כל פיצוי בגין נזקיו.
84. שמעתי מפי הרב וייס. כך גם פסקו אחרונים, שלמרות שבי"ד רשאי לחייב בעל דין "לפנים משורת הדין", הוא יעשה זאת רק אם מדובר בבעל דין עשיר או בגוף ציבורי - כדוגמת מדינה, עירייה או מוסד - ולא אדם פרטי. ראו מאמרי: "כפיית נורמות של 'לפנים משורת הדין' על גופים ציבוריים", ספר שמגר: מאמרים, חלק א (תל אביב, 2003), 469-504; "אין ציבור עני": גלגולו של כלל הלכתי, סידרא כ (תשס"ה), 195-209.

ויש שסבר כי ניתן להעניק לחוק תוקף כד"ד, כמנהג ומכוח הסכמה מפורשת או מכללא של הצדדים, אם התקשרו בהסכם על דעת החוק. יש לקבל חוק כד"ד או כמנהג רק אם זו מציאות חדשה שטרם נידונה והחוק גם אינו סותר "צדק תורני" או "מוסר תורני". דיני ירושה נחשבים כסותרים את המוסר התורני (הרב אשר וייס).

2. **פרשנות שיפוטית**: יש שסברו שאין לקבלה, כי צדדים אינם מתקשרים על דעת פסיקת בתיהמ"ש, כי היא שרירותית (שבות יעקב, מנחת יצחק והרב גרוסמן). ויש שהעניקו לה בסייגים תוקף כד"ד כמו חוק (הרבנים דיכובסקי ודוד בס, ר' הערה 18).

3. **בנייה בלתי חוקית**: יש שהעניקו לה תוקף הלכתי מכח "מנהג המקום", אם כך נהוג באותו אזור (הרב גרוסמן), או מכח פסיקת בתי הדין המקומיים, שדינה כתקנת בית דין, "לצורך בני העיר" ו"לתועלתם" (הרב ואזנר, ופקפק בכך מסיבה צדדית).

ויש שסברו שאין לה תוקף הלכתי. נימוקיהם: (א). לחוקי הבנייה יש תוקף כד"ד וכמנהג (הרב וייס, דייני ארץ חמדה גזית, ועוד). (ב). "הארץ אינה הפקר ולא ייתכן שכל אחד יבנה כרצונו". (ג). חילול השם. (ד). בנייה בניגוד לחוקי הבנייה היא "מנהג גרוע" (הרב וייס). נלענ"ד כדעת הרב וייס; בנייה כזו נחשבת "מנהג גרוע", כי היא פוגעת בתכליות הראויות של חוקי הבנייה ומרבה סכסוכים בין בעלי דירות.

4. **כהונה כשופט או כעו"ד**: אין מקור הלכתי לאסור לכהן כשופט, ויש רבנים שעודדו אנשים דתיים לשמש כשופטים כדי "לקרב את המשפט לדרך התורה" (הרב וייס, אך השאיר זאת בצ"ע). במצב הקיים בישראל ראוי שאנשים דתיים יעסקו בשיפוט ובעריכת דין כדי "שירימו קול התורה בכל מגזרי החיים" (הרב מרדכי אליהו).

5. **הפניה לערכאות**: הרב וייס: יש לתבוע תחילה בבי"ד ואין לפנות ישירות לבימ"ש. במקרים חריגים, כשיש יסוד הלכתי לתביעה אך לביה"ד יש בעיה לפסוק, הוא רשאי להתיר לתבוע בבימ"ש. דוגמאות: כפייה על עד להעיד; רשלנות רפואית (להלן סעי' 6). בשאר המקרים, גם אם ביי"ד מסתמך על החוק, אסור לו להעביר הדיון לבימ"ש.

6. **הפניה לערכאות ברשלנות רפואית**: הרב וייס התיר זאת כשביה"ד לא יכול לדון כי: (א). חברת הביטוח של קופ"ח ודאי תסרב להתדיין בבי"ד. (ב). ביי"ד לא יכול לחייב כי לא נגרם אבדן כושר עבודה או נזק ממוני אחר. (ג). אין דנים בימינו דיני חבלות. (ד). לא ניתן להיעזר בפסיקת בתי משפט לצורך קביעת אמת מידה לפיצוי, כי פסיקתם שרירותית. (ה). שיקולי צדק: על ביה"ד להגן על הניזוק החלש מול קופ"ח. (ו). להרתיע רופאים ומוסדות רפואיים מלהתרשל, וכדי שלא יזלזלו הרופאים בבריאותם של המדקדקים במצוות, בודעם שהללו לא יתבעו אותם בבית משפט אלא רק בבי"ד.

היסוד ההלכתי לתביעה כזו: (א). נזיקי: יש לבי"ד סמכות לדון בדיני חבלות לסייג הדבר ("למגדר מילתא"), וניתן לקנוס את החובל בחברו. גובה התשלום לא התבאר בפוסקים וייקבע לפי "מנהג המקום" (פסיקת בתימ"ש). (ב). חוזי: התחייבות מכללא של קופ"ח לפצות מבוטחיה לפי החוק והפסיקה. (ג). יש מעין זכות ממונית למבוטח מכוח התחייבות המבטח כלפי קופ"ח לשלם נזקים. (ד). ד"ד ל"תיקון המדינה".

אם לא מגיע לניזוק פיצוי מעיקר הדין, יש לביה"ד שיקול דעת אם להפנותו לבימ"ש ובאיזה סכום לחייב את המזיק, בהתאם למצבו: אם מדובר בגוף ציבורי, כגון קופ"ח (ונלענ"ד שגם איש עשיר) - ביה"ד יחמיר אתו ויפנה הניזוק לבימ"ש, שם יפסקו לו פיצוי מלא. אולם אם המזיק אדם פרטי שאין לו יכולת כספית - ביה"ד יפשר ביניהם.