

'הכל כמנהג המדינה' - חלק שני

א. תוקף דין מנהג בנושאים הלכתיים שונים

מלבד העקרונות הכלליים, מצאנו שיש תוקף שונה למנהגים בנושאים ההלכתיים השונים.

1. בענייני הרבים

'תרומת הדשן'² קובע יש תוקף למנהג גם ללא החלטה של חכמים, בנושאים של התנהלות ציבורית. זאת משום שיש הכרח לקבוע את כללי ההתנהלות המשותפים, ועל דעת כך התאגד הציבור, ולכן יש תוקף לתקנות הקהל בתחום הציבורי:³

וההיא דרבינו תם ואור זרוע דלעיל [= שצריך מנהג וותיקין] קאי על חילוק חצירות ובתים ובניין שלהם ואשכירות פועלים וכן שכירות בתים וחצירות, וכל כה"ג דאין רבים מצרפים יחד ולא איצטריך מצטרפו למהיו צייתי אהדדי, לכך צריך מנהג שיהא לו עיקר ע"פ חכמים וראייה מן התורה, משא"כ בענייני המסים וכיוצא בו דמנהג בעלמא מבטל בהן דין תורה... מכל מקום ראוי ונכון לדקדק הטיב אם נוכל להשוות כל המנהגים לדין תורה, אף אם לא לגמרי מכל מקום עדיף טפי שנמצאו סעד וסמך מדברי חכמים ולאוקמינהו בטעם וסברא.

לכלל של 'תרומת הדשן', שבני הקהל יכולים להתנות ביניהם כפי רצונם, הסכימו פוסקים נוספים.⁴ יש לציין שבענייני מסים נקבע במפורש שאפשר לקבל גם 'מנהג גרוע':⁵ 'וכל

1. מתוך נייר עמדה לכנס הדיינים לבתי דין לממונות, בעריכת הרב עדו רכניץ.

2. תרומת הדשן, ח"א סי' שמב.

3. שו"ת תורת חיים (ח"ב סי' יט) העיר שבדברי המרדכי, בשם הרב אביגדור כ"ץ, נזכר במפורש גם דין שכירות פועלים, בתור דוגמה לדבר שלא צריך בו מנהג ותיקין, אף על פי שאינו עניין ציבורי. על כן הוא מפרש שאותם פועלים נשכרו לצורכי העיר והרבים, שכן לעניין זה השתתפו אנשי העיר ויש להם סמכות לקבוע, אף בלא דברי חכמים. בספר משא מלך, עמ' רכ, הוצע חילוק נוסף: בעניין גובה השכר הנוגע לכלל הציבור אין צורך בהסכמת חכמים, ואילו החלטה על שעות העבודה, שמשתנה ממעסיק למעסיק, צריכה להיקבע בהסכמת חכמים. נראה ששיטת תרומת הדשן מוסכמת גם על המהרי"ק, שכן בתשובתו אודות שותפות (שו"ת מהרי"ק סי' קפא), כתב שניתן ליצור שותפות אף ללא מעשה קניין, ובתור ראיה לדבריו, מביא המהרי"ק את הסוגיה של ספנים וחמרים - אותה הסוגיה שממנה לומד תרומת הדשן את דינו. ונמצא שגם המהרי"ק סבור שיש כוח ביד בני חבורה משותפת לקבוע קביעות מחייבות, אף שלא על פי ההלכה. גם שו"ת הרשב"א, ח"ד סי' רס, כתב בתור דבר פשוט, שגביית המסים נעשית לפי המנהג.

4. כגון שו"ת הרא"ם, סי' טז; ושו"ת רדב"ז, ח"ג סי' תעב; שם, ח"ד סי' קלו. אמנם בתשובות רבות כתב הרדב"ז בסתם, שמנהג ותיקין הוא תנאי לכל מנהג: ח"א סי' סז; שם, סי' שנט; שם, סי' שסח; שם, סי' תקמד, ושם כתב ליישב את הדין של מנהג הספנים: 'לא קשיא דמנהג החמרים והספנים לדידהו הוי

ענייני מסים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן שלשה פעמים, אף על פי שהוא מנהג גרוע'. זאת ועוד, ה'חזון איש'⁶ כותב שבענייני מסים וכדומה, יש ללכת אחר מנהג הרוב:

ובענייני מסים וכיו"ב שקובעין מנהג כדי למנוע את המחלוקת נראה דיש כח ברוב הציבור לכוף את המיעוט דהוי כמו למגדר מלתא. ובתרומת הדשן כתב הטעם משום דצייתי אהדדי ולפ"ז דוקא בהסכימו כולם אבל נראה דיש כאן כח ב"ד וברוב ציבור סגי.

הלכה למעשה בימינו, נכתב בשו"ת 'מנחת יצחק'⁷ בנוגע לתיקונים בבית משותף: ואם כן יש לנו ב' טעמים להחזיק המנהג: א' דלא הוה מנהג גרוע ברבים שמצטרפי ביחד כנ"ל. ב' דלא הוי אומדנא דמוכח לבעל העליה, ואפשר דאיכא עוד אומדנא דמוכח לאידך גיסא כנ"ל.

לסיכום, בנוגע לענייני הרבים יש עוצמה מיוחדת לתוקף המנהג, והוא מועיל גם כאשר הוא 'מנהג גרוע' (המנוגד לדין תורה), וכאשר הרוב נוהג כך - המיעוט מחויב.

2. בדיני עבודה

כאמור בראשית הדברים, מנהג מוזכר במקורות התנאיים בנוגע לדיני עבודה. על כך כתב מהר"ח ש"ש⁸: 'נראה דההיא דהפועלים מקרו מנהג חכמים כיון שהוזכר בתלמוד'. ואכן בתי הדין בימינו מציינים שיש ללכת אחת מנהג המדינה בדיני עבודה, גם כאשר הוא מבוסס על החוק ולא על ההלכה.⁹

3. בענייני ירושה

לעיל הוזכר שבנוגע לדיני ירושה כתבו הפוסקים שאין ללכת אחר המנהג. אלא שמצינו שבתחום ירושת הבעל, הדבר שנוי במחלוקת. בשו"ת 'אבקת רוכל'¹⁰ הובא דיון בינו לבין המב"ט בעניין אנוסים שנישאו לפי מנהג הגויים. המב"ט קובע שהיות שחוייבו לפי

כמנהג דותיקין לכל בני המדינה'. וצ"ע בכוונת הדברים. ראו עוד: שם, ח"א סי' תקמה, בלשוננו: 'וכבר כתבתי כי בירור מנהג זה הוא רחוק וצריך מיתון גדול לפי שצריך שיהיה המנהג ידוע ומפורסם ושיהיה קבוע שהיו נוהגין כן פעם אחר פעם ושיהיה ע"פ ותיקין וגדולי חכמי העיר ושינהג מנהג קבוע לרבים כלומר שנהגו בו רבים'. שו"ת מהר"י בן לב, ח"א סי' סו, כפי הנראה הכריע גם כן כתרומת הדשן, אם כי יש סתירות בדבריו; וכפי שהאריך בזה ספר משא מלך, עמ' רכב-רכג.

5. רמ"א, חו"מ סי' קסג סעי' ג.

6. חזון איש, בבא בתרא סי' ה ס"ק ד.

7. שו"ת מנחת יצחק, ח"ז סי' קכו.

8. שו"ת תורת חיים (מהר"ח ש), ח"ב סי' יט.

9. שו"ת ציץ אליעזר, ח"ב סי' כג, בנוגע לשעות עבודה ומנוחה וזכות השביתה; הרח"ד הלוי, תורה שבעל פה כג, עמ' ל, בנוגע לזכות השביתה; וכן ראו: שו"ת ציץ אליעזר, ח"ז פרק י' סי' מח; שו"ת תשובות והנהגות, ח"ה סי' שסג; שם, סי' שפד; פד"ר א, עמ' 331; ג, עמ' 280; פד"ר, מאגר מקוון סי' רכט; פד"ר בפני הדיינים: הרב ח"ג צימבליסט, הרב ז"נ גולברג, הרב עזרא בר-שלום, פורסם בתחומין כ, עמ' 77; ר"א שרמן, תחומין יח, עמ' 236.

10. שו"ת אבקת רוכל, סי' פ-פא



מנהגם כגויים, החיוב נשאר. ה'בית יוסף' חולק, וסובר שהיות שלא היו קידושין בהיותם אנוסים, לא שייך כלל חיוב הנובע מנישואין. מהר"י בן לב קובע:¹¹ שאלה. ילמדנו רבינו במלכות פורטוג"אל יש חק ומנהג שהאלמנה תזכה במחצית הנכסים אשר הניח הבעל... תשובה. יראה לי דכל אפין שוין ולית ספיקא כלל דזכתה האלמנה במחצית הנכסים... וכבר בא מעשה לידי בכיוצא בזה פעמים רבות בסלוניקי וכן דנתי ומעולם לא שמעתי ולא ראיתי שום חולק בדבר זה ותו לא מיד.

הסכים לכך גם המהרשד"ם,¹² שכותב שזהו דבר פשוט, ואף מזכיר בסוף דבריו את המהר"י בן לב. דהיינו, בענייני ירושת האלמנה הולכים אחר המנהג. לעומת זאת, מהר"ש חלק על כך:¹³

נראה לומר דבנדון דידן מודו, **דדוקא במנהג שהוא דבר הרשות ואינו עוקר דין התורה בפירוש**... אבל בנדון דידן דליתא להך טעמא ועוקר בפירוש ירושת התורה פשיטא דאין בו ממש...

תוצאה ממחלוקת זו עלתה בבתי הדין בעניין נוסף. ב'פסקי דין רבניים'¹⁴ סמכו על שיטת ההולכים אחר המנהג, וחייבו חלוקת רכוש בנישואין אזרחיים. הרב דיכובסקי כותב¹⁵ שלמעשה, אין בתי הדין נוהגים לחייב במזונות בנישואין אזרחיים, אך לדבריו זאת משום שלא הייתה התחייבות מפורשת למזונות בנישואין אלו. יש לציין בנוגע לדיון זה גם את המחלוקת בין הדיינים הרב אברהם שרמן לרב שלמה דיכובסקי סביב הלכת השיתוף.¹⁶ **לסיכום**, מצינו תוקף שונה למנהגים בנושאים הלכתיים שונים: בנוגע לענייני הרבים ובנוגע לדיני עבודה מצאנו קבלה של המנהג. לעומת זאת, בנוגע לדיני ירושה וחלוקת רכוש בין בני זוג מצאנו מחלוקת.

ב. חוק כמנהג

שאלת מעמדו של החוק במדינת ישראל שנויה במחלוקת. רבים מגדולי הפוסקים בדורנו כתבו שיש לחוק מעמד מחייב על פי הכלל 'דינא דמלכותא - דינא'; אמנם מעמדו המחייב מוגבל לנושאים מסוימים. מעבר לכך, יש לבחון האם מנהג שיצר החוק יש לו תוקף הלכתי, גם אם אינו בגדר 'דינא דמלכותא'. בנוגע לכך יש לדון בטענה שכל מחלוקת בין צדדים בנושא ממוני צריכה להיות מוכרעת על פי החוק בלבד, שכן זהו המנהג, ואין צורך להיזקק כלל למקורות ההלכתיים. לפיכך נדון בכללים שעל פיהם יש לקבל מנהג שיצר החוק.

11. שו"ת מהר"י בן לב, ח"ב סי' כג.

12. שו"ת מהרשד"ם, חו"מ סי' שכז.

13. שו"ת תורת חיים (מהר"ח"ש), ח"ב סי' יט.

14. פד"ר, ח"ה עמ' 124, בהרכב הרבנים בר שאול, גרז, שפירא.

15. תורה שבעל פה, לב עמ' מב.

16. הרב דיכובסקי, תחומין יח, עמ' 18 ועמ' 32.

1. מנהג שמטרתו להחליף את דין התורה

הרשב"א בתשובה¹⁷ קבע שאין לקבל מנהג של החזרת נדוניה של האישה לאביה בניגוד לדין תורה. בעקבות תשובתו, המהרח"ש¹⁸ כתב שאין לקבל מנהג שמטרתו להידמות לחוקי הגויים בעניין השוויית הבנות לבנים בירושה:

ואין ספק אצלי שנתפשט להם זה המנהג ממה שראו בערכאותיהם שהבנות זוכות בירושה כמו הבנים, וכבר כתב הרשב"א בתשובה... כל דבר שבממון תנאו קיים, אבל לנהוג כן מפני שהוא משפט הגויים באמת נראה לי דאסור לפי שהוא מחקה עובדי ע"ז וכו'... וכל שכן אם עתה יוסיף לחטוא לעקור נחלה הסומך על משענת הקנה הרצוף הזה, ועושה אלה מפיל חומות התורה וכו' ועוד האריך יע"ש. באופן דיראה דמנהג זה גריע מאד הוא.

וכן פוסק ה'לבוש'¹⁹ 'ואפילו במקום שהולכין במנהגי הערכאות בהרבה עניינים, אינם יכולין לכופ לזון כמנהגם בכל דבר מן הסתם'.

הרב דב ליאור²⁰ כותב בנוגע למעמד החוק מכוח סמכותו או מכוח מנהג:

עוד יש להיעזר בהבחנה בין הסדר חוקי ספציפי בתחום מסוים, כמו דיני עבודה או הגנת הצרכן, לבין הסדר כולל בדיני חוזים, למשל. אל לנו לעקור את התורה ולהניחה בקרן זזית ולקבל עלינו חוקים חדשים... אבל בוודאי תחום ספציפי אפשר לקבל הסדר חוקי ומערכת משפט...

גם הרב אשר וויס²¹ קובע שאין לראות בכל חוק מנהג בקביעות, מכמה סיבות: 1. עקרונית אין לקבוע שיש מערכת שמחליפה לחלוטין את כל דיני התורה. 2. יש לבחון את המנהגים לפי הכלל ש'מנהג גרוע אינו מנהג', דהיינו צריכה להיות זיקה כלשהי בין המנהג להלכה. 3. המנהג צריך להתפשט.

מכאן, מסתבר שאין לקבל טענת אדם, שכל עסקיו וענייניו האישיים הם רק על פי חוקי המדינה ושאינו נזקק כלל לדין תורה, ועל כן הוא מבקש מבית הדין לברר את מצבו החוקי בלבד.

2. מנהג שיצר החוק

הרב זלמן נחמיה גולדברג²² חידש שמנהג שיסודו בחקיקה, היות והמנהג נובע מכפייה של החוק, אין לו תוקף. זאת על פי דברי ה'חתם סופר'²³ שלא ייהפכו קנייני דרבנן להיות מהתורה, היות והם אינם נובעים מרצונם הטוב של הסוחרים אלא מתקנת חכמים; ואלו דבריו:

17. שו"ת הרשב"א, ח"ו סי' רנד, מובאת בבית יוסף, חו"מ סי' כו.

18. שו"ת תורת חיים, ח"ב סי' יט.

19. לבוש, חו"מ סי' כו ס"ק ד.

20. הרב דב ליאור, תחומין ג, עמ' 247.

21. הרב אשר וויס, תחומין לד, עמ' 171.

22. הרב ז"נ גולדברג, תחומין יב, עמ' 290; וכן הישר והטוב, ניסן תשס"ו, עמ' ט'.

23. שו"ת חתם סופר, יו"ד סי' שיד.



נראה שרק במנהג סוחרים תקנו חכמים שיקנה, אבל קנין שנהגו מחמת דין ערכאות לא תקנו חכמים שיקנה...
הרב גולדברג עצמו²⁴ כתב שזאת דווקא לגבי דרכי הקניין, אבל בתחומים אחרים יש ללכת אחר המנהג גם אם הצדדים לא היו מודעים לקיומו. לעומת זאת בשו"ת 'אגרות משה'²⁵ נכתב שמקורו של מנהג בחוק אינו פוגע בתוקפו:
ולכן ודאי לא גרע דין המלכות ממנהג שבסתמא הוא כהתנו אדעתא דדין המלכות וכ"ש שכן נוהגין כדין המדינה ונמצא שגם המנהג כן...
וכן עולה מדברי כמה אחרוני דורנו,²⁶ **שעצם קיומו של החוק אינו פוסל את המנהג מלהיות מנהג**. ובפרט שפעמים רבות החוק עצמו משקף מנהג קודם לו, שאומץ על ידי המחוקק. **לפיכך, מסתבר שלדעת רוב הפוסקים אין לפסול מנהג מסוים שיצר החוק רק בגלל שמקורו בחקיקה בכפייה.**

3. האם מודעות לחוק מסוים גורמת שייחשב למנהג

ב'שלחן ערוך' (חו"מ סי' כב סעי' ב) נדונה השאלה האם אדם יכול לקבל על עצמו דין או עד שאינו יהודי:

אם קבל עליו עדות עובד כוכבים, כמי שקיבל עליו עדות אחד מהפסולים. אבל אם קבל עליו עובד כוכבים לדיין, אפילו קנו מיניה, אין הקנין כלום, ואסור לידון לפניו. (אבל אם כבר דן לפניו, לא יכול לחזור בו).
ה'שלחן ערוך' חילק בין קבלת עד, שמועילה, לבין קבלת דיין, שאינה מועילה. לעומתו, הרמ"א חילק בין האיסור לקבל לכתחילה דיין שאינו יהודי, לבין הדין בדיעבד, שקבלתו מועילה. חילוק שלישי כתב הש"ך²⁷:

נראה לומר דדוקא התם דמיירי להדיא שקנו מידו **סתם לדון בדיני גויים** דהוי אויבינו פלילים שמחזיק ערכותיהם ודתם, משא"כ בהך דהמרדכי שקנו על גוי אחד **בפירוש**, הרי שגוי זה נאמן בעיניהם, ולא משום שמחזיקים משפטי הגויים ודתם, רק שזה הגוי נאמן בעיניהם וסמכו עליו, דמהני כמו קיבלו קרוב או פסול. וחילוק זה נכון מאד.

דהיינו, יש הבדל בין קבלה כללית של דיינים שאינם יהודים, שאסורה, לבין קבלה של דיין מסוים שאינו יהודי, שמועילה. זאת כיוון שבקבלת דיין מסוים אין מתן לגיטימציה לחוקי הגויים, אלא הבעת אמון באדם מסוים. ברוח זו, גם יש לחלק בין קבלה כללית של המנהגים שיצר החוק, שאינה מועילה, לבין קבלת מנהג מסוים, שמועילה.²⁸

24. מובא בתחומין לב, עמ' 271.

25. שו"ת אגרות משה, חו"מ ח"א סי' עב; וכן שם ח"ב סי' נה.

26. הרב דב ליאור (הובא לעיל, לגבי מנהג ספציפי); הרב אשר וויס, תחומין לד, עמ' 174; הרב אוריאל לבאי, שו"ת עטרת דבורה, חו"מ סי' לח, שציין לספר מקצוע בתורה מהמהרא"ל צינץ, יו"ד סי' עג ס"ק כה, שכך משמע מדבריו.

27. ש"ך, חו"מ סי' כב ס"ק טו.

28. ראו עוד שו"ת בצל החכמה, ח"ג סי' כט.

למעשה, בית הדין יכריע כפי מנהג מקובל ומסוים שיצר החוק, במקרה שהצדדים לעסקה מודעים לקיומו ולתוכנו, ועל דעת כן גומרים דעתם על העסקה.

4. דין מנהג בנוגע לדבר הרשות: הגדרת העסקה

כאמור לעיל, הריב"ש כתב שבנוגע ל'ענייני הקניות' יש ללכת אחר מנהג המדינה. זאת כיוון שמדובר בעניין שאינו מנוגד להלכה ('הלכה רופפת'). לדוגמה כאשר אדם קונה דירה, תוכן העסקה, הסדרי התשלומים, ואפילו הגדרת האיכות (שממנה נגזר דין מקח טעות) - הם תוצאה של גמירות דעתם של הצדדים, המושפעת מהמנהג. בנושא זה, אין צורך במודעות הצדדים למנהג מסוים, אלא מסתבר שהם מתקשרים על דעת המנהג המקובל גם אינם מכירים אותו. קבלת מנהג בעניינים אלה אין בה התעלמות מדין תורה, ולכן היא תקפה.

לסיכום, בהגדרת תוכן עסקה יש ללכת אחר המנהג המקובל, גם אם הצדדים לא היו מודעים לתוכנו ולפרטיו.

5. מעמד מיוחד למנהג בנושאים מסוימים

ישנם נושאים שבהם יש מעמד מיוחד למנהג, ובכלל זה למנהג שמקורו בחוק. מעמד זה תקף גם כאשר אין מודעות של הצדדים לחוק:

(1) נושאים הנוגעים לרבים.

כאמור, בעניינים אלה יש ללכת אחר המנהג גם אם הוא בגדר 'מנהג גרוע', ואפילו אם נהגו כך רק רוב הציבור ולא כולו.²⁹

בכלל זה ענייני מסים, התנהלות בית משותף, יישוב קהילתי, עמותה וכדומה.

(2) נושאים שבהם היה שינוי משמעותי במציאות.

הרב אשר וייס³⁰ כתב שיש לקבל מנהג שיצר החוק:

א. במה שכל עיקרו התחייבות שבין אדם לחברו.

ב. במה שתלוי בדפוסי חיים המשתנים באופן יסודי מזמן לזמן.

על סמך שתי הנחות אלה אנו פוסקים שבכל הנוגע למערכת יחסי הממון שבין עובד למעביד, וכן בנושאי המסחר, וכן בנוגע ליחסי שכנות בבניינים משותפים, יש לחוק האזרחי משקל רב בדין תורה. דהלא בתחומים אלה דפוסי החיים עברו שינוי מוחלט.

מסתבר שלכך יש להוסיף גם את דיני החברות.

(3) נושאים שלצורך ההוצאה לפועל של הדין בהם יש להיעזר ברשויות המדינה.

בנושאים אלו שבהם יש הכרח להיעזר ברשויות המדינה, יש ללכת אחר מנהג שיצר החוק; וכך עולה מדברי שו"ת 'אגרות משה':³¹

29. ע"פ תרומת הדשן, ח"א סי' שמב; רמ"א, חו"מ סי' קסג סעי' ג; חזון איש, ב"ב סי' ה ס"ק ד.

30. הרב אשר וייס, תחומין לד, 171-172.



ובעצם מסתבר שגם מעצם הדין לא משתעבדין הקרקעות במדינות שעושין עניני מכירת קרקעות רק כדיניהם משום ששעבוד תלוי בסמיכות דעת של המלוה ובודאי ליכא סמיכות דעת כשערכאות המדינה לא יסכימו לזה, ופשוט שאף במכירת קרקעות ובתים לא נקנו במדינתנו וכדומה לא בכסף ולא בשטר כל זמן שלא עשה לו כדיני המדינה דשום אדם לא סמך דעתו אלא על דיני המדינה בזה.



31. שו"ת אגרות משה, חו"מ ח"ב סי' סב, בהמשך לכך מנה הרב אריאל בראלי, תחומין לד עמ' 175, נושאים נוספים שבהם יש ללכת אחר המנהג, ובכלל זה הצורך ברישיון לעיסוקים מסוימים (כגון, חשמלאות וגידול בעלי חיים).