

הרב דניאל כ"ץ

'הכל כמנהג המדינה' - עקרונות המנהג בדיני ממונות

חלק ראשון

הקדמה

כלל¹ שגור הוא כבר מימי המשנה, שישנן הלכות בדיני ממונות הנקבעות על פי המנהג. כך נאמר במשנה בנוגע לתנאי שכירות הפועלים,² חובות מקבל קרקע מחברו באריסות,³ דרך בניית גדר בין שכנים,⁴ דרך מקח וממכר;⁵ וכן הוא בדיני כתובות⁶ ועוד. בירושלמי⁷ הוסיפו וקבעו, בעקבות מנהגי הפועלים:

אמר רב הושעיה זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה א"ר אימי כל המוציא מחבירו עליו להביא ראיה חוץ מזו.

דברי הירושלמי הובאו על ידי הרי"ף⁸ ועוד ראשונים. נוסף על כך, הגמרא⁹ מביאה מעשה קניין, שלדעת רוב הראשונים תוקפו מכוח המנהג, והוא קניין ה'סיטומתא'.¹⁰ במשך הדורות ועד ימינו אנו, ציינו פוסקים רבים הלכות בדיני ממונות שנקבעו על בסיס מנהג.¹¹

1. מאמר זה מבוסס על חלק מנייר העמדה שהוכן לכנס הדיינים. הרב עדו רכניץ ערך את הדברים, האירם והעיר עליהם.
2. בבא מציעא פ"ז מ"א.
3. בבא מציעא פ"ט מ"א.
4. בבא בתרא פ"א מ"א.
5. תוספתא, בבא בתרא פ"ד ה"ח.
6. כתובות סו ע"ב.
7. ירושלמי, בבא מציעא פ"ז ה"א.
8. רי"ף, בבא מציעא נב ע"א בדפי הרי"ף.
9. בבא מציעא עד ע"א.
10. ראה פרטי הלכותיו בשו"ע, חו"מ סי' רא.
11. כבר בראשית תקופת האחרונים כתב החכם רבי יוסף בן עזרא (נפטר בשנת שס"ה-1605, מחכמי שאלוניקי, תלמיד המהרשד"ם, ומחבר הספר הידוע 'עצמות יוסף' על מסכת קידושין) חיבור מקיף בנושא, ושמו: 'משא מלך' (כאן השתמשנו במהדורת י"ש שפיגל, ירושלים תשמ"ט). החיבור עוסק בדיני מסים ומנהגים. המחבר דן בהגדרת המנהג ובשאלות היסוד של המנהג, בחריפות ובבקיאות (הדיון העיקרי בענייני המנהגים מצוי שם ב'נעילת שערים', החל מעמ' קצה). מלבד זאת, ראוי לציין לסיכומו היפה של הרב אפרים משה קורנגוט, בחיבורו 'דיני הבית המשותף',



בימינו התעוררה שאלת מעמדו של מנהג שנוצר על ידי חוקי מדינת ישראל. שאלה זאת עולה, כיוון שאפשר לטעון שהמנהג הוא שכל העסקות נעשות על פי חוקי המדינה. אם כך הוא, מה מקומו של דין תורה? ואם נאמר שאין לקבל מנהג שהוא תוצאה של החוק, נמצא שבעלי דין שגמרו בדעתם להתקשר על דעת חוק זה או אחר - לוקים. חשוב להעיר שלחוקים רבים יש תוקף מחייב, על פי הכלל 'דינא דמלכותא - דינא'. אולם הנושא כאן הוא שאלת מעמד החוק מכוח מנהג (במיוחד בנוגע לחוקים שאינם בגדר 'דינא במלכותא' או לשיטות המערערות על 'דינא דמלכותא דינא'). כדי לדון בשאלות אלה, נפתח ביסוד דין המנהג בממונות, ונמשיך בפירוט עקרונותיו. משם נשוב לעסוק בשאלה שבה פתחנו, בחלקו השני של המאמר.

א. כוחו של מנהג - מקור והיקף

במסכת סופרים¹² נאמר:

ונהגו כן העם, שאין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג, וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה, מנהג וותיקין, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה, אינו אלא כטועה בשיקול הדעת.

כלומר רק למנהג שנקבע על פי חכמים ('ותיקין') יש תוקף מחייב. בדבריהם של הראשונים מצאנו שלוש שיטות עיקריות למקור כוחו של המנהג:

1. הסכמת צדדים לעסקה היא על דעת המנהג: רמב"ם ורשב"א.
2. מנהג מבוסס על 'תקנת הקהל': רי"ף רבנו תם ורמב"ן.
3. מנהג מבוסס על תקנת חכמים: 'אור זרוע'.

נסקור בקיצור את שלוש השיטות:

1. הסכמת הצדדים לעסקה היא על דעת המנהג

כתב הרמב"ם¹³:

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

ושוב כתב¹⁴:

פרקים כא-כב, ירושלים תש"ס, שדן בשאלות המנהג ו'דינא דמלכותא דינא'. דיון מקיף ויסודי בנושא המנהג בדיני ממונות ערך הרב פרופסור רון משה קליינמן בעבודת הדוקטורט שלו: 'מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קנין סיטומתא)', רמת גן תש"ס, ולאחר מכן בספרו 'דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי' תשע"ג. כמו כן יש לציין לספר בית ראובן חלק ב, תשס"ו (מרבי ראובן ללוש) העוסק כולו בדיני מנהג.

12. מס' סופרים פי"ד הט"ז.

13. רמב"ם, הל' מכירה פט"ו ה"ה.

14. רמב"ם, הל' זכיה ומתנה פ"ז, ה"א-ה"ב.

מנהג פשוט ברוב המדינות שבזמן שישא אדם אשה משלחין לו ריעיו ומיודעיו מעות כדי שיתחזק בהן על ההוצאה שמוציא באשתו ובאים אותן הריעים והמיודעים ששלחו לו ואוכלין ושותין עם החתן בשבעת ימי המשתה או במקצתן, הכל כמנהג המדינה, ואלו המעות שמשלחין נקראין שושבינות, ואותם ששלחו המעות ואוכלין ושותין עם החתן נקראים שושבינין. ה'שושבינות' אינה מתנה גמורה. הדברים ידועים, שלא שלח זה עשרה דינרין בשביל שיאכל וישתה בזה, ולא שלח אלא מפני שבדעתו היה שאם יישא הוא אישה - יחזור חברו וישלח לו כמו ששלח הוא לחברו. לפיכך, אם נשא השולח אישה ולא החזיר לו חברו ה'שושבינות', הרי זה תובעו בדין ומוציא ממנו.

מדברי הרמב"ם עולה שמנהג משפיע על הדין, כיוון שהצדדים בעסקות שונות גומרים בדעתם להתחייב או להקנות על פי המקובל. גישה זו עולה בבירור בדברי הרשב"א, בתשובתו הארוכה העוסקת בדיני המנהג:¹⁵

וכן אתה דן בכל מקום, במה שנהגו בממונות בכל מקום. ואפי' לא נהגו כן במקום אחר, אתה נוהג כן במקומו, כאלו הוא תנאי גמור, מוסכם ביניהן. ואפילו לא הסכימו בפירוש בני המדינה, אלא שנהגו כן סתמא, הוא מנהג חזק, כאלו התנו בו בפירוש. ואפילו לא כתבו, הרי הוא מן הסתם, כאלו כתבו בו, ודין בו כאלו הוא תנאי ב"ד, כיון שנהגו לעשות כן תדיר, ואפילו הוא כנגד ההלכה. שמנהג מבטל הלכה, ודין בו כדרך שדין בתנאי ב"ד.

הרשב"א מציין שתי דוגמאות: האחת, מעשה קניין המקובל בין הסוחרים ('סיטומתא'), השנייה, הנוהג לתת פיקדון לשליח שמביא סימן מובהק ('דיוקני') מהמפקיד. הוא מכליל וכותב שמנהג משפיע 'כאלו הוא תנאי גמור, מוסכם ביניהן'. וכן נכתב גם בשו"ת תשב"ץ¹⁶ לגבי מנהג השותפים לחלק רווחים:

שותפין שחלה אחד מהן או נאנס או הלך לעיר אחרת ועיכבו אותן גשמים או חירום מגייסות ימים רבים אם חלקו כחלק שאר השותפים אם לא... ואם יש מנהג בזה בין השותפין יעשו כמנהגן שכל המשתתפין על דרך המנהג הם משתתפין. לסיכום, הרמב"ם והרשב"א סברו שמנהג משפיע על גמירות דעתם של הצדדים לעסקות שונות. ומכאן, שמנהג ישפיע על חיובים וקניינים שנעשים מרצונם של שני הצדדים.

2. מנהג מחייב רק אם הוא מבוסס על 'תקנת הקהל'

על פי הגישה השנייה, מקור כוחו של המנהג הוא ב'תקנת הקהל' שנמצאת בבסיסו. גישה זו עולה בדבריהם של פוסקים רבים. הרי"ף¹⁷ כתב:

15. שו"ת הרשב"א, ח"ב סי' רסח.

16. שו"ת תשב"ץ, ח"א סי' לה.

17. שו"ת הרי"ף, סי' יג, מובא בריטב"א, ב"ב קמד ע"א, וכן מובא ברבינו ירוחם, מישרים נתיב ד, בשם תשובת גאון.

מתנה לחוד אם יש בה תנאי שתגבה - נגבית מחיים, אלא אם כן היה מנהג שלא תגבה מחיים, והמנהג שיהיה **שרוב הקהל** יתיעצו עם זקני הקהל ויעשו תקנה במה שתקנו ויתקמו אותה זהו המנהג.

תשובתו עוסקת בדיני תוספת כתובה ('מתנה לחוד'), והרי"ף קובע שיש ללכת אחר המנהג שנקבע על ידי רוב הקהל בהתייעצות עם זקני הקהל. רבנו תם כותב בתשובה לר"י,¹⁸ בעניין דרישת אלמנה לקבל תוספת כתובה על פי המנהג:

וכל האומר: אחר מנהג יש לי לילך שוטה גמור הוא, אם לא קיימו בני העיר ביניהן לומר כל הנושא בתולה יוסיף כך וכך ולא למנהג כך וכך, ובחבר עיר... וצריך דעת כולן, אבל ממילא לא. וכל האומר טועה וגועה פועה ורוח רעה.¹⁹

גם הרמב"ן פסק שמנהג מחייב כאשר הוא תוצאה של תקנת הקהל:²⁰
ואיכא דאמרי כי אמרינן מנהגא מילתא היא כגון שהתנו עליו אנשי העיר או שבעה טובי העיר במעמדן אבל שאר מנהגי לא מבטלינן בהו הלכה אלא בהלכה רופפת, והלכתא כי האי לישנא בתרא, וכענין מה שאמרו ורשאין בני העיר להתנות וכו'.

דהיינו, הרמב"ן כותב שלא ניתן לבטל הלכה בגלל מנהג אלא אם כן מדובר ב'תקנת הקהל'. אמנם, כאשר מדובר ב'הלכה רופפת', יש ללכת אחר המנהג הרווח.²¹ לגבי פירוש המילים 'הלכה רופפת', ראו בהמשך בדברי הריב"ש. כך נוקטים בעקבותיו תלמידיו.²² ה'חזון איש'²³ ביאר שלשיטה זו: 'הסכמת הציבור הוי ככח בית דין'. בעקבות הכרעת הראשונים שיש תוקף למנהג כאשר הוא מבוסס על תקנה, כתבו הראשונים שקיומו של מנהג מעיד על תקנה קדומה. כך כותב הרמב"ן:²⁴

שכל מנהג שהוא פשוט בעיר מעמידין אותו בחזקתו ותולין שכן הסכימו עליו ראשונים שלהם כראוי ולפיכך דנין בו וכן כתוב בתשובות הרי"ף (סי' ג).
בהפנייתו לר"י, כוונתו לאותה תשובה שבה פתחנו, ובה מסיים הרי"ף: 'אפילו לאחר שנים אם לא ידעו הך עקרו אלא שהיה מחזיק בכך והיה עומד בחזקתו'.

18. תשובות מיימוניות, נשים סי' יז.
19. יש להעיר שלדעת רבנו תם, תקנת בני העיר מחייבת רק אם התקבלה על ידי כל בני העיר, כפי שעולה גם בתשובה זו וגם במובא בשמו במרדכי, ב"ב סי' תפ: 'אם לא התנו מתחילה אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו'.
20. חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קמד ע"ב ד"ה הא.
21. על פי זה יש לתלות דבריו (בפירושו לבבא מציעא קד ע"א ד"ה רבי מאיר), שמהם עולה שמנהג מועיל כיוון שעל דעת כן התקשרו הצדדים, בכך ששם מדובר במנהג שאינו סותר הלכה.
22. ריטב"א, בבא בתרא קמה ע"א; ר"ן, בחידושים בבא בתרא קמד ע"ב; ונימוקי יוסף, בבא בתרא סז ע"ב בדפי הרי"ף.
23. חזו"א, ב"ב סי' ה ס"ק ד.
24. שו"ת רמב"ן, סי' ז, הובאה בריטב"א, כתובות ק ע"א, ובבית יוסף, חו"מ סי' קט; וכן כותב הרשב"א, בתשובה, ח"ב סי' מג.

3. מנהג מחייב רק אם הוא מבוסס על תקנת חכמים

בספר 'אור זרוע'²⁵ נקבע שלמנהג יש תוקף רק אם הוא תקנה של חכמים: הילכך איתבריר לן דהולכין אחר המנהג לענין דיני ממונות. והבא לשנות המנהג וטוען שהתנה בענין אחר ולא כמו שהמנהג נוהג עליו להביא ראיה. מיהו נראה בעיני וכגון שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום כדאמרין במסכת סופרים בפ' מפסיקין בברכות שאין הלכה נקבעת אלא עד שיהא מנהג. וזהו שאמרו מנהג מבטל הלכה - מנהג וותיקין. אבל מנהג שאין לו ראיה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת. הא למדת שאין מנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור...

כלומר מנהגי הממון צריכים להיות מיוסדים על פי חכמים, ולא די בכך, אלא צריך שאף תהיה להם ראיה מן התורה. יש לציין שב'מרדכי' הובאו הדברים בקיצור, והושמט המשפט הראשון של ה'אור זרוע', האומר שמדובר גם על דיני ממונות.²⁶ בדומה לכך כתב מהרי"ק:²⁷

הרי לך דאפילו בממון בעלמא כגון שכירות פועלים או מחיצות שבין השותפים אין המנהג מבטל שורת הדין אלא אם כן הוא מנהג קבוע על פי וותיקים, וצריך שיהיה לו ראיה מן התורה דאם לא כן הרי הוא כמנהגים הגרועים שאין אנו הולכים אחריהם...

דהיינו הוא מזהה את המנהג שלא על פי חכמים עם ה'מנהג הגרוע', שבטל. יש להוסיף לשיטה זו, שגם הסכמה שבשתיקה יכולה ליצור תקנה. כך עולה מדברי המהרי"ק:²⁸ 'אין לך מנהג ותיקין גדול מזה שנעשה ברבים מקדם קדמתא לפני גדולי עולם'. הובאו הדברים בשו"ת הרמ"א,²⁹ והסכים עמו. גם הרא"ש³⁰ כבר קבע שאין למנהג תוקף ללא תקנה, זאת בנוגע למנהג שנהג בספרד, שאישה נשואה נותנת מתנות:

ובענין ממון, יש כח ביד בית דין לתקן תקנות בענין ממון לפי הזמן והצורך, אפילו להעביר מדין תורה וליטול מזה וליתן לזה... אבל על פי המנהג, לא ידעתי איך יתנו ממונו של זה לזה? ... דאי אפשר להוציא ממון אלא בתקנת בית דין! ... הלכך, אפי' נהגו כן דור אחר דור, ע"פ הראשונים פשט טעות המנהג וצריך לבטלו, כי הוא לעבור על דברי תורה, להעביר נחלה מן הראוי ליורשה שלא על פי הפקר בית דין...

25. אור זרוע, בבא מציעא סי' רפ; הובא גם בהגהות אשר"י, בבא מציעא פרק ז, ובמרדכי, בבא מציעא, סי' שסו.

26. מהרח"ש, שו"ת תורת חיים ח"ב סי' יט, כותב שהחכמים המובאים במרדכי נחלקו בשאלה, האם בכל מנהג צריך הסכמת חכמים או לא. פוסקים אחרים עסקו ביישוב דברי המרדכי, והעלו סוגי מנהגים שאינם דורשים הסכמת חכמים: מנהגים שאינם נוגדים את ההלכה ישירות. מנהגים שנוגעים לתחומים הציבוריים. מנהגים שנהגו הציבור מכוח תקנה של הציבור ולא מעצמם.

27. שו"ת מהרי"ק, שורש ח.

28. שו"ת מהרי"ק, שורש נד.

29. שו"ת הרמ"א, סי' נא.

30. שו"ת הרא"ש, כלל נה סי' ט ואילך.



יש לציין שבמקומות אחרים, הרא"ש חיזק את כוח המנהג (וראו בהערה עוד לגבי שיטתו).³¹

4. פסיקת ההלכה

בשו"ת רבי אליהו מזרחי³² נכתב שאין להוציא ממון מידי המוחזק. אולם כבר בשו"ת מהרח"ש³³ צוין שב'שלחן ערוך' וברמ"א לא הוזכר שיש תוקף למנהג רק כאשר הוא מבוסס על תקנה. להפך, הובאו דברי הרמב"ם, שעל פיהם כוחו של מנהג בכך שעל דעתו הצדדים בעסקה התקשרו וגמרו דעתם. גם ה'חזון איש'³⁴ כתב שייטכן שכולם מודים שמנהג שנהג כמה פעמים ללא מחאה, יש לו תוקף 'כאילו התנו'. בידינו רשימה ארוכה של מנהגים שנתקבלו אצל הפוסקים, ונראה שהפוסקים לא דרשו שמנהגים אלו ייקבעו ב'תקנת הקהל' או בתקנת חכמים.

ב. עקרונות בדיני מנהגים

כמה עקרונות עולים מדברי הפוסקים בנוגע לתוקפו של מנהג.

1. מנהג בניגוד לדין

הריב"ש קובע בעקבות שיטת הרמב"ן עיקרון חשוב:³⁵

ואפשר, שיש דברים שאין סתם מנהג מבטל הלכה, אלא הלכה רופפת, אבל הלכה ברורה, אין מנהג סתם מבטלה, אלא מנהג שהתנו עליו בני העיר. כמו שנטה הרמב"ן ז"ל לסברא זו; כמ"ש (בפרק מי שמת): שאם נהגו על דרך משל, שהמלוה את חבירו בעדים לא יהיה נאמן לומר פרעתי, או ששומר חנם יהיה חייב כשואל, אין מנהגם כלום לבטל ההלכה, אא"כ התנו עליו בני העיר בפירוש. אבל בעניני הקניות, וכן בשכירות הפועלים, ודומה לזה, כל שנהגו כן הסוחרים בקניית הסחורה ואין חוזרין בהן, וכן הפועלים בשכירותן, הולכין אחר מנהגם אפי' בסתם מנהג, ומבטל הלכה המצריכה קנין או משיכה. וכן בעניני הנדוניא והתנאים הרגילין לעשות בה, הולכין אחר המנהג, ואפילו לא התנו עליו בני העיר.

31. בתשובה המצויה באותו כלל, שבה נראה שלמסקנה הרא"ש חזר בו, וכן בתשובות נוספות. בספר פרי האדמה, (על הרמב"ם, הל' מכירה פי"ז ה"ו) מסוכמים תירוצי האחרונים בדעת הרא"ש.

א. רא"ם, שו"ת סי' טז, מחלק בין מנהג לסתור תקנה מפורשת, שאינו מועיל, לבין מנהג העוסק ב'דבר הרשות'.

ב. מהרח"ש, ח"ב סי' יט, מחלק בין מנהג גרוע לעקור ירושה, שאינו מועיל, לבין מנהג משובח.

ג. פרי אדמה' עצמו מחלק בין מנהג להוציא ממון, שאין לו תוקף, לבין מנהג להחזיק ממון.

ד. מהר"י בן לב, ח"ב סי' פ, מחלק בין מנהג מחמת טעות למנהג מבוסס.

32. שו"ת הרא"ם, סי' טז וכן ננקט בשו"ת באר שבע סי' כב.

33. שו"ת מהרח"ש, ח"ב סי' יט.

34. חזון איש, בבא בתרא סי' ה ס"ק ב.

35. שו"ת הריב"ש, סי' קה; וכן שם סי' שמה.

דהיינו, יש הבדל בין נושאים עסקיים מובהקים לבין נושאים שבהם הדין אינו תוצאה של גמירות הדעת אלא של תחולת הדין, כגון דיני הראיות או חיובי השומרים. בנושאים עסקיים מובהקים, תוכן העסקה נקבע על ידי הצדדים, ואלה גומרים דעתם על דעת המנהג המקובל. לעומת זאת, בנושאים שבהם הדין אינו תוצאה של גמירות דעת אלא של תחולת הדין, מנהג אינו יכול לשנות את הדין. דברי ריב"ש צוטטו על ידי פוסקים רבים.³⁶ גם הרא"ם³⁷ מחלק בין מנהג שסותר תקנה מפורשת לבין מנהג העוסק ב'דבר הרשות':

והמנהג לא יוכל לסתור התקנות שהן מדין תורה אפי' אם נתפשט בכל המדינה דודאי מנהג של טעות הוא וצריך לבטלו. אבל כשהמנהג הוא על דבר הרשות... ולא נפיק מניה שום סתירת דין תורה ולא שום סתירת תקנה אז הדבר תלוי בהתפשטות המנהג שאם נתפשט המנהג לכל בני מתא אז יש לדיין כח להוציא ממון מחזקתו לא מכח המנהג אלא משום דאנן סהדי שלא עשה מה שעשה אלא על פי המנהג והוא ליה כאילו התנה בפירוש הוא עצמו על הדבר וצריך לקיים תנאו.

יש הבדל בין 'דבר הרשות', שאינו מוגדר בהלכה או בתקנה, לבין נושא שיש בו תקנות והלכות. ב'דבר הרשות' יש ללכת אחר המנהג. לעומת זאת בנושא שיש בו תקנות והלכות, המנהג אינו יכול לעקור את הדין. בניגוד לעמדות אלה, ישנם פוסקים שסברו שהמנהג יכול אפילו לעקור דין מפורש. למשל, הרשב"א כותב³⁸ שאין חשש להיזק ראייה בגג רעפים, היות שזהו המנהג:

וכל שכן אם נהגו כן במקומות הללו, וכבר באו מעשים לפני הבית דין שבעירכם על דבר זה, ודנו בו דור אחר דור בכך, שאין זה יכול למחות. ואפילו אם היה הדין כך מדין הגמרא. לפי שהמנהג מבטל הלכה.

וכן כותב הריב"ש בעניין היזק ראייה בבנייה.³⁹ בעקבות כך דנו הפוסקים בשאלת תוקפו של המנהג בעניין היזק ראייה כיום,⁴⁰ ראה גם בשו"ת 'תשובות והנהגות',⁴¹ שנכתב שיש ללכת אחר מה שמקובל בזמננו אצל הקבלנים.

2. מנהג גרוע

רבנו תם חידש⁴² שמנהג גרוע אינו מנהג, ונפסק כך על ידי הרמ"א.⁴³

36. שו"ת מהר"י בן לב, ח"ב סי' כג, וכן בסי' פ; שו"ת באר שבע, סי' כב; שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) ח"ב סי' יט.

37. שו"ת רא"ם, סי' טז.

38. שו"ת הרשב"א, ח"ב סי' מג.

39. שו"ת ריב"ש, סי' תעא.

40. וכך כתבו בפד"ר, ירושלים ח"ה עמ' קמג, שהולכים בזה אחר מנהג, וציינו שמקורם בשו"ת מהריט"ן, סי' רפג; שו"ת משאת משה, חו"מ סי' ס; שו"ת שמש צדקה, חו"מ סי' לד ס"ק יא.

41. שו"ת תשובות והנהגות, ח"ג סי' תנג.

42. תוספות, בבא בתרא ב ע"א ד"ה בגויל.

43. שו"ע, חו"מ סי' קנז סעי' ד.

ל'מנהג גרוע' מצאנו כמה דוגמאות והגדרות.

1) מנהג בניגוד לדיני ירושה

בעניין מנהג להפקיע ירושת בכור כתבו הפוסקים, וזו לשון מהר"ם מינץ:⁴⁴
שמנהג הלועזים שלא ליתן חלק בכורה לבכור, אם לילך אחר המנהג? על זה אין צריך להשיב, דלא אתי מנהג גרוע ומבטל הלכה...
בעקבות כך כתב מהרח"ש⁴⁵ בעניין מנהג תושבי רודוס להשוות הבנות לבנים בירושה: ועוד אני מוסיף ואומר דאפשר דבנדון כזה אין מקום למנהג וותיקין, ומסתמא לא ינהגו מנהג גרוע כזה ואם נהגו אין הולכים אחריו, כיון שעוקר בפירוש ירושת התורה, ואין כח בידם אלא במקום דאיכא מגדר מילתא וכו'. ונראה שזו כוונת מהרי"ק בשורש ח'... ונראה לי מתוך דבריו דלא אזלינן בתר וותיקין אלא משום דתלינן דמסתמא מנהג נכון הוא ויש לו קצת שורש מן התורה, אבל במילתא כי הא דחזינן בהדיא דמנהג גרוע הוא שעוקר דין הירושה מן התורה, פשיטא דאין לסמוך עליו כלל ואין מקום לותיקין.
מהרח"ש כתב שיש מקום למנהג רק כאשר יש לו 'קצת שורש מן התורה', ולכן הוא דוחה את המנהג להשוות את הבנים לבנות בניגוד לדין תורה. זאת, גם אם מדובר על מנהג המבוסס על 'תקנת ותיקין'.

2) מנהג שיש בו חוסר צניעות

לא רק מנהג שנוגד הלכה פסוקה נחשב גרוע, אלא גם מנהג שיש בו חריגה מהצניעות הוא גרוע. כך כותב ה'שלחן ערוך'⁴⁶ בנוגע לזכות השותף לנהל את החצר כשיש לו שותפים אחרים:
אחד מהשותפין בחצר... וכן שאר דברים שאין דרך בני המקום לעשותם בחצרותיהם, בכולם השותפין מעכבין זה על זה, חוץ מהכביסה, לפי שאין דרך בנות ישראל להתבזות על גב הנהר.
והוסיף על כך הסמ"ע:⁴⁷
אפילו המנהג בעיר שבנותיהן מכבסין על הנהר, מ"מ הבא לשנות ולומר אין רצוני שבתי תתבזה עצמה על הנהר הדין עמו, שאין הולכין אחר מנהג גרוע כזה.
חשוב להדגיש שכאן מדובר על מנהג המנוגד לדיני איסור והיתר, ולכן ברור מדוע הוא מוגדר מנהג גרוע.

3) מנהג בניגוד לתקנת כתובה

המהרשד"ם, שדן במנהג לעקור את הכתובה, כותב שמנהג זה נחשב גרוע, וקובע:⁴⁸

44. שו"ת מהר"ם מינץ, סי' סו ס"ק ד (מהד' דומב, תשנ"א, עמ' רעו); וע"ע בשו"ת מהרי"ק, סי' ת.

45. שו"ת תורת חיים, ח"ב סי' יט.

46. שו"ע, חו"מ סי' קסא סעי' ד.

47. סמ"ע, סי' קסא ס"ק ז.

48. שו"ת מהרשד"ם, אה"ע סי' קכט.

אין לך מנהג גרוע גדול מזה שבא לעקור דין התורה כפי דעת הרבה מן הפוסקים שכתובת אשה בתולה מן התורה ואפילו אם היה דבר שלא יש בו צד איסור כל שכן בנ"ד שיש בו צד איסור שכל הפוחת כו'...
גם כאן מדובר על מנהג המנוגד לדין, וכן שיש בו צד של איסור.⁴⁹

4) מנהג להחזיר אבדה או גניבה לאחר ייאוש

יש מחלוקת בהגדרת מנהג גרוע בדיני ממונות, בין הש"ך ל'קצות החושן'. הש"ך⁵⁰ טוען שהמנהג להחזיר גנבה אחר ייאוש הוא מנהג גרוע, ועל כן הסיבה היחידה לקבלו היא מכוח ד'האי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות'. דהיינו המנהג אכן גרוע, אך לציבור יש סמכות לתקן תקנה כזו (בניגוד לדעת מהרח"ש שהובא לעיל בסעיף 1, שכתב שאין תוקף למנהג גרוע אפילו בתור תקנה).
'קצות החושן'⁵¹ חולק על הש"ך: 'אמנם נראה דזה לאו מנהג גרוע אלא מנהג טוב וישר הוא'. 'קצות החושן' מסביר שהיות שלפנים משורת הדין יש להחזיר אבדה גם לאחר ייאוש, יש למנהג יסוד בתורה, ועל כן הוא מנהג טוב.
את דעת הש"ך אפשר להסביר בשתי דרכים:
א. הש"ך מסכים שאילו היה חייב בדיני שמים, זה היה מנהג טוב, אולם הוא סבור שאין חיוב בדיני שמים להשיב גנבה אלא רק אבדה.
ב. הש"ך חולק על העיקרון, וסובר שגם אם חייב בדיני שמים, זהו מנהג גרוע לחייב גם בדיני אדם.
חשוב להדגיש שמדובר כאן במנהג שאינו נוגע להסכמות שבין הצדדים, אלא בחיוב ופטור מן הדין הנוגע להשבת אבדה.

5) מנהג בנוגע לדיני עבודה

בשו"ת 'תשובות והנהגות'⁵² נידון היקף פיצויי פיטורין:

ולכן אף שלגבי פצויים לעובד אנו מוכנים לקבל את המנהג המקובל כאן ביחסי העבודה אף אם נהגו כן ע"פ דיניהם... שהוא יושר וצדק עפ"י דין תורה"ק וע"כ מועיל המנהג לחייב את הבעה"ב לשלם כן לפועלים, שודאי הסכימה דעתנו כן בשעת שכירת הפועלים שיהא כמנהג היושר שהוא ביושר וצדק. אבל לחייב לשלם לפועל שלא עבד כל השנה הסכום במלואו, אינו כפי רוח היושר וצדק שבתורתה"ק, שלפי דין תורה אין לו שום חיוב, ולזה לא מועיל מנהג המדינה שמקורם בחוקי העכו"ם שמגזימים לפעמים בזכויות הפועלים לצורך עזרתם

49. מהרש"ך, ח"ד סי' יט, מגדיר את המנהג להסכים בדיבור על ה'חזקה' מהגוי, בתור מנהג גרוע, אף על פי שאין בכך איסור של ממש. מהרי"ט צהלון, הישנות סי' פו, ביטל מנהג של לשון צוואה גרועה. ייתכן שגם שני עניינים אלו הם נגד ההלכה המקובלת.

50. ש"ך, חו"מ סי' שנו ס"ק י.

51. קצות החושן, סי' רנט ס"ק ג.

52. שו"ת תשובות והנהגות, ח"ג סי' תעב.



והצבעתם בבחירות וכדומה. ובמנהג גרוע כי האי לא אמרינן דאדעתא דהכא נשכר.

לטענתו, יש לבחון את תוכן המנהג, וכאשר הוא מנהג גרוע אין לקבלו כפי שהוא. בדבריו יש חידוש, כיוון שראיית מנהג בתור מנהג גרוע נאמרה בנוגע לענייני איסור והיתר או בנוגע לענייני ירושה (שאינם מבוססים על הסכמה), וההרחבה לכל דיני ממונות היא חידוש גדול. 'חשוקי חמד'⁵³ הסתפק האם המנהג לשבות הוא ראוי:

וצריך עיון רב אם מנהג השביתה הוא תמיד כהוגן, וביחוד כאשר הוא מלווה באמצעי כפייה על ידי השובתים נגד מעבידיהם ונגד פועלים אחרים, כדי לכוף אותם בדרך זו להיכנע לתביעותיהם.

לעומתם, במיוחד בנוגע לדיני עבודה, רבים הם הפוסקים שקיבלו את מנהג שיצר החוק ללא פקפוק.

לסיכום, רבנו תם כתב שאין לקבל 'מנהג גרוע'. מנהג גרוע הוגדר בתור מנהג המנוגד לדין תורה בדיני ממונות, שאינו מבוסס על הסכמה (כגון ירושה או השבת אבדה), ובתור מנהג שיש בו עבירה על איסור. כמו כן, נחלקו הש"ך ו'קצות החושן' האם מנהג להשיב גנבה לאחר ייאוש הוא מנהג גרוע. 'קצות החושן' הסביר שזהו מנהג טוב, כיוון שחייב בהשבה בדיני שמים. מכאן למדנו שרק מנהג שיש לו שורש בדין תורה הוא מנהג טוב.

3. שכיחות המנהג

כתב 'תרומת הדשן'⁵⁴ בנוגע למנהג בענייני במיסים:

אמנם נראה דצריכים לידע דמנהג קבוע ופשוט הוא שנתנו כך בני העיר לכל הפחות תלתא זימנין, והרבה פעמים ציבור עושים להם מסקנא לפי הצורך ואין בדעתם לקבוע מנהג כלל. מכל מקום אף על פי שצריכים לברר קביעות המנהג בבירור גופיה אין מדקדקים כל כך, אלא מבררים על עד מפי עד ועל פי פסולי עדות..

דהיינו, למנהג יש תוקף אם נהגו כך שלוש פעמים, אולם אין צורך בשני עדים כשרים אלא די בראיה פסולה (כגון, עד מפי עד). כך פסק להלכה הרמ"א,⁵⁵ בנוגע לתדירות המנהג:

ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים אינו קרוי מנהג.

שו"ת 'חכם צבי'⁵⁶ הוסיף: 'ואף להריב"ש איכא למימר דאף בשלש פעמים אינו נקבע עד שיהא רגיל הרבה בכל יום...'.
וכן משמע בשו"ת רדב"ז:⁵⁷

53. בבא מציעא י ע"א.

54. שו"ת תרומת הדשן, ח"א שמב; וכן כותב שו"ת ריב"ש, סי' תעה.

55. שו"ע, חו"מ סי' שלא סעי' א, עפ"י שו"ת ריב"ש, סי' תעה.

56. שו"ת חכם צבי, סי' סא.

57. שו"ת הרדב"ז, ח"א סי' תקמה.

בירור מנהג זה הוא רחוק וצריך מיתון גדול לפי שצריך שיהיה המנהג ידוע ומפורסם ושיהיה קבוע שהיו נוהגין כן פעם אחר פעם...
אמנם שו"ת דרכי נועם⁵⁸ דחה את הצורך להבאת ראיה ברורה על שכיחות המנהג: ומי ילך לנו לקצוות העולם לראות אם נתפשט מנהג זה או לא ואין לדבר סוף אם לא שנמתין לבת קול ואעפ"י כן אפשר לומר אין משגיחין בבית קול באופן שהם דברים וחששות שאין להם שורש ועיקר ואין צורך להאריך בזה.

4. מנהג של רוב הציבור

בנוגע למנהג שנהג רוב הציבור, כתבו אחרונים שהוא אינו מחייב את המיעוט.⁵⁹ בספר 'משא מלך'⁶⁰ נקבע כדבר פשוט שהמנהג צריך להיות כזה 'שינהגו בו כל העיר', וכן כותב רבי אליהו מזרחי.⁶¹ נראה שאין הכוונה שכל אחד ואחד נוהג כך, אלא שמי שעוסק בתחום המדובר פועל על פי המנהג, ואם סטה ממנו, היה זה בהתניה מפורשת. מובן שניתן להגדיר קהילות שונות שבהן יש מנהגים שונים.

5. מודעות למנהג

אחת השאלות החשובות היא האם יש צורך שהצדדים יידעו על המנהג, והאם תתקבל טענת 'לא ידעתי'.⁶²
ב'שלחן ערוך' נפסק שתנאי מקובל בשטרות שלא נכתב, הרי הוא מחייב כאילו נכתב. על כך כתב הש"ך:⁶³
היינו דוקא שידוע שידע מזה, אבל אם לא ידע מזה אף על פי שנהגו ההדיטות כן אין דנין אותו כאילו נכתב...

דהיינו, נדרשת מודעות למנהג כדי לחייב את האדם בתנאי שלא נכתב. לעניין נאמנות בשטר, כתב הרמ"א:⁶⁴ 'אבל תנאים, כגון נאמנות בהלוואה או בטול מודעה במתנה לא חשבינן עד דמיפרשי'. הש"ך⁶⁵ מקשה, מדוע אין אומרים שדבר שנהוג לכתוב כאילו נכתב? והוא מיישב שרק אם ידע בעל השטר מהמנהג - הוא חייב; ולשיטתו הנ"ל. ה'תומים'⁶⁶ מקבל את דברי הש"ך לדינא. גם אחרונים נוספים כתבו שנדרשת מודעות למנהג: רבי בצלאל אשכנזי⁶⁷ כתב בנוגע לכתיבת תנאי מקובל בשטר, שהתנאי מחייב

58. שו"ת דרכי נועם, חו"מ סי' נ.
59. ספר טובי העיר, נספח ב עמ' תלד ואילך, האריך בשאלה זו.
60. ספר משא מלך, עמ' רכח.
61. שו"ת רא"מ, סי' טז.
62. ראו במאמרו של הרב פרופ' רון קליינמן, תחומין לג, עמ' 82 ואילך, שהרחיב בכך.
63. ש"ך, חו"מ סי' מב ס"ק לו.
64. שו"ע, חו"מ סי' סא סעי' ה.
65. ש"ך, חו"מ סי' סא ס"ק ט, וחזר על כך שוב בס' ענא ס"ק ט.
66. תומים, סי' סא ס"ק ג, אם כי התומים וכן נתיבות המשפט, סי' סא ס"ק ח, מיישבים בדרך אחרת את שאלת הש"ך וממילא נדחית ראייתו. לדבריהם בהוראה לכתיבת שטר בתנאים שדרך לכותבם בשטר, היה על המצווה לפרש את התנאים.
67. שו"ת רבי בצלאל אשכנזי, סי' כד.

דווקא: 'בדידיענין ביה דפקיע בטיב נוסח השטרות'. וכן כתב מהרח"ש⁶⁸: 'דדוקא משום דאמרינן דידיע הלוח או המתחייב בנוסח השטרות הא לאו הכי לא היה מתחייב על הסתם'. כך עולה גם משו"ת 'כרם שלמה'⁶⁹, שנדרשת ידיעת המנהג.

מדברי ה'כרם שלמה' עולה שבסתמא, אדם היודע בטיב שטרות ובמקום שכולם כותבים כך, כפי הנראה לכך כוונתו.

לעומת זאת, שו"ת רא"ם⁷⁰ דן במי שטען שלא ידע על המנהג, וחילק בין מנהג מבורר וידוע לבין מנהג שלא כולם נוהגים בו:

חזינן ההוא מנהגא דמתא אי מנהגא ברורה פשוטא היא לכל בני מתא אמרינן אנן סהדי דאדעתא דמנהגא עשה מה שעשה וכאילו התנה הוא עצמו בפירוש על הדבר וצריך לקיים תנאו ולא מכח המנהג שנהגו אחרים. ואף על גב דהשתא צוח ואמר לא נתכונתי לכך ולא נתרציתי בזה מעולם אפילו הכי אמרינן אנן סהדי דלא עשה אלא על פי המנהג והשתא הוא דקא הדר ביה ולא כל כמיניה.

הרא"ם כותב שבמנהג ברור ומקובל, אין לקבל טענה של צדדים שלא ידעו מהמנהג, כיוון שמן הסתם פעלו על דעת המנהג.

מכך שהש"ך לא העיר בכל המקומות שבהם הוזכר מנהג בשו"ע, מסתבר שיש להגביל את דבריו: בכל המקרים שבהם עסק הש"ך, מדובר באדם שציווה לכתוב שטר, והשאלה היא האם התכוון להוסיף לשטר (למשל, נאמנות) כפי המנהג. במקרים אלה פסקו הש"ך ואחרונים רבים שיש למנהג תוקף, רק אם המתחייב היה מודע לו, ואין לחייב את בעל השטר ולכתוב דברים שאולי לא היה מודע להם.

לעומת זאת, כאשר מדובר במנהג שעל פיו מפרשים את כוונת הצדדים לעסקה, כגון במנהגים לגבי היקף עסקת מכר המפורטים בהלכות הקניינים, הש"ך גם הוא דרש מודעות למנהג. וכן נראה שבעסקה שלא פורטו כל פרטיה, 'בררת המחדל' של הצדדים היא ללכת אחר המנהג.

לסיכום, הש"ך ואחרונים נוספים כתבו בהקשר של תוספת לשטר, שמנהג מחייב רק מי שהיה מודע אליו. אולם למעשה, נראה שבדרך כלל יש ללכת אחר המנהג המקובל בציבור, גם אם לא היה ידוע לצדדים.

בחלקו השני של המאמר נדון בתוקפו של המנהג בנושאים שונים, ולבסוף נדון בתוקפו של החוק בתור מנהג.



68. שו"ת תורת חיים, ח"ב סי' ל.

69. שו"ת כרם שלמה, חו"מ סי' יא וראה גם בשו"ת דבר משה, ח"ב סי' עו.

70. שו"ת רא"מ, סי' טז.