

הרב דניאל כ"ץ

'הכל כמנהג המדינה' - עקרונות המנהג בדיני ממונות

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', 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

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:

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 המשחה

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.

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. ואפ"ל 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, ודנין בו כאלו הוא תנאי ב"ד, כיון שנהגו לעשות כן תדיר, ואפילו הוא כנגד ההלכה. שמנהג מבטל הלכה, ודנין בו כדרך שדנין בתנאי ב"ד.

הרשב"א מציין שתי דוגמאות: האחת, מעשה קניין המקובל בין הסוחרים ('סיטומתא'), השנייה, הנהג 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"ץ,¹⁶ 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:

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 ויתקימו אותה זהו המנהג.

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.

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

3. מנהג מחייב רק אם הוא מבוסס על תקנת חכמים

בספר 'אור זרוע'²⁵ נקבע שלמנהג יש תוקף רק אם הוא תקנה של חכמים:

-
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 קמ"ד 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 קמ"ד ע"ב; ונימוקי יוסף, בבא בתרא ס"ז 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.
 25. אור זרוע, בבא מציעא סי' רפ; הובא גם בהגהות אשר"י, בבא מציעא פרק ז, ובמרדכי, בבא מציעא, סי' שסו.

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 כדאמרינן 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 המנהג 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...

26. מהרח"ט, 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 שייתכן 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 פרעתני, 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 אפ' בסתם מנהג, ומבטל הלכה המצריכה קנין או משיכה. וכן

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 בדבר 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.

בעניני הנדוניא והתנאין הרגילין לעשות בה, הולכין אחר המנהג, ואפילו לא התנו עליו בני העיר.

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.

ל'מנהג גרוע' מצאנו כמה דוגמאות והגדרות.

1) מנהג בניגוד לדיני ירושה

בעניין מנהג להפקיע ירושת בכור כתבו הפוסקים, וזו לשון מהר"ם מיניץ:⁴⁴ שמונה 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, בכלום 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 שבתתי 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.

42. תוספות, בבא בתרא ב ע"א ד"ה בגויל.

43. שו"ע, חו"מ סי' קנז סעי' ד.

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

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.

3) מנהג בניגוד לתקנת כתובה

המהרשד"ם, שדן במנהג לעקור את הכתובה, כותב שמנהג זה נחשב גרוע, וקובע:⁴⁸ 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 בני"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 'דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות'. דהיינו המנהג אכן גרוע, אך לציבור יש סמכות לתקן תקנה כזו (בניגוד לדעת מהרש"ם 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 דעתו כן בשעת שכירת הפועלים שיהא כמנהג היושר שהוא ביושר וצדק. אבל לחייב לשלם לפועל שלא עבד כל השנה הסכום במלואו, אינו כפי

48. שו"ת מהרשד"ם, אה"ע סי' קכט.

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.

רוח היושר וצדק שבתורתה⁵³, שלפי דין תורה אין לו שום חיוב, ולזה לא מועיל מנהג המדינה שמקורם בחוקי העכו"ם שמגזימים לפעמים בזכויות הפועלים לצורך עזרתם 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 לכופף 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 מיסים:

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.

53. בבא מציעא י ע"א.

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

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

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

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 נועם'⁵⁸ 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 בבת 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 ידעת'.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;

56. שו"ת חכם צבי, סי' סא.

57. שו"ת הרדב"ז, ח"א סי' תקמה.

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 בסי' עא ס"ק ט.

ולשיטתו הנ"ל. ה'תומים'⁶⁶ מקבל את דברי הש"ך לדינא. גם אחרונים נוספים כתבו שנדרשת מודעות למנהג: רבי בצלאל אשכנזי⁶⁷ כתב בנוגע לכתובת תנאי מקובל בשטר, שהתנאי מחייב דווקא: 'בדידיעין ביה דפקיע בטיב נוסח השטרות'. וכן כתב מהרח"ש⁶⁸: 'דדוקא משום דאמרינן דידע הלואה 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 וכאלו 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.

66. תומים, סי' ס"ק ג, אם כי התומים וכן נתיבות המשפט, סי' ס"ק ח, מיישבים בדרך אחרת את שאלת הש"ך וממילא נדחית ראייתו. לדבריהם בהוראה לכתובת שטר בתנאים שדרך לכותבם בשטר, היה על המצווה לפרש את התנאים.

67. שו"ת רבי בצלאל אשכנזי, סי' כד.

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.

ג. תוקף דין מנהג בנושאים הלכתיים שונים

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

1. בענייני הרבים

'תרומת הדשן'⁷¹ 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:⁷²

והיה 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 למיהוי 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.⁷³ יש לציין שבענייני מסים נקבע במפורש שאפשר לקבל גם 'מנהג

71. תרומת הדשן, ח"א סי' שמב.

72. 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.

73. 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' שסה; שם, סי' תקמד, ושם כתב ליישב את הדין של מנהג הספנים: 'לא קשיא דמנהג החמרים והספנים לדידהו הוי כמנהג דותיקין לכל בני המדינה'. וצ"ע בכוננת הדברים. ראו עוד: שם, ח"א סי' תקמה, בלשונו: '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 מהרי"ב 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.

גרוע⁷⁴: 'וכל ענייני מסים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן שלשה פעמים, אף על פי שהוא מנהג גרוע'. זאת ועוד, ה'חזון איש'⁷⁵ 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'⁷⁶ 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"ח⁷⁷: '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.⁷⁸

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'⁷⁹ הובא דיון בינו לבין המבי"ט בעניין אנוסים שנישאו לפי מנהג הגויים. המבי"ט קובע שהיות שחוייבו לפי 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:⁸⁰

74. רמ"א, חו"מ סי' קסג סעי' ג.

75. חזון איש, בבא בתרא סי' ה ס"ק ד.

76. שו"ת מנחת יצחק, ח"ז סי' קכו.

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

78. שו"ת ציץ אליעזר, ח"ב סי' כג, בנוגע לשעות עבודה ומנוחה וזכות השביתה; הר"ח"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 הדיונים: הרב ח"ג צימבליסט, הרב ז"נ גולברג, הרב עזרא בר-שלום, פורסם בתחומין כ, עמ' 77; ר"א שרמן, תחומין יח, עמ' 236.

79. שו"ת אבקת רוכל, סי' פ-פא

80. שו"ת מהר"י בן לב, ח"ב סי' כג.

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 מידי.

הסכים לכך גם המהרשד"ם,⁸¹ שכותב שזהו דבר פשוט, ואף מזכיר בסוף דבריו את המהר"י בן לב. דהיינו, בענייני ירושת האלמנה הולכים אחר המנהג. לעומת זאת, מהרח"ש חלק על כך:⁸²

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'⁸³ סמכו על שיטת ההולכים אחר המנהג, וחייבו חלוקת רכוש בנישואין אזרחיים. הרב דיכובסקי כותב⁸⁴ 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.⁸⁵

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.

ד. 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.

81. שו"ת מהרשד"ם, חו"מ ס' שכז.

82. שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), ח"ב ס' יט.

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

84. תורה שבעל פה, לב עמ' מב.

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

1. מנהג שמטרתו להחליף את דין התורה

הרשב"א בתשובה⁸⁶ קבע שאין לקבל מנהג של החזרת נדוניה של האישה לאביה בניגוד לדין תורה. בעקבות תשובתו, המהרח"ש⁸⁷ 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 הגוים באמת נראה לי דאסור לפי שהוא מחקה עובדי ע"ז וכו'... וכל שכן אם עתה יוסיף לחטוא לעקור נחלה הסומך על משענת הקנה הרצוץ הזה, ועושה אלה מפיל חומות התורה וכו' ועוד האריך יע"ש. באופן דיראה דמנהג זה גריע מאד הוא. וכן פוסק ה'לבוש':⁸⁸ 'ואפילו במקום שהולכין במנהגי הערכאות בהרבה עניינים, אינם יכולין לכוף לדון כמנהגם בכל דבר מן הסתם'.

הרב דב ליאור⁸⁹ 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 זוית ולקבל עלינו חוקים חדשים... אבל בוודאי תחום ספציפי אפשר לקבל הסדר חוקי ומערכת משפט...

גם הרב אשר וויס⁹⁰ 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 גולדברג⁹¹ חידש שמנהג שיסודו בחקיקה, היות והמנהג נובע מכפייה של החוק, אין לו תוקף. זאת על פי דברי ה'חתם סופר'⁹² שלא ייהפכו קנייני דרבנן להיות מהתורה, היות והם אינם נובעים מרצונם הטוב של הסוחרים אלא מתקנת חכמים; ואלו דבריו:

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

87. שו"ת תורת חיים, ח"ב סי' יט.

88. לבוש, חו"מ סי' כו ס"ק ד.

89. הרב דב ליאור, תחומין ג, עמ' 247.

90. הרב אשר וויס, תחומין לד, עמ' 171.

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

92. 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 עצמו⁹³ 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'⁹⁴ 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,⁹⁵ **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 דיין 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"ך:⁹⁶

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

93. מובא בתחומין לב, עמ' 271.

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

95. הרב דב ליאור (הובא לעיל, לגבי מנהג ספציפי); הרב אשר וויס, תחומין לד, עמ' 174; הרב אוריאל לביא, 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.

96. ש"ך, חו"מ סי' כב ס"ק טו.

קבלה כללית של המנהגים שיצר החוק, שאינה מועילה, לבין קבלת מנהג מסוים, שמועילה.⁹⁷

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.⁹⁸

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

(2) נושאים שבהם היה שינוי משמעותי במציאות.

הרב אשר וייס⁹⁹ כתב שיש לקבל מנהג שיצר החוק:

א. במה שכל עיקרו התחייבות שבין אדם לחברו.

ב. במה שתלוי בדפוסים 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 דפוסים החיים עברו שינוי מוחלט.

מסתבר שלכך יש להוסיף גם את דיני החברות.

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

97. ראו עוד שו"ת בצל החכמה, ח"ג ס' כט.

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

99. הרב אשר וייס, תחומין לד, 171-172.

בנושאים אלו שבהם יש הכרח להיעזר ברשויות המדינה, יש ללכת אחר מנהג שיצר החוק; וכך עולה מדברי שו"ת 'אגרות משה':¹⁰⁰

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.

100. 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).