



נייר עמדה מס' 10

בנושא:

מעמד מנהג שיצר החוק

כתיבה: הרב דניאל כ"ץ

עריכה: הרב עדו רכניץ

טבת תשע"ה

המסמך אינו משקף בהכרח את עמדת המכון

תוכן

3.....	א. תקציר : מעמד מנהג שיצר החוק
3.....	ב. מבוא
4.....	ג. כוחו של מנהג – מקור והיקף
5.....	הסכמת הצדדים לעסקה היא על דעת המנהג
6.....	מנהג מחייב רק אם הוא מבוסס על תקנת הקהל : רי"ף רבנו תם ורמב"ן
7.....	מנהג מחייב רק אם הוא מבוסס על תקנת חכמים
8.....	פסיקת ההלכה
9.....	ד. עקרונות בדיני מנהגים
9.....	מנהג בניגוד לדין
10.....	מנהג גרוע
13.....	שכיחות המנהג
13.....	מנהג של רוב הציבור
14.....	מודעות למנהג
15.....	ה. תחומים הלכתיים שונים בדין המנהג
15.....	בענייני הרבים
16.....	בדיני עבודה
16.....	בענייני ירושה
17.....	ו. חוק כמנהג
18.....	מנהג שמטרתו להחליף את דין התורה
18.....	מנהג שיצר החוק
19.....	כאשר יש מודעות לחוק מסוים
19.....	בנוגע לדבר הרשות : הגדרת העסקה
20.....	מעמד מיוחד למנהג בתחומים מסוימים
21.....	ז. נספח : הסתמכות על מנהג בפסיקה
21.....	ענייני ציבור
22.....	שכנים
24.....	ענייני מסחר
27.....	שותפות
27.....	קניינים
29.....	מנהג הדיינים

א. תקציר: מעמד מנהג שיצר החוק

- א. מעבר למעמדו המחייב של החוק על פי הכלל "דינא דמלכותא – דינא" יש לחוק משקל עקב העובדה שיש מנהג שנוצר על ידי החוק.
- ב. אין לקבל את הטענה שיש כיום מנהג ללכת אחר חוק המדינה ולהתעלם מהפסיקה הלכתית באופן גורף, הן מהסיבה העקרונית שלא ניתן ח"ו להחליף את התורה במערכת משפט אחרת באופן כולל (שו"ת תורת חיים ב,יט) והן מהסיבה המעשית שהרי רבים מקפידים ללכת על פי פסיקה הלכתית בתחומים רבים.
- ג. יש ללכת אחר מנהג מקובל ומסוים שיצר החוק אם בדרך כלל צדדים לעסקה מודעים לקיומו ולתוכנו ועל דעת כן גומרים דעתם (ע"פ שיטת הש"ך חו"מ כב, טו).
- ד. יש ללכת אחר מנהג שיצר החוק גם ללא מודעות של הצדדים לתוכנו המסוים במקרים הבאים:
1. בתחומים שאינם מנוגדים להלכה ומבוססים על הסכמה, כגון, היקף ופרטי עסקה (ע"פ שו"ת ריב"ש קה).
 2. בעניינים הנוגעים לרבים, כגון, מיסים, התנהלות בית משותף, יישוב קהילתי, עמותה וכדומה (ע"פ תרומת הדשן א, שמב; רמ"א קסג, ג שכתב שיש ללכת אפילו אחר מנהג גרוע בתחום זה), בתחום זה יש ללכת אחר מנהג אפילו אם נהגו כך רק רוב הציבור ולא כולו (חזו"א ב"ב ה, ד).
 3. בתחומים שבהם היה שינוי משמעותי במציאות (הרב אשר וייס, תחומין לד, עמ' 171), ובכלל זה דיני עבודה (לסבורים שאינם בכלל דינא דמלכותא), הבית המשותף ודיני חברות.
 4. תחומים שלצורך מימושם יש להיעזר ברשויות המדינה, כגון, רישום שעבוד ומקרקעין (שו"ת אגרות משה שו"ת אגרות משה חו"מ ב, סב; ראו מקורות נוספים אצל הרב אריאל בראלי תחומין לד, עמ' 178-179).

ב. מבוא

כלל שגור הוא כבר מימי המשנה שישנן הלכות בדיני ממונות הנקבעות על פי המנהג. כך נאמר במשנה ביחס לתנאי שכירות הפועלים (משנה בבא מציעא ז, א), חובות מקבל קרקע מחברו באריסות (משנה בבא מציעא ט, א), דרך בניית גדר בין שכנים (משנה בבא בתרא א, א), דרך מקח וממכר (תוספתא בבא בתרא ד, ח) וכן הוא בדיני כתובות (כתובות סו, ב) ועוד.

בירושלמי (בבא מציעא פרק ז הלכה א) הוסיפו וקבעו בעקבות מנהגי הפועלים: "אמר רב הושעיה זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה אי"ר אימי כל המוציא מחבירו עליו להביא ראייה חוץ מזו". דברי הירושלמי הובאו על ידי הרי"ף (בבא מציעא נב, א) ועוד ראשונים.

בנוסף הגמרא (בבא מציעא עד, א) מביאה מעשה קניין שלדעת רוב הראשונים תוקפו מכוח המנהג והוא קניין הסיטומתא (ראה פרטי הלכותיו בשו"ע חו"מ רא).¹

במשך השנים ועד ימינו אנו ציינו פוסקים רבים הלכות בדיני ממונות שנקבעו על בסיס מנהג.¹ בימינו התעוררה שאלת מעמדו של מנהג שנוצר על ידי חוקי מדינת ישראל. זאת, כיון שבאופן תיאורטי ניתן 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 שבאמת גמרו 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"). כדי לדון בשאלות אלה נפתח ביסוד דין המנהג בממונות ונמשיך לעקרונותיו ומשם נשוב לשאלה בה פתחנו.

ג. כוחו של מנהג – מקור והיקף

במסכת סופרים (פרק יד הלכה טז) 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:

א. הסכמת צדדים לעסקה היא על דעת המנהג: רמב"ם ורשב"א

ב. מנהג מבוסס על תקנת הקהל: רי"ף רבנו תם ורמב"ן

ג. מנהג מבוסס על תקנת חכמים: אור זרוע

נסקור בקיצור את שלוש השיטות.

¹ כבר בראשית תקופת האחרונים כתב החכם רבי יוסף בן עזרא (נפטר: שס"ה-1605, מחכמי שאלוניקי, תלמיד המהרשד"ם, ומחבר הספר הידוע "עצמות יוסף" על מסכת קידושין) חיבור מקיף בנושא בשם: "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 לסיכומי 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 ד"ר 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 (מרב"י ראובן ללוש) העוסק כולו בדיני מנהג.

הסכמת הצדדים לעסקה היא על דעת המנהג

כך עולה מדברי הרמב"ם (מכירה טו הלכה ה):

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**.

וכן כתב (רמב"ם זכיה ומתנה ז, א-ב):

מנהג פשוט ברוב המדינות שבזמן שישא אדם אשה משלחין לו ריעו ומיודעיו מעות כדי שיתחזק בהן על ההוצאה שמוציא באשתו ובאים אותן הריעים והמיודעים ששלחו לו ואוכלין ושותין עם החתן בשבעת ימי המשתה או במקצתו, הכל כמנהג המדינה, ואלו המעות שמשלחין נקראין שושבינות, ואותם ששלחו המעות ואוכלין ושותין עם החתן נקראים שושבינין.

השושבינות אינה מתנה גמורה, הדברים ידועים שלא שלח זה עשרה דינרין בשביל שיאכל וישתה בזה ולא שלח אלא **מפני שבדעתו היה** שאם ישא אשה יחזור וישלח לו כמו ששלח לו, לפיכך אם נשא זה אשה ולא החזיר לו השושבינות הרי זה תובעו בדין ומוציא ממנו.

מדברי הרמב"ם עולה שמנהג משפיע על הדין כיון שצדדים לעסקות שונות גומרים בדעתם להתחייב או להקנות על פי המקובל.

גישה זו עולה באופן ברור בדברי הרשב"א בתשובתו הארוכה העוסקת בדיני המנהג (שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רסח):

וזו היא שאמרו, בשלהי פרק איזהו נשך. אמר רב פפא, משמיה דרבא: האי סיתומא קניא. למאי הלכתא? רב חביבא אמר: למקנא ממש, ורבנן אמרי: לקבולי עליה, מי שפרע. והלכתא: לקבולי עליה: מי שפרע. ובדוכתא דקני ממש, קני.

והרב אלפסי ז"ל כתב, בהל' פרק הגוזל, גבי אין משלחין בדיוקני. והיכא דשדר ליה לחבריה כתבא, ואמר ליה: שדר לי ההוא מידי, דאית לי גבך. ושדרינהו ניהליה. לא מחייב באחריותיהו, דהכי נהגו האידנא תגרי. וקיי"ל מנהגא מלתא היא. והכי שדרו ממתיתבא.

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, 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. לבסוף הוא מכליל וכותב שמנהג משפיע "כאלו הוא תנאי גמור, מוסכם ביניהן".

וכן כתב גם בשו"ת תשב"ץ (חלק א סימן לה) לגבי מנהג השותפים לחלק רווחים:

עוד שאלת 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.

תשובה ... 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 צדדים לעסקות שונות. ומכאן, שמנהג ישפיע על חיובים וקניינים שנעשים מרצונם של שני הצדדים.

מנהג מחייב רק אם הוא מבוסס על תקנת הקהל: רי"ף רבנו תם ורמב"ן

גישה שניה היא זו על פיה מקור כוחו של המנהג בתקנת הקהל שנמצאת בבסיסו. גישה זו עולה בדבריהם של פוסקים רבים. הרי"ף (שו"ת הרי"ף, יג, מובא בריטב"א ב"ב קמד, א וכן מובאת ברבינו ירוחם מישרים נתיב ד בשם תשובת גאון) 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.

התשובה עוסקת בדיני תוספת כתובה ("מתנה לחוד"), והרי"ף קובע שיש ללכת אחר המנהג שנקבע על ידי רוב הקהל בהתייעצות עם זקני הקהל.

רבינו תם כותב בתשובה לרי"י (תשובות מיימוניות נשים, יז) 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 ולאמנה כך וכך, ובחבר עיר כדמוכחא שמעתא דרשאין בני העיר להסיע על קיצתן (ב"ב ח ב) וצריך **דעת כולן**, אבל ממילא לא. וכל האומר טועה וגועה פועה ורוח רעה.

[יש להעיר שלדעת רבנו תם תקנת בני העיר רק עם התקבלה על ידי כל בני העיר כפי שעולה גם בתשובה זו וגם במובא בשמו במרדכי (ב"ב תפ): אם לא התנו מתחלה אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו.]

גם הרמב"ן פסק שמנהג מחייב כאשר הוא תוצאה של תקנת הקהל (חידושי הרמב"ן בבא בתרא קמד, ב, ד"ה הא):

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' בפרק קמא דמכילתין (ח' ב').

דהיינו, הרמב"ן כותב שלא ניתן לבטל הלכה בגלל מנהג אלא אם כן מדובר בתקנת הקהל. אמנם, כאשר מדובר בהלכה רופפת, יש ללכת אחר המנהג הרווח.² לגבי פירוש המילים "הלכה רופפת" ראו בהמשך בדברי הריב"ש.

כך נוקטים בעקבותיו הריטב"א (בבא בתרא קמה, א), הר"ן (חי' בבא בתרא קמד, ב) והנימוקי יוסף (סז, ב בדפי הרי"ף). ראו גם חזון איש (ב"ב ה, ד) שביאר 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 (שו"ת רמב"ן, ז, הובאה בריטב"א כתובות ק, א ובבית יוסף חו"מ קט):

שכל מנהג שהוא פשוט בעיר מעמידן אותו בחזקתו ותולין שכן הסכימו עליו ראשונים שלהם כראוי ולפיכך דנין בו וכן כתוב בתשובות הרי"ף (סי' יג).

כוונתו בהפניה לרי"ף לאותה תשובה בה פתחנו ובה מסיים הרי"ף: "אפילו לאחר שנים אם לא ידעו הך עקרו אלא שהיה מחזיק בכך והיה עומד בחזקתו". (וכן כותב הרשב"א בתשובה ב, מג).

מנהג מחייב רק אם הוא מבוסס על תקנת חכמים

בספר אור זרוע (בבא מציעא, סימן רפ; הובא גם בהגהות אשר"י בבא מציעא פרק ז; ובמרדכי בבא מציעא, סימן שסו) קובע 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 בפי 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 שבמרדכי הובאו הדברים בקיצור והושמט המשפט הראשון של האור זרוע, האומר שמדובר גם על דיני ממונות.³

בדומה לכך כתב מהרי"ק (שורש ח):

² על פי זה יש לפרש דבריו (רמב"ן בבא מציעא קד, א, ד"ה רבי מאיר) מהם עולה שמנהג מועיל כיון שעל דעת כן התקשרו הצדדים, בכך ששם מדובר במנהג שאינו סותר הלכה.

³ מהרח"ש (שו"ת תורת חיים ב, יט) כותב שהחכמים המובאים במרדכי נחלקו בעניין, האם בכל מנהג צריך הסכמת חכמים או לא. פוסקים אחרים שעסקו ביישוב דברי המרדכי והעלו סוגי מנהגים שאינם דורשים הסכמת חכמים:

1. מנהגים שאינם נוגדים את ההלכה ישירות.
 2. מנהגים שנוגעים לתחומים הציבוריים.
 3. מנהגים שנהגו הציבור מכח תקנה של הציבור ולא מעצמם.
- ראה המשך הדברים פירוט של כל אחד מהתחומים.

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 ראייה 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 כד עולה מדברי המהרי"ק שכותב (נד): "אין לך מנהג ותיקין גדול מזה שנעשה ברבים מקדם קדמתא לפני גדולי עולם." הובאו הדברים בשו"ת הרמ"א (נא) שהסכים עמו.

גם הרא"ש (כלל נה סימן ט ואילך) כבר קבע שאין למנהג תוקף ללא תקנה, זאת בייחס 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 ממוןנו 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...

יש לציין שבמקומות אחרים הרא"ש חיזק את כוח המנהג (וראו בהערה עוד לגבי שיטתו).⁴

פסיקת ההלכה

בשו"ת רבי אליהו מזרחי (הרא"ם) סימן טז כתב שאין להוציא ממון מידי המוחזק:

ואפילו אם תמצא לומר דהרמב"ם ז"ל פליג עלייהו דהני רבוואתא דלעיל שהוא סובר שאין הדבר תלוי אלא בהתפשטות מנהגא;

ורבינו תם ואור זרוע ואשרי והמרדכי והראב"ץ וההגהו' ז"ל כולו סבירא להו דלא סגי בהתפשטות לחודיה עד דאיכא תרתי התפשטות מנהגא וקביעות חכמים ותיקים;

ונניח ג"כ שנתפשט זה המנהג של המתנות לכל בני מתא, מה שאין כן האמת;

דהשתא צריך שיחזיר ליורשי הכלה על דרך הרמב"ם ז"ל אכתי איכא למימר כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא הוה ליה ספיקא ומספיקא לא מפקינן ממונא מחזקת המחזיק בה דהמוציא מחבירו עליו הראיה.

וכן נקט בשו"ת באר שבע (כב).

⁴ בתשובה המצויה באותו כלל בה נראה שלמסקנה הרא"ש חזר בו, וכן תשובות נוספות. בספר פרי האדמה (על הרמב"ם מכירה יז, ו) מסכם את תירוצי האחרונים בדעת הרא"ש:

1. רא"ם (שו"ת טז) מחלק בין מנהג לסתור תקנה מפורשת שאינו מועיל לבין מנהג העוסק ב"דבר הרשות".

2. מהר"ש (ב,יט) מחלק בין מנהג גרוע לעקור ירושה שאינו מועיל לבין מנהג משובח.

3. פרי אדמה עצמו מחלק בין מנהג להוציא ממון שאין לו תוקף לבין מנהג להחזיק ממון.

4. מהר"י בן לב (ב,פ) מחלק בין מנהג מחמת טעות למנהג מבוסס.

אולם, כבר בשו"ת מהרח"ש (ב,יט) מציין שבשו"ע וברמ"א לא הוזכר שיש תוקף למנהג רק כאשר הוא מבוסס על תקנה, להיפך, הובאו דברי הרמב"ם על פיהם כוחו של מנהג בכך שעל דעתו צדדים לעסקה התקשרו וגמרו דעתם.

גם החזון איש (ב"ב ה,ב) כתב שיתכן שכולם מודים במקרה של מנהג שנהג מספר פעמים ללא מחאה ויש לזה תוקף "כאילו התנו".

וכן ראה להלן רשימה ארוכה של מנהגים שנתקבלו אצל הפוסקים ונראה מפשטות הפוסקים שלא דרשו שמנהגים אלו יהיו תקנת הקהל או תקנת חכמים.

כעת נבחן עקרונות ותחומים בדיני המנהג.

ד. עקרונות בדיני מנהגים

כמה עקרונות עולים מדברי הפוסקים בנוגע לתוקפו של מנהג.

מנהג בניגוד לדין

הריב"ש קובע בעקבות שיטת הרמב"ן עקרון חשוב (שו"ת הריב"ש סימן קה; וכן שם שמה):

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 בקנית הסחורה ואין חוזרין בהן, וכן הפועלים בשכירותן, הולכין אחר מנהגם אפי' בסתם מנהג, ומבטל הלכה המצריכה קנין או משיכה. וכן בעניני הנדוניא והתנאין הרגילין לעשות בה, הולכין אחר המנהג, ואפילו לא התנו עליו בני העיר.

דהיינו, יש הבדל בין תחומים עסקיים מובהקים, בהם תוכן העסקה נקבע על ידי הצדדים, ואלה גומרים דעתם על דעת המנהג המקובל. לעומת זאת, בתחומים בהם הדין איננו תוצאה של גמירות דעת אלא של תחולת הדין, כגון, דיני הראיות או חיובי השומרים – בהם מנהג אינו יכול לשנות את הדין.

דברי ריב"ש צוטטו על פי פוסקים רבים (שו"ת מהר"י בן לב חלק ב סימן כג, וכן בסימן פ; שו"ת באר שבע סימן כב; שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן יט).

גם הרא"ם (שו"ת רא"ם טז) מחלק בין מנהג שסותר תקנה מפורשת לבין מנהג העוסק ב"דבר הרשות".

יש לומר שאני אותו מנהג שהיה סותר את התקנות ראשונות שתקנו חכמי טוליטולא וגדוליה שהפקרם הפקר 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 שאין בו סתירה דין תורה בנידון דין שהרשות ביד כל אדם לתת מתנותיו בתנאי ולא נפיק מניה שום סתירת דין תורה ולא שום סתירת תקנה אז הדבר תלוי בהתפשטות המנהג שאם נתפשט המנהג לכל בני מתא אז יש לדין 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.

דהיינו, יש הבדל בין "דבר הרשות" שאינו מוגדר בהלכה או בתקנה – שם יש ללכת אחר המנהג, לבין תחום שיש בו תקנות והלכות בו המנהג איננו יכול לעקור את הדין.

בניגוד לעמדות אלה ישנם פוסקים שסברו שהמנהג יכול אפילו לעקור דין מפורש. למשל, הרשב"א כותב (שו"ת ב,מג) שאין חשש להיזק ראייה בגג רעפים היות וזהו 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 בענין היזק ראייה בבנייה (שו"ת תעא).

בעקבות כך דנו הפוסקים בשאלת תוקפו של המנהג בענין היזק ראייה כיום, וכך כתבו בפד"ר ירושלים (העמ' קמג) שהולכים בזה אחר מנהג: "עיי' שו"ת מהריט"ץ סי' רפג כתב שהולכים בזה אחר המנהג, וכ"כ בשו"ת משאת משה חו"מ סי' ס ושו"ת שמש צדקה חו"מ סי' לד סי"ק יא." ראה גם בשו"ת תשובות והנהגות (ג,תנג) שיש ללכת בזה אחר המנהג ומה שמקובל בזמננו אצל הקבלנים הוא המנהג.

מנהג גרוע

רבינו תם חידש (תוספות בבא ב,א ד"ה בגויל) שמנהג גרוע אינו מנהג (הובאו דבריו בעוד ראשונים כגון מרדכי בבא בתרא, תסד; שם בבא מציעא, שסו) ונפסק על ידי הרמ"א (חו"מ קנז,ד).

למנהג גרוע מצאנו מספר דוגמאות והגדרות:

1. מנהג בניגוד לדיני ירושה

בענין מנהג להפקיע ירושת בכור כתבו הפוסקים (שו"ת מהר"ם מינץ סו,ד וכן שו"ת מהרי"ק ח):

שמנהג הלועזים שלא ליתן חלק בכורה לבכור, אם לילך אחר המנהג? על זה אין צריך להשיב, דלא אתי מנהג גרוע ומבטל הלכה...

בעקבות כך כותב מהר"ש (שו"ת תורת חיים ב,יט) בענין 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, וראו עוד בעניין מנהג בירושה.

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 השולחן ערוך (ח"מ קס"א, ד) ביחס לזכות השותף לנהל את החצר כשיש לו שותפים אחרים: אחד מהשותפין בחצר... וכן שאר דברים שאין דרך בני המקום לעשותם בחצרותיהם, בכלם השותפין מעכבין זה על זה, חוץ מהכביסה, לפי שאין דרך בנות ישראל להתבזות על גב הנהר.

והוסיף על כך הסמ"ע (קס"א, ז): "אפילו המנהג בעיר שבנותיהן מכבסין על הנהר, מ"מ הבא לשנות ולומר אין רצוני שבתו תתבזה עצמה על הנהר הדין עמו, שאין הולכין אחר מנהג גרוע כזה". חשוב להדגיש שכאן מדובר על מנהג בניגוד לדיני איסור והיתר, ולכן ברור מדוע הוא מוגדר כגרוע.

3. מנהג בניגוד לתקנת כתובה

כך גם כותב המהרש"ד שדן במנהג לעקור את הכתובה וקובע (אה"ע קכ"ט):

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 בו...

גם כאן מדובר על מנהג המנוגד לדין, וכן שיש בו צד של איסור.⁵

4. מנהג להחזיר אבידה לאחר יאוש

מחלוקת בהגדרת מנהג גרוע בדיני ממונות קיימת בין הש"ך לקצות החושן. הש"ך (ח"מ שנו, ו) טוען שהמנהג להחזיר גניבה אחר יאוש הוא מנהג גרוע ועל כן הסיבה היחידה לקבלו היא מכוח "דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות". דהיינו המנהג גרוע אך לציבור יש סמכות לתקן תקנה כזו (בניגוד לדעת מהרח"ש שהובא לעיל סעיף 1 שכתב שאין תוקף למנהג גרוע אפילו כתקנה).

קצות החושן (רנט, ג) חולק: "אמנם נראה דזה לאו מנהג גרוע אלא מנהג טוב וישר הוא". קצות החושן מסביר שהיות ולפנים משורת הדין יש להחזיר אבידה גם לאחר יאוש יש למנהג יסוד בתורה ועל כן הוא מנהג טוב.

את דעת הש"ך אפשר להסביר בשתי דרכים:

1. הש"ך מסכים שאילו היה חייב בדיני שמיים זה היה מנהג טוב, אולם הוא סבור שאין חיוב בדיני שמיים להשיב גניבה אלא רק אבידה.

⁵ מהרש"ך (ד, יט) מגדיר את המנהג להסכים בדיבור על ה"חזקה" מהגוי, כמנהג גרוע למרות שאין בכך איסור של ממש. מהר"ט צהלון (הישנות פו) ביטל מנהג של לשון צוואה גרועה. ייתכן שגם שני עניינים אלו הם נגד ההלכה המקובלת.

2. השי"ך חולק על העיקרון, וסובר שגם אם חייב בדיני שמיים זהו מנהג גרוע לחייב גם בדיני אדם.

חשוב להדגיש שמדובר כאן במנהג שאינו נוגע להסכמות שבין הצדדים אלא בחיוב ופטור מן הדין הנוגע להשבת אבידה.

5. מנהג בנוגע לדיני עבודה

בספר תשובות והנהגות (כרך ג סימן תעב) כתב שיש לבחון את תוכנו של מנהג בנוגע לפיצויי פיטורין:

ולכן אף שלגבי פצויים לעובד אנו מוכנים לקבל את המנהג המקובל כאן ביחסי העבודה אף אם נהגו כן ע"פ דיניהם, היינו דוקא בפיצויים [כעין הענקה דעבד עברי כמבואר בחינוך סי' תפ"ב שלמד מזה אף לשוכר פועל ישראל שיש ליתן לו הענקה על צד הישר והטוב ע"ש], 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 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 והצבעתם בבחירות וכדומה. ובמנהג גרוע כי האי לא אמרינן דאדעתא דהכא נשכר.

והצעתי כפשרה בהסכמת שני הצדדים לשלם שני שליש ממשכורתה לשנה, כיון שלא הפסידה איזה משרה בגלל עבודתה כאן, שלא נראה לפניה סיכוי לעבודה אחרת, וגם מרויחה להיות בטל.

לטענתו, יש לבחון את תוכן המנהג וכאשר הוא מנהג גרוע אין לקבלו כפי שהוא. בדבריו יש חידוש כיון שהתייחסות למנהג כגרוע נאמרה בנוגע לענייני איסור והיתר או לענייני ירושה (שאינם מבוססים על הסכמה) וההרחבה לכל דיני ממונות היא חידוש גדול.

בספר חשוקי חמד (בבא מציעא י, א) הסתפק האם המנהג לשבות הוא ראוי:

והנה כתבו התוספות בבבא בתרא דף ב ע"א ד"ה בגויל) שיש מנהגים שאין לסמוך עליהם אפילו היכא דתנן הכל כמנהג המדינה, ויש גם "מנהגי הדיוט". והרמב"ן בפרוש התורה (שמות טו כה) על הפסוק 'שם שם לו חוק ומשפט' כתב כאשר החלו לבא במדבר הגדול והנורא וצמאון אשר אין מים, שם להם במחיייתם וצרכיהם מנהגים אשר ינהגו בהם וכו', כי המנהג יקרא חק... ויקרא משפט, בהיותו משוער כהוגן וכו'". הרי שרק מנהג שהוא כהוגן יש לו תוקף.

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

לעומתם במיוחד בנוגע לדיני עבודה רבים הם הפוסקים שקבלו את מנהג שיצר החוק ללא פקפוק (ראו עוד בעמ' 16).

לסיכום, רבנו תם כתב שאין לקבל מנהג גרוע. מנהג גרוע הוגדר כמנהג המנוגד לדין תורה בדיני ממונות, כאשר מדובר על דין שאינו מבוסס על הסכמה (כגון, ירושה, או השבת אבידה), וכמנהג שיש בו עבירה על איסור. כמו כן, נחלקו הש"ך וקצות החושן האם מנהג להשיב גניבה לאחר יאוש הוא מנהג גרוע. קצות החושן הסביר שזהו מנהג טוב כיון שחייב בהשבה בדיני שמיים, ומכאן, למדנו שרק מנהג שיש לו שורש בדין תורה הוא מנהג טוב.

שכיחות המנהג

כותב תרומת הדשן (א, שמב, וכן כותב ריב"ש תעה) 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 (חוי"מ שלא, א עפ"י ריב"ש סי' תע"ה) 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.

וכן כתבו אחרונים נוספים, כגון, בשו"ת חכם צבי (סא) :

אלא הנראה לענ"ד דס"ל למור"ם דאין המנהג נקבע עד שיתנו עליו ואף להריב"ש איכא למימר דאף בשלש פעמים אינו נקבע עד שיהא רגיל הרבה בכל יום...

וכן משמע בשו"ת רדב"ז (א, תקמה) :

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.

בשו"ת דרכי נועם (חוי"מ נ) 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.

מנהג של רוב הציבור

בנוגע למנהג שנהג רוב הציבור כתבו אחרונים שהוא אינו מחייב את המיעוט.⁶ בספר משא מלך (עמ' רכח) קובע כדבר פשוט שהמנהג צריך להיות כזה "שינהגו בו כל העיר", וכן כותב רבי אליהו מזרחי (שו"ת רא"מ, סימן טז). נראה שאין הכוונה שכל אחד ואחד נוהג כך, אלא שמי שעוסק

⁶ בספר טובי העיר, נספח ב עמ' תלד ואילך האריך בשאלה זו.

בתחום המדובר פועל על פי המנהג, ואם סטה ממנו, היה זה בהתניה מפורשת. כמובן שניתן להגדיר קהילות שונות שבהן יש מנהגים שונים.

מודעות למנהג

אחת השאלות החשובות היא האם יש צורך שהצדדים ידעו על המנהג והאם תתקבל טענת "לא ידעתי" (ראו במאמרו של הרב פרופ' רון קליינמן תחומין לג עמ' 82 ואילך שהרחיב).

בשולחן ערוך נפסק שתנאי מקובל בשטרות שלא נכתב הרי הוא מחייב כאילו נכתב. על כך כתב הש"ך (חו"מ מב, לו) :

היינו דוקא שידוע שידע מזה, אבל אם לא ידע מזה אף על פי שנהגו ההדיוטות כן אין דנין אותו כאילו נכתב...

דהיינו, נדרשת מודעות למנהג בכדי לחייב את האדם בתנאי שלא נכתב.

לעניין נאמנות בשטר כותב הרמ"א (חו"מ סא,ה) : "אבל תנאים, כגון נאמנות בהלוואה או בטול מודעה במתנה לא חשבינן עד דמיפרשי." הש"ך (חו"מ סא, ט) מקשה מדוע לא אומרים שדבר שנהוג לכתוב כאילו נכתב? ומיישב שרק אם ידע בעל השטר מהמנהג הוא חייב ולשיטתו (וחזר על כך שוב שם עא, ט). התומים (סא, ג) מקבל את דברי הש"ך לדינא (אם כי ראו תומים סא,ג) ונתיבות המשפט סא,ח שמיישבים בדרך אחרת את שאלת הש"ך וממילא את ראייתו, לדבריהם בהוראה לכתיבת שטר בתנאים שדרך לכותבם בשטר היה על המצווה לפרש את התנאים).

גם אחרונים נוספים כתבו שנדרשת מודעות למנהג: שו"ת ר"ב אשכנזי (כד) ביחס לכתיבת תנאי מקובל בשטר שחייב דווקא: "בדידעין ביה דפקיע בטיב נוסח השטרות" וכן בשו"ת מהר"ש (ב,ל) : "דדוקא משום דאמרינן דידע הלוה או המתחייב בנוסח השטרות הא לאו הכי לא היה מתחייב על הסתם". כך עולה גם משו"ת כרם שלמה (חו"מ יא) שנדרשת ידיעה ומאידך מדבריו עולה שבסתמא אדם היודע בטיב שטרות ובמקום שכולם כותבים כך כפי הנראה לכך כוונתו, וראה גם בדבריו בשו"ת דבר משה (ב,עו).

לעומת זאת, בשו"ת רא"ם (טז) 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, כיון שמן הסתם פעלו על דעת המנהג.

מכך שהש"ך לא העיר בכל המקומות בהם הוזכר מנהג בשו"ע מסתבר שיש להגביל את דבריו: בכל המקרים בהם עסק הש"ך מדובר על אדם שציווה לכתוב שטר והשאלה היא האם התכוון להוסיף לשטר (למשל, נאמנות) כפי המנהג. במקרים אלה פסקו הש"ך ואחרונים רבים שיש למנהג

תוקף רק כאשר המתחייב היה מודע לו ואין לחייב את בעל השטר ולכתוב דברים שאולי לא היה מודע להם.

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

לסיכום, הש"ך ואחרונים נוספים כתבו בהקשר מסוים (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.

ה. תחומים הלכתיים שונים בדין המנהג

מלבד העקרונות הכלליים מצאנו שיש יחס שונה למנהגים בתחומים ההלכתיים השונים.

בענייני הרבים

תרומת הדשן (א, שמב) קובע יש תוקף למנהג גם ללא החלטה של חכמים בתחום התנהלות ציבורית. משום שיש הכרח לקבוע את כללי ההתנהלות המשותפים ועל דעת כך התאגד הציבור, ולכן יש תוקף לתקנות הקהל בתחום הציבורי:⁷

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.

הכלל של תרומת הדשן, שבני הקהל יכולים להתנות ביניהם כפי רצונם, הוסכם על ידי פוסקים נוספים כגון רבי אליהו מזרחי (שו"ת הרא"ם סימן טז) ורדב"ז (שו"ת רדב"ז ג, תעב; ד, קלו).⁸

⁷ בשו"ת תורת חיים (ב, יט) העיר שבדברי המרדכי בשם הרב אביגדור כ"ץ נזכר במפורש גם דין שכירות פועלים כדוגמה לדבר שלא צריך בו מנהג ותיקין, אף על פי שאינו עניין ציבורי. על כן הוא מפרש שאותם פועלים נשכרו לצרכי העיר והרבים, שלעניין זה השתתפו אנשי העיר ויש להם סמכות לקבוע אף בלא דברי חכמים.

בספר משא מלך (עמ' רכ) הציע חילוק נוסף: בעניין גובה השכר הנוגע לכלל הציבור אין צורך בהסכמת חכמים, ואילו החלטה על שעות העבודה, שמשנתה ממעסיק למעסיק צריכה להיקבע בהסכמת חכמים.

נראה ששיטת תרומת הדשן מוסכמת גם על המהרי"ק, שכן בתשובתו אודות שותפות (שו"ת מהרי"ק קפא), כתב שניתן ליצור שותפות אף ללא מעשה קניין, וכראיה 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 הרשב"א (ד, רס) כתב כדבר פשוט שגביית המסים נעשית לפי המנהג.

⁸ אמנם בתשובות רבות כתב הרדב"ז בסתם שמנהג ותיקין הוא תנאי לכל מנהג ראו: שו"ת הרדב"ז א, סז; א, שנט; א, שסח; א, תקמד שם כתב ליישב את הדין של מנהג הספנים: "לא קשיא דמנהג החמרים והספנים לדידהו היו

יש לציין שבענייני מסים נקבע במפורש שניתן לקבל גם מנהג גרוע (רמ"א חו"מ קסג, ג) :
וכל ענייני מסים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן שלשה פעמים, אף על פי שהוא
מנהג גרוע.

זאת ועוד, החזון איש (ב"ב ה, ד) 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. ובתה"ד כחב הטעם משום דצייתי אהדדי ולפי"ז
דוקא בהסכימו כולם אבל נראה דיש כאן כח ב"ד וברוב ציבור סגי.
הלכה למעשה בימינו כתב בשו"ת מנחת יצחק (חלק ז סימן קכו) בנוגע לתיקונים בבית המשותף :
וא"כ יש לנו ב' טעמים להחזיק המנהג, א' דל"ה מנהג גרוע ברבים שמצטרפי ביחד כנ"ל,
ב' דלא הוי אומדנא דמוכח לבעל העלי, ואפשר דאיכא עוד אומדנא דמוכח לאידך גיסא
כנ"ל.

לסיכום, בנוגע לענייני הרבים יש עוצמה מיוחדת למנהג והוא מועיל גם כאשר הוא מנהג גרוע
(המנוגד לדין תורה) וגם כאשר הרוב נהג כך המיעוט מחויב.

בדיני עבודה

כאמור בראשית הדברים, מנהג מוזכר במקורות התנאיים בנוגע לבדיני עבודה. על כתב בשו"ת
תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן יט
נראה דההיא דהפועלים מקרו מנהג חכמים כיון שהוזכר בתלמוד.

ואכן בתי הדין בימינו מציינים שיש ללכת אחת מנהג המדינה בבדיני עבודה גם כאשר הוא מבוסס
על החוק (שו"ת ציץ אליעזר ב, כג, בנוגע לשעות עבודה ומנוחה וזכות השביתה; הרח"ד הלוי תורה
שבעל פה כג עמ' ל, בנוגע לזכות השביתה; שו"ת ציץ אליעזר ז, מח, פרק י, בנוגע לפיצויי פיטורין;
תשובות והנהגות ה, שסג, שם; שפד, בנוגע לפיצויי פיטורין; פד"ר א, עמ' 331; ג, עמ' 280; פד"ר
מאגן מקוון רכט; פד"ר בפני הדיונים: הרב ח"ג צימבליסט, הרב ז"נ גולברג, הרב עזרא בר-שלום,
פורסם בתחומין כ, עמ' 77, בנוגע לאפשרות וויתור על פיצויים הר"א שרמן, תחומין יח עמ' 236).

בענייני ירושה

לעיל הוזכר שבנוגע לבדיני ירושה כתבו הפוסקים שאין ללכת אחר המנהג, אלא שמצינו שבתחום
ירושת הבעל הדבר שנוי במחלוקת.

כמנהג דותיקין לכל בני המדינה. "וצ"ע בכוונת הדברים. ראו עוד: שם א, 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". בשו"ת מהר"י בן לב (א, סו)
הכריע גם כן, כפי הנראה, כתרומת הדשן, אם כי יש סתירות בדבריו וכפי שהאריך בזה בספר משא מלך (עמ' רכב-
רכג).

בשו"ת אבקת רוכל (פ-פא) הביא דיון בינו לבין המבי"ט בעניין אנוסים שנישאו לפי מנהג הגויים. המבי"ט קובע שהיות וחייבו לפי מנהגם כגויים החיוב נשאר. הבית יוסף חולק וסובר שהיות ולא היו קידושין בהיותם אנוסים לא שייך כלל חיוב הנובע מנישואין.

מהר"י בן לב קובע (ב,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... אפילו היו כל הנכסים ברשות היורשים מוציאין מידם ונותנים לאלמנה חלקה המגיעה לפי חק והמנהג מהמלכות ההוא וכבר בא מעשה לידי בכיוצא בזה פעמים רבות בסלוניקי וכן דנתי ומעולם לא שמעתי ולא ראיתי שום חולק בדבר זה ותו לא מידי.

כך גם הסכים לכך המהרשד"ים (חו"מ שכז) שכותב שזהו דבר פשוט, ואף מזכיר בסוף דבריו את המהר"י בן לב.

דהיינו, בענייני ירושת האלמנה הולכים אחר המנהג. לעומת זאת, בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סימן יט חלק על כך :

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..**

השלכה ממחלוקת זו עלתה בבתי הדין בעניין נוסף. בפד"ר (ה,עמ' 124 בהרכב הרבנים בר שאול, גרז שפירא) סמכו על כך וחייבו חלוקת רכוש בנישואין אזרחיים. הרב דיכובסקי כותב (תורה שבעל פה לב עמ' מב) שלמעשה אין נוהגים בתי הדין לחייב במזונות בנישואין אזרחיים אך לדבריו הדבר נובע מכך שלא הייתה התחייבות מפורשת למזונות בנישואין אלו.

יש לציין בעקבות הדברים גם לדיונים סביב הלכת השיתוף בין הרב אברהם שרמן (תחומין יח עמ' 32) ובין הרב שלמה דיכובסקי (תחומין יח עמ' 18).

לסיכום, מצינו התייחסות שונה למנהגים בתחומים הלכתיים שונים : בנוגע לענייני הרבים ובנוגע לדיני עבודה מצאנו קבלה של המנהג. לעומת זאת, ביחס לדיני ירושה וחלוקת רכוש בין בין זוג מצאנו מחלוקת.

1. 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 יש לכך סייג לתחומים מסוימים.

מעבר לכך יש לבחון האם מנהג שיצר החוק הוא בעל תוקף הלכתי, גם אם אינו בגדר "דינא דמלכותא". בהקשר זה יש לדון בטענה שכל עסקה המתבצעת במדינת ישראל נעשית על חוקי המדינה. שהרי אם נקבל הנחה זו כל עסקה מרצון תידון על פי חוקי המדינה, מה שאינו מסתבר. לפיכך נדון בכללים על פיהם יש לקבל מנהג שיצר החוק.

מנהג שמטרתו להחליף את דין התורה

הרשב"א בתשובה (ו, רנד מובאת בבית יוסף חו"מ כו) קבע שאין לקבל מנהג של החזרת נדוניית האישה לאביה בניגוד לדין תורה. בעקבות כך המהרר"ש (שו"ת תורת חיים ב,יט) כותב שאין לקבל מנהג שמטרתו להידמות לחוקי הגויים בעניין השווית הבנות לבנים בירושה:

ואין ספק אצלי שנתפשט להם זה המנהג ממה שראו בערכאותיהם שהבנות זכות 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 הלבוש (חו"מ כו, ד): "ואפילו במקום שהולכין במנהגי הערכאות בהרבה עניינים, אינם יכולין לכופ לזון כמנהגם בכל דבר מן הסתם".

גם הרב דוב ליאור (תחומין ג, עמ' 247) כתב בנוגע למעמד החוק מכוח סמכותו או 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 וויס (תחומין לד, עמ' 171) שאין לראות בכל חוק מנהג באופן קבוע מכמה סיבות: 1. כעיקרון אין לקבוע שיש מערכת שמחליפה באופן מוחלט את כל דיני התורה. 2. יש לבחון את המנהגים לפי הכלל שמנהג גרוע אינו מנהג, דהינו צריכה להיות זיקה כלשהיא בין המנהג להלכה. 3. המנהג צריך להתפשט.

ומכאן, מסתבר שאין לקבל טענה של אדם שכל עסקיו הם על פי חוקי המדינה ואינו נזקק כלל לדין תורה.

מנהג שיצר החוק

הרב זלמן נ. גולדברג שליט"א (תחומין יב, עמ' 290; וכן הישר והטוב ניסן תשס"ו, עמ' ט') חידש שהיות והמנהג נובע מכפייה של החוק, אין לו תוקף, זאת על פי דברי החתם סופר (שו"ת יו"ד שיד) שלא יהפכו קנייני דרבנן להיות מהתורה היות והם אינם נובעים מרצונם הטוב של הסוחרים אלא מתקנת חכמים, ואלו דבריו:

נראה שרק במנהג סוחרים תקנו חכמים שיקנה, אבל קנין שנהגו מחמת דין ערכאות לא תקנו חכמים שיקנה...

הרב גולדברג עצמו כתב שזאת דווקא לגבי דרכי הקניין אבל בתחומים אחרים יש ללכת אחר המנהג גם אם הצדדים לא היו מודעים לקיומו (מובא בתחומין לב, עמ' 271)

בשו"ת אגרות משה (חו"מ א, עב, וכן שם ב, נה) כתב 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 הרב דב ליאור (הובא לעיל, לגבי מנהג ספציפי) והרב אשר וויס (תחומין לד עמ' 174) הרב אוריאל לביא (שו"ת עטרת דבורה חו"מ לח, שציין לספר מקצוע בתורה עג, כה מהמהרא"ל צינץ, שכך משמע מדבריו) **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 מקורו.

כאשר יש מודעות לחוק מסוים

בשו"ע נדונה השאלה האם אדם יכול לקבל על עצמו דיין או עד שאינו יהודי (שו"ע חו"מ כב, ב) :

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).

השו"ע חילק בין קבלת עד שמועילה, לבין קבלת דיין שאינה מועילה. לעומתו, הרמ"א חילק בין האיסור לקבל לכתחילה דיין, לבין הדין בדיעבד שקבלה מועילה.

על רקע זה כתב הש"ך (חו"מ כב, טו) :

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, כיון שבקבלת דיין מסוים אין מתן לגיטימציה לחוקי הגויים אלא הבעת אמון באדם מסוים.

ברוח זו, יש לחלק בין קבלה כללית של המנהגים שיצר החוק, שאינה מועילה, לבין קבלת מנהג מסוים שמועילה (ראו עוד שו"ת בצל החכמה ג, כט).

למעשה, ההמלצה היא שיש ללכת אחר מנהג מקובל ומסוים שיצר החוק אם בדרך כלל צדדים לעסקה מודעים לקיומו ולתוכנו ועל דעת כן גומרים דעתם (ע"פ שיטת הש"ך חו"מ כב, טו).

בנוגע לדבר הרשות: הגדרת העסקה

כאמור לעיל, הריב"ש כתב שבנוגע ל"ענייני הקניות" יש ללכת אחר מנהג המדינה. זאת, כיון שמדובר בעניין שאינו מנוגד להלכה ("הלכה רופפת"). לדוגמא, כאשר אדם קונה דירה תוכן העסקה, הסדרי התשלומים, ואפילו הגדרת האיכות (ממנה נגזר דין מקח טעות) הם תוצאה של גמירות דעתם של הצדדים המושפעת מהמנהג. בהקשר זה, אין צורך במודעות למנהג מסוים, אלא מסתבר שאדם מתקשר על דעת המנהג המקובל גם איננו מכיר אותו. קבלת מנהג בעניינים אלה אינה מתעלמת מדין תורה ולכן היא תקפה.

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

מעמד מיוחד למנהג בתחומים מסוימים

ישנם תחומים בהם יש מעמד מיוחד למנהג, ובכלל זה למנהג שמקורו בחוק, מעמד זה קיים גם כאשר לא היתה מודעות של הצדדים לחוק:

א. בתחומים הנוגעים לרבים

כאמור, בעניינים אלה יש ללכת אחר המנהג (עי"פ תרומת הדשן א, שמב; רמ"א קסג, ג) גם אם הוא בגדר מנהג גרוע בתחום זה, ואפילו אם נהגו כך רק רוב הציבור ולא כולו (חזון איש ב"ב ה, ד). בכלל זה, תחום המיסים, התנהלות בית משותף, יישוב קהילתי, עמותה וכדומה

ב. בתחומים שבהם היה שינוי משמעותי במציאות

הרב אשר וייס (תחומין לד, 171-172) כתב שיש לקבל מנהג שיצר החוק:

א. במה שכל עיקרו התחייבות שבין אדם לחבירו...

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

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

מסתבר שלכך יש להוסיף גם את דיני החברות.

ג. תחומים שלצורך מימושם יש להיעזר ברשויות המדינה

בתחומים בהם יש הכרח להיעזר ברשויות המדינה יש ללכת אחר מנהג שיצר החוק כפי שעולה מדברי שו"ת אגרות משה (חו"מ ב, סב):

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.

בהמשך לכך מנה הרב אריאל בראלי תחומים נוספים בהם יש ללכת אחר המנהג, ובכלל זה הצורך ברישיון לעיסוקים מסוימים (כגון, חשמלאות וגידול בעלי חיים).

ז. נספח: הסתמכות על מנהג בפסיקה

בפרק זה אאסוף מנהגים שקיבלו תוקף הלכתי במשך הדורות, בכך באה לידי ביטוי ההכרעה המעשית של חכמי ישראל ללכת אחר המנהג ועולה מגוון הנושאים והתחומים ההלכתיים בהם המנהג קיבל תוקף מעשי.

ענייני ציבור

עדות ודין נוגעים בדבר בענייני הקהל

הרשב"א בתשובה (ד, קפה) דן בשאלה האם ניתן להחתים את הקהל על תקנתם שהרי הם נוגעים וקובע:

עוד תדעו, כי עדים החתומים בתקנות והסכמות הציבור, אינם פסולים מחמת נגיעה עדות. שאם כן, אין לך תקנת כשרה לכל הקהלות, לא במינוי נאמנים, ויועצים, וברורים, ושאר הסכמות, שבכולם אנשי העיר חתומים בהם. ואין מביאים עדים מעיר אחרת, ושיהיו רחוקים לכל בני העיר, ואין לך תקנה קיימת להם. **וכן נהגו בכל קהלות הקדש**, בכל מקומות מושבותיהם, ואין פסול לעדות הסכמות ותקנת הציבור, אלא הפסולים בגופן. אבל הכשרים בגופן, כשרים להם.

הרי שהמנהג לקבל עדי פסולים בעניין זה מחייב. וכן הוא חוזר על כך שדנים ומעידים על פי אנשי המקום בתשובה אחרת (ו, ז).

כך גם כותב הרמ"א (שו"ת נא) שהמנהג לדון על פי אנשי העיר למרות שהם נוגעים מחייב משום מנהג מבטל הלכה.

מאידך ראה הערת ערוך השולחן (חו"מ לו, כב) שאם הדיינים רואים שיצא קלקול מהמנהג מותר להם לדחות אותו שלא ניתן המנהג אלא לתקון (וראה פד"ר ג, עמ' 243 שהרי"ש אלישיב הסתמך עליו).

דיני המס

הרשב"א בתשובה (ד, רס) קובע שדיני המס נקבעים לפי המנהג:

דיני המס בכל מקום, אין יסודתן בהררי קודש התלמוד. ובכל מקום ומקום, תמצא בו דינים מחונפים על פי הנהוג, והסכמת גדוליהם, אשר גבלו ראשונים. ורשאין הן בני העיר לעשות תקנות קבועות, ומנהגים ידועין, כפי מה שירצו שלא ע"פ ההלכה, שזה דבר שבממון הוא. ועל כן, אם יש מנהג ידוע להם בדבר זה, הלך אחר המנהג. שהמנהג מבטל את ההלכה, בכיוצא בזה.

וכן הוא קובע במקומות נוספים (א, תרסד), וכן כותבים מהרי"ל (סב) ומהר"י וויל (קכד), וכן כותב תרומת הדשן (א, שמב) דברים יסודיים בעניין דרכי ההנהגה במיסים:

יראה דהני מילי תלי טפי במנהג ממאי דתלי בדת תורה, וכן מצאתי בתשובה הועתק מתשובת גדול הנקרא ר' מנחם ממירזבורק דכתב בהדיא דרוב ענייני מסים תלויים במנהג, וכן במרדכי פ"ק דב"ב כתב בשם הר"א כ"ץ על עניין המס דמנהג מבטל ההלכה

ודין חכמי התלמוד אף על פי שמצאו לו סמך מן המקרא. וכתב נמי דלאו דווקא מנהג חכמים, אלא אפילו מנהג חמרים וספנים יש לסמוך עליהם כדאיתא בהדיא פי' הגוזל בתרא...

ונראה דיפה יש לחלק בענייני מסים לבני העיר וכן צורכי חמרים וספנים, למהלך שיירא שלהם וכל דבר שרבים מצורפים יחד צריכים למיזל בתר מנהגא דידהו, וכפי הסדר שעושים לעצמן לפי צרכיהם לפי עניינם, דאי מצרכתא להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר לעולם תהא מריבה ביניהם, משום הכי מעיקרא מחלו אהדדי לוותר על דין תורה וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו...

הרי שתרומת הדשן קובע שבמסים יש בוודאי עניין מיוחד בהליכה אחר המנהג והוא אף עוקף מכשולים כגון מנהג גרוע או מנהג וותיקין היות ובעניין זה יש שיתוף בין האנשים על דעת הסכמת הציבור.

דברים אלו הובאו ברמ"א (חוי"מ קסג,ב-ד) המסכם: "וכל ענייני מסים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן שלשה פעמים, אף על פי שהוא מנהג גרוע, אין מדקדקים בענייני המסים". וראה בביאור הגר"א (קסג,כג).

בפתחי תשובה (סימן קסג) הובאו מנהגים רבים בענייני מסים: מי שבא לעיר משלם קנסות שהוטלו על ידי השררה כעונש גם על תקופות מלפני שבא (יג בשם עבודת הגרשוני לב מאידך בשו"ת מהרי"ל סב כותב שהולכים אחר המנהג ופוטרים מי שבא לאחר הטלת הקנס), הולכים אחר הרוב (א, בשם כמה פוסקים), מצרפים עניים עם העשירים בהחלטות הציבור (ד בשם צמח צדק ב), כיצד לגבות מיורשי מי שנפטר באמצע תקופת תשלום (יב בשם נודע ביהודה חוי"מ א,כג), יש בוררים קבועים למרות שהם קרובים לבעלי הדין (יד בשם נודע ביהודה חוי"מ ב,ב וראה גם טו והמצויין שם).

הפתי"ש (טו) מביא מחלוקת אחרונים האם המנהג המחייב במסים יסודו דווקא בתקנה או שגם מנהג הנהג מעצמו מהווה מנהג. לדעת נחלת שבעה (א,כז,ו) צריך בזה תקנת חכמים והנודע ביהודה (א,חוי"מ כא), שו"ת באר שבע (כב) ושו"ת נאות דשא (חוי"מ כו) סבורים שהולכים בזה אחר המנהג הנהוג גם בלא תקנה.

הכרעה על פי טובי העיר גם לחובת הפרט

הכרעת הרמ"א (חוי"מ ד) במחלוקת הראשונים, שלכל הדעות במקום שיש מנהג ברור טובי העיר רשאים לקנוס ליחיד (ראה שו"ת חתם סופר חוי"מ קטז ושו"ת ציץ אלעיזר ב,כג,ז).

דרך בחירת טובי העיר

הדבר נקבע לפי המנהג (שו"ת משאת בנימין ז ושו"ת ציץ אלעיזר ב,כד,ח).

שכנים

הוצאת ביבין לרשות הרבים

הרשב"א בתשובה (ב,רכט) דן במנהג לחפור ביבין לרשות הרבים ומבסס אותו על מנהג:

עכשו נהגו בכל המקומות ובכל הערים, לעשות לעולם כל ביבין של העיר, חלולין תחת קרקע רשות הרבים, לקלח שם מימי גשמים, וכל מימי תשמיש בעלי בתים, ומכסין אותן. ואין אדם נמנע בכך, והכל הורגלו בכך, עד שכל מושב הערים, עליהם הוא סומך. ושמה בימי חכמים, היו ביביהן מגולין. וכן עושין ברוב המקומות, בורות בורות למגורות תבואה ברשות הרבים. וכבר הורגלו הכל בכך, ואינן נמנעין, והכל צריכין לכך. **וכאלו הכל מוחלין בכך, ורוצין.** ועשו בזה, את שאינו זוכה ואת שאינו רשאי, כזוכה וכרשאי... וזיזין וגזוזטראות נמי, הא מפקי כלהו לכתחלה על דרך הרבים, מחמת טענה זו, ואינן נמנעין. אמנם הוא מוסיף עוד טעם שהמלך נתן את הארץ על דעת כך שיעשו זאת אבל נראה מדבריו שהטעם הראשון עומד בפני עצמו.

היזק ראייה בגג רעפים

הרשב"א כותב (שו"ת ב, מג) שאין חשש היזק ראייה בגג רעפים היות וזהו 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 (שו"ת תעא).

בעקבות כך דנו הפוסקים בשאלת תוקפו של המנהג בעניין היזק ראייה כיום כך כותבם בפד"ר ירושלים (העמ' קמג) שהולכים בזה אחר מנהג: "עיי' שו"ת מהריט"ץ סי' רפג כתב שהולכים בזה אחר המנהג, וכ"כ בשו"ת משאת משה חו"מ סי' ס' ושו"ת שמש צדקה חו"מ סי' לד ס"ק יא." ראה גם בשו"ת תשובות והנהגות (ג, תנג) שיש ללכת בזה אחר המנהג ומה שמקובל בזמננו אצל הקבלנים הוא המנהג.

חלוקת קיר משותף

הריב"ש קובע (רנח) כללים בזה אך מסכם שאם יש מנהג כיצד מחלקים הולכים אחריו.

תוספת בנייה

בעניין תוספת בנייה מכבידה הטור קובע (חו"מ קסד) שאם נהגו לבנות בונים גם בנייה המכבידה על הבית מתחת (ראה גם בחידושי הרשב"א ב"ב ו, א מובאים בנימוקי יוסף ב"ב ב, א בדפי הרי"ף וכן בשו"ת הרשב"א א, תתקלא וב, שא).

תיקון הגג

בשו"ת מנחת יצחק (ז, קכו) דן בשאלה שמקובל היום לחלק את תיקון הגג בין הדיירים ולא רק על הדייר העליון כפי הנפסק בשולחן ערוך ולאחר דיון ארוך מחזק את המנהג במקום השותפות היות וכאילו התנו על כך ומסכם:

על כולם כיון שהנהוג נתקבל ונתפשט בכל הצבור בבתי משותפים, האיך יכול אחד לומר אחרת, דאם הי' דעתו כן הוי ליי להתנות בתחילה, וביותר כיון דההלכה יסודו על אומדנא דמוכח, אשר לא שייך כהיום הזה כנ"ל.

ענייני מסחר

פטור משלח מאחריות החפץ

הרי"ף (בבא קמא לז, ב בדפי הרי"ף) כותב:

היכא דשדר ליה לחבריה כתבא וא"ל ההוא מידי דאית לי גבך שדרינהו ניהלי בהדי פלניא ושדרינהו ניהליה לא מחייב באחריותיהו דהכי נהגו האידנא תגרי וקיימא לן בכי הא דמנהגא מילתא היא והכי שדרו ממתבתא.

וכך נפסק ברמב"ם (שלוחין ושותפין א, ח) אמנם לא ציין שזהו מדין מנהג. וגם הרא"ש תמה מה הצורך במנהג.

בשו"ת בית אפרים (חוי"מ לד מובא בפת"ש רז, יד) הביא מנהג הפוך שהמשלח מקבל אחריות על סחורה שנשלחת לדרכים שלדבריו אף אם הוא לוקה בבעיית אסמכתא הוא מחייב מכח המנהג.

אחריות שמירה על משכון מסים

במקרה שמשכנו אדם על חובו למס ואבד המשכון קובע הרשב"א (תשובה המובאת בבית יוסף חוי"מ עב וראה תשובה מקבילה חלקית ה, קא) שנאמני הקהל הם שומרי חנם אלא אם כן יש מנהג אחר. השולחן ערוך (חוי"מ עב, ה) פוסק את דברי הרשב"א והרמ"א מוסיף: "אלא אם כן יש מנהג בעיר הולכין אחריו". הש"ך (לה) כותב שאין לפרש דברי הרמ"א שמנהג לחייב את הנאמנים מחייב שהרי זה מנהג גרוע, ועל כן הוא מפרש שהמנהג הוא בייחס לשיטת הגבייה במס שמשפיע באופן עקיף על רמת השמירה. אמנם הגר"א (לג) מעיר על דבריו:

ואיני מבין שיחתו הלא פריך בריש פרק הפועלים וליחזי היכי נהיגי כו' אף דיליף מקרא, ובירושלמי שם זאת אומרת מנהג מבטל הלכה וכמה מקומות ואינו ענין זה למנהג גרוע.

לדעת הגר"א ברור שיש תוקף לחיוב בתשלום מכח מנהג. התומים (עב, כא) קובע שלנאמן יש חיוב במקום מנהג היות ועל דעת כך נכנס לתפקידו, מה שאין כן לקהל, שאין סיבה לחייב אותם. אמנם בעל נתיבות המשפט (עב, כא) כותב על דבריו:

ולא ידעתי למה לא נימא גם בקהל כן, כיון שהמנהג כן ונעשו קהל הכניסו עצמן בחיוב זה וכו'. ועוד, דלא גרע מתקנות הקהל, כיון שהמנהג כן, הוי כיש תקנה בעיר על זה.

בשו"ת מנחת יצחק (ז, קכו) סייג וטען שביסוד שיטת הגר"א ונתיבות המשפט עומדת התאגדות הקהל למטרה מסויימת וכדברי תרומת הדשן המובאים לעיל בעניין המסים, נביא להלן את מסקנתו בעניין "תיקון הגג".

מועד פירעון הלוואה

אף שסתם הלוואה מהתורה זמנה ל' יום, הרי נקבע כבר בתוספתא (בי"מ י, א) שהובאה להלכה (ראה בית יוסף חוי"מ עג) ונפסקה בשולחן ערוך (חוי"מ עג, א) שאם יש מנהג אחר הולכים אחריו.

גבייה מיתומים - חשבון בין סוחרים שמת אחד מהם

במקרה של גבייה מיתומים יש כללים מחירים מאד, למרות זאת כותב הריב"ש בתשובה (קכח) במקרה של סוחרים שבמהלך המסחר מת אחד מהם, והשני תבע לתפוס מהסחורות לפני היורשים והאישה, שיושיבו סוחרים ביניהם ויבדקו מה מגיע לו לפני מנהג הסוחרים.

נאמנות נגד שטר בכתב ידו

בשו"ת דברי ריבות (שסד מובא ברבי עקיבא איגר חו"מ קד, ב) נקבע שאם יש מנהג שאינו נאמן לומר פרעתי נגד שטר בכתב יד החייב, המנהג מחייב וכן כתבו עוד אחרונים (מהרשד"ם חו"מ צו, משאת משה ב, ל מובאים במשכנות הרועים ערך כתב ידו אות כג).

אי גבייה ממטלטלין

הרא"ש קובע (שו"ת עט, ד) שאין לגבות ממטלטלין שנמכרו גם במקום שיש עליהם שעבוד אם המנהג שלא לגבות.

הכרזה על קרקע מבטלת ערעורים

הרשב"א (הקצט) דן במנהג להכריז על מתנת קרקע ש"מי שלא מערער מפסיד", וקובע שאם זהו מנהג מקובל הוא מחייב ויש לבטל את טענת המערערים אף שיש להם שטר מתנה תקף.

שטרות העולים בערכאות – לתוקפם של חוזים

האם לשטרות המקובלים בציבור יש תוקף? כותב הרדב"ז (א, סז) שיש לדון על פי שטרות אלו:

וכיון שמנהג המדינה מימי הנגידים הראשונים אשר שמענו שמעם לדון על פי השטרות העולות בערכאותיהם בין שטרי הודאות ומתנות ושוברים חוץ מגטי נשים ושחרורי עבדים דאיסורא ניהו ואפילו שלא יהיו בהם התנאים שהזכירו רז"ל היו דנין על פיהם הכל כמנהג המדינה. **וטעם המנהג ברור שאם היו יודעים שאין אנו דנין על פי שטרותיהם נפיק מינה חורבה וסכנה לדייני ישראל ולכל הקהלות אשר תחת ממשלתם...** ואם תאמר דלא אמרינן מנהג מבטל הלכה אלא דין התלמוד אף על גב דמצאו לו סמך מן המקרא אבל ירושה שהיא מן התורה אין המנהג מבטלה והכי משמע פרק חזקת הבתים גבי פועל בכניסתו משלו וביציאתו מבעל הבית וכו' ותו דלא יהיה המנהג חמור מתנאי גמור וקיי"ל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל. לא קשיא כלל שאם היינו דנים לענין הירושה וכגון שהיה המנהג שלא ירש בת אחות הכי נמי דאין המנהג ולא התנאי מבטל אותו אבל הכא אין אנו באים לדון אלא על המתנה אם היא מתנה או לא וכיון דמנהג המדינה הוא לקיים שטרי המתנות העולות בערכאותיהם מנהג מבטל הלכה...

הגרי"א הרצוג (פסקים וכתבים חו"מ סי' נט) דן בסעיף פיצוי בחוזה וטוען שיש לקבלו מכח המנהג אך לא במלואו אלא כפי שנהוג להפחית אותו.

נוסח התחייבות מחייב

בשו"ת דרכי נועם (חו"מ מה) דן בהתחייבות בשטר המקובלת בין סוחרים כדבר בלתי הפיך וכותב שהיות וזה המנהג אין אפשרות לחזור מההתחייבות. כך כותבים גם דייני בי"ד הגדול (הרי"ש אלישיב הרי"ע הדאיה והרי"ב זולטי בפד"ר ג עמ' 369 ושוב בפד"ר ד עמ' 302) שהתחייבות בחוזה בחתימת יד מחייבת מדין סיטומתא. מאידך ראה פקפוקו של הרי"ש אלישיב (פד"ר ד עמ' 279 על פי שו"ת מהרש"ם ה, מה).

קבלת רווחים מלקוחות אחר פיטורין

בשוי"ת חלקת יעקב (חוי"מ ל) דן בשאלת העמלה על לקוחות שסוכן דורש אותה גם לאחר פיטוריו וקובע שיש ללכת בזה אחר המנהג (ראה גם חישוקי חמד מגילה יג,ב שכתב לחלק בין סוגי סוכנים שונים, וצ"ע על דבריו מדוע לא ללכת גם בזה אחר המנהג).

אונאה ומיקח טעות

למרות שבנושא זה הגדרת מנהג היא בוודאי קביעת המציאות עליה מתבססת ההלכה, בכל אופן ראוי לציין לנושא זה שבו נקבעו בדברי השולחן ערוך לשונות ברורים לחייב הליכה אחר המנהג. בהגדרת מום דברים שהשתנו מימי הגמרא ועל כך אומר השולחן ערוך (רלב,יט) "ומנהג מבטל הלכה" ראה גם בפתי"ש (רלב,ו) שמחיל זאת על דברים נוספים וכן הוא בשולחן ערוך בכמה מקומות שם (סימנים ריח,ריט ועוד).

נוסח שטרות

בענייני ניסוח השטר הולכים אחר המנהג גם אם לא נכתב בפועל כפי שמכריע השו"ע (מב,טו) על פי דברי הגמרא :

היה כתוב בו חשבון סתם, הולכים אחר המנהג שרגילים לעשות בו באותו מקום סכום חשבונם... לשון שרגילים לכתוב בשטרות, אף על פי שאינו מתיקון חכמים, אלא לשון שנהגו ההדיוטות לכתוב במקום ההוא, הולכים אחריו; ואפילו לא נכתב, דנין אתו כאילו נכתב. הגה: והוא הדין תקנות הקהל, או דבר שהוא מנהג העיר (רמב"ם פ' כ"ג דאישות).

וכן הוסיף הרמ"א (סא,ה):

כל דבר שנהגו בו בני המדינה בשטרות, אף על פי שאינו כתיקון חכמים, הולכין אחריו (טור בס"ס מ"ב וריב"ש סימן ק"ה).

ראה שו"ת מהרש"ד (ג,מח) בעניין פרשנות חוזה על פי המנהג. ראה גם פסק דינו של הר"ש טנא (פד"ר ח עמ' 150 ושוב בספרו ברכת שלמה חו"מ)

בר מצרא בבתיים

כידוע נחלקו הדעות האם בבתיים יש דין בר מצרא, ראבי"ה (תתקצו) קובע בבירור שיש דין בר מצרא גם בבתיים שהרי זה המנהג.

אי הוצאת שוכר בסוף השכירות

בשו"ת אגרות משה (חוי"מ א,עב) כותב שהיות והחוק מחייב שאין להוציא שוכר בסוף השכירות אם הוא לא מסכים וכן המנהג הרי שזה מחייב (וראה עוד להלן בעניין יחסי חוק ומנהג) מאידך ראה תשובת מנחת יצחק (ב,פו) שחולק ואינו עוסק כלל בדיני מנהג, ובתשובתו המובאת להלן בעניין "תיקון הגג" מבוארת דעתו בעניין המנהגים וכנראה בנידון דידן סובר שאין זה "מנהג" כלל אלא רק חוק.

נוסח תנאים בעסקה

מן הדין יש כללים רבים בניסוח של תנאים בעסקה כגון תנאי כפול וכדומה, כותב הרי"ש אלישיב (פד"ר ו עמ' 100):

אכן בנתיבות סי' ר"ז כ' בשם עטרת צבי שעכשיו נוהגין דבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול רק בקרקעות כותבין בתנאי בני גד ובני ראובן. וכ"כ במסגרת השולחן שם: אבל עכשיו אין אנו נוהגין בתנאים שבעל פה בדיני ממונות במטלטלים ובסחורות להתנות כל התנאים הנ"ל רק בקרקעות,, נראה הטעם שנוהגין כן מפני תקנות השוק דאל"כ יבטלו כל התנאים בכל משא - ומתן דמי שקונה או מוכר דבר על תנאי, ולא כו"ע דיני גמירי,,...

תשלום למתווך ללא החתמה על חוזה תיווך

הרב אוריאל לביא (שו"ת עטרת דבורה חו"מ לח) פוסק שאין לחייב בתשלום ללא חוזה היות וזה המנהג שנוהג בעקבות החקיקה בעניין. בבתי הדין של ארץ חמדה גזית נוהגים לחייב בתשלום במקום שבו התברר שהיה חיוב למתווך ובפרט במקומות שנהוג לשלם למתווכים גם ללא חוזה תיווך ויש לבחון האם אכן מנהג המקום הוא כפי שקבע המחוקק.

מנהג לפנות לערכאות לגביית חובות

ביה"ד הגדול (אוסף פסקי דין עמ' נח) לפני קום המדינה בהרכב הרבנים רי"א הרצוג רב"צ עוזיאל ורא"מ ולקובסקי דנו בתביעה כנגד בנק שעיקל חובות ללא רשות בית דין ומסיקים שהיות וזהו המנהג שיוורדים לגבות ללא רשות בית דין בשטר העומד לגבייה אין לחייב על כך.

שותפות

יצירת שותפות

יש בהלכה דרכים ברורות כיצד ליצור שותפות מחייבת. המהרי"ק (קפא), רדב"ז (א), שז' לעניין שותפות על ידי שטרות בערכאות, בתשפד על ידי אמירת "בינינו" וכן בשו"ת חתם סופר (חו"מ צו מובא בפת"ש חו"מ קעו,ג ראה גם ערוך השולחן חו"מ קעו,ח) קובעים שאם יש מנהג ביצירת השותפות הוא מחייב גם אם זה לא נעשה על פי הדין המקובל.

הוצאות שותפים לעצמם

השולחן ערוך (חו"מ קעו,ט) קובע כללים שונים בעניין קניית בגדים של שותפים מכספי השותפות. הרמ"א מוסיף: "מיהו נראה לי דאזלינן בזה אחר המנהג." יש לציין שהסמ"ע (לא) מדייק שדווקא "בזה" שתלוי בתנאי שבין הצדדים (ראה שו"ת מנחת יצחק ז, קכו).

חלוקת רווחי שותפים

החתם סופר (חו"מ מד מובא בפת"ש חו"מ רלא,ד) דן במקרה בו מונו על פי חוק שלושה אחראים על מסחר יינות וסוכם שהרווחים יהיו ביניהם בשווה ללא קשר לעבודתם בפועל. החתם סופר מגבה את החלוקה השווה היות והיא מנהג מקובל.

שותפים ערבים זה לזה

אם יש מנהג ששותף משלם על מה שחבירו קנה עבור השותפות, חייב לשלם (שו"ת הרדב"ז א, קפד).

קניינים

קניין קרקע בכלי כסף לעירבון

הר"ן (שו"ת פג) קובע שקניין קרקע בכלי כסף לערבון מחייב באופן מוחלט היות וזה המנהג והוא קובע בבירור שהמנהג מחייב גם בקרקע, הוא רק מדגיש "צריך שיהא המנהג ידוע ומוחזק בין הקהל הקדוש אשר שם ואינו מספיק במנהג בני המדינה לבד, וצריך גם כן שיהא המנהג ברור שדעתם הוא שיקנו בכך קנין גמור.".

קניין קרקע בנתינת מעות לסופר

הרא"ש קובע (שו"ת צז,א) שניתן לקנות קרקע בנתינת מעות לסופר אם זהו המנהג.

צ'קים ואשראי

דנו בתוקפם פוסקים אחרונים מדין מנהג, ראה סיכומו של הרב רון קליינמן (תחומין כט עמ' 21) וכן במאמרו של הרב טוויל משפטי ארץ ג עמ' 303.

"מזל וברכה" במסחר היהלומים

הרב קליינמן בספרו (עמ' 186) מסכם את הדעות ומסקנת רוב הפוסקים שלפי המנהג יש תוקף לאמירה זו לפחות כהחייבות.

קניין חכירות

הרא"ש קובע (שו"ת יג,כ) שניתן לקנות חכירות למרות שהיא דבר שלא בא לעולם היות וזהו המנהג.

קנין בחזרת שטר

בשו"ת וידבר דוד (חו"מ ח) קיבל להלכה מנהג החזרת שטר כקניין בקרקע.

רישום בטאבו

נידון רבות בפסקי דין תוקפו כקניין מחייב (ראה פד"ר א עמ' 281 וראה בספרו של הרב קליינמן עמ' 211 ואילך באריכות).

מכירת חובות שבעל פה

המהרשד"ם פוסק (חו"מ שפ) שאם נהוג לקנות חובות שבעל פה גם בלי קניין המועיל על פי ההלכה, הקניין מחייב.

כתובה

נציין שבענייני כתובה יש הרבה מנהגים, וכבר קבע הרמב"ם (אישות כג,יא-יב) :

מנהגות רבות יש בנדוניא... הנושא סתם כותב ונותן כמנהג המדינה... ובכל הדברים האלו וכיוצא בהן מנהג המדינה עיקר גדול הוא ועל פיו דנין, והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה.

ראה בשו"ת בית יוסף (ב) וויכוח גדול בין המבי"ט הבי"י והרמ"ק, בעניין דרך גביית נדוניא לאלמנה כשכולם מסכמים שאם יש מנהג ברור הולכים אחריו. וכן ראה שם (ז) שדן בכתובה שלא כתבו על פי מה ילכו בה והוא קובע שהולכים אחר המנהג המקובל וראה גם שו"ת מהרשד"ם (אה"ע קכו וקפז).

מנהג להחזיר גנבה אחר יאוש

כך כתב תרומת הדשן (א, שט) ונפסק ברמ"א (שנו, ז). ראה עוד בעניין מנהג גרוע. יש להעיר שכאן לא מדובר על התקשרות בין צדדים אלא בחיוב על פי דין.

מנהג הדיינים

בשולי הדברים כדאי להתייחס למערכת שלימה של מנהגי בתי הדין שגם בהם יש הכרעות הלכתיות של ממש ואציין כמה מהם בלא המקורות ואין כאן המקום להרחיב:

נהגו לקבל עדות מפי הכתב (סמ"ע כח, מב), וכן עדות בישיבה.

נהגו לעשות קבלת חרם לנוכח (תומים ונתיבות סי' פז ראה שו"ת חבצלת השרון תנינא סד)

כיום נהגו שלא להשביע ולהחרים.

לגבי מנהגי הפשרה ראה נייר עמדה קודם בנושא בשם שו"ת שבות יעקב, שו"ת דברי מלכיאל.

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

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

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

www.dintora.org

מכון משפטי ארץ, עפרה, ד.נ. מזרח בנימין מיקוד 90627

טלפון : 02-9973888 שלוחה 6

info@dintora.org