

# עלון המשפט



בית הדין "נתיבות חיים" וכולל חו"מ "אהל יוסף" • בנשיאות הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א • בראשות הגאון רבי יוסף פליישמן שליט"א

גליון חודש טבת ה'תשע"ט | 108

הרב יוסף פליישמן שליט"א

פסקי דינים

## שכירות פועלים - 11 מתי המנהג קובע את ההלכה

הקדמה: כתוב במשנה שזמני עבודת הפועל בכל יום נקבעים לפי המנהג, והוסיף על זה הירושלמי<sup>1</sup>: "זאת אומרת המנהג מבטל הלכה". ויש כמה פירושים בכוונת הדין, ויש ביניהם חילוקים להלכה. להלן נדון בעצם הדין, שכשאמרו שהמנהג מבטל הלכה: א', באיזה מנהג מדובר? במנהג שנהגו בו ההמון מעצמם, או דווקא שנקבע על ידי המנהיגים או התלמידי חכמים. ב', איזה מנהג נחשב שהוא נוגד את ההלכה? רק מנהג שבא בעניין שיש בו הלכה קבועה איך ראוי לנהוג בו, או גם בעניין שההלכה קבעה כללים הגיוניים, אבל הם אינם מחייבים בהכרח. ג', באיזה סוג הלכה מדובר? גם במצוות ואיסורים מפורשים, או דווקא בדברים שאין בהם איסור. ובכל זה נדון בעז"ה בסעיפים הבאים.

### מחלוקת הפוסקים אם דווקא מנהג 'ותיקין' יכול לבטל הלכה

1. מנהג שמבטל את ההלכה, נחלקו בו הראשונים אם הוא צריך להיות דווקא "מנהג וותיקין", והיינו שהוא נקבע ע"י החכמים או ע"י ז' טובי העיר<sup>2</sup>, או שאין צריך מנהג וותיקין דווקא. לדעת הרבה ראשונים ופוסקים, רק אם המנהג הוא "מנהג וותיקין", אז הוא מבטל את ההלכה, אבל אם המון העם נהגו בו מעצמם, אינו מבטל את ההלכה<sup>3</sup>. ויש מיעוט ראשונים הסוברים שגם אם המנהג לא נקבע בהסכמת חכמים או ז' טובי העיר, אם ההמון נהגו

#### צינונים והערות

ראשונים שהבאתי הם חלוקים עם הראשונים שהביא הרא"ם, שהם הצריכו מנהג וותיקין דיינינו חכמי העיר והרמב"ן ודעמיה סגי להו בשבעה טובי העיר דאינו הכרח שיהיו חכמים, ש"ל דאה"נ דסגי מנהג קיבוץ חכמים או מנהג זט"ה, א"נ כיון דקיימא לן דתקנת והסכמת בני העיר או זט"ה אינה כלום בלתי הסכמת חכם ומנהגי שבעיר כמש"כ בטור, א"כ כשהתנו בני העיר על המנהג הרי נעשה עפ"י וותיקין". ובהמשך (עמ' רצח ד"ה ולדידי) כתב שאם אין בעיר אדם חשוב אז כל מנהג של כל בני העיר הוא מנהג וותיקין, וגם כתב שמנהג בעלי אומנות הוא כמנהג של כל בני העיר. וכדברינו כתב גם החזו"א (ב"ב ה, ב) שתקנת בני העיר ותקנת בי"ד יש להם תוקף דומה, וד"ל: "ואפשר דאף לדעת הרמב"ן ורשב"א, דטעם הסכמת הציבור משום דיש להם כח בי"ד". חשוב לציין שהחזו"א (שם א, יב) התנה שלא נאמר מנהג מבטל הלכה אלא אם התקנה הייתה באופן זמני לפי צורך השעה, אבל לא לקבוע כן לדורות. אמנם, נראה שר' אביגדור שחלק על האו"ז כמובא בהמשך (הערה 4) לא הבין דברי הראשונים כך.

3. יש שני מקורות בראשונים שמצריכים הסכמת בני העיר או חכמים, וכלהן. הראשון הוא הרמב"ן וסיעתו, שכתבו את הדין כדי לתרץ דין בגמ', שהנה מבואר בגמ' (ב"ב קמד, ב) שחתן שנתן מעות קידושין לכלה, ומתה הכלה, שהדין הוא: "מקום שנהגו להחזיר קידושין מחזירין, מקום שנהגו שלא להחזיר אין מחזירין... אבל מת הוא [החתן] אין מחזירין", ופשוטות הגמ' היא, שהדין שאם מת החתן אין מחזירין נאמר אפילו במקום שנהגו להחזיר, והתקשו בזה הראשונים (רמב"ן, רשב"א, ר"ן) שהרי מנהג מבטל את

1. וז"ל המשנה (ב"מ ריש פרק ז) "השוכר את הפועלין ואמר להן להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב אינו יכול לכופין", והוסיף ע"ז הירושלמי (שם): "אמר רב הושעיה זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה א"ר אימי כל המוציא מחבירו עליו להביא ראייה חוץ מזו", ולהלן נדון בהרחבה בביאור דברי הירושלמי.

2. בהערה הבאה הבאנו באריכות את שיטת הרמב"ן והאו"ז שמנהג שנוגד את ההלכה צריך שייקבע באופן מיוחד, אלא שכל אחד מהם נקט דרך אחרת איזה דרך של קביעת מנהג נדרשת, לשון הרמב"ן הוא: "כגון שהתנו עליו אנשי העיר או שבעה טובי העיר במעמדן", ולשון האו"ז הוא: "וכגון שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום... שאין מנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור".

ונראה שהגם שהרמב"ן והאו"ז כתבו דרכים שונות, אבל יתכן מאוד ששניהם מסכימים לדינא, והיינו ששניהם יסכימו שדי בכך שאו הזט"ה או חכמי המקום יסכימו ויקבעו את המנהג. ובוודאי שיש פוסקים הסוברים כן, כי הרדב"ז שביא בהמשך וכן הכנה"ג בשם המהריב"ל כתבו לגבי מנהג בעלי אומנות מסוימת (ראה דין 14), שזה שמנהגם מועיל אפילו אם זה סותר את ההלכה, הוא בגלל שהם גם נקראים 'ותיקין', וז"ל: "ואע"ג דבעינן שיהיה נקבע על פי ותיקין, חמרים וספנים לדידהו ותיקין", והיינו שבעלי אומנות הם בשלהם נחשבים כמו כל בני העיר, ואף שהם אם אינם תלמידי חכמים מ"מ הוא קורא לזה מנהג ותיקין, וע"כ שבני העיר מועיל כמו חכמים. ואפי' הסוברים שמנהג בעלי אומנות אינו נחשב ותיקין, מ"מ יתכן שיסברו שזט"ה כן מועיל.

וכ"כ בשו"ת חקרי לב (אהע"ז ס' מה עמ' רצח ד"ה ואני מצאתיה) "ואין להשיב שהני

## עלון המשפט

### פסקי דינים

שכירות פועלים 11  
מנהג נגד ההלכה

### תורת המשפט

נזקים שנגרמו  
מסיגריה בוערת

יו"ל ע"י "מכון מענה שמחה"  
בעריכת הר"ר שלום רוטמן  
© כל הזכויות שמורות.

לתגובות והערות:  
maanesimcha@gmail.com

## בית הדין "נתיבות חיים" בארה"ק

שע"י כולל חו"מ 'אהל יוסף' • בנשיאות הגאון רבי נפתלי נוסבוים שליט"א

### בס"ד בית הדין מרחיב את פעילותו ברחבי ארה"ק

#### בית שמש

בראשות הרבנים הגאונים:  
רבי שלמה שלזינגר • רבי אברהם בוטרמן  
תל ציון

בראשות הרב הגאון רבי א. דויטש

#### איזור הקרויות

בראשות הרב הגאון רבי אברהם בוטרמן

#### ירושלים

בראשות הרבנים הגאונים:

רבי נפתלי נוסבוים  
רבי יצחק שובקס  
רבי אברהם דרבמדיק  
רבי אברהם בוטרמן  
רבי יעקב פרבשטיין  
רבי צבי ברוזמן  
רבי יוסף פליישמן

ניתן להזמין דיונים בפל': 346-7642-052 או בטל': 3637-502-02 (בשעות 18:30-20:00)

בו והמנהג התפשט, המנהג מבטל את ההלכה.<sup>4</sup>

2. נפקא מינה אחת היוצאת מהמחלוקת הנ"ל, אם הצדדים לא סיכמו ביניהם במפורש איך ינהגו, האם המנהג [שלא נקבע ע"י המנהיגים או החכמים] מחייב אותם. נפקא מינה נוספת היא, אם אחד מהצדדים טוען שסיכמו ביניהם שלא יתנהגו כפי המנהג אלא כפי ההלכה, שאז אם המנהג אינו יכול לבטל את ההלכה, בוודאי שהוא נאמן בטענתו

#### ציונים והערות

[אפילו להוציא מהמוחזק], אבל אם המנהג יש לו תוקף כנגד ההלכה, אינו נאמן לטעון כן בלי ראיה [אפילו אם הוא מוחזק], כיון שהוא מפקיע מן המנהג.

3. ולהלכה נחלקו בזה הרבה פוסקים<sup>5</sup>, והרבה אחרונים הכריעו שכיון שהדין מסופק לכן א"א להוציא מן המוחזק, וכן נראה לדינא, שבמקום שיש מנהג כזה שלא נקבע ע"י המנהיגים או החכמים, מי

ר"ת, שהרי האו"ז עצמו חלק על דין ר"ת וכנ"ל, ואיך יחדש דין מטעם חידוש ר"ת אם אינו סובר כמותו? אלא ע"כ שכונתו היא רק להוכיח בדרך ק"ו, שאם במנהג טפשים מצאנו שדעת ר"ת שהוא אינו קובע, כ"ש מנהג שהוא נגד הדין, אבל באמת יתכן שגם אם נחלק על ר"ת במנהג טפשים, עדיין יהיה נכון שבמנהג שהוא נגד הלכה יצטרך דווקא מנהג ותיקין. (הלחם רב סי' י' לא עמד על החילוק ולכן הקשה סתירה בדברי האו"ז). ויש פוסקים (כן הבין החקרי לב שם עמו רחצ, ומהר"ב ב"ב, כג) שכתבו שגם הרשב"א (ב, רסח) פסק כשיטת הרמב"ן, כי כתב "המנהג בעניני דיני הממונות, כל מנהג שהנהיגו ביניהם בני המדינה בהסכמת גדוליהם היא הסכמה ודין עליה כשל תורה... אבל אם נהגו ביניהם קצת בני המדינה אינו מנהג". וכ"כ הרשב"א בעוד תשובה (ב, מג), וכן הבין הכנה"ג (בדבריו) "ואפילו אם היה הדין כך מדין הגמרא, לפי שהמנהג מבטל הלכה **שהסכימו בו הראשונים ודנו בו הדיינים**, שאנו אומרים תקנה מצאו בדבר לפי המקום וגבלו ראשונים כן, וכל כיוצא בזה המנהג המוסכם מבטל הלכה". אמנם בחידושי (מד, ב) השאיר דברי הרמב"ן בצ"ע (והקשה עליו מב"מ קד שכתוב "שדורשין בהן לשון הדין ואחד מהם אם אוביר ולא אעביד אשלם במטבא"), וכן הבין השואל בריב"ש (סי' שמה) בדבריו, שכתב "ודעת הרשב"א ז"ל דאפילו בסתם מנהג אמרו כן, ואין צריך שהסכימו במנהג ההוא שבעה טובי העיר".

וכן הביא השדי חמד (מערכת המ"ם כלל לח עמ' 98 ד"ה ובעניני ממון) בשם ר' חיים פלאגי (סמיקה לחיים סי' א דף ט), שפסק כהרמב"ן והאו"ז שבדיני ממונות כל שמועיל תנאי יעזור גם מנהג שנעשה בהסכמת בני העיר, כיון שנחשב כמו שהתנו באמת, אבל לא יהיה די אם הציבור נהגו כך מעצמם בלבד, וכן אה"כ (ד"ה ואי בעינן) הביא מעוד הרבה פוסקים שפסקו שכדי שהמנהג יבטל את ההלכה בממון צריך שיוקבע ע"י ותיקין.

החזו"א (ב"ב ה, ד) התקשה בדברי האו"ז הנ"ל, ושאל עמש"כ "אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה, והרי מדובר במנהג שבמטל את ההלכה ואיך אפשר שיהיה לו ראייה מן התורה? (לולא דבריו הייתי מבין שכונת האו"ז היא רק להגדיר מה נקרא מנהג שאינו מן התורה, שמנהג שאין לו רמז מן התורה הוא מנהג שהוא נגד הלכה). והנה במהרי"ק (סי' ט) מבואר תירוץ לקושיא זו שיתכן מנהג שבמקצת הוא נגד הדין אבל גם יש לו רמז בתורה, כי כתב "אע"ג שהוא נראה להיות נגד ההלכה במקצת כדוחכתי לעיל מדועי שיהיה לו דין התורה", והביא כמה דוגמאות לכך בתחילת התשובה, ואחת מהן בענין מקומות שהיו נהגים לרקוד ולעשות מוגמר ביום שמחת תורה, ושניהם אסורים לעשותם ביו"ט, אבל בכ"ז נהגו כן משום כבוד התורה, וטעם ההיתר הוא משום שיש ראייה מן התורה שיש להרבות מעשים בשביל כבוד התורה, וא"כ הגם שהפעולות האלו אסורים ביו"ט, בכ"ז אפשר לסמוך על המנהג נגד האיסור, כיון שענין נתינת כבוד לתורה מבוסס עפ"י התורה, וז"ל "הני עובדי דלעיל ששאלו לרב האי גאון ז"ל, שהיו רגילים לעשות ביום שמחת התורה, פשיטא דמקילין ביום שבת בראשית כביום שמחת תורה, דאידי ואידי משום יקרא דאורייתא היא". החזו"א עצמו יישב בדרך אפשר, שהכוונה היא למנהג שאינו כדן תורה, שאף אמנם שבני העיר יכולים לתקן כך, אבל זה רק בתנאי שידעו את דין התורה והחליטו לנהוג אחרת, אבל אם לא ידעו שהוא נגד ד"ת, יש לפסק שלהם גדר של טועה בשיקול הדעת ואינו מנהג, (ולא הבנתי איך הלשון "שאיין לו ראייה מן התורה" סובל הפירוש שלא ידעו שהוא נגד ד"ת?).

4. ר' אביגדור במר' (ב"ב תעז) הביא את האו"ז וכתב "מנהג בני העיר דוחה את דין חכמי התלמוד, אעפ"י שמצאו לו סמך מן המקרא, ולא מנהג חכמים בלבד, אלא אפילו מנהג חמרים יש לו לסמוך עליו", גם כבר הבאנו שהרמב"ן בעצמו כתב שהוא מחלו, ושהרשב"א בחי' נשאר בצ"ע על הרמב"ן, ושכן הבין השואל בריב"ש שזו שיטת הרשב"א. הפוסקים גם דנו הרבה בדעת הרמב"ם, והחקרי לב (שם עמ' שא ד"ה אלא) נטה לומר שדעת הרמב"ם כר' אביגדור, כי אף פעם לא דרש שיהיה מנהג ותיקין או בני העיר ומשמע שא"צ להו. (והגם שהרשב"א הבין שגם הריטב"א חולק על הרמב"ן, אבל כבר הוכיח החקרי לב (שם, עמ' שא) שדבריו אינם נכונים, ואדרבא הריטב"א מסכים לרמב"ן וכמו שהבאנו לעיל).

5. הש"ך (עב, לה; שנו, י) כתב בפשיטות כשיטת הרמב"ן, שהנה כתב המח' (עב, ה) "מי שנתמשכן על ידי נאמני הקהל על חלקו המגיע מהמס, ונגב המשכון, אין לקהל ולא לנאמן דין שומר שכר", והיינו שעפ"י הדין הנאמן הוא רק שו"ה, והוסף הרמ"א: "אלא אם כן יש מנהג בעיר הולכין אחריו", והקשה הש"ך (ס"ק לה) "לשון זה מגומגם, דפשיטא דאין מנהג כזה מבטל הלכה, וכמ"ש המרדכי ריש פרק הפועלים דדוקא מנהג ותיקין

ההלכה ומדוע אין מחזירין, והראשונים תירצו שני תירוצים: תירוץ א' דחקו עצמם, שמדובר רק במקום שלא נהגו להחזיר, ותירוץ ב' (לשון הרמב"ן) "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", והיינו שאם נהגו מעצמם לא אומרים מנהג מבטל הלכה, והרשב"א כתב שגם הרי"ף בתשו' (סי' יג) סובר כן, והריטב"א (קמה, א ד"ה ואתא) הסכים לרמב"ן, וכן במקו"א (ב"מ עד, א) כתב כשיטה זו, וז"ל: "ולא בעי בהאי מנהגא תנאי בני העיר אלא מנהג בעלמא, שאין מנהג זה מבטל הלכה בכלום", ומשמע שאם המנהג מבטל את ההלכה צריך שייסכימו עליו בני העיר.

המקור השני הוא האור דרוע (ב"מ סי' רפ), שהגביל את היר' שמנהג מבטל הלכה עפ"י דברי המסכת סופרים (ברכות יד, יח) בענין מנהג בקריאת המגילה, וז"ל: "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, כדאמ' במסכת סופרים בפ' מפסיקין בברכות 'שאיין הלכה נקבעת אלא עד שיהא מנהג, וזהו שאמרו **מנהג מבטל הלכה וותיקין**, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת", הא למדת שאין מנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור", והיינו שהאו"ז חידש שכמו שמב' במס' סופרים לגבי מנהגי קריאת המגילה [שהם בעצם דינים] שכדי שייחשב מנהג צריך שנהיגוהו חכמים, ה"ה מנהג דיני ממונות, שאף שבזה ניתן לסכם כל מה שהצדדים רוצים, בכ"ז אין לו כוח של מנהג לבטל את ההלכה אא"כ הנהיגוהו חכמים.

והנה בעלון הקודם (דינים 10-12) הבאנו שיטת ר"ת שמנהג טפשים אין לו תוקף של מנהג מחייב, ויש להדגיש שהרמב"ן והאו"ז הנ"ל אינם באים מצד חידוש ר"ת, אלא הדין שלהם הוא דין עצמי, שאף מנהג שאינו בגדר טפשות, מ"מ אם הוא סותר את ההלכה הוא צריך להיות מנהג ותיקין דווקא, וכך מוכח מהרמב"ן (ב"ב ב, א) והאו"ז (ב"ב סי' ב'-ג') עצמם, שהרי הם עצמם חלקו על הדין של ר"ת, ובכ"ז כתבו שרק מנהג ותיקין מועיל נגד ההלכה, וז"ל האו"ז כשחולק על ר"ת: "ולא ידענא איזה מנהג שאין סומכין עליו... ונראה בעיני דאפי' פחות מיכן [מהוצא ודפנא] הוי מנהג, דהולכין בממון אחר המנהג".

וכמו שכתבנו בדעת הרמב"ן והאו"ז כך הבינו גם הב"י (קנז, טו) והגר"א (קנז, כ) ופוסקים נוספים, שהם פסקו שמועיל אפילו מנהג שר"ת מגדירו כמנהג טפשים, אבל מנהג שהוא נגד הלכה צריך להיקבע עפ"י ותיקין. ובסברת הדבר שחלוק מנהג טפשים ממנהג שהוא נגד ההלכה, צריך לומר ולחלק ביניהם, שהחסרון במנהג טפשים הוא מצד מהות ותוכן המנהג שהוא מעוות ומעוקל, וכמו שהגדירוהו הרבה מפרשים 'מנהג של שטות', ובמנהג גרוע כזה סבר ר"ת שלא אומרים שמסתמא דעת הצדדים הייתה להתנהג כך, והחולקים עליו כמו האו"ז והרמב"ן סוברים שכיון שסוכ"ס התפשט המנהג הזה א"כ גם דעתם הייתה לזה. אבל המנהג שהרמב"ן והאו"ז דיברו בו, יתכן מאוד שהוא מנהג נכון ומסתבר, אלא שהוא נגד ההנהגה שקבעו חז"ל, ואז אם אלו שהנהיגו כך אינם ז' טובי העיר לרמב"ן או ותיקין לאו"ז, אין למנהג כח לעקור הנהגה של חז"ל ואין לו דין של מנהג.

גם במקו"א בחזו"א (והבאנו לקמן הערה 5 שכדבריו כתב הגר"א בהדיא) מבואר (ב"ב ה, ג-ד) שיש נפק"מ לדינא ביניהם, כי כתב שמנהג טפשים - לדין שפוסקים כר"ת - לא ייחשב מנהג, אפילו אם הסכימו עליו כל בני העיר, משא"כ במנהג שהוא נגד הלכה כן מועיל "בדבר שיש בו תיקון גדול סגי ברוב הציבור, ובזמן שאין התיקון גדול כ"כ בעיני הסכם כולם". (אמנם לכא' הוא סתר את עצמו בב"ב א, יב ד"ה ויש, אם לא שנחלק בין המנהגים).

וכן מבואר במהרש"ך שהדין של ר"ת והדין של הרמב"ן והאו"ז הם דינים שונים, (ב, יט) כי כתב "וכל זה צריכנא לדברי אור דרוע דבעי מנהג וותיקין, אמנם לדברי ר"ת והרא"ש שכתבו דיש מנהגים גרועים דלא אזלינן בתרייהו, אי אמרינן לדדידהו לא בעינן מנהג וותיקין אלא שיהא קצת חשוב ואפילו ע"י הדיטוט", ומזה שחילק אותם לשנים, רואים שהן שני חסרונות שונים. וכן רואים בתשו' המהרי"ק (סי' ח), שהביא ב' טעמים שונים למה מנהג שמבטל פי שניים בבכור אינו מנהג, א' עפ"י האו"ז כי הוא נגד הדין, וב' עפ"י ר"ת שהוא מנהג טפשים.

אכן מה שנראה קשה על דבריו הנ"ל, הוא לשון האו"ז עצמו שכתב: "זה הוא שאמר מנהג מבטל הלכה, פירו' מנהג וותיקים, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת, וכמה מנהגים גרועים דלא אזלינן בתרייהו כדפי' ר"ת ריש ב"ב", אכן באמת בהכרח לומר שהאו"ז רק הוכיח דבריו מר"ת אבל לא התכוון שהדין הוא מטעם

## מנהג שבוודאי אינו צריך להיות מנהג ותיקין

4. מנהג שאינו סותר שום דין או הוראה של חז"ל [ואינו מנהג שטות]

### צינונים והערות

מחייב את הצדדים לכל הדעות, אף אם הוא לא נקבע ע"י המנהיגים או החכמים<sup>7</sup>. לדוגמה: מנהג כמה משלמים על עבודה מסוימת, או אלו הטבות נותנים לפועלים<sup>8</sup>, כל שהמנהג התפשט בציבור (לפי התנאים שהתבארו בעלון הקודם) הוא מחייב את הצדדים, כיון

מבטל הלכה, אבל מנהג גרוע שהוא נגד הדין לא<sup>9</sup>, והיינו שכיון שמעיקר הדין הנאמן יש לו דין שו"ח, איך מנהג יכול לקבוע שיהיה לו דין שו"ש.

התומים (ס"ק כא) השיג על הש"ך: "ולא קשה איך יהיה המנהג מבטל הלכה, דכיון דמנהג כן והוא הנאמן קיבל על עצמו להיות נאמן, מאן דנחית אדעתא דמנהגא נחית, והו"ל כהתנה שיהיה שו"ש לכל משכנות, ומתנה שו"ח להיות כשו"ש", והיינו שבשומרים כתבו התוס' (כתנו' ב): "כיון דריתתה תורה שומרים הרבה, שומר חנם והשוואל נושא שכר כו', יכול נמי כל אחד להיות לפי תנאו", והיינו שבשומרים אין לתורה קפידיא אם שו"ח יהיה חייב בגו"א, והתורה שפטר זה בגלל שסתמא כן הוא דעת אנשים, וא"כ אם יסוכם אחרת זה לא נגד ההלכה. אמנם, הגם שהתומים חלק על הש"ך בפרט זה, אבל לא חלק על מה שהש"ך פסק כמו הרמב"ן והא"ז.

גם הגר"א השיג על הש"ך, אבל אין שום הוכחה שחולק עליו במה שהש"ך אומר כרמב"ן, וז"ל: "איני מבין שיחתו, הלא פריך בר"פ הפועלים וליחזי היכי נהיגי כו', אף דליף מקרא, ובירושלמי שם זאת אומרת מנהג מבטל הלכה, וכמה מקומות, ואינו ענין זה למנהג גרוע", והיינו שטען שהש"ך עירב שני נושאים וכמש"כ לעיל (הערה 3, והחילוק של הגר"א הבאנו שם מהחזו"א), שכל הראיות של הש"ך שא"א לציבור לקבוע מנהג הם ממנהג גרוע, ושם אפילו אם נהגו כן המנהג אינו קובע (חוץ ממיסים וכדו'), אבל במנהג נגד הדין אפשר לציבור לקבוע מנהג נגד הדין. וזו גם טענת הנתי' (ס"ק כא) על הש"ך, שפה מדובר בתקנת הקהל שאפ"ל לפי הרמב"ן הם יכולים לתקן מנהגים שהם נגד הדין, וכ"כ הריב"ש (ס"ל שמה) שבשומרים אם נוהגים אחרת מהתורה הוא נחשב מנהג לבטל את ההלכה, אבל הוא מועיל אם הציבור קבעו כן, וז"ל: "הלכה ברורה אין מנהג סתם מבטלה, אלא מנהג שהתנו עליו בני העיר, כמו שנטה הרמב"ן ז"ל לסברא זו כמו שכתוב בפ' מי שמת, שאם נהגו על דרך משל... ששומר חנם יהיה חייב כשואל, אין מנהגם כלום לבטל ההלכה אלא א"כ התנו עליו".

הש"ך טען שכך סובר גם הרמ"א (וזה פרט חשוב אצלו כי בדבריו הוא בא לפרש דין של הרמ"א). הוא הוכיח כן ממה שהרמ"א (קסג, ג) פסק לגבי מנהג במיסים כמו התה"ד שהבאנו בעלון הקודם (הערה 32), שמנהג שבא למנוע מריבות יש לו תוקף אפילו אם הוא מנהג גרוע והוא נגד הדין ולא נקבע ע"י חכמים, ומזה משמע שמנהגים סתם אין להם תוקף נגד הדין אם זה לא ע"י חכמים. אמנם הראיה לכאן אינה מוכרחת, כי במקור הרמ"א בתה"ד (ס"ל שמב) הוא מזכיר שתי שיטות ומקרים שבהם המנהג אינו קובע, והיינו: א', שיטת ר"ת לגבי מנהג גרוע (שהוא קוראו מנהג של שטות). ב', שיטת האו"ז שמנהג מבטל את ההלכה רק אם נקבע ע"י החכמים, ולגבי שתי השיטות האלו הוא כותב שבמיסים בכל אופן המנהג קובע כדי למנוע מריבות [ומכאן הוכיח הש"ך כנ"ל שבמנהגים אחרים כן צריך שייקבע ע"י ת"ח], אבל הרמ"א אינו מתייחס לשתי השיטות, אלא מזכיר רק שבמיסים הולכים אחר המנהג אפילו אם הוא מנהג גרוע, מבלי להזכיר כלל את שיטת האו"ז, וז"ל הרמ"א: "כל ענייני מסיים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן שלשה פעמים, אעפ"י שהוא מנהג גרוע", וא"כ אדרבא, אם יש ראייה מהרמ"א אזי הראיה היא להיפך, אבל גם זה אינו מוכח).

בנוסף לש"ך, גם המג"א (תרצ, כב) פסק כמו האו"ז. גם התשב"ץ (ב, קסו) פסק כמו הרמב"ן, וז"ל: "בזה אנו יכולין לסמוך בדין מנהג מבטל הלכה, ובלבד שיהיה מנהגם מוסכם עליו מאנשי המדינה, וכן כ' הרמב"ן ז"ל". וכן פסק בשו"ת ר' אליהו מזרחי (ס"ל טז), וכן נראה מממהר"א ששון (ס"ל קלז), וגם הנמוק"י (ב"ב א, א והד"מ קנז, ד) מביא אותו הביא את הרמב"ן וכתב: "יש מפרשים שהשותפין אעפ"י שנוהגין ביניהם בפחות ממנהג בני העיר כל אחד בשלו אין מנהגם כלום, כיון שלא התנו עליו במעמד בני העיר, הלכך ינהגו כמנהג בני העיר כמו שנהגו כל אחד לבנות בשלהם, וכן נראה דעת הרמב"ן, והיינו שבגלל שמנהג השותפין היה שלא לבנות את המחיצה ביניהם כמו שרגילים לבנות בעיר, וזה נגד הדין שמחייב לבנות כדרך שרגילים לבנות, לכן הו' נגד הדין ולא יועיל מנהגם, אם לא שהסכימו לכן הזט"ה במעמד אנשי העיר.

גם החזו"א (ב"ב ה, ה ד"ה ירו'), הגם שצמצם את סוגי המנהגים שנחשבים שהם סותרים את ההלכה (וכלהלן דין 9), בכ"ז במה שכן מוגדר כמנהג שסותר את ההלכה הוא מסכים לרמב"ן, וז"ל: "לענין כל הסכסוכים המתהיים יש כח לבני העיר לקבוע מנהג קיים ונכון אף שאינו כדון תורה". ובמקו"א (ב"ב א, יב ד"ה ומונהג) כתב שאין לציבור כוח לתקן נגד ההלכה אלא באופן זמני, וז"ל: "זה אינו רק לפי שעה ולפי מאורעות הזמן שמצאו לנכון ולתיקון לנטות מן ההלכה וכוננתם לשם שמים".

והנה הכנה"ג (רא, הגהה"י ס"ק ד) האריך מאוד בדין זה, והביא הרבה פוסקים שנחלקו בזה, ומהם כמה שסתרו א"ע.

המהר"ק (ס"ט ו' קב) למד שגם האו"ז התכוון רק לגבי מנהגים של איסורים, אבל

במנהג של ממון אי"צ מנהג ותיקין ודי במה שנהגו כן מעצמם, ומטעם שהרי בממון הדין הוא שהפקר ב"ד הפקר, וכן הוכיח כן מזה שבממון מצאנו שמנהג בעלי אומנות נחשב מנהג, אף שהם אינם ת"ח, וע"כ שבממון לכו"ע לא בעינן שייקבע ע"י חכמים, ורק באיסורים יש כזו דרישה, (הטענה הזאת היא גם השאלה השנייה ששאל השואל בשו"ת באר שבע שלהלן), אמנם בשו"ת באר שבע (ס"ל כב) תמה עליו, ותלה החילוק הזה בתלמיד טועה, שהרי האור זרוע כתב את דבריו על המשנה שמיירי במנהג של שכירות פועלים, ועוד טען שבמקומות אחרים (תשו' קסא, ח) המהר"ק עצמו סתר את דבריו וכתב שהאו"ז כתב את דבריו במנהג של ממון. ולענין הוכחת המהר"ק יש להעיר, שלפי הפוסקים שהובאו בהערה 35 נדחית הוכחת המהר"ק.

האג"מ (שנרחיב בדבריו להלן הערה 23) גם צמצם את סוגי המנהגים שנחשבים סותרים את ההלכה, ולאחר דבריו הוסיף וכתב: "ואף בזה [במנהג שסותר את ההלכה] כנראה שהפוסקים לא סברי כותיה [והיינו האו"ז]", (אמנם, צ"ע"ג איך כתב כן אחרי שהש"ך ומג"א סברי כן). גם הבאר שבע (שם) כתב "רוב הפוסקים המפורסמים לא הזכירו כלל ותיקין בענין המנהגים שהולכין אחריהם", אבל לא פירט. וראיתי מי שטען שניתן להוכיח מהאורח מישור המובא ברע"א (שלא, א) שסובר של"צ ותיקין אפ"ל במנהג שהוא נגד ההלכה, כיון שהאורח מישור כתב שמנהג ותיקין נחשב מנהג אפ"ל אם אינו מצוי, וכיון שהרמ"א כתב שכדי שייחשב מנהג צריך להיות שכיח, ע"כ שדיבר במנהג שלא נהגו ע"י ותיקין, ובכ"ז הוא נחשב מנהג. אבל זה אינו ראייה, שהרי רק מנהג שהוא נגד הדין צריך שיונהג ע"י ותיקין, ולכן יש צורך במש"כ הרמ"א לומר שמנהג שאינו נגד ההלכה צריך להיות שכיח כדי שייחשב מנהג.

6. החקרי לב (שם) - אף שנטה לומר שהרמב"ם סבר כו' אביגדור וכו', אבל כתב שרובא דרובא של הראשונים סוברים שבעינן מנהג ותיקין, ומ"מ פסק שאפשר לטעון קיים לי כראשונים האלו ולא להוציא מהמוחזק, והוסיף שכן פסק המהר"ח"ש (ב, יט) שהוא ספיקא דינא, וכן היא מסקנת הכנה"ג (שם ס"ק ה) "כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אי בעינן מנהג ותיקין או לא בממונא, מידי ספיקא לא נפקא והולכין אחר המוחזק, ובפרט כשבאים להוציא מן היתומים או מן הלקוחות. הרא"ם ז"ל חלק א' סימן י"ז, משא מלך חלק א' בדיני המנהגות במנהגי ממון, באר שבע דף צ"ו ע"ג (ס"ל כב)", וז"ל הבאר שבע "והו' אמת שרוב הפוסקים המפורסמים לא הזכירו כלל ותיקין בענין המנהגים שהולכין אחריהם, מכל מקום הואיל שיש מחלוקת בין האחרונים אי בעינן מנהג ותיקין אפ"ל בממונא, הלכך מידי ספק לא יצא, ולעולם הולכים אחר המוחזק", ומה שכתב שרוב הפוסקים לא כתבו שצריך מנהג ותיקין, הוא בגלל שהיה קדום (תלמיד הסמ"ע) וכן אולי לא ראה הרבה פוסקים, שהרי החקרי לב הנ"ל הביא שהרבה מאוד פוסקים סוברים שצריך דווקא מנהג ותיקין.

והגם שבהרבה מקרים פוסקי הדורות האחרונים - החזו"א והאג"מ - פסקו של"צ מנהג ותיקין (וכלהלן דין 109), וגם הרמ"א לא הביא החילוק בפירוש, אבל מאחר שהיא מחלוקת ראשונים ואחרונים, והרבה ראשונים ופוסקים נקטו כמו הרמב"ן והאו"ז, בוודאי שאפשר להגיד קיים לי כמו השיטה הזאת. וגם לפי הכלל של החוות יאיר שרק אם נו"כ השו"ע אינם מביאים שיטה א"א לטעון "קיים לי", הרי הש"ך פוסק כמו האו"ז, ולדעתו גם הרמ"א סובר כן, וגם המג"א פסק כן, וא"כ ודאי א"א להוציא מהמוחזק. ותמוה מה שהחליט המשפט הפועלים (ג, ג) שהעיקר הוא דלא כהרמב"ן והאו"ז והתעלם מכמעט כל הנ"ל.

7. כך מדוייק בדברי האו"ז (ב"מ ס"ל רפ) שרק אם המנהג מבטל הלכה צריך שיהיה עפ"י ותיקין, כי כתב: "זהו שאמרו מנהג מבטל הלכה מנהג ותיקין", וכן כשהמרדכי (ב"מ שסו) מביא את האו"ז הוא מביא אותו במקרה שהמנהג מבטל את הדין, וז"ל "שנינו עלה דמתני' בירושל' המנהג מבטל ההלכה, כ' בספר א"ז כגון שהוא מנהג קבוע ע"פ חכמי המקום", וכן הוא בהדיא בתה"ד (ס"ל שמב) "ובא"ז כתב נמי דלא אמרינן מנהג מבטל הלכה אא"כ מפי חכמים, ומרדכי ר"פ הפועלים הוסיף לפרש בשם א"ז דדווקא מנהג ותיקין מבטל ההלכה", וכ"כ הלחם רב (ס"י ז') באריכות. הלח"ר גם הביא שבכ"ז יישב בתשו' ר' אליהו מזרחי (ס"ל טז) סתירה בדברי הרא"ש, שפסק במקרה שנשאל עליו שמנהג אינו קובע בלי הסכמת בית דין, וכתב שהסיבה היא בגלל שהמנהג היה נגד תקנת טולטולא, ולכן מנהג לבד אינו מספיק. אכן העה"ש (שלא, ה) מבלי שיתייחס לאחד מהפוסקים סתם וכתב שכל מנהג אינו נחשב מנהג אם אינו "קבוע ע"פ חכמי המקום או ע"פ הסכמת אנשי העיר", וצ"ע"ג.

8. כ"כ הריב"ש (ס"ס שמה), והוכיח כן מהמשנה (ב"מ פג, א) "מעשה ברבי יוחנן בן מתאי שאמר לבנו צא שכור לנו פועלין, הלך ופסק להם מזונות, ואמרו לו אביו, עד שלא יתחילו במלאכה - צא ואמור להם על מנת שאין לכם על אלא פת וקטנית בלבד (כיון שאחרת היה מחויב הרבה מאוד מזונות)", ורשב"ג חלק עליו ש"הכל כמנהג המדינה",

שאינו סותר את ההלכה<sup>9</sup>.

5. מנהג שנהגו בעניין שההלכה לא הוכרעה בחז"ל ובפוסקים, מחייב את הצדדים לכל הדעות גם אם לא נקבע ע"י המנהיגים או החכמים<sup>10</sup>. לדוגמא: מנהג לקבל עדות מאנשי העיר אודות התקנות שנעשו בעיר, הגם שהם נוגעים בדבר<sup>11</sup>. דוגמא נוספת, מה שנהגו לפסוק שאין זכות לפתוח עסק מתחרה עם ע"ז העסק הראשון לא יוכל להתקיים, שהגם שלדינא היא מחלוקת שלא הוכרעה, בכ"ז כיון שנהגו לאסור, אסור לעשות כן<sup>12</sup>.

6. הגם שחז"ל קבעו רשימה של קניינים שחלים ומחייבים עפ"י הדין, מ"מ כיון שלפי הדין יש תוקף הלכתי לצורות קניין אחרות שנהגו בהן אף שלא נתקנו ע"י חז"ל<sup>13</sup>. [וכגון לחיצת ידיים למזל וברכה במקום שנהגו כן], לכן אם נהגו הציבור בצורת קניין מחודשת הרי היא מחייבת מצד ההלכה, ולכל הדעות די במה שהציבור נהג כן, ואין צריך שצורת הקניין תיקבע ע"י המנהיגים או החכמים<sup>14</sup>.

## מנהג שמבטל את ההלכה ונחלקו בו אם צריך להיות מנהג וותיקין

7. מנהג שמכריע איך לנהוג במקום שיש הוראה ברורה של חז"ל להיפך, וכגון אם נהגו לפטר עובד בלי סיבה מוצדקת<sup>15</sup> [לחלק מן הפוסקים], או לפטר עובד ציבור שעדיין כשיר לעבודה שלו<sup>16</sup>, הרי זה נחשב מנהג שמבטל את ההלכה, ויהיה תלוי במחלוקת הנ"ל אם צריך שהוא ייקבע

דווקא ע"י המנהיגים או החכמים.

8. דוגמאות נוספות שהובאו בפוסקים: א', במנהגי שותפים, אם נהגו לחלק את תשלום ההוצאות המשותפות באופן שונה ממה שקבעו חז"ל<sup>17</sup>. ב', בגביית מיסים מבני העיר, אם נהגו לגבות מס גם ממי ששוכר בית והוא גר בעיר פחות מ"ב חודש, בניגוד לקביעת חז"ל שהוא פטור ממיסים<sup>18</sup>. ג', בשטרי קניין, אם נהגו לתת תוקף לשטרות שנעשו בהתאם לחוק, אף שלא נעשו עפ"י קביעת חז"ל<sup>19</sup>. בכל כגון הנ"ל, שהמנהג סותר את ההלכה, נחלקו הפוסקים הנ"ל אם צריך שהמנהג ייקבע דווקא ע"י המנהיגים או החכמים או לא.

## מנהג שנחלקו בו אם נחשב שהוא מבטל את ההלכה

9. נחלקו הפוסקים, במנהג שאינו סותר דין ברור של חז"ל, אלא שחז"ל רק קבעו הנהגה הגונה איך צריך להתנהג, והמנהג אינו כפי הנהגה הזאת, וכגון באיזה שעות צריך שכיר יום לעבוד, שחז"ל קבעו על סמך פסוק שהנהגה ההגונה היא שיעבוד מצאת החמה, אבל המנהג הוא לא כך, האם זה נחשב בכלל מנהג ש'מבטל את ההלכה' או לא. והמודד מה נחשב דין מוחלט ומה נחשב רק הנהגה ראויה, הוא אם אפשר [כשאין מנהג] להתנות בפירוש אחרת מחז"ל, שבמקום שא"א להתנות אחרת מחז"ל, [וכגון הדין שמי שטוען נגד המנהג, הגם שהוא מוחזק בממון עליו להביא ראיה<sup>20</sup>], זה נחשב לכל הדעות מנהג שסותר את ההלכה, אבל במקום שאפשר להתנות אחרת מחז"ל, וכגון לגבי שעות העבודה

### צינונים והערות

מקומות (ח"מ ב, לא, וח"מ א, לח). גם הגר"נ נוסביום כותב (קובץ הישר והטוב ח"י עמו' נח) שכך רגילים לפסוק], וכיון שההלכה רופפת יש תוקף למנהג.

13. לפי גדרי הדינים של סייטומתא, כי ישנם דברים שסייטומתא אינו מועיל בהם או שהם שונים במחלוקת, כגון מנהג שדיבור מועיל, שהוא מחלוקת ראשונים (עיי' בעלון 58 עמו' 5), או בקרקע שיש בה מחלוקת (עיי' ש"ך רא, א), או באכילת משהו או שתיית לחיים שאינו מועיל (דברי גאונים פז, נב, וכסף הקדשים ס' דא).

14. זהו מטעם קניין 'סייטומתא', וגם זה הוזכר בריב"ש הנ"ל ח"ל: "דכיון דרגילי למקני בהכי קני, דומיא דסייטומתא דאתרא דרגילי למקני ממש קני", וכן ביאר הרשב"א (ב"מ עד, א) את הקניין של סייטומתא, וז"ל "שכל דבר שבממון, על פי המנהג קונין ומקנין, הלכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות קונין", והמהרש"ם (ח"מ שפ) הביא את דבריו, ופירש: "ומטעם זה יועילו דרכי ההקנאות שנוהגים הסוחרים, אעפ"י שאינם כתובים בתורה ואינם מן הדין, אלא שכיין שנהגו כן ה"ל שכל אחד מתנה עם חברו שכשיהיה כן יתקיים הדבר, ואדעתא דהכי תינח וסלקי, ומטעם זה אמרין בגמ' פרק איהו נשך 'אמר רב פפא משמיה דרבא האי סייטומתא קניא, למאי הלכתא, רב חביבא אמר למיקנ' ממש", וכן סובר החת"ס (ח"מ יב, ב), והוסף עוד שהוא קונה מן התורה, וז"ל: "לפע"ד הוא דאורייתא ממש, ועדיף מקנינים שתקנו רבנן שלא ברצון הסוחרים ורק מטעם הפקר ב"ד הפקר נגעו בו", שיש פוסקים ס"ל דהמקדש אשה בקנין כזה אינו אלא קידוש' דרבנן... אבל סייטומתא ומנהג שנתרצו ונהגו כן מעצמם ורצונם הוא קנין דאורייתא לפע"ד", (אמנם הנתי' (רא, א) חולק על החידוש הזה ונחלקו בדבר הרבה פוסקים).

15. ראה אג"מ (ח"מ א, עו) שהאריך בזה שהוא נגד הדין.

16. ראה עלון 31 דין 4 שחז"ל אסרו לעשות כן.

17. המקרה מב' בגמ' (ב"ק קטז, ב), שהנה חז"ל קבעו לגבי שיירא ההולכת במדבר ושכרו מורה דרך, שמחלקים את ההוצאה גם לפי ממון וגם לפי נפשות, אכן בכ"ז אם החמורים נהגו לחלק את ההוצאה באופן שונה, כתוב בגמ' שהמנהג של החמורים קובע, הגם שהוא נגד החלטת חז"ל. [וראה להלן הערה 35 שכמה פוסקים שאלו מגמ' זו על שיטת הרמב"ן והא"ז שצריך דווקא מנהג ותיקין, והם בוודאי סוברים שזה מקרה של מנהג שהוא נגד ההלכה].

18. הדוגמא הזאת מובאת במדרכי (ב"ב ס' תעז), כי כתוב במשנה (ב"ב ז, ב) "כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר י"ב חדש", ופסק ר' אביגדור שבמקום שנהגו (כמו אצלנו) לגבות מיסים אפילו ממי ששכר דירה וגר בעיר פחות מ"ב חודש, חייב השוכר לשלם, כיון שהמנהג עוקר את ההלכה, וז"ל: "איש הבא אל עיר ונשבת יהודים אם צריך ליתן מס תוך שנים עשר, אם מנהג קבוע שם לחובה, איני יודע לפוטרו, כדתנן פרק הפועלים הכל כמנהג המדינה, וגרסינן עלה בירושלמי זאת אומרת **מנהג מבטל ההלכה**... ולא מנהג חכמים בלבד אלא אפילו מנהג חמורים יש לו לסמוך עליה".

19. זה היה נידון אצל הרדב"ז (א, סז), וכתב שאפשר לסמוך על המנהג, כיון שהמנהג נקבע ע"י ותיקין (הוא פוסק כרמב"ן וא"ו) והיינו כשאנו ראויה לחול גם מדין סייטומתא.

20. הדוגמא הזאת כתובה באג"מ וכומו שנביא בהמשך.

וטען הריב"ש שבהכרח שלא היה שם מנהג קבוע מזט"ה כמה נותנים לפועלים, כי אם היה מנהג כזה, לא הייתה הו"א לר"י בן מתיא שצריך לתת יותר מזה כי מנהג כזה שנקבע ע"י זט"ה ודאי קובע, אע"כ שלא היה מנהג קבוע עפ"י זט"ה, וא"כ המנהג שרשב"ג מדבר עליו לא היה מנהג עפ"י זט"ה, ובכ"ז אנוחנו פוסקים שלא כר"י בן מתיא אלא כרשב"ג ש"הכל כמנהג המדינה", וא"כ נמצאנו למידים שלגבי ההטבות שנותנים לפועלים ל"צ שיהיה מנהג ותיקין, ומסתבר שזו גם כוונת הריב"ש בסוף דבריו שכתב "בענייני הקניות וכן בשכירות הפועלים ודומה לזה, כל שנהגו כן הסוחרים בקניית הסחורה ואין חזרין בהם, וכן הפועלים בשכירותם, הולכין אחר מנהגם אפילו בסתם מנהג". והעירני חכ"א שיש להוכיח כן גם מהגמ' (ב"ב קמד, ב), כי לפי הרמב"ן וסיעתו הסוגיא מדברת במנהג שלא נקבע ע"י ותיקין, ולכן המנהג להחזיר את כסף קידושין כשהחתן מת אינו קובע, ובכ"ז כתוב בהדיא שהמנהג להחזיר כשהכלה נפטרה כן קובע, וע"כ שלמרות שאינו מנהג ותיקין, בכ"ז המנהג קובע, והיינו משום שהמנהג הוא אינו נגד הדין.

ויש הטבות שגם לפי חז"ל הם מנהגים ראויים, ולפעמים הגם שאינם כפי ההלכה הפשוטה, אבל הם תואמים את רוח ההלכה, כגון בעניין פצווי פטורין ופנסיה, ראה עלון 32 דין 9 לעניין פנסיה, שלפנים משורת הדין נדרש מהמעסיק לא לפטר פועל שאינו יכול להמשיך לעבוד בגלל זקנה ולהשאיר אותו בלי מקור פרנסה, ובעניין פצווי פטורין כתב בספר החינוך (תפ) שהיא הנהגה ראויה, והיא דומה ל"הענקה" שהתורה חייבה לתת לעבד עברי. 9. החקרי לב (שם עמו' ש) מזכיר לדוגמא את הגמ' (ב"מ קד, ב) "מקום שנהגו לכפול [בכתובה], גובה מחצה", וזה כיון שכך היה נהוג שגובים רק חצי מהסכום שהיה כתוב בכתובה, ומב' שם בגמ' שדרשו לשון הדיוט, והיינו שהקובעים של המנהג הזה היו הדיוטות ולא ותיקין, והסביר החק"ל הטעם שלא היה צריך בזה מנהג ותיקין, מכיון שזה לא נגד ההלכה, כי עפ"י הדין באמת מגיע לאישה רק חצי מהסכום שנכתב בכתובה, כי מה שכתבו בכתובה סכום כפול לא היה עפ"י התחייבות אמיתית של החתן אלא משום הכבוד כתבו את ההתחייבות הגדולה, וא"כ מה שגבו חצי הוא כפי הדין שזה מה שהתחייב החתן, ולכן המנהג תקף אפילו שאינו מנהג ותיקין כיון שזה לא נגד ההלכה. ובאמת שלולא ההגדרה הזאת של החקרי לב, (הוא עצמו כתב שהתחייבות לא הייתה אלא "פיטומי מילי"), היינו אומרים שזה לא מצד מנהג, אלא סתם כתבו פי שניים משום כבוד, אבל לא הייתה שום התחייבות לזה, ולכן לא צריך להגיע למנהג כדי לגבות רק חצי.

10. כך מב' בירושלמי (פאה ז הל' ה; מע"ש ה, ב; יבמות ז, ג): "כל הלכה שהיא רופפת בבית דין ואין את יודע מה טיבה, צא וראה מה הציבור נוהג", והיינו שהמנהג קובע בכל מקרה שההלכה אינה ברורה, והמנהג הזה ל"צ להיות עפ"י ת"ח או תקנת בני העיר, כמבואר בהרבה פוסקים וכומו הרמב"ן (שהוא בעל השיטה שצריך מנהג ותיקין) שהובא לשונו לעיל (הערה 3), וגם הריב"ש הנ"ל כתב כן בפירושו.

11. כך מביא הב"י (ס' לז) מתשו' הרשב"א (א, תתיא). והפוסקים מלאים בדוגמאות כאלו, וע"ז נאמר "פוק חזי מאי עמא דבר".

12. ראה בעלון 62 דין 3 ובהערות שם שהבאנו בזה מחלוקת גדולה בפוסקים ואם פוסקים כמו האביאסף האוסר, אכן בזמננו נהגו בהרבה מקומות למנוע זה, וכו"פ האג"מ בשני

קבוע, כמה זמן צריכים המשכיר והשוכר להודיע מראש לפני הפסקת השכירות, שאע"פ שחז"ל קבעו בזה זמנים<sup>25</sup>, אבל מצד ההלכה אין שום מניעה להתנות אחרת מתחילה, כיון שחז"ל לא קבעו שאין זו הנהגה ראויה, ובה נחלקו הפוסקים הנ"ל אם המנהג הזה נחשב שסותר את ההלכה. דוגמא נוספת, פועל שלא קבעו מראש את תקופת ההעסקה שלו, מתי אפשר לפטר אותו, שאף שחז"ל קבעו בזה זמנים<sup>26</sup>, מ"מ אם במקום מסוים נהגו אחרת [וכמו אצלנו], נחלקו הפוסקים אם כדי שהמנהג יהיה לו תוקף צריך שיהיה מנהג ותיקין.

## מנהג נגד ההלכה שלכל הדעות לא יועיל בהם אפילו מנהג ותיקין

12. מנהג שבא לבטל מצוות עשה או להתיר איסור גמור [אפילו בענייני ממונות] אין לו שום תוקף, ואם מדובר בדאורייתא, דעת כמעט כל הפוסקים שהמנהג בטל<sup>27</sup>, ואפילו אם מדובר רק בדברנו, לרוב הפוסקים

של הפועל, בזה אם יהיה בזה מנהג נחלקו הפוסקים אם זה נחשב מנהג שסותר את ההלכה.

10. וסברת המחלוקת ביניהם. דעה אחת סוברת, שכיון שבאופן הנ"ל היו הצדדים יכולים להתנות ביניהם אחרת מחז"ל<sup>21</sup>, א"כ כיון שגם המנהג נחשב כתנאי [כי כל הסכם הוא על דעת שיהיה כפי המנהג<sup>22</sup>], אזי כמו שהתנאי מועיל נגד ההלכה גם המנהג מועיל נגד ההלכה, וכלל לא צריך לחידוש הירושלמי שמנהג מבטל הלכה<sup>23</sup>, [ולכן המנהג גם לא יהיה תלוי במחלוקת הראשונים אם צריך שייקבע ע"י מנהיגים או חכמים, וכמו שמועיל תנאי שלא נקבע ע"י חכמים]. אמנם רוב הפוסקים נוקטים שהגם שאפשר לסכם שיהגו שלא כפי ההלכה, בכ"ז אם לא סיכמו ביניהם כך בפירוש, והם מתנהגים כן רק בגלל המנהג, זה גם נכלל במה שהירושלמי קורא "מנהג מבטל את ההלכה", כיון שלולא המנהג לא היו מתנהגים כן אלא כפי ההלכה<sup>24</sup>.

11. דוגמא מצויה למחלוקת הנ"ל, בשכירות בתים שלא הייתה לזמן

## ציונים והערות

את ההלכה, כיון שבהעדר המנהג היה הדין כפי ההלכה, ורק בגלל שיש מנהג הדין הוא שנחשב כאילו התנה. וכ"כ המרדכי (ס' שמג: ב"ב תעז) שהיר' מוסב על הדין של להשכים ולהעריב, וכן הוא בהדיא פשט א' בפירוש ר' יונתן (מובא בשיטה פז, א): "יש לפרש זה הירושלמי על משנתנו שאומרת מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב... ואעפ"י שפועל הכתוב בתורה הוא מזריחת השמש עד שקיעת החמה, דמנהג מבטל הלכה, וכ"כ גם הריטב"א, כי על מש"כ במשנה "הכל כמנהג המדינה" כתב וז"ל: "בדברים כאלו חכמים תלו אותן במנהג ולא בעיני תנאי בני העיר (כוונתו בזה לחלוק על הרמב"ן של הערה 3), ועל כיוצא בזה הוא שאמרו בירושלמי כאן הדא אמרה מנהג מבטל הלכה." וכ"כ בהדיא הרדב"ז (א, סז) וז"ל: "דלא אמרין מנהג מבטל הלכה אלא דין התלמוד אע"ג דמצאו לו סמך מן המקרא... והכי משמע פרק חזקת הבתים גבי פועל בכניסתו משלו וביציאתו מבעל הבית".

יש להוכיח שגם הרמב"ן (שהובא בהערה 3) והרשב"א והר"ן סוברים כן, כי כולם קראו למנהג להחזיר מתנות של החתן כשמתה הכלה "מנהג המבטל את ההלכה", וזו הסיבה שהמנהג אינו קובע, כי אם המנהג לא היה נגד ההלכה הוא היה קובע הגם שאינו מנהג ותיקין, והמנהג נחשב נגד ההלכה הגם שאם מחזירים לא עוברים שום איסור ואין שום מניעה מלהתנות כן, ורק שלולא המנהג לא היו מחזירים מצד הדין כיון שלא התנו מראש להחזיר במקרה של מוות, וזה דומה לדין שעות העבודה של שכיר שלולא שהיה מנהג היה נשאר הדין של הגמ', ואם הראשונים סברו שהמנהג במתנות נחשב שהוא מבטל את ההלכה, א"כ גם להשכים ולהעריב נחשב מנהג שמבטל את ההלכה.

ולהסביר דעתם מדוע נחשב זה מנהג שמבטל את ההלכה אף שאפשר להתנות כן [וכטענת החזו"א והאג"מ], י"ל, שהגם שאפשר לסכם אף שרוצים ובד"כ אנו אומדים דעת הצדדים שרוצים להתנהג כמו המנהג, אבל כשהמנהג הוא נגד ההלכה היינו אומדים יותר שדעת הצדדים הוא להתנהג כמו ההלכה ולא כמו המנהג, כיון שרוצים להתנהג כפי הדין, ורק בגלל שחז"ל קבעו שהמנהג מבטל את ההלכה לכן אומדים שבסבתם נתכוונו להתנהג כמו המנהג, כיון שעשכשו אינו נגד הדין אלא המנהג נהיה דין.

יתכן שהגם שנחלקו מה נחשב למנהג שמבטל את ההלכה, אבל בכ"ז נראה שהמנהג מתי צריכים להתחיל לעבוד לא צריך קביעות של זט"ה או חכמים, כיון שהיא הנהגה שקורה בכל מקרה של שכירות פועלים, ולכן הוא תמיד קביעות של כל בני העיר, וממילא הוא נעשה מאיליו מנהג של כל בני העיר, ואינו כמו להחזיר כסף קידושין של הרמב"ן שמקרה כזה קורה רק לפעמים, וזה דומה מאוד למש"כ החזו"א שהובא להלן (הערה 36) שהוכיח מהותה"ד שמנהג שנוגע לכל בני העיר לא צריך שיהיה של כל בני העיר ביחד כדי שייחשב מנהג של כל בני העיר.

25. מבואר בגמ' (ב"מ קא, ב) ושו"ע (ח"מ שיב, ה-ז).

26. ראה בעלון 31, דין 1 וההערות שנחלקו החזו"א והאג"מ ופוסקים נוספים מהו הזמן לפי חז"ל.

27. המהרי"ק (שורש ט) פסק שמנהג שנקבע ע"י חכמי הדור מועיל אפי' להתיר איסור דאורייתא, ואפילו איסור שאינו של ממון, וזה בתנאי שיש לו עניין מן התורה (וכגון ריקודים בשמחת תורה, שאף שזה איסור ביו"ט מדרבנן, אבל מכיון שסיבת המנהג היא כבוד התורה, ויש ראייה מן התורה שיש להרבות מעשים בשביל כבוד התורה, לכן אפשר לסמוך על המנהג אף שהוא נגד הדין, וכן יהיה הדין לדעתו גם בדאורייתא), והוכיח כך מהגמ' (תענית כח), מזה שרב לא מנע את הציבור מלומר הלל בר"ח בברכה, הגם שלדעתו היה זה נגד הדין וכ"כ הם עברו על האיסור של 'לא תשא'. אבל רבו מאוד החולקים על המהרי"ק. (ולעניין הראיה מהלל בר"ח, הנה לפי דעה א' בשו"ע (תכב, ב) שהציבור יכול לברך על ההלל עפ"י המנהג, וכך סוברים הרבה פוסקים, וכ"ש למנהג בני אשכנז (הובא ברמ"א שם) שאפילו יחיד מברך על מנהג, א"כ בכלל אין בעיה של לא תשא, כי אין

21. כיון שקיי"ל שמתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים וכדעת ר' יהודה (כתובות נו, א).

22. עיין בעלון הקודם ושם בדין 1 והערה 5 שכן כתבו הרבה פוסקים.

23. המחלוקת נסמכת על ביאור מקור הדין "שמנהג מבטל הלכה", והוא הירושלמי (ב"מ ז, א) שהבאנו בתחילה (הערה 1), וכדי להבין המחלוקת נביא את כל דברי היר'. שהנה במשנה מב' לגבי שעות העבודה של שכיר יום שהכל כפי המנהג, והוסיף הירושלמי: "אמר רב הושעיה, זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה, א"ר אימי כל המוציא מחבירו עליו להביא ראייה חוץ מזו". וכאן נחלקו הפוסקים, על מה מוסבת הפיסקא "זאת אומרת המנהג מבטל הלכה", האם היא מוסבת על המשנה הקובעת את שעות העבודה של השכיר, והכוונה היא שעל אף שיש ראייה מהכתובים באיזה שעות הוא צריך לעבוד, אבל כיון שנהגו הרי שהמנהג מבטל את ההלכה, או שהפיסקא "זאת אומרת" מוסבת על הדין של רב אימי, והכוונה היא שאף שבר"כ כשיש ויכוח מה סיכמו בדין הדין הוא שהמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל כאן שיש מנהג אין הטוען נגד המנהג נאמן בטענתו, אפילו שהוא המוחזק והשני מוציא ממנו.

הפני משה (ראה מראה הפנים שם) כתב שדחוק לומר כמו הצד הראשון, וכתב שברור לו כשמש שהפירוש הוא כצד השני, וביאר שהדין של ר' אימי מדויק במשנה עצמה, ולכן הגם ש"זאת אומרת" הולכת על המשנה, אבל הוא נובע מהדין של ר' אימי, וכדבריו נראה ברא"ש (ב"מ ז, א), כי הביא את הדין "זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה" על המימרא של ר' אימי ולא על הדין של להשכים, והיינו שלומדים את הכלל שמנהג מבטל את ההלכה מר' אימי.

בדרך שונה קצת כתב המגיד משנה (שכירות ט, א) שאחר שהביא כל לשון הירושלמי כתב וז"ל: "פירוש, חוץ מזו שנתבאר לפנינו מהשוכר את הפועל ואמר לו כאחד וכשנים וכו', וכוונתו לדין המב' בגמ' בבלי (שם פז, א) 'השוכר את הפועל ואמר לו כאחד וכשנים מבני העיר... משמנין ביניהם', ופירש"י: "כמנהג המדינה בינונית", ובה ביאר ה"ה את היר', שאף שבכל מקום הדין הוא המוציא מחבירו עליו הראיה, כאן שיש מנהג הוא מבטל את ההלכה, וכדבריו ביאר הרמ"ך (הובא בשיטמ"ק פז, א).

ובדרך הזו הלכו החזו"א (ב"ב ה, ה ד"ה ירו') והאג"מ (ח"מ א, עה) מצד סברת עצמם, וטענו שוודאי שדבר שניתן לסכם ביניהם וכמו שעות העבודה זה כלל לא נחשב מנהג שמבטל את ההלכה, שהרי כיון שיש מנהג אזי זה נחשב שהצדדים סיכמו ביניהם כפי המנהג, וז"ל החזו"א: "לענין להשכים ולהעריב לא שייך לומר מנהג מבטל הלכה, שהרי עפ"י הלכה כל תנאי שבממון קיים, ובשעה שבה"ב שוכר את הפועל ע"מ שיתנהג כמנהג המדינה הוא נשכר", וכ"כ האג"מ: "ומה שא"ר מנא בירושלמי ר"פ הפועלים ע"ז זאת אומרת מנהג מבטל הלכה, כוונתו לענין שמועיל המנהג אף נגד טענת ברי ואף להוציא ממוחזק", אבל על מנהג כמו להשכים ולהעריב כתב שאינו נגד ההלכה, וז"ל: "אבל מנהגים כאלו שאם היו מתנים היה מהני מעצם הדין, גם המנהג הוא עצם הדין ממש דהוי כהתנן", וכ"כ במקו"א (ח"מ א, עב).

24. בדברי רוב הפוסקים משמע שלמדו ביר' שמש"כ שהמנהג מבטל את ההלכה היינו גם במנהג לגבי שעות העבודה, וכך משמע שסובר הרי"ף, כי לא הביא כלל את הדין של ר' אימי, אלא אחרי המשנה הביא את היר' "אמר רב הושעיה זאת אומרת המנהג מבטל את ההלכה", וא"כ משמע שהיר' הוא ההסבר בדינים הכתובים במשנה, וא"כ מנהג הקובע את שעות העבודה נחשב מנהג שעוקר את הדין.

וכ"כ החזו"א (ב"מ רפב) וז"ל: "ירוש', אמר ר' הושעיה זאת אומרת שהמנהג מבטל הלכה, פי' אעפ"י שמדין הלכה חייב ליתן להם מזונות כסעודת שלמה בשעתו **אם לא התנה**, אפילו הכי הואיל ונהגו ליתן להם כמו שבעל הבית עצמו אוכל, הלך אחר המנהג, כי המנהג מבטל הלכה", והיינו שעצם הדין שהמנהג עושה שייחשב כמו שהתנה נקרא מנהג מבטל

המנהג בטל<sup>28</sup>. דוגמאות שמצאנו בפוסקים: א', מנהג שלא לתת פי שניים לבכור<sup>29</sup>. ב', מקום שלא חוששים לדיני היזק ראייה, וכגון אם יש מנהג שלא בונים מחיצה בין שכנים בחצר<sup>30</sup>, או שיש מנהג שפותרים חלונות באופן שאפשר לראות מבית אחד לתוך הבית של השכן<sup>31</sup>. ג', אם יש מנהג שלא משלמים לפועלים ביום שגומרים לעבוד, אפילו שזה בדבר של ממון, מ"מ כיון שזה נגד התורה, לכן המנהג אין לו תוקף, והפועל יכול לדרוש שכרו כשגומר לעבוד, [אם לא סוכם במפורש שזמן

#### צינונים והערות

התשלום שלו יהיה מאוחר יותר].  
דוגמאות נוספות השכיחות בזמנינו: א', מנהג של פועלים לקחת לעצמם מוצרי משרד מסוימים כמו נייר ועטים וכו' בלי לבקש רשות מהמעסיק, שכיון שזה גזל מעיקר הדין אין מועיל בזה מנהג. ב', מנהג לחזור מהבטחה מפורשת, שאין למנהג שום תוקף כיון שיש בזה איסור של 'מחוסר אמנה'. ג', מנהג לשכור פועל שמועסק אצל חברה אחרת באמצע תקופת ההעסקה שלו, שיש בזה איסור של 'עני המהפך' «המשך בעמ' 8»

המנהג אלא רק שאם העם נהגו שלא כפי הדין אין צריך למחות בידם, אבל לא להמנהג קובע מעיקר הדין.

הבאר שבע (תשו' כב) אחר שהביא את דברי ר' אייזיק שטיין הנ"ל, הוכיח שעכ"פ באיסור דרבנן מנהג מבטל את ההלכה, והביא ראייה מהגמ' (יבמות קב, א) וז"ל: "אמר רב כהנא אמר רב, אם יבא אליהו ויאמר אין חולצין במנעל, שומעין לו, אין חולצין בסנדל, אין שומעין לו, שכבר נהגו העם בסנדל כו', ש"מ בהדיא דאפי' עבדו איסור שבקינן להו בההוא מנהגא, שהרי ידעין על פי אליהו שההלכה היא הפך מהמנהג, ואפי"ה אמר אין שומעין לו שכבר נהגו העם בסנדל". ובדיחוי ראייתו נאמרו שני יישובים: א', השבות יעקב הנ"ל דחה את הראייה בטענה שהמנהג קדם להכרעת הדין, ורק בזה אומרים שמנהג מבטל את ההלכה. ב', המאירי כתב ששם הציבור לא נהגו שום איסור, וגם אליהו לא סבר שעשו איסור (צ"ע מהיר' (יב), א) שלא נראה כן כי כתב ע"ז "המנהג מבטל את ההלכה", אלא שאולי אליהו יחשוב שעדיף לנהוג אחרת, וז"ל "כל שנהגו העם בענין אחד ואין בו איסור ולא חשש איסור, אעפ"י שיש בו חששא רחוקה, אין מחדשין להם מנהג, אפילו היה הבא לחדש מומחה שבמומחין, והוא שאמרו אם יבא אליהו ויאמר חולצין במנעל - ר"ל לכתחלה ולבטל גזירת חכמים ולהעמידה על דין תורה, שומעין לו, וסומכין עליו שלא יאמר כן אלא לפי מה שיראה שאין שום חשש באותה גזירה שבשבילה גזרו בה, אבל אם יאמר אין חולצין בסנדל, אפילו נראה לו בה חששא רחוקה כגון לגזור יש לו עקב אטו שאין לו, אין שומעין לו, שכבר נהגו העם בסנדל ואין גזירתו יכולה לעמוד". (הבאר שבע כתב שאין סתירה לדבריו מהגמ' בר"ה הנ"ל כיון שהוא איסור דאורייתא, וכבר תמהו עליו, עיין שדי חמד שם).

29. המקרה הזה מובא במהרי"ק (סי' ח), וכתב הרבה טעמים למה המנהג אינו קובע, וביניהם שלפי הא"ז (שהובא בהערה 3) צריך דווקא מנהג ותיקין ופה ודאי אינו מנהג ותיקין, וטען בנוסף שאינו יותר טוב ממנהג טפשים (ראה בעלון הקודם דינים 12-10) שפסק ר"ת שאינו מנהג. ודין המהיר"ק נפסק ע"ז הרמ"א (רפא, ד) וז"ל: "ואפילו במקום שנהגו שאין הבכור נוטל פי שנים אין לילך אחר המנהג הואיל והוא נגד דין תורה, והגר"א (ס"ק טז) העתיק את המקורות הנ"ל.

30. כ"כ הרשב"א בתשו' (ב, רסח), ופירש שהטעם הוא משום שאין מדובר בממון אלא באיסור, וז"ל: "ומ"מ אם נהגו **שלא להקפיד כלל על היזק ראייה שעל הבתים וחצרות**, מנהג בטעות הוא ואינו מנהג, שאין מחילת ההקפדה אלא בממונות, שאדם רשאי ליתן את שלו או לזקוק בנכסיו, אבל **אינו רשאי לפרוק גדרו של ישראל** ושלא לנהוג בצניעות, ובגורם להסתלק שכינה מלישראל הוא, דתנן לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין, וגרסינן עלה בגמרא, מנא הני מילי, אמר רבי יוחנן דאמר קרא וישא בלעם את עיניו וירא את ישראל שוכן לשבטיו, מה ראה, ראה שאין פתחיהו מכוונין זה לזה, אמר ראוין אלו שתשרה שכינה ביניהן".

הרשב"א (ב"ב ב, א) הביא שר' יונה נקט שאם יש מנהג שלא לבנות כותל בחצר המנהג קובע, וחלק עליו והוכיח כן וז"ל: "אין הולכין אחר המנהג בפחות מהוצא ודפנא, דמנהג טעות הוא, ולא כתב רת"ם ז"ל, וכיון שכן הגע עצמך, בפחות מהוצא ודפנא אין מנהגם מנהג, ולא לגדור כלל לא כל שכן", וכן הוכיח הרא"ש (ש"מ ד, א) וז"ל: "מ"מ דבבבא אפילו במקום שנהגו שלא לגדור מחייבין אותו, משום דבבבא נפיש היזקא וכן משמע... למ"ד דאית ליה היזק ראייה שמייה היזק, בחצר דתירי ביה בתשמיש צנוע וגם משמשים בה בכניסה ויצאה, נפיש היזקא מהיזק גינה, וכן עיקר", והסכים לו הר"ן (ג, א). וכן נפסק בשו"ע (קנא, א): "ואפילו יש מנהג בעיר שלא לעשותו אין הולכין אחריו וכופין לעשותו".

31. מב' בתשו' הרשב"א הנ"ל, והוא כלול בפסק השו"ע הנ"ל.  
פוסקי זמננו התלבטו איך ליישב הנהגו היום לבנות בתים עם חלונות מול חלונות של בתים אחרים. המריט"ן (סי' רנג) נסתפק מאוד כמה המרחק שאפשר לחייב שלא יבנו מולו, כי טען שאפשר לראות אפילו בריחוק של כמה מילים, ובכ"ז אי אפשר לחייב להרחיק עד שלא יהיה אפשר לראות בכלל, ולא מצא הוכחה לשיעור מסוים, ולכן פסק: "ולענין הדין בריחוק היזק ראייה, כבר כתבתי דברי המרדכי ז"ל, והכל לפי ראות עיני הדיין ורוחב ביתו, ואם יש מנהג בעיר קבוע הולכים אחריו", והיינו שהיות שיש צדדים לכאן ולכאן ויש צורך לקבוע איזשהו שיעור כמו בכל נזקי שכנים, לכן פסק שעל דיני המקום להכריע כמה לחייב להרחיק, ולכן אם יש מנהג הוא זה שקובע, וכתב בסוף: "ובארצנו צפת אמת מעולם לא שמענו ולא בא לדינו קביעת הזק ראייה ברחוק מקום הרבה", והנה אין הפשט בדבריו שהוא סובר שהמנהג מבטל את הדין של היזק ראייה, אלא שהוא מכריע

הפשט שהמנהג מתיר את לא תשא, אלא שיש לברך על מנהג ברכת המצוה, וכמו שיש לברך על מצוה דרבנן או דאורייתא, ולכן בכלל אין התנגשות עם הלאו של לא תשא, כי המנהג לא בא להתיר לא תשא אלא יש תקנת ברכה על מנהג וממילא אין לא תשא).

28. השדי חמד (סי' לח) האריך בזה, והביא שכמעט כל הפוסקים מסכימים שמנהג שהוא נגד דין התורה אינו נחשב מנהג, וסיכם וכתב וז"ל: "ועל כל פנים מתבאר מדברי הרבנים הנ"ל דאין מנהג עומד נגד איסור תורה", והמשיך: "ואחזה אנכי דבר זה מפורש בספרן של צדיקים שאין כח במנהג לעמוד נגד איסור, אלא שיש קצת מבוכה אם דווקא לדחות איסור תורה... או אף לאיסור דרבנן", והביא שהפרי חדש (שהובא להלן) ועוד הרבה פוסקים נקטו שאפילו נגד איסור דרבנן לא תופס מנהג.

וכ"כ מהר"ר אייזיק שטיין בבאורו לסמ"ג: "ונראה לי דלא קשיא מידי, דהתם בפרק הפועלים מיידי לענין ממונא, ויש כח ביד חכמים להפקיע ממונא דהפקר ב"ד הפקר, אע"ג שדין תורה להיפק, וכן מציינו בפרק איזה נשך האי סטומתא קניא ובאתרא דנהגי למיקני כו', אבל בירושלמי דאלמנה לכ"ג מיידי לענין איסורא, ובאיסורא אין שייך להתיר דבר האסור מחמת מנהג, ולהכי אמרינן אם הלכה רופפת הלך אחר המנהג", ולדבריו מנהג יכול לקבוע נגד הדין רק אם מועיל הפקר ב"ד, וכ"כ הרדב"ז (א, שנט): "דנהי דמנהג מבטל הלכה, ה"מ דיני ממונות, אבל לבטל את האיסור, אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה', וכן כתבו כל המפרשים ז"ל בתורת המנהגות, והנה אכתוב לשון כתוב אצלי זה שנים כשלמדנו פסחים, והוא להריטב"א ז"ל (מופיע בחי' הריטב"א פסחים נא, א ד"ה גופא) בשם רבותיו נ"ו (הרא"ה), אחר שכתב כל חלקי המנהגות אמר, והדבר פשוט שאין משנתנו וכל הגמרא ועובדי אלא במנהג שהוא להחמיר, אבל במנהג להקל לעולם אין חוששין לו, ואפילו היה על פי גדולים שבעולם, כל שנראה שיש בו צד איסור לחכם בעל ההוראה אשר יהיה בימים ההם".

הפוסקים שפסקו שגם נגד איסור דרבנן א"א לסמוך על מנהג, הביאו ראייה מדברי הגמ' (ר"ה טו, ב) שמקשה "במקום איסורא כי נהגו שבקינן להו", והיינו שמבטלים מנהג שהוא נגד הדין, והנידון שם היה אודות דיני מעשרות בפירות האילן, שלרוב הפוסקים כל החיוב לעשר אינו אלא מדרבנן, וז"ל הריב"ש (תשו' קכב): "ומה ששאלת אם יש לגעור במנהג זה אם לאו, דבר פשוט שכיון שהוא אסור שאין מניחין אותם לנהוג כן, כדאמר' בפ"ק דראש השנה גבי מעשר הרובין כי נהגו במקום אסורא מי שבקינן להו", וכן פסק הפרי חדש (סי' תצו כלל י'): "ומה שחילק בספר משא מלך בין מנהג שהוא עקירת מצוה מן התורה למנהג דאיסוריה מדרבנן, ליתא, דהא מעשר חרובין מדרבנן, ואעפ"כ פרכינן בפשיטות דכי נהגו במקום איסורא מי שבקינן להו", וכן פסק הזרע אמת (ג, סא, ד"ה תשובה). והנה המג"א (ס"ק כב) הביא את המהיר"ק הנ"ל שלדעתו "ואפילו יש במנהג צד איסור אין לבטלו", והעיר ע"ז החת"ס (הגהות סי' תרצ): "נצין פ"ח מנהגי איסור שלו דדחה הא דמהר"ק בראיה ברורה (והיינו הגמ' בר"ה הנ"ל)". גם השבות יעקב (ב, ו) הביא את הפ"ח ועשה מעשה כדבריו, (וחדש עוד שכל הדין שנאמר בש"ס שמנהג מבטל את ההלכה לא נאמר אלא כשהמנהג היה נהוג לפני שקבעו את ההלכה, ועיין להלן מה שיישב על זה).

אכן היד דוד (פירושו לר"ה שם) יישב את דעת החולקים שיש תוקף למנהג גם נגד איסור דרבנן, שהם הבינו את הגמ' בר"ה כמו שהבין הראב"ד (הל' מע"ש א, ג) שהגמ' עצמה מחלקת בין איסור דאורייתא לבין איסור דרבנן, ובה היא מיישבת בהמשך הסוגיא "כי אמינא לך אנה מעשר חרובין דרבנן ואת אמרת לי שביעית דאורייתא", כוונת הגמ' היא לחלק שרק כשיש איסור דאורייתא לא הולכים אחר המנהג, אבל באיסור דרבנן כן הולכים אחר מנהג, וכ"כ הראב"ד בפירושו וז"ל: "כיון שמעשר האילן מדרבנן, אם נהגו שלא כדן לא מיחו בידם". אמנם כבר העירו האחרונים (ביביע אומר ו, יו"ד לב, ג) הביא כן בשם הערך השלחן והזרע יעקב) שמהראב"ד רואים רק שסובר שבענין שיש בו מחלוקת בהלכה, והציבור נהגו כדעה א', שאז הגם שעיקר ההלכה הוא כהדעה השניה, בכ"ז לא מוחים בהם בדין דרבנן, אבל אין ראייה מדבריו למקום שהמנהג סותר דין דרבנן לכו"ע שאפשר לנהוג כמו המנהג נגד הדין. בנוסף במאירי רואים להדיא שלא למד הסוגיא כמו הראב"ד, כי כתב על הסוגיא הזאת "אעפ"י שאמרו מנהג מבטל הלכה, לא אמרו אלא במקום שהלכה מקילה ומנהג מחמיר, או שהמנהג מיקל אלא שאין בדבר איסור, הא אם היה המנהג בא להקל במקום איסור מיהא אין שומעין לו", וגם הרמב"ם (שם) לא למד הסוגיא כהראב"ד, כי הביא את הדין של חרובים כדן ולא מצד מנהג, וא"כ ברור שלא למד שמנהג מבטל דין דרבנן. וגם יש להעיר שגם הראב"ד לא כתב שהולכים אחר

## נזקים שנגרמו מסיגריה בוערת

העיפה את הבדל, ונאמר שכיון שהרוח סייעה להיזק לכן יפטר מטעם גרמא. כי לא מיבעיא לדעת הנתיחה"מ (שם ביאורים י"ח) שכל הפטור שם הוא מחמת שאין התורה אוסרת על האדם לנפץ פשתנו כי התורה אינה מחייבתו להימנע מתשמישים, שזה כמובן אינו שייך בהשלכת בדל סיגריה, אלא אף לפי מה שביאר הש"ך (תי"ח ס"ק ד') שהפטור הוא מטעם שהרוח מוליכה את המוץ היפך מכוונתו, וא"כ אף כאן לכאורה הרוח מעיפה את הבדל היפך מכוונתו שיפול לארץ, גם לטעם זה אין השלכת בדל דומה לדין השו"ע, וכמו שיבואר.

שהנה פשוט, שכל הפטור בהולך היפך כוונתו אינו אלא בדבר שהוא כעין מוץ, שמצד עצמו אין בו מציאות היזק כלל, ורק הרוח היא שלוקחתו ומזיקה בו, וממילא כל התביעה עליו היא אחריות על מה שעושה הרוח, וע"כ כשהרוח מעיפה את המוץ היפך כוונתו פטור והוי גרמא בעלמא. אבל דבר שבמציאות יש לו אפשרות להזיק והאדם פשע בו ולא שמרו, בזה פשוט שחייב מטעם אש.

והדברים מפורשים בדברי הראשונים בב"ב (כ"ו ע"א), וז"ל התוס' (שם ד"ה זיקא) על הדין של מוץ: "קשיא לר"י, דליחייב משום אש מידי דהוה אבנו וסכינו ומשאו וכו', ואומר ר"י דלא דמי לאש, דאין חייב משום אש אלא כשעשה האדם את האש לבדו כדכתיב המבעיר את הבערה בלא סיוע הרוח, ואח"כ הולכת על ידי רוח מצויה, אבל הכא אין עושה לבדו כל עיקר אלא ע"י הרוח, דאי לאו רוח לא הוה רקתא אזלא כל עיקר, ודמי לליבה וליבתו הרוח דפטור" ע"כ. וברשב"א שם כ' וז"ל: "שאני התם דממונו ממש הוא דמזיק, שהאש היא ששורפת, וכן כובד האבן והסכין הם שמזיקים, והלכך אפילו כח אחר מעורב בו חייב, דממונו הוא דאזיק, אבל הכא הרקתא בעצמה אינה מזיקת, אלא שהרוח הוא שמסער אותה ומכה בה על פני העוברים" ע"כ. וא"כ כיון שעצם הבדל יש בו מציאות היזק אף בלא כוח הרוח, א"כ חייב על מה שהרוח ממשיכה את מעשהו, ואין מקום כלל לפוטרו מטעם שרוצה שינוח הבדל בארץ, שהרי פושע בממונו העלול להזיק וע"כ חייבתו תורה.

### ג. הדין כשהניח את הבדל ברה"ר וניזוק השני

בכל אופן שהונח הבדל ברה"ר, כיון שנחשב כבור שפטור בכלים [שבכלל זה בגדים, וכמבואר בב"ב (מ"ח ע"ב) שכל דבר שאין בו רוח חיים הוא כלים], לכן א"א לחייב את מניח הסיגריה, אלא שמ"מ יתכן שיש לו לשלם כדי לצאת ידי שמים, וכמו שיבואר. הנה בקה"י (ב"ב ס' ד') דן, מהו עיקר החילוק בין בור לאש, אם הוא במה שהאש עושה פעולת נזק בניגוד לבור שאינו עושה כל פעולת נזק אלא הניזק ניזוק בו, או שעיקר החילוק הוא במה שהבור מזיק רק במקומו ואילו האש הולכת ומזיקה במקום אחר, ונפ"מ במניח גחלים בתוך בור ונפלו שם בגדים ונשרפו, שאם עיקר אש הוא במה שעושה פעולת היזק, כאן שהוא אש יתחייב בנזק [אף שבור פטור בכלים], ואם עיקר אש הוא במה שמזיק חוץ למקומו, כאן שהגיעו הבגדים וניזוקו באש אינו אלא בור ופטור על הכלים.

והסיק הקה"י, שעיקר החילוק הוא אם מזיק במקומו או שהולך ומזיק במקום אחר, והוכיח כן משני מקומות. א', מזה שפטור נזק של כלים שנגרם מההבל שבבור, והאריך להוכיח שההבל נחשב כעושה מעשה היזק, ואעפ"כ זהו חידוש התורה שכיון שהניזק מגיע למקום הנזק נחשב בור ולא אש. ב', מדברי הראשונים ריש ב"ב (ו' ע"א) גבי כותל ואילן שנפלו, שלדעת התוס', הרא"ש והרשב"א, חיובם הוא מטעם בור אפי' בשעת נפילה, ולא דנו הראשונים שייחשב אש אלא כשהכותל והאילן הולכים ומזיקים חוץ למקומם, אבל מצד עצם זה שמזיקים בצורה שעושים פעולת נזק לא דנו הראשונים שלא ייחשבו בור, ומוכח שעיקר גדרו של בור הוא במה שהניזק בא אליו ואיננו הולך ומזיק.

(ומה שכותל ואילן נחשב מזיק במקומו אפי' כשהכותל והאילן נופלים על הניזק, ביאר בנחלת דוד שהוא מחמת שמקום נפילתם מוגבל ונחשב שהניזק בא למקום המזיק, עיי"ש, ועי' באבהא"ז פ"ג מהל' נ"מ הי"ט שהאריך בזה, ודן לתלותו במח' תנאים בירושלמי, ואכ"מ).

אמנם לכאורה יש להקשות ע"ז מדברי הרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"ד הי"ג), הטור וש"ע (ס' תי"ח ס"ב), שפסקו שגמל טעון פשתן שעבר ברה"ר, והניח חנוני נרו מבחוץ ונאחזה האש בפשתן והדליקה הבורה, חייב החנוני אף בדמי פשתן לבעל הגמל, ולכאורה כיון שנתבאר שדבר המזיק במקומו והניזק בא אליו נחשב בור, ואפי' בדבר העושה פעולת היזק, א"כ מדוע חייב החנוני לבעל הפשתן, והרי זה בור שפטור על הכלים. ובפרט הטור שפסק (ס' תט"ז) כאביו הרא"ש שכותל ואילן שהזיק בשעת נפילה הוו בור, וכאן פסק שחייב בדמי הפשתן, וא"כ סתרי דבריו אהדי.

וע"כ לומר, שמה שחייב חנוני בדמי הפשתן, היינו בשאר הפשתן שלא נגע באש ממש, אלא שהאש נתפשטה והזיקה אותו. אמנם זהו דוקא משום ששאר חבילת הפשתן נשרפה ע"י מה שהאש נתפשטה והזיקה חוץ למקומה, אבל מה שהאש מזיקה במקומה, ודאי שאף להרמב"ם והשו"ע היא בור ולא אש.

### שאלה

א. אדם הלך ברחוב ובידו סיגריה בוערת, ועבר לידו אדם אחר ונתחך בסיגריה וחליפתו נחרכה, מה דין המעשן? ב. מי שהשליך מידו בדל סיגריה בעודה בוערת, ועף הבדל וחורר בגד של אדם אחר, מה דין המשליך? ג. מי שהניח בדל בוער ברה"ר במקום שיכולים בני אדם להיזק בו בדרך הליכתם, ובגדו של אדם אחר ניזוק ממנו, מה דין המניח?

### תשובה

א. אם התנהג עם הסיגריה בצורה רגילה ולא היה לו להיזהר, הדין תלוי: שאם הזיז את הסיגריה [שלא במכוון] לעבר הניזק, הדין תלוי במחלוקת הראשונים, ואם הניזק נדחק בסיגריה הרי הוא פטור לכל הדעות. ואם התנהג בצורה שאינה ראויה כלפי שאר העוברים ושבים, וכגון שהחזיק את הסיגריה באופן שבלט לכיוון בני רה"ר, או שעמד עם הסיגריה במקום שאסור היה לו לעמוד שם, אזי הוא חייב בנזק. ב. בכל אופן שהעפף את הסיגריה והזיקה הוא חייב בנזק. ג. בכל אופן שהסיגריה הזיקה לאחר שהונחה ברה"ר, הוא פטור בנזק החליפה.

### מקורות ונימוקים

#### א. הדין כשאחז הסיגריה בידו והשני ניזוק

שנינו במשנה: אדם מועד לעולם (ב"ב כ"ו ע"א), ובכלל זה שחייב לשלם בין אם הזיק במזיד ובין בשוגג ואפי' באונס (ס' שע"ח ס"א), וכן חייב בכל רשות שיזיק, ואפי' אם השני נכנס לחצרו בלי רשותו (בתנאים מסויימים) חייב המזיק (שם ס"ו), ומ"מ במזיק ברה"ר חייב רק באחד מהאופנים הבאים.

א', אם המזיק מתנהג ברה"ר באופן שאין לו רשות להתנהג כך והניזק מתנהג בצורה רגילה [כ"כ החזו"א (ס' ד' ס"ב) ד"שלא ברשות' אין הכוונה דוקא שאין לו רשות להיות במקום זה, אלא שמתנהג ברה"ר שלא כמנהגו של עולם], וכגון שהמזיק רץ ברה"ר בזמן שאסור לו לרוץ (שם ס"ח), או שנעמד ברה"ר באופן שהיה עליו להזהיר את העוברים ושבים ולא עשה זאת (ס' שע"ט ס"ב-ג), באופנים אלו חייב אפי' אם ניזוקו בו אחרים בלא שום מעשה מצדו, כי עצם הנהגתו שלא כדין ברה"ר מחייבת אותו בתוצאות הנגרמות ממעשהו.

ב', באופן שגם המזיק וגם הניזק התנהגו ברשות, אזי מחייבים את המזיק רק אם הוא מוגדר שהוא זה שהזיק, אבל אין מחייבים אותו אם הניזק הוא זה שבא והזיק ממנו. ולענין מה נחשב הזיק ומה נחשב הוזק, הוא מח' ראשונים, שרש"י (דף מ"ח): ס"ל שהזיק הוא מי שעשה מעשה היזק בידים, והוזק הוא שחבירו ניזוק בו בלי שעשה מעשה. והרמב"ם ס"ל שהזיק הוא מי שמזיק בכוונה, והוזק הוא כשהמזיק הזיק בלא כוונה (עי' בס' שע"ח ס"ו ובבהגר"א שם ס"ק י"ז באריכות בדעת הטור והשו"ע ואכ"מ).

ומעתה לעניננו, הנה היה מקום לומר, שעצם זה שאדם הולך ברה"ר עם דבר שיכול להזיק, הוא נחשב תמיד כשלא ברשות, אמנם במשנה (ל"ב). ובשו"ע (שע"ט ס"ג) מבואר להדיא לא כן, כי אף בהולך ונרו בידו ושרף פשתנו של חבירו, אינו חייב אלא באופן שמתנהג שלא כדין ברה"ר, כגון שעמד ולא הזהיר.

ובאופן כשנוהג שלא כהוגן שחייב, מבואר במשנה ובשו"ע הנ"ל שחייב אף על כלים, ואע"פ שלא עשה מעשה אלא חבירו נתקל בו, מ"מ לא נחשב כבור ברה"ר [שפטור בכלים] אלא כאדם המזיק. וכ' רבינו פרץ (הובא בשטמ"ק דף ל"א כ"ב) הטעם וז"ל: "אע"ג דלא הוי מעשה בפשיעה, ז"מ מ"מ נחשב אדם המזיק, משום עמידתו שאינו ראוי", והיינו שכל נזק שצריך את כוחו כדי שהנזק יקרה, נחשב אדם המזיק ולא בור. ולכן במקרה זה שאדם הולך עם סיגריה בוערת בידו, כיון שעצם העישון הוא דבר הרגיל ברה"ר, יהיה חייב רק באופן שנהג שלא כהוגן עם הסיגריה שבידו, כגון שהחזיקה באופן שבלט לכיוון בני רה"ר, או שעמד עם הסיגריה במקום שאסור היה לו לעמוד שם. ואם נהג ברשות, אם עשה מעשה והזיז את הסיגריה לכיוון הניזק, יהיה תלוי במח' הראשונים הנ"ל, ואם לא עשה מעשה ולא נתכוון להזיק, ועבר אדם אחר וניזוק בו, פטור, כדן שניהם ברשות שבהוזק פטורים.

#### ב. הדין כשהשליך את הבדל וניזוק השני

בהיזק כזה אף שפשוט שחייב, אבל יש חילוק בטעם החיוב באיזה כוח עף הבדל, שאם הבדל עף מכוח הזורק הרי הוא אדם המזיק גמור, ואם הבדל עף ע"י הרוח הרי הוא חייב מדין מזיק באש, שאז הוא חייב משום חציו.

והנה נפסק בשו"ע (קנ"ה ס"ד), שאם הרוח המצויה הולכה מוץ ועפר [שנופלים ומתפזרים בשעה שמנפץ הפשתן] והזיקה בהם, שפטור מלשלם, כיון שהרוח סייעה להיזק והוא נחשב רק כמזיק בגרמא. אכן אין לדמות לזה את האופן שהרוח

ואין הנידון בקה"י ובנחל"ד אלא במקום שאין צורת הנזק באופן של התפשטות של אש, אבל כשמדובר בדבר שמתפשט ומזיק, א"כ כל נזקי נחשבים נזקי אש בוודאי אף אם הניזק בא אליהם, (ומדוקדק כן מעיקר הנידון בקה"י, שהוא דוקא בגחלים המונחים בבור באופן שאין יכולים הגחלים להתפשט חוץ ממקומם ולהזיק, עיי"ש). ומ"מ מקום שניזוק ע"י שנגע באש ונחרך פשוט שנחשב בור ופטור על הכלים. וא"כ בנידון דידן, בדל זה המונח ברה"ד, אפי' שמונח בפשיעה גמורה במקום שבנ"א יכולים להינזק בו, עדיין הוא בור, ופטור על כלים שנחרכו במגע עם האש הדולקת. ולגבי לצאת ידי שמים, בחזו"א צידד לומר (בס"ב' סק"ז) שכל מקום שפטרה תורה פטור אף בבא לצאת ידי שמים, אמנם בקובץ שיעורים (ב"ב ע"ה) דן לחייב על כלים בבור מטעם גרמא, ובברכ"ש (ס"ב' אות ב') כתב שבכלים בבור וטמון באש חייב לצאת ידי שמים, כיון שלא נתמעטו אלא מדין תשלומין ולא מדין שמירה, ודלא כשו"ר ברה"ד עיי"ש.

## המשך מעמ' 6 | הלכות שכירות פועלים

בחררה'. ד', מנהג לפטר בעלי שררה - וכמו רב - בלי סיבה מוצדקת, כיון שלומדים מפסוק שאסור לפטר בעל שררה<sup>32</sup> [אלא א"כ התנו איתנו מראש שהמינוי הוא לזמן קבוע].

13. אף שכתבנו (בדין 6) שהמנהג יכול לחדש צורות קניין חדשות שלא תוקנו ע"י חז"ל, מ"מ אם חז"ל שללו בפירוש קניין מסוים שאינו מועיל, וכגון קניין כסף שחז"ל למדו מפסוק שאינו מועיל לקנות מטלטלים גם בישראל וגם בגוי, וכן מדרבנן בישראל לא מועיל קניין כסף, בזה לדעת כמה פוסקים לא יועיל בזה מנהג<sup>33</sup>, ויש חולקים וסוברים שגם קניין זה

מועיל אם נהגו בו, ואפילו אם אינו מנהג ותיקין<sup>34</sup>.

### מנהג נגד ההלכה שלכל הדעות אין צריך שיהיה מנהג של תלמידי חכמים או זט"ה

14. בעלי אומנות מסוימת במקום מסוים שקבעו לעצמם מנהגים ביניהם, גם אם הם נגד ההלכה, לכל הדעות אין צריך שייקבעו ע"י טובי העיר או ע"י חכמים<sup>35</sup>, ודי בזה שבעלי האומנות נהגו כך מעצמם<sup>36</sup>. אכן הדין הזה נאמר רק כשאין חכם בעיר שמתעסק בזה, או אפילו אם יש חכם שמתעסק בזה, אבל המנהג שלהם אינו עלול להפסיד לציבור הרחב<sup>37</sup>.

## צינונים והערות

ודבריו נפסקו ברמ"א (רלא, כח). גם הרדב"ז (א, סז, וכן בתשו' תקמ"ד) התייחס לזה, וכתב כך מעצמו שתקנת בעלי האומנות - זה עצמו נחשב מנהג ותיקין, וז"ל: "ואע"ג דבעיני שיהיה נקבע על פי ותיקין, חמרים וספנים לדידהו ותיקין ניהו". וכ"כ גם המהר"ש (ב, ט): "התם ג"כ הוא ע"י תנאי שמתנין ביניהם כדתינו גם כן ורשאין החמרים להתנות".

דרך אחרת בזה מב' בתרומות הדשן (ס"ו שמב), והביא דבריו ונקט כן גם הבאר שבע (ס"ב, כב), והתירוץ הוא, שגם האו"ז מודה בדברים שהמנהג נוגע לציבור ולא רק לב' או ג' יחידים [וכמו שם שמדובר איך לחלק הוצאות בין הרבה חמרים] שאז לא צריך להיות מנהג ותיקין, כיון "דאי מצרכת להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר לעולם תהא מריבה ביניהם, משום הכי מעיקרא מחלו אהדי לותר על דין תורה, וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו", משא"כ בשכירות פועלים שהמנהג רק קובע את היחס בין שני אנשים - המעסיק והפועל, בזה אפשר לדרוש שהמנהג יהיה מנהג ותיקין. לפי דרך זו, לא כל מנהג של בעלי אומנות יהיה תקף אם אינו עפ"י חכמים, כמו"כ, לפ"ז אינו דין מיוחד בבעלי אומנות, אלא ה"ה בכל דבר שנוגע לציבור ולא ליחידים, וראה בעלון הקודם דין 12 שפוסקים את הדין של התה"ד.

דרך נוספת כתב הקרית מלך רב (אישות כ, ה), ששאני חמרים שהחכמים אמרו "ולא ישנו ממנהג החמרים", כי תמיד מה שצריך מנהג ותיקין הוא כדי שיהיה למנהג כח של הפקר ב"ד הפקר, ולכן במנהג חמרים שהגמ' אמרה בפירוש שלא ישנו ממנו, הרי שחז"ל בעצמם הפקירו את הממון. (אמנם ראה לעיל הערה 6 שמכוח קושיה זו למד המהר"ק פטש מחודש בשיטת האו"ז).

36. לענין כמה מבני אותה אומנות צריכים להסכים, מצאנו לענין התקנות של בעלי אומניות שהפ"ת (ס"ק ה) כתב בשם הלבוש: "דוקא שהיו כולם יחד ותקנו ע"פ הרוב", ורע"א (רלא, כח) מביא את השו"ת מגן גבורים שבמקרה שהתוצאה של המנהג הוא רווח להאי ופסידא להאי (כמו שהיה במקרה של המגן גיבורים שנחלקו הסוחרים איך לחלק את נטל המיסים), בזה נחלקו הרבה פוסקים אם צריך הסכמת כולם או די ברוב, אבל בלא"ה (כמו במקרה של החמרים בגמ') די ברוב לכו"ע. האג"מ (הו"מ א, נט) כתב בדעת השו"ע [שנובעת מהרמב"ן הנ"ל] "ופשוט שתלמי ברובם", ורק מצריך שכולם יידעו כדי שיהיה הרוב מתוך כולם, ולפ"ז לכאורה ה"ה לאלו הסוברים שהטעם שמועיל מנהג בעלי אומניות הוא בגלל שכן תקנו ביניהם, אבל החזו"א (ב"ב ה, ב) הוכיח א', שכדי לקבוע מנהג חמרים לא צריך שישבו ביחד ויסכימו כך, אלא די שנהגו כן, וכמו במנהג של בני העיר שמב' כן בתה"ד (ס"ו שמב) שדי שהציבור נהגו כן ג' פעמים, וב', הוא מחלק (ה, ג) שאם התקנה מוחלטת שהיא לטובת כולם די ברוב, אבל אם אינה תקנה מוחלטת שהיא טובת כולם צריך שכולם יסכימו.

37. כבר הבאנו את לשון הרמב"ן שכתב כך להדיא, וכדבריו נפסק השו"ע (רלא, כח) "רשאים בעלי אומנות לעשות תקנות בענין מלאכתם... הגה והא דבני אומנות יכולים לתקן ביניהם תקנות, היינו כולם ביחד, אבל שנים וג' מהם לא מהני, בד"א במדינה שאין בה חכם חשוב ממונה על הציבור, אבל אם ישנו, אין התנאי שלהם או של כל בני העיר מועיל כלום... אלא אם כן עשו מדעת החכם, הגה מיהו אם ליכא הפסד לאחריני יכולין לתקן ביניהם מה שירצו".

כמה לחייב להרחיק כדי שהציבור יכול לגור בשלום. בספר ציון למשפט (עמ' קלט) מובא שהמחבר שאל את הגרי"ש א"צ"ל אודות מנהגו, והגרי"ש א"א אמר: א', שהסיבה שמוותר לבנות כך היא בגלל ש"לכתחילה לא נתנה העירייה ולא הקציבה קרקע לבניה אלא על מנת שלא יקפידו בעניין חלונות זה כנגד זה". ב', בנוסף הוא התנה שעכ"ז זה שבונה חלון מול חלון צריך לשים וילון ולהחזיקו סגור. וצ"ע במציאות אם באמת העיריית מקפידות כ"כ שיבנו חלון מול חלון, או שהקבלנים מחליטים מעצמם לעשות כן. גם בשבט הלוי (י, רעב) דן בזה אבל לא כתב דבר ברור.

32. ראה בעלון 31 דין 2 והערה 4 באריכות שעוברים על הפסוק "למען יאריך ימים על ממלכתו", ועל הדין של מעלין בקודש ולא מורידים.

33. כ"פ האבני נזר (י"ד תה), ומהטעם שהגמ' (בכורות יג, א) לומדת מפסוק שא"א לקנות בכסף גם מישראל וגם מגוי [ונחלקו רש"י ותוס' מה מועיל בכ"א מהם] ואינו ברור בדבריו אם יועיל בזה תקנת זט"ה. מהסמ"ע (רא, ד) מוכח שסובר שאפילו אם המנהג [של קניין כסף] הוא רק נגד תקנה דרבנן הוא ג"כ לא יועיל, כיון שהוא נדחק ליישב איך במקרה מסוים מועיל קניין כסף מדין סיתומתא, והרי יש חשש שהמוכר יטען "נשרפו חיטך בעליה" - ומחמת חשש זה עקרו חז"ל את הקניין כסף, וא"כ רואים מדבריו שסובר שאף שנהגו בקניין כסף, כל זמן שהוא סותר את החשש של חז"ל אין תוקף למנהג מדין סיתומתא.

34. המחנ"א (שלוחין ס"ס טו) כתב שבמקום שגויים קונים זה מזה בכסף גם יהודי יקנה מגוי בכסף מדין סיתומתא, והמהר"ש (ו, רכג, וכן במשפט שלום (רא, א)) כתב שאם נהגו יהודים לקנות מטלטלין בכסף מועיל המנהג מדין סיתומתא, וכתב שגם השואל ומשיב הסכים לו.

35. מב' בגמ' (ב"ק קטז, ב) לגבי שיירא שיצאה לדרך ש"אם שכרו תייר (פירש"י מראה להם הדרך) ההולך לפנייהם, מחשבין אף לפי נפשות, ולא ישנו ממנהג החמרין", ופירש רש"י שמנהג החמרים היה "שאם נהגו לתייר לפי ממון או לפי נפשות עושיין", והיינו שחז"ל קבעו כמה לגבות מאו"א, אבל הם עצמם אמרו שאם החמרים נהגו אחרת, המנהג של החמרים קובע.

והנה הרבה פוסקים התקשו איך מתיישבת הגמ' עם דעת הרמב"ן והאו"ז (הערה 3) שמנהג שהוא נגד דין חז"ל צריך להיקבע דווקא ע"י החכמים או אנשי העיר.

הרשב"א (ב, רסח), אחר שכתב בדומה לרמב"ן המשיך וכתב: "ואם אין שם (תלמיד חכם שיתנו בפניו), תנאם ומנהגם מנהג, ודנין בו ביניהם כדן תורה, דכיון דהתנו והגו בו כל בעלי אותה אומנות הרי הן כבני עיר אחת", והיינו שבדיוק כמו שמועיל הסכמת כל בני העיר אף במנהג נגד הדין, כך גם מועיל אם יש הסכמת כל בני אותה אומנות, שכיון שהמנהג נוגע רק לבני אותה אומנות, הרי שלגביה הם ממש כמו כל בני העיר. החקרי לב (עמ' רחצ) הביא את דברי הרשב"א האלו, ועם זה דחה כל מה שהפוסקים האחרים העלו מכח הקושיא הזאת. והנה הדברים מבוארים ברמב"ן עצמו, כי כתב לפרש בזה את מה שמבואר בגמ' (ב"ב ט, א), שבעלי אומניות יכולים לתקן תקנות לעצמם, וז"ל: "היכא דליכא אדם חשוב, א"נ ליכא למיחש לפסידא, דוקא דמתנו כל טבחי מתא, א"נ כל אומני דההוא אומנות, משום דהוו להו בני העיר לגרמיהו, אבל תרי תלתא דמתנו במאי קנו",