

היחס בין המנהג וההלכה במאה התשיעשרה

הרכה נכתב על המנהג ועל היחס שבין לבין ההלכה¹ אך דומה שהחומר ההלכתי עצמו בחיבוריהם של חכמי המאה התשיעשרה באשכנז לא נחקר במידה מספקת.

החוקרים² הסתמכו על ביטויים כגון 'מיום עמדו על דעתי אמרתי מנהג אביר' תינו הקדושים תורה היא', או 'כל מנהג אבותינו בניו על היסוד ולא דבר ריק הוא'³, המופיעים בתשובות המהרי"ל ורצו ללמוד מהם על יחסם של חכמי אשכנז בתקופה זו אל המנהג. אך כבר הראה מורי פרוש⁴ א.א. אורבך⁵ כי לשון 'מנהג אבותינו תורה היא' מצוי גם לפני תקופת המהרי"ל⁶. ואכן, נוכל למצוא לשון זה וכיוצא בו גם לאחר המאה התשיעשרה⁷ וגם מחוץ לאשכנז⁸.

1 'פרי חדש' לאר"ת, סי' תס"ח ותצ"ו; 'פחד יצחק', ערך מנהג; 'נחלת שבצה', סי' כ"ז, סעיפים ו–ט"ז; 'שדי חמד', כללים, מערכת המ"ס, כלל לו–ל"ח (ולפי שהוא המנהג, מקצוע גדול בתורה ויש חלוקים רבים... אמרתי אלקטה באמרים וכו'); מהרי"ן תיבת בידרכי התורה, כל חלק א; הוירוצקי ב'השלוח', כרך ו; פרלס בס' היובל לר' ישראל לוי; ב"צ כץ, 'מוקנים אחבונן', מהדורה שניה, ת"א תשכ"ח; י. אונא, Der Minhag 'בישורון', כרך י; 'צירוביץ ב'תולדות ההלכה', כרך א, עמ' 144; הרב פישמן בס' היובל לב. מ. לוי; הרב פוגלמן בס' הזכרון להרב קוק (ירושלים תש"ה); מהנא ב'מזכרת', סי' הזכרון להרב הרצוב.

M. Güdemann, Geschichte des Erziehungswesen, v. III, p. 13

2 שו"ת מהרי"ל, סי' ט–נ"ג.

3 ב'צווגה המושם', חלק ב, עמ' 4, הערה 8 ובחלק ד, עמ' 43.

4 בסחור ויסרי, עמ' 627; ב'פרדסי' (הוצ' ארנרייך), עמ' ש"ז; ב'לקוטי הפרדסי' ט, ב; בתוספות מנחות כ, ב, ד"ה גמסל; וכסור אורח"חיים, סי' תקצ"א. ב'שבלי הלסט', סי' ל"ה, נמצא אף בצורת חרות 'מנהג אבותינו תורה משה רבינו'.

5 'אל תתוש תורת אמן' – כלומר 'מנהג אבותיך היא תורה' (מהרש"ל בביאורו לשערי דורא, סי' ג"ח, ובדומה לזה ביום של שלמה לגיטיו, פרק א, סי' י"ב). רק מנהג אבותינו תורה היא' (הרמ"א בידרכי משה לורה דעה, סי' ל"ט וקט"ו). וראה גם ב'שלטי גבורים' לברכות ס"ג, ב.

6 בספרד אנו מוצאים את ר' מימון, אביו של הרמב"ם, כותב: 'אין להקל בשום מנהג ואפילו מנהג קל' (מובא ע"י פרוש' ש. אברמסון בספרו 'רב נסים גאון', עמ' 328) ובחשובות הרשב"א המיחסות לרמב"ן, סי' ר"ס; 'מנהגן של ישראל תורה היא'

היחס בין המנהג וההלכה במאה החמש-עשרה

השאלה שעלינו להעמיד לדיון, איננה אם קיים יחס חיובי כללי למנהג. דבר זה ברור בתלמודים⁸, בתשובות הגאונים⁹ ובכל הספרות הרבנית¹⁰. אולם אם ברצוננו לעמוד על המיוחד שבגישה חכמי המאה החמש-עשרה אל המנהג, עלינו לעסוק בניתוח מנהגים שאינם עולים בקנה אחד עם ההלכה. הקשר ביניהם אינו בולט תמיד לעין, ויש שאין אנו מגלים את נקודת-המגע אלא לאחר השוואת המקבילות ובדיקת המקורות¹¹. להבנת עמדתם בבעיית המנהג וההלכה, ראוי לסקור, תחילה, את דעת הראשונים¹² בגידון. בדרך זו נוכל לראות מה נחחדש בבית מדרשם של חכמי המאה הזאת.

א. היחס בין המנהג וההלכה אצל ה'ראשונים' באשכנז
הסגירות על מנהגים הנראים תמוהים מבחינת ההלכה — תופעה בולטת בכתביהם של חכמי המאה התשע-עשרה — מצויה גם בחיבורי הראשונים¹³, אף כי לא באותה מידה. במגנצא, שבה פעל המהרי"ל, כתב הראב"ן במאה השתים-עשרה את חיבורו 'אבן העזר'. שם הספר בא לציין את מגמתו: 'על כי עורנו צורי לגלות טעמי ומנהגי הראשונים'¹⁴. ר' יואל, אביו של הראב"ן, מיישב

ובס"י ג"ב: 'אבל מה אעשה ואני רואה שפשט זה בכל המקומות ... וכופף אני ראשי למנהג של ישראל, ודברים דומים שם בס"י י"ד וי"א. וראה על צמח אפריקה דברי רבנו נסים המוכאים בספרו של פרומ' אברמסון שם. בפרובנס כתב בעל המאור: 'ומנהג אבות תורה ואין לשנות' (ס' המאור לראש השנה בהוצאת ווילנא של הרי"ף, דף י"ב א) וראה גם מה שכתב הראב"ד בהשגותיו על המאור לפסחים, הוצאת ווילנא של הרי"ף, דף כ"ו ב, ודברי המאירי בהקדמה לספרו מגן אבות, מהדורת לאסר, עמ' ו—א. ויש להשוות גם ביתם למזרח את דברי השואלים את הרמב"ם בשו"ת הרמב"ם, הוצאת בלוי, חלק ב, עמ' 497. שציון פרומ' אברמסון שם.

8 'פוק תני מאי עמא דבר' (מס' ברכות מ"ה, א); 'הזהרו במנהג אבותיכם כי דכמ' (מס' ביצה ד, ב); 'הכל כמנהג המדינה' (מס' בבא בתרא ב, א); 'נהרא ונהרא ופטתיה' (מס' חולין י"ב, ב); 'נעשה שקונסין להלכה כך קונסין למנהג' (יר' מנחות, פרק ד, הלכה א); 'ובעוד מקומות הרבה, ראה מאמרו של פרלס בס' היוכל לר' ישראל לוי.

9 'גם מנהג שלא ידענא לזה טעם צריכים אנו לחרש' (רב האי גאון בקובץ תשובות הגאונים ל"ג, ס"י י"ד), וראה מאמרו של הרב פישמן 'המנהג בתקופת הגאונים' בס' היוכל לב. מ. לוי.

10 ראה להלן.
11 גדולי הדור הזה משתמשים רק מעט בביטוי 'מנהג' כמטל הלכה. למעשה הם נוגעים בבעיה זו במקומות רבים מאוד.

12 א. אורבך, 'כעלי הקוססות', עמ' 149. 'ונתתי את לבי במה שנותנים העולם לכתוב בכתובות הנשים ורא נדוניא דהנעלת ליה בין כססף בין כזהב ... הכל חמשי'ן ליטרי'ן ופעמים שאינה מכנסת לו אסילו ד' ליטרי'ן ... אמאי סמכו דורות אחרונים לכתוב כן' (שם, עמ' 150).

את המנהג המתיר את החלב שעל הכרם, אף-על-פי שר' אפרים מרגנסבורג מוכיח לו באריכות 'מקרא, מתני' ושעשתתא' שמנהג זה נוגד את ההלכה.¹⁹ כיוצא בזה מצאנו אצל הראב"י:²⁰ 'והארכתי באלו הדברים בעבור ששאלני קרובי ר' מנחם ב"ר יעקב על דבר זה, כי בזורמיישא יש להם מכואות ... ומימות אבותי נהנו לטלטל בתוכי, אך מורנו ורבנו אסרים מערער, ולא קבלו דבריו ולכן כתבתי שנראה לי שיתיר הראשונים ליים והיתר הוא'.

גם בחקופת הראשונים שימש המנהג לפעמים כגורם מכריע במקרים של מחלוקת בין הסוסקים. מהר"ם מרוסנבורג כותב: 'בכל דבר שהגדולים חולקים, אני מורה להחמיר, לבד מהיתר פשוט שמשט היתרא על פי מנהג קמאי דקמא'.¹⁰ יש לציין עוד שבתקופת הראשונים ניכרים הבדלי גישה בין הסוסקים כלפי המנהג ואפילו אצל אותו פוסק עצמו, ניכר יחס שונה למנהג, בהתאם לעניין הנידון. ר' יואל משתדל בכל כוחו להגן על מנהגים תמוהים מבחינת ההלכה ואילו ר' אפרים מרגנסבורג יוצא נגדם בחריפות רבה. ביתוד מתבלטות הגישות השונות בשאלה אם אפשר להקל, לעומת המנהג המחמיר, לאחר שהתברר כי מבחינת ההלכה אין למנהג על מה לסמוך. הראב"ן חולק בשאלה מסוימת על רבנו תם שהקל, וכותב: 'זהלילה לנו ולכל הבאים אחרינו לשמוע לו, כי על זה נאמר ואל תטוש תורת אמן, שאין לנו להתיר מה שאסרו הראשונים ואפילו לא עשו אלא בגדר בעלמא ... ואפילו לא היה כי אם מנהג וחומר שהחמירו עליהם אבות הראשונים אין לנו לשנות את מנהגם'.¹¹ בתקופה מאוחרת יותר אנו מוצאים בשם ר' יחיאל מפריס 'שהיה מחזיק את האוסרים לשוטים' ומדבר על 'מנהג שטות', ואילו חברו ר' שמואל מפליזא 'משך ידו מן היתר מפני המנהג'.¹² באילו עניינים השתמשו ראשוני אשכנז בכלל 'מנהג' מבטל הלכה?¹³

- 13 שם, עמ' 173.
14 שם, עמ' 172. 'ואני רואה שמטט היתר בכל אלו הארצות ואין משנית בדבר ותרחי אני בלבי, אם אוכל למצוא שום היתר' (הרא"ש בהלכות קטנות, הלכות ערלה, סי' ד, טור יורה, סי' רצ"ד).
15 שם, עמ' 431. אולם אצל המהר"ם מרזטנבורג זהו רק אחד הגורמים, בצידם של גורמים אחרים, שהספיעו על הברעתו, ולכן גם אינו נרמז מלתקוף מנהגים שונים אף-על-פי ש'מטט להיתרא' ואף-על-פי שהם שנויים במחלוקת בין הפוסקים, כגון המנהג להלוות מעות צדקה בריבית, או המנהג להביא את הגוי לידי שבועה (שם עמ' 431). בקשר להלואת מעות צדקה בריבית מביא המהר"ל בתשובתו, סי' ל"ד, דעת ראשונים שהתירו. לענין השבעת גוי שמטט שם המהר"ם עצמו את דעת ר' חם המהר"ר.
16 שם, עמ' 150.
17 שם, עמ' 572.
18 כלל זה נמצא בירושלמי יבמות, סוף י"ב, הלכה א. כיצד נתפרשו דברי הירושלמי במקומם, עוד נראה להלן, כאן רוצה אני לסקור את השימוש המשני בכלל זה אצל ראשוני אשכנז.

היהס בין המנהג וההלכה במאה החמש-עשרה

א. בדיני ממונות הודו כי באורח עקרוני יש ככה המנהג לקבוע הלכות חדשות¹⁹, אלא שגם כאן היו הסתייגויות והגבלות. יזנראת לרבנו חם, דדוקא כהוצא דפנא, אבל בספחות מכאן אפי' נהגו — מנהג הדיוט הוא, ומוכיח מכאן דיש מנהגים שאין לסמוך עליהם אפילו היכא דתנן הכל כמנהג המדינה²⁰.

ב. בדיני איסורי-היתר קיבלו בדרך כלל, משום סייג, את המנהג הבא להחמיר ולאסור את המותר. במקרה זה, מבטל המנהג האוסר את ההלכה המתירה²¹.

ג. בהלכות הקשורות לבית-הכנסת, לקריאה ולתפילה, אמרו לפעמים שמנהג מבטל הלכה: '... דקריאות הפטרות אינן לא איסור ולא היתר ומה שנהגין נוהגין ... ואני שמעתי משום רבנו יצחק ב"ר יהודה ו"ע בששאלוהו מפני מה נוהגין להפסיד בויהי אחרי מות משה והשיב: כיון דנהגו נוהגו, שמנהג מבטל את ההלכה'²². ובתשובות מהר"ם מרוטנבורג: 'מה שנהגו כהנים כשאידיע דבר בקרוביהם ושינו את מקומם שלא לשאת כסיהם כל זמן שאין יושבים במקום, פירש ר"י ב"ר יודא שלא מצא סמך בזה, אלא נהוג שכל העומד לברך ראוי שיהא שרוי בשמחה ונטוב-לבב ... ומצות להנהיג מידת הראשונים, שכן מצינו בתלמוד ירושלמי, מנהג עוקר הלכה'²³.

19 משום שעליידי המנהג כאילו התנו הצדדים ביניהם (ש"ת הרא"ש כלל ס"ד, פטף; ד) וראה בהערה הבאה.

20 תוספות למס' בבא בתרא ב, א, ר"ה בגי'ל. ובמקום שאין לומר 'הרי זה כאילו התנו הצדדים ביניהם' — מבדיל הרא"ש בין תקנה למנהג, 'וכל זה בתקנה שבית דין מתקנים וספקולים סמון זה ונותנים אותו לזה, אבל על פי המנהג לא ירעתי איך יתנו סמונו של זה לזה' (ש"ת הרא"ש ו"ה, י).

21 '... וכתוב 'שמע בני מוסר אבין ואל תטוש תורת אמך'. כל אלו המנהגים הם לדבר מצוה לעשות סוג והרחקה ואמרו חז"ל שאין לשנות' (תשו' הרא"ש, שם); ואפילו הרמב"ם. המדבר על 'חילאי המנהגות' (בפירוש המשניות גיטין פרק ה, משנה ט), סבור שהמנהג יכול לאסור את המותר (משנה תורה, הלכ' שביעות עשור, פ"ג ה"ג); 'וסוב להחמיר, כי לא דבר ריק הוא שנהגו כן' (ר' יצחק מדורא, טובא באגדה לחולין, דף ר"ג, ע"ב).

22 סי' הפרדס, סי' כ"ה.

23 שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סי' שמ"ה, בהוצ' כהנא, כרך א, עמ' ס"ג. בסוג מיוחד זה של הלכות נמצאו דעות הראשונים שונות מן הקצה אל הקצה. ר' אפרים מרגנפבוך מתירם כנגד המנהג אף בהלכות אלו. ב'שבלי הלקט' (סי' ל"ה) מובאת תשובה שבה הוא יוצא חוצץ כנגד מנהג הקשור בקריאת התורה 'ועתיד הקב"ה לפרוץ כמי שיש בידו למחות ואינו מוחה ובידי אין למחות, כי אומרים מנהג אבותינו תורת משה רבינו'. גם ר' חם קורא על מנהג פריס, שהשכיבי קורא פרשת מפתיר 'קריב למינות הוא' ('בעלי התוספות', עמ' 69). לעומת זאת בותב ר' אפרים מבונא בפירושו לפייט לחגיגה (שהביא מורי פרוץ' א. א. אורבך ב'פרוגה הבושם', ח"ד, עמ' 43, מכ"י פרמא 655): 'כל מנהג אבותינו תורה הוא, אפי' במקום שעוקר ההלכה נלך אחר מנהגינו'. ר' אפרים עוסק שם ביישובם של מנהגי חוסה וקידושין.

פרט לסוגים אלה בפרו הראשונים כי אין המנהג מבטל הלכה²⁴. בכך הסתמכו על הגמרא במס' ראש השנה: 'במקום איסורא — כי גהנינו, שבקינן להו?'²⁵. ראשוני אשכנז יצאו בחוקף נגד מנהגים שהיה צד איסור: 'אבל אם נהגו במקומות מנהג שיש בו עבירה, יש לשנות את המנהג אפילו הנהיגו גדולים את המנהג... ולא מיבעיא מנהג של עבירה שיש לשנותו, אלא אפילו מנהג שעשו לסייג ולהרחקה ויכול לבוא ממנו קלקול, יש לבטל המנהג'²⁶.

לכאורה עומדת דעה זו בסתירה לדברי הירושלמי 'אם יבוא אליהו ויאמר... שאין חולצין בסנדל' — אין שומעין לו, שהרי תרכים נהגו לחלוק בסנדל, ומנהג מבטל את ההלכה²⁷. למעשה פרשו כנראה הראשונים את הירושלמי שנת' כוון לאמר שהמנהג משנה את פני המציאות, ובתוצאה מזה ההלכה משתנה. אין בכך ביטול הלכה במובנו המקובל, שהרי מציאות חדשה משנה את הוראת ההלכה הישנה ממילא: תחילה לא היו רגילים בסנדלים, ממילא היתה החליצה בהם אסורה. עכשיו, שעשו הסנדלים שווים לכל נפש, דינם כדין נעל, וממילא מותר לחלוק גם בהם²⁸.

אם נבדוק את גישת חכמי אשכנז במאה החמש-עשרה לשאלת המנהג וההלכה, לאור גישת הראשונים, נראה כי יסודותיה הכלליים קדומים, אלא שקבלו במרוצת העתים, משמעות חדשה. המנהג נעשה כוח כמעט ריבוני, שאינו כפוף ליתר

24 לפי רוב הראשונים גם באיסורים דרבנן אין בכוחו של המנהג לבטל הלכה, רק הראב"ד (למשנת תורה הלכות מעשר שני, פרק א, הלכה ג) סבור (לפי פשוטם של דברים) כי באיסור דרבנן מבטל המנהג את ההלכה, אולם גם בדברי הראב"ד יש מירוסים שונים ב'אחרונים' (מובאים ב'שדי חמד' כללים, מערכת המ"ם כלל ל"ו).

25 מס' ראש השנה ט"ו, ב.

26 שו"ת הרא"ש נ"ה י, ובלשוננו של ר' תם: 'מנהג — זהו גהנס למפרע, שאם יוסינו נהגו, תבנים לא נהגו, ואפילו מנהג נהגו אינו עוקר הלכה' (אורכך, 'בעלי תוספות', עמ' 120).

27 ירושלמי יבמות, פרק א, הלכה י"ב.

28 כך פירש את הירושלמי הרשב"ש (בתשובותיו, סי' תקס"ב) ונראה שזו היתה גם כוונה ר' תם שעה שהצריע להיתר בענין גט שהוסכם בו שמו הלועזי של הבעל המוסר. לדעת ר' תם אין צריך לכתוב — 'וכל שום דאית ליה' — אלא באותן שמפורש התלמוד (כגון שהבעל חלק למדינת הים וכו') ועלמא רנאגי לסיכתביה, לרוחא דמילתא עבד... אבל אחרי אשר הורגלו הראשונים לכתוב — 'וכל שום' — הרי הוא בספורש בהדיא... בראשיתנו בבבאי מציעא ואמרין ביבמות אם יבוא אליהו וכו' אין שומעים לו שכבר נהגו וכו' שמע מינה מנהג מבטל הלכה' (ס' הישר, חלק התשובות, עמ' 16—47). מאחר שהמנהג יצר מציאות שבה הכל כותבים 'וכל שום דאית ליה' (אף כי מצד ההלכה אין צורך בכך), הרי שבהתאם למנהג זה אין ההלכה הישנה (המבוססת על המציאות שאין כותבים) תקפה לענין זה, מעתה ניתן להבטיר את הגט אף-על-פי ששמו הלועזי של המוסר אינו מופיע בו בספורש, משום שהוא כלול ב'וכל שום דאית ליה'.

היחס בין המנהג וההלכה במאה החמש-עשרה

מרכיבי ההכרעה בהלכה, להלן אעמוד על פרטי הדברים, תוך ניתוח ההלכות שבהן מתעוררת שאלת הסתירה בין המנהג להלכה. יש לציין כמה נקודות אוניברסליות, המסמלות את התמורה שחלה בהערכת תוקפו של המנהג.

א. הסגוריות על המנהגים הנוגדים את ההלכה היא הרבה יותר מקיפה ומסתייעת בשיטות שלא היו מקובלות בתקופת הראשונים.²⁹

ב. המנהג נעשה לגורם דומיננטי בהכרעת ההלכה, מהר"ם מרוטנבורג מוכן לראותו כמכריע, במקרה שדעות הפוסקים שקולות ואין הכרעה ביניהם.³⁰ ר' איוויק שטיין, בעל הביאור לסמ"ג, כותב: 'מנהג עוקר הלכה אפילו רוב דעות ס"ל אסור והתלמוד מסייע להו, והמנהג בנוי על פי הפסיקתא או ספרים חיצוניים אמרינן מנהג עוקר הלכה דודאי כך קבלו אבותינו איש מפי איש'.³¹ כנגדו סוברים המהר"ל והמהר"א שיש בכוחו של מנהג להתריע נגד דעת רוב הפוסקים, גם בלי סיוע מן הפסיקתא וספרים חיצוניים, אפילו בהלכות חמורות שאינן קשורות לתפילה ולבית הכנסת.³²

ג. בתקופת הראשונים מצאנו חילוקי דעות בין הפוסקים ביחס לתוקפו של המנהג. ר' אפרים מרגנסבורג כתב לר' יואל: 'ואשר אמרת אדם דן גזירה שזה להעמיד תלמודו, והוא תלמודו דוקא ולא מנהגו'.³³ לעומת זאת נעלמו במאה החמש-עשרה הבדלי הגישה והכל מודים בדברי המהר"ל הכותב: 'כך דנתי לקיים המנהג, דאמר מר אדם דן גזירה שזה לעצמו לקיים תלמודו בידו'.³⁴

ד. הנטייה המודגשת לפעמים בדברי הראשונים,³⁵ להגביל את המנהג במידת מה, בטלה בתקופה שבה אנו עוסקים. אבי סבו של המהר"א, ר' ישראל מקרמס, מביא את דברי ר' הם 'שבאן דיש מנהגים שאין לסמוך עליהם אטילו ויכא דחנן הכל כמנהג המדינה' ומעיר על זה: 'ולא ידענא איזה טנהג הוא שאין סומכין עליו, אלא נראה לי דאפילו פחות מכאן הוי מנהג, והולכין בממון אחר המנהג'.³⁶ יש לציין עוד, שההערכה היתירה של תוקף המנהג התפתחה בהדרגה והתחילת, כנראה, עוד בסוף המאה השלוש-עשרה. כבר בימי מהר"ם מרוטנבורג אנו עדים לעליית המנהג ביחס להלכה. המהר"ם, שהיה נערץ על הכל ובני-דורו ראוהו

29 פרטים בסעיף הבא.

30 שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס ברלין, עמ' 294.

31 דבריו מובאים ב'באר היטב' לאורח-חיים, סי' תר"ז, סעיף ט"ו.

32 ראה סעיף ב של פרק זה.

33 א. אורבך, בעלי דתוספות, עמ' 173.

34 שו"ת מהר"ל, כתביד בריש מו"א OR. ADD. 27111, סי' ק"ה.

35 כגון בדברי הרא"ש 'על פי המנהג לא ידעתי אי' יתנו ממנו של זה לזה' (שו"ת הרא"ש, נ"ה י) ולהלן בדברי ר' תם.

36 'הנהגות אשר' לכבא-בתרא, פרק א, סי' ה.

כגאון הדור, מתלונן כמה פעמים על שלא עלה בידו לבטל מנהגים הנגזרים לדעתו את ההלכה.³⁷ יחס ההערכה המיוחד למנהג, הדור אף לחוג הקרוב ביותר של המהר"ם. אין זה מקרה, שדווקא בימיו חיברו שניים מתלמידיו ספרים,³⁸ שעיקרם תיאור מנהגי הרב. באותה תקופה אף כתב ר' חיים פלטיאל את ס' המנהגים ובכך היה מודם ורבים של אוספי המנהגים במאות הארבע-עשרה והחמש-עשרה.³⁹

ב. סניגוריה על מנהגים תמוהים

הסניגוריה על מנהגים תמוהים מבחינת ההלכה, לא נחתדשה במאה התשיעית עשרה. מצאנו אותה גם בימי הראשונים, אך נדמה שהיא מקבלת דמות חדשה ומיוחדת במאה שבה אנו עומדים. לא זו בלבד שחכמי הדור לימדו זכות אף על מנהגי ילדים,⁴⁰ אלא שראו באחד מתפקידיהם החשובים ביותר, לתת כסיס עיוני-הלכתי למנהגים שרווחו בימיהם, לרבות אלה שהיו מוקשים מבחינת ההלכה, העמדת משימה זו במרכז עיסוקם הלימודי של גדולי הדור — אחד מחידושי המאה החמש-עשרה — היא צד אחד בהערכתו החדשה של תוקף המנהג. על כך יש להוסיף כי השיטות שהשתמשו בהן חכמי הדור כדי ללמד זכות על מנהגים הסותרים את ההלכה, נראות למעמים המוחות במקצת.⁴¹ אין בידנו להביגן אלא לאור

37 'אינו נראה לי כלל מנהג כסר שנוהגין ברוב מקומות שהאשה יושבת בבית-הכנסת עם האנשים ומלין התינוק בחיקה ... צעקתי ימים רבים ולית דמשנית וכו' . גם על המנהג להלכות מעות צדקה בליבית הוא מתלונן 'ואין בי כח למחות' (א. א. אורבך, בעלי התוספות, עמ' 431).

38 ס' התשב"ץ מאת ר' שמשון ב"ר צדוק וס' הפרנס מאת ר' משה פרנס מרוטנבורג.
39 צונץ ב-Die Ritus, עמ' 22, סבור, שגם המהר"ם מרוטנבורג עצמו כתב ס' מנהגים. על-כליפנים מהחוג הקרוב לו יצא ס' המנהגים שהתיר אלפנבין בנייירוק תרצ"ח בשם: 'ס' מנהגים דבי מהר"ם ב"ב מרוטנבורג'. אלפנבין מייחס ס' מנהגים אחר — שהתיר בנייירוק בתש"ס — לר' יצחק מדורא, מחבר ס' 'שערי דורא'. בכל אופן, לפנינו ס' מנהגים נוסף מן התקופה הקרובה למהר"ם מרוטנבורג.

40 'אמר מהר"י סגל, מה שנוהגין הנצרים לשחק באגוזים ביום כפור הוא לעגמת נפש ולעינוי שמיצר להם בשחקם עמהם, ואינם רשאים לאכול ויתקיים תענו את נפשותיכם ודוגמא לזה אמרינן סוף ספר אלו קשרים במס' שבת, דמנהג קדמונים בקניבת ירק ביום-כפור מן המנהג ולמעלה ... ודוקא מן המנהג ולמעלה, דאז יושב ומצפה שיגיע זמן אכילה ואיכא ענוי טפי, ואמר מהר"י סגל לפי זה נראה, שאל ישחקו עם האגוזים ביום-כפור כי אם מן המנהג ולמעלה' (מנהגי מהר"ל, הלבית יום כפור דמוס קרימונה שי"ח, דף ס"ג, ב).

41 ולא רק בעינוי אלא גם גדולי האחרונים העירו על כך, ראה להלן, יש שהם כותבים בעצמם: 'נרוחקי כדי ליישב קצת מה שאין העולם נוהגין' (תוספת הרשן, סוף ס' רע"ג).

היתס בין המנהג וההלכה במאה החמש-עשרה

מאמצם העליון של חכמינו לשמור על הקיים בתקופת מעבר והתערערות. לעתים מבסס המהרי"ל מנהגים שונים, שרווחו בימיו, על דעת יחיד מבין הראשונים. תופעה זו כשלעצמה אינה פשוטה כל עיקר, משום שבימיו היה מקובל להחיל את הכלל של 'יחיד ורבים', הלכה כרבים גם על מחלוקת הפוסקים. כך נראה מדברי המהרא"י: 'ומרדכי כתב בשם ריב"ק שאסר חרנגולות שנמלחה בחוץ ולא מבפנים, יראה דהכי נהוג, ואע"פ דר' שמואל ור' שמחה פליגי ומתדין ... והוי ליה תרי לגבי חד, מכל מקום נראה דכיון דכתב מרדכי דרוקח אסר בשם אביו ריב"ק הוה להו גמי תרי'⁴².

יחד עם כן, המהרי"ל מתבסס לפעמים על שיטתו של פוסק יחיד ומרחיב את הדברים והרחבה יתרה. לא זו בלבד שהוא תורג מעבר לדעתו של אותו פוסק, אלא אף חולק עליה. כך דן המהרי"ל, בתשובה ארוכה, בפרשת ההיתר לעבור על איסור דאורייתא של ריבית קצוצה לגבי מעות יחומים. 'הנה בכמה דוכתין שעברתי מיום עמדי על דעתי, ראיתי דנהיגי להלוות נכסי יחסי בריבית קצוצה, וזמתי מאין הרגלים לדבר, כי כל רבותינו לא החירו אלא קרוב לשכר ורחוק להפסד ואסורא קעבדי האסטרופסים שהלוו בריבית קצוצה ... והוא ממשיך: 'דיש מרביתינו דהחיר להלוות צדקה בריבית מההוא דירושלמי: 'הלוה בריבית לחבורת מצוה ולקדוש החודש וכו'⁴³, ושם מכאן נתפשט המנהג שמליון נכסי יחומים בריבית קצוצה, דכל עניני יחומים חשבינן ליה דבר מצוה, ואמת כן הוא, כי הם נעובים ושפלים מאד'⁴⁴.

מעגין שאפילו לגבי מעות של צדקה, סבורים רוב הראשונים כי אסור להלוותן בריבית קצוצה⁴⁵, כפי שרומז גם המהרי"ל עצמו ('דיש מרביתינו דהחיר'), מה שעם מסתמך אישוא המהרי"ל על דעת יחיד, המתירה להלוות מעות צדקה

42 הגהות מהרא"י ל'שערי דורא', סי' ס"ז ד"ה 'ומרדכי', ואותו עיקרון גם בשו"ת מהרי"ל, סי' ק"ו.

43 ירושלמי סוהד קטן פרק ה', הלכה ג.

44 שו"ת מהרי"ל, סי' ל"ז.

45 'אלופי ומיודפי הר"ר ברוך הכהן, ששאלתני על הלואות מעות הקדש בריבית קצוצה, אומר אני כי היא מצוה הבאה בעבירה, נכתבין לדבר מצוה וכו' לירי כמה עבירות' (שו"ת מהר"ם סרנענבורג, דפוס פראג, סי' צ"ג) ובן דעתם של ר' יואל ומוכא ב'אור זרוע', חלק א, הלכות צדקה, סי' ל', הראב"יה (בתשובות מייסוניות, משפטים, סי' י"ד) הרא"ש (שו"ת י"ג, ח) והטור ('ורח"דעה, סי' ק"ס בסוף). הפוסק היחיד שמצאתיו מתיר במעות של צדקה, הוא בעל 'אור זרוע' (חלק א, הלכות צדקה, סי' ל'). להלכה מצאנו חבר 'אור זרוע' בשו"ת הרשב"א חלק ד, סי' ס"ג: 'וקרוב אני לומר שאין ריבית (קצוצה) אף להקדיש עניים' אלא שהסיוס הוא: 'ומבל מקום לא למעשה אני אומר להלוות בריבית קצוצה'.

בריבית ז' — נראה שהנוהג המצוי הכריע לטובת דעה זו⁴⁶. אלא שאם לענין מעות צדקה מצא המהרי"ל דעת יחיד שהתירה, לענין מעות יתומים, דעת כל הראשונים היא שאסור להלוותן בריבית קצוצה⁴⁷ ולא עוד אלא שניתן להוכיח כי אף דעת היחיד שהתירה, אוסרת הלוואת מעות יתומים⁴⁸. נמצא, אישוא, שמדי להצדיק מנהג קיים, מסתמך המהרי"ל על דעת יחיד והוא אף מרחיב את הדברים לשטח שאותו סוסק עצמו, הכריע בו לאיסור. הנוהג להלוות מעות יתומים בריבית קצוצה היה מצומצם עדיין במחציתה היסנה של המאה השלוש-עשרה⁴⁹, אך נתפשט כנראה יותר כמאה הארבע-עשרה. מסעם זה ראה המהרי"ל צורך למצוא לו סימוכין, ולו גם בחפיסה מורחבת של דעת יחיד, אף אמנם היה זה ביסוס שהדורות הבאים לא קיבלוהו על יבום קליטות.

46 'ומנהג פשוט בכל קהילות, הלויים מן ההקדש בריבית שנותנין (מס) מזה כמו ששל עצמן' (שו"ת מהרי"ל, סי' קכ"א), ומנהג זה פשוט כבר בימי המהר"ם מרוטנבורג: 'אמנם ידעתי כי בעונות שרמו פשט הדבר להיתר בכל מלכוהינו שמלוחים מעות של צדקה בריבית קצוצה... ואין בי כח למחות' (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג סי' ע"ג). אך בעוד שהמהר"ם מבקר מנהג זה בתוקף — מסתמך עליו המהרי"ל עד כדי הרחבת ההיתר גם להלוואות מעות של יתומים. כדאי לציון, שהתנגדותו של המהר"ם העיקר, כנראה, בכליאות על העוסקים בדבר ולא נחה דעתם עד שסילסו את דבריו ותלו בו היתר. כך כותב, בתשובה אחרת, המהר"ם עצמו: 'יפה ששפעת בשמי שמוחר למי שנותן צדקה לומר אני נותן להקדש. לכן מותר לי להלוותם בריבית, ומותר לכתחילה לעשות החלול על שוה פרוטה וישלך לנהר, עד כאן לשונם — לא יצא דבר זה מפי העולם ואפילו איני מבין אותו לשון שכתבת, שאמרו לד' ששמי' (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס למברג, סי' רל"ד). וייתכן שדעה מוטעית זו על המהר"ם נשתרבה גם לסמ"ק, שכן בחשובות מיימוניות (לס' משפטים, סי' י"ד) הוא מביא דעה זו להיתר בשם מורי שיחיה בקטע החתום 'עזר כאן מצאתי בגמזקי הרב מקורביל'.

47 וזאת ידע גם המהרי"ל 'כל רבוחינו לא התירו אלא קרוב לשכר ורחוק להפסד' (ריבית דרבנן).

48 בעל 'אור זרוע', הוא היחיד בין ראשוני אשכנז הסתיר להלוות מעות צדקה בריבית קצוצה, והוא מביא טיעו לדבריו מן הירושלמי, המחיר 'ללוות לצורך הבזרת מצוה'. לדעת בעל 'אור זרוע' מתיר הירושלמי אף בריבית קצוצה, שאם לא כן היה צריך להדגיש שמוחר רק בקרוב לשכר ורחוק להפסד, דהיינו ריבית דרבנן, כמו שהאכיר הבבלי לגבי יתומים במס' בבא-מציעא ע. א. הרי ברור מהוכחה זו שגם לדעת ר' יצחק אור זרוע, מעות יתומים אסור להלוותן בריבית קצוצה. גם הרשב"א הסביר לתלכה, כי'אור זרוע', שבחקדש עניים מותר אפילו בריבית קצוצה, דעתו היא שריבית יתומים יוצאת בדייקים (ראה 'בית יוסף' להושן משפט, סוף סי' ק"ט ר"ה ומ"ש רבינו).

49 'המרדכי' עוד סבור שאפטרופוס של יתומים שהלווה מעות היתומים בריבית קצוצה, פסול לעדות ולשבועה. (מובא ברדכי משה לטור יורה דעה, סוף סי' ק"ט).

היחס בין המנהג וההלכה במאה החמש עשרה

הרמ"א כותב: "יש מקומות שנהגין שאסורוּס מלות מעות של יתומים בריבית קצוצה, ומנהג טעות הוא ואין לילך אחריה"⁵⁰. והש"ך מעיר על זה: "לא שמעתי בשום מקום שנהגים כן, אלא שמהר"ל כתב כן בזמנו ואחריו נמשך הרב"⁵¹.

אלא שלא תמיד התנגדו הדורות הבאים לדרך זו. פעמים שקבלו את המנהג ואת הביסוס העיוני שניתן לו, על ידי הרחבת דעת יחיד במאה החמש עשרה. בדרך זו הרבו חכמים לתרום לבניין ההלכה. דוגמה מובהקת ישמש לנו מנהג ביטול שמיטת הכספים באשכנז, שלו מצא המהר"א ביסוס הלכתי ורוב הפוסקים האחרונים קיבלוהו⁵². כדי לעמוד על המיוחד שבדבריו, יש לעקוב אחרי השתלשלותה של הלכה זו באשכנז עד ימי דורו.

למן אמצע המאה העשירית לערך, מצויות בדיניו ידיעות שחכמי אשכנז דנו דין שמיטת כספים הלכה למעשה. הידיעה הראשונה על כך קשורה בשמו של ר' ליאונטי, רבו של רבנו גרשום מאור הגולה⁵³.

גם רבנו גרשום הורה כך⁵⁴ וזו דעת כל חכמי אשכנז, ללא יוצא מן הכלל, עד למאת החמש עשרה⁵⁵. לעומת בעל 'תרומת הדשן' סברו כנראה חכמי הדור האחרים — המהר"ל, מהר"י נוויל ומהר"י ברונא — כי יש דין שמיטת כספים אף באשכנז. 'העיד לפני הר"ר אליעזר מפסאז ששמע מפי מהר"י ז"ל שהעיד

50 בשולחן ערוך יורה דעה, סי' ק"ט, י"ח.

51 שם, סי' כ"ו.

52 ראה הגהות הרמ"א לשולחן ערוך חושן משפט סי' ט"ז א.

53 וכן הורה ר' ליאונטי וצ"ל במבנצא על מעשה שאירע בוורמישא ופטר את בעלי החוב מלשלם, כי עברה עליו שמיטה והשמיטתו בסוף שנה' ('אור ורוע' חלק ד, פסקי עבודת ה' סי' ק"ח).

54 וכן השיב רבנו גרשום בתשובותיו, והשמטת כספים נהגה בזמן הזה ('אור ורוע', שם). לא ברור לי מדוע לא הביא אידלברג, בקובץ תשובות רבנו גרשום שהוציא לאור, תשובה זו, אף על פי שהכירה (ר' שם במבוא, עמ' 49).

55 רש"י, הר"י ורבנו הם מצוטטים על ידי המהר"א עצמו ב'תרומת הדשן', סי' ש"ד. וכן סבור ר' אליעזר ממין בס' יראים סי' קס"ד; מהר"ם מרוטנבורג בשו"ת דפוס פראג, סי' תתקע"ב—תתקע"ג; הרא"ש, בשו"ת כלל סי' ספ"ד, ע"ז ב ופ"ד סי' ג; והטור בחושן משפט, סי' ק"ט.

לעומת זאת, בין מוסקי ספרד ופרובנס, דעת ר' יהודה אלברצלוני והר"ה היא כי אין שמיטת כספים נוהגת בחו"ל (מצוטטים בס' 'תרומות' שער מ"ח, חלק א, סי' ד. תשובת הר"ה נדפסה על ידי מרדכי א. א. אורבך, עם שינויי נוסח מתוך כתב יד ב'מומרת', ס' וברון לרב הרצוג, עמ' 417—418). בקשר לבעל 'האשכול' יש מסורות סותרות לכאורה (ראה שם בהערה 16 א). הראב"ד סבר תחילה כר"ה, אלא שלימים חזר בו. הרמב"ם, הרמב"ן, הרשב"א והר"ן (מובאים כלם ב'ביתיאוסף' לטור חושן משפט, סי' ט"ז ד"ה 'והשמטת'), היו בדעה ששמיטת כספים נוהגת אף בחוץ לארץ. המהר"א אינו מסתמך על ר"י אלברצלוני והר"ה, משום שלא הכיר את דעתם.

בשם הגדול מהר"י מולין שמיטת כספים נהגת אף בזמן הזה, והלכה למעשה הגיד מהר"ר זלמן רונקיל, והכי נמיר בראה ל⁵⁶.

כיצד נהגו למעשה ו על אשכנז אין לנו ידיעות מפורשות עד לימי המהרא"י⁵⁷. אבל בראה מדברי הרא"ש, המתפלל על ביטול שמיטת כספים בספרד⁵⁸, כי בדורו עדיין שמרו באשכנז על מנהג שמיטת כספים⁵⁹.

הרא"ש עזב את גרמניה בראשית המאה הי"ד. כימי המהרא"י נשתנו פני הדברים מן הקצה אל הקצה: לא חויבו רבנן קשישי בדורותינו דהו מורו לנהוג עתה שמיטת כספים, ואדרבא שמעתי שהיה אחד טוען שמיטת כספים לפטור מהלואה, היה נחשב כאחד מן המתמידים, גם אותו שתיה טוען שמיטה, לא היה טוען

56 שו"ת מהר"י ברונא סי' קכ"ו. כנגדם מוצאים אנו בליקוטים שבסוף ס' מנהגי מהר"ל (דפוס קרימונה שי"ח, דף קי"ד, ב): 'אמר הא דאין שמיטה נהגת בשטרות שלנו ומשמיטה ההלואה, היינו משום דכתבין בהו הן בידי ישראל הן בידי האומות. ועוד דכתוב בהו ד' אמות בחצירי, והוי הקרקע כמשכון ואיכא מאן דאמר דאין שמיטה משמיטה חוב על המשכון. יש אולי מקום לומר כי המסורת שהעיד עליה מהר"י חיי"ל בשם המהר"ל מתייחסת להלכה ואולי במנהגי מהר"ל מדובר על כך שהשטרות שלנו מנוסחים בצורה כזו שלמעשה אין שמיטת כספים. אולם קשה להבין לפי זה את ההדגשה שבתשובות מהר"י ברונא 'והלכה למעשה הגיד מהר"ר זלמן רונקיל', שהרי לפי הנאמר במנהגי המהר"ל הרי זה להלכה, לא למעשה. וגם לא משמע שם שר' זלמן רונקיל חלק על המהר"ל.

57 אין להסיק מהשוכה זו של ר' גרשום (ר' הערה מ"ט) כי למעשה כבר אז לא נהגו רבים שמיטת כספים, כפי שהבין אידלברג במבוא לתשובות רבנו גרשום מאור הגולה, עמ' 49. הקורא את דברי הרמ"ה בתוך ההקשר, כפי שהם מובאים ב'אור זרוע', רואה שלא באו דבריו לפסוק נגד המנהג, אלא לפרש נכונה את דברי הנמרא, והנה בדין שמיטת כספים. הקשר הדברים ב'אור זרוע' הוא: 'והלכתא שמיטת כספים נהגת לא שנא בארץ ולא שנא בחוץ לארץ דסבירא לן כרבנן, וסליגי אדרכי דרריש וזה דבר השמיטה שמוס בשתי שמיטות הכתיב מדבר ורבנן לא מקשו להני שמיטות אהלדרי, ואפילו בזמן הזה דליכא שמיטת קרקע אפילו בארץ אפילו מרבנן, נהגו שמיטת כספים. ואפילו כרבי עבדינן, דאילו רבי לא קאמר אלא מדאורייתא אבל מרבנן מודה רבי דנהגא בזמן הזה. ועל זה בא שם בהמשך: 'וכן השיב ר' גרשום וכו'.

58 ששאלת שנהגין בארץ הזאת לגבות שטרות שעברה עליהן שביעית הוי ידע שזממתי על זה מיום בואי לארץ הזאת וצווחתי ככדוכא... ואמיתי מנהג כזה שהוא לעבור על דברי תורה ולהוציא ממון שלא כדין אין לילך אחרינו' (תשובת הרא"ש בטור חושן משפט, סי' ס"ז, ובשינוי לשון קצת בשו"ת הרא"ש כלל ע"ו, ד).
59 כבר המהרי"ק דייק בדומה לזה מדברי הרא"ש: 'מתוך דברי הרא"ש שלחב שמעולם לא זכה אדם בפניו בטענת פרוככול בארץ אשכנז, משמע שבימינו היו טוענים טענת שמיטה, ואפילו ע"י טענת פרוככול לא היו זוכין בפניו. המהרי"ק שם ממשיך: '... מכל מקום אפשר דמאז נשתנה המנהג' (שו"ת מהר"ק, סי' צ"ב) ואמנם נשתנה.

היחס בין המנהג וההלכה במאה התשיעית

סענה זו אלא אם כן היה לו בלא-יהי אמתלאות אחרות שדא ביה נרגא⁶⁰. לא זו בלבד שאין המהרא"י מותח כל בקורת על המנהג, אלא להיפך – הוא אף מוצא לו בסיס הלכתי: זנראה למצוא קצת טעם וסברא אמאי לא נוהגים תורת שמיטת-כספים עתה בדורותינו, משום דקו"ל כרבי דשמיטת כספים בזמן הזה אינו אלא מדרבנן וכו' לשביעית ... ואם כן נוכל לומר דלא תקינו זכר לשביעית אלא בארצות שקרובים לארץ ישראל, כגון בכל ומצרים, וכח"ג תירץ ר"י בחד שניא דמהאי טעמא לא נהגין תרומות ומעשרות בארצנו דאשכחן דהוי נהיגי בחן האמוראים בבבל, דלא גזרו בחוץ לארץ רק לארצות הקרובים לארץ ישראל ולא ברתוקים. ואע"ג דחלה זוהג בכל הארצות, וחילק בה משום דחלה דמיא טפי לחובת הגוף מלחובת קרקע, משום דבעל העיסה חייב בה ולא בעל הקרקע, ולא דמי לתרומות ומעשרות דחובתם רק על בעל קרקע, ולמי זה כל שכן שמיטת כספים שתנהג בכל הארצות דחובת הגוף ממש היא כדאיתא בהדיא פרק קמא דקידושין קרוב לסופו י^א, י"ל דמכל מקום הואיל ואתקש שמיטת כספים לשמיטת קרקעות ושם שמיטה חזא הוא, דתרווייהו בקדושת שביעית תלוי ובזמן הזה לא נחקן אלא זכר לשביעית דמיא טפי לחובת קרקע מחלה ... והא דכתבו המחברים דר"ת כתב פרוכבול בימיו, וכן הא דלעיל דכתב אשיירי דיש לנהוג תורת שמיטת כספים, אפשר לא סבירא ליה כהך שינויא דר"י, דיש לחלק בחוץ לארץ בין ארצות קרובות לרחוקות. וכן הוא האמת דר"ת תירץ ההיא דתרומות ומעשרות בענין אחר משינויא דר"י. אכן אנו אשינויא דר"י סמכינן לענין שמיטה⁶¹.

את סברת הר"י, המבדיל לענין תרומות ומעשרות בין ארצות קרובות לארץ-ישראל לארצות הרחוקות ממנה, מעתיק המהרא"י לענין שמיטת-כספים, כדי למצוא ביסוס הלכתי למנהג ימיו. וכבר ביקר הב"ח את ומהרא"י על השיטה שבה הוא רוצה לבסס את ההיתר: ואין לזה עיקר כגמרא ובפוסקים ... ואין ראיה מתרומות ומעשרות דאשכחן בירושלמי ובספרי דאין נוהגין אלא בארצות הקרובים, כמבואר בתוספות עבודה זרה פירוש ר"י ובסמ"ג עשה קל"ג ותדע, שהרי הרמב"ם והסמ"ג כתבו כמו ר"י דתרומות ומעשרות אין נוהגין אלא בארצות הקרובים, ואפילו הכי בדין שמיטת כספים כתבו בפירוש דמדברי סופרים שתהא שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה בכל מקום, ובדאי שכך הוא גם דעת ר"י, ואין לנו לכדות מלבנו סברא ולהקל ולתלותה בדברי ר"י⁶². שוב אנו נתקלים באותה שיטה שראינו לעיל אצל המהרי"ל: שימוש עצמאי בסברות

60 'תדומת הרשן', סי' ש"ד.

61 מס' קידושין, דף ל"ח ב. דברי הר"י שם, דף ל"ו ב. ד"ה כל.

62 'תרומת הרשן', שם.

63 ב"ח לסוד תושן משפט, סי' ס"ז, אות ה.

הראשונים, שאיננו כפוף לדעתם האישית של ראשונים אלה בשאלה הנדונה⁶⁴. מעניינת במיוחד היא גם שאלת הסמכות, שהמהרא"י עצמו נוגע בה. 'וגדולה מזו אשכחן לגבי כלאיים, דנהוג עלמא כר' יאשיה דאינו חייב עד שיורע חיטים ושעורים במפולת יד, וכתב ר"י דאע"ג דאיכא כמה סתמים ולא כרבי יאשיה מכל מקום בדורות אחרונות בימי רב נחמן בר יצחק הקילו לנהוג כר' יאשיה. הא קמן דאפילו באיסור דאורייתא סמוכים דרי בתראי אחר תנא נגד כמה סתמים, כל שכן במאי דתקון רבנן רק לזכר שביעית דנוכל לסמוך אחד שינויא דגאון אע"ג דגאון קמאי לא בעי לסמוך עלה. הוא משווה את דורו לאמוראים, כשם שהיו מוסמכים להכריע לדעת ר' יאשיה, שהמנהג היה לצירוף, על אף סתם-משנה, בן מוסמכים בני-דורו להתבסס על דעת הר"י וליישם את סברתו להצמקת המנהג, אף-על-פי שכל חכמי אשכנז לא עשו כך לפניו.

כדאי להשוות גם את הבדלי התשובה של הרא"ש ושל המהרא"י. יהודי ספרד כימי הרא"ש ויהודי אשכנז כימי המהרא"י, נהגו מנהג שווה בשמיטת כספים⁶⁵, אך הרא"ש קורא עליו תגר. הוא 'צווח ככרוכיא' כי המנהג הוא לעבור על דברי תורה ואין לילך אחריו, אף הוא נוגע בשאלת הסמכות: 'תמתיי על יושבי הארץ הזאת, מאי חיליהו יותר מהלל הזקן ובית דינו ותלמידיו בחכמת ובמנין, לבטל תקנת פרוזבול ושלא תשטט שביעית אם לא כתב פרוזבול דקיימא לן דשמיטת כספים נוהגת בזמן הזה'⁶⁶. נדמה שתגובותיהם השונות של הרא"ש והמהרא"י לאותה התופעה מאפיינות את התמורה שחלה בפתרון בעיית הנידויים שבין המנהג וההלכה⁶⁷.

ראשוני ניצניה של גישה זו היו קיימים, כפי שרמזתי כבר, בבית מדרשו של מהר"ם מרוטנבורג ואף הרא"ש, תלמידו, הרשפע מהם. לאחר כל מחאותיו כותב הרא"ש עצמו בתשובה אחרת (שהיא מאוחרת מן הקודמות שהוכרחי): 'ועל דבר השמיטה שמטתי את ידי מלכתוב בענין שמיטה, ... ומצאתי התנצלות

64 וראה להלן עמ' 221–222 בנוגע לבסיס העיוני שעליו סומכת שיטה זו.

65 ההבדל היה בכך, שבספרד היה למנהג על מה לסמוך, שכן פסקו ר"י אלברצלוצי והרמ"ה (ס' 'התרומות', שער מ"ה, חלק א, ס"ד).

66 שו"ת הרא"ש כלל פ"ו, ס"ו.

67 אף-על-פי שדעת הרא"ש היתה ידועה למהרא"י, לא נרתע מביטול המנהג. אחד ממניעיו החשובים ביותר טמון, כפי שנק, בעובדה ש'לא תוינן רבנן קשישי בדורותינו זהו מידו לנהוג עתה שמיטת כספים', אלא שאם נשמר כנגדו את דברי הרא"ש: 'אבל אם נהגו במקומות מנהג שיש בו עבירה יש לשנות המנהג אפילו הנהיגו גדולים את המנהג' (שו"ת הרא"ש כלל נ"ה, י) – נמצא כי התמורה שחלה בהערכת תוקף המנהג ברורה למדי.

היחס בין המנהג וההלכה במאה החמש-עשרה

לעצמי על שמיטת ידי עצמי שאיני מתעורר לבטל מנהגם ואומר אני דאפשר כיון שפשט המנהג שלא להשמיט והכל יודעים, הוה כאילו התנה המלווה על מנת שלא תשמשנו שביעית⁶⁸.

לשאלה מדוע הפסיקו קהילות אשכנז במאה הארבע-עשרה לכתוב פרוזבולים וגבו את חובותיהם גם לאחר שעברה שנת השמיטה, עונה הב"ח: 'כיון דכל מלוה נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד ואין צריך שבועה כר"ת דעיימיה, אם כן כל לוה לא נוחא ליה למיקם בדיני ודיינא בכדי, גם המלוה נסמך על זה שלא לכתוב פרוזבול ואף אינו מוסר דבריו לבית דין מאחר שנאמן הוא בדיבורו הקל בלי שבועה וקבלת חרם כל עיקר, ומה נשתרשב המנהג לגבות שטרות שעבר עליהן שביעית'⁶⁹.

מאליה מתעוררת השאלה מדוע החלו בביטולה של שמיטת-כספים רק במאה הארבע-עשרה. האם לא היתה ידעת רבנו תם ודעימיה, שהב"ח מסתמך עליה, ידועה קודם לכן?⁷⁰

רצ"ה חיות יי סבור כי הסיבה לביטול שמיטת-כספים היתה כלכלית. באותה תקופה נדחקו היהודים מכל עיסוק אחר ונאלצו למצוא פרנסתם מעסקי הלוואות בלבד. מהמת כך נעשתה שמיטת-כספים לגזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה. אלא שגם תשובה זו אינה מספקת. מה קושי יש בכתיבת פרוזבול שלא יכלו לעמוד בו? נראה אפוא שיש לחזור לפרשת מיעוט ערך עצמם של גדולי אשכנז במאה הארבע-עשרה והחמש-עשרה. ההלכה מחייבת שלא לכתוב פרוזבול אלא במופלג שכבתי-הדין ורוב חכמי אשכנז אלה לא ראו עצמם ראויים לשמש בעטרה זו⁷¹, ממילא לא הזיקו עצמם לכתיבת פרוזבול.

יהיו אשר יהיו הגורמים שהביאו לצמיחת נהג זה, לנו חשובה המגמה שבאה לידי ביטוי בדברי המהר"א: 'מנהג שנשתרש בעם, אף-על-פי שהוא מנוגד לדעת

68 שו"ת הרא"ש, כלל ס"ד, ד.

69 הב"ח לטור חושן-משפט, סי' ס"ז, אות ה.

70 כך דנו למעשה גם במאה השלוש-עשרה. האמינו לטענת המלווה: פרוזבול היה לי ואבד. 'וכיון דכתבין האידנא פרוזבול, נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד, וכך ראיתי רבותי דנין באשכנז ובצרפת' (שו"ת הרא"ש, כלל ע"ו, ו).

71 ב"ררכי הוראה, חלק א, פרק ב.

72 היתה אפילו דעה שרק יבי דינא דרב אמי ורב אסי מוסמכים לדון דין פרוזבול. אמנם, דעה זו כנראה לא נתקבלה, כפי שכותב הרא"ש בתשובותיו (כלל ע"ו, ו): 'הא הדין בכל דור ודור המופלג שבכל מדינה ומדינה יכול לכתוב פרוזבול, אבל רבני התקופה שלאחר המגפה השחורה לא ראו עצמם מוסלגים שבמדינה'. מקצת תמיחה יש בעובדה שגם בספר של המאה השלוש-עשרה פשט כבר המנהג שלא לשמוט כספים, כמובן שהרא"ש הנ"ל ומהמאירי ('מגן אבוח', ענין ס"ו).

פרק שישי

הפוסקים כולם⁷⁶, יש להשתדל ככל האפשר — אף בדרך שאינה שגרונית⁷⁷ — למצוא לו בסיס הלכתי⁷⁸.

התלבטויותיהם הקשות של חכמי המאה החמישית עשרה בשאלת הסמכות להכרעת ההלכה הן מן המפורסמות. במקרה של מנהג, נפתרה גם שאלת הסמכות, שהרי כאן אין הסמכות נובעת מהם, אלא ממנהגם של ישראל.

ג. המנהג כגורם דומיננטי בפסקי ההלכה

לא פעם אנו מוצאים בדבריהם של חכמי המאה הזו באשכנז הכרעות הלכתיות, הנראות תמוהות לכאורה, אם בשל נטייתן היתירה לקולא ואם בשל התעלמותן מן הכללים המקובלים על הפוסקים, כגון הלכה כבבבאי או כרוב הפוסקים וכד'⁷⁹, הנוהג הקיים, הוא הבסיס והמניע להכרעות אלו. על הקשר שבין נטייה יתירה לקולא ובין הנוהג, מצויה עדות מפי אחד מחכמי הדור עצמו: 'מהר"י מרפורק יצ"ו אמר דנהיגי ב' קולות ... ותמהתי מאד ליה להקל, אולי המנהג במדינתו כן הוא'⁸⁰. מקובל היה באשכנז שיש להבחין בין דברים מפורשים ודברים שאותם מדייקים מדברי הקדמונים. על כך אמרו שיפה כח איסור מפורש מפי קדמונים, מדויק להיתר של לשון קדמונים אחרים⁸¹. מחבר ס' מנהגי מהר"ל מספר שלעניין חובת האכילה בסוכה בלילה הראשון סבר המהר"ל כי 'אם ירדו גשמים ימתין עם סעודתו עד שיכלו גשמים ואף אם ימשך עד חצות, מכל מקום ימתין אולי יעצרו', אלא שהוא ממשיך ואומר כי לאחר מכן מצא תשובת המהר"ל

76 מותר להניח שדברי ר"י אלברצלונזי (הרמ"ה (ראה הערה 55)) לא היו ידועים למהרא"י.

77 בלשוננו של הגר"א לשולחן-ערוך, חושן משפט, סי' ס"ז א, אות ז: 'ועיין שם (בתרומת הדשן) שדחק עצמו הרבה מאד'.

78 דוגמא נוספת אפשר למצוא בדיוניו של המהרא"י בדין קטלנית ('תרומת הדשן', סי' ר"א). את המנהג המתיר לאשה להינשא לבעל שלישי הוא מנמק בשיטת ה'אור ורע' שאינה אלא דעת יחיד, אף-על-פי שהיא מצריכה 'לאסוקי תלמודא ממשטייה', בהסתמכו על שיטת ה'אור ורע', הסבור כי אין פאן אלא 'פסק חששא' ולא איסור או 'ודאי חששא', הוא מסלק את הקושי העיקרי, אך מודה, ככל זאת, בעצמו: 'קשה הדבר לצדד כליכך להתיר הואיל ואיכא חשש סכנה, כדאמר פרק אין מעמידין פורקא לסכנה בתמיה'. הוא נוקט, איפוא, לגימק משלים: 'דנשים ילדות דאיתרע בהו כי הך מילתא אם יהיו אמורות להנשא היה לחוש שמא תס ושלום תצאנה לתרבות רעה'. אף כאן משמשת דעת היתיד נקודת-מוצא לדבריו, אלא שהם חורגים הרבה מעבר לה.

79 כך למשל מסתמך המהרא"י על שיטת ה'אור ורע' לצניין קטלנית ('תרומת הדשן', סי' ר"א), אף-על-פי שהוא עצמו מודה שמ'פשיטה דתלמודא' משמע שלא בשיטה זו.

77 שו"ת מהר"י ברונא, סי' ק"ז.

78 'תרומת הדשן', סוף סי' רס"א.

ה'ית'ס' בין'תמנה'ג'וה'הלכה'במאה'הת'ש'ע'שרה

'שנשאל'מאתו'אם'לנהוג'כן', 'כי'כן'נמצא'במדרכי'שהיבר'הר"ר'שמואל'שליטשטט, והשיב'שתשובת'מהר"ם'היא', אבל'לא'ראיתי'נוהגין'כן'. אלא'בעצ'האוכל'אולי'בתר'ההיא'שעתא'כדמשמע'לשון'שאר'רבתינו'דישער'אדם'בעצמו'אם'היה'יוצא'מביתו'מפני'עצר'כזה'כדאיתא'בהג"ה'כמיימונ'י". הרי'שהמהרי"ל'מוכן'לססוק'כדמשמע'לשון'שאר'רבתינו'ולקולא', נגד'דבריו'המפורשים'של'מהר"ם'מרוטנבורג', שהתמיר'.

במקרה'זה'ספורש'כי'טעם'ססיקתו'של'המהרי"ל'היה'המנהג', אלא'שלא'תמיד'מוצאים'אנו'דברים'מפורשים', יש'שהחכמות'נראות'לנו'בלתי'מוכנות'ודק'לאחר'בדיקה'מתברר'כי'יד'המנהג'כאמצע'והוא'שהכריע'את'הכף', הרי'כמה'דוגמאות': בתשובת'מהר"י'ווייל', הדנה'בסדר'החליצה'נאמר': 'וישאל'אותו'אם'הוא'רוצה'ליבם', ואם'יש'לו'אשה'יתירו'לו'חרם'רבנו'גרשום'י". וכן'נמסר'שגם'המהרי"ל'היה'פונה'ליבם'בשעת'הליצה'ואומר'לו'גם'אם'לך'אשה'אחרת'רשאי'אתה'לקחתה', דלא'נתקן'על'זה'תקנת'רבנו'גרשום'י".

שאלת'ההתנגשות'בין'מצוות'יבום'ותקנת'רבנו'גרשום'שלא'לישא'שתי'נשים', העסיקה'הרבה'את'הפוסקים'כאשכנז'לפני'המהרי"ל'ומהר"י'ווייל'י". במאה'השתי'עשרה'עדיין'היו'הדעות'חלוקות'. על'ר'אליעזר'ממץ'נאמר'שהיה'עוהג'להתיר'חרם'לישא'ב'נשים'ליבם'י". הטעם'הוא'שבמקום'מצוה'לא'נגזרה'גזירה', לעומת'זאת'סברו'ר'שמריה'ור'שמחה', כי'יש'לכפות'את'היבם'הנשוי'לחלוץ'י". במאה'השלוש'עשרה'כותב'ה'אור'זרוע': 'מיהו'בזמן'הזה', אם'היבם'נשוי'הרי'אינו'יכול'ליבם'משום'תקנת'רבינו'גרשון'שגזר'על'שתי'נשים'... ועכשיו'אם'יאמר'היבם'אינו'רוצה'לחלוץ'ליך'עד'שתתני'לי'כן'וכך', ונתקין'אותו'שיתלוץ', דהשתא'כמו'תקנתא'דרבנן'היא', שאינו'יכול'לישא'אשה'אחרת'... וגראה'כעני'אני'המתברר', דכוסין'אותו'כשוטין'לחלוץ'י".

ובתשובות'מהר"ם'מרוטנבורג': 'סוף'דבר'עתה'בזמן'הזה'החרימו'הקהילות'

79 מנהגי מהרי"ל, הלכות סוכה, דפוס קרימונה שי"ח, דף ע, א.

80 שו"ת מהר"י ווייל, סי' קס"ח.

81 מנהגי מהרי"ל, סדר החליצה, דפוס קרימונה שי"ח, דף צ"ה, א.

82 אפילו הפוסקים שסברו שמצוות חליצה קודמת, הודו ש'אי' ניהא להו לתרוניהו ליבומי מיבמי' ואין כופין אותו לחלוץ ('מדרכי' ליבמות, פרק ד, סי' ל"א).

83 מדרכי ליבמות פרק י"ב, סי' נ"ז, וכן בהגהות מיימוניות להלכות יבום פרק ד, אות א ומסיים שם 'ושאר רבותי לא נהגו כן'.

84 שיטתם מובאת בשו"ת מהרי"ק, סי' ק"ב. ר' ברוך בסי' התירומה (סי' קל"ג) סבור שהיבם הנשוי, אין כופין אותו לחלוץ 'וגם לא שבקינן ליה ליבם'. בקשר לדעתו של הראב"ה במדרכי ליבמות פרק ד, סי' ל"א ובאגודה ליבמות דף נ"א, לא ברור לי אם סובר כרא"ם או כר' ברוך.

85 'אור זרוע' חלק א, סי' תקל"ה.

יבמה שנפלה לפני יבם ויש לו אשה שאינו יכול לקיים מצות יבום מפני החרם, שיש לו לחלוץ בלא כסף, ואם אינו רוצה (יכופו) אותו⁸⁸. וכן סבורים ר' אביגדור הכהן⁸⁹, הסמ"ק⁹⁰, והטור⁹¹.

גדולי הדור הבא, אפילו הספרדים, הבחינו בהידוש הגדול שבדברי המהרי"ל וכשבא ר' אליהו מזרחי לפסוק שאין כופין את היבם הנשוי לחלוץ, הוא מסתמך עליו ואומר: ז'כן מצאתי הלכה למעשה על מהר"י מולין סג"ל ז"ל שאמר ליבם, את יבימתך העומדת אצלך, אם חרצה ליבמה, גם אם יש לך אשה רשאי אתה ליבמה, דתקנת רבינו גרשום לא נתקנה על כך⁹². והשאלה היא מדוע מתעלמים המהרי"ל ומהר"י וייל מדעת כל גדולי הפוסקים בדור האחרון של הראשונים וחוזרים לפסוק כדעת ר' אליעזר ממז? בלשונו של המהרי"ק: 'רבו הפוסקים דכופין ... ועוד דבתראי נינהו וראוי להלך אחרי הפוסקים האחרונים'⁹³.

דומה שבתשובה אחרת של המהרי"ל⁹⁴ נמצא פתרון לשאלה. המהרי"ל אינו דן במישרין בהלכות ייבום וחליצה, אלא בשאלה אם חרם הרבנו גרשום חל אף במקרים שהוא מתנגש עם הלכה מפורשת בתלמוד⁹⁵: 'כיון דרבנן חכמי המשנה והתלמוד גזרו שלא לגרש משום היספק, כלום יש כח בזירות אחרונים ע"י תקנתם להקל על דברי זכמים ולהחיר גזירתם ע"י תקנתם הקלה, טפי ואי לן למימר, כל כה"ג לא תיקן הגאון, דבעין זה פירש הר"ר חזקיה כתשובות זקינו, בתשובה על יבם הנשוי אע"ג דאיפשר בחליצה, וחליצה קודם לדין כאבא שאול לפי ר"ת ויתר רבותינו בתראי, אפילו הכי מעשים בכל יום יבמים נשואים צריכים היבמות לפייסם, ואמרינן דלא תקין הגאון כה"ג, ודלא כיש דבעו בפרק החולק, דכופין לחלוץ ע"י תקנת רבנו גרשום בנדון דידן וכו'⁹⁶. מכאן שחרף דעת גדולי

88 שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, נוסח פראג, סי' תתס"ו.

89 מובא בשו"ת מהר"י מינץ, סי' י, סמ"ק, סי' קס"ה.

90 אבן העזר, סי' קס"ה. ובהג"ה לשולחן ערוך אורח חיים, סי' א, סעיף י, כובאת דעה זו בשם הגהות מרדכי דבתובות.

91 שו"ת ר' אליהו מזרחי, סי' י"ד. מכאן נראה שדעתו של ל. סינקלשטיין (ב-Jewish Self-Government, עמ' 27), שדברי המהרי"ל אינם אלא נוסח מסוים, שבא כפיקציה כדי שלא לבטל את מצוות התורה — אין לה על מה לסמוך.

92 שו"ת מהר"ק, סי' ק"ב, וכדומה בשו"ת 'בנימין זאב', סי' ע"ח.

93 כתבי"ד בריטיש מוניאום, OR. ADD. 2711, סי' ב"ח.

94 כגון שאשתו אינה שפיה בדעתה ('עתים חלים עתים שוטף') שלפי ההלכה התל"מודית אין לגרשה — האם יעבור על חרם הרבנו גרשום וישא אשה שניה, או יעבור על דברי התלמוד ויגרש את השומה?

95 לאור תשובה זו בכחבי"ד אין לקבל את השקפת צימלס ב-Ashkenazim and Sepharadim, עמ' 173, שהסיבה לכך כי רוב רבני אשכנז העדיפו את וחליצה היא השאיפה למונח התנגשות עם חרם הרבנו גרשום. בשו"ת מהר"ק סי' ק"ב נמצאת תשובה של ר' אביגדור כהן אל ר' חזקיה, שבה זמא מודיע לו בשם רבו ר' שמחה

היחס בין המנהג וההלכה במאה החמש-עשרה

הסוסקים במאה השלוש-עשרה ותקנת הקהילות ומבואת אצל מהר"ם מרוטנבורג שיש לו לחלוק בלא כסף ואם אינו רוצה יכפו אותו — לא כך נהגו למעשה⁹⁵ והכרעת ההלכה של המהרי"ל ומהר"י ווייל נתבססה על הנוהג הקיים.

נבדוק עתה דוגמא נוספת של פסק-הלכה הנוגר לכאורה את כללי ההכרעה המקובלים, אלא שיש להבינו על רקע המנהג.

הטור⁹⁶ מביא בשם ר' יחיאל כי אסור לשכור חזן לתפילה בשבת משום איסור שכר שבת. ואילו במרדכי⁹⁷ מובאות שתי דעות: ר' ברוך אומר, כדעת ר' יחיאל, אך ר' שמואל בנו מתיר וסובר שאפשר לשכור חזן מיוחד לשבתות. על המהרי"ל העירו שחשכיר חזן להתפלל בשבת⁹⁸. כבר הקשת מהר"י ברונא⁹⁹, מה ראה המהרי"ל להכניס ראשו בין תורים ולהכריע לקולא, מה גם שאפשר למנוע את האיסור בנקל על-ידי הבלעה, דהיינו שהחזן יעבור לפני התיבה גם בחול? וכן קשה, מדוע לא פסק כר' יחיאל ור' ברוך נגד ר' שמואל, תרי לגבי הד? ומיישב מהר"י ברונא בנפיקס: יואל ר' יחיאל סבר כר' ברוך, אבל אנו כרבינו שמואל. כיון דאביו לא אסר בהדיא אלא מסופק, בדמשמע לשונו, ולכנו פשיטא ליה — עבדינן ליה כוחיה לקולא, נראה שיותר פשוט להניח כי בסיס הכרעתו של המהרי"ל כיחיד שהתיר לעומת שניים שאסרו, הוא המנהג. אף אכנס בב"ח לטור אורח-חיים¹⁰⁰ מובא שנוהגים להקל בשכירת חזן לשבתות בלבד. יש להניח שמנהג זה היה קיים כבר בימי המהרי"ל והוא שהביא לפסוק כאן לקולא.

ועוד דוגמא של פסק הלכה הנראה תמוה, אך מתפרש לנו יפה על ספר המנהג: המהרי"ל הורה שמותר לקנות מצוות בשמחת-תורה, אף-על-פי שיום טוב אסור במקט וטמא¹⁰¹, נימוקיו לכך קלושים (המצוות האידנא הן שעתה,

כי יש לכופ את הדיבם הנשוי לחלוק (בשו"ת מהר"י מינץ, סי' י, מועתקת אותה תשובה בלי הציון שנשלחה לר' חזקיה — ואולם אין זו, כנראה, אלא השמטה). יש להניח שר' חזקיה לא קיבל את דעת ר' אביגדור ור' שמחה.

95 כהנחה זו שדברי המהר"ם ותקנות הקהילות לא נהקבלו למעשה, נוכל להסביר גם את דברי ר' משה פירנס, תלמידו הנאמן של המהר"ם מרוטנבורג. כבואו לתאר את סדר-החליצה הוא כותב: "יתירום חרם דרבינו גרשום שיהיה הדיבם רשאי לקחת שתי נשים אם הוא נשוי, שבמקום מצוה לא החרים. ואעפ"כ לרווחא דבילתא עושין כן, האת"כ יאמרו בית דין ליבם אם ניתא לך, יבם, אם ניתא לך תלוי" נס' הפרנס, סי' שנ"ה).

96 באורח-חיים, סי' תקפ"ה.

97 לחתובות סוף פרק ה.

98 שו"ת מהר"י ברונא, סי' קי"ד.

99 שם.

100 ב"ח לטור אורח-חיים, סי' תקפ"ה.

101 'מנהגי מהרי"ל', הלכות סוכה, דפוס קרימזנה שי"ת, דף ע"א א.

ועוד צרכי רבים הם'). וכבר העיר עליהם כ"ט שנה לאחר מכן ראש דיני פרנקפורט ר' יוסף יוזפא האן: 'צדדי היתיר שכתוב במהרי"ל אינם כדאי אלא דוקא כיום טוב שני שאינו אסור מדינא רק מנהג אבותינו בידינו, דאגו בקיצוץ בקביעתא דירחא, אבל יום טוב ראשון, שאיסורא מדאורייתא — לא' ¹⁰² לפי פירושו של ר' יוסף יוזפא, העיקר חסר מן הספר בחשובתו של המהרי"ל, לפי שנשאל: 'אמאי קונין מצוות בשמחת תורה והלא יום טוב הוא, התשובה היתה צריכה להיות ששמחת תורה אינו כשאר ימים טובים, שכן יום טוב שני חיובו הוא רק מטעם מנהג אבותינו בידינו, ר' יוסף יוזפא כותב עוד שהמנהג 'להתחיל להכריז המצוות בליל שמחת תורה סמוך לחשיכה, ואם דבריו משתשבה דוקא, מבעי ליה ? נראה יותר שהבסיס להיתרו של המהרי"ל הוא המנהג עצמו.

בדוגמאות שהבאנו אין חכמי המאה החמש עשרה מסתמכים במפורש על המנהג להכרעותיהם. אך נראה לי כי זה המקור שממנו שאבו את הסמכות ואת האפשרות להגיע להידושהם, בדרך זו ניתן בידנו מפתח להבנת הכרעות רבות, אף במקום שאין מזכירים את המנהג.

ברור שבדיני ממונות הסתמכו על הנהג כמניע מפורש לשינוי ההלכה. מנהגים שעמדו בסתירה גלויה לדברי התלמוד או כתבי הפוסקים ולא נמצאה דרך לגשר ביניהם אמרו — על אף ההיסוסים — כי 'אפשר דבכהאי גוונא גימא מנהג מבטל הלכה בדבר שבממון' ¹⁰³. כך היה, למשל, בעניין 'קיום שטרות בשלושה' ¹⁰⁴. מדברי התלמוד בקשר לרבנא אישי ¹⁰⁵ מובת, שקיום שטרות יחיד, אפילו מומחה, אין לו תוקף, כיוצא בכך מפורש ב'מרדכי' ¹⁰⁶ שאם קיימו אפילו בשניים, לא הוי קיום. אף על פיריכן סובר המהר"א כי הואיל ו'מנהג פשוט הוא לתופשי ישיבה שחוחמים ביחיד לקיים שטרות, אפשר דבכה"ג גימא מנהג מבטל ההלכה. הרמ"א ¹⁰⁷ מקבל את דברי המהר"א, ו'בדרכי משה' אף מיישב קצת את דבריו 'שלא יהיו דברי התלמוד סותרים לגמרי למנהג, וכבר השיב הש"ך לחושן משפט סי' מ"ו ס"ק ת על דברי הרמ"א 'מסברא וגמרא' וגם המהרש"ל ביום של שלמה' לכבא קמא כותב: 'אילו בא אחד לפני והיה מערער על הקיום, הייתי פוסק הלכה למעשה שהוא כחשפא בעלמא' ¹⁰⁸.

102 'יוסף אובד', סי' תתרפ"א.

103 'תרומת הדשן', סי' של"ב.

104 מס' בבא בתרא מ', א.

105 מס' כתובות כ"ב, א.

106 מרדכי לגיסין פרק ד, סי' קצ"ח ובתנאות מרדכי לקידושין, סי' תק"צ.

107 כשולחן ערוך, חושן משפט, סי' מ"ו ד.

108 ים של שלמה לכבא קמא, פרק י, סי' י"א.

היחס בין המנהג וההלכה במאה החמש-עשרה

ראוי לציין כי המהר"י מלמד כאן סנגוריה על מנהג, שלו התנגדו כמה מתכמי דורו. בקובץ השו"ת של חכמי אשכנז במאות י"ד וט"ו שבכתב־יד 109 כתוב: 'עוד שמעתי 110 ממנו (= מהר"י ווייל) בשם מהר"י ס"ל (מהר"ל) ז"ל שלפעמים שיקיים רב אחד חתימת העדים כמו שנהגים לכתוב, התחיימות דלעיל ישרות הם או כה"ג, שאינו מועיל כמו קיום הדינים כללי 111.

להלן גרוא, כי כל אימת שביקשו חכמי אשכנז להכריע במאה זו את ההלכה לא הסתמכו על התלמוד בלבד אלא במקרים מעטים. ענוה יתרה גרמה להם שלא ראו עצמם ראויים לכך ונסתייעו בדרך־כלל בדברי ראשונים.

ייתכן כי באותם המקרים שבהם לא חששו לבסס את הכרעתם במישרין על התלמוד 112 — המנהג הרווח הוא ששימש יסוד להכרעתם 113.

ד. מנהג הנצשה הלכה

המנהגים המובאים בחיבוריהם של חכמי המאה החמש-עשרה היסיעו רבות על התפתחות ההלכה. פוסקי הדורות שאחריהם, ביחוד הרמ"א ומפרשי השולחן-ערוך, ראו בהבאת המנהגים, במקרים רבים, כעין מתן גושפנקא הלכתית. בכך נסללה הדרך לקליטת הלכות שהוצגותן היא פרי התערכה המיוחדת שנוצעה אז למנהג. כך נוצרה, דרך משל, ההלכה הקשורה למועד תשלום שכר-שדכנות, משנחשט מוסד השדכנות בשכר, נהעוררה שאלה אימתי יש לשלם לשדכן: האם רק אחרי הגישואין, או כשעה שהשדכן סיים את מלאכתו, הווי אומר ביום שנחקשרו הצדדים זה לזה בדרך קבלת קניין 114. בהגהה לשולחן ערוך 115 פוסק הרמ"א על־פי 'פסקים וכתבים' של המהר"י 116 כי במקום שאין מנהג, אין השדכן זכאי

109 כ"י אוקספורד HUNT 221, דף 5.

110 ייתכן שהכותב הוא ר' יוולין הובשט, מחבר ס' 'לקט יוסף', החתום שם בדף הבא על שאלה למהר"י ווייל.

111 וכן מהר"ס מינץ בתשובתו ס"י י"א מתנגד למנהג שרב אחד יחתום על קיום שטרות. לעומת זה מסתבר שמהר"י ווייל לא התכוון אלא לספור את דברי המהר"ל. הוא עצמו סבר אחרת לפי שבאותו כתב־יד ממש (דף 30) חתם יחידי על קיום החימות עדים של שטר הרשאה.

112 למשל ב'תרומת הדשן', ס"י ק"ע, לעניין דבר שיש לו מתירין, הוא מכריע לקולא על־ידי הוכחה ישירה סן התלמוד. גם ב'פסקים וכתבים', ס"י קנ"ד ('תרומת הדשן'), ס"י ס"ב 'לקט ישר', א, עמ' 102) הוא מכריע על־פי התלמוד לקולא בעניין איקור שבת, וכאן רק על־פי נוסח התוספות ונגד נוסח רש"י בתלמוד.

113 הוכחות להשערה זו לא מצאתי.

114 מה שנקרא בלשונם 'הושם הקנס' כלומר שהצדדים התחייבו בקבלת קניין שהעז החוזר בו ישלם קנס.

115 הושן משפט, ס"י קפ"ה, סעיף י.

116 'פסקים וכתבים', ס"י פ"ה.

לקבל את שכרו אלא לאחר הנישואין ¹¹⁷. אך כשנעוץ בדברי המהר"י בפוסקים וכתבים, נראה שאין הוא פוסק הלכה אלא מביא את דבר המנהג: 'בסחמא אין נוהגין בגבולינו לגבות שום שכר שדכנות אלא אם כן יגמרו הנישואין. בגליל העליון נוהגין לגבות מיד אחר שהוסם הקנס מה שאין כן בגבולינו'. נראה גם שמנהגים אלה לא נוצרו בזמנו של המהר"י. השדכנות בשכר, כחופעה נפוצה, מעסיקה את הפוסקים למן המאה השתים-עשרה. 'וכן השיב מורי הרב ר' שמחה ז"ל מעשים בכל יום להרבות שכר השדכנים וכו'" ¹¹⁸. אין זה מתקבל על הדעת שעד למאה החמש-עשרה לא נתעוררה שאלת מועד התשלום מעולם. נכון יותר להניח כי עד למהר"י היתה זו מסורת שבעל-פה ורק עם העלאת הדברים על הכתב בידי גדולי המאה החמש-עשרה, נתקבלה המסורת כהלכה.

ביוצא בזה אנו מוצאים בהלכות קריעה על המת בחול-המועד. מנהג ישן, שאינו מתאים אף לאחת מדעות פוסקי אשכנז, רווח מאות שנים עד שהתקבל כביכול 'רשמית' על ידי המהר"י ¹¹⁹, והוא מובא ממנו כפסק הלכה ברמ"א, כהנהגה לשולחן ערוך ¹²⁰. במס' מועד קטן שבמשנה נאמר: 'אין קורעין ולא חולצין ואין מכרין אלא קרוביו של מת ... ואין אומרים ברכת אכלים במועד' ¹²¹. הפוסקים עוררו שאלה האם תיבת 'במועד' מוסבת גם על הרישא וכוונת הנאמר 'אין קורעין ... אלא קרוביו של מת במועד', היינו שקרובי הנפטר קורעין אף במועד או שאין הדברים אמורים ברישא אלא בחול, הווי אומר: בחול אין קורעין אלא קרוביו של מת, בעוד שבחול-המועד אין קורעין כלל, אפילו לא קרוביו של מת. הפירוש הראשון נמצא אצל רב האי גאון ¹²², הראב"ד ¹²³ ורש"י ¹²⁴, ובדרך זו הלכו גם מהר"ם מרוטנבורג ¹²⁵, הרא"ש ¹²⁶ והטור ¹²⁷. לעומת זאת

117 בסמ"ע, שם. מובא ש'כעיר שושן' מקשה ה'לבוש' על הרמ"א בדבר פסקידן זה ומעיר על כך הסמ"ע 'לא על מור"ם (הרמ"א) תלונתו כי אם על פסקי המהר"י, שכתב כן בהדיא בסימן ס"ה'.

118 'אור זרוע' ח"ג, סי' תנ"ז.

119 'תריסות הדשן', סי' רפ"ח.

120 אורח-חיים, סי' תקמ"ז, סעיף ו'.

121 משנה מועד קטן, פרק ג, משנה ז'.

122 מובא ב'שערי שמחה' לר' יצחק אבן ג'יאת, חלק ב' עמ' נ"ה.

123 מסורת בשמו של הראב"ד מובאת בסמ"ק, סי' צ"ז, דין הרגלים, והוא מסתמך על הירושלמי.

124 מובא בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, הוצ' כמנא, חלק ג, עמ' פ"ה.

125 שם.

126 הרא"ש למועד קטן, פרק ג, סי' נ"ח.

127 סור יורה דעה, סי' ש"מ.

קיבלו הראב"ן¹²⁹ והסמ"ק¹³⁰ את הפירוש השני: אין לקרוע בחול-המועד, כלל. נראה עתה כיצד משיב המהרא"י על השאלה: שם לו מנחם בחול המועד צריך לקרוע או לאו, יראה דיש חילוק בדבר, וכך קבלתי מאחד הגדולים שקבל הוא מרבו מאחד מהגדולים¹³¹ שקבל גם הוא מגדול אחד שנוהגין באשכנז לקרוע בחול המועד על אביו ואמו, כרש"י דסבר הכי, ועשה מעשה בחול המועד כדאיתא בסמ"ק וכן כתב הרמב"ם, אבל בשאר מתים נהגין כשאר הגאונים דסברי דאין קורעין בחול המועד. ואלו הגאונים לא מפלגי בין אביו ואמו לשאר מתים. אלא שתעולם נהנו לחלק ולמיעבד בהא כהני ובהא כהני, וכמדומה לי שמצאתי בחיבור אחד גמי דיש לחלק הכי יי. בעיני המהרא"י יש איפוא סמכות בידי 'העולם שנהגו' לקבוע הלכה חדשה שאינה תואמת אף אחת מן הדעות שזכרו, אלא בהא כהני ובהא כהני, אשר לרמו שדכברי המהרא"י, שמצא כן גם בחיבורי אחד — אמנם קיימת דעה כזאת, והיא נמצאת בהלכות גדולות¹³², אלא שדעת בעל הלכות גדולות היתה ידועה לפוסקים באשכנז¹³³ ולא קיבלוה. ההלכה האשכנזית בתקופת הראשונים לא הכירה איפוא בהבדל שבין אביו ואמו לשאר קרובים לגבי קריעה בחול-המועד¹³⁴.

128 מובא בהגהות מיימוניות הלכות יום טוב, פרק ו, אות ט.

129 סמ"ק, סי' צ"ו, דין הרגלים. וכן סבור ר"י פרץ שם בהגהה, בקשר לדעתו של הראב"י יש מסורות פותרות, דאח א. אפסוביצר, סי' הראב"י, ח"ב, עמ' 538, הערה 15.

130 הכוונה, אולי, למהר"ל, 'שקבל הוא מרבו', הוא ר' שלום מווינה, הסובר כך (מובא במנהגי מהר"ל, הלכות חול המועד, דפוס קרימונה ש"ח, דף ל"ו, ב.).

131 'תרומת הדשן', סי' רס"ח.

132 הלכות גדולות, הוצאת הילדסהיימר (ברלין), עמ' 206. הסברה שיש לחלק בין אביו ואמו לבין קרובים אחרים לענין קריעה, נזכרת שם פעמיים. פעם שלא בשם אומרה ופעם שניה בשם רב כהן צדק. ב'שערי שמחה', חלק ב, עמ' ג"ח, הוא מיוחסת לרב גטרונאי גאון ויש, בדברי רי"ג, מצוי לדעתו גם ההסבר לדעה זו: לגאון לא היה ברור אם תחילת המסנה מוסבת על חולו של מועד או לאו ומאחר שמצא כי לענין אחר קיים בהלכות קריעה הבדל בין אביו ואמו ושאר קרובים (במס' מועד קטן כ, ב) החליט להעביר בהתנה זו גם לגבי חול המועד.

133 מובאת בראב"י ח"ב, עמ' 538, במדכי למיעד קטן, סי' תתפ"ד, וכיגוריה למריק ב"ו.

134 יש לשים לב גם לעובדה, שהמנהג שמהרא"י מביאו לא משש בכל המקומות באשכנז. דבר זה אנו למדים משתי תשובות של מהר"י ברונא: 'מעשה שמת בן שאריו ה"ו יוסינגק ש"י בחול המועד סוכות ואמרתי שכן ראיתי מרבתי דלא קרעו בחול המועד כמו שכתב רבינו פרץ בהגהות בסמ"ק כדרי דוכחין וכן נהגין ודלא כאשירי דכתב דעל פתו מילא קורעין' (ש"ת מהר"י ברונא, סי' ק"ו). בתשובה אחרת הוא כותב: 'עששה ברנשפורק שמהה אשת ר' אייזיק דיינער בחול-המועד דסוכות ושאל לי כיצד יעשו, ואמרתי דבר זה תלוי במנהג, כי יש מקומות נוהגים לקרוע

המהרא"י מחפש אמנם בסיס־מה למנהג, אולם הוא מכריע לצידו, לא משום שהוא מבוסס על דעה מתקופת הגאונים, אלא מפני שהוא מכיר בסמכותו של המנהג ליצור הלכה חדשה באשכנז.

תופעה דומה אנו רואים בקשר להלכות הקשורות בתקנה שלא לישא שתי נשים. במאות השתי־עשרה והשלוש־עשרה גוברת והולכת הנטיה המונוגמית ומגמת הפוסקים היא להרחיב את התקנה כדי שתכלול את כל המקרים האפשריים וגם מקרים יוצאים מן הכלל¹³¹, אולם מגמה זו של הפוסקים, שבאה לידי ביטוי בפסקיהם, לא הפריעה למנהג ריינוס לקבוע שבמקרה של אשה שנשתמדה, רשאי בעלה לשאת אשה אחרת מבלי לגרש את אשתו המשומדת: 'הבעל שיש לו אשה מומרת וירצה לישא אחרת... בריינוס לא קפדי ונושאים אשה אחרת בלי גירושין דסבירא להו דאהכי לא תיקן הגאון'¹³², המרת דת, אם מאונס ואם מרצון, לא נתחדשה כמובן במאה החמש־עשרה, והשאלה אם מותר לשאת אשה נוספת על אשתו המשומדת, נשאלה גם היא לפני כן¹³³, ומסתבר שהמנהג לא נתחדש בזמנו של המהרא"י, אלא הרבה קודם¹³⁴. בין כך ובין כך, הזכרת מנהג זה בתשובתו של המהרא"י הבשירה אותו לבוא בקהל הפוסקים, והרמ"א קיבל אותו ממהרא"י¹³⁵.

באופן כללי ניתן לומר, שעיקר מפעלם של חכמי המאה החמש־עשרה לא היה ביצירתם של מנהגים חדשים, אלא במתן גושפנקא הלכתית למנהגים שנהגו

בחוליהמועד כרש"י וכן סס האשירי, וכל שכן הא דר' מיכל בנו חייב לקרוע, ויש מקומות נוהגים כסמ"ק שלא לקרוע בחוליהמועד... ושאלתי על המנהג והשיבו לי המנהג שלא לקרוע כלל בחוליהמועד אסילו על אביו ואמו' (סם, סי' קפ"א), במאה התשיע־עשרה באשכנז רווחו איפוא שלושה מנהגים שונים בקשר לקריעה. שניים מהם היו בהתאם לשתי דעות הפוסקים הראשונים שהבאנו לעיל — אולם המהרא"י קיבל דווקא את המנהג השלישי, משום שזהו המנהג שקיבל 'מאוד הגדולים שקבל הוא מרבו וכו'.

כאן אנו נתקלים בהיבט נוסף. במקרים מסוימים היה צורך להכריע בין מנהגים סותרים. לחכמי הדור היו קריטריונים שונים לכך, כגון הפדפת כנגד רכותיהם, מנהג המקום וכדו' (ראה על זה בסעיף הבא). אולם לשאלה איזה מנהג מתאים יותר לדעת זהלכה כפי שהיא באה לידי ביטוי בפוסקים — לא היה כנראה משקל רב.

131 ראה מה שכתב פרוש' ז. סלק בספרו נישואין וגירושין וכו', ע' 30.

132 'פוסקים וכתבים', סי' רנ"ו וראה גם שו"ת מהרי"ק סי' קי"ב.

133 ראה א.א. אורבך, 'בעלי התוספות', עמ' 71.

134 אם נכתבה השערה של פרוש' ז. בער שהסיבה להיווצרותו של המנהג היא חגיגה נגד המשפט הנוצרי שהתיר לאשה שהמירה דתה להינשא שנית (מצוטט אצל סלק, שם, ע' 30 הערה 84), אזי זכות זו נתקבלה על־ידי הכנסיה כחוק קאנוני בסוף המאה השתי־עשרה, ומסתבר שקרוב לזמן זה, גם נוצר המנהג.

135 הגהות הרמ"א לאבן־העזר סי' א, סעיף י.

היתס בין המנהג וההלכה במאה החמש-עשרה

גם קודם זמנם. איכזר מנהגים מסוימים בחיבוריהם של המהר"ל והמהר"א — שנחשבו כבעלי הסמכות של ההלכה — נתן למנהגים הללו את קביעותם ועשה אותם לחלק בלתי-נפרד של ההלכה.

ה. שיקולי הכרעה בין מנהגים נוגדים
פעמים רבות עמדו לפני חכמי תקופתנו מנהגים נוגדים והיה עליהם להכריע ביניהם. במעלה הראשונה נחשבו המנהגים שקיבלו מרבניהם: 'וזהו דמרדכי בשם ר' יואל הלוי דבשר ששחה ג' ימים שלא ניקר, דע שקבלתי ממורי הקדוש ו"ל דלא נהיגי כרבנו יואל בהא, דלא חישינן לה ... ואהא סמכינן וכחבתי בשערים שלי לפסק הלכה' ¹⁴⁰. מנהג שקיבלו מרבניהם חשוב אף ממנהג המקום. המהר"א"י מוסר, שמנהג ריינוס במקרה של חלב שנמלח עם בשר להצריך קליפה ומנהג אויסטרייך בשישים ¹⁴¹, והנה, המהר"ל במגנצא כתב: 'ומליחת חלב — כל רבנתי בשישים, בין להקל בין להחמיר' ¹⁴² וכך הוא דוחה מנהג המקום (מנהג ריינוס) בגלל המנהג שקיבל מרבניהו שבאוסטריה.

אולם בדרך-כלל תופס מנהג המקום מקום חשוב ביותר. בטור ¹⁴³ כתוב שאשכנזי נחשבת כמקום שלא נהגו לאכול בו צלי גליל פסח. וכן מובא בשמו בחשיבות מהר"י ווייל ¹⁴⁴, ובכלי-זאת מוסר בעל 'לקט-יושר' ¹⁴⁵ על המהר"א"י ש'אינו מקפיד אם אכל צלי גליל ראשון של פסח'. המהר"א"י באוסטריה אינו חושש, משום ששם המנהג שלא להקפיד.

לפעמים נעשו המנהגים המקומיים הלכה לדורות. כך קרה כנראה בהלכות מכירת חמץ לפני פסח. כידוע עברה הלכה זו ארבעה שלבים עיקריים:

- א. מכירה ממש.
- ב. מכירה גמורה (עם הוצאה מרשות המוכר), אך על דעת לחזור ולקנות את החמץ אחר הפסח.
- ג. מכירה פורמלית פרטית (דהיינו מבלי להוציא מרשות המוכר).
- ד. מכירה כללית על-ידי הרב ¹⁴⁶.

140 'פסקים וכתבים', סי' ע"ז, והשווה 'תרומת הרשן', סי' רמ"ח לתשובות מהר"י ברונא, סי' קי"ז וקפ"א. המהר"א"י סבור שאין לחלוק על החיבורים שנכתבשו 'אם לא שהוא מקובל מרבנותי דלא נהגו הכי' ('פסקים וכתבים', סי' רמ"א).

141 'לקט יושר', ב, עמ' 3.

142 שו"ת מהר"ל, סי' פ"ה.

143 סור אורח-חיים, סי' תע"ז.

144 שו"ת מהר"י ווייל, סי' קצ"ג וכן בס' 'אגור' סי' תתי"ב.

145 'לקט-יושר', א, עמ' 86.

146 הרב זו"ר, המוצאים בהלכה, עמ' רנ"ה.

פתרון לבעיות הקשות שנתעוררו אצל רבים שהתווקו חמץ ולא יכלו להוציא מרשותם נמצא כאשר עברו לשלב השלישי, למכירה הפורמלית. ושלב זה צמח במאה החמיש־עשרה או הארבע־עשרה כמנהג מקומי. בעל 'לקט ישר' מספר 'ואמרתי לו (למהרא"י) איך שמהר"ר יונה¹⁴⁷ יצ"ו התיר ברגנשפורק לאחר שהיה לו שכר ואינו יכול למכרו קודם הפסח, שמכר לגוי בעל־מנהג להחזיר לו אחר הפסח ולמסור לגוי המפתח מן החדר. ואמר בכאן בנאושטס איני רוצה להתיר אבל במקצת מדינות נוהגין היתר'¹⁴⁸.

מאחר שבנוישטס לא היה המנהג של מכירה פורמלית¹⁴⁹, לכן לא רצה המהרא"י להתיר. אולם מאותן 'מקצת מדינות' שנהגו כך, התפשט אחר־כך המנהג לפולין ושם נתקבל כהלכה על־ידי הפוסקים¹⁵⁰.

גידמן כתב¹⁵¹ שהתופעה המבליטה לעין את ירידתה הרוחנית של יהדות אשכנז בתקופה זו היא ריבוי המנהגים המקומיים. ייתכן שהמנהגים הללו פגמו באחדותם של יהודי אשכנז, אולם מאידך גיסא אין להתעלם מן הצדדים החיוביים שבתופעה זו. כתוצאה מרב־גוניותם של המנהגים, ניחנו אפשרויות רבות יותר לפתרון של בעיות הלכתיות שונות.

לפעמים העדיפו את מנהג 'נקי הדעת' על־פני המנהג הפשוט. בידוע קיימת מחלוקת בין רש"י¹⁵² לתוספות¹⁵³, אם צלי צריך מליחה מועטת או לאו. לדברי התוספות אין צורך במליחה כלל, וכן פוסקים גם הרא"ש¹⁵⁴ ובעל 'שערי דורא'¹⁵⁵. המהרא"י בהגהות ל'שערי דורא'¹⁵⁶ קובע ש'נהגין לבתחילה ברש"י¹⁵⁷. אולם בס'

147 ר' יונה היה חבר בית־הדין של מהר"י ברונא ברגנשבורג. לדעת טרייסק, במבוא ל'לקט ישר' עמ' 32—33, היה בנו של ר' שלום מיינה אכל לדעת ד"ר ש. שפיצר מדובר בשני חכמים שונים (מבוא להלכות ומנהגי ר' שלום מנוישטס, ירושלים תשל"ז, עמ' י"ח, הערה 26).

148 'לקט ישר' א, עמ' 74.

149 את המנהג בנוישטס מסר לנו המהרא"י ב'תרומת הושן', סי' ק"ט וק"כ וראוי להורות לתת לנכרי מחץ לבית במתנה גמורה ויחזור ויזכה בהן לאחר הפסח'.

150 ה"ח לשור אורח־חיים סי' תמ"ה, ואחריו הלכו הט"ז והמגן אברהם. הרב זיון שם, עמ' רמ"ח כותב: 'ראשימה של מכירה כזאת באופן קבוע, אנו מוצאים בב"ח', אולם מדברי בעל 'לקט ישר' שהבאתי כאן יוצא, שכבר בימי המהרא"י נהגו כך 'במקצת מדינות'.

Geschichte des Erziehungswesen v. III p. 12 151

152 רש"י לפסחים ע"ד א' ד"ה 'שריא'.

153 שם, תוספות ד"ה 'האי סולייחא'.

154 'שערי דורא' שעל חמישי.

155 שם.

156 וכן עבור המהר"ל במנהגי מהר"ל, דין שריית בשר ומליחתו, דפוס קרימונה שי"ח, צ"ח, א.

'האגור' אנו קוראים: 'אף-עליפי שאין מצריכין מליחה לצלי וכן מנהג פשוט, מכל-מקום נקיי הדעת נוהגין למלות לצלי מעט'¹⁵⁷. יוצא איפוא שהמהר"א לא רק שהעדיף את מנהג נקיי הדעת, אלא שגם קבע אותו כמנהג סתם, וממנו עבר לרמ"א¹⁵⁸. קבלת מנהגים שנתגו יחידים או קבוצות, וקביעתם כמנהגים כלליים, היא אחת הדרכים שבהן הוסיפו חכמי אשכנז במאה החמש-עשרה נדבכים השור-בים לבניין ההלכה.

השיבות מיוחדת יחסו למנהג שנתג בזמנם והוא עדיף על המנהג שנתג בימי הראשונים, כחנאי שאכן התפשט ביטול המנהג הראשון ולמעשה טוב אין נוהגים לפיו. המהר"ל כותב בתשובה 'ומנהג דילי לחמם בעת שהוא קר כל כך דמצטערים, אע"ג דמהר"ם עשה מסגרת לסתח תנורו, הלא הוא עצמו כתב בתשובה¹⁵⁹ שסובר כדין המתדיין אלא דחשיב ליה דברים המותרין ואחרים נהגו בו איסור, כי כן נהגו באשכנז משום חומרא ופרישות, וא"כ כיון דזמן הזה אין שום אדם נוהג איסור, אדרבה מחזי כיוהרא ומתמיה הנהג איסור זכו'¹⁶⁰.

ועוד רוגמא: בתשב"ץ כתוב: 'אמנם, מהר"ם היה מחמיר על עצמו מליך בטלית קטן לרשות-הרבים בשבת דילמא מפסיק אחד מן הציציות והוא ליה טלית שאינה מצויצת כוללתה, וכן עמא דבר'¹⁶¹. בימיו של בעל 'התשב"ץ' רוח איפוא המנהג להחמיר, כדעת מהר"ם, וכן נהג גם המהר"א באוסטריה: 'זאמר איני רוצה לילך חוץ לעירוב בארבע כנפות שלי, אע"פ שאני סבור שהוא היחוד'¹⁶². יתירה מזו, בתשובת המהר"ל מובאים דברי ר' מייסטרליין הכותב למהר"ל ומספר לו על מנהגו של רבו, ר' שלום מווינא: 'ראיתי בימי חורפי אצל הישיש מהר"ש ב"ע בראש-השנה שתל להיות בשבת והסיר מעליו הטלית קטן כשרצה לצאת חוץ לשער המים, ובפני כל אדם עשה כן'¹⁶³. ר' מייסטרליין שואל את המהר"ל: 'שמעתי בשמיה דמר אשר נהג להתיר, והמהר"ל עונה: 'טלית קטן

157 סי' האגור, סי' א קפ"ט.

158 שולחן ערוך יורה-דעה סי' ע"ו, סעיף ב.

159 שו"ת מהר"ם מרוסנבורג הוצאת כהנא חלק א' עמ' פ"ט. מהר"ם כותב: 'ואני הייתי מוחה בשפחתי (פעמיים ושלש שלא להחם), והרגשותי שהיתה מחממת בצנעא ועשיתי לו מסגרת (בבל ערב שבת אני סוגר ואניחו סגור עד מצאי שבת)'. כנראה שהמהר"ם חזר בו אחרי-כך מן האיסור (א. א. אורכך, 'בעלי התוספות', עמ' 430). אולם חזרה זו לא היתה ידועה למהר"ל, אחרת ודאי היה מסתפק עליה. על-כל-פנים, אנו רואים שהמהר"ל מבריע לצד המנהג המיקל הנהוג בזמנו, והוא עדיף בעיניו על המנהג שנתגו בימי המהר"ם באשכנז.

160 שו"ת מהר"ל, סי' קס"ו.

161 'תשב"ץ' סי' מ"ד.

162 'לקט יושר' א, עמ' 66.

163 מובא בשו"ת מהר"ל, סי' קל"ו.

אמת היא שאין אני מחמיר על עצמי מלצאת בו בשבת וכו' ¹⁶⁴. בתשובה אחרת של המהר"ל על אותו ענין, המועתקת ב'לקט יושר' ¹⁶⁵, הוא כותב: 'ובטלית קטן רעתי נוטה דשרי לדידן דלית לן רשות הרבים ולית לן למגור כולי האי דילמא מיפסק, כי היכי גזרינן בתכשיטי נשים וראיה ממנהגינו וכו', וטעמא דמהר"ם, שהיה מחמיר על עצמו דילמא מיפסק ... אבל חומרא יתירא הוא לדידן דלית לן רשות הרבים, אף כי כתב תשב"ץ וכן עמא דבר'. המהר"ל ידע שיכמי התשב"ץ נהגו להחמיר, אך מאחר שבזמנו אין נוהגין כך בגרמניה, אין הוא מחמיר על עצמו, כיון שיש להעריך מנהג זמנו על מנהג ראשונים שבטל.

אולם בפני המהר"ל ניצבה בעיה נוספת, והיא עדותו של ר' מיישטרליץ על מנהג רבו ר' שלום, שהחמיר, והרי מנהגי רבותיהם עמדו בשורה הראשונה בפולם העדיפויות של המנהגים: המהר"ל מתבכר גם על קושי זה. 'ועובדא שכחבת בשם רבינו' — הוא עונה לר' מיישטרליץ — 'אפשר שהחמיר על עצמו לעשות גדר וסיוג ע"י מעשה שאירע לו. כמדומה שמעתי מאב"ד הקדוש הי"ד, שפעם אחת נשא מפתחות חוץ לעירו. וע"י כן נהג כל ימיו לשאת מפתחות בידו ולא בחגורה משום תשובת הגור, ושמא לכך החמיר גם בזה. ואפשר שלא ידע שהרא"ש דבתראת הוא מיקל בה, כי לא היה הוגה בטורים כולי האי' ¹⁶⁶.

בדור זה שבו קיימת הערכה גדולה כל כך כלפי המנהג, היו חכמים שראו במנהג ערך קבוע ויציב עד שתמהו על שינויי המנהגים במשך הדורות. אולם גדולי הדור הכירו בעובדה שהמנהגים משתנים ויש לקבל את המנהג הרווח, אע"פ שהוא סותר מנהג של דורות קודמים. כך כתב המהרא"י בתשובה אחת אל ר' אנדרהס מענדל תלמידו 'אל תתמה על זה, כמה פעמים אשכחן וכתבו החיבורים דנהגין הכי ואנן לא נהגין כן'. המהרא"י ממשיך ומוכיח את העקרון הזה תוך השוואת מנהגים הכתובים בחיבורים אל המנהגים שבימיהם ¹⁶⁷.

ג. יחס ביקורתי אל מנהגים

חכמי הדור הזה נוקטים בביסווי הערכה מופלגים ביחס למנהג, שמהם משתמע לכאורה שאין להעלות על הדעת ביקורת כלשהי על המנהג הנמוץ. כך למשל: 'ואפילו היא קושיה גדולה על מנהג הפשוט, כלום יש לפקפק על מנהג אבותינו דתורה' ¹⁶⁸, אלא שאין אלה אלא בשווי הערכה למנהג ולמעשה אנו מוצאים גם

164 שם, סי' קל"ח.

165 'לקט יושר' א, עמ' 66.

166 שו"ת מהר"ל, סי' קל"ח.

167 'לקט יושר' ב, עמ' 33—34 ופסקים וכתבים, סי' ל"ח.

168 שו"ת מהר"ל החדשות, סי' ב וראה גם בשו"ת מהר"ל הרגילות סוף סי' נ"ו.

היחס בין המנהג וההלכה במאה החמש-עשרה

יחס ביקורתי למנהגים מסוימים. הוכרנו מקרים שבהם לימדו זכות ואף סמכו ידם על מנהגים שלא תאמו את ההלכה, כמי שבאה לידי ביטוי בספרי הסוסקים. אולם מנהגים שעמדו בניגוד לדברים מפורשים בתלמוד — לא קיבלו בדרך-כלל¹⁶⁹, ואפילו כשבא המנהג להתמיר. כך למשל כתב המהר"א על המנהג שלא לקבור מת ביום-טוב שני של ראש-השנה, שהוא מנוגד לנאמר במס' ביצה: 'מת ביום שני יתעסקו בו ישראל, ואפילו בשני ימים טובים של ראש השנה'¹⁷⁰. ואין לנו לעשות פשרה ומנהג לשבור דברי התלמוד¹⁷¹. אולם לא רק למנהגים שהיו נגד דברי התלמוד התנגדו, אלא גם למנהגים אחרים שנראו להם כבלתי ראויים להתקבל. נהוג היה לעשות מפה ופרכה לבית-הכנסת מבגדים ישנים. המהר"ל התנגד למנהג זה: 'לא מר בריה דרבנא חתים עליהו, וכששואלין, אמינא להו לקנות חדשים'¹⁷².

כיוצא בזה מוחה המהר"ל נגד המנהג שהתפשט בארצות הריינוס למעט במוזות: 'ולא נודע מאין הורגלו שכל כך ממועטין במוזות הללו'. הוא אמנם מנסה למצוא הצדקה-מה למנהג זה: 'אולי הואיל ובכל בית אין שם אלא בעל הבית אחד, וסומכין בבית התורף אקשויי הנשים וטנף הילדים ובחזרי משכב סומכין אתשכ"ץ דאיש ואשחו ישנים שם וכו'', אבל בסופו של דבר אין הוא משלים עמו ומסקנתו היא: 'כל הטעמים הללו לא דסמכא נינהו, אלא כולהו חייבים'¹⁷³.

המהר"ל גם לא נרתע מלהכריז על מנהג שהיה מקובל בימיו כמנהג רע¹⁷⁴. ר' זלמן כהן כתב למהר"ל שכדי לא לצאת בברכת החון על הלולב יש נוהגים לדקדק 'לשוח בינתיים' כדי שיתחייב לברך בסני עצמו. על כך ענה לו המהר"ל:

169 מ'תוספת הדשו' סי' א אין ראיה, ששם כבר 'נודות הראשונים בימי רב האי גאון ... ובימי ריב"א ... לא היו מצי לעכבניהו'.

170 מס' ביצה ו, א.

171 'תריסות הדשו', סוף סי' פ"ב.

172 שו"ת מהר"ל, סי' קי"ד. הוא מסתמך על ס' 'האגודה' שכתב 'פרק הקומץ רבה (מס' מנחות כ"ב א) דאין לקנות מעילים שנשתמש בהן הדיוט (מה מוזבח שלא נשתמש בו הדיוט) אף עצים וכו''. ראינו שבטקרים חמורים בהרבה, כאשר התנגשו מנהגים עם ההלכה, לא נמנעו חכמי הסאה הזו מללמד זכות על המנהג. נראה שסיבת ההתנגדות כאן איננה רק דעתו של בעל ס' 'האגודה', אלא עצם המנהג, המזלזל בקדושת בית-הכנסת, ומשום כך לא נראה למהר"ל בראוי להתקבל. מאחר שגם 'האגודה' כתב בן, הביא במובן סיוע לדבריו מספר זה.

173 שו"ת מהר"ל, סי' צ"ד.

174 'ואמר מהר"ל סגל שנשבעה פליאה בעיניו מאין בא שנהגו המנהג הרע הזה לחלוף התינוקות לבית הכנסת לשמוע הם קול שופר' (מנהגי מהר"ל הלכות שופר, דפוס קרימונה ש"ת, דף נ"ג, א).

ואיני יודע מי הוא המדקדק לשות בִּינְתִּים דְּלִפִּי טַעְמִי הוּא בִּרְכָה שְׁאִינָה צְרִיכָה¹⁷⁵.

לפעמים מודה המהר"ל שרצונו לבטל מנהג מסוים, אלא שאין שומעין לו. 'המחממין' (בשבת) כשאין הקור כל כך גדול וגם אין להם ילדים שמצטערים הרבה, בעיני הוא איסור גדול ולית היכולת בידי לאסור ומונע אני מלהגיד לרבים דמוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מנדינ'¹⁷⁶.

כן מוצאים אנו את חכמי הדור עוקבים אחר המקורות ההיסטוריים של מנהגים מסוימים — אם כדי להסבירם ואם כדי למחות נגדם. ב'תרומת הדשן' כותב המהר"א: 'שמעתי שהרב חיים אוריזרוע כתב שנהגין נשים באישטרייך שלא להתהיל ז' נקיים רק כשכלו כבר ז' ימים מתחילת ראייתה ... ולא שמעתי שום טעם בדבר ... אמנם אמת הוא שרוב נשים באישטרייך נוהגים הכי, אך ראיתי גם כן מקצת שלא חשו מלהאריך כל כך'¹⁷⁷. בעקבו אחר מקורות המנהג של המחמירות, הוא מעתיק את לשון הרמב"ם¹⁷⁸: 'תמצא במקצת מקומות שהאשה שראתה דם יושבת ז' ימי נידה ואח"כ סופרת ז' ימים נקיים אפילו לא ראתה אלא פעם אחת, וטעות היא ממי שהורה להם כך וכו''. והוא ממשיך: 'ונראה דאפשר הוא דמנהג בנות אישטרייך בא מאותן מקומות מתלמודי אותם בעלי הוראה ולכן נהגו להתמין לעולם ז' ימים ... המהר"א אינו מכריע לכאן או לכאן כי אף-על-פי שהמנהג מקורו מאותם בעלי הוראה שהורו בטעות, כלשון הרמב"ם, אך אין זו טיבה מספקת לצאת נגד המנהג — אלא רק הצדקה שלא למחות נגד המקילות: 'ואי הוה הכי לא היה למחות ביד הנשים המקילות בדבר ומתחילים לספור מיום ששי לשימושה', לעומת זאת סבור היה המהר"א שיש למחות על המנהג שיוולדת ממתינה ארבעים יום לזכר ושמונים לנקבה: 'מנהג נשי אישטרייך להמתין שבעה ימים ... ודרש מורי דאין למחות בידם מאחר שיצא הדבר מפי הגאונים, אע"פ שכתב במיימוני דדרך מינות הוא, אבל אותם הממתינים לטבול שמונים ימים אחר נקיבה יש למחות בידם, כי המיימוני כתב גם על הא דדרך מינות הוא והחמיר המיימוני יותר על זה מהא דלעיל'¹⁷⁹.

כאן הכריע איפוא המהר"א נגד המנהג, משום שמקורו מן המונים, והרמב"ם כתב עליו במפורש 'ויש לכפות'. מן הראוי לציין שהמתנה של ארבעים ושמונים יום, היתה מנהג נפוץ, כפי שנראה מס' 'אגודה': 'נראה לי דמשום הכי רגילות

175 שו"ת מהרי"ל ההדושת, סי' ב, וראה שם הערה 19.

176 שו"ת מהרי"ל, סי' קס"ו.

177 'תרומת הדשן', סי' רמ"ה.

178 משנה תורה, בהלכות איסורי ביאה פרק י"א הלכה י"ד.

179 'לקט יושר', ב, עמ' 22.

היחס בין המנהג וההלכה במאה החמש־עשרה

נשים יולדות להמתין לטבול כי יראות פן ישכחו העונה מ' לזכר ופ' לנקבה¹⁸⁰. קבלת מנהגים על דעת חכמי הדור תלויה גם בתפוצתם. כך ובין כדור פוסק המהרי"ל בניגוד גמור לדעתו של המהרא"י שאותה הבאנו לעיל, ר' מייזטרליין פונה בשאלה למהרי"ל: 'ושמעתי אומר על רבינו הקדוש מוהר"ר אהרן הי"ד שהנהיג לאשחו דבר זה שלא תשב וי ימים, אך לא זכיתי לשמוע ממומי דבור הקולא הנ"ל¹⁸¹, המהרי"ל עונה: 'ושמעתי מפי מורי ויל י"י שיש נוהגים כן בארץ הדמים¹⁸² ואגפיה, ולא היה חושבו למינות, אבל במדינות הללו אין שום אדם נוהג כן אלא כדברי הרמב"ם¹⁸³. לעומת זאת, לעניין המנהג שילדות ממחינה ארבעים יום לזכר ושמונים לנקבה, כתוב ב'דרכי משה': 'וכן פסק מהרי"ל דיש לחממיר ולהרחיק אחר הלידה שמונים ואחד יום¹⁸⁴. כנראה נפוץ מנהגו של יולדות להמתין ארבעים לזכר ושמונים לנקבה יותר בגרמניה מאשר באוסטריה ולכן קיבלו המהרי"ל. לעומת זאת, לא התפשט שם מנהג הנידה להמתין שבעה ימים עד לספירתה, ולכן מקל בו המהרי"ל. באוסטריה, לעומת זאת, נפוץ יותר מנהג הנידה להמתין שבעה, ומשום כך אין המהרא"י מוזהר ומיישב את הרמב"ם בדוחק, אבל מנהג היולדות להמתין ארבעים ושמונים ימים, לא התפשט שם כל־כך, ולפיכך סבור המהרא"י — לאחר שגילה את מקורו — שיש למחות כנגדו.

במקרה אחר שוב מוצא המהרא"י את המקור ההיסטורי של המנהג, אך סבור כי אף־על־פי שהטעם בטל, המנהג לא בטל. ב'פסקים וכתבים', סימנים ל"ח—מ"ה, בקובץ שנכתב עליידי אחד מתלמידיו של המהרא"י ובו דברים שונים בשם המהרא"י והמהרי"ל, נאמר: 'מה שנתנו לקרוע הגט, שמעתי ממורי הגאון בשם מהרי"ל הטעם שלא יבוא ליד האשה ותבוא לגבות כתובתה¹⁸⁵, אבל מורי

180 ס' ה'אגודה' לספחים דף קס"ז ס"י צ"ו. וכן נזכר המנהג בס' הפרנס (הוצאת אהרני רייך), עמ' י"א.

181 שו"ת מהרי"ל, ס"י קל"ו. 182 כנראה ר' שלום מוהינה. 183 = אוסטריה.

184 שו"ת מהרי"ל, ס"י ק"ט. 185 'דרכי משה' לטור יורה־דעה, ס"י קצ"ד אות ג.

186 לפי המשנה: 'הוציאה גט ואין עמה כתובתה גובה כתובתה' (מס' כתובות פ"ט, א). מהרי"ל ווייל מוסיף לטעם זה: 'והא דלא קרעין ליה וכתבינן על גביו גיטא דגן וכי טעמא, דעבשין בזמן הזה כעונותינו הרבים אנו מתי מספר וכשאשה מקבלת גט יצא הקול ויודעים הכל שקבלה גט ואינה צריכה להראות הגט' (שו"ת מהרי"ל ווייל, ס"י פ"ו). וב'דרכי משה', פ"ד גיטין שבסוף סור אבן העזר, דפוס ווילנא דף קי"ט סור א': 'ובהגהות אלפסי דגיטין דף תר"ו הא דקורעין הגט מיד אחרי הנחינה כדי שלא יוצאו לעז על הגט וכן כתב הר"י בשם רש"י. בהלכות הגט של הר"י שפרס א. קופפר בקובץ על יד' סדרה חדשה כרך ו' עמ' 125—140 לא טעאתי את הדברים, וכבר העיר שם א. קופפר כי החכמים המביאים דברי הר"י בהלכות גיטין 'לרוב שאבו ממקורות אחרים'. בכל אופן, הטעם שהובא כאן בשם הר"י לא היה ידוע באשכנז במאה החמש־עשרה.

אומר דשמא זה הטעם כדאיתא פרק המקבל¹⁸⁷, דבשעת השמד הוצרכו לקרוע, אע"ג דהאידינא השמד בטל, מכל מקום נהגו לקרוע כבתחילה. וכן מצינו בחקיעת שופר שנהגו לתקוע אחר הקריאה משום שמד, ואע"ג דשמד בטל, המנהג לא בטל¹⁸⁸.

חכמי הדור השתדלו מאד להתחקות אחר מקורותיו של כל מנהג ומנהג¹⁸⁹. לפעמים מצאו כי מקורו של מנהג הוא במציאות מסוימת, מבלי שיהיה לו כל קשר עם ההלכה. המהרי"ל נשאל על מנהג שלפיו נהגו לרחוץ את הידיים כשחזרו מבית-הקברות, לפני קריש של תפילת מנחה ולאחריו. 'ומה שכתבת שאתם נוהגים לפני קריש ולאחר קריש, זה לא ראיתי יותר, איפשר שנחפשת ע"י שלפעמים מאחרים גומרי הקבורה ואין שהות ביום ומיד כשבאים מתחיל קריש ואין להם פנאי ליטול קודם ונוטלים אח"כ ואגב זה עושים גם"כ אחריו'¹⁹⁰.

נתבונן עוד במנהג שקבע שיעור זמן של שעה אחת לשהיית בשר במליחתו. הגורם העקיף לקביעת מנהג זה כהלכה למעשה, היה המהרא"י, אף שייתכן כי הוא כלל לא התכוון לכך. מנהג זה תמוה הוא לפי מקורות ההלכה. עוד בעל 'ערוך השולחן' כתב: 'ולא נודע לנו למה נהגו חומרה זו, מה שלא נזכר כלל ברא"י שונים'¹⁹¹. בתלמוד לא נזכר כלל שיעור-זמן שהיית הבשר במליחתו, ואילו מתקופת הגאונים, אנו שומעים על שני שיעורים: כדי צליה¹⁹², וכדי הילוך מיל¹⁹³.

187 כנראה שכאן טעות של המעתיק וצריך להיות — פרק התקבל, והכוונה לפרק 'האומר התקבל' שנקרא גם ס' התקבל (כך למשל בחוספות לניסין ס"ב, א ד"ה 'האומר') ושם (דף ס"ד, א) באמת כתוב: 'קריש לפה לי' — אמר רב יתירה אמר רב בשעת גזירה שני'.

188 'פסקים וכתבים', ס"י מ. הסברו של המהרא"י נכון כנראה, גם מבחינת היסטוריות. במנהג זה החזיקו יותר בארץ-ישראל מאשר בבבל (ראה תחילוקים שכן אנשי המזרח ובני ארץ-ישראל, הוצאת מרגליות עמ' 120), ובארץ-ישראל עבר לאשכנז. כפי שהוכיח ציטלס (ב'אשכנזים וספרדים', עמ' 181), קיבלוהו הספרדים מן האשכנזים רק במאה הארבע-עשרה (מופיע בשו"ת הריב"ש, סי' שפ"ח).

189 ראה תרומת הרשן, סי' א.

190 שו"ת מהרי"ל, סי' כ"ג. בעיני הדורות הסמוכים נחשב המהרי"ל כמגלה הקלפי של מקורות המנהג. ולכן כשבא ר' יוסף אשכנזי במאה הטי"ו לערער על מנהג ארץ-ישראל שלא להשריש תרומות ומעשרות כסירות של בוי, הוא מסתמך על המהרי"ל, שדעתו יש לחקור אחר מקורו של כל מנהג (מוכא בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי, סי' ב).

191 'ערוך השולחן' ליוורה דעה, סי' ס"ט סעיף ל"ז.

192 בדברי בעל 'הלכות גדולות' מובאים בחוספות לחולין ק"ב א ד"ה 'הני מילי, הנימוק 'משום דמליח הרי הוא כרותח דצלי'.

193 הרמב"ן שם, בשם הגאונים. ההנמקה, משום ש'כדי צליה' = כדי הילוך מיל.

השיעור השני, שהוא שיעור קבוע, ידוע היה באשכנז¹⁹⁴, אך לא נחקבל. למעשה נהגו לפי דעת האור ורוע' ו'שערי דורא' כפסקו שיש להשרות את הבשר במלח בשיעור־זמן שיספיק לצליית אותה חתיכת בשר עצמה, כפי עוביה וגודלה. אחר כך התפשט המנהג לקבוע את שיעור זמן ההשהייה — לשעה. המהרא"י בא להסביר את הההוות המנהג הזה. 'שאלת, מרגלא בפומיה דאינשי שצריך הכשר לשהות במלח שעה אחת. יש שום סמך או ראיה על זה. תשובה, יראה דאין צריך כלל כך סמך או ראיה לשיעור זה, דיש שנהגו העולם כדברי אור ורוע' ו'שערי דורא' דכתבו דשיעור מליחה כשיעור צליית אותה חתיכה עצמה לפי גודלה ועוביה, והואיל ואין שיעור זה שזה בכל החתיכות, קבעו העולם לתן שיעור מוגבל ותמסו שעה לשיעור זה כדאשכחן בכהאי גוונא שתפס התלמוד שיעור שעה בלא טעמא בפרק קמא דפסחים וכח'¹⁹⁵. אחר־כך הוא מביא לדיוטא דמילתא 'סמך מן התלמוד' לשיעור של שעה אחת: הואיל וגם גוף שלם כמו קרבן הפסח נצלה בשעה אחת על־כן סוברים העולם, שאין לך חתיכה גדולה ועבה שלא יהא די בשעה אחת.

דברי המהרא"י כאן אינם מסבירים אלא את הההוות המנהג, ותו לא. אולם בהגהות הרמ"א¹⁹⁶ כבר נאמר בהתלטיות: 'המנהג להשהות במליחה שיעור שעה אחת, ואין לשנות (מהרא"י בתרומת הדשן סימן קס"ז)¹⁹⁷ ובהגהות שערי דורא לאיסור והיתר כלל א'. התוספת שאין לשנות' היא של הרמ"א. יתכן שהמהרא"י לא התכוון כלל לקבוע זאת כהלכה מחייבת, שכן בספר 'השערים' שלו, (שער א סי' ז) אין הוא מזכיר כלל את השיעור של שעה אחת, ומסתפק בהכאת שתי הדעות: כדי צליה וכדי חילוק מיל. אולם בכך שהמהרא"י העלה מנהג זה בכתב וגם הסבירו, גרם בעקיפין לקביעתו כהלכה מחייבת.

ז. הבסיס העיוני של תוקף המנהג

א. במקומות רבים בכתביהם של חכמי אשכנז במאה החמש-עשרה, באה לידי ביטוי ההשקפה שהדין והמנהג אינם אלא שני מישורים של ההלכה השווים בערכם. ודאי שיש נסיונות רבים מאוד למצוא התאמה בין המנהג והדין, אולם יש שהם מעמידים את הדין והמנהג זה מול זה. המהרא"י דן בסימן שלם בספרו בנושא מסוים על פי הדין ומסיים 'כך נראה מן הדין אלא שאין נוהגים כך'¹⁹⁸. בדורנו

194 כך סגר הראב"ה בשם רש"י מובא בתרומת הדשן, סי' קס"ז.

195 'תרומת הדשן', סי' קס"ז.

196 'יחידה-רעה', סי' ס"ט, סעיף י.

197 צריך להיות סי' קס"ז.

198 'תרומת הדשן', סי' ק"ט.

מופיע המנהג כמטכות שווה לכל הפוסקים. המהר"ל נקט בביטוי 'ומי יכגיס ראשו לסלוגתא', כאשר מצד אחד דעת כל הפוסקים, ללא יוצא מן הכלל זהה בנידון ומצד שני — עומד המנהג כנגדם.¹⁹⁹

מהו הבסיס העיוני לתפיסה זו של המנהג? אין אנו מוצאים כהנמקה את הכלל שבירושלמי 'מנהג מבטל הלכה'²⁰⁰, זאת מכוס שבאמת אין זה כלל, אלא הוראה מצומצמת ביחס להלכה המבוססת כולה על מציאות מסוימת, כפי שנתפרשו הדברים על-ידי הראשונים.²⁰¹

ב. כבסיס למתן הסמכות השווה לדין ולמנהג יש לראות את התיאוריה שכל מנהג נכון ומהימן²⁰² משקף דעה דתויה של אחד הקדמונים. אמנם דעה זו דתויה היא ואינה נמצאת בספרות ההלכה המקובלת, או שאפילו נדחתה שם כמפורש, אבל זהו כוחו של המנהג שהוא מעלה מחדש ומייצג דעה דתויה זו. כך יש לפרש את דברי המהר"א: עומד בהרא ופשטיה דכל חד איכא תנא וגאון דסבר כוותיה.²⁰³ ועל-פי זה מובנים ביטויים כגון: 'מנהג העולם סובר'²⁰⁴. יחד על כן, דעה זו מקבלת משנה-תוקף לעומת שאר הדעות בגלל העובדה שהמנהג נחקבל למעשה ופשט בישראל. או לכך פוסקים חבמי חקופתנו לפעמים על פי המנהג ונגד דעת כל הפוסקים שהיו ידועים. כך גם נוכל להבין את העובדה התמוהה שתכמי דורנו נוקטים לפעמים בשיטת יישום עצמאית של דעת אחד הראשונים, אף-על-פי שיישום זה מנוגד לדעתו המפורשת של פוסק זה.²⁰⁵

שיטה זו אפשרית משום שדעתו של פוסק זה אינה אלא אינדיקטור לכך שדעה מעין זו קיימת אפנס, אולם אין המנהג עצמו מייצג את דעתו של אותו פוסק, אלא דעה דתויה שלא הגיעה אלינו במקורות הספרותיים של ההלכה.

לפעמים לא השאירו דעות דתויות אלו שום זכר מלבד ההשתקפות במנהג ולפעמים נוכל למצוא זכר כלשהו לשיטה הדתויה. למשל כתב מהר"י ווייל: 'מקצת גשים נוהגים שמדליקים הנרות ואחר כך משימים ידיהם פרושות נגד

199 מנהגי מהר"ל, הלכות סוכה דטוס קריסונה שו"ת, דף ע"ג כ וראה הגהה בתשוב"ץ סי' קנ"ז — המנהג שקול אף נגד דעת 'רבנן קשיש' כפי שיוצא ממה שכתב המהר"א: 'הנאיל ורבנן קשיש חששו לאיסור זה חלילה להפליג דבריהם והמח" מירים כמותם לשנות המנהג המיקל נמי לאו שפיר דסי' ('פסקים וכתבים', סי' כ"ד).

200 ירושלמי יבמות, פרק א הלכה י"ב.

201 ראה לעיל, עמ' 191.

202 להלן אעמיר על כך כיצד קבעו מהו מנהג נכון ומהימן.

203 'תרוסת הדשן', סי' ק"ד.

204 שם, סי' רס"ח, ושם סי' קס"ו: 'נהגו העולם מליחה בשעה ... ולכן סוברים העולם כו'.

205 ראה לעיל, עמ' 197 ו' 201–202.

הנרות ואז מברכין ואחר כך ממליקין ידיהם. הא דפורשים ידיהם כי היכי דליהוי עובר לעשייתם, ולא רצו לברך קודם הדלקה דאם כן קבלו השבת ולא מצו חז לאדלקי²⁰⁶. מנהג זה נתקבל ע"י הרמ"א²⁰⁷ והסך להלכה לדורות לאשכנזים. אלא שמנהג זה מעורר שתי בעיות עיקריות. ראשית, שהמנהג לברך אחר ההדלקה הוא לכאורה נגד דברי התלמוד: 'כל המצות מברך עליהן עובר לעשייתן'²⁰⁸ וכפי שהוסבר ב"ביע אומר": 'ואין לומר שאין למדין מן הכללות אפילו במקום שנאמר בו חוץ (עירובין כ"ז א') שהרי כתב הרא"ש פרק שבוועת הדיינין סי' ה', שלא אמרו כן אלא היכא דמוכחה מילתא במתניתין או בגמרא. אבל אנו לית לן לשבש כלל שמסרו לנו תו"ל, שאם כן אין לדבר סוף ולא נסמוך על הש"ס הערוך בדינין, שהרי רובו כללות'²⁰⁹. והרב עובדיה יוסף ממשיך 'והנראה מדברי מהר"י ווייל שע"י פרישת הידים נגד הנרות חשוב שפיר עובר לעשייתן מפני שעיקר ההדלקה להאיר את הבית משום שלום בית (שבת כ"ג ב') וכל זמן שלא נהנו מאור הנרות אפשר לברך'.

ושנית, וזו בעיה קשה יותר, שמנהג זה — לברך אחר ההדלקה בגלל חשש קבלת קדושת השבת על ידי הברכה — מנוגד לדעתם של כל ראשוני אשכנז. בספרות ההלכה האשכנזית מופיעות שתי דעות, זו של בעל הלכות גדולות ודקבלת שבת תלויה בהדלקת הנר וזו של התוספות והרא"ש שקבלת שבת אינה תלויה בהדלקת הנר, אלא בחפילת ערבית²¹⁰. מהר"ם מרוטנבורג היה בספק אם יש לפסוק כבעל הלכות גדולות, או כבעלי התוספות ולכן התלבט בשאלה כיצד אפשר לשלטל לאחר ההדלקה, את הנר שבעזרתו הדליקה האשה נרות שבת. לפיכך 'מהר"ם הנהיג וצוה להתנות קודם שידליק שאין מקבל השבת עד שיסור

206 'דינין והלכות' שבמקף שו"ת מהר"י ווייל, סי' כ"ט.

207 שולחן ערוך אורח-חיים, סי' רס"ג, סעיף ה.

208 סס' פסחים ז, ב.

209 שו"ת 'ביע אומר', חלק ב סי' ט"ז.

210 שתי הדעות מובאות בטור אורח-חיים, סי' רס"ג. דעת הרא"ש נמצאת במס' שבת פרק ב, סי' כ"ד. אולם בנוגע למקור דברי התוספות התלבטו מספרני הטור. ב"וררשה" שם אות א כתב ביחס למובאה מן התוספות: 'ינעת' ולא מצאתי בתוספות שלנו, ב'חידושי הגהות' שם מנסה למצוא רמז בדברי התוספות לברכות. אבל באמת הכוונה לתוספות שבת שאינן לפנינו ברפוסים, אבל הן מובאות בהגהות מייסודיות להלכות שבת. פרק ה אות ר: 'כתבו התוספות אהא דאמרינן כפרק במה מדליקין ושוהה כדי לצלות דג קטן, מכאן היה אומר הר"י שמשון שאין חשוב הדלקת הנר בשבת לאסור במלאכה אחריה ואף-על-פי שמברך בה, שאין חשוב שבת אלא אם כן החפיל תפילת ערבית' וכן נמצא גם בתוספות הרא"ש, הוצאת לנגה מהדורה שניה עמ' 119. התוספות שלנו למס' שבת הן כידוע תוספות סוך (א.א. אורבך, בעלי התוספות, עמ' 47).

הנר מידו שמדליק בו או עד תפלת ערבית, דאם לא כן שטא באיסור הוא מטלטלו
אחר שבדרך להדליק נר של שבת²¹¹. וכיכל בו' שם כותב רבנו פרץ: 'אשה
שמדלקת היא אסורה לעשות מלאכה לאחר שהדליקה דכיון שמברכת עליה אין
לך קבלה גדולה מזו ואין מועיל לה שום תנאי'²¹². אולם שניהם אינם סוברים
שהברכה כלבד היא קבלת השבת, עד שיהא אסור להדליק לאחר הברכה. ובמדרכי
אף כתוב במפורש: 'והמדליק יכרך עובר לעשייתה ויהא בדעתו שלא לקבל שבת
עד לאחר הדלקת נר שבת'²¹³. והנה בשו"ח י"ן תשוב' כתב 'ונראה שאותן הנשים
(שהזכיר מהר"י ווייל) מעצמן נהגו כן'²¹⁴. והדבר תמוה כיצד 'מקצת נשים'
מתחילות לנהוג לברך אחר ההדלקה, בניגוד לדעת כל הראשונים באשכנז, ומהג
זה מתקבל על-ידי מהר"י ווייל. תחילה יש להעיר שהמנהג לא נוצר על-ידי
'מקצת נשים' בזמנו של מהר"י ווייל. כבר במדרכי שהיה לפני הרמ"א היה כתוב:
'והמנהג לברך לאחר הדלקה'²¹⁵. אמנם כידוע יש הרבה הוספות מאוחרות
במדרכי וייתכן שזו אחת מהן. על-כל-פנים השאלה במקומה עומדת: מה ראו
חכמי הדור לקבל מנהג שהוא נגד דעת כל הראשונים באשכנז?

נדמה לי עם זאת שנוכל למצוא זכר לשיטה המיוצגת על-ידי המנהג בדברי
הטוסקים. 'בית יוסף' מביא בשם בעל 'שבלי הלקט' שאתיו שאל: 'חתימא לה"ר
בנימין שאם תאמר שהברכה חשובה קבלת שבת אם כן יהא אסור להדליק'²¹⁶.
אמנם 'בית יוסף' שם תירץ שהפירוש הנכון הוא שההדלקה ולא הברכה היא
קבלת השבת, אבל מתמיהתו של ר' בנימין אנו למדים שאמנם היתה דעה שסברה
שהברכה היא קבלת השבת. וכן נראה מן ההדגשה של המדרכי 'והמדליק יכרך
עובר לעשייתה ויהא בדעתו שלא לקבל שבת עד לאחר הדלקת נר שבת' שאם

211 תשובות ופסקים של מהר"ם מרוטנבורג הוצאת כהנא, כרך א', עמ' ר"ט, סי' ר"ג.
212 'כל בו' סי' ל"א. רבנו פרץ חולק על המהר"ם בעניין התנאי, כלומר לדעת
המהר"ם יכול להתנות גם המדליק והמברך על הנרות (ראה 'בית יוסף' לאורח
חיים, סי' רס"ג).

213 מדרכי לשבת פרק ב, סי' תצ"ג.

214 שו"ת י"ן תשוב', ירושלים תש"ז, סי' ק.

215 'דרכי משה' לסור אורח-חיים, סי' רס"ג אות א. בהנחות הרמ"א לשולחן ערוך
אורח-חיים, סי' רס"ג סעיף ה כתוב: 'ויש מי שאומר שמברך אחר ההדלקה', וכציון
המקור כתוב שם: 'מדרכי סוף בבאי-מציעא'. מן ההשוואה ל'דרכי משה' מוכח
שהכוונה למנהג כפי שהיה כתוב לפני הרמ"א במדרכי, ולא שזו שיטת המדרכי,
שכן דעתו היא היפך המנהג. כמבואר שם. ההפך בדגשות הרמ"א הוא: 'יודי
שהיה עובר לעשייתו לא יתנה ממנו וכו'' וכציון המקור כתוב 'מהר"ל' ועריך
להיות 'מהר"י' = מהר"י ווייל (בדין והלכות סי' כ"ט).

216 'בית יוסף' לסור אורח-חיים, סי' רס"ג ד"ה כתב בעל הלכות גדולות.

היותם בין המנהג וההלכה במאה החמש עשרה

אין בדעתו לעשות כך, הברכה כשלעצמה היא קבלת השבת. מי שסובר כדעת רבנו פרץ, שתנאי אינו מועיל לגבי אשה המברכת, יגיע למסקנה שאין להדליק אחר הברכה²¹⁷ וכדי להוציא מן הדעה הזאת, כתב המדרכי שהמדליק יברך עובר לעשייתה, יש להניח שהמנהג מקורו בדעה דחויה זו.

ג. יש לציין שלחכמי המאה החמש עשרה היה קנה מידה שעל פיו קבעו מהו מנהג מוסמך ומהימן שיש לסמוך עליו. סמכות המנהג קשורה במסורת. 'וכך קבלתי מאחד הגדולים שקבל מאחד מהגדולים שקבל גם הוא מגדול אחד שנוהגין באשכנז לקרוע בחול המועד על אביו ואמו'²¹⁸. אין די בכך שבמציאות נוהגים כך, אלא יש צורך בעדות של גדולי הדור שאמנם זהו מנהג מקובל ומוסמך. מתשובה אחת של המהר"ל אנו למדים 'שעמשים בכל יום' שנוהגים לדון דין ברימזרא גם בבתיים (בניגוד לדעת רבנו תם)²¹⁹, אולם המהר"ל אינו מסתפק בכך וכותב: 'ואע"ג דלדבנו תם אין דין מצרנות בבתיים רבנן בתראי אסחירו דלא נהגינן כוותיה בהא'²²⁰.

ה. תפיסה חדשה של המנהג ומשמעותה לגבי החפצות

ההלכה

ר' אייזיק טירנא כותב בהקדמה לספר המנהגות שלו 'והמנהג עוקר הלכה אפילו באיסור דאורייתא כגון בריינוס נמצא אוכלין והרס שקורין סוג"ץ עם החלב שעליו ולדידן איסור כרת'²²¹. בדברים אלו אין ר' אייזיק טירנא בא להעלות את ערך ספרו, אלא הם אכן משקפים את התמורה שחלה בהערכת המנהג.

במקרים רבים נעשה המנהג לגורם הראשי והדומיננטי בהערכת ההלכה, עד כדי כך שאיננו כסוף לגורמים האחרים של ההלכה כמו: פשט לשון התלמוד, יחיד ורבים, הלכה כבחראי, וכד'²²². בהכרח ערכו של המנהג במערכת הגורמים

217 אמנם רבנו פרץ עצמו לא סבר כך, שהרי הוא כתב 'אשה שמדלקת אסורה לעשות מלאכה לאחר שהדליקה ולא אחר שבדכה'.

218 'תדומת הדשך, סי' רפ"ח. ובילקס יוסף ב, עמ' 31 וביסקים וכתבים', ל"ה: 'והוא (= מהר"ש) נוהג כן מפי רבותיו ועל דא יש לסמוך'.

219 בחוסמות לבבא מצינא ק"ה ב, ד"ה ארעא וסי' 'הישר' סי' תר"ו.

220 שו"ת מהר"ל, סי' ע"ו וראה גם ביסקים וכתבים', סי' רמ"א: '... אם לא שהוא מקובל מרבנותי הגדולים דלא נהגו הכי'.

221 ויש להשוות שו"ת מהר"י ווייל, סי' ע' ושו"ת מהר"י ברנא, סי' כ"ג.

222 וכפי שניסח זאת מהר"י מינץ 'ודבר שאין בו מנהג וברבר חדש שמעתי שמהר"י מולין מ"ל ז"ל רוב פסקיו הלכו אחר האגודה' (שו"ת מהר"י מינץ, סי' ט"ו), רק בדבר 'שאין בו מנהג' אפשר לדבר על כללי פסק.

שהכריעו את ההלכה, מתבארים כמה וכמה פסקי הלכה תמוהים של חכמי המאה ה-11.²²³

גם השיטות שנקטו חכמי הדור כדי ללמד סנגוריה על מנהגים שנגדו את ההלכה, מצביעות על תפיסת המנהג בצורה אחרת. מזו שאנו רגילים לה בתקופת הראשונים. המנהג הוכר כגורם בעל סמכות עליונה לקביעת ההלכה וחכמי הדור ראו במאמץ למציאת התאמה בין ההלכה והמנהג, אחד התפקידים החשובים ביותר.

הדורות שבאו אחריהם הבינו, שביסוד מאמציהם של חכמי המאה התשיעית ליישב את המנהגים התמוהים, טמונה גישה חדשה, המעניקה למנהג גושפנקא של סמכות עליונה, ומשניתנה גושפנקא זו, לא היססו לראות בו הלכה מחייבת. אף-על-פי שרוב המנהגים לא נתחדשו במאה זו, הרי בפעילותם של חכמי הדור, שהעלו את המנהגים על הכתב ובסמכות שהעניקו להם, נעשו המנהגים הללו לחלק מן ההלכה. בדרך זו תרמו חכמי הדור תרומה גדולה להתפתחות ההלכה. קליטתם של המנהגים, שכאמור לא תמיד היו כפופים לכללי הפסק המקובלים, איפשרה בדיעבד, לקדם את התפתחות ההלכה באותם מקרים שבהם הגיעו למכור סתם ככללי ההכרעה הרגילים. כתוצאה מן ההערכה החדשה של המנהג, נפתחו דרכים חדשות לפתרון בעיות שונות שעמדו אז בפני פוסקי ההלכה.

לכן נראים לי האשמותיהם של החוקרים על הקטלוג העקר של המנהגים²²⁴ וכדומה²²⁵, כבלתימוצקות: אותו יחס למנהג, שגרם לאיסוף המנהגים וכתובתם, היה גורם מפרה ביותר להתפתחות ההלכה.

223 ההכרה ביציבותו של הסנהג הנכון שאינו ניתן לערעור, יש לה השפעה על שטחים קרובים למנהג המסוים. המהרא"י סבור 'שאם חוסר טלית של משי בחוטי'ן של משי, אלא שצנעין וחוטין אדום או ירוק אין להקפיד בכה"ג שתופר מביב הנקב לחזק, דהכי גמי ליבא למיחש שיצרפנו עם החוטי'ן הואיל ולא נהגין כלל האידנא בשום מקום רק בעיציות שהן לבנים ולא צבועים... ואע"ג דאין קפידת בצבצ כלל מ"מ הואיל ולא נהגו בו, נראה דליבא למיזור בית שמא יצרפנו עם החוטי'ן ('תרומת הדשן' סי' מ"ו). וכבר הקשו על בעל 'תרומת הדשן': 'וצריך שיון כיון דאין למנהג זה עיקר מן ההלכה, וגם אין כאן איסור לשנות את המנהג ואין כאן רק כעושה עצה שלא יבשל ובזה לעולם לא מלג חכמים' ('חזון איש' לאורח חיים, סי' 1 טוף סעיף י"ט). ודאי שחכמי אשכנז במאה זו הכירו בשינויים שמתחוללים במשך הזמן במנהגים, כפי שראינו. אבל לדעתם המנהג, גם כשאין מקורו הלכתי, הוא בה יציב — שאפשר להשוותו לחוקה. כל זמן שאין אנו יודעים בבירור שהמנהג השנהג אנו מגיחים את יציבותו ואין חוששים להפסקתו.

224 גירסן במונטסרפיט כרך 13, עמ' 69.

225 גרץ Geschichte der Juden, כרך ה, עמ' 13 מאשים את ר' אייזיק טירנא ואת המהרי"ל: 'Sie haben ebenfalls nur solche geistlose Zusammenstellungen hinterlassen'.

היחס בין המנהג וההלכה במאה החמש־עשרה

החוקרים שכתבו על העיסוק במנהגים, שמו לב רק לאוספי המנהגים, אבל נעלמה מהם העובדה שהמנהג עמד במרכז עיסוקם הלימודי של כל גדולי הדור. כוונתנו לא־דווקא למנהגים השייכים לתחום הלכות התשילה ובית־הכנסת, אלא גם למנהגים בשטחי הלכה אחרים. כפי שראינו, עסקו הגדולים והמוכשרים שבחכמי הדור במציאת התאמה בין ההלכה והמנהג ובביסוס המנהג מבחינה עיונית ובדרך זו תרמו רבות לפתרון בעיות הלכתיות.

ודאי שהיסודות שניתנו במאה החמש־עשרה לחוקף המנהג, מצויים כבר בספרות התלמודית ובראשונים. ביטויים כגון: 'כל גזירה שבית־דין גוזרין על הציבור ולא קיבלו רוב הציבור עליהן, אינה גזירה';; או 'אין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג';; וכד', וכן היחס הכללי למנהג אצל הראשונים, הם הבסיס לשיטתם. ראינו גם שהניצנים הראשונים בהערכה החדשה של המנהג, נמצאים כבר בסוף תקופת הראשונים, בימי מהר"ם מרוטנבורג ותלמידיו. ההדגשה הרבה של ערך המנהג בבית מדרשו של מהר"ם מרוטנבורג, באה על־מנת לשמור על הרציפות ולקיים את מורשת העבר, בזמן התפוררות וירידה שבסוף תקופת הראשונים.

ט. המצב בסכיבה הנוצרית

הגורמים הישירים לעליית ערכו של המנהג בתקופתנו, הם פנימיים. אולם ראוי לשים לב גם לרקע הסביבתי הנוצרי. עד למאה הארבע־עשרה היה המשפט הגרמני מבוסס על ה־Gewohnheitsrecht. אוספי הנוהגים, כגון הוקסנשפיגל והשוונשפיגל וכד', שימשו בגרמניה כספרי המשפט. לאחר מכן מתחילה חדירתו של המשפט הרומי (בצורתו המאוחרת) למערכת המשפט בגרמניה. כתגובה לחדירה זו ניכרת בחוגים רחבים ביותר בגרמניה ואוסטריה, הערכה יתירה למשפט הנוהגים, כפי שיוסבר להלן.

ראשית חדירת המשפט הרומי באה באמצעות סטודנטים גרמניים שלמדו משפטים באיטליה, חזרו לגרמניה ושימשו כשופטים וגם כיועצים ומומחים משפטיים באדמיניסטרציה. משפטים אלו נעשו למן המאה הארבע־עשרה מפיצי המשפט הרומי ומצאו להם פטרונים בקיסרים ובנסיכים הגרמניים, שחשבו לחזק בדרך זו את שלטונם. האוניברסיטאות הראשונות בגרמניה נוסדו במאה הארבע־עשרה (פראג 1348, וינה 1365, והיידלברג 1386). בתחילה לימדו בהן רק את המשפט הקנוני, אולם למן המאה החמש־עשרה הונהג המשפט הרומי כמקצוע

226 מס' עבודה זרה ל"ו א.

227 מס' סופרים י"ד י"ח.

לימוד אוניברסיטאי²²⁸, במאה החמש־עשרה בא כשלב סופי גם ה־*Receptia* של המשפט הרומי *in complexu* והוא הוכר כמשפט הממלכתי בתחומי הקי־סרות הגרמנית. אולם תוך כרי התבססותו של המשפט הרומי נתעוררה תסיסה רבה נגדו. הגרמנים הכמי המשפט הרומי, שמונו בשופטים או כערכאה לערעורים, גרמו כמעט לכיטולו של משפט הנוהגים הגרמני. במצב זה, יכלו רק אנשים עשירים להרשות לעצמם להתדיין לפני שופטים אלה, הואיל ולא היה שום סיכוי לזכות בדין, אלא אם כן שכרו עורך־דין יקר שהיה בקי בחכמת המשפט הרומי. התפתחות זו עוררה התנגדות וקמה תנועה שבאה להדגיש את ערכו של משפט הנוהגים הגרמני, מתוך כוונה לדחוק את רגלי המשפט הרומי. כדי להתגבר על התנגדות זו ולהפיץ את המשפט הרומי פירסמו הכמי המשפט הרומי הגרמניים, ספרות משפטית בסגנון עממי. לאותה ספרות שייך גם עיבוד של ספר משפטים איטלקי, שחיבר אלמוני בן עירו של המהרא"י, המכונה דיימונדוס מוינר־נויסט²²⁹. וככל זאת, עוד ב־1495, בשעה שניסד ה־*Reichs-Kammergericht* אמנם קיבלו שופטיו הוראה לשפוט לפי המשפט הרומי, אך נאמר להם שלגבי נוהגים משפטיים גרמניים 'שהוכחו ושנכונים הם', אין ההוראה תופסת, ואלה יועדפו על פני המשפט הרומי²³⁰. ואולם, במאה השש־עשרה התגבר המשפט הרומי כליל על משפט הנוהגים הגרמני. עם זאת אין זה משנה את העובדה שלניצחון זה קדמה תסיסה רבה, ששאפה להחזיר את משפט הנוהגים הגרמני, ומתוך כך עלתה וגברה הערכה מכוונת ומודעת של הנוהג.

מקבילה נוספת היא ההתפצלות הגדולה של משפט הנוהגים הגרמני, עד שלכל מקום ומקום ולו הקטן ביותר, היה משפט נוהגים משלו (*Winkelrecht*)²³¹. ואף־על־פי־כן, לא זו בלבד שהגורמים להתהוות תופעות דומות, הם שונים לגמרי, אלא שנדמה שעצם האנלוגיה היא מפוקפקת. למרות הדגשת ערכו של הנוהג, הנשמעת מפיהם של המתנגדים לקבלת המשפט הרומי, הרי עיקר מגמתם היתה לדחות את המשפט הרומי, והאדרת ערכו של הנוהג שימשה להם רק כמכשיר במאבקם. כן יש לשים לב לעובדה, שהקולות בזכות הנוהגים בגרמניה ואוסטריה באו מחוגים שוליים — ולא מן הנציגים הרשמיים של החוק והמשפט. לעומת זאת, גדולי ישראל של המאה החמש־עשרה באשכנז, התייצבו במלוא סמכותם מאחורי המנהג.

H. Conrad, *Die Rechtsgeschichte*, p. 368 228

E. Seckel, *Die populäre Literatur d. röm. u. can. Rechts*, p. 101 229

H. Mitteis, *Die Rechtsgeschichte*, p. 189 230

231 שם, עמ' 141.