

## כוחם של מנהגי ממון לבטל הלכה חכמי סלוניקי ואסתאנבול (קושטא) במאות הט"ז-הי"ז

רון ש' קליינמן

### תקציר

מאמר זה דן בעמדות חכמי אסתאנבול (קושטא) וסלוניקי במאות השש-עשרה והשבע-עשרה בנוגע לאחת השאלות החשובות בדיני ממונות: האם מנהג ממון שנוצר מעצמו יכול לבטל הלכה או שתוקפו מותנה בכך שקיבל גיבוי של חכמי הלכה או של תקנת קהל. מקורות תנאיים ואמוראיים וגם הגאונים קבעו כי מנהג ממון מבטל הלכה ולא דרשו גיבוי כלשהו למנהג. רק בתקופת הראשונים התחילה מחלוקת בשאלה זו, והיא המשיכה גם בתקופה הנידונה. לאחר סקירת מגוון הדעות של הראשונים בנידון דן המחקר בשישים ושישה מקורות, כמעט כולם תשובות, שכתבו שמונה עשר חכמים מאסתאנבול וסלוניקי, חלקם מן החשובים שבדורם, אשר עסקו במנהגים במגוון תחומים, ובמיוחד בענייני מסחר וירושה ובזכויות ממוניות בין בני זוג. עשרה מן החכמים פסקו, כי מנהג ממון אינו זקוק לגיבוי כדי לבטל הלכה. הם נימקו זאת בכך, שאנשים מתקשרים ביניהם על דעת המנהג וכאילו התנו על כך ביניהם. הם הסתמכו על מקורות תלמודיים ובעיקר על ראשוני ספרד (הרמב"ם, הרא"ש, הרשב"א ועוד).

לעומתם, ארבעה חכמים אחרים פסקו, כי כדי לבטל הלכה צריך המנהג להיות "מנהג ותיקין", היינו מנהג שחכמי הלכה הנהיגו או אישרו (על סמך חכמי אשכנז – ר"י אור זרוע, המרדכי ואחרים), או שעליו להיקבע כתקנת קהל (על

\* תודתי נתונה לפרופסורים לאה בורנשטיין-מקובצקי, ירון בן-נאה, יעקב ברנאי וצבי זוהר, וכן לשופט מאמר זה על הערותיו מאירות העיניים, ולד"ר אלדינה קינטנה רודריגו על עזרתה בתרגום מילים לועזיות. פיסוק המופיע בציטוטים והוספות המובאות בהם בסוגריים מרובעים הם שלי, אלא אם נאמר אחרת. לנוחות הקוראים פתחתי ראשי תיבות וקיצורים.

סמך חכמי ספרד בתשובותיהם – הרי"ף, הרמב"ן, הרא"ש והריב"ש). ר' אליהו מזרחי הסביר, כי אישור של חכמים נדרש לשם ביקורת כי המנהג אכן ראוי ואינו "מנהג גרוע". ייתכן שכך הבינו גם חכמים אחרים. ארבעה חכמים נוספים לא הכריעו בשאלה הנידונה.

הניתוח של המקורות ההלכתיים כלל התייחסות לריאליה ולמציאות הכלכלית והמשפטית שבתוכה הם נכתבו. עשרות המקורות שנותחו במחקר זה מעידים על תפקידם החשוב של מנהגי סוחרים ושל מנהגי ממון בכלל לעיצוב הכלכלה והמשפט בערי האימפריה העות'מאנית במאות ה"ז והי"ז, ועל השפעתם הרבה של מנהגים אלו על פסיקת ההלכה בדיני ממונות.

### מבוא – הצגת הנושא וחיבורו

מאמר זה דן באחת השאלות החשובות בדיני ממונות. השאלה היא: האם יש בכוח מנהג ממון שנוצר מעצמו לבטל הלכה ממונית, או שמא תוקפו של המנהג הממוני לבטל הלכה מותנה בכך שהונהג על ידי חכמים או שזכה לאישורם – בלשון הפוסקים: "מנהג ותיקין" – או בכך שנתקן כתקנה על ידי בני העיר או על ידי בית דין, ואז למעשה כבר אינו "מנהג" אלא "תקנה"?

לשאלה זו חשיבות רבה הן מבחינה הלכתית הן מבחינה כלכלית. מבחינה הלכתית, מדובר בשאלה מרכזית בדיני ממונות: האם למנהג ממון שנוצר "מלמטה", על ידי הציבור, יש תוקף גם כאשר הוא מנוגד להלכה, ואם כך על הדיין לפסוק על פיו ולא על פי ההלכה שבתלמוד ובפוסקים? שאלה זו נוגעת למקור תוקפו ההלכתי של המנהג הממוני – האם הציבור בהתנהגותו הוא שמעניק למנהג את תוקפו או שמא תוקפו של מנהג ממון מותנה ב"גיבוי מוסדי", בין אם באישורו בידי חכמי ההלכה ובין אם בקביעתו כתקנה בידי בני העיר או בית דין? למעמדו של המנהג הממוני יש גם חשיבות כלכלית עליונה, שכן חיי המסחר מושתתים לא מעט על מנהגים.

לשאלת מעמדם ההלכתי של מנהגי ממון יש חשיבות רבה לשאלה רחבה הרבה יותר, והיא שאלת מעמדם ההלכתי של חוקים אזרחיים. יהודים חיו בעבר וחיים גם כיום, בישראל ובחול, במדינות שבהן החוק אינו זהה להלכה. כידוע, דרך מרכזית לתת תוקף הלכתי לחוקים אזרחיים היא באמצעות ה"מנהג", שכן החוק הוא בדרך כלל "מנהג המדינה".<sup>1</sup> ואם כך, יש חשיבות רבה לשאלה, האם לחוק אזרחי יש תוקף

1 זאת, לצד עקרונות הלכתיים נוספים, ובמיוחד "דינא דמלכותא דינא" ו"תקנת קהל". וראו להלן ליד הערה 9.

לבטל הלכה ממונית מכוח היותו "מנהג" גם בלי שניתן לו גיבוי על ידי חכמי הלכה או על ידי תקנת קהל?

מקורות תנאיים ואמוראיים וגם הגאונים קבעו כי בכוח מנהגי ממון לשנות את הדין, ולא התנו את תוקף המנהג בכך שניתן לו גיבוי כלשהו על ידי חכמי הלכה או על ידי בני העיר. בעקבותיהם פסקו חלק מן הראשונים והאחרונים, שדברי כמה מהם יידונו להלן, כי יש תוקף למנהגי ממון המנוגדים להלכה גם אם נוצרו מעצמם. פוסקים אלו התבססו בעיקר על המקורות האלה: "הכל כמנהג המדינה" – דין הנזכר במשנה כמה פעמים, בעיקר בנוגע לענייני ממון;<sup>2</sup> הברייתות "ולא ישנו ממנהג החמרין", "ולא ישנו ממנהג הספנים";<sup>3</sup> דברי הירושלמי בנוגע למנהגים בענייני פועלים כי "המנהג מבטל את ההלכה";<sup>4</sup> וארבע סוגיות בבבלי במסכת בבא מציעא: סוגיית סיטומתא, שהעניקה תוקף לדרכי קניין הנהוגות במקום;<sup>5</sup> הסוגיה בתחילת פרק השוכר את הפועלים, ולפיה תנאי עבודה של פועלים ייקבעו לפי המנהג;<sup>6</sup> הסוגיה בפרק המקבל, שקבעה כי ויכוח בין בעל שדה לאריס מה היה הסיכום ביניהם יוכרע לפי המנהג;<sup>7</sup> וסוגיית דורשין לשון הדיוט.<sup>8</sup>

2 הפוסקים הסתמכו במיוחד על המשנה, בבא מציעא ז, א – בעניין שעות העבודה ואיכות המזון שיש לספק לפועלים, וכן על המשנה, בבא בתרא א, א – בעניין סוג החומר שממנו יש לבנות כותל המחלק חצר בין שותפים. על הביטוי "הכל כמנהג המדינה" ומשמעותו ועל הביטויים המקבילים בתוספתא, ראו: רון ש' קליינמן, מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא), עמ' 24–37 (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן, 2000) (להלן: קליינמן, סיטומתא).

3 הובאו בבבלי, בבא קמא קטז, ע"ב, ומקורן בתוספתא, בבא מציעא (ליברמן), ז, יג-יד.

4 ירושלמי, בבא מציעא פ"ז ה"א, יא ע"ב (על המשנה, שם, לעיל הערה 2).

5 בבא מציעא עד, ע"א: "האי סיטומתא קניא [=הסיטומתא הזו קונה]". מסקנת הסוגיה היא: "ובאתרא דנהיגו למקני [=ובמקום שנהגו לקנות] ממש – קנו", כלומר אם נהגו לקנות סחורה במקום מסוים על ידי הטבעת חותם ("סיטומתא"), יש לכך תוקף קנייני. על הפרשנויות השונות לסוגיה זו ועל השימוש הרב שעשו בה ראשונים ואחרונים כבסיס למנהגי סוחרים ולמנהגי ממון בכלל, ראו: רון ש' קליינמן "קניין סיטומתא": מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי – הבסיס העיוני ויישומים במשפט האזרחי המודרני" מחקר משפט כד (2008), עמ' 243–298; ובהרחבה: הנ"ל, דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי: משפט, ריאליה והיסטוריה, רמת-גן 2013. (להלן: קליינמן, דרכי קניין).

6 בבא מציעא פג, ע"א-ע"ב, על פי המשנה, שם (לעיל הערה 2).

7 בבא מציעא קי, ע"א.

8 שם קד, ע"א-ע"ב. לפי חלק מן הפרשנויות של הגאונים והראשונים, מסוגיה זו עולה כי כאשר נהגו לכתוב תנאי מסוים בכתובה או במסמך אחר, תנאי זה מחייב את הצדדים למסמך גם אם

אולם, אף על פי שבספרות התלמודית ואצל הגאונים כוחם של מנהגי ממון לא הותנה כאמור בגיבוי כלשהו, חלו בתקופת הראשונים תמורות בנושא זה ועלו גם דעות אחרות. בניגוד לעמדה הנזכרת פסקו חלק מן הראשונים והאחרונים, כי מנהג ממון יכול לבטל הלכה רק אם הוא "מנהג ותיקין", היינו מנהג שנקבע על ידי חכמי הלכה, או רק אם תוקן כתקנת קהל או כתקנת בית דין. על תוקפם ההלכתי של מנהגי ממון ועל מידת ההכרה ההלכתית בחוקים אזרחיים מכוח "מנהג המדינה", נכתב בהרחבה בספרות המחקר.<sup>9</sup> אולם, שאלת הצורך בגיבוי

לא נכתב, כי הם מתקשרים ביניהם על דעת המנהג. ראו: קליינמן, סיטומתא (לעיל הערה 2), עמ' 37–42; קליינמן, דרכי קניין (לעיל הערה 5), עמ' 116–117.  
 9 ראו למשל: מנחם אלון, המשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 713–767, 1530–1534; אליאב שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל", שנתון המשפט העברי טז–יז (תש"ן–תשנ"א) עמ' 417, 420, הערה 10; ישראל בן-שחר ויאיר הס, "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה", כתר א (תשנ"ו), עמ' 339, 377–384; דב פרימר, "השפעת המשפט הישראלי על המשפט העברי", מדעי היהדות 39 (תשנ"ט), עמ' 133–133; קליינמן, סיטומתא (לעיל הערה 2); קליינמן, דרכי קניין (לעיל הערה 5); רון ש' קליינמן, "החוק האזרחי במדינה – מנהג המדינה?"<sup>10</sup>, תחומין לב (תשע"ב), עמ' 261–272; הנ"ל, "האם חוקי המדינה מחייבים כ'מנהג' גם את מי שאינו מכיר אותם?"<sup>11</sup>, תחומין לג (תשע"ג), עמ' 8–93; הנ"ל, "באיזו מידה צריך לפסוק לפי החוק האזרחי?"<sup>12</sup>, תחומין לז (תשע"ז), עמ' 388–399 (להלן: קליינמן, "באיזו מידה"); רון ש' קליינמן, "הלכה והשקפה: יחסי גומלין – מאפייני פסיקות של דינים חרדים במדינת ישראל בסכסוכים ממוניים", משפט חברה ותרבות א (2018), עמ' 107–166; הנ"ל, "הכל כמנהג המדינה?" – הלכה והשקפה בפסיקת הדיינים בבתי הדין הממלכתיים בישראל בסכסוכי עבודה", מחקרי משפט לב (2019), עמ' 141–211; Ron S. Kleinman, "Civil Law as Custom: Jewish Law and Secular Law – Do they Diverge or Converge?", 14 The Review of Rabbinic Judaism, 11–36 (2011); *idem*, "Do the Parties to a Contract Need Actual Knowledge of Civil Laws or Commercial Practices in Order for these Laws or Practices to Function as Valid Customs in Jewish Law?", 21 Jewish Law Association Studies, 93–119 (2013); *idem*, "The Halakhic Validity of Israel's Judicial System Among Israeli Ultra-Orthodox Halakhic Decisors: The Building Laws and Condominium Housing Laws as a Test Case", 18(2) THE REVIEW OF RABBINIC JUDAISM, 227–259 (2015); *idem*, "This Cannot be Allowed in Israel, Heaven Forbid!" – The Positions of Contemporary Halakhic Decisors and Rabbinical Judges on Adopting Civil Laws and Judgments by Virtue of Custom, in Light of Rashba's Responsum: Law and Narrative", 27 Jewish Law Association Studies, 336–356 (2017) (להלן: קליינמן, "שו"ת הרשב"א"); יואב שטרנברג ועדו רכניץ, "תוקפם ההלכתי של חוקי המדינה

למנהגי ממון ובמיוחד פסיקות של חכמי ההלכה באימפריה העות'מאנית בנושא זה, זכו עד כה לכתובה מעטה באופן יחסי.<sup>10</sup> המאמר שלפנינו מבקש להשלים במעט את החסר האמור. יובהר, כי המונח "מנהג" במאמר זה מתייחס למנהגי ממון בלבד. בשל ריבוי החומר בנושא דנן היה צורך להגביל את המחקר בזמן ובמקום. מאמר זה יתמקד אפוא בעמדות חכמי הלכה שחיו במאות השש-עשרה והשבע-עשרה באסתאנבול (קושטא) ובסלוניקי. המאמר ידון בעשרות פסקי הלכה, כמעט כולם תשובות, שנכתבו על ידי שמונה עשר חכמים, חלקם מן החשובים שבדורם, כדוגמת רא"ם, מבי"ט, מהרשד"ם, מהריב"ל, מהרש"ך וראנ"ח. הבחירה בשתי ערים אלו נובעת מהיותן שתי הקהילות היהודיות הגדולות והחשובות ביותר באימפריה העות'מאנית, ואף הגדולות ביותר בעולם היהודי באותה העת, ומעושר הפסיקה ההלכתית של חכמי ההלכה שחיו בהן בתקופה הנזכרת.<sup>11</sup> גם

בדיני ממונות" 14–27, התפרסם באתר דין תורה, <https://www.dintora.org/publication/14>, (נייר עמדה מס' 3, תשס"ח); שלמה אישון "מקומו של מנהג המדינה בקביעת הנורמה ההלכתית", אמונת עתיך 97 (תשע"ג), עמ' 88–95; דניאל כ"ץ, "הכל כמנהג המדינה" – עקרונות המנהג בדיני ממונות", אמונת עתיך 107 (תשע"ה), עמ' 126–137; הנ"ל, "הכל כמנהג המדינה" – חלק שני", אמונת עתיך 108 (תשע"ה), עמ' 103–109.

10 על הצורך בגיבוי למנהגי ממון, ראו: משה פינדלינג, תחוקת העבודה יג-יד, טז-יט (תש"ה); הערות הרב יחיאל מיכל טוקצ'ינסקי, שם, עמ' קמב, סע' ג; אלון, שם, עמ' 715–716; קליינמן, סיטומתא (לעיל הערה 2), עמ' 22–103; Ron S. Kleinman, "The Power of Monetary Customs to Override the Law: On the Innovative Approach of Rabbi Isaac Alfasi and his Influence on Medieval Spanish Rabbis", 19 Jewish Law Association Studies, 110–129 (2009) (להלן: קליינמן "הרייף"); *idem*, "The Power of Monetary Customs to Override *Halakhah*: Developments in the Time of the *Rishonim*", 30 JEWISH LAW Association Studies (טרם פורסם) (להלן: קליינמן "התפתחויות"); אישון, שם; כ"ץ, שם (המאמר הראשון). על פסיקת חכמי הלכה באימפריה העות'מאנית בנושא מנהגי ממון, ראו עוד: צבי זוהר, האירו פני המזרח (2001) (דן במאות הי"ט–כ'); רון ש' קליינמן "ומשפטים בל ידעום? – פסיקה לפי חוקי גויים ומנהגיהם המסחריים: עמדת חכמי ההלכה באימפריה העות'מאנית במאות הט"ז–ה"ט", ליבי במזרח א (תשע"ט), עמ' 193–216 (להלן: קליינמן "ומשפטים").

11 על הקהילה היהודית בסלוניקי, ראו: יוסף הקר, החברה היהודית בסלוניקי ואגפיה במאות הט"ו והט"ז (עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים 1978); מינה רוזן, בנתיבי הים התיכון: הפזורה היהודית-ספרדית במאות הט"ז–י"ח, תל-אביב 1993, עמ' 65–167; ירון בן-נאה, "עיר התורה והלימוד: סלוניקי כמרכז תורה במאות הט"ז–ה"ז" פעמים 80 (תשנ"ט), עמ' 60–82; מחקרי אליעזר: אסופת מאמרים... מאת אליעזר בשן, עמ' 135–160 (משה עמאר עורך, אשקלון תשס"ז) [פורסם לראשונה: הנ"ל, "עמדותיהם של חכמי

הפעילות של הדפוס העברי, שהלכה וגברה בראשית המאה השש-עשרה באימפריה העות'מאנית, בלטה במיוחד באסתאנבול ובסלוניקי.<sup>12</sup> אסתאנבול הייתה בירתה הפוליטית של האימפריה. היא וסלוניקי היו המוקדים החשובים ביותר של יהודי האימפריה מבחינה מספרית ומבחינת משקלם התרבותי. הן מנו עשרות אלפי יהודים, בעוד שקהילות גדולות אחרות באימפריה מנו בקושי כמה אלפים.<sup>13</sup> ערים אלו היו שני מרכזי הסחר החשובים באימפריה, ונמלי הים שלהן שימשו למסחר עם ערים בתוך האימפריה ומחוצה לה.<sup>14</sup> אסתאנבול מגשרת בין אסיה לאירופה, ואילו סלוניקי היא המוצא הימי של הבלקאן כולו. מציאות זו משתקפת בריבוי תשובות של חכמי ההלכה בערים הללו שעסקו במגוון מנהגי סוחרים, ואשר חלקן יידון במסגרת המאמר.<sup>15</sup>

באימפריה העות'מאנית נודעה חשיבות רבה למנהג. המסגרת החוקית התבססה על הוראות השריעה (החוק הדתי המוסלמי), פקודות הקאנון (החוק של הסולטנים)

- שאלוניקי במאות הט"ז-י"ח בעימות על רקע משקלו של מיעוט עשירים בהכרעות ציבוריות, ממזרח וממערב ב (תש"ם), עמ' 27-52 (להלן: בשן); לאה בורנשטיין מקובצקי, "סלוניקי", בתוך: פנקס הקהילות: יוון, עמ' 194-217 (ברכה ריבלין עורכת, תשנ"ט), ובביבליוגרפיה שצוינה בסוף הערך. על הקהילה היהודית באסתאנבול (קושטא), ראו: לאה בורנשטיין מקובצקי, "לתולדות קהילת קושטא באמצעותה של המאה הי"ז: קהילה, אישה וחכמיה הספרדים והרומאניוטים", מיכאל ט (תשמ"ה), עמ' כז-נד; Haim Gerber, *Crossing Borders: Jews And Muslims in Ottoman Law, Economy and Society*, pp. 105-126, Isis, Istanbul 2008 (להלן: גרבר).
- 12 יוסף הקר "הפעילות האינטלקטואלית בקרב יהודי האימפריה העות'מאנית במאות השש-עשרה והשבע-עשרה", תרביץ נג, ד (תשמ"ד), עמ' 569, 576.
- 13 בן-נאה, "עיר התורה והלימוד" (לעיל הערה 11), עמ' 61.
- 14 "סלוניקי היתה עיר הנמל הראשית ליצוא תוצרת חקלאית מגוונת מן הבלקאן הדרומי, ומרכז לייצור אריגי צמר ומשי. עקב זאת התקיימו קשרי מסחר בין סלוניקי למרכזים כלכליים אחרים באימפריה" (בן-נאה, "עיר התורה והלימוד" (לעיל הערה 11), עמ' 66).
- 15 חכמים אלו פסקו לעיתים גם בשאלות שהגיעו אליהם מערים אחרות. על ההשתקפות בספרות השו"ת של המסחר ברחבי האימפריה ושל מונחי מסחר תורכו-עות'מאניים, ראו: אליעזר בשן, "חופש הסחר והטלת מסים ומכסים על סוחריו החוץ היהודיים באימפריה העות'מאנית במאות הט"ז-הי"ז (באספקלריה של ספרות השו"ת)", ממזרח וממערב א (תשל"ד), עמ' 105-166; חיים גרבר "יזמה ומסחר בין-לאומי בפעילות הכלכלית של יהודי האימפריה העות'מאנית במאות טז-יז", ציון מג (תשל"ח), עמ' 38-67. על המסחר ברחבי האימפריה ומעורבות היהודים בו, ראו עוד במקורות שצוינו אצל קליינמן: "ומשפטים" (לעיל הערה 10), עמ' 198, הערה 19.

והחוק המנהגי.<sup>16</sup> במחצית השנייה של המאה החמש-עשרה ובמאה השש-עשרה היו ברחבי האימפריה שתי עדות יהודיות ותיקות: המוסתערבים, שישבו במזרח הים התיכון, והרומניוטים, שישבו באזורי הקיסרות הביזנטית לשעבר. אליהם הצטרפה כמות קטנה של מהגרים אשכנזים ועשרות אלפים של מגורשי ספרד ופורטוגל. נוצר אפוא מפגש של תרבויות, מסורות הלכתיות ומנהגים.<sup>17</sup> עובדה זו הקשתה לעיתים על הפוסקים לקבוע מהו ה"מנהג" בעיר שבה דנו.<sup>18</sup>

במסגרת מאמר זה תיבחנה השאלות האלה: על אילו מקורות בספרות התלמודית ובפוסקים התבססו חכמי סלוניקי ואסתאנבול במאות השש-עשרה והשבע-עשרה בדונם בנושא דנן?; האם הם הסתפקו בהבאת המקורות מן התלמוד והפוסקים או שגם נימקו את עמדותיהם בשאלת תוקפם של מנהגי ממון לבטל הלכה? וכן, האם הם הרבו להסתמך על פוסקים מסוימים יותר מאשר על פוסקים אחרים?

הפרק הראשון יסקור את העמדות המרכזיות של הראשונים בנידוננו. הפרקים השני והשלישי, שהם עיקרו של המאמר, יסקרו את פסיקותיהם, רובן ככולן תשובות, של שמונה-עשר חכמים שחיו בסלוניקי ובאסתאנבול במאות השש-עשרה והשבע-עשרה. על סמך ניתוח פסיקות אלו ייעשה ניסיון להשיב על השאלות שהוצגו לעיל. הפרק האחרון יוקדש לסיכום המחקר ולמסקנותיו.

16 על כך ועל מעמדם המשפטי של היהודים באימפריה, ראו: חיים גרבר, יהודי האימפריה העות'מאנית במאות ה-16–17: כלכלה וחברה, עמ' 9–35 (1982); גרבר (לעיל הערה 11), עמ' 35–64; ירון בן-נאה, יהודים בממלכת הסולטנים: החברה היהודית באימפריה העות'מאנית במאה השבע עשרה, ירושלים תשס"ז, עמ' 77–123. על המשפט המוסלמי בתקופה זו, ראו: Haim Gerber, *Islamic Law and Culture 1600–1840*, Brill, Leiden 1999.

17 על המפגש של תרבויות ומסורות הלכתיות באימפריה העות'מאנית במאה השש-עשרה, ראו למשל: אלימלך וסטרייך, "מצוות פריה ורביה במשפט העברי באימפריה העות'מאנית במאה הט"ז", תעודה יג (תשנ"ז), עמ' 195–240; הנ"ל, תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורות, פרקים ו-ז, ירושלים תשס"ב, עמ' 231–302.

18 על תופעת ריבוי קהלים יהודיים בתוך אותה עיר, ראו: בן-נאה, יהודים בממלכת הסולטנים (לעיל הערה 16), עמ' 64–72. על הקושי לקבוע מהו "מנהג העיר" בשל ריבוי המקומות שמהם באו תושביה, ראו למשל בנוגע לערים אלו: אסתאנבול (קושטא) – שלמה שפיצר, "מנהגי קושטא", אסופות ח (תשנ"ד), עמ' שסט; להלן, ליד הערה 101 ובהערה 244; סלוניקי – ר' דוד הכהן (איטליה-יוון, המאה ה-16), שו"ת הרד"ך, בית יג (קושטנדינה, רצ"ז, קה, ע"ב, מהדורת מאיר בניהו, תשמ"ח): "וכמו שתמצא היום בשלוניקי] העיר הגדולה [...] שהספרדים בית דין בפני עצמם והאשכנזים בית דין בפני עצמם, אלו נוהגים מנהגיהם כמבראשונה ואלו נוהגים מנהגיהם כמבראשונה"; שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סי' קלד; בורסה – להלן הערה 180.

### א. הצורך של מנהגי ממון בגיבוי – תקופת הראשונים

כאמור, הן בספרות התלמודית הן בתקופת הגאונים נקבע, כי מנהג ממון שנוהג הציבור מעצמו יכול לבטל הלכה, ולא נדרש למנהג גיבוי כלשהו. גם בתקופת הראשונים היו שסברו כך. אולם, בתקופה זו הופיעו לראשונה דעות אחרות בנידון, הן בצפון אפריקה ובספרד הן באשכנז. פרק זה יציג את מגוון העמדות בקרב הראשונים בנושא זה. הפרק לא נועד למצות את הנושא אלא לסכמו, ובכך לשמש בסיס לדיון בדברי חכמי סלוניקי ואסתאנכול בשני הפרקים הבאים.<sup>19</sup>

#### 1. מנהגי ממון זקוקים לגיבוי כדי לבטל הלכה

ראשונים רבים סברו כי מנהג ממון זקוק לגיבוי כדי לבטל הלכה. אפשר לחלק את דבריהם לשתי שיטות עיקריות שלהלן:

(א) מנהג ממון צריך להיקבע כתקנת קהל או כתקנת בית דין

הרי"ף וחכמי ספרד

העמדה שמנהג ממון צריך להיקבע כתקנת קהל מופיעה לראשונה אצל ר' יצחק אלפסי (צפון אפריקה-ספרד, 1013–1103) בתשובה, אם כי במקומות אחרים נראה כי דעתו אחרת. בכמה מקומות בהלכותיו מעניק הרי"ף תוקף למנהגי ממון לבטל הלכה, ואינו דורש גיבוי למנהג.<sup>20</sup> אולם, באחת מתשובותיו מופיעה עמדה שונה. הרי"ף דן ב"מתנה לחוד", היינו מתנה שנותן בעל לאשתו בסמוך לנישואיהם, שאינה התוספת הרגילה הרשומה בכתובה.<sup>21</sup> לדברי השואלים, הרי"ף פסק כי אפשר לגבות "מתנה

19 פרק זה מבוסס על קליינמן "התפתחויות" (לעיל הערה 10), שם נסקרה בקצרה גם עמדת הגאונים.

20 המקומות הם: (א) רי"ף, בבא קמא, לו ע"ב מדפיו: יש תוקף מכוח מנהג הסוחרים להרשאה בכתב שניתנה לשליח, סופתג'ה – בלשון התלמוד: "דיוקני" – בניגוד לדיון התלמוד, שם קד, ע"ב, ש"אין משלחין מעות בדיוקני". על "דיוקני", ראו: Elimelech Westreich, "Elements of Negotiability in Talmudic and Geonic Times", 19 Jewish Law Association 247 (2009); ברכיהו ליפשיץ "טבעת, כסף, שטרות, חובות וסמלים" שנתון המשפט העברי כו (תשס"ט-תשע"א), עמ' 333, 384–394; (ב) רי"ף, יבמות, כב ע"א מדפיו; (ג) רי"ף, בבא בתרא, מז ע"א מדפיו; (ד) רי"ף, בבא מציעא נב, ע"א מדפיו: מצטט את הירושלמי, לעיל הערה 4, ש"המנהג מבטל את ההלכה".

21 על "מתנה לחוד", ראו: יוסף ריבלין, "שטר 'מתנה לחוד'", אסופות יא (תשנ"ח), עמ' קסד–קפא; הנ"ל, "עוד על מתנה לחוד והמורדת", בר-אילן ל–לא (תשס"ו), עמ' 501–519, ובמקורות שצוינו במאמרים אלו.



לחוד" בחיי הבעל, אלא אם "מנהג המקום" הוא שלא לגבותה, וכך היה המנהג במקומם. אולם, הם היו בספק אם יש תוקף למנהגם או שמנהג זה הונהג בטעות ואין לו תוקף, ושאלו את הרי"ף "היאך יהיה עיקר המנהג".<sup>22</sup> הרי"ף משיב: "עיקר המנהג שעושין על פיו והוא שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל ויתקנו תקנה כמה שיתקנו ויקיימו אותה, זהו המנהג. ואפילו לאחר [כמה]<sup>23</sup> שנים אם לא ידעו הך עיקרו אלא שהיה מחזיק<sup>24</sup> בכך – והיה [צ"ל: יהיה]<sup>25</sup> עומד בחזקתו" (ההדגשה אינה במקור).

כמה מלומדים הבינו, כי המונח "מנהג" בתשובה זו פירושו: תקנה שנוהגים כמותה.<sup>26</sup> לפי זה, הרי"ף מדבר כאן על תקנה ואינו מתנה את תוקפם של מנהגי ממון בהתקנתם כתקנה, ואין אפוא סתירה בין תשובה זו לבין פסיקתו בהלכותיו.

אולם, דומה כי קשה לפרש כך, שכן השאלה דנה ב"מנהג המקום" והרי"ף מאבחן בבירור בין המונחים "מנהג" ו"תקנה". נראה אפוא כי המונח "מנהג" הוא כפשוטו: מנהג ממון. ואם כך, הרי"ף בתשובתו אכן דורש שמנהג ממוני יתוקן כתקנה, אולם מוסיף כי אם המנהג כבר נוהג ולא ידוע כיצד התחיל, אפשר להניח (להעמידו על "חזקתו") שתוקן מתחילה כתקנה, ולכן הוא תקף.

הרי"ף אינו מנמק את עמדתו, ואפשר להציע לה שני הסברים. הסבר ראשון נקודתי: ייתכן שהצורך בתקנת קהל נועד לפתור את בעיית חוסר הוודאות, שעליה הצביעו השואלים בנוגע למנהג המסוים בעניין "מתנה לחוד". לכן פוסק הרי"ף, כי אם אין ספק לגבי המנהג הוא יחייב גם אם לא ידוע כיצד הוא נוצר. לפי הסבר זה דבריו מצמצמים למנהג ממון זה בלבד.

ההסבר האפשרי השני לתשובת הרי"ף הוא כללי: מעמדו של מנהג ממוני נחות ממעמדו של הדין. שכן, הדין נקבע על ידי חכמי ההלכה, ואילו המנהג נוצר על ידי

22 שו"ת הרי"ף (מהד' לייטער), סי' יג. מקבילות: תשובות חכמי פרובינציא, 439 (אברהם סופר מהדיר, תשכ"ז); שו"ת הרי"ף, מהד' ז' ביעדנאוויץ, בילגוריי תרצ"ה, סי' פה.

23 ההוספה על פי תשובות חכמי פרובינציא, שם.

24 שם: "מוחזק".

25 התיקון על פי: תשובות חכמי פרובינציא, שם; שו"ת הרי"ף, בילגוריי, סי' פה.

26 שלמה טל, "העקרונות ההלכתיים-המשפטיים שעליהם מושתתות תקנות הקהלות", דיני ישראל ג (תשל"ב), עמ' 57; אלון, המשפט העברי (לעיל הערה 9), עמ' 580, הערה 107; ישראל תא-שמע, "שיפוט עברי ומשפט עברי במאות ה"א-י"ב בספרד", שנתון המשפט העברי א (תשל"ד), עמ' 368 [ובשינויים קלים: הנ"ל, הלכה, מנהג ומציאות באשכנז, 1300-1350, עמ' 53 (תשנ"ו)].

הציבור.<sup>27</sup> אומנם, ניתן לשנות דין ממוני באמצעות הסכמה (פרטית) של צדדים לעסקה או על ידי הסכמה (כללית) בדרך של תקנת קהל. אולם, מנהג שנוצר מעצמו אינו יכול לבטל הלכה. ראשוני ספרד יישמו את תשובת רי"ף זו בנוגע למנהגי ממון אחרים, ומכאן שהבינו אותה כקביעה כללית.<sup>28</sup>

לפי ההסבר השני, תשובת הרי"ף סותרת לכאורה את פסיקתו בהלכותיו ואת הספרות התלמודית, שמהן משתמע שמנהגי ממון מבטלים הלכה גם אם לא תוקנו כתקנה. כדי ליישב את הסתירה צריך לומר, כי לדעת הרי"ף מנהגי הממון שעליהם מדובר בספרות התלמודית ובהלכותיו הם מנהגים שנתקנו כתקנת קהל<sup>29</sup> או מנהגים שכבר נוהגים ולא ידוע כיצד התחילו, ולכן יש להם תוקף לבטל הלכה, כאמור בתשובתו.

הרמב"ן (ספרד, 1194–1270) בתשובה דן במנהג לכתוב "מתנה לחוד" לאישה ולילדים אשר תלד בעתיד.<sup>30</sup> הוא קובע כי "מן הדין" ולדות שלא באו לעולם אינם יכולים לקנות, ומוסיף:

ולעניין המנהג ששאלתם – אין לו עניין בכאן לדון בו אלא אם כן התנו טובי העיר והסיעו על קיצותן לומי[ן]: "כל הנושא במקומו יהא לה ולולדים שתלד כך וכך מתנה" וכיוצא בזה. מ"מ [=מכל מקום] אם הוחזק [מנהג זה] בב"ד אצל ראשונים, יש לנו להעמיד מנהג בחזקתו שמה התנו עליו [=תקנהו כתקנה] מתחלה, ולכך דנין בו. וכן כתוב בתשובת רבי[נו] הגדול ז"ל [=הרי"ף].

הרמב"ן מסתמך על תשובת הרי"ף, כפי שהוא נוהג במקומות רבים. תשובת הרי"ף עסקה אף היא, כמו תשובת הרמב"ן, במנהג הנוגע ל"מתנה לחוד".<sup>31</sup> הרמב"ן, כמו

27 ראו בעניין זה: ברכיהו ליפשיץ, "מנהג' ומקומו במדרג הנורמות של 'תורה שבעל-פה'", שנתון המשפט העברי כד (תשס"ו-תשס"ז), עמ' 123.

28 ראו: רמב"ן בתשובה, להלן ליד הערה 30; רשב"א, בבא בתרא קמד, ע"ב, ד"ה הא דאמרינן (הרשב"א עצמו חולק על שיטת הרי"ף והרמב"ן, ראו להלן הערה 89); ריטב"א, להלן הערה 38.

29 כך מציע גם אלון, המשפט העברי (לעיל הערה 9), עמ' 716, הערה 12.

30 תשובות רבינו משה בן נחמן (מהר"ח"ד שעוועל, תשל"ה), סי' ז, עמ' יד-טו.

31 אומנם, שתי התשובות עוסקות במנהגים שונים, ראו לעיל, ליד הערה 22. על הסתמכות הרמב"ן על הרי"ף בהלכותיו ובתשובותיו ראו: שלם יהלום בין גירונה לנרבונה 340–347 (2012).

הרי"ף, אינו מנמק את עמדתו ואינו מביא לה כל מקור,<sup>32</sup> והוא מאמץ את שיטת הרי"ף על שני חלקיה: באופן עקרוני, מנהג ממון יכול לבטל הלכה רק אם "טובי העיר" תיקנו תקנת קהל. אולם, מנהג שכבר "הוחזק בבית דין" בדורות קודמים יש להעמידו "בחזקתו", היינו להניח שתיקנו אותו כתקנה, ולכן הוא תקף. את דינם של מנהגי ממון בספרות התלמודית יצטרך הרמב"ן להסביר כמו הרי"ף.<sup>33</sup>

בכמה מקומות בחידושו מיישם הרמב"ן את שיטת הרי"ף בתשובתו, בלא להזכירו, גם בנוגע למנהגי ממון אחרים שאינם קשורים ל"מתנה לחוד". באחד מהם הוא מבאר, כי מנהג ממון מבטל הלכה רק אם זו "הלכה רופפת", כלומר הלכה מסופקת, אולם כדי לבטל הלכה שאינה "רופפת" על המנהג להיקבע כתקנת קהל.<sup>34</sup> בדומה לכך מאבחן הרמב"ן במקום אחר בין שני מצבים: כאשר יש כמה אפשרויות הלכתיות, כמו בנוגע לשאלה איזה סוג כותל לבנות בין שותפים שחולקים חצר ביניהם – מנהג ממון יוכל להכריע ביניהן גם אם הוא לא נקבע כתקנה. לעומת זאת, כאשר נקבע הסדר הלכתי מחייב אחד, כמו בנוגע לשאלה מה עובי הכותל שיש לבנות – רק תקנת קהל תוכל לשנותו, אבל לא מנהג.<sup>35</sup>

אומנם, בסוגיית "דורשין לשון הדיוט" פוסק הרמב"ן כי יש תוקף למנהג ממון שנהגו אנשים "מעצמן", אף על פי שלא נעשה "על פי חכמים", כי כל המתקשר בעסקה עושה כן על דעת המנהג.<sup>36</sup> בניגוד לשלושת המקורות הקודמים, כאן הוא אינו

32 יהלום, שם, עמ' 211–214, טוען, כי רמתם הרוחנית הירודה של יהודי ספרד היא שהובילה את הרמב"ן להעניק למנהגם, הן בתחומים דתיים הן בתחומים ממוניים, מעמד נמוך. לא מצאתי ראיה להסבר זה. על עמדת הרמב"ן בנוגע למנהג ראו עוד: משה הלברטל "המנהג וההיסטוריה של ההלכה בתורתו של הרמב"ן" ציון סז, א (תשס"ב), עמ' 25–56. גם הלברטל אינו מאבחן בין מנהג ממוני למנהג שאינו ממוני. הוא דן, שם, עמ' 48, בחידושי הרמב"ן (להלן הערה 34) אך לא בתשובתו (לעיל הערה 30).

33 ראו לעיל, ליד הערה 29.

34 רמב"ן, בבא בתרא קמד, ע"ב, ד"ה הא דאמרינן. המקור לכך שב"הלכה רופפת" יש ללכת אחר המנהג נזכר בעניינים שאינם ממוניים: ירושלמי, פאה, פ"ז ה"ה, כ ע"ג; יבמות, פ"ז ה"ג, ח ע"א.

35 רמב"ן, בבא בתרא ב, ע"א, ד"ה מתני'.

36 רמב"ן, ב"מ קד, ע"א, ד"ה ר' מאיר.

דורש שהמנהג יתוקן כתקנה. ההסבר לכך הוא, ככל הנראה, כי הרמב"ן הבין שבמקרה זה המנהג הממוני אינו מבטל דין, ולכן אין צורך שיתוקן כתקנה.<sup>37</sup> הריטב"א כותב דברים דומים לרמב"ן בחידושיו, על סמך תשובת הרי"ף הנוכרת.<sup>38</sup> עם זאת, משני מקומות אחרים משתמע, כי הריטב"א אינו מסכים עם דברי הרמב"ן בתשובה, ולפיהם מנהג ממון שכבר "הוחזק בבית דין" אפשר להעמידו "בחזקתו" ולהניח כי נתקן כתקנה, וכי לדעתו רק מנהג אשר ידוע כי נתקן כתקנת קהל יכול לבטל הלכה.<sup>39</sup>

הריב"ש מציג בשתיים מתשובותיו שתי עמדות מנוגדות, זו לצד זו, אולם אינו מכריע ביניהן. בשתייהן הוא קובע בראשית דבריו, כי מנהג ממון מבטל הלכה גם אם לא התנו עליו בני העיר, כלומר המנהג אינו זקוק לגיבוי כלשהו. אולם, בהמשך הוא כותב כי "אפשר" שיש לפסוק "כמו שנטה הרמב"ן" בחידושיו, שמנהג מבטל "הלכה ברורה" רק אם התנו עליו בני העיר, היינו תיקנו זאת כתקנת קהל. מן הלשון "אפשר" משתמע כי התלבט בין שתי העמדות.

הריב"ש מסייג את העמדה השנייה באומרו, כי בשלושה תחומים יכול גם "סתם מנהג", כלומר גם מנהג שלא נתקן כתקנת קהל, לבטל הלכה: דרכי קניית סחורה, שכירות פועלים ונדוניה ותנאיה.<sup>40</sup> נראה כי הבסיס לסייג זה הוא, כי בשלושת התחומים הללו נקבע במפורש בתלמוד, כי מנהג יכול לבטל הלכה, כפי שציין הריב"ש בשתי התשובות הנוכרות.<sup>41</sup>

לעומת זאת, בשתי תשובות אחרות פוסק הריב"ש לפי העמדה הראשונה, ואינו מזכיר כלל את דעת הרמב"ן. באחת מהן הוא קובע בנוגע לאחריות להפסדים בעסקה עקב מכירה בהקפה, "שבענינים כאלו הכל הולך אחר מנהג הסוחרים", ואינו מזכיר

37 ראייה לכך: בעוד רבנו חננאל ורשב"א כותבים שהתחייבות האריס לפצות על השארת השדה בלתי מעובד היא "אסמכתא" שאין לה תוקף, הרמב"ן כותב במפורש שהיא אינה נחשבת "אסמכתא". ראו: רמב"ן, שם; רשב"א, שם, ד"ה ר' מאיר.

38 ריטב"א, בבא בתרא קמה, ע"א, ד"ה ואתא ר' יהודה, הובא בנימוקי יוסף, שם, סז ע"ב מדפי הרי"ף, ד"ה גמ'. השוו לרמב"ן, לעיל הערה 34.

39 ריטב"א, בבא מציעא עד, ע"א, ד"ה האי סיטומתא קניא; שם פג, ע"א, ד"ה הכל כמנהג המדינה. על שיטתו ראו בהרחבה: קליינמן, סיטומתא (לעיל הערה 2), עמ' 73–75; קליינמן, "הרי"ף" (לעיל הערה 10).

40 שו"ת הריב"ש, סי' קה, שמה, על סמך רמב"ן, לעיל הערה 34.

41 המקורות שהובאו בשתי התשובות הללו הם: סוגיית סיטומתא (לעיל הערה 5); משנה, בבא מציעא (לעיל הערה 2), בענייני פועלים; ברייתא בסוגיית דורשין לשון הדיוט, ב"מ קד, ע"ב, ראו לעיל הערה 8.

את הצורך בתנאי בני העיר.<sup>42</sup> בתשובה אחרת הוא פוסק, כי אם יש בעיר מנהג ברור ששליח ציבור פטור ממיסים, בניגוד להלכה, יש תוקף למנהג זה, כי בענייני שכירות פועלים "מנהג מבטל הלכה".<sup>43</sup>

רבנו תם

המשנה אומרת, כי שותפים בחצר שהסכימו לחלקה – צריכים לבנות כותל מאחד מארבעה סוגי חומרים בהתאם למנהג המקום, ומוסיפה: "הכל כמנהג המדינה".<sup>44</sup> בבבלי הסבירו, כי המשפט "הכל כמנהג המדינה" בא לרבות מקום שבו נהגו לעשות מחיצה "בהוצא ודפנא", שהם ענפי עצים, כלומר המשנה באה ללמדנו שגם מנהג לבנות מחיצה חלשה כזו תקף.<sup>45</sup>

בעלי התוספות שאלו, מדוע בבבלי נתנו דוגמה של "הוצא ודפנא" ולא אמרו בצורה מכלילה, כי ההיגד "הכל כמנהג המדינה" בא לרבות את "מנהג כל המקומות כמו שנהגו"? על כך משיב רבנו תם (צפון צרפת, 1100 לערך-1171), כי הבבלי בא ללמדנו שדווקא מנהג של "הוצא ודפנא" תקף – אבל פחות מכאן [מחיצה רעועה יותר] – אפילו נהגו, מנהג הדיוט הוא. ומוכיח מכאן [רבנו תם] דיש מנהגים שאין לסמוך עליהם אפילו היכא דתנן [=במקום ששנינו] 'הכל כמנהג המדינה'.<sup>46</sup> רבנו תם מחדש, כי גם כאשר המשנה תולה את הדין ב"מנהג המדינה" אין זה אומר כי יש תוקף לכל מנהג, ועדיין יש לפוסק שיקול דעת לקבוע כי מנהג מסוים הוא "מנהג הדיוט", כלומר מנהג גרוע,<sup>47</sup> שאין לו תוקף. רבנו תם מדבר כאן על האפשרות לבטל

42 שו"ת הריב"ש, סי' קכח. בן אחיו של בעל הסחורה, שעבד עימו, מכר את הסחורה בהקפה וגרם עקב כך להפסד. הריב"ש פסק כי "בעניינים כאלו" יש ללכת לפי "מנהג הסוחרים", ולכן צריך לבדוק אם דרך הסוחרים למכור סחורות באשראי ("בהמתנה").

43 שם, סי' תעה.

44 משנה, בבא בתרא א, א.

45 בבבלי, שם ד, ע"א. לפי רש"י, שם, "הוצא ודפנא" אלו לולבי דקלים וענפי עץ ערמונים.

46 תוספות, שם ב, ע"א, ד"ה בגויל.

47 המונח "מנהג הדיוט" בדברי רבנו תם פירושו, בהתאם להקשר, מנהג גרוע או מנהג בלתי ראוי. כמה מן הראשונים שהביאו את דבריו כתבו במקום מונח זה מונחים דומים, וביניהם: "מנהג שטות" (אור זרוע, בבא בתרא, סי' ב; רא"ש, שם א, ה; מרדכי, שם, סי' תסד; ועוד); "מנהג טעות" (רשב"א, שם ב, ע"א, ד"ה איכא מרבנותא); "מנהג גרוע" (אגודה, בבא בתרא א, א). וראו עוד בעניין זה: רון ש' קליינמן "שיקול דעת שיפוטי הלכתי ביני ממונות: 'מנהג גרוע' כמקרה מבחן" ספר יעקב וינרוט (גרשון גונטובניק, אבי וינרוט וחיים זיכרמן עורכים, עתיד להתפרסם).

את תוקפו של המנהג בדיעבד, אך אינו דן בשאלה אם יש צורך לתת למנהג גיבוי מראש. אולם, דברים מפורשים בעניין זה הוא כותב במקום אחר.

בתשובה לר' יצחק הזקן מדמפייר, הר"י, דן רבנו תם באלמנה שאבד שטר כתובתה. לפי הדין היא זכאית רק ל"עיקר כתובה" ולא ל"תוספת"<sup>48</sup>. את הטענה כי אלמנה זכאית במקרה כזה ל"תוספת" מכוח ה"מנהג" שולל רבנו תם בחריפות:

וכל האומר אחר מנהג יש לי לילך – שוטה גמור הוא, אם לא קיימו בני העיר ביניהן [=תקנו תקנה] לומר: "כל הנושא בתולה יוסיף כך וכך, ולא למנהג כך וכך", ובחבר עיר, כדמוכחא שמעתא [=כמוכח מן הסוגיה] ד"רשאין בני העיר להסיע על קיצתן" [בבא בתרא ה, ע"ב].<sup>49</sup>

לדעת רבנו תם, אין תוקף למנהג בנושא תוספת כתובה אם לא תוקן הדבר כתקנת קהל. תשובה זו דומה לתשובת הרי"ף. כמו הרי"ף, כך גם רבנו תם אינו מנמק את הצורך שהמנהג יתוקן כתקנת קהל.<sup>50</sup> עם זאת, קרוב לוודאי שרבנו תם לא הכיר את תשובת הרי"ף.<sup>51</sup>

אפשר לבאר את תשובת רבנו תם בשני אופנים, כפי שהוצע לעיל בנוגע לתשובת הרי"ף: האחד, הצורך בתקנת קהל הוא נקודתי, בשל ספק שהיה בנוגע למנהג הנידון. ההסבר השני הוא כללי: אין תוקף למנהג ממון אם הוא לא נתקן כתקנת קהל.<sup>52</sup> בדרך

48 בבא מציעא יז, ע"ב-יח, ע"א; כתובות פט, ע"א.

49 תשובות מיימוניות, נשים, סימן יז. מקבילות: שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סי' רסח; שלטי הגיבורים על המרדכי, כתובות, פרק הכותב, אות צ. על משמעות הביטוי "חבר עיר" אצל רבנו תם, כולל בתשובה דנן, ראו: יחיאל ש' קפלן, "קבלת הכרעות בקהילה היהודית לדעת רבינו תם להלכה ולמעשה", ציון ס (תשנ"ה), עמ' 279-286. עוד על ביטוי זה, ראו: יצחק הנדלסמן, "השקפותיו של ראבי"ה על דרכי הנהגת הקהילות ומקומן בהתפתחות המחשבה הציבורית של חכמי אשכנז בימי הביניים", ציון מח, א (תשמ"ג), עמ' 21, 27-30; נעם זהר, "זכויות הפרט והמיעוט במסורת ההלכתית: מורשתו של רבנו תם", שנתון המשפט העברי כט (תשע"ו-תשע"ח), עמ' 69, 75-80.

50 השו"ע לעיל, ליד הערה 22.

51 פרו' רמי ריינר מסר לי, כי רבנו תם הזכיר את הרי"ף פעמים מעטות, בעיקר בהקשרים כלליים או כאשר מישוהו העביר לו מידע עליו, ובכל מקרה הוא לא ראה בו סמכות הלכתית. על השימוש המועט בהלכות הרי"ף בידי חכמי צרפת ואשכנז עד למחצית הראשונה של המאה הי"ג, ראו: ישראל מ' תא-שמע, "קליטתם של ספרי ר"ח, רי"ף ו'הלכות גדולות' בצרפת ואשכנז במאות הי"א-י"ב", קריית ספר נה (תש"ם), 191-201. וראו שם, עמ' 193, בנוגע לרבנו תם.

52 השו"ע לאמור לעיל, ליד הערה 27-26. בנוגע למנהגי ממון בספרות התלמודית רבנו תם יצטרך להסביר כמו הרי"ף והרמב"ן, ראו לעיל ליד הערה 29, 33.

השנייה הבינו את התשובה שני חכמים מן האימפריה העות'מאנית, שדבריהם יידונו להלן.<sup>53</sup> יצוין, כי ראשונים רבים אשר דנו בתוקף מנהגי ממון, הן באשכנז הן בספרד, פסקו כדברי רבנו תם שהובאו בתוספות, כי אין תוקף למנהג גרוע.<sup>54</sup> אולם, הם לא הזכירו את תשובתו הנ"ל.<sup>55</sup>

#### הרא"ש

בתשובות הרא"ש נראית סתירה בנידון. בתשובה אחת (כלל נה) דן הרא"ש בנושא ירושת הבעל את אשתו.<sup>56</sup> לפי דין תורה בעל יורש את אשתו. אולם, תקנת טוליטולה (טולדו) קבעה, כי במות האישה יחלוק בעלה בנכסיה עם ילדיהם, ואם מתה בלי ילדים יחלוק בנכסיה עם שאר יורשיה.<sup>57</sup> בניגוד לתקנה זו, היה המנהג בטוליטולה,

- 53 שו"ת המהרשד"ם, אבן העזר, סי' קכט, להלן ליד הערה 224; שו"ת תורת חיים (שו"ת מהרר"ש), ח"ב, סי' יט, להלן ליד הערה 147.
- 54 ראו למשל: רא"ש ורשב"א, לעיל הערה 47; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סי' רסח; נימוקי יוסף, בבא בתרא, ב, ע"א מדפי הרי"ף, ד"ה הוצא ודפנא; אגודה, לעיל הערה 47; מרדכי, להלן הערה 76; הגהות מיימוניות, להלן הערה 77; רבינו ירוחם, מישרים, נתיב כז, אות ג; שו"ת מהרי"ק, סי' ח; שו"ת מהר"ם מינץ, סי' סו (ד).
- 55 על איסוף תשובות רבנו תם ושימורן ראו: אברהם (רמי) ריינר, רבנו תם, סוף פרק יב, "מעין סיכום" (תודתי נתונה לידידי, פרופ' ריינר, על שאפשר לי לעיין בחיבורו בטרם ראה אור).
- 56 שו"ת הרא"ש, כלל נה, סי' י (מהד' מכון ירושלים, תשנ"ד). תשובה זו וגם זו שתידון אחריה נכתבו בספרד. בתשובה השלישית של הרא"ש לא צוין היכן נכתבה.
- 57 תקנת טוליטולה הובאה שם, סי' ה. על התקנות בעניין ירושת הבעל את אשתו, ובכלל זה "תקנת ההשבון" בנושא החזרת הנדוניה – כגון תקנות רבנו תם ותקנות קהילות שו"ם האשכנזיות, תקנת טוליטולה הספרדית ותקנת דמשק – נכתבו רבות בספרות השו"ת ובמחקר. ראו למשל: ידידיה כהן, "תקנות הקהל בירושת הבעל את אשתו", שנתון המשפט העברי 1-2 (תשל"ט-תש"ם), עמ' 133-175; שרגא אברמסון, "על תקנת טוליטולה (טולידו) בירושת הבעל את אשתו", ציון ס (תשנ"ה), עמ' 201-224 (תשנ"ה); אהרן שויקה, "הפולמוס על תקנת טוליטולה (טולדו) בירושת הבעל את אשתו", תרביץ סח (תשנ"ט), עמ' 87-127; לאה בורנשטיין-מקובצקי, "תקנות קושטא בירושה וביטויין בחיי החברה בתקופה העות'מאנית", חברה וקהילה, עמ' 3-23 (אברהם חיים עורך, תשנ"א); רות למדן, עם בפני עצמן, תל-אביב 1996, עמ' 181-185; יוסף ריבלין, הירושה והצוואה במשפט העברי, רמת-גן תשנ"ט, עמ' 102-96. וראו עוד להלן הערה 181; Avraham (Rami) Reiner, "Rabbenu Tam's Ordinance for the Return of the Dowry: Between Talmudic Exegesis and an Ordinance that Contradicts the Talmud", 33 Diné Israel, pp. 71\*-98\* (2019).

שאשה זכאית לצוות את מחצית נכסיה המגיעה ליורשיה למי שתרצה, ומקובל היה שהיא מצווה את מחצית נדונייתה לבעלה.

הרא"ש מתנגד בתוקף למנהג טוליטולה, כי הוא מסכל לדעתו את תכלית התקנה. הוא קובע, כי מנהג ממון שלא נקבע כ"תקנת בית דין" אינו יכול לבטל הלכה, אלא נחשב למנהג "טעות". ולכן, אין תוקף למנהג טוליטולה כי הוא מנוגד לדין, כלומר לתקנת טוליטולה.<sup>58</sup> הרא"ש אינו מתבסס על מקור תלמודי אלא על סברה: "דאי אפשר להוציא ממון אלא בתקנת בית דין". מניסוח דבריו משתמע, כי מדובר בקביעה כללית שאינה מצטמצמת לדיני ירושה בלבד. הרא"ש אינו מנמק את הצורך בתקנת בית דין, וגם אינו מסביר כיצד עמדה זו מתיישבת עם מקורות תנאיים ואמוראיים, שמהם משתמע כי יש תוקף גם למנהגי ממון שנוהג הציבור מעצמו, וכי אפשר להוציא ממון מכוחם.<sup>59</sup> במקום אחר באותו העניין כותב הרא"ש, כי גם מנהג שנקבע כתקנת קהל יכול לבטל הלכה.<sup>60</sup> לדעת הרא"ש אם כן, מנהג ממון אינו יכול לבטל הלכה, אלא אם כן נקבע כתקנת בית דין או כתקנת קהל.

לעומת זאת, בתשובה אחרת (כלל עט) פוסק הרא"ש, כי אף שלפי הדין זכאי הנושה לגבות ממיטלטלין שהלווה מכר או נתן במתנה, יש תוקף למנהג בספרד ולפיו הוא אינו רשאי לגבותם "מפני תקנת השוק", היינו כדי לאפשר מסחר תקין וכדי שאנשים לא יחששו לקנות מיטלטלין. בתשובה זו, בניגוד לקודמתה, הרא"ש אינו דורש שהמנהג יתוקן כתקנה.<sup>61</sup> גם בתשובה נוספת (כלל צז), אשר דנה במנהג ממון אחר, פוסק הרא"ש כי מנהג מבטל הלכה, ואינו מתנה זאת בכך שהמנהג תוקן כתקנה.<sup>62</sup>

58 שו"ת הרא"ש (לעיל הערה 56). המובא כאן משקף את עמדת הרא"ש בתשובה זו כפי שהובנה וצוטטה בשמו בדרך כלל על ידי הפוסקים שאחריו. לפי נוסח הדפוס ורוב כתבי היד של שו"ת הרא"ש, בהמשך התשובה מופיעה פסקה קצרה שבה חוזר בו הרא"ש מדבריו אלו. אולם, כפי שהוכיח שויקה, פסקה זו קרוב לוודאי לא יצאה מתחת ידי הרא"ש, והצדק עם גרסת כתבי היד האחרים ולפיהם פסקה זו איננה. ראו בעניין זה: אברמסון, שם; שויקה, שם; קליינמן, סיטומתא (לעיל הערה 9), עמ' 63–66.

59 הרא"ש יצטרך להסביר זאת כמו הרי"ף והרמב"ן, ראו לעיל ליד הערה 29, 33.

60 שו"ת הרא"ש, מהד' מכון ירושלים, סי' ט–ב, עמ' רלט, סוף ד"ה ומה שכתבת הראייה.

61 שו"ת הרא"ש, כלל עט, סי' ד. המונח "תקנת השוק" מקורו בבבא קמא קטו, ע"א, ומובנו תקינות המסחר בשוק. השימוש של הרא"ש במונח זה אינו מצביע על קיומה של "תקנה" כלשהי, אלא על הסיבה להיווצרות המנהג הנידון.

62 שו"ת הרא"ש, כלל צז, סי' א: "אם הוא מנהג בעיר שכל פרעון שאדם פורע לקניית בתיים כשנתן המעות ליד הסופר שבזה הוי פרעון, והסופר נתן לו השטר מיד אף על פי שעדיין לא



האחרונים עמדו על הסתירה שבין תשובות הרא"ש בכללים נה ו-עט, וכמה מן ההסברים שהציעו חכמי סלונקי ואסתאנבול כדי ליישבה יוזכרו בהמשך.<sup>63</sup> לפי אחד מהם, בכלל עט המנהג תקף כי הוא "מנהג חשוב", ויש בו "תקנת השוק", אבל בכלל נה המנהג נחשב בעיני הרא"ש "מנהג גרוע", כי הוא מפקיע את זכות הבעל לרשת את אשתו, ולכן הוא אינו תקף, אלא אם תוקן כתקנה על ידי בית דין.<sup>64</sup> אפשר להציע הסבר נוסף: לדעת הרא"ש, מנהג ממון יכול לשנות הלכה רק אם תוקן כתקנה, כפי שכתב בכלל נה. אולם, הוא סובר כרי"ף וכרמב"ן בתשובותיהם,<sup>65</sup> כי למנהג שכבר נוהג ולא ידוע כיצד התחיל יש תוקף, ולכן הוא פוסק בכללים עט ו-צז שיש תוקף למנהגים הנידונים שם. לעומת זאת, בכלל נה לא יכול היה הרא"ש להניח כי המנהג תוקן בעבר כתקנה, שכן לאור הנסיבות היה לו ברור מבחינה עובדתית, כפי שהוא אומר שם, כי המנהג הנידון נוצר בטעות, וכי אין מקורו בתקנת טוליטולה או בפרשנותה.

(ב) מנהג ממון צריך להיקבע על ידי חכמי המקום ("מנהג ותיקין") השיטה השנייה בקרב הראשונים שדורשים גיבוי למנהגי ממון כדי שיוכלו לבטל הלכה מופיעה לראשונה אצל ר' יצחק אור זרוע (וינה, בערך 1180–1250). הוא מסייג את כוח המנהג הממוני בהתבססו על סמך מסכת סופרים. לאחר שנזכרו במסכת סופרים כמה דעות בנוגע לזמני קריאת המגילות, נאמר: "ונהגו כן העם [כדעה האחרונה], שאין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג. וזה שאמרו 'מנהג מבטל הלכה' – מנהג וותיקין, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת."<sup>66</sup> ר"י אור זרוע דן במשנה שקבעה כי בענייני פועלים "הכל כמנהג המדינה". מסוגיות הבבלי והירושלמי שם וממקורות תלמודיים נוספים הוא מסיק, כי יש לפסוק לפי המנהג הממוני גם בניגוד לדין תורה, אולם הוא מסייג זאת:

בא המעות ליד המוכר – נמצא מנהג זה מבטל ההלכה מאחר שמנהג פשוט הוא בעיר". הרא"ש מסתמך על סוגיית סיטומתא (לעיל הערה 5).

63 שו"ת הרא"ם (ר' אליהו מזרחי), סי' טז, ראו להלן הערה 100 ו-104; שו"ת תורת חיים, לעיל הערה 53, ראו להלן הערה 145; שו"ת פרח מטה אהרן, אמשטרדם תס"ג, ח"א, סי' כא, ראו להלן ליד הערה 159.

64 שו"ת תורת חיים, שם.

65 לעיל, ליד הערה 22, 30.

66 מסכת סופרים יד, טז (מהד' היגער, 270–271).

מיהו [=אולם] נראה בעיני, וכגון שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום, כדאמ'ר] במסכת סופרים [...]: " [...] וזהו שאמרו 'מנהג מבטל הלכה' – מנהג וותיקין, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת". הא למדת, שאין מנהג חשוב אלא א"כ [=אם כן] הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור. (ההדגשות אינן במקור).<sup>67</sup>

כדי שמנהג ממון יוכל לבטל הלכה דורש ר"י אור זרוע, שהמנהג יהיה "קבוע על פי חכמי המקום" ושהם "הנהיגוהו". מהמילים "נראה בעיני" משתמע, כי מדובר בסברה שלו, וכי את מסכת סופרים הביא רק כחיזוק לסברתו. ר"י אור זרוע הוא הראשון שמבסס עמדה זו על מסכת סופרים. לא ברור מדבריו, אם "מנהג ותיקין" פירושו שחכמי המקום ייזמו את המנהג, יאשרו אותו, או שמא עליהם גם לתקן אותו כתקנה. גם פוסקים מאוחרים שהסתמכו על דברי האור זרוע לא ביארו תמיד את הביטוי "מנהג ותיקין", ויש אצלם ניסוחים שונים בעניין זה.<sup>68</sup>

אף על פי שהצורך ב"מנהג ותיקין" מופיע במסכת סופרים בנוגע למנהג שאינו ממוני, ר"י אור זרוע מסיק משם על דינם של מנהגי ממון. לדעתו, דברי מסכת סופרים נכונים ביחס לכל מנהג, ממוני ושאינו ממוני כאחד. ייתכן שהבנה זו נובעת גם מכך שהביטוי "מנהג מבטל הלכה", המופיע במסכת סופרים, נזכר במקורו בירושלמי בנוגע למנהגי ממון.<sup>69</sup>

ר"י אור זרוע אינו מנמק את שיטתו. נראה כי הצורך שמנהג ממון ייקבע על פי חכמי המקום נועד לשם פיקוח הלכתי על המנהג.<sup>70</sup> כך הבינו את שיטתו גם כמה ראשונים ואחרונים.<sup>71</sup> זאת, בדומה לדין התלמוד כי תנאי שמתנים ביניהם בעלי

67 אור זרוע, בבא מציעא, ס' רפ.

68 ראו למשל שו"ת הרא"ם (לעיל הערה 63): צריך שיהיה "מנהג חכמים וגדולים", ש"נקבע המנהג הזה על פי חכמים ותיקין"; שו"ת מהריב"ל, ח"א, ס' סו: המנהג "הוקבע ונתפשט ונתקן על ידי [...] גדולי הדור" ועל פיהם "נתייסד המנהג בכל הגלילות"; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, ס' שד: "צריך שהעדים יעידו שמנהג המקום מחכמי העיר ובתי דינם היה מעשה בא לדיהם ומכשירים שטר [ש]נעשה על ידי סופר ועדים גוים", בהתאם למנהג העיר.

69 ראו לעיל, ליד הערה 4.

70 ראו: אלון, המשפט העברי (לעיל הערה 9), עמ' 760–767, הכותב על "פיקוחם של חכמי ההלכה על המנהג". אולם, אלון לא קשר לכך את הצורך שמנהג ממון יתקן כתקנה, נושא שנידון על ידו שם, עמ' 716.

71 מרדכי, הגהות מיימוניות ורא"ם, ראו להלן ליד הערה 78 ובהערה הנ"ל. להסבר אחר לשיטת האור זרוע ראו פינדלינג, לעיל הערה 10, עמ' יח.

מקצוע דורש אישור של תלמיד חכם ("אדם חשוב") שחי בעיר.<sup>72</sup> לדעת רוב הפוסקים, זהו הדין גם בנוגע לתקנות קהל.<sup>73</sup> בכל המקרים הללו הנורמות נוצרות על ידי הציבור ולא על ידי חכמי ההלכה, ולכן נחוץ פיקוח של חכמי ההלכה עליהן. יצוין, כי במקום אחר חולק בעל האור זרוע על דעת רבנו תם, כי למנהג גרוע אין תוקף. הוא אומר, כי אינו מכיר מנהג ממון שאין לסמוך עליו, ומוסיף: "ונראה בעיני דאפי' [לן] פחות מיכן [=מחיצה רעועה יותר מהוצא ודפנא] הוי מנהג [תקף], דהולכין בממון אחר המנהג".<sup>74</sup> עם זאת, הוא אינו קושר בין דבריו אלו לבין שיטתו העקרונית בנוגע לצורך ב"מנהג ותיקין".<sup>75</sup>

המרדכי מצטט את האור זרוע ומוסיף, כי יש "מנהגים גרועים" שאין ללכת אחריהם כפי שפסק רבנו תם שאין תוקף הלכתי ל"מנהג הדיוט".<sup>76</sup> גם גיסו, ר' מאיר הכהן מרוטנבורג, משווה בין דברי מסכת סופרים, שעליהם הסתמך ר"י אור זרוע, לבין דברי רבנו תם הללו.<sup>77</sup> שניהם היו תלמידי המהר"ם מרוטנבורג, תלמידו של בעל האור זרוע. ההשוואה שערכו השניים מלמדת, כי לדעתם הצורך ב"מנהג ותיקין" נועד כדי שחכמים יפקחו על מנהגי ממון ויבדקו, כי מדובר במנהגים ראויים ולא ב"מנהגים גרועים".<sup>78</sup>

ר' ישראל איסרליין (אשכנז, 1390–1460) בתשובה מסייג את דברי האור זרוע, שמנהג ממון צריך להיות "מנהג ותיקין", ואת דברי רבנו תם, שאין תוקף ל"מנהג שטות", היינו מנהג גרוע. לדבריו, ב"כל דבר שרבים מצורפים יחד" – כגון בענייני מיסים, בצורכי חמרים וספנים ההולכים בשיירה וכדומה – יש תוקף למנהג גם אם הוא לא נקבע על ידי חכמים וגם אם הוא "מנהג שטות". נימוקו: אם נדרוש מאנשים בעניינים כאלו ללכת לפי דין תורה "לעולם תהא מריבה ביניהם", ולכן כל אחד מוחל

72 בבא בתרא ט, א.

73 ראו: שוחטמן, "הכרת ההלכה" (לעיל הערה 9), עמ' 480. על כך ש"אדם חשוב" הוא תלמיד חכם ראו שם, עמ' 477.

74 אור זרוע, בבא בתרא, סי' ב–ג. כחיווק לקביעה שיש ללכת בממון אחרי המנהג הוא מפנה לדבריו באור זרוע, בבא מציעא, סי' שסג (על הסוגיה שם, קי, ע"א), ובאור זרוע (לעיל הערה 67).

75 על היחס שבין דברי האור זרוע במסכת בבא בתרא לבין דבריו במסכת בבא מציעא ראו קליינמן, "שיקול דעת שיפוטי" (לעיל הערה 47).

76 מרדכי, ב"מ שסו. דברי רבנו תם צוטטו לעיל, ליד הערה 46.

77 הגהות מיימוניות, שכירות ט, ב. הוא הפנה לדבריו בהלכות שכנים ב, טו, שם הביא את דברי רבנו תם הנ"ל.

78 כך הבין את המרדכי גם בשו"ת רא"ם, ראו להלן ליד הערה 103.

מראש על זכותו לפי דין תורה ומקבל על עצמו לפעול לפי המנהג. לעומת זאת, בעניינים שבהם "אין רבים מצנן רפים יחד", כגון חלוקת חצר בין שותפים ושכירות פועלים, צריך המנהג להיקבע על פי חכמים ושתהיה לו ראייה מן התורה, כדברי האור זרוע.<sup>79</sup>

בתשובותיו של ר' יוסף קולון, המהרי"ק (איטליה, 1420 לערך-1480), יש סתירה בנידוננו. בתשובה אחת הוא פוסק, כי מנהג ממון יכול לבטל הלכה גם בלי שהוא נקבע על ידי "חכמי המקום", וכי דברי המרדכי בשם האור זרוע שדרוש "מנהג ותיקין" נאמרו רק בנוגע למנהג שאינו ממוני.<sup>80</sup> גם בתשובות נוספות הוא פוסק שמנהג ממון מבטל הלכה, ואינו דורש גיבוי למנהג.<sup>81</sup> לעומת זאת, בתשובה אחרת מסיק המהרי"ק מן המרדכי מסקנה הפוכה, ולפיה גם בענייני ממון מנהג מבטל הלכה רק אם הוא "מנהג קבוע על פי וותיקים".<sup>82</sup> כמה מן האחרונים באימפריה העות'מאנית העירו על סתירה זו,<sup>83</sup> ואין בידי לעת עתה ליישבה.<sup>84</sup>

- 79 שו"ת תרומת הדשן, סי' שמב. על תשובה זו ראו עוד קליינמן, "שיקול דעת שיפוטי" (לעיל הערה 47).
- 80 שו"ת מהרי"ק, שורש ט. הסבר זה קשה, שכן כמו ר"י אור זרוע גם המרדכי מדבר על מנהגי פועלים. וראו עוד להלן ליד הערה 177.
- 81 שם, שורשים יט, סה, פא, קב.
- 82 שם, שורש ח. גם בשורש קסא כותב המהרי"ק, בהסתמך על המרדכי בשם אור זרוע, שמנהג מבטל הלכה רק אם הוא "קבוע על פי חכמי המקום". הנידון שם הוא מנהג, המנוגד לדין התלמוד, שהמקדיש מנורות לבית הכנסת יכול למוכרם לאחר זמן, והמהרשד"ם (להלן הערה 224) מביא מן התשובות שם ובשורש ח ראייה לצורך של מנהגי ממון ב"מנהג ותיקין". אולם, ספק אם אכן אפשר להביא ראייה משם לנידוננו. ראשית, הרמ"א הבין שהמהרי"ק אומנם החשיב מנהג זה למנהג ממוני, אך סבור שבסיוס תשובתו המהרי"ק חזר בו ופסק כי די שהמנהג יהיה "קבוע", ואין צורך שיעשה על פי חכמי המקום. שנית, מדברי המהרי"ק משתמע כי הוא ראה במנהג זה עניין של איסור ולא ממון, וכך הבין דבריו גם בספר משא מלך, שאלוניקי שס"א, נעילת שערים, מנהגי ממון, דף ס ע"ב (מהד' י"ש שפיגל, ירושלים תשמ"ט, עמ' ריח). וראו עוד בעניין זה: קליינמן, סיטומתא (לעיל הערה 2), עמ' 85, הערה 356.
- 83 ראו: שו"ת המהריב"ל, ח"א, סי' סד (יידון להלן ליד הערה 121); שו"ת תורת חיים, לעיל הערה 53 (יידון להלן ליד הערה 140); משא מלך, שם, דף ס ע"ג (מהד' שפיגל, עמ' ריח), ובתשובתו, שו"ת ר' יוסף בן עזרא, סי' ל (יידון להלן ליד הערה 137).
- 84 סתירה זו הביאה לביסוס שתי עמדות מנוגדות אצל חכמי סלוניקי ואסתאנבול על סמך תשובות המהרי"ק. ראו להלן הערה 297.

## 2. מנהגי ממון אינם זקוקים לגיבוי כדי לבטל הלכה

בניגוד לדעות שנזכרו לעיל, כמה מראשוני ספרד פסקו, כפי שעולה מן הספרות התלמודית, כי מנהגי ממון אינם זקוקים לגיבוי כלשהו כדי לבטל הלכה. כך למשל קובע הרמב"ם במקומות רבים בחיבורו, כי בענייני ממון יש לפסוק לפי המנהג גם בניגוד לדין,<sup>85</sup> והוא דורש רק שהמנהג יהיה "פשוט [=נפוץ] בכל המדינה".<sup>86</sup> נימוקו לתוקף המנהג הוא: "שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך".<sup>87</sup> כלומר, המנהג הוא תנאי מכללל בעסקה.

מאותו הנימוק פוסק גם הרשב"א בחידושיו ובתשובותיו, על סמך סוגיות סיטומתא ודורשין לשון הדיוט שבבבלי,<sup>88</sup> כי מנהג ממון שהתפשט מבטל הלכה גם אם לא נקבע כתקנה.<sup>89</sup> גם תלמידו, ר' משה חלאווה, פוסק בתשובה על סמך סוגיות דורשין לשון הדיוט, כי מנהג ממון מבטל הלכה ואינו דורש כל גיבוי למנהג.<sup>90</sup> עמדה דומה מצאנו גם אצל אחד מחכמי אשכנז, ר' אביגדור כ"ץ (מאות 12–13), מבעלי התוספות.<sup>91</sup> הוא פוסק כי יש תוקף למנהג בענייני מיסים המנוגד לדין התלמוד, ומוסיף: "ולא מנהג חכמים בלבד, אלא אפילו מנהג חמרים – יש לו לסמוך עליו".<sup>92</sup> כלומר, המנהג אינו דורש גיבוי של חכמים. ר' אביגדור מסתמך על דברי

85 רמב"ם, מכירה ז, ו; טו, ה; יז, ו; שם כו, ז–ח: "וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג"; שם, כז, יא; כח, טו; שלוחין ושותפין ה, א; שכירות ט, א; שכנים ב, טו–יח; גנבה ו, ח; אישות כג, יב (מנהגים בנוגע לנדוניה); ועוד.

86 רמב"ם, אישות, שם.

87 רמב"ם, מכירה טו, ה.

88 ראו לעיל, ליד הערה 5, 8.

89 רשב"א, בבא מציעא עד, ע"א (מהדורת ר"א ליכטנשטיין, תשס"ו): "ושמענין מינה [מסוגיית סיטומתא] שהמנהג מבטל ההלכה. וכל כיוצא בזה, שכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין [...] (הובא בשמו גם במגיד משנה, מכירה ז, ו); רשב"א (לעיל הערה 28); שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח: "דמאחר שפשט הענין כן ביניהם, כל העושה שם סתם, אל דרך [=על דעת] המנהג הפושט הוא עושה"; שו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' יד. על שיטת הרשב"א בתשובותיו האחרות ראו: קליינמן, "שו"ת הרשב"א" (לעיל הערה 9); קליינמן, "באיו מידה" (לעיל הערה 9).

90 תשובתו הובאה אצל המהריב"ל, להלן הערה 117, ונדפסה משם בשו"ת מהר"ם חלאווה, סי' קנא (מהד' הרש"ר, תשמ"ז). הוא פוסק, כי אם יש מנהג שאישה אינה יכולה לגבות חלק מרכיבי הכתובה "המנהג מבטל הלכה".

91 ראו עליו: שמחה עמנואל, שברי לוחות, ירושלים תשס"ז, עמ' 175–181.

92 מרדכי, בבא בתרא, תעז.

הירושלמי "מנהג מבטל הלכה", על הסוגיה המקבילה בבבלי ועל ברייתות בבבלי בעניין מנהגי חמרים וספנים ובעניין תקנות בני העיר.<sup>93</sup>

### 3. סיכום והסברים אפשריים לתמורות בתקופת הראשונים

בספרות התלמודית ואצל הגאונים יכולתו של מנהג ממון לבטל הלכה אינה מותנית בגיבוי כלשהו. אולם, בתקופת הראשונים הופיעו לראשונה גם עמדות אחרות והיו שתיים שמנוגדות בנושא דנן. כמה מראשוני ספרד (רמב"ם, רשב"א, מהר"ם חלוואה) ואשכנז (ר' אביגדור כ"ץ) פסקו, כי מנהג ממון אינו זקוק לכל גיבוי כדי לבטל הלכה. נימוקם: הצדדים מתקשרים ביניהם על דעת המנהג. לעומתם, ראשונים רבים סברו כי מנהג ממון זקוק לגיבוי כדי לבטל הלכה, ואפשר לחלק את דבריהם לשתי שיטות עיקריות.

לפי השיטה הראשונה, כדי לבטל הלכה מנהג ממון צריך להיקבע כתקנת קהל או כתקנת בית דין. שיטה זו נראית כעומדת בסתירה לאמור בספרות התלמודית ולעיל הוצע הסבר כדי ליישב סתירה זו. הראשון שקבע כי מנהג ממון צריך להיקבע כתקנת קהל היה הרי"ף בתשובה, וכך פסק גם רבנו תם בתשובה. הרי"ף הוסיף, כי מנהג שכבר נוהג אפשר להעמידו על חזקתו שתוקן כתקנת קהל. כמה מחכמי ספרד פסקו בעקבות תשובת הרי"ף – במדויק (רמב"ן) או בשינויים (ריטב"א, ריב"ש). הרי"ף ורבנו תם לא נימקו את עמדתם ולא הביאו לה כל מקור. את התשובות של הרי"ף ורבנו תם אפשר לבאר הן באופן נקודתי, כמתייחסות למנהג ממוני מסוים, הן באופן כללי, ופוסקים מאוחרים הבינו אותן בדרך השנייה.

הרא"ש בתשובה פסק אף הוא, כי מנהגי ממון יכולים לבטל הלכה רק אם הם נקבעו כתקנת קהל או כתקנת בית דין. לעומת זאת, בשתי תשובות אחרות לא דרש הרא"ש שמנהגי ממון יתוקנו כתקנה. האחרונים הציעו כמה הסברים כדי ליישב סתירה זו, ולעיל הוצע הסבר נוסף.

לפי השיטה השנייה, כדי לבטל הלכה מנהג ממון צריך להיקבע על ידי חכמי המקום. כך פסק לראשונה ר"י אור זרוע, כנראה מסברה. הוא התבסס גם על מסכת סופרים, הקובעת כי הכלל "מנהג מבטל הלכה" נאמר רק על "מנהג ותיקין", כלומר מנהג של חכמים. אף ששם דובר על מנהג שאינו ממוני, בעל האור זרוע הבין שדין זה יפה גם בנוגע למנהגי ממון. לא ברור, אם כוונתו הייתה שחכמים ייזמו את המנהג,

93 ירושלמי (לעיל הערה 4); בבלי, בבא מציעא (לעיל הערה 6); ברייתות, בבא קמא (לעיל הערה 3), ובבא בתרא ח, ע"ב. על משמעות הסתמכותו על הברייתא בבבא בתרא, שם, ראו: קליינמן, סיטומתא (לעיל הערה 9), עמ' 312.

יאשרו אותו או שעליהם גם לתקנו כתקנה. כמה מחכמי אשכנז פסקו כאור זרוע (מרדכי, הגהות מיימוניות) ואחד מהם סייג את דבריו (תרומת הדשן).

השיטה הראשונה מצמצמת, אם כן, את מוסד ה"מנהג" ומכלילה אותו למעשה במוסד אחר, ה"תקנה" – של בית הדין או של הקהל. לעומתה, השיטה השנייה מקבלת את מוסד ה"מנהג", אבל דורשת פיקוח של חכמי ההלכה עליו, מעין ביקורת שיפוטית של ימינו, בין אם מראש ובין אם לאחר מעשה.

הוצע כי הצורך ב"מנהג ותיקין" נועד לשם פיקוח של חכמי ההלכה על מנהגי ממון, כפי שנקבע בתלמוד, כי תקנות דורשות אישור של תלמיד חכם ("אדם חשוב").

בשני המקרים נוצרות הנורמות על ידי הציבור, ולכן דרוש פיקוח של חכמים עליהן.

את השיטות של הראשונים הדורשים גיבוי למנהגי ממון אפשר להציג גם כשתי קטגוריות אחרות: האחת, גיבוי של המנהג על ידי הציבור – באמצעות תקנת קהל. והשנייה, גיבוי של המנהג על ידי חכמי ההלכה – באמצעות חכמי המקום או תקנת בית דין. תקנת קהל נעשית כאמור בהתייעצות עם תלמיד חכם, ואם כך גם העמדה הדורשת גיבוי של מנהגי ממון באמצעות תקנת קהל מביאה לפיקוח של חכמי ההלכה על המנהג.

אומנם, היו מסורות פסיקה בנידוננו: כמה מחכמי ספרד הלכו בעקבות תשובת הרי"ף, וכמה מחכמי אשכנז אימצו את עמדת ר"י אור זרוע. עם זאת, לא נמצא קשר הכרחי בין המרחב הגיאוגרפי של הראשונים לבין עמדותיהם בסוגיה דנן. שכן, הן העמדה שמנהג ממון אינו צריך גיבוי הן העמדה שהוא צריך להיקבע כתקנת קהל מופיעות בספרד ובאשכנז כאחד.

אין בידי תשובה ברורה לשאלה, מדוע בספרות התלמודית לא הוגבל כוחם של מנהגי ממון לבטל הלכה, ומה גרם לשינוי בנושא זה אצל חלק מן הראשונים, ואפשר רק לנסות ולשער. ייתכן כי בתקופת המשנה והתלמוד היה למנהגי ממון מקום מצומצם באופן יחסי בחיי המסחר בהשוואה למקום שהיה לחוק, ומשום כך לא התעורר הצורך להגביל את כוחם. לעומת זאת, בימי הביניים, שבהם חיו הראשונים, ההתפתחויות הכלכליות גרמו ליצירת מנהגים רבים, והמשפט היה מבוסס במידה רבה על מנהגים.<sup>94</sup>

כיוון שמנהג, בניגוד לחוק או לתקנה, נוצר באופן ספונטני, גדל החשש להיווצרות מנהגים שאינם ראויים.<sup>95</sup> ייתכן שזו הסיבה לכך, שרק בתקופה זו צמחו

94 ראו: שמואל שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים תשל"ה, עמ' 185–186.

95 השו"ת לדברי אלון, המשפט העברי (לעיל הערה 9), עמ' 760, וראו לעיל הערה 70.

הדעות שיש להגביל את כוחם של מנהגי ממון לבטל הלכה, וכי יש לפקח עליהם על ידי חכמי ההלכה (חכמי המקום או תקנת בית דין) או על ידי נציגי הקהל (תקנת קהל). זאת ועוד, רבים מן הראשונים הגבילו גם את כוחם של תקנות קהל ולעיתים אף ביטלו תקנות שלא היו ראויות בעיניהם.<sup>96</sup> תופעה זו מעידה על הצורך שהם חשו לפקח על נורמות שיוצר הציבור, וייתכן כי חלק מן הראשונים חש צורך דומה גם בנוגע למנהגי ממון, שאף אותם יוצר הציבור. כפי שתקנת קהל נתקנת על ידי נציגי הקהל באישור של חכמי ההלכה, כך פסקו חלק מן הראשונים כי גם מנהג ממון צריך להיקבע כתקנת קהל, ואילו ראשונים אחרים פסקו כי מנהג ממון צריך להיקבע על ידי חכמי ההלכה – חכמי המקום או תקנת בית דין.

לסיכום, העמדה כי מנהגי ממון צריכים גיבוי כדי שיוכלו לבטל הלכה הופיעה לראשונה בתקופת הראשונים הן בספרד (רי"ף, רמב"ן) הן באשכנז (רבנו תם, אור זרוע). רוב הראשונים שפסקו כך לא התבססו על מקור תלמודי אלא על סברא, ואילו ר"י אור זרוע ביסס עמדה זו, לצד סברא, גם על מסכת סופרים.

## ב. חכמי סלוניקי ואסתאנבול שפסקו כי מנהגי ממון זקוקים לגיבוי כדי לבטל הלכה

ר' אליהו מזרחי (רא"ם)

ר' אליהו מזרחי (אסתאנבול, 1450 בערך-1526)<sup>97</sup> נשאל אודות מנהג, המנוגד להלכה, להחזיר ליורשי הכלה את המתנות שהעניקו הוריה לחתן לאחר האירוסין או את מחציתן, אם מתה הכלה לאחר נישואיה ללא זרע.<sup>98</sup> בתחילת התשובה קובע הרא"ם, תוך שהוא מאבחן בין תוקף מנהגים בממונות ובאיסורים, כי אם המנהג הנידון ברור ורווח ("ברורה ופשוטא") אצל כל בני העיר – אזי "אנן סהדי [=אנו

96 ראו: אלון, המשפט העברי (לעיל הערה 9), עמ' 614–630.

97 משפחתו הייתה ממוצא רומניוטי, היינו מהקהילה המקומית, דוברת היוונית, שהתקיימה שם מאז התקופה הביזנטית. פסקיו התקבלו על הקהילה הרומניוטית ועל הקהילה הספרדית גם יחד מכוח אישיותו. ראו עליו: Jehosua Friedmann, elijah Mizrahi: The Man and The Period (Ph.D. Thesis, Yeshiva University, 1974) (בעברית); יעקב הברמן, "מזרחי, ר' אליהו", האנציקלופדיה העברית כרך מילואים ב, ירושלים תשמ"ג, 757–758; יוסף הקר, "הרבנות הראשית" באימפריה העות'מאנית במאות ה"ט" והט"ז, ציון מט (תשמ"ד), עמ' 225–263, במיוחד עמ' 251 ואילך; הקר, החברה היהודית בסלוניקי (לעיל הערה 11), עמ' 114–118; שלמה יעקובוביטש, "ספר שאלות ותשובות לרבינו אליה מזרחי", מוריה ח, גל' ח – ט (תשל"ט), עמ' עח–פא; שמואל גליק, קונטרס התשובות החדש ב, עמ' 592, ג, עמ' 1412, בערכים "מים עמוקים", "תשובות שאלות ר' אליה מזרחי", רמת-גן תשס"ז.

98 שו"ת הרא"ם (לעיל הערה 63).



עדים], "היינו יש אומדנה, כי החתן קיבל את המתנות על דעת המנהג, וכאילו התנהג הוא עצמו בפירוש על הדבר וצריך לקיים תנאו, ולא מכח המנהג שנהגו אחרים."<sup>99</sup> ואף שכעת החתן "צוח ואמר לא נתכונתי לכך [...], אגן סהדי" שאכן פעל על דעת המנהג וכעת חזר בו.

לעומת זאת, אם אין המנהג הנזכר נוהג אצל כל בני העיר ויש מיעוט הנוהג אחרת, אין לו תוקף ללא שהצדדים התנו שיחול. שכן, ייתכן שהחתן לא שמע על המנהג או ששמע עליו אך לא רצה לנהוג על פיו אלא לפי מנהג מיעוט בני העיר, וכיוון שזה ספק אי אפשר להוציא ממנו ממון מספק. אומנם, הוסיף הרא"ם, בדרך כלל איננו חוששים למיעוט, אולם כאן המצב שונה, כי החתן טוען במפורש כי פעל לפי מנהג המיעוט. היות שהמנהג הנידון אינו ידוע לכול, והצדדים לא התנו שיחול, אין לו תוקף והחתן זכה במתנות בהתאם לדין. את העמדה שתוקף מנהג ממון תלוי בהתפשטותו ביסס הרא"ם על הרמב"ם, ובהתאם לעמדה זו יישב גם את הסתירה בתשובות הרא"ש.<sup>100</sup>

הרא"ם מבהיר, כי המנהג צריך להתפשט בכל העיר, וכי לא די שהתפשט בקהילתו של החתן בלבד. שכן, היות ש"נתערבו כל הקהלות בעיר אחת, כבר נתבטל כל המנהג דכל קהלה וקהלה לגמרי". תיאור זה של כמה "קהילות בעיר אחת" משקף את המציאות שאפיינה קהילות יהודיות באסתאנבול ובערים נוספות באימפריה העות'מאנית במאה השש-עשרה.<sup>101</sup>

אולם, בהמשך מביא הרא"ם את דברי המרדכי בשם אור זרוע ואת דברי הגהות מיימוניות, כי מנהג ממון צריך להיות "מנהג ותיקין".<sup>102</sup> מכך שהמרדכי צירף לדברי האור זרוע את דברי רבנו תם, שיש מנהגים גרועים שאין לסמוך עליהם, מסיק הרא"ם כי הצורך ב"מנהג ותיקין" נעוץ בכך, שרק חכמים "בקיאים בכל מילי וידעי [=בכל

99 "שהרי אין כח המנהג יכול להתפשט גבי ממונא על מי שאינו רוצה להתנהג באותו מנהג, עד שנוציא ממון מיד המחזיק בו בעל כרחו על פי המנהג, כמו שהוא מתפשט גבי איסורא, שחל עליו בעל כרחו ומפרישין אותו מאותו דבר שהוא הפך המנהג כדי להתנהג על פי המנהג" (שם).

100 רמב"ם, אישות (לעיל, הערה 85). את הסתירה בתשובות הרא"ש (ראו לעיל, ליד הערה 56–61) הוא מיישב כך: בשו"ת הרא"ש, כלל עט, סי' ד, מדובר על מנהג שלא סותר הלכה ולכן הוא תקף גם בלי שתוקן כתקנה. אולם, בשו"ת הרא"ש, כלל נה, סי' י, מדובר על מנהג שסותר הלכה (תקנת טוליטולה) ולכן נחשב ל"מנהג של טעות" שאין לו תוקף אם לא תוקן כתקנה.

101 ראו לעיל, ליד הערה 18. השאלה התעוררה ככל הנראה באסתאנבול, עירו של הרא"ם, שכן הוא כותב כי התבקש "לחוור הדברים מפני שיש קצת מחכמי העיר שמגמגמים בדבר".

102 מרדכי, לעיל הערה 76; הגהות מיימוניות, שכירות (לעיל הערה 77).

דבר ויודעים] לעמוד בכל פעם על העיקר ובאומד כל דבר". כלומר, חכמי ההלכה מבקרים ומאשרים כי המנהג אכן ראוי ואינו מנהג גרוע.<sup>103</sup>

הרא"ם מנסה "להדחק בכל עוז" כדי ליישב את פסקי הרמב"ם עם העמדה האחרונה, ומציע יישוב אחר לסתירה בתשובות הרא"ש בהתאם לה.<sup>104</sup> הוא מקשה על עמדה זו, שכן מכמה מקורות יש לדעתו ראייה לכך שאין צורך ב"מנהג ותיקין". המקור הראשון הוא סוגיית הבבלי, שהסבירה כי הברייתא שהעניקה תוקף לתנאי בני העיר ("ורשאיך בני העיר להתנות על המדות [...] ולהסיע על קיצתך") עוסקת בעיר שאין בה "אדם חשוב", כלומר תלמיד חכם. לדעת הרא"ם, מסוגיה זו מוכח כי בעיר כזו יש בכוחם של בני העיר וגם של בני אומנות "לאתנויי ולקבוע מנהגא [=להתנות ולקבוע מנהג] [...] בלא שום חכם".<sup>105</sup> המקורות הנוספים הם: הברייתות המכירות בתוקף מנהגי חמרים וספנים<sup>106</sup> ודברי ר' אביגדור כ"ץ שיש תוקף למנהגי מסים.<sup>107</sup> תשובת הרא"ם לקושיה זו היא, כי בעניינים שמשותפים בהם כל בני העיר או כל בעלי האומנות יש תוקף למנהגיהם גם אם לא נקבעו על ידי חכמים, כי אם לא נעניק למנהגים אלו תוקף ייגרם לנוהגים בהם הפסד. הוא מצייך שכך פסק גם בשו"ת תרומת הדשן.<sup>108</sup>

- 103 כך מבין הרא"ם גם את דברי הרא"ש, בבא בתרא א, א, שפסק אף הוא כי אין תוקף ל"מנהג גרוע".
- 104 הסברו השני לסתירה: הרא"ש דורש "מנהג ותיקין" והמנהג בכלל נה שסותר את תקנת טוליסולה ודאי לא נקבע על ידי חכמים. אולם, בתשובה בכלל עט דובר במנהג שנחוק ל"תקנת השוק", ולכן יש "אומדנא דמוכחא" שהוא נקבע על ידי "חכמים וגדולים". דברי רא"ם אלו מעלים שאלה מעניינת לגבי ההיבט הראייתי של נידוננו: על בסיס מה אפשר לקבוע כי המנהג נקבע בעבר על ידי חכמי הלכה? מדבריו כאן עולה, כי אין הכרח לדעת זאת בוודאות וכי אפשר להסתפק באומדנה שכך היה. אומדנה דומה מצויה גם אצל מהריב"ל, להלן הערה 119, ובעבותיו אצל ר"א פרחיה, להלן ליד הערה 161. יצוין כי גם הרא"ש בתשובה, לעיל הערה 61, הסיק מהנסיבות ש"אומדנא דמוכח הוא שפשט המנהג". אולם, האומדנה של הרא"ם והמהריב"ל היא על כך שהמנהג נקבע על ידי "ותיקין" ולא על כך שהוא התפשט.
- 105 ברייתא, בבא בתרא ח, ע"ב, על פי ההסבר בבבלי, שם ט, ע"א. בשו"ת מהרח"ש, לעיל הערה 83, דחה בצדק את ראיית הרא"ם באומרו, שהברייתא אינה מדברת על מנהג, אלא על תקנת בני העיר שנעשתה מדעת טובי העיר.
- 106 לעיל הערה 3.
- 107 לעיל ליד הערה 92.
- 108 שו"ת תרומת הדשן (לעיל הערה 79). לדעת הרא"ם, בני העיר והאומנות הם "כמו שותפים", ומצאנו שחכמים תיקנו לשותפים דין מיוחד, שיוכלו להשביע זה את זה גם בטענת שמא, כדי למנוע מהם הפסד.

בסיום דיונו הארוך פוסק הרא"ם, כי גם אם הרמב"ם אכן חולק על יתר הראשונים וסובר כי אין צורך בשום מקרה ב"מנהג ותיקין", היות שיש מחלוקת פוסקים אם צריך "מנהג ותיקין" רשאי המוחזק, כבכל מקרה של ספק הלכתי, לטעון "קיים לי", היינו מוחזק בידי כי הדין הוא כפוסק המכריע לטובתי.<sup>109</sup> החתן, שהוא המוחזק, רשאי אפוא לטעון "קיים לי" כדעה הדורשת "מנהג ותיקין", ולכן אי אפשר להוציא ממנו ממון על סמך המנהג הנידון שאינו כזה.<sup>110</sup>

ר' יוסף בן לב (מהריב"ל)

ר' יוסף בן לב, המהריב"ל (סלוניקי-אסתאנבול, 1500–1586),<sup>111</sup> מתייחס לתוקף מנהגי ממון בכמה מתשובותיו. באחת מהן הוא נשאל, אם יש תוקף למנהג בקושטא, שמי שמוכר לגוי נדל"ן מסוג "מולקי [=מלפ]" נשאר בידו זכות ה"חזקה" – היינו, הזכות להתגורר בנכס בלי שיהודי אחר יוכל להציע לגוי דמי שכירות גבוהים יותר – אף על פי שהדבר לא נכלל בתקנות ("הסכמות החזקות").<sup>112</sup> וזאת, בניגוד להלכה שקובעת כי אדם שמוכר את חצרו או את ביתו אין לו עוד כל זכות בהם.

בתחילה מביא המהריב"ל את תשובת הרא"ש, כי אין בכוח מנהג לבטל הלכה אם לא נתקן כתקנה, ונשאר בצריך עיון על דבריו. בהמשך קובע מהריב"ל, על סמך סוגיית סיטומתא, כי כל מנהג שלא התפשט בטעות תקף.<sup>113</sup> אולם, מיד אחר כך הוא מצטט את תשובת הריב"ש, כי "אפשר" שמנהג מבטל הלכה רק אם תוקן כתקנה על ידי בני העיר, פרט לשלושה תחומים שבהם תקף גם "מנהג תם": דרכי קניית

109 "קיים לי" – מילולית: "עומד לי [הטעון כי]". אין כאן המקום להרחיב בנוגע לבעייתיות שיש בטענה זו ולפסיקה בנוגע אליה.

110 מדברי הרא"ם משתמע, אף על פי שאין זה מפורש בדבריו, כי בנוגע לעניין שמשתתפים בו רבים הוא מכריע באופן ודאי שאין צורך במנהג ותיקין, אולם בעניין שאינו כזה, כנידון בתשובתו, הוא נותר בספק מחמת מחלוקת הפוסקים, ולכן פוסק כי אי אפשר להוציא ממון מן המוחזק.

111 כיהן תחילה כדיון בסלוניקי ולאחר מכן כראש ישיבה שייסדה בעבורו דונה גרציה מנדס באסתאנבול. ראו עליו: גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ב, עמ' 547.

112 שו"ת המהריב"ל, ח"ב, סי' פ. על ההסכמות בענייני החזקות שנעשו באסתאנבול, בסלוניקי ובערים אחרות באימפריה העות'מאנית ראו: מיכאל מולכו, "תקנת חזקת בתים, הצרות והנויות בשאלוניקי", סיני כח (תשי"א), עמ' רצו–שיד; הקר, החברה היהודית בסלוניקי (לעיל הערה 11), נספח כ, עמ' צב–קה; מאיר בניהו, "הסכמות 'חזקת החצרות, הבתים והחנויות' בשאלוניקי ופסקיהם של רבי יוסף טאיטאצאק וחכמי דורו", מיכאל ט (תשמ"ה), עמ' נה–מו. וראו להלן, ליד הערה 151.

113 שו"ת הרא"ש (לעיל הערה 56); סוגיית סיטומתא (לעיל הערה 5).

סחורה, שכירות פועלים ונדוניה ותנאיה.<sup>114</sup> המהריב"ל פוסק כדברי ריב"ש אלו. לדבריו, המנהג הנידון אינו משתייך לאחד משלושת התחומים שמונה הריב"ש, ולכן צריך שיתוקן כתקנה. כיוון שלא ידוע אם מנהג זה, המנוגד להלכה, אכן נתקן בעבר עם יתר ה"הסכמות", אין לתת לו תוקף בניגוד להלכה.<sup>115</sup> גם בשתי תשובות נוספות פוסק המהריב"ל כדעת הריב"ש.<sup>116</sup>

בתשובה אחרת דן המהריב"ל בשאלה, האם יש תוקף למנהג שנהוג "בכל הגלילות האלו", המנוגד להלכה, שאלמנה אינה גובה את עיקר כתובתה (מנה או מאתיים זוז) אלא רק נדוניה ותוספת.<sup>117</sup> הוא מביא את הסתירה בתשובות הרא"ש בשאלת תוקף מנהג ממון לבטל הלכה ואת שני תירוציו של הרא"ש,<sup>118</sup> ופוסק על סמך התירוץ השני כי מנהג ממון מבטל הלכה רק אם "הוקבע ונתפשט ונתקן על ידי וותיקין". המהריב"ל קובע, כי "אומדנא דמוכח" שהמנהג הנידון "לא נתפשט ולא הוקבע [...] אלא על ידי גדולי הדור" ועל פיהם "נתייסד המנהג בכל הגלילות",<sup>119</sup> ולכן הוא תקף.<sup>120</sup>

- 114 שו"ת הריב"ש, סי' קה, ראו לעיל ליד הערה 40.
- 115 המהריב"ל (לעיל הערה 112), מסתפק אם מנהג קושטא זה, שנהג גם בסלוניקי, תוקן בעבר במסגרת ה"הסכמות".
- 116 (1) שו"ת המהריב"ל, ח"ב, סי' כג – מנהג בפורטוגל שאלמנה יורשת מחצית מנכסי בעלה, בניגוד להלכה הקובעת שאינה יורשת כלל (הוא פוסק על סמך רמב"ם, אישות, לעיל הערה 85, ושו"ת הריב"ש, סי' שמה, כי בעניין נדוניה ותנאיה מנהג מבטל הלכה גם אם לא התנו עליו בני העיר); (2) שם, סי' כה – האלמנה רצתה לגבות נדונייתה והתוספת במעות, ואילו היורשים רצו לפרוע לה במיטלטלין (פוסק באופן זהה על סמך הרמב"ם, שם, ושו"ת הריב"ש, סי' קה, שם פוסק הריב"ש כמו בתשובתו שם, סי' שמה).
- 117 שו"ת המהריב"ל, ח"א, (כלל יב), סי' סו (מהד' חדשה, תשי"ט) (יש פוסקים שציינו לתשובה זו כמצויה בכלל יב"ל ללא ציון הסימן). לדבריו, הסיבה למנהג זה היא שהבעל כותב בתובה גם "תוספת", ואין תוספת שאינה בשווי של יותר ממאתיים זוז. זה היה המנהג גם בסלוניקי, ראו: ר' יוסף טאיטאצאק (ספרד-סלוניקי, 1465–1546), פסקי הגאון מהרי"ט: תשובות שאלות לרבי יוסף טאיטאצאק (מאיר בניהו מהדיר, תשמ"ז), סי' לה; שו"ת המהרשד"ם, אבן העזר, סי' קכו – חכמי סלוניקי נתנו תוקף למנהג זה, ואילו המהרשד"ם סבר שבעניין זה אין בכוח המנהג לבטל את ההלכה שהאלמנה זכאית לגבות גם עיקר כתובה. וראו להלן, ליד הערה 224.
- 118 ראו לעיל הערה 100, 104.
- 119 לדברי המהריב"ל, כיוון שעיקר כתובה אינו עניין של "ממונא" אלא של "איסורא", יש "אומדנא דמוכח" שהמנהג שלא לגבותו הוקבע על ידי "גדולי הדור". מסתבר שגם את רעיון ה"אומדנא" הוא לקח מתשובת הרא"ש, ראו לעיל הערה 104.
- 120 המהריב"ל מבסס את תוקף המנהג הנידון גם על תשובה של מהר"ם חלאווה, לעיל הערה 90.

בתשובה נוספת נדרש המהריב"ל, כמו פוסקים אחרים בתקופתו, לשאלה אם יש תוקף למנהג העיר לערוך צוואות על ידי סופר גוי ועדים גויים, בניגוד להלכה. הוא פוסק על סמך "הפוסקים" (שאינו נוקב בשמם) והמהרי"ק, כי מנהג צריך להיקבע על פי "ותיקין וחכמי אותה העיר".<sup>121</sup>

כמה מהאחרונים התקשו בכך, שבחלק מתשובותיו הזכיר המהריב"ל את הצורך ב"מנהג ותיקין" ובאחרות לא, וניסו להסביר זאת בדרכים שונות.<sup>122</sup> אולם דומה, כפי שייעשה ניסיון להראות להלן, כי אין סתירה בדבריו. אחת התשובות שמציין בעל כנסת הגדולה ככזו שבה לא מזכיר המהריב"ל "מנהג ותיקין", נידונה לעיל.<sup>123</sup> אכן, ביטוי זה אינו נזכר בתשובה. אולם כאמור, המהריב"ל פוסק שם כריב"ש, כי פרט לשלושה תחומים מנהג מבטל הלכה רק אם תיקנו אותו כתקנת קהל. אין אפוא כל סתירה מתשובה זו. מצירוף האמור שם ליתר תשובותיו הנזכרות בסעיף זה עולה, כי לדעת המהריב"ל מנהג ממון יכול לבטל הלכה – פרט לשלושת התחומים הנ"ל – בהתקיים אחד משני תנאים: הוא נקבע על ידי חכמים ("מנהג ותיקין") או שתוקן כתקנת קהל על ידי בני העיר. לשיטת המהריב"ל אם כן, מנהג שצמח מעצמו ולא זכה לגיבוי נוסף אינו יכול לבטל הלכה, אולם אין הבדל אם הגיבוי ניתן לו על ידי חכמי הלכה או על ידי תקנת קהל.<sup>124</sup>

בתשובה נוספת דן המהריב"ל בראובן שמתה אשתו בלא זרע והוא התנה בכתובתה, כי במקרה כזה ישיב ליורשיה חצי מנדונייתה, מחצית במעות ומחצית במיטלטלין שהביאה עימה. בין הבעל ליורשי האישה התעורר ויכוח מי זכאי לבחור את המיטלטלין. המהריב"ל קובע על סמך הרמב"ם, כי אם יש בעיר מנהג "קבוע

121 שו"ת המהריב"ל, ח"א, סי' סד, על פי שו"ת מהרי"ק, שורש ת, והוא מציין כי יש סתירה בין תשובותיו בשורשים ח ו-ט. מנהג זה נזכר גם אצל חכמים נוספים בני התקופה, למשל: המהרשד"ם, להלן ליד הערה 218; תלמידו, ר' שמואל קלעי, שו"ת משפטי שמואל, סי' קג.

122 משא מלך (לעיל הערה 82), מהד' שפיגל, עמ' רכה, לדבריו, המהריב"ל הצריך "מנהג ותיקין" רק כדי להוציא ממון מיתומים כי זה דומה ל"איסורא". הוא אינו מבאר מה הדמיון ל"איסורא". גם בשו"ת פרח מטה אהרן, להלן הערה 154, נה ע"ב, ד"ה וכל, מודע לסתירה בתשובות המהריב"ל ומביא את דברי משא מלך, שם; שו"ת תורת חיים (לעיל הערה 53), לטענתו, ואמנם בחלק מתשובותיו דרש המהריב"ל רק שיהיה "מנהג פשוט [=נפוץ]", אולם עמדתו העקרונית הייתה, כמפורש בתשובותיו האחרות, שצריך "מנהג ותיקין"; ובדומה כותב בכנסת הגדולה, חו"מ רא, גהות בית יוסף, אות ד, כי בתשובות שלא הזכיר המהריב"ל "מנהג ותיקין" סמך על שאר תשובותיו. אולם, הוא נשאר בצריך עיון.

123 לעיל ליד הערה 112.

124 וראו להלן ליד הערה 300.

ופשוט" בנושא זה יש לפסוק על פיו.<sup>125</sup> הוא אינו מזכיר צורך ב"מנהג ותיקין", אולם גם כאן הוא עקבי לשיטתו. שכן, מדובר בתנאים הנוגעים לנדונים, ובנושא זה הוא פוסק כאמור כדעת הריב"ש, שגם "מנהג סתם" שלא תוקן כתקנת בני העיר מבטל הלכה.<sup>126</sup>

בתשובה אחרת<sup>127</sup> נשאל המהריב"ל על שמעון, שהיה סוכן ("פאטור")<sup>128</sup> של ראובן למכור את סחורותיו. רימו את שמעון ושילמו לו סך גדול של מעות מזויפות ונגרם לראובן נזק, והשאלה היא אם חייב שמעון לפצותו על נזקיו. בסיום התשובה דן המשיב, אם יש תוקף למנהג הסוחרים שאין לתבוע את הפאטור בנושא "קבלת המטבעות". הוא נוטה לומר כי יש ללכת אחרי "מנהג" רק במקרה שכיח, כגון שחלק קטן מן המעות מזויף, אבל לא במקרה שאינו שכיח כגון המקרה דנן, כי מקרה מן הסוג האחרון אינו נחשב "מנהג" מחמת נדירותו. אומנם, המהריב"ל אינו מזכיר את הצורך ב"מנהג ותיקין", אולם נראה כי אין מכך ראיה, שכן דיונו במנהג קצר מאוד.

ר' יוסף ן' עזרא

ר' יוסף ן' עזרא (סלוניקי-סופיה, בערך 1540–1605),<sup>129</sup> תלמידו של המהרשד"ם, דן באריכות בספרו "משא מלך" בדברי הפוסקים בנושא דנן.<sup>130</sup> הוא מציין כי בדבריהם יש "קושי גדול", סתירות ו"חילוקים רבים", ובסיום הדיון קובע בעקבות דברי קודמיו את העקרונות הבאים:<sup>131</sup> מנהגי סוחרים אינם צריכים להיות "מנהג ותיקין";<sup>132</sup> מנהג

125 שו"ת מהריב"ל, ח"א, סי' עב, על סמך רמב"ם, אישות, לעיל הערה 85.

126 ראו לעיל ליד הערה 114.

127 שו"ת מהריב"ל, ח"ג, סי' ל.

128 ה"פאטור" היה סוכן שניהל במקום מגוריו את עסקיו של סוחר שחי במקום אחר. על שיטת מסחר זו באימפריה העות'מאנית ראו: גרבר, "יזמה ומסחר (לעיל הערה 15), עמ' 54–55; מינה רוזן, "הפאטוריאה – פרק בתולדות המסחר הים-תיכוני במאות הט"ז–י"ז", מקדם ומים א (תשמ"א), 101–131; ובמקורות נוספים שצוינו אצל קליינמן, "ומשפטנים" (לעיל הערה 10), עמ' 207, הערה 65.

129 ראו עליו: גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ג, עמ' 1165.

130 משא מלך (לעיל הערה 82), עמ' רטז–רכה. הוא קובע (שם, עמ' רכב), כי הדיון הארוך בענייני מנהג של מורו המהרשד"ם בתשובה (שתידון להלן, ליד הערה 224) אינו "נוגע לעניינינו", אך אינו מנמק מדוע.

131 שם, עמ' רכד–רכה.

132 נראה שהוא פוסק כך בעקבות שו"ת הריב"ש, סי' שמה (לעיל ליד הערה 40), שהובא על ידו. אומנם, ר"י בן עזרא השתמש בשורש תק"ן וכתב, כי צריך "שיתוקן מבני העיר לתקנתם בעסקיהם [...] [ו] צריך שכל הסוחרים יסכימו בו". אולם, דומה כי התכוון רק לכך שהדבר

כנגד דין שהגמרא הביאה לו ראייה מן התורה נחשב למנהג שיש בו "איסור תורה", וכדי שיהיה תקף עליו להיות "מנהג ותיקין".<sup>133</sup> כיוון שנחלקו הפוסקים בשאלה אם מנהג זקוק לגיבוי כדי שיוכל לבטל הלכה, אפשר לטעון "קים לי", ולכן אי אפשר להוציא ממון מן המוחזק;<sup>134</sup> בעניין שרבים משתתפים בו אין צורך ב"מנהג ותיקין";<sup>135</sup> מנהגים הנוגעים לזכויות ממוניות שבין בני זוג ("תנאי מילי דאישות") אינם צריכים להיות "מנהג ותיקין".<sup>136</sup>

ר"י בן עזרא שב בקיצור על עיקרי עמדתו גם באחת מתשובותיו.<sup>137</sup> הוא דן במי שביקש לפרוע הלוואה במטבעות "כרותים שאינם שלמים", ואילו המלווה טען שעליו לפרוע במטבעות שלמים בלבד, כי כתוב בשטר שיפרע מעות "יפים וטובים". אף על פי שנהגו לכתוב כך בשטרות, המנהג היה לפרוע הלוואות גם במטבעות שאינם שלמים.<sup>138</sup>

המשיב מביא מדברי הפוסקים בנושא תוקף מנהגי ממון, מציין שהאריך בכך בחיבורו "משא מלך", ומסכם: "כלל הדבר במנהגים הוא זה, דבכל דבר דלא משתתפי [=משתתפים] הרבים בעינן [=צריך] מנהג וותיקין".<sup>139</sup> הוא מסתפק בשאלה, אם יש לדמות את המקרה שלפניו לעניין שמשתתפים בו רבים, אך מוסיף כי בכל מקרה "צריך שיסכימו עליו [=על המנהג] כל הסוחרים", היינו שהמנהג יהיה מקובל על הכול. היות שאין זה המצב בנוגע למנהג הנידון, שכן בכל יום יש בעניין

יוסכם על ידי הסוחרים כמנהג, אבל לא שיש צורך שיתוקן על ידם כתקנה, כדבריו: "כיוון שהוא פשוט בין הסוחרים לבד" (שם, עמ' רכד). כך משתמע גם מתשובתו, להלן ליד הערה 139.

133 משא מלך (לעיל הערה 82), עמ' ריז, ועמ' רכד כתב "יש בו [במנהג במקרה כזה] סרך איסור". הוא מבסס אבחנה זו על שו"ת מהרי"ק, שורש ט, שהסתמך על מסכת סופרים, אך אינו מבאר מדוע העובדה שהגמרא הביאה ראייה מן המקרא לדין ממוני מסוים הופכת מנהג בניגוד אליו ל"איסור תורה".

134 על פי שו"ת הרא"ם (לעיל הערה 63), שהובא על ידו. ראו לעיל ליד הערה 109.

135 על פי שו"ת תרומת הדשן (לעיל הערה 79), שכמותו פסק גם הרא"ם, לעיל ליד הערה 108.

136 על פי שו"ת הריב"ש, סי' שמה, ראו לעיל ליד הערה 40.

137 שו"ת רבי יוסף ׳ן עזרא, סי' ל.

138 אחת השיטות המקובלות באימפריה העות'מאנית, ולא רק בה, לזייף מטבעות הייתה לכרות את שוליהם, וברוך זו להרוויח מעט מתכת יקרה. ראו: גרבר, יהודי האימפריה (לעיל הערה 16), עמ' 173, הערה 285. וראו להלן, ליד הערה 251.

139 על פי שו"ת תרומת הדשן (לעיל הערה 79).

זה מריבות בין סוחרים, לכן אין למנהג הנזכר תוקף, וחובה לפרוע את החוב במטבעות יפים וטובים דווקא.

ר' חיים שבתי (מהרח"ש)

ר' חיים שבתי (סלוניקי, 1555–1646/7) נשאל על תוקף מנהג ברודוס ולפיו בנות נשואות יורשות יחד עם הבנים, בניגוד להלכה שבנות אינן יורשות כלל.<sup>140</sup> הוא דן באריכות בתשובת הרא"ם ובדברי הפוסקים שהובאו על ידו.<sup>141</sup> המהרח"ש מנסה ליישב את דברי האור זרוע והמרדכי, שכדי לבטל הלכה צריך "מנהג ותיקין", עם דברי תנאים ואמוראים שמהם משתמע כי כל מנהג ממון יכול לבטל הלכה,<sup>142</sup> וקובע לשם כך את האבחנה הבאה: "במנהג שהוזכר במשנה ובתלמוד" – אין צורך ב"מנהג ותיקין", "דמסתמא [=שמן הסתם] יש להם קצת שורש מן התורה". אולם, "בשאר מנהגים שאינם מוזכרים בתלמוד – בעינין [=צריך] שיהא על פי ותיקין, דמסתמא [אם הונהגו על פי חכמים] יש להם קצת שורש מן התורה",<sup>143</sup> ולכן למנהג שנהגו "הדיוטות" מעצמם אין תוקף.<sup>144</sup> לפי עמדתו, פרט למנהגים שנוכרו בספרות התלמודית, כל מנהג ממון אחר צריך "שיוקבע על פי ותיקין", שכן אז חזקה שיהיה למנהג זה "שורש מן התורה".

המהרח"ש מציע יישוב משלו לסתירה בתשובות הרא"ש,<sup>145</sup> ומודה כי הרמב"ם חלק על עמדת ר"י אור זרוע וסבר כי אין צורך ב"מנהג ותיקין".<sup>146</sup> המהרח"ש מציין, כי רק מעט מהראשונים דרשו שהמנהג יהיה "מנהג ותיקין", ולעומתם מביא דברי

140 שו"ת תורת חיים (לעיל הערה 53). כיהן כרב ק"ק [=קהילת קודש] ליסבון בסלוניקי. ראו עליו: בשן, לעיל הערה 11, עמ' 145, הערה 33; גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ב, עמ' 558.

141 תשובת הרא"ם נידונה לעיל, ליד הערה 109–97.

142 המשנה בראש פרק השוכר את הפועלים; הבבלי והירושלמי שם; הברייתות של מנהגי חמרים וספנים; סוגיית דורשין לשון הדיוט. מקורות אלו צוינו לעיל, הערה 2–4, 6, 8.

143 המהרח"ש מסיק מדברי מסכת סופרים, לעיל ליד הערה 66, כי "מנהג ותיקין" הוא מנהג שיש לו "ראיה מן התורה", כי הוא נקבע על ידי חכמים ("ותיקין"). כך פירש את מסכת סופרים כבר המאירי (מגן אבות, העניין הכ'), אולם הוא דיבר על מנהגים שאינם ממוניים, כפשוטו דברי מסכת סופרים, שם.

144 המהרח"ש נשאר בצריך עיון על האבחנה שהציע מדברי הבבלי בתחילת פרק השוכר את הפועלים, ראו שם.

145 הסברו: בכלל עט יש תוקף למנהג כי הוא "חשוב" ויש בו "תקנת השוק", אבל בכלל נה המנהג נחשב "גרוע" כי הוא מפגיע את זכות הבעל לרשת את אשתו, ולכן אין לו תוקף, אלא אם תוקן על ידי בית דין. וראו לעיל הערה 98, 104.

146 ראו שם דיונו בדברי הרמב"ם לאור דברי המגיד משנה והריב"ש.



ראשונים אחרים אשר דרשו, כי המנהג ייקבע כתקנת בני העיר.<sup>147</sup> כן מביא המהרח"ש תשובות של חכמים מן המאות החמש-עשרה – השש-עשרה (בלשונו: "קרובים לזמנינו") שפסקו כדעת בעל האור זרוע, שמנהג ממון צריך להיות "מנהג ותיקין".<sup>148</sup> בסיום פוסק המהרח"ש, כי אין תוקף למנהג הנידון מכמה טעמים: הוא התפשט בעיר רודוס מאליו ולא נתקן כתקנת בני העיר; כיוון שהצורך ב"מנהג ותיקין" שנוי במחלוקת פוסקים ולא הוכח שהמנהג הנידון הוא כזה, אי אפשר להוציא מכוח מנהג זה ממון מידי הבנים היוורשים, אשר מוגדרים "מוחזקים";<sup>149</sup> גם אלמלא היה צורך ב"מנהג ותיקין", מדובר ב"מנהג גרוע" – כי מנהג זה עוקר את ירושת הבנים שהיא מן התורה וגם מקורו ללא ספק בערכאות הגויים – ול"מנהג גרוע" אין תוקף הלכתי; עובדתית אין זה "מנהג קבוע ופשוט [=נפוץ]" ברודוס, שכן במקרים רבים התעוררו בעיר מריבות בין בנים ובנות בעניין זה.<sup>150</sup> תשובה זו מוסיפה שיקול נוסף לצמצום תוקפם של מנהגי ממון: חשד שנוצרו בהשפעת דיני הגויים. השפעה כזו יש בה כדי להגדיר את המנהג כ"מנהג גרוע" שאין לו תוקף.

ר' אהרן ששון

ר' אהרן בן יוסף ששון (סלוניקי-אסתאנבול, 1550 בערך-1626) נשאל<sup>151</sup> על קהילה שהייתה בה תקנה ("הסכמה"), שכאשר יש ליהודי "חזקת בית או חנות", היינו זכות שימוש בהם כשוכר, אסור ליהודי אחר לפגוע בחזקה זו. אולם לפי המנהג בקהילה, שלא היה כתוב ב"הסכמות", כל הרוכש "חזקה" כזו אינו זוכה בה עד שיפתח ויסגור את הנכס במפתח כדין קניין "חזקה". גוי העמיד את חנותו להשכרה, קיבל מעות

- 147 לדבריו, רק ראשונים אלו דרשו "מנהג ותיקין": אור זרוע, מרדכי, הגהות מיימוניות ומהרי"ק. הראשונים שדרשו כי המנהג ייקבע ב"תנאי בני העיר": רבנו תם בתשובה, לעיל הערה 49; רבינו ירוחם (מישרים, נתיב כג, חלק י, סג ע"ד) בשם "תשובה לגאון" (שהיא תשובת הרי"ף ומקורה בשו"ת הרי"ף, לעיל הערה 22); הריב"ש בשתי תשובות, צוינו לעיל הערה 40 (מהרח"ש מעיר כי בסימן תעה הריב"ש לא דרש גיבוי למנהג, ראו לעיל ליד הערה 40); רמב"ן בחידושו בשני מקומות, צוינו לעיל הערה 34, 35; נימוקי יוסף בשם ריטב"א, לעיל הערה 38.
- 148 מסתמך על: שו"ת תרומת הדשן (לעיל הערה 79); שו"ת מהרי"ק, שורש ח (מהרח"ש מצייין ששם, שורש ט, המהרי"ק פסק אחרת, אולם מכריע כדבריו בשורש ח), שו"ת הרא"ם (לעיל הערה 63); שו"ת המהריב"ל "בהרבה מתשובותיו", בלי לציין לתשובה מסוימת, וראו לעיל.
- 149 מתבסס על הרא"ם, לעיל ליד הערה 109.
- 150 השו"ת לאמור לעיל, ליד הערה 139.
- 151 שו"ת תורת אמת, סי' קלו. שימש כראש ישיבה בסלוניקי ובאסתאנבול. ראו עליו: גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ג, עמ' 1326.

מכמה אנשים, הבטיח לכל אחד מהם בנפרד כי ישכיר לו את החנות, אך לא נתן מפתח לאיש מהם. יהודי בשם יוסף פנה למקורבו שר העיר, והלה ביקש מן הגוי שישכיר את חנותו ליוסף. הגוי נענה ומסר ליוסף את המפתח. יוסף פתח את החנות, ישב בה עד הערב ונעל אותה.

שמעון, אחד מאלו שנתנו מעות לגוי בעבור השכירות, טען כי לפי ההלכה זכותו בחנות קדמה לזו של יוסף, שכן לפי דיני הגויים זכות כזו נקנית במעות ודינא דמלכותא דינא. מנגד, יוסף טען כי הוא בעל הזכות מכמה טעמים, בין היתר, כי הוא פתח וסגר את הנכס במפתח בהתאם למנהג. ר"א ששון פוסק, כי מנהג הסותר דין תורה או תקנה תקף רק אם נקבע בעצמו כתקנה.<sup>152</sup> אולם, המנהג הנידון אינו סותר בהכרח את התקנה ("הסכמה"), אלא אדרבה נראה שהוא מפרש אותה, ולפי זה התקנה באה להגן רק על מי שרכש שכירות של "חזקת בית או חנות" באמצעות מסירת מפתח בהתאם למנהג.<sup>153</sup> לאור האמור קובע המשיב כי המנהג תקף, וכי שמעון שלא פעל על פיו ולא ביצע "חזקה" באמצעות מפתח, הפסיד.

ר' אהרן הכהן פרחיה

ר' אהרן בן חיים אברהם הכהן פרחיה (סלוניקי, המאה השבע-עשרה) נשאל על ראובן שתבע את שמעון מכוח שטר לפרוע לו חלק מהסכום הנקוב בשטר.<sup>154</sup> בין השניים התעורר ויכוח בנוגע לחלק מסכום התביעה שמקורו בריבית. שמעון טען שכספי ההלוואה היו של ראובן, ולכן אסור לו לשלם לראובן ריבית, כי לא עשו "היתר [עסקה]". מנגד טען ראובן, כי את כספי הריבית שיקבל משמעון הוא צריך להעביר "לאחרים", היינו לגוי, ואם כך זו הלוואה בריבית שמתרת מגוי.<sup>155</sup>

152 על סמך: שו"ת המהריב"ל, ח"ב, סי' פ, ושו"ת רא"ם (לעיל הערה 63), שפסקו על פי שו"ת הרא"ש (לעיל הערה 56).

153 בעוד מסירת מפתח של בית קונה זכות שכירות בו, הרי שלדעת פוסקי ההלכה שחיו באימפריה העות'מאנית בין המאות השש-עשרה – השמונה-עשרה, היא אינה נחשבת לדרך קניין לצורך קניית סחורה שבתוך הבית, והם גם לא הזכירו את קיומו של מנהג כזה. ראו: קליינמן, דרכי קניין (לעיל הערה 5), עמ' 150–151.

154 שו"ת פרח מטה אהרן (לעיל הערה 63). רבה של סלוניקי משנת תכ"ח, נפטר בשנת תנ"ז. ראו עליו: יצחק שמואל עמנואל, מצבות סאלוניקי ב, ירושלים תשכ"ח, עמ' 491–494; גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ב, עמ' 881.

155 בשאלה נאמר, "שבאותו שטר כלול בו סך מה מהרבית [...] קאמבי"וש". לא נמסרו פרטים על טיב העסקה נשוא השטר, אולם לטענת שמעון, הסכום שבשטר שיקף "ריבית קצוצה". על "קאמביו" – שטר חליפין, ועל רכיב הריבית (המוסווית לעיתים) אשר כללו עסקאות "קאמביו", ראו: גרבר, "זימה ומסחר" (לעיל הערה 15), עמ' 55–57; איל רז, "מכר חוזר"

המשיב הן בשאלה, אם מותר ליהודי לומר לחברו צא ולווה בשליחותי מגוי בריבית, וטוען כי נחלקו בכך ראשונים. לדבריו, בזמנו "ברוב המקומות נוהגים" שכאשר מטיל השלטון מס על קהילה וחייבים לפורעו במהירות בלי יכולת להתעכב עד שיוחלט כמה צריך לשלם כל אחד מבני הקהילה, לוקחים שניים או שלושה מטובי הקהל ("הטובים") מגויים הלוואה של כל הסכום בריבית "בשליחות" של יתר בני הקהילה ופורעים את החוב לשלטון, ואחר כך כל אחד מבני הקהילה מחזיר להם את הסכום שנקבע לשלם, כולל ריבית.

המשיב בוחן את המנהג הנזכר הן בהיבט האיסורי (איסור ריבית) הן בהיבט הממוני (חיוב בני הקהילה להשיב סכום זה לטובי הקהל). לדעתו, מנהג זה מעיד כי באותם המקומות סברו כדעות המתירות ליהודי ללוות בשליחות חברו בריבית מגוי, ואין לומר שנהגו כך בטעות. לדבריו, גם מנהג שנראה כי יש בו צד איסור, ראוי לומר ש"מנהג אבותיהם בידיהם" ו"אולי הוקבע [...] על פי חכמים", ולכן יש להשתדל למצוא לו היתר ולקיימו.<sup>156</sup> מה עוד, שבנידוננו יש דעות שמתירות.

גם מ"צד הממוני", מוסף ר"א פרחיה, ראוי לתת למנהג הנזכר תוקף, שכן הרי"ף והרמב"ן בתשובותיהם פסקו, כי כל מנהג "שהוא פשוט בעיר" חזקה "שכן הסכימו ראשונים".<sup>157</sup> יש לשים לב, כי המשיב מצטט את תשובת הרמב"ן, המתבססת על תשובת הרי"ף, לא ממקורה אלא מכלי שני: מתוך דברי הבית יוסף. בבית יוסף לא מובא חלקה הראשון של התשובה, שבו נקבע, כי מנהג צריך להיקבע כתקנה, אלא רק חלקה השני, ולפיו מנהג נפוץ בעיר "מעמידים אותו בחזקתו [...] ש]הסכימו עליו ראשונים".<sup>158</sup> נוסח זה מקל עוד יותר על המשיב לבסס על תשובה זו את עמדתו, כי אין צורך בגיבוי למנהג "שהוא פשוט בעיר" כדי לבטל הלכה.

כפתרון לבעיית הריבית בארצות הים התיכון במאות הט"ז-י"ח" (עבודת מוסמך, אוניברסיטת בר אילן – המחלקה לתלמוד, רמת-גן תשע"ה); קליינמן, דרכי קניין (לעיל הערה 5), עמ' 121, הערה 46; קליינמן, "ומשפטים" (לעיל הערה 10), עמ' 198–199, ובמקורות שצוינו שם, בהערה 20, 24.

156 שו"ת פרח מטה אהרן (לעיל הערה 63), נה ע"א, ד"ה איברא. מתבסס, בין היתר, על: תענית כת, ע"ב (אמירת הלל בראש חודש); שו"ת מהרי"ק, שורש ט; הירושלמי ש"כ כל מקום שהלכה רופפת בידך הלך אחר המנהג", ראו לעיל הערה 34.

157 שו"ת פרח מטה אהרן, שם.

158 בית יוסף, חושן משפט, סוף סי' קט: "וכתב הרמב"ן בתשובה, שכל מנהג שהוא פשוט בעיר מעמידין אותו בחזקתו ותולין שכן הסכימו עליו ראשונים שלהם כראוי, ולפיכך דנין בו וכן כתוב בתשובת הרי"ף". והשוו לתשובה המקורית, לעיל ליד הערה 30.

בהמשך מציג ר"א פרחיה יישוב לסתירה בתשובות הרא"ש, המתיישב עם שיטתו שלו: לדעת הרא"ש יש תוקף לכל מנהג ממון שפשט, אולם המנהג בטוליטולה נגד את דיני הירושה שבתורה, ולכן פסק הרא"ש כי אין לו תוקף, אלא אם נקבע כ"תקנת חכמי העיר".<sup>159</sup> לאור זאת קובע המשיב, כי הואיל ויש פוסקים שהתירו ללוות בריבית בנסיבות הנזכרות, ומנהג זה התפשט "בכל העיר", אות הוא שחכמי המקום פסקו כדעת המתירים, וכי אין זה מנהג שנהג בטעות.

אולם, לאחר עיון נוסף חוזר בו ר"א פרחיה, ובהסתמך על תשובות הרא"ש והמהריב"ל הוא פוסק כתרומת הדשן, כי רק כאשר מדובר במנהג הנוגע לרבים, כדוגמת מנהג בענייני מיסים, אין צורך ב"מנהג ותיקין [=חכמי הלכה]". לעומת זאת, במנהגים הנוגעים "לצורכי יחיד" אין להוציא ממון מכוח מנהג, אלא אם ידוע בפירוש שהוא "מנהג ותיקין".<sup>160</sup> במקרים מן הסוג האחרון, בהעדר "אומדנא דמוכח" איננו מניחים "על הסתם" שמנהג "נעשה על פי ותיקין", גם אם הוא תואם לדעת קצת מן הפוסקים.<sup>161</sup> לדברי המשיב, גם אם לא היה במנהג הנידון צד איסור, כיוון שהוא אינו נוגע לרבים, וכיוון שלא ידוע שהוא "מנהג ותיקין", אין לו תוקף.<sup>162</sup>

ר' מאיר מלמד

ר' מאיר בן שם טוב מלמד (סלוניקי-פטרס, 1627–1697)<sup>163</sup> דן בשאלה, אם אישה שהתירו לה להינשא על פי עד אחד שהעיד על מות בעלה, זכאית לגבות מנכסיו כתובה, תוספת ונדוניה.<sup>164</sup> הרמב"ם פוסק כי אין זכות לרדת לנכסי מת עד שתהיה ראייה ברורה על מותו, אולם אם שמעו על מותו רק מגויים מסיחים לפי תומם, אף על פי שאפשר להשיא אישה על פי עדות זו, אין היא מספיקה כדי לאפשר לקרובי הבעל

159 יישובו של ר"א פרחיה לסתירה בתשובות הרא"ש דומה, אם כי אינו זהה, לזה שהציע הרא"ש, שאת דבריו הוא מזכיר. לפי הרא"ש, הבעיה ב"מנהג טוליטולה" הייתה שהוא סתר את "תקנת טוליטולה", ראו לעיל הערה 98.

160 שו"ת פרח מטה אהרן (לעיל הערה 63), נה ע"ב, ד"ה וכל, על סמך: שו"ת הרא"ש (לעיל הערה 63); שו"ת מהריב"ל (לעיל הערה 117). ראוי להעיר כי בניגוד לרא"ש, המהריב"ל בתשובותיו (שנידונו לעיל), כולל בתשובה הנ"ל, אינו פוסק כתרומת הדשן.

161 הוא מאמץ את דעת מהריב"ל, שם, כי כאשר יש "אומדנא דמוכח" שהמנהג נעשה על ידי "גדולי הדור" הוא תקף.

162 המשיב מנמק את פסקו גם בנימוק נוסף, הנוגע להיבט האיסורי של המנהג הנידון, אך הוא אינו מעניינו.

163 כיהן כרב הכולל בסלוניקי משנת תמ"ט ועד פטירתו, תלמידו של ר' יוסף ן' עזרא. ראו עליו: בשן, לעיל הערה 11, עמ' 152; גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ב, עמ' 712.

164 שו"ת משפט צדק, שאלוניקי שע"ה, סי' ט.

לרשת.<sup>165</sup> אולם, המהרש"ך כותב כי "מעשים שבכל יום" שאנשים נעלמו ולא הייתה כל ידיעה על מותם, ובכל זאת "לא נמנעו הקרובים לגבות חובותיהם" של המנוחים מאחרים בתורת יורשיהם. המהרש"ך מעניק תוקף למנהג זה ופוסק על פיו, אף שנהגו כך הקרובים מעצמם ולא על פי חכמים, בהתאם לשיטתו שתידון להלן.<sup>166</sup> בשונה ממנו, המהריב"ל פוסק כי אין תוקף למנהג, המנוגד לדין, שאלמנה תגבה רק נדוניה ותוספת, אבל לא עיקר כתובה, אלא אם נתקן על ידי "ותיקין", היינו "גדולי הדור".<sup>167</sup> המשיב פוסק כמהריב"ל.

היה מקום להשוות בין ירושת נכסי נפטר, שבה דן המהרש"ך, לבין גביית נדוניה מנכסיו, ולומר כי המנהג שעל פיו פסק המהרש"ך בנוגע לירושת קרובים יאפשר גם לאלמנה לגבות נדוניה מנכסי בעלה המנוח, אף אם אין עדות ברורה על מותו אלא רק עדות של עד אחד. אולם המהרש"ד"ם, שחי בזמנו ובעירו של המהרש"ך, סלוניקי, כותב בתשובתו בעניין נדוניה רק את הדין – שאם נישאה אלמנה על פי עד אחד המעיד על מות בעלה, גובה רק עיקר כתובה ולא תוספת ונדוניה – ואינו מציין כי נהגו לגבות נדוניה גם אם אין עדות ברורה על מות הבעל.<sup>168</sup> כדי שלא להרבות מחלוקת בין השניים<sup>169</sup> מצמצם בעל שו"ת משפט צדק את פסיקת המהרש"ך לירושא, שעליה דיבר, וטוען כי אין להרחיבה לגביית נדוניה. לחילופין הוא טוען, כי גם אם אצל המהרש"ך בסלוניקי נהגו כך גם בנדוניה, ואפילו אם מנהג זה "הוקבע על פי וותיקין" שם, הוא מחייב רק את סלוניקי ואת המקומות הנגזרים אחריה. אולם העיר לפנטו, שממנה הופנתה השאלה, אינה נגזרת אחרי מנהג סלוניקי המרוחקת

165 רמב"ם, נחלות ז', הל' א, ח.

166 שו"ת המהרש"ך, ח"ב, סי' סה (שיטת המהרש"ך תידון להלן, ליד הערה 237–240). בחור יהודי נהרג בדרך מסלוניקי לביתו באדריאנופול (אדירנה), וגויים מסיחים לפי תומם העידו על כך. אחותו הנשואה ביקשה לרשת אותו ותבעה לקבל את נכסיו מידי דודה, שהיה האפוטרופוס על נכסיו שניהם כיוון שהתייתמו בגיל צעיר. על סמך המנהג פוסק המהרש"ך, כי אם נסיבות המקרה מלמדות שאין ספק שהבחור מת, רשאית אחותו לקבל את נכסיו מידי דודה.

167 שו"ת המהריב"ל (לעיל הערה 117).

168 שו"ת המהרש"ד"ם, אבן העזר, סי' רכג.

169 "והיה [המהרש"ד"ם] רב גדול בדור ההוא וכלם היו כפופים אליו, ואם איתא [=ישנה; אם נכונה הנחתנו (שהמהרש"ך חלק עליו)] היה לו [למהרש"ך] לומר כן" (שו"ת משפט צדק [לעיל הערה 164]).

ממנה,<sup>170</sup> ולכן יש לפסוק בנוגע אליה רק לפי דין תורה, שאישה אינה זכאית לגבות מנכסי בעלה נדוניה ותוספת ללא עדות ברורה על מותו.<sup>171</sup>

### ג. חכמי סלוניקי ואסתאנבול שפסקו כי מנהגי ממון אינם זקוקים לגיבוי כדי לבטל הלכה

ר' תם י' יחייא

ר' תם בן דוד י' יחייא (אסתאנבול, בערך 1470–1542) נשאל: "זה שאמרו חז"ל 'מנהג מבטל הלכה', באיזה מנהג, במנהג שידענו שהוקבע עפ"י חכמים או בכל מנהג אמרו?"<sup>172</sup> הוא מביא את המרדכי בשם האור זרוע שדרש "מנהג ותיקין", אך מסביר שדבריהם נאמרו רק על מנהג שאינו ממוני,<sup>173</sup> אולם מנהג ממון, גם אם נוצר על ידי הציבור ו"לא הוקבע על פי החכמים" וגם "אין לו ראייה מן התורה" – יש בכוחו "לבטל הלכה מטעם דהפקר בית דין הפקר".<sup>174</sup> את קביעתו הוא מבסס על המשנה בראש מסכת בבא בתרא ועל הברייתות בעניין מנהגי חמרים וספנים.<sup>175</sup> בתשובה אחרת<sup>176</sup> נשאל ר' תם אודות חתן שקיבל מתנות מהורי הכלה ומתה הכלה בלא ולד, האם עליו להחזיר? הוא פוסק כי מן הדין המתנות שייכות לחתן,

- 170 העיר לֶפָּנְטוֹ (Lepanto, ביוונית: נפפקטוס, Nafpaktos) מרוחקת מסלוניקי יותר מ-250 ק"מ בקו אווירי.
- 171 שו"ת משפט צדק (לעיל הערה 164), מח, ע"ב, ד"ה הנה.
- 172 שו"ת אהלי תם, בתוך: תמת ישרים, ויניציאה שפ"ב (מהדיר יוסף שבח, תשנ"ט), סי' קכ. נולד בליסבון, בהיותו כבן עשרים וחמש ברח עם אביו ובהגיעו לקושטא פגש את הרא"ם והעריך אותו מאוד. היה החכם הבולט בקושטא לאחר פטירת הרא"ם. חי בשנים ר"ל–ש"ב. ראו עליו: גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך א, עמ' 36; יוסף שבח, "מבוא", בתוך: שו"ת אהלי תם, שם, עמ' 11–23.
- 173 מרדכי (לעיל הערה 76). כך הסביר את דבריהם גם בשו"ת מהרי"ק, שורש ט. אף שר' תם אינו מזכירו ייתכן שדבריו לקוחים ממנו, שכן תשובות מהרי"ק אוזכרו בחיבורו עשרות פעמים. ראו שו"ת אהלי תם, שם, מפתח, עמ' תסז.
- 174 מעטים מבין האחרונים ביססו את יכולתם של מנהגי ממון לבטל הלכה על הכלל "הפקר בית דין הפקר", אף על פי שנוצרו על ידי הציבור ולא על ידי בית דין. ראו: קליינמן, דרכי קניין (לעיל הערה 5), עמ' 130–132. עם זאת, את תוקף "קניין סיטומתא", היינו דרכי קניין שנהגו בהן הסוחרים (ראו לעיל הערה 5), ביססו כבר כמה ראשונים על כלל זה, שכן לדעתם "קניין סיטומתא" הוא תקנת חכמים, וככזה כוחו מושתת על הכלל "הפקר בית דין הפקר". ראו שם, עמ' 126–130.
- 175 צוינו לעיל הערה 2–3.
- 176 שו"ת אהלי תם, סי' קלה.

אולם אם נהגו שעליו להחזיר יש תוקף למנהג, כי "כל הנותן על דעת המנהג הוא נותן", וכאילו התנו על כך. הוא שב על דבריו בתשובתו הקודמת ומפנה אליה. יש להעיר על דבריו. ראשית, קשה לקבל כי המרדכי ובעל האור זרוע דיברו על מנהג שאינו ממוני, שכן דבריהם מוסבים על משנת השוכר את הפועלים העוסקת במנהגי עובד ומעביד, שהם מנהגי ממון.<sup>177</sup> שנית, מעניין כי בכל אחת מהתשובות מבסס המשיב את יכולת מנהגי ממון לבטל הלכה על עיקרון שונה: בראשונה על "הפקר בית דין", ובשנייה על כך שהכול מתקשרים על דעת המנהג.

אולם, בתשובה שלישייה סותר לכאורה ר' תם את דבריו בשתי תשובותיו הקודמות.<sup>178</sup> מדובר באלמנה, שנישאה בעיר בורסה,<sup>179</sup> והיא ביקשה לגבות מנכסי בעלה – פרט לכתובה, לתוספת שנכתבה בה ולנדוניה – תוספת שנייה שכתב לה בעלה לאחר נישואיה. לפי תקנת טוליטולה, אין האלמנה זכאית לקבל את התוספת השנייה, אולם תקנה זו לא נזכרה בכתובתה. ר' תם פוסק, כי אם נהגו כל אנשי בורסה לכתוב בכתובותיהם שהכתובה היא "לפי תקנת טוליטולה", זה מחייב את הבעל גם אם בכתובת אשתו הושמט נוסח זה.<sup>180</sup> שכן, מדובר ב"מנהג פשוט לכל", אשר הונהג

177 ראו לעיל הערה 2. כך הקשה גם בשו"ת באר שבע, סי' כב (על המהרי"ק, לעיל הערה 173).  
 178 שו"ת אהלי תם, סי' קצא. פרשה זו נידונה תחילה בבורסה (ברוסה) על ידי הדיין ר' יוסף אביוב, שהוסכם על הצדדים כדן יחיד. הוא פסק, כי היות "שנתפשט המנהג מזמן הגרוש [מספרד ומפורטוגל] לכתוב בשטר הכתובה 'על פי תקנת טוליטולה'", לכן תחול התקנה גם על כתובה שלא נכתב בה נוסח זה, ומשום כך אין לאלמנה זכות בתוספת השנייה (שם, סי' קעב, עמ' שלה, שלז). מורשה האלמנה שהפסידה כתב תשובה ושלח אותה לר' תם בקושטא, והלה דן בתביעה זו, כנראה בלי שראה את דברי ר"י אביוב. בפרשה זו דן גם ר' יוסף טאיטאצאק, פסקי הגאון מהרי"ט (לעיל הערה 117), סי' לו. על השתלשלות הפרשה ראו דברי המהדיר, שם, עמ' קעח–קעט.

179 בתשובה נכתב "ברוסה". בורסה (בטורקית: Bursa) היא עיר בצפון מערב תורכיה. שמה המקורי ביוונית "פרוסה" שובש ל"ברוסה" ושובש שוב ל"בורסה". גם בכתבי חכמים אחרים באימפריה מופיע הכתיב "ברוסה".

180 מאידך, "אבל אם אין זה המנהג פשוט לכל בני ברוסה, אלא שקצתם באו מטוליטולא ונוהגים על פי תקנת טוליטולה, וקצתם נוהגים כמנהג מקומותיהם, חשבינן להו כ'נקוטאי' [...] ופרש"י ז"ל [רש"י, בבא מציעא פג, ע"ב] שנלקטו ממקומות הרבה [...]". כפי שנקבע בבבלי שם, במצב כזה, שאין מנהג אחיד, יש ללכת אחרי דין תורה. גם חכמים אחרים באימפריה העות'מאנית השתמשו במונח התלמודי "נקוטאי" (או "לקוטאי") לתיאור המציאות בערי האימפריה. ראו: שו"ת הרא"ם (לעיל הערה 63); ר"י קארו, שו"ת אבקת רוכל, סי' ריב; הילה בן-אליהו, החשיבה המשפטית של רבי דוד ן' אבי זמרא 67, הערה 269 (עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים 2013). וראו לעיל הערה 18.

"על פי ותיקין והם חכמי טוליטולה", ולכן יודו הכול שהבעל התחייב על דעת מנהג עירו ותקנת טוליטולה.<sup>181</sup> ואף אם יטען הבעל שלא התכוון לכך, יש אומדנה ("אנן סהדי [=אנו עדים]) שפעל על דעת המנהג, וכעת הוא חוזר בו.<sup>182</sup> שכן, "כל מנהג שיתחבר בו ב' דברים: הא' שנתקן על פי ותיקין, והב' שנתפשט לכל בני המדינה, כל הפוסקים ראשונים ואחרונים מורים שאין לזוז ממנו".

בניגוד לדבריו בשתי תשובותיו הקודמות, כאן מתנה ר' תם את תוקף מנהג ממון לבטל הלכה בכך שיתקנוהו "ותיקין". שניים מהאחרונים העירו על סתירה זו,<sup>183</sup> אולם דומה כי אפשר ליישבה. כאמור לעיל, ר' תם הכיר את דעת האור זרוע והמרדכי שדרשו "מנהג ותיקין". אף שהוא עצמו פירש בשתי תשובותיו האחרות, שדבריהם התייחסו רק למנהג שאינו ממוני, אבל מנהג ממוני מבטל הלכה גם אם אינו "מנהג ותיקין"<sup>184</sup> – מסתבר כי ידע שיש פוסקים שהסיקו מראשונים אלו, בניגוד לדעתו, כי גם מנהג ממוני צריך להיות "מנהג ותיקין" כדי לבטל הלכה. כך פירש את דברי הראשונים הללו גם הרא"ם באחת מתשובותיו,<sup>185</sup> ומסתבר שר' תם הכיר תשובה זו.<sup>186</sup>

לר' תם לא היה ספק, כי המנהג לכתוב בכתובות שהן "לפי תקנת טוליטולה" הונהג בטוליטולה על פי "ותיקין", אולם הוא הסתפק אם מנהג זה פשוט גם בעיר בורסה. נראה כי ר' תם רצה לבסס את פסקו גם לפי שיטת החולקים על עמדתו, הסוברים שמנהג ממון צריך להיות "מנהג ותיקין". משום כך הוא כתב, שאם כל אנשי

181 לפי פרשנותו של ר' תם לתקנת טוליטולה: האלמנה יכולה לגבות עיקר כתובתה, תוספת ונדוניה רק עד גובה מחצית נכסי בעלה משום "תקנת היתומים". על כך שתקנת טוליטולה נהגה באסתאנבול בתקופה זו, ראו עוד להלן הערה 246. תקנת טוליטולה, שכבר נידונה על ידי הרא"ש (לעיל הערה 56), ופרשנותה העלו שאלות רבות גם אצל חכמי האימפריה העות'מאנית במאות השש-עשרה והשבע-עשרה, במיוחד לנוכח גלי ההגירה היהודיים וריבוי המנהגים שנוצרו בעקבותיהם. ראו למשל: ראנ"ח, שו"ת מים עמוקים, ח"ב, סי' ה, סו, פט, ובתשובות שיידונו להלן ליד הערה 188, 241–246; למדן, עם בפני עצמן (לעיל הערה 57). וראו לעיל הערה 18, 56.

182 המשפט האחרון אינו מתייחס לנסיבות השאלה הדנה באלמנה, אלא מבוסס קרוב לוודאי, הן בתוכנו הן בסגנונו, על שו"ת הרא"ם (לעיל הערה 63), ראו לעיל ליד הערה 99. על הערכתו הרבה של ר' תם לרא"ם ראו: שבת, "מבוא" (לעיל הערה 172), עמ' 15–17.

183 כנסת הגדולה (לעיל הערה 226); שו"ת חקרי לב, אבן העזר, סי' מה (מהדורת מכון המאו"ר, תשנ"ח, עמ' שא).

184 ראו לעיל, ליד הערה 173, 176.

185 ראו לעיל, ליד הערה 102.

186 ראו לעיל הערה 182.



בורסה נהגו כך בכתובותיהם, "כולי עלמא מודו [=הכל יודו]", היינו גם הפוסקים שדרשו במנהגי ממון "מנהג ותיקין", כי הבעל התחייב על דעת המנהג. שכן, כל מנהג ש"יתחברו בו" שני רכיבים – הוא גם "מנהג ותיקין" וגם התפשט לכל בני העיר – יורו "כל הפוסקים ראשונים ואחרונים", כלומר גם החולקים על עמדתו, שהוא תקף.

ר' יצחק דונדון

ר' יצחק בן משה דונדון (אסתאנבול, המאות 15–16)<sup>187</sup> נשאל על אלמנה שנכתב בכתובתה, כמקובל "בהרבה מקומות", שינהגו כ"תקנת טוליטולה". הנדוניה ותוספת הכתובה שנרשמו בכתובה היו בסכום גבוה, ולאחר שגבתה האלמנה את כל נדונייתה טענו "קרובי היורש", כי אם תגבה גם את מלוא סכום התוספת לא יישאר ל"יורש", ככל הנראה בנו של המנוח, דבר. לדבריהם, האלמנה מחויבת לתקנת טוליטולה מכוח הכתוב בכתובתה, ולפי תקנה זו זכאית אלמנה לגבות את עיקר הכתובה, הנדוניה והתוספת רק עד גובה מחצית נכסי בעלה המנוח, ואת היתרה היא מפסידה, ואילו המחצית השנייה שייכת ליורשים.<sup>188</sup>

ר"י דונדון כותב, כי אף שהיה אפשר לפרש את לשון התקנה אחרת, הפרשנות הנראית בעיניו היא כטענת קרובי היורש, היינו שהאלמנה זכאית לגבות רק עד מחצית מנכסי בעלה.<sup>189</sup> אבל, "מה נעשה שלא ראינו שנהגו [כך] במקומות הללו, ואף שכותבין בכתובה 'תקנת טוליטולה', הנה האלמנה [...] מגבין לה כל מה שהעלה [=שחייב] הבעל על עצמו, מעיקר והנדוניה והתוספת", ללא כל הגבלה. שכן, שלושת המרכיבים הללו הפכו להיות "סך אחד" והבעל "קבל הכל עליו בחוב גמור, וכל תנאי שבממון קיים".

המשיב מוסיף, כי היות שכן הוא המנהג "בכל המקומות שראינו" וגם בעירו שלו קושטא, יש להסביר כי מה שכותבים בכתובות כ"תקנת טוליטולה" אינו מכוון לאותו החלק של התקנה הנוגע להגבלת זכות הגבייה של האלמנה למחצית מנכסי בעלה, אלא לחלק אחר של תקנת טוליטולה, הנוגע לזכות הירושה של הבעל אם תמות

187 ר' יצחק דונדון (או: דון דון) היה חכם ספרדי, מחכמי אסתאנבול מדור הגירוש. ראו עליו: בורנשטיין מקובצקי, "לתולדות קהילת קושטא" (לעיל הערה 11), עמ' לד, הערה 32.

188 תשובת ר' יצחק דונדון הובאה בשו"ת אהלי תם (לעיל הערה 172), סי' רי.

189 כך פירש תקנה זו גם ר' תם ן' יחיאל, ראו לעיל הערה 181.

אשתו בחייו.<sup>190</sup> הוא מביא ראיה לפרשנות זו מנוסח הכתובה.<sup>191</sup> לפי פרשנות המשיב, המנהג אינו סותר אפוא את לשון הכתובה, ולכן הוא תקף.<sup>192</sup> לאור האמור פוסק ר"י דונדון, כי האלמנה זכאית לגבות מנכסי בעלה גם מעבר למחציתם, בהתאם ל"מנהג הקהלות", כי כל אישה נישאת על דעת מנהג מקומה. לדבריו, יש לחרוג ממנהג זה ולהגביל את זכות הגבייה של האלמנה רק באחד משני המקרים: הראשון, יש תקנה של טובי העיר שקבעה אחרת. המקרה השני, אם "פשט המנהג בעיר" לעשות אחרת, "והוא מנהג קבוע וידוע ביניהם שכך דנים כל הבתי דינים", אז יש לפסוק בהתאם למנהג העיר, שכן כאמור על דעת מנהג זה נישאה האישה. כראיה לכך שיש תוקף למנהג שפשט בעיר, "אף שלא נקבע תחלה על פי טובי העיר", הוא מציין שחז"ל "היו דורשין לשון הדיוט הכתוב בכתובה".<sup>193</sup>

ר' משה מטראני (מבי"ט)

ר' משה בן יוסף מטראני, המבי"ט (סלוניקי-צפת, 1500–1580),<sup>194</sup> קובע בתשובותיו כי בכוח מנהגי ממון לבטל הלכה, ואינו דורש גיבוי כלשהו למנהג. כך למשל הוא פוסק כי יש תוקף מכוח "מנהג הסוחרים" למסמכים שכתב סוחר בסלוניקי בכתב ידו ובהם הוראות לשלוחיו במצרים לקבל כספים ששלח אליהם, לקנות בעבורו סחורה ולשלוחה אליו, על אף שמנהג זה מנוגד לדין התלמוד.<sup>195</sup> המשיב מתבסס על תשובת הריב"ש ועל סוגיית סיטומתא.<sup>196</sup>

- 190 לפי דין תורה הבעל יורש את כל נכסי אשתו, ואילו לפי תקנת טוליטולה הוא חולק בנכסיה עם יורשיה. ראו שו"ת הרא"ש, לעיל ליד הערה 56.
- 191 בכתובה נאמר שהחתן משעבד לכתובת אשתו את כל נכסיו, שקנה ושיקנה, "בחייו ובמותו". מכאן, כי באותה המידה שאישה שהתגרשה (בחייו בעלה) זכאית לגבות את מלוא רכיבי כתובתה, כך זכאית גם אלמנתו (לאחר מותו).
- 192 באופן דומה הצליח משיב אחר, באמצעות פרשנות, ליישב סתירה בין מנהג ממון לבין תקנה, וכך יכול היה להעניק תוקף לאותו המנהג. ראו לעיל, ליד הערה 153. בשונה מר"י דונדון כאן, ר"א די בוטון דן במנהג ממון אשר סתר במפורש את הלשון שנהגו לכתוב בשטרות, ולמרות זאת העניק לו תוקף בניגוד ללשון השטר. ראו להלן, ליד הערה 251.
- 193 ראו לעיל הערה 8.
- 194 ראו עליו: מאיר בניהו "רבי משה בן רבי יוסף מטראני" בתוך: שו"ת המבי"ט, ז-מו (מאיר בניהו מהדיר, תש"ן); גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ב, עמ' 536.
- 195 ראו לעיל הערה 20, בנוגע ל"דיוקני".
- 196 שו"ת מבי"ט, ח"א, סי' רצב, על סמך שו"ת הריב"ש, סי' קכח. הוא אינו מציין לשו"ת הריב"ש, סימנים קה ושמה, שבהם הביא הריב"ש גם עמדה הלכתית אחרת. ראו לעיל ליד הערה 40.

בתשובה אחרת דן המבי"ט בסוחר ש"היו סחורותיו באוצר המוכסים אשר בנמל הים רחוק מן העיר".<sup>197</sup> המנהג היה, שבעל הסחורות הולך לנמל להוציא את סחורותיו "מן האוצר", פורע את המכס למוכסים ומוסר את הסחורות בנמל ל"סופר הספינה" כדי שיועלו לספינה. תפקיד ה"סופר" היה לרשום ממי קיבל את הסחורות ולמי יש למוסרן.<sup>198</sup> הסוחר ביקש מחברו שהלך להוציא את סחורותיו מבית המכס, שיוציא משם גם את סחורותיו שלו, שנארו בתשעה צרורות ("ט' באלא"ש של סחורה").<sup>199</sup> החבר נעתר ומוסר את הסחורות של שניהם ל"סופר הספינה".

מאוחר יותר ביקש בעל הסחורות מה"סופר" לתת לו כנהוג אישור על כמות הסחורות שקיבל ("כתב קבלת הסחורות כנהוג בסוחרים"). ה"סופר" טען שהיו שמונה צרורות, ואילו בעל הסחורה טען שהיו תשעה, ואת שווי הצרור שאבד הוא תבע מחברו-שלוחו.

המבי"ט פוסק, כי אם "מנהג הסוחרים" לקחת את האישור מה"סופר" בעת שמוסרים לו את הסחורה, פשע החבר-השליח בכך שלא לקח ממנו מייד אישור על קבלת תשעה צרורות וחייב לשלם. אולם, "אם לפעמי[ם] אין נוטלין [האישור]... אלא אחר יום או יומיים... אין כאן פשיעה".

גם בתשובה נוספת פוסק המבי"ט על פי מנהג ממון בלי להתנות את תוקפו בהיותו "מנהג ותיקין" או בתנאי אחר.<sup>200</sup> הוא נשאל על אנשים שעברו מעיר לעיר,<sup>201</sup>

197 שו"ת מבי"ט, ח"ב, סי' קפג. בתשובה לא נזכר מאין הגיעו הסחורות ל"אוצר", מן הים או מן היבשה.

198 שו"ת מבי"ט, ח"א, סי' שד: "ובין כך ובין כך היה מוסר הסחורה ליד בעל הספינה[ה] ע"י סופר הספינה, כמו שהוא נהוג שכותבים ע"י סופר [הספינה] כל מה שמקבלי[ם] מיד מי מקבלים אותו וליד מי ימסרו אותו". לפי הרשום ב"פנקס סופר הספינה" אפשר היה לדעת גם למי משועבדת הסחורה שהועברה בספינה (ר' יום טוב צהלון (צפת, מאות 16–17), שו"ת מהריט"ץ הישנות, סי' קכט) וכן לברר מה הייתה תכולת הספינה במקרה שטבעה (שו"ת מהרש"ך, ח"ג, סי' סד).

199 לפי מילון היסטורי של הספרדית, פירוש המילה "באלה" (Bala, ברבים: "באלא"ש) הוא: "בין הסוחרים, היא נקראת כל צרור מהודק מאוד של בגדים, שבו הבגדים כלולים וארוזים, או בגדים שנישאים ומועברים ממקום למקום אחר; ובמיוחד אלה שמועברים בספינות". ראו: Nuevo Diccionario Histórico Del Español. Versión 1.1. Diccionario de Autoridades, Tomo I (Real Academia Española, 1726, On-line: <http://web.frl.es/DA.html>), s.v. *bala* גם באיטלקית, balla היא חבילה, צרור מקושר. ראו: רוזן, בנתיבי הים התיכון (לעיל הערה 11), עמ' 75. בתשובה לא נזכר מה היה טיב הסחורה.

200 שו"ת מבי"ט, ח"א, סי' קפא.

לאיזו מהן עליהם לפרוע מס גולגולת ("חראגי' [ש]").<sup>202</sup> המבי"ט פוסק כי הם חייבים לשלם לעירם הקודמת, ומצטט כראיה תשובה של הר"י: "מנהג בכל הקהלות שאין אדם יכול לפטור עצמו מן המס בצאתו מן העיר אחרי שנתחייב".<sup>203</sup> המבי"ט מציין, כי אומנם "בקצת קהלות" נהגו שהעוזה את העיר פורע מס גולגולת רק בעירו החדשה, אולם מנהג זה אינו "פשוט [=נפוץ]".

גם בתשובות נוספות קובע המבי"ט כדבר ברור, כי יש תוקף בממון ל"מנהג פשוט", גם אם הוא מנוגד להלכה. כך הוא פוסק בנושאים הבאים: ההכרעה בשאלה, אם אדם שמתה אשתו ללא זרע יירש את המתנות שקיבלה לנישואיה מהוריה או מהוריו, תלויה במנהג;<sup>204</sup> יש תוקף למנהג, בהתאם לחוק המלכות, לכתוב כתובה בערכאות ובתוכה תנאי שהנדוניה תחזור לאישה, במקרה שהיא תתגרש או תתאלמן, או ליורשיה, אם היא תמות קודם בעלה, כי אנשים נישאים על דעת המנהג;<sup>205</sup> אם נהגו שהשוכר "חזקת חנות גוי" הוא שפורע את השכירות לגוי, יש לכך תוקף.<sup>206</sup>

- 201 בתשובה נאמר שעברו מהעיר "טוקאט" (Tokat) לעיר הקרובה "מאסיה" (אמסיה במרכז אנטוליה, Amasya). על כך שבא סוחר "תושב מאסיא טוקאט" למכור בגדים, ראו: ר' יוסף קארן, שו"ת אבקת רוכל, סי' קמו.
- 202 שאלה זו נידונה לא אחת בתשובות של חכמי התקופה. ראו למשל תשובת ר' יוסף חזן (איזמיר-ירושלים, המאה ה-17): יוסף חזן "תשובה בהלכות מסים למי שעזב מקומו וגר בעיר אחרת" מוריה רכט-רל (תשנ"ה), עמ' כג-כח. על סוגי המיסים שהוטלו על יהודי האימפריה ועל החשיבות של מס הגולגולת, ראו: גרבר, יהודי האימפריה העות'מאנית (לעיל הערה 16), עמ' 36-45; יוסף הקר, "אין פורענות באה לעולם אלא בשביל עמי הארץ – ניתוח הסטורי-הלכתי וחברתי של תשלום מס הגזייה על-ידי חכמים בארץ-ישראל במאה השש-עשרה" שלם ד (תשמ"ד), עמ' 63-117.
- 203 המבי"ט מצטט את התשובה מתוך המרדכי, בבא בתרא תעו. גם ראנ"ח, אשר חי באסתאנבול במאה השש-עשרה, מעיד כי נהגו הקהילות, "שכל היוצא מן העיר אינו נפטר מחיוב המסים לעולם, אלא צריך להניח בשבילו ערב להיות פורע כל המסים העתידיים להתבקש" (שו"ת מים עמוקים, ח"ב, סי' סג).
- 204 שו"ת מבי"ט, ח"א, סי' כט: "ואם הוא מנהג פשוט גם כן במתנות שחולקים עם הנדוניה כמו מנהג דמשק הכל לפי המנהג". על "מנהג דמשק" בירושת הבעל, ראו: למדן, עם בפני עצמן (לעיל הערה 57); ריבלין, הירושה והצוואה (לעיל הערה 57), עמ' 99-102.
- 205 שו"ת מבי"ט, ח"א, סי' שט (הובאה גם בשו"ת בית יוסף, סי' י): אימו של ראובן נישאה לשמעון, ילדה לו בן ומתה. שמעון כתב לה "שטר נדונייא נוצרית" בערכאות ובו תנאי, בהתאם לחוק ("כפי משפט דין האינפירייל [=בספרדית: האימפריאל]"). להחזיר הנדוניה ליורשיה אם תמות לפניו. ראובן תבע מחצית מהנדוניה מכוח השטר ואילו שמעון טען שהוא הירש לפי דין תורה. המבי"ט פסק, שאם "מנהג פשוט [...] לכתוב שטרי כתובות [כאלן] על ידי הערכאות"

ר' שמואל די מדינה (מהרשד"ם)

ר' שמואל די מדינה, המהרשד"ם (סלוניקי, 1506–1589),<sup>207</sup> פוסק בתשובות רבות לפי מנהגי ממון, גם בניגוד להלכה, ואינו דורש כי המנהג יקבל גיבוי כלשהו. כך למשל הוא נשאל על שותף שלוה בעבור שימושו האישי סכום כסף מקופת השותפות וכתב זאת בפנקס השותפות. בהמשך הוא טען, כי פרע את החוב. המהרשד"ם פוסק, כי אומנם מן הדין רשאי הכותב לטעון "פרעתי", אך אם נהגו שתוקף מסמך בכתב ידו של אדם הוא כשטר, וכי אין הוא רשאי לטעון לגביו "פרעתי", המנהג תקף.<sup>208</sup> הוא מסתמך על סוגיית סיטומתא ודברי הרשב"א עליה<sup>209</sup> ועל תשובת הריב"ש.<sup>210</sup>

גם בתשובה אחרת מעניק המהרשד"ם תוקף מכוח "מנהג הסוחרים" לשטר חליפין ("קאמביו"), שבו קיבל אדם אחריות לסחורות שנשלחו באונייה,<sup>211</sup> וקובע כי יש תוקף אפילו ל"מנהג הגוים בענין ממון" בתנאי שזה "מנהג פשוט [=נפוץ] וברור".<sup>212</sup> בתשובה נוספת פוסק המהרשד"ם, כי יש תוקף למנהג שנהגו היהודים בפורטוגל על פי החוק שם, המנוגד להלכה, ולפיו אלמנה יורשת מחצית מנכסי

הוא תקף, וגם אם לא נכתב התנאי בשטר, "כל הנושא על פי מנהג הנהוג בעי[ן]ר] בענין הנישואין הוא נושא".

206 שו"ת מב"ט, ח"ב, סי' פה: המשכיר, בעל חזקת החנות, טען כי ניכה מחוב המשכנתה שהיה חייב לשוכר את דמי השכירות שהלה היה אמור לשלם לו, ואילו השוכר טען כי הוא שילם את דמי השכירות לבעלים הגוי. המב"ט פסק שאם יש "מנהג פשוט" שהשוכר הוא שפורע את דמי השכירות לבעלים הגוי, הוא תקף. על זכות "חזקה" שיש ליהודי בנדל"ן שבבעלות גוי, ראו עוד לעיל, ליד הערה 112.

207 בן למשפחה מפורטוגל, כיהן כרב קהילת מגורשי ספרד. ראו עליו: יוסף הקר, "מדינה, שמואל בן משה די", האנציקלופדיה העברית כב, 295–296 (תש"ל); בשן, לעיל הערה 11, עמ' 136, הערה 2; גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ב, עמ' 567.

208 שו"ת המהרשד"ם, חו"מ, סי' קצג. המנהג שאין אדם רשאי לטעון "פרעתי" כנגד מסמך בכתב ידו נזכר גם בתשובות נוספות של המהרשד"ם ושל בני זמנו. ראו למשל: שו"ת המהרשד"ם, חו"מ, סי' סה, צו; שו"ת דברי ריבות, להלן הערה 229; שו"ת לחם רב, להלן הערה 254.

209 בבא מציעא (לעיל הערה 5); מגיד משנה בשם רשב"א (לעיל הערה 89).

210 כוונתו כנראה לשו"ת ריב"ש, סי' קכח, שאזכר בין היתר את סוגיית סיטומתא.

211 שו"ת המהרשד"ם, יו"ד, סי' רכא. על "קאמביו" ראו לעיל הערה 155.

212 המהרשד"ם מסתמך על הראב"ד בהשגותיו לרמב"ם, מלוה ולווה כה, י. גם חכמים נוספים בסלוניקי, באסתאנבול ובאיזמיר ביססו את תוקף מנהגי ממון על דברי ראב"ד אלו, ראו: קליינמן, "ומשפטים" (לעיל הערה 10). וראו שם את עמדותיהם השונות בשאלת תוקף מנהגי ממון שמקורם במנהגי גויים או בחוקיהם.

בעלה. על סמך דברי כמה ראשונים הוא קובע: "פשוט מאד [...] אפילו לתנוקות, שכל דיני הנשואין הם נדונים על פי המנהג, וכל הנושא אשה סתם נושא אותה אדעתא [=על דעת] לקיים מנהג מקומו".<sup>213</sup> כיוון שהנישואין היו בפורטוגל, הם נעשו על דעת החוק שם.<sup>214</sup>

בתשובה אחרת חיווה השואל את דעתו, על סמך תשובת מהרי"ק, כי מנהג אינו צריך להיות "מנהג ותיקין". מדברי המהרשד"ם משתמע, כי הוא מסכים עימו בכך.<sup>215</sup> המהרשד"ם מעניק תוקף למנהגי ממון בלי לדרוש שהם יהיו "מנהג ותיקין" גם בתשובות נוספות, הן בנוגע לשטר "קאמביו" (שטר חליפין)<sup>216</sup> והן בעניינים אחרים.<sup>217</sup>

213 שו"ת המהרשד"ם, חו"מ, סי' שכו, על סמך (הוא אינו מציין מקורות מדויקים): רמב"ם, אישות (לעיל הערה 85), וטור, חושן משפט סו, שהעתיק דבריו; שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח; שו"ת ריב"ש, סי' קכח. "האלמנה", שאינה נזכרת בשמה, היא דונה גרציה מנדס, שהייתה אישה עשירה מאוד, בת למשפחת אנוסים. היא נישאה בפורטוגל וברחה ממנה מאימת האינקוויזיציה, ולבסוף שבה המשפחה לחיק היהדות וגרציה הגיעה לקושטא. על תשובה זו ועל סכסוך הירושה במשפחת מנדס ראו במקורות שציטטנו אצל קליינמן, "ומשפטים" (לעיל הערה 10), עמ' 201 ובהערה 33.

214 מן התשובה משתמע, כי בני הזוג גם התנו ביניהם בעת הנישואין לפעול לפי חוק זה, אולם נושא תנאים בנישואין חורג מגבולות מאמר זה. למחקר הדין במנהגים ובתנאים בכתובות, שהביאו עימם יוצאי חצי האי האיברי לסביבת האימפריה העות'מאנית, ראו: אלימלך וסטרייך ואיילת סג"ל, "זכויותיה הכספיות של היבמה במשפט העברי בסלוניקי: ריבוי עמדות ועליית תניית הגבייה בכתובה", פעמים 159–160 (תשע"ט), עמ' 123–180. על המנהגים והתקנות השונים בנושא גביית הכתובה לאלמנה, ראו: דותן ארד, היהודים המוסתערבים בסוריה, ארץ-ישראל ומצרים 1330–1700, עמ' 117–119 (עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים 2013).

215 שו"ת המהרשד"ם, חו"מ, סי' קח. השואל קובע כך על סמך שו"ת מהרי"ק, שורש קב. המהרשד"ם אומר, כי "אם ירצה להעזר הדין מטע'ם] המנהג כמו שכתב השואל, יפה ויפה הוא, אעפ"י שאינו צריך", שכן מסקנת השואל נכונה גם מצד הדין. מדבריו משתמע שהסכים לדברי השואל בנוגע למנהג.

216 (1) שו"ת המהרשד"ם, חו"מ, סי' סה: לווה אינו נאמן לטעון "פרעתי" כנגד כתב ידו, מכוח "מנהג הסוחרים" (על סמך: טור, חו"מ קכא, בשם הרי"ף, בבא קמא, לעיל הערה 20, והראב"ד – בעניין "דיוקני"; רמב"ם שפסק כי "בענין ממון יש לנו לילך אחר מה שנהגו". הוא אינו מציין מקור מדויק, ראו לעיל הערה 85); (2) שם, סי' צז: פסק זהה (בנימוק "מנהג מבטל הלכה", בלי לציין לפוסקים קודמים). וראו לעיל הערה 211.

217 (1) שו"ת המהרשד"ם, חו"מ, סי' קמח: ויכוח בין שותפים לבין שלוהם למכירת בדים, באיזו מידה מחייבים מסמכים בכתב, "כתבים", שעשו ביניהם (על סמך: טור, שם, בשם רי"ף

אולם לצד שתים עשרה תשובותיו הנזכרות לעיל, בארבע תשובות אחרות פוסק המהרשד"ם באופן שונה. באחת מהן הוא דן בשטר צוואה שהיה מנוגד להלכה בשני עניינים: הוא נעשה, בהתאם למנהג כתיבת שטרות בעיר, על ידי סופר גוי ועדים גויים; ונכתב בו שהאיש מוריש את כל רכושו לאשתו.<sup>218</sup> המהרשד"ם קובע, כי כדי שמנהג יועיל הוא צריך להיות ידוע ו"קבוע ומיוסד מותיקין". הוא מתבסס על תשובות של הרא"ש והמהרי"ק<sup>219</sup> ועל "תשובה לגאון" שהובאה אצל רבנו ירוחם, שהיא תשובת הרי"ף<sup>220</sup> – ופוסק שהעדים צריכים להעיד, כי המנהג של "חכמי העיר

וראב"ד; ראשונים על בבא מציעא קי, ע"א, לעיל הערה 7: מרדכי, בבא מציעא שצו, בשם רב האי גאון, "שכל הטוען תמורת המנהג עליו להביא ראיה", ומקורו במשפטי שבועות לרב האי גאון, חלק א, שער ה; נימוקי יוסף, שם, סז ע"א מדפי הרי"ף, ד"ה אריס; שו"ת מהרי"ק, שורש ט). הוא מוסיף: "דדוקא כשמנהג בא לעקור דברי תורה צריך שיהיה מונח ע"פ ותיקין", אך אינו מדגים זאת; (2) שם, סי' ככ: פקיד שטעה ברישום כמות סחורה שהגיעה לנמל עבור שלוחיו ודרך הסוחרים, היינו המנהג, לטעות בכך (על סמך טור, חו"מ קלב, בשם ראב"ד, לעיל הערה 212); (3) שם, סי' כ: תוקף שטר ערבות לחוב שחב אדם בגין קניית סחורה (על סמך ראב"ד הנ"ל); (4) שם, סי' שח: אישה הקנתה לאביה טרם מותה את נדונייתה והשאירה בת, ומנהג העיר שזרע האם יורש את כל נדונייתה ("מנהג כזה מבטל הלכה"); (5) שם, סי' תלו: לפי הדין יתומים אינם חייבים לשלם מס לקהל, ואדם שמכר סחורה בהקפה וטרם הגיע מועד התשלום אינו חייב לשלם מס על התמורה שטרם קיבל. אבל, "אם המנהג קבוע שנעשה כן להפך ג' פעמים אז המנהג מבטל הלכה" (כי ענייני מיסים "תלויים יותר על פי המנהג מעל פי דין תורה". על סמך: שו"ת תרומת הדשן (לעיל הערה 79); "הרן בתשובותיו", אך אינו מצייין מקור); (6) שם, סי' לג: קבלת אחריות לנזק שייגרם לסחורה המועברת בספינה עד הגיעה למקום מסוים, חלה גם על נזק שנגרם עקב שוד שבוצע בעת עגינת הספינה בעיר שאליה נסחפה בדרך מחמת סערה. אבל אם מנהג הסוחרים שאין אחריות במקרה כזה, המנהג תקף (על סמך: רמב"ם, מכירה, פרק כו, ראו לעיל הערה 85).

218 שו"ת המהרשד"ם, חו"מ, סי' שד. לפי ההלכה, אישה אינה יורשת את בעלה.

219 שם: "תשובות הרא"ש" – הכוונה לשו"ת הרא"ש (לעיל הערה 56); מהרי"ק – המהרשד"ם כותב כי "בתשובותיו מביא [דין] זה פעמים רבות", אולם מצייין רק לשו"ת מהרי"ק, שורש ח (בתשובות אחרות פסק מהרי"ק אחרת, ראו לעיל ליד הערה 82–80). יצוין כי הרא"ש בתשובותיו, שם, כתב כי כדי לבטל דין על מנהג ממון להיקבע כתקנת בית דין ולא הזכיר את המונח "מנהג ותיקין". אולם, המהרשד"ם קרוב לוודאי מחשיב גם תקנת בית דין ל"מנהג ותיקין", שכן התקנה נקבעת על ידי חכמי הלכה ("ותיקין"), ולכן כותב שהרא"ש דרש שהמנהג יהיה "קבוע ומיוסד מותיקין". וראו להלן הערה 223 וליד הערה 300.

220 שם: "גם רי"ו מביא דין זה בשם הרשב"א". הכוונה לדברי רבינו ירוחם בשם "תשובה לגאון", שמקורה בשו"ת הרי"ף (ראו לעיל הערה 147), כי יש תוקף למנהג רק אם נקבע כתקנת קהל. תשובה זו אינה חלק מדברי הרשב"א שצוטטו על ידי רבינו ירוחם, שם. רבינו ירוחם הנ"ל

ובתי דינם" היה להכשיר שטרות שנעשו על ידי סופר ועדים גויים. אולם, הוא מוסיף, אין בכוח המנהג להעניק לאישה זכות ירושה בנכסי בעלה ולהפקיע זכות זו מן היורשים, שכן זהו מנהג "נגד התורה ממש"<sup>221</sup> ו"אינו נקרא מנהג ותיקין", כי לא ייתכן שחכמים קבעו מנהג כזה.<sup>222</sup>

בדומה לתשובה הנ"ל מכריע המהרשד"ם גם בתשובה נוספת. הוא דן בראובן שהתחייב בשטר סכום כסף לשמעון ולכל מי שיציג את השטר בעבורו, וכשבא חמו של שמעון לגבות בשטר זה דרש ממנו ראובן כי יראה לו הרשאה מחתנו. המהרשד"ם פוסק, כי מן הדין על המתחייב לפרוע למציג השטר גם ללא הרשאה, אלא אם יש מנהג אחר, וכי על פי תשובות הרא"ש והמהרי"ק, כדי שיוכל לבטל הלכה, צריך מנהג ממון להיות "קבוע על פי ותיקין".<sup>223</sup>

בתשובה אחרת דן המהרשד"ם במנהג שאלמנה אינה גובה את עיקר כתובתה אלא רק נדוניה ותוספת, בניגוד לדין, ואף שם הוא פוסק על סמך ראשונים, כי מנהג ממון יכול לבטל הלכה רק אם נקבע על פי "ותיקין".<sup>224</sup> על הצורך ב"מנהג ותיקין" שב

- צוטט על ידי המהרשד"ם גם בתשובה אחרת (להלן הערה 224), ומהציטוט שם נראה כי לא ראה את דבריו במקורם, ולכן סבר כי ה"תשובה לגאון" היא חלק מדברי הרשב"א.
- 221 ראוי להעיר, כי בניגוד לאמור בתשובה הנוכחית, בתשובה שנידונה לעיל, ליד הערה 213, המהרשד"ם מעניק תוקף למנהג הפוגע בזכות היורשים לפי דיני הירושה. ייתכן שהאבחנה בין התשובות היא זו: בתשובה הנוכחית המנהג מנוגד להלכה. לעומת זאת, בתשובה הקודמת דובר על מנהג מכוח חוק זר שהעניק לאלמנה מחצית מן העיזבון. מנהג זה התאים באופן עקרוני לתקנת טוליטולה ולדומותיה בקהילות אחרות. תקנה זו אומצה על ידי חכמי ההלכה, ואף הוקדש לה סימן שלם בטור (אבן העזר, סימן קיח). המנהג הנידון אינו מנוגד אפוא להלכה ולפיכך יש לו תוקף (כך הציע לי פרופ' אלימלך וסטרין). עוד יש להוסיף, כי בתשובה הנוכחית המנהג עקר לחלוטין את זכות הירושה מן היורשים, שכן האישה ירשה את כל נכסי בעלה. לעומת זאת, בתשובה הקודמת המנהג היה שאלמנה תירש מחצית מנכסי בעלה ונמצא שאין עקירה גמורה של זכות הירושה מן היורשים.
- 222 הוא מתבסס על שו"ת מהרי"ק, שורש ח. בעוד שכמה מן הפוסקים הסתמכו על אומדנה כדי לקבוע שמנהג מסוים הוא "מנהג ותיקין" (ראו לעיל הערה 104), הרי שלדעת המהרשד"ם, כאן יש אומדנה הפוכה, שהמנהג הנידון אינו "מנהג ותיקין".
- 223 שו"ת המהרשד"ם, חו"מ, סי' כב, על סמך שו"ת מהרי"ק, שורש ח, והרא"ש, והכוונה לשו"ת הרא"ש (לעיל הערה 56). אומנם, הרא"ש לא הזכיר בתשובתו את המונח "מנהג ותיקין", אך ראו לעיל הערה 219.
- 224 שו"ת המהרשד"ם, אה"ע, סי' קכט, על סמך: מרדכי בשם אור זרוע (לעיל הערה 76); שו"ת מהרי"ק, שורשים ח, קסא (וראו לעיל הערה 82); רבינו ירוחם בשם "תשובה לגאון", לעיל הערה 147; שו"ת הרא"ש, סי' נה (שם צוין: נו); תשובת רבנו תם, הובאה בתשובות מיימוניות (לעיל הערה 49). על מנהג זה ראו עוד לעיל, הערה 117.



המהרשד"ם בקיצור, בלא ציון אסמכתה, גם בתשובה נוספת.<sup>225</sup> אין לי לעת עתה הסבר לסתירה הנזכרת בתשובות המהרשד"ם.<sup>226</sup>

ר' יצחק אדרבי

ר' יצחק אדרבי (סלוניקי, 1520/15–1584)<sup>227</sup> דן בתשובה בהתחייבות כספית שהתחייב שמעון בכתב ידו לראובן. שמעון טען שאינו חייב לשלם לו בשל קיזוז חוב זה עם חוב אחר שחייב לו ראובן. השאלה היא, אם נאמן שמעון בטענתו בנוגע לחוב האחר ב"מיגור", מתוך שיכול היה לטעון "פרעתי" את ההתחייבות שבכתב ידי והיה נאמן בכך, או שיש תוקף למנהג הסוחרים להחשיב התחייבות בכתב ידו של המתחייב כשטר מקוים שאי אפשר לטעון כנגדו "פרעתי".<sup>228</sup>

המהר"א קובע כי אומנם לפי ההלכה, נאמן אדם לטעון "פרעתי" כנגד התחייבות בכתב ידו, אולם יש תוקף למנהג הסוחרים השולל אפשרות זו, ועל כן חייב שמעון לשלם. הוא אינו מזכיר שהמנהג זקוק לגיבוי כלשהו. המהר"א מתבסס על כמה מקורות תלמודיים ועל דברי ראשונים בנוגע אליהם: סוגיית סיטומתא ודברי הרשב"א ונימוקי יוסף, שלמדו ממנה כי "מנהג מבטל הלכה" ב"כל דבר שבממון"; הירושלמי "מנהג מבטל הלכה", אשר צוטט על ידי הרי"ף בהלכותיו; רב האי גאון וראשונים, אשר בניגוד לאמור בבבלי העניקו תוקף, מכוח מנהג הסוחרים, להתחייבות או להוראת תשלום שנמסרו בכתב לשליח ("דיוקני").<sup>229</sup>

225 שו"ת המהרשד"ם, חו"מ, סי' שעב: "לענין דיני ממונות [...] אם נהגו במקום אחר/ד] הפך הדין הכי עבדינן [=כך עושים], ובלבד שיהיה המנהג מנהג ותיקין" (סיכום בין חברת תלמוד תורה לבין אדם שנשכר על ידם לייצר בגדים).

226 בכנסת הגדולה (לעיל הערה 122), מסיק משלוש תשובות בשו"ת מהרשד"ם (חו"מ, סי' קמח, קצג; יו"ד, סי' רכא) כי לדעתו אין צורך ב"מנהג ותיקין", אולם נעלמו ממנו ארבע התשובות האחרות, שנזכרו לעיל, שמהן משתמע אחרת.

227 תלמידו של ר' יוסף טאיטאצאק, כיהן בסלוניקי כרב בק"ק [=קהילת קודש] ליסבון ואחריה בק"ק שלום. ראו עליו: בשן, לעיל הערה 11, עמ' 150; גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך א, עמ' 215.

228 טענת "מיגור" פירושה: בעל דין הטוען טענה מסוימת יהיה נאמן בטענתו כאשר היה בידו, אילו רצה לשקר, לטעון טענה טובה יותר שהיה נאמן בה; מתוך [בארמית: "מיגור"] שהיה בידו להעלות טענה טובה יותר ולא העלה, יש להאמינו על הטענה שהעלה בפועל. על עיקרון ה"מיגור" ראו: יובל סיני, "הדוקטרינה של הודאה והדחה וכללי נטל השכנוע במשפט האזרחי: ניתוח ביקורתי והצעת מודל חדש-ישן", מחקרי משפט כד (תשס"ח), עמ' 165–242.

229 שו"ת דברי ריבות, סי' ססב, על סמך (הוא אינו מציין מקורות מדויקים): סוגיית סיטומתא (לעיל הערה 5); נימוקי יוסף, בבא מציעא מד ע"א מדפי הרי"ף, ד"ה ובאתרא דקני, בשם

בתשובה אחרת שב המהרי"א ומעניק תוקף לאותו מנהג סוחרים מכוח המנהג, אף על פי שלדבריו הוא לא נתקן כתקנה ("לא התנו עליו בני העיר"). בנוסף לירושלמי הנ"ל הוא מתבסס גם על תשובת הריב"ש.<sup>230</sup> בתשובה שלישית נשאל ר"י אדרבי, מה דין הלוואה בשטר לאחר השביעית. הוא מצטט את הרא"ש, שאם נהגו שלא להשמיט הרי זה "כמו התנה המלוה על מנת שלא תשמיטנו שביעית", ופוסק כי גם בנידונו אם יש "מנהג קבוע בעיר" שלא לשמט כספים בשביעית חייב הלווה לפרוע, "כי מנהג קבוע מבטל הלכה".<sup>231</sup>

אולם בתשובה אחרת, העוסקת בתוקף מנהג שבכור יירש כיתר אחיו, פוסק ר"י אדרבי אחרת. הוא מצטט מתשובת המהרי"ק, כי זהו "מנהג רע ועוקר דין תורה ומבטל ירושת דין הבכור", וכי אין מנהג מבטל הלכה, אלא אם הוא "קבוע על פי חכמי המקום".<sup>232</sup> ייתכן שפסקו בתשובה זו היה שונה מאשר ביתר תשובותיו, כי דובר במנהג המנוגד לדיני ירושה,<sup>233</sup> וההלכה מקפידה באופן מיוחד שאין להתנות על דינים אלו.<sup>234</sup> גם ראשונים ואחרונים אחרים פסקו, כי אין תוקף למנהגים המנוגדים לדיני ירושה.<sup>235</sup>

- רשב"א; רי"ף, בבא מציעא, נב ע"א מדפי הרי"ף, בשם הירושלמי (לעיל הערה 4); ראשונים בנושא "דיוקני": רי"ף, בבא קמא (לעיל הערה 20); רמב"ם, שלוחין א, ח; הגהות מיימוניות, שם, ז, בשם רב האי (הובא באור זרוע, בבא קמא, סי' תכ) וראשונים נוספים.
- 230 שו"ת דברי ריבנות, סי' תד. אומנם מהרי"א מצטט את שו"ת הריב"ש, סי' שמה, שמנהג מבטל הלכה רק "בהלכה רופפת", אולם הוא עצמו אינו מסייג את כוח המנהג לבטל הלכה בסייג זה.
- 231 שו"ת דברי ריבנות, סי' ק, על סמך תשובת הרא"ש (שו"ת הרא"ש, כלל סד, סי' ד), והוסיף ש"מנהג קבוע מבטל הלכה" כמו שכתב המהרי"ק. נראה שהתכוון לשו"ת מהרי"ק, סי' פא, שאותו הזכיר שם. וראו לעיל ליד הערה 79–82.
- 232 שו"ת דברי ריבנות, סי' קעד, על סמך שו"ת מהרי"ק, שורש ח. בשאלה נאמר כי "נהגו בארץ הזאת" שבכור יורש כפשוטו, אך לא מצוין היכן מדובר.
- 233 בעל כנסת הגדולה (לעיל הערה 122), עמד על הסתירה בשו"ת מהרי"א אדרבי. הוא לא יישב אותה, אבל נטה לכך שהעיקר הוא כפסיקתו בתשובותיו האחרות, כי אין צורך ב"מנהג ותיקין".
- 234 ראו: משנה, בבא בתרא ח, ה; רמב"ם, הלכות נחלות, פרק ו, הלכה א; שולחן ערוך, חושן משפט רפא, א.
- 235 ראו למשל: שו"ת רשב"א, ח"ו, סי' רנד (אין תוקף למנהג העיר על פי חוק המלך, שנדוניה שנתן אב לבתו אשר נישאה ומתה ללא זרע תחזור אליו ולא יירש אותה בעלה, כי יש בכך עקירה של דיני הירושה); שו"ת מהרי"ק, שורש ח; שו"ת המהרשד"ם, חו"מ, סי' שד, נידונה לעיל ליד הערה 222 (וראו גם שם הערה 221); מהר"ש, לעיל ליד הערה 149; ר' אהרן פרחיה, לעיל ליד הערה 159.

ר' שלמה בן אברהם הכהן (מהרש"ך)

ר' שלמה בן אברהם הכהן (סלוניקי, 1520–1601/2), המהרש"ך,<sup>236</sup> בן זמנו ומקומו של ר"י אדרבי, פוסק בתשובות רבות, כי יש תוקף למנהגי ממון גם בניגוד להלכה, ואינו מזכיר את הצורך ב"מנהג ותיקין". כך למשל הוא נשאל, איזה דין יש להחיל על עסקה שנעשתה בין שני סוחרים יהודים בוונציה, אשר תביעה בעניינה הוגשה באחת מערי האימפריה העות'מאנית. לאחר דיון קצר הוא פוסק, כי לא יחול דין תורה, אלא "דין הסוחרים [שפוסקים במקרים כאלו] על פי מנהג ויניציאה, כיון שנעשה שם העסק". שכן, "הדבר ידוע" כי בכל העניינים המסחריים יש לפסוק לפי מנהגי הסוחרים, "ואפילו בסתם מנהג", שכן "המנהג מבטל הלכה". דין זה נלמד לדעתו מסוגיית סיטומתא ומדברי הראשונים עליה.<sup>237</sup>

גם בתשובות רבות אחרות שב המהרש"ך וקובע, כי את העיקרון ש"מנהג מבטל הלכה" בדיני ממונות – ובניסוח אחר: "מנהג המדינה עיקר" או "מנהג הסוחרים עיקר" – למדו הפוסקים מסוגיית סיטומתא.<sup>238</sup> הוא חוזר על העיקרון ש"מנהג מבטל הלכה" גם בשתי תשובות נוספות, אך בלא אזכור של סוגיית סיטומתא.<sup>239</sup>

- 236 ראו עליו: גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ב, עמ' 565–566.
- 237 שו"ת מהרש"ך, ח"ב, סי' רכט, על סמך: בבא מציעא (לעיל הערה 5); רש"י ורא"ש, שם; טור, חושן משפט רא, בשם ר"ח; מגיד משנה בשם רשב"א (לעיל הערה 89).
- 238 (1) שו"ת מהרש"ך, ח"א, סי' ס, ד"ה באופן (התחייבות בקנס לצד שיחזור בו משידוכין שנעשתה בקניין, "כמנהג העולם", תקפה מן הדין, אבל גם אלמלא היה כך, הייתה תקפה מכוח המנהג); (2) שם, סי' עט, ד"ה וכל מה (דין ודברים בין סוחר לבין סוכן, "פאטור", של סוחר אחר. מסתמך על "הריב"ש [...] בתשובותיו וזולתו מהפוסקים", ללא ציון שמותיים); (3) ח"ב, סי' מו (אחריות "פאטור" לנזק שנגרם לסחורה שהועברה באונייה); (4) שם, סי' קיג (מנהג בעלי חוב, המוכנים להתפשר עם החייב, לכפות על יתר בעלי חובו להתפשר איתו); (5) ח"ג, סי' ח (המנהג של בעלי חוב כנ"ל והמנהג לעשות את הפשרה גם ללא מעשה קניין).
- 239 (1) שו"ת מהרש"ך, ח"ב, סי' רה, ד"ה ועתה אבא (אם יש מנהג שאלמנה שגבתה נדונייתה מפסידה מזונות מהעיוזון, יש לו תוקף); (2) שם, סי' קכ, ד"ה ועוד אודיע: "ששמעתי פה במקומנו, שהמנהג הנהוג הוא שאם בעל הבגד הוא בבאטאן [=בית עיבוד בדים ועורות, מבט'שה] בשעת גנבת בגדו, שהבאטאנירו [=העובד ב"באטאן"] פטור". המילה "באטאן" ציינה הן את שם המכונה ובית העיבוד (מבט'שה) הן את התהליך. המבטשה התמשה בכוח זרם מים כדי להניע באמצעות גלגל פטישי עץ עבים מאוד שעלו ונפלו, ואשר בהכאתם הדקן את הבדים וריככו את העורות. ראו: Diccionario de Autoridades, לעיל הערה 199, בערכים *batanero*, *batan*. המילים הן בספרדית ונכנסו גם לשפת הדינו. ראו: Le Tresor des Devx Langves, Espagnolle et Françoise de Cesar Ovdin, p. 101, s.vs. *batan de paños*, *batanador o batanero* (Antoine Oudin, ed., Paris,

בהתאם לשיטתו פוסק המהרש"ך בתשובה אחרת, כי יש תוקף להסכם שותפות אף על פי שהרווחים טרם באו לעולם, ולפי ההלכה אי אפשר להקנותם. אחד מנימוקיו הוא, כי נהגו לכתוב בשטר לשון של התחייבות (ולא של הקניה), המועילה גם בנוגע לרווחים עתידיים, וכי אף אם לא כתבו זאת, כיוון שזהו המנהג הרי שלאור סוגיית דורשין לשון הדיוט נחשב הדבר כאילו נכתב כך.<sup>240</sup>

ר' אליהו בן חיים (ראנ"ח)

ר' אליהו בן חיים (אדירנה-אסתאנבול, 1530 לערך-1610), מחשובי הרבנים באסתאנבול ברבע האחרון של המאה השש-עשרה, מעניק בתשובותיו תוקף למנהגי ממון גם בניגוד להלכה, ואינו מזכיר את הצורך ב"מנהג ותיקין". באחת מתשובותיו הוא דן בשאלה הנוגעת לפרשנות תקנת טוליטולה.<sup>241</sup> לאה, אלמנה עם בן, נישאה ליעקב והכניסה לו נדוניה מנישואיה הקודמים. נולד להם בן שהמיר את דתו, ואחר כך מתה לאה. יעקב טען כי הוא יורש את נדונייתה מכוח דין תורה. לעומתו, בנה של לאה טען, כי הוא זכאי לחלק בנדוניה מכוח תקנת טוליטולה הנוהגת בקושטא.

תחילה דן הראנ"ח בשאלה לפי לשון תקנת טוליטולה ולפי מנהג "קהלות רומניא [=רומניוטים]" בקושטא לקיימה כלשונה. תקנה זו קבעה, כי אם מתה אישה בלא "זרע של קיימא", יירש בעלה רק מחצית מהנדוניה שנתן לה אביה, והמחצית השנייה תחזור ליורשיה ("תקנת ההשבון"). לעומת זאת, אם האישה "הניחה ממנו זרע של קיימא יחלוק הבעל עם הזרע שהוא ממנה". אלמלא היה הבן המשותף מומר, הוא

Joseph Nehama, Dictionnaire du Judéo-Espagnol, p. 83, ;1660) ;  
 חי s.vs. *batán, batanéro* (Madrid, 1977). התשובה נכתבה לר' אהרן אביוב, חכם שחי  
 כמו המהרש"ך בסלוניקי. במאה השש-עשרה היו סלוניקי וצפת שני מרכזי אריגת הבד  
 החשובים באימפריה. ראו: שמואל אביצור, "לתולדות תעשיית אריגי הצמר בשאלוניקי",  
 ספונות יב (תשל"א-תשל"ח), עמ' קמה-קסח; רוזן, בנתיבי הים התיכון (לעיל הערה 11), עמ'  
 191, בערך "בגדי שאלוניקי"; לעיל הערה 14. מגורשי ספרד הביאו עמם מספרד את טכניקת  
 האריגה החדשה הזו לאימפריה העות'מאנית. ראו: Mark Alan Epstein, *The Ottoman Jewish Communities and Their Role In the Fifteenth and Sixteenth Centuries*, p. 102 (Frieberg, 1980).

240 שו"ת מהרש"ך, ח"א, סי' קצו, על סמך סוגיית דורשין לשון הדיוט, לעיל הערה 8, וטור, חושן משפט, סוף סי' מב, בעניינה.

241 שו"ת מים עמוקים, ח"ב, סי' סא (מקבילה, בשינויים: שו"ת ראנ"ח, סי' פו). ראו עליו: מאיר בניהו, "דפוסי תורכיה שאינם אלא דפוסי איטליה: מקצת דברים על ספרי מהראנ"ח ועל תולדותיו", סיני עב (תשל"ג), עמ' קסג-קפד; גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ג, עמ' 1015.

היה זוכה במחצית הנדוניה מכוח התקנה, ובנה של לאה לא היה מקבל דבר. אולם, קובע הראנ"ח, לעניין תקנת ההישבון בן מומר אינו נחשב "זרע" וכאילו הוא איננו, ולכן גם אין בכוחו להעביר את הזכאות להישבון ליורשיו, כגון לילדיו או לאביו.<sup>242</sup> עדיין עולה השאלה, אם תקנת טוליטולה התכוונה רק לנדוניה שנתן אב לבתו כשהשיאה או לכל נדוניה שהביאה אישה, גם אם מדובר באלמנה שנישאה בשנית והביאה עימה נדוניה. הראנ"ח פוסק, כי "במקום שפשט המנהג שלא לחלק" בין המקרים, כמו בקושטא, יש תוקף למנהג זה. לכן בנידוננו, בהעדר "זרע" משותף, צריך הבעל לחלוק בנדוניה עם בנה של לאה.<sup>243</sup>

בהמשך דן הראנ"ח בשאלה גם לאור מנהג "קהלות ספרד" בעיר קושטא, אשר בניגוד ל"קהילות רומניא" שבעיר נהגו לפי "מנהג טוליט"ולא" ולא לפי לשון "תקנת טוליטולה".<sup>244</sup> לפי "מנהג טוליטולה" ומנהג "קהלות ספרד", אם אין לאישה "זרע" מבעלה יחלוק הבעל עם שאר יורשיה, אבל אם יש לה "זרע" ממנו יטול הבעל את הכול. הראנ"ח הציע את הסברה שבבסיס מנהג זה, ולאורה הגיע, אם כי בדרך שונה, לאותה הגדרה הלכתית ולאותה תוצאה שאליה הגיע לעיל לפי מנהג "קהילות רומניא" ו"תקנת טוליטולה": הבן המומר אינו נחשב "זרע" לעניין "מנהג טוליטולה", ובהיעדר "זרע" משותף לבני הזוג על הבעל לחלוק בנדוניה עם בנה של לאה.<sup>245</sup>

גם בתשובה אחרת, שעסקה בנושא "תקנת ההשבון", פוסק ראנ"ח לפי מנהג קושטא שאימץ את "תקנת טוליטולה", וגם בה הוא מתלבט בנוגע לפרשנות התקנה,

242 הראנ"ח מדגיש כי הפקעת הירושה נעשית רק "במומר שיצא מן הכלל, ואין רואין בו סימני תשוב[ה]". שאלת מעמדו ההלכתי של מומר חורגת מגבולות דיונו.

243 עם זאת, מחמת כמה ספקות פוסק הראנ"ח, כי אין להוציא מהבעל ומשני הבנים את מה שבדיו כל אחד מהם.

244 גם בשו"ת מים עמוקים, ח"ב, סי' סו, כותב הראנ"ח, כי הוא מתקשה לקבוע מה המנהג בקושטא בנוגע לתחולת תקנת טוליטולה. וראו לעיל הערה 18.

245 לדבריו, הסברה שביסוד "מנהג טוליטולה" היא "שלא תסוב נחלה", היינו למנוע מצב שכל נכסי כתובת האישה יעברו ליורשי הבעל, ולהביא לכך שלפחות מחציתם יעברו לידי יורשיה. לכן, כאשר היה לאישה "זרע" מבעלה, אין בעיה שהבעל יירש את כל נכסיה כדין תורה, שכן אחרי מותו יעברו נכסים אלו לילדיהם המשותפים, לבנים כירושה ולבנות כ"פרנסה". אולם, כיוון שלפי ההלכה בן מומר אינו יורש את אביו, המסקנה היא כי אין להחשיבו כ"זרע" לעניין "מנהג טוליטולה".

אם כי התלבטותו נוגעת לחלק אחר שלה.<sup>246</sup> הוא מצטט מפסיקות קודמיו ומסתפק בשאלה, אם הוראתם הושתתה על פרשנות לשון התקנה או שהייתה "על פי מנהג שידעו שפשט כן". את קביעתו כי מנהג קושטא הוא על פי "תקנת טוליטולה" מבסס הראנ"ח על הרא"ם "בתשובה", וייתכן שכיוון לתשובתו שנידונה לעיל.<sup>247</sup> גם בתשובותיו האחרות מזכיר הראנ"ח פעמים רבות את דברי הרא"ם.<sup>248</sup> עם זאת, למיטב בדיקתי הוא אינו מזכיר את שיטת הרא"ם בנוגע לכוחם של מנהגי ממון לבטל הלכה,<sup>249</sup> ופסיקתו שלו היא כאמור שונה מזו של הרא"ם.

ר' אברהם די בוטון

גם חכם נוסף בן התקופה, ר' אברהם די בוטון (סלוניקי, 1545–1592), תלמידו של המהרשד"ם, פוסק כי מנהג ממון אינו זקוק לגיבוי כדי לבטל הלכה.<sup>250</sup> הוא דן בשאלה, אם לווה חייב לפרוע הלוואה במטבעות שלמים.<sup>251</sup> ראד"ב פוסק, שכיוון שנהגו לפרוע הלוואות במטבעות העוברים בין הסוחרים גם אם אינם שלמים, הרי זה כאילו התנו על כך בפירוש מתחילה, "אף על פי שכתוב בשטר בהפך". הוא קובע, כי יש תוקף לכל מנהג ממון, גם אם אינו "מנהג ותיקין", בתנאי שאינו "מנהג גרוע" ואינו "בפירוש נגד דין תורה" או נגד תקנות חכמים, כדוגמת תקנות טוליטולה, שתוקפן "מדין תורה".<sup>252</sup> ראד"ב מתבסס על סוגיות הבבלי של דורשין לשון הדיוט

246 שו"ת מים עמוקים, ח"ב, סי' ה': "כפי מ"ש [=מה שכתב] הרא"ם ז"ל בתשובה (ייתכן שכיוון לשו"ת הרא"ם [לעיל הערה 63]), מנהג קושטאנדינה הוא על פי תקנת טוליטולה" (הטענה שכך הוא המנהג בקושטא נזכרת גם בשו"ת מים עמוקים, ח"ב, סי' סא). האישה ילדה בת ומתה אחרי ט"ו חודשים, וכ"ג ימים אחרי מותה נפטרה גם בתה. לשון התקנה שציטט: "אם תפטר האשה תחת בעלה ולא תשאר לו ממנה זרע של קיימ[א], שכוונתנו ב'זרע של קיימא' שיחיה אותו הזרע בחיי האם ולאחר פטירתה שלש[ים] יום [יחלוק הבעל בנדוניתה עם יורשיה]". השאלה הפרשנית: האם כדי שייחשב שהשאירה "זרע של קיימא" לעניין תקנה זו די שהבת תחיה ל' יום או שצריך שהיא תחיה לפחות ל' יום לאחר פטירת אימה?

247 ראו בהערה הקודמת.

248 הראנ"ח מזכיר את הרא"ם בתשובות רבות, הן בשו"ת ראנ"ח הן בשו"ת מים עמוקים, חלק ב.

249 ראו לעיל, ליד הערה 109.

250 שו"ת לחם רב, סי' י, ד"ה ובר מדין. כתב את החיבור "לחם משנה" על הרמב"ם. ראו עליו: גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך א, עמ' 511.

251 שאלה זו נידונה גם בתשובת ר' יוסף ׳ עזרא, לעיל ליד הערה 137, וראו גם לעיל הערה 138.

252 ראד"ב מבסס קביעה זו על אחד מהסבריו של הרא"ם לשו"ת הרא"ש (לעיל הערה 56). ראו לעיל הערה 98.

ושל תחילת פרק השוכר את הפועלים ועל הרמב"ם שאינו דורש בפסקיו "מנהג ותיקין".<sup>253</sup>

גם בתשובה אחרת מעניק ראד"ב תוקף למנהג סוחרים. כמו חכמים נוספים בני זמנו גם הוא נדרש לדון בתוקף "מנהג סוחר העיר", המנוגד להלכה, שהתחייבות בכתב ידו של המתחייב נחשבת כשטר, וכי אין הוא יכול לטעון כנגדה "פרעתי".<sup>254</sup> ראובן הוציא התחייבות כספית שכתב לו שמעון. שמעון לא הכחיש את החוב אולם טען כי לוי, שותפו של ראובן, חייב לו אותו הסכום ועל כן הוא זכאי לקזו בין שני החובות ופטור מלפרוע לראובן. המשיב דוחה את טענתו של שמעון בחמישה נימוקים, והאחרון שבהם, שבו דן בקיצור: כיוון שכך נהגו הסוחרים "מנהגם מנהג וראוי ללכת אחריו".

ר' יוסף מטרנני (מהרי"ט)

ר' יוסף מטרנני, המהרי"ט (צפת-אסתאנבול, 1568–1639),<sup>255</sup> כאביו המבי"ט, מעניק תוקף גם למנהגי ממון המנוגדים להלכה, ואינו דורש גיבוי למנהג. כך למשל הוא נשאל על ראובן שהקדיש מיטלטלין ואחרי מותו טענה אלמנתו כי כל נכסיו היו משועבדים לכתובתה.<sup>256</sup> הוא פוסק כדעת הרא"ש והטור, שאומנם מן הדין מיטלטלין של החייב שנמכרו או הועברו לאחר משתעבדים לבעל חובו ולכתובת אשתו, וכי הללו רשאים לגבות מהם את חובם, אולם יש תוקף למנהג שלא לגבות ממיטלטלין אלו מחמת "תקנת השוק", היינו כדי שאנשים לא יחששו לקנות מיטלטלין.<sup>257</sup>

253 הוא מציין לרמב"ם, אישות כג, יב, ולפסקיו בהל' מכירה, סוף פריקם כו, כח, ראו לעיל הערה 85. מעניין שראד"ב אינו מציין לתשובותיו הרבות של רבו המהרשד"ם בנושא דנן, אשר נידונו לעיל.

254 שו"ת לחם רב, סי' רל. וראו לעיל הערה 208.

255 המהרי"ט היה ראש ישיבה בצפת, יצא בשליחות היישוב לאסתאנבול בשנת 1599 ושם מונה לראש ישיבה. ראו עליו: חיים בנטוב, "רשימות היסטוריות של רבינו יוסף מטרנני", בתוך: תשובות ופסקי מהרי"ט החדשים, (צבי יהושע לייטנר מהדיר), ירושלים תשל"ח, עמ' א-כז; גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ב, עמ' 559.

256 תשובות ופסקי מהרי"ט החדשים, סי' ח.

257 שו"ת הרא"ש (לעיל הערה 61); טור, חושן משפט ס. לדעת המהרי"ט, גם בהקדש יש "תקנת השוק" כמו במכר ובמתנה. תלמידו, ר' חיים בנבנישתי (שו"ת בעי חיי, חושן משפט, ח"א, סי' קצו), מסתפק בשאלה זו ודן בין היתר בדבריו.

בתשובה אחרת<sup>258</sup> דן המהרי"ט בראובן, סוחר יהודי-עות'מאני, ששלח לשמעון, סוכנו ("פאטור") שבונציה, עורות עזים ("קורדובאניש"),<sup>259</sup> וביקשו למוכרם באופן מידי בכל מחיר, ואם לא יצליח בכך להחליפם בסחורה אחרת, ולשלוח אליו בחזרה ("ריטורנו") את התמורה או את הסחורה המוחלפת.<sup>260</sup> שמעון לא השיב לראובן ולא עשה כבקשתו משיקולי כדאיות כלכלית אישית. ראובן נאלץ לנסוע לוונציה, גילה כי העורות שלו התקלקלו, הוציא הוצאות רבות כדי לתקנם, ומכרם. בין השניים התעורר ויכוח אם לשמעון מגיע שכר בעבור טרחתו בסוכנות ("פטוריה").<sup>261</sup>

המהרי"ט קובע: "ועל דבר הפאטוריאש [=הסוכנות], זה תלוי במנהג המדינה", ואם נהגו שה"פאטור" יכול לעכב את הסחורה באוצרו בעבור תשלום שכר טרחתו כסוכן ולא ליתנה אפילו לבעליה – יש לכך תוקף. אולם, גם אם זה הוא המנהג, במקרה דנן לא ביצע הסוכן את שליחותו וגם מסר לבעלים את הסחורה בלא כל תנאי והבעלים הם שטרחו במכירתה, ולכן אין הוא זכאי לשכר.

בתשובה נוספת מעניק המהרי"ט תוקף גם ל"מנהג העיר שמה שכתוב בפנקס ההקדשות קיים ונצחי, והפנקס נאמן לכל דבר אפילו נגד כמה עדים", בנימוק "שכל מנהג פשוט כמאן דאתנו [=כמי שהתנו] בפיי' [רוש] דמי [=דומה]".<sup>262</sup> את תוקפם של מנהגי ממון הוא מבסס בתשובה זו וגם בשתי אחרות על סוגיית דורשין לשון הדיוט, ובאחת מהן הוא מתבסס גם על דברי רב האי גאון.<sup>263</sup>

258 שו"ת מהרי"ט, למברג תרכ"א, ח"ב, חושן משפט, סי' קי (=שו"ת מהרי"ט, ויניציאה ת"ה, ח"ג, סי' קי). תשובה זו מופיעה גם בתשובות ופסקי מהרי"ט החדשים, סי' כח.

259 בספרדית: קורדובאן (יחיד), קורדובאניש (רבים) – "עורות עזים זופים". מקור השם: "קורדובה (Córdoba), עיר התהילה בעיבוד עורות אלה". ראו: Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, 2018, Online: <https://dle.rae.es/?id=ArPNUMA>), s.v. *cordobán*.

260 בספרדית: ריטורנו – חזרה. ראו: לאה בורנשטיין (מקובצקי), מפתח לשאלות ותשובות ר' שמואל די מדינה, רמת-גן תשל"ט, בערך "ריטורנו", עמ' 261.

261 על "פאטור" ו"פאטוריה" ראו לעיל הערה 128.

262 שו"ת מהרי"ט, למברג תרכ"א, ח"ב, חושן משפט, סי' קא.

263 התשובות האחרות: (1) שם, סי' סו (אלמנה מכרה לשמעון חזקת מגורים בנכסים שחלקם נמכר לשר וחלקם הועבר להקדש, ווקף), וכתבה לו שטר מכר ואחריות. לאחר למעלה משלוש שנים היא פנתה ל"מותיילי", הממונה הראשי על הווקף, כדי שישלם את הקונה בטענה שלא שילם את מלוא התמורה. המהרי"ט פוסק שאם נוהגים לכתוב שטר מכר לפני שמשלמים, על הקונה הראיה ששילם. הוא מסתמך, בין היתר, על המדכי בשם רב האי גאון [לעיל הערה 217]: (2) שם, סי' צח (ראובן השתדך לרחל והתנו שהחזור בו ישלם קנס. חתן העלים את העובדה שכבר קידש אישה אחרת, ובשל כך ביטלה אם רחל את השידוכין. המהרי"ט פוסק כי במקום



ר' יהושע בנבנישתי

ר' יהושע רפאל בן ישראל בנבנשתי (אסתאנבול, בערך 1595–1668)<sup>264</sup> נשאל: ראובן גידל יתומה בביתו, השיאה לשמעון והרשה להם לגור בבית שלו בלי לומר אם זה בשכירות או בחינם. לאחר שעברו שבע עשרה שנה שבהן התגורר שמעון בבית בלי לשלם, בלא שראובן עשה דבר, החליט ראובן לתבוע ממנו דמי שכירות. לטענתו, לאחר עבור שלוש שנים מעת ששמעון התגורר בבית הוא התרה בו: "תדע שאיני נותן דירה אלא בשכירות", אולם אין לכך עדים ושמעון הכחיש זאת.

המשיב קובע, כי כיוון ששמעון גר בבית שלוש שנים ומעלה יש לו בו "חזקה", ולכן יש להאמין לטענתו שהוא קיבל מראובן את זכות המגורים בחינם, "מיגו [=מתוך]" שיכול היה לטעון טענה טובה יותר, היינו שקנה את הבית מראובן, והיה נאמן בטענה זו.<sup>265</sup> אולם, מוסיף רי"ב, אם לראובן יש עדים ששמעון התחיל לגור בבית לא כבעל זכות אלא כשואל, בטלה טענת ה"מיגו" של שמעון, שכן כעת אין הוא עוד יכול לטעון שנכנס לבית כקונה. לכן, יישבע ראובן שהתרה בשמעון כי עליו לשלם, ואז יהיה זכאי לקבל ממנו דמי שכירות כפי שיקבעו שני שמאים, ואין עליו להפסיד בשל כך שהשתהה בתביעתו.

אולם, אחרי שחתם ר"י בנבנישתי על פסקו נאמר לו, כי הבית שהרשה ראובן לשמעון לגור בו הוא וקף משפחתי ("קרקע של באקוף [צ"ל: ואקוף] אולד"), כלומר הקדש מוסלמי, וכי יהודי שהיה מורישו של ראובן הקים הקדש בעבור משפחתו תוך שימוש במוסד המשפטי המוסלמי "וקף". אותו מוריש ציווה, כנהוג במשפט המוסלמי שנהג באימפריה העות'מאנית, כי הבית שהקדיש כווקף יעבור לזרעו ולזרע זרעו עד עולם ולא ימכרוהו או יתנוהו במתנה לאיש, וכי אם ייפסק זרעו ישמש בית זה "להקדש עניים ישראלים וישמעאלים [=מוסלמים]".<sup>266</sup> לפי "נמוס [=חוק] המלך

שנוהגים להתנות בכתובה שלא יישא אישה נוספת, המשודכת פטורה מן הקנס, כי אישה נישאת על דעת המנהג). סוגיית דורשין לשון הדיוט צוינה לעיל, הערה 8.

264 דיין ופוסק באסתאנבול, למד בישיבת המהרי"ט, חיבר את פירושו "שדה יהושע" על הירושלמי, אחיו של בעל "כנסת הגדולה". ראו עליו: בורנשטיין מקובצקי, "לתולדות קהילת קושטא", (לעיל הערה 11), עמ' כז, הערה 3; עזרא בר שלום "מבוא ופתח דבר", בתוך: שאלות ותשובות שער יהושע [...] על חושן משפט כרך א, (עזרא בר שלום מהדיר), ירושלים תשמ"ב, עמ' 9–18; גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך ג, עמ' 1261–1262.

265 שו"ת שער יהושע, חושן משפט, סי' כו. על טענת "מיגו" ראו לעיל, הערה 228.

266 הצורה "ואקוף" (Vakuf) הייתה ההגיה התורכית-עות'מאנית למונח השרעי "וקף", הקדש, הלקוח מערבית. יצירת וקף מעבירה את הבעלות בנכסים באופן נצחי לא-ל, ולכן לא ניתן באופן עקרוני למוכרם או לבצע בהם פעולה קניינית אחרת. עם זאת, המקדיש זכאי להגדיר מי

ושופטים" מוסלמים אי אפשר למכור נכסי וקף. רי"ב מספר, כי "כמה מהגדולים" פסקו, מכוח העיקרון "דינא דמלכותא דינא", כי גם לפי ההלכה אין תוקף למכירת נכסי וקף, "ובפרט כשהוא [=כשהזכאות להנאה מהם עוברת] אגול אוגולה [=מבן לבן] – כלומר מזכר לזכר שאין הבנות בכלל", כך שאין הדין המוסלמי בנידון מנוגד לדין תורה שבנות אינן יורשות.

לאור פסיקה זו טוען המשיב, כי לשמעון אין טענת "מיגו" שקנה את הבית, שכן לפי החוק וממילא גם לפי ההלכה, הוא לא יכול היה לקנותו כי מדובר בווקף. הוא מוסיף כטיעון חלופי, כי גם אלמלא הייתה מניעה חוקית והלכתית למכור נכסי וקף, די בכך שיש "מנהג בעלמא" שלא למוכרם, וקובע על סמך ראשונים, כי יש לפסוק לפי "המנהג" אף כדי להוציא ממון מן המוחזק.<sup>267</sup> רי"ב מעניק אם כן תוקף למנהג ממון גם אם מקורו בחוקי הגויים או במנהגיהם,<sup>268</sup> וגם אם לא זכה לגיבוי בדמות "מנהג ותיקין" או תקנה.

בתשובה אחרת<sup>269</sup> נשאל ר"י בנבנישתי, אם יש תוקף לשותפות שעשו שלושה אנשים בקושטא באמצעות "שבועה חמורה בכל תוקף כנהוג", אף על פי שמדובר ברווחים שטרם באו לעולם, שאי אפשר לקנותם לפי ההלכה. המשיב סובר כי שותפות זו תקפה מעיקר הדין, אך הוא מוסיף כי יש לה תוקף גם מכוח המנהג, וקובע

הנהנים מפירות ההקדש לפי המטרות שקבע, כל עוד מדובר במטרות חסד לפי האסלאם. יהודים שביקשו להקים הקדש בעבור מטרה שאינה מטרת חסד לפי האסלאם, כגון בעבור מתפללי בית כנסת, הוסיפו את התואר "עניים" וכך הפכו את הנהנים למטרה לגיטימית להקדש. בהקדש משפחתי נהגו לעיתים קרובות, כבמקרה דנן, לציין את הילדים כנהנים ראשונים, אחריהם את צאצאיהם, ואת מטרת החסד רק לאחר שייעלמו כל הצאצאים (תודה לפרופ' אייל ג'יניאו על הבהרת עניין זה). וקף משפחתי – בערבית: וקף אהלי או ד'רי – נקרא באזור התרבות התורכית: "וקף אוולאדי [בערבית ובתורכית עות'מאנית: הקדש ילדים]". ראו: חיים גרבר, "היהודים ומוסד ההקדש המוסלמי (וקף) באימפריה העות'מאנית", ספונות יז (תשמ"ג), עמ' 105–131. יהודי שהקדיש "וואקוף אוולאדי" לפי הדין השרעי נזכר גם בשו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' ו (תשובה זו נידונה אצל גרבר, שם, עמ' 109).

267 שו"ת שער יהושע (לעיל הערה 265), עמ' צא. הוא מסתמך על ראשונים שפסקו כך בעקבות דברי רב נחמן, בבא מציעא קי, ע"א: מרדכי, נימוקי יוסף, שו"ת מהרי"ק, צינונו לעיל הערה 217.

268 ראו בעניין זה לעיל הערה 212.

269 שו"ת שער יהושע, חושן משפט, סי' לז.

על סמך הרדב"ז והמהרש"ך כי "מנהג מבטל הלכה", גם אם מדובר במנהגי סוחרים שנהגו מעצמם.<sup>270</sup>

גם בתשובה נוספת<sup>271</sup> מעניק ר"י בנבנישתי תוקף מכוח מנהג הסוחרים להרשאה בכתב שנתן אדם לשליחו כדי שיקבל מפלוני פיקדון בעבורו. הוא מסתפק אם נוסח ההרשאה תקף לפי הדין רק אם הוא מופנה לנפקד או גם אם הוא מופנה אל השליח. הכרעתו היא, שכיוון שהרי"ף מבסס את תוקף ההרשאה על מנהג הסוחרים, יש לפסוק בעניין זה בהתאם למנהג סוחרי המקום.<sup>272</sup>

ר' חיים בנבנישתי (בעל כנסת הגדולה)

ר' חיים בן ישראל בנבנישתי (אסתאנבול-איזמיר, 1603–1673), אחיו הצעיר והנודע של ר' יהושע, מלוקט בחיבורו "כנסת הגדולה" דברי פוסקים בנוגע לתוקף מנהגי ממון.<sup>273</sup> הוא מביא דעות שונות בשאלה, אם כדי לבטל הלכה צריך המנהג להיות "מנהג ותיקין",<sup>274</sup> ופוסק על סמך דברי קודמיו, וביניהם הרא"ם, כי מחמת מחלוקת הפוסקים בנושא זה אי אפשר להוציא ממון מן המוחזק.<sup>275</sup>

270 שם (מהד' בר שלום, עמ' קלה), על סמך: תשובת רדב"ז בכתב יד (אוזכרה גם שם, עמ' קלג. כך פסק גם בשו"ת רדב"ז, ח"א, סי' שז, שפ); שו"ת מהרש"ך (לעיל הערה 240).

271 שו"ת שער יהושע, חושן משפט, סי' סב.

272 שם (מהד' בר שלום, עמ' ח-ט), על סמך: רי"ף, בבא קמא (לעיל הערה 20). המשיב מספר כי שאל סוחרים אם הם מוסרים פיקדון על סמך הרשאה שאינה מופנית אל הנפקד, חלק השיבו לו על כך בחיוב וחלק השיבו בשלילה.

273 כנסת הגדולה, חו"מ רא, הגהות בית יוסף (בכל הסימן). היה תלמידו של המהרי"ט ושל גדולי אסתאנבול אחרים. עליו ועל תשובותיו ראו: "תולדות רבינו המחבר", בתוך: שאלות ותשובות בעי חיי: חלק אורח חיים, לרבינו [...] חיים בנבנשת [...] יוצא לאור מחדש [...] 7–56 (מכון בית מאיר, תש"ע); יעקב ברנאי, "ר' חיים בנבנשתי ורבנות איזמיר בתקופתו", בתוך: ימי הסהר: פרקים בתולדות היהודים באימפריה העות'מאנית, עמ' 151–191 (מינה רוזן עורכת, 1996); גליק, קונטרס התשובות (לעיל הערה 97), כרך א, עמ' 151–152, 482–483. במחקר נכתב גם על יחסו לשבתאות.

274 כנסת הגדולה, שם, אות ד.

275 שם, אות ה: "כיון דאיכא פלוגתא [=מחלוקת] [...] הולכין אחר המוחזק, ובפרט כשבאין להוציא מן היתומים או מן הלקוחות". הוא מתבסס על: הרא"ם, לעיל ליד הערה 109; משא מלך, לעיל ליד הערה 134; ר' יששכר בער איילנבורג (פולין-איטליה-מורביה, בערך 1550–1623), שו"ת באר שבע, ויניציאה שע"ד, סי' כב.

בעל כנסת הגדולה נדרש לנושא דנן גם באחת מתשובותיו. הוא נשאל אם יש תוקף לכתבי ערבות בכתב ידו של הערב אף שלא נעשה מעשה קניין על הערבות.<sup>276</sup> הוא פוסק כי יש למסמכים אלו תוקף לפי ההלכה, אבל גם אלמלא כן הם היו תקפים מכוח מנהג הסוחרים. המשיב מציין, כי כבר הרי"ף פסק שיש תוקף להתחייבות שכתב אדם בכתב ידו, הנהוגה אצל הסוחרים,<sup>277</sup> ומוסיף וקובע על סמך פוסקים רבים, כי מנהג סוחרים תקף "אפי' [לו] נגד ההלכה". רוב המקורות שעליהם הוא מסתמך הם תשובות של חכמי האימפריה העות'מאנית במאות ה-16–17.<sup>278</sup> בדומה לחלקם הוא מתבסס גם על דברי הריב"ש<sup>279</sup> ועל סוגיית סיטומתא ודברי ראשונים בנוגע אליה.<sup>280</sup>

ר"ח בנבנישתי מפנה גם למקורות שאסף בנידון דנן בחיבורו "כנסת הגדולה", אך מוסיף כי אינו צריך לחקור אם צריך שמנהג הסוחרים יונהג על פי "ותיקין", ואם כן, האם כך אירע בנוגע למנהג הנידון. והסיבה, "מפני דבהסכמה אחת באו הפוסקים רובם ככולם, דבמנהג הסוחרים לא בעינן [=צריך] שיהא מנהג ותיקין".<sup>281</sup> אולם, חרף קביעה זו הוא אינו מאמץ את העמדה הנזכרת באופן מוחלט אלא מכריע, כפי שעשה גם בחיבורו, כי יש לפסוק כנהוג בכל ספק הלכתי: "ואם ימצא חולק על זה [הסובר שצריך 'מנהג ותיקין' גם במנהגי סוחרים], גדול כח המוחזק לומר קי"ל [=קים לי; מוחזק בידי]" כדעה שהיא לטובתי, ולכן אי אפשר להוציא ממון מידי המוחזק.

276 שו"ת בעי חיי (שו"ת כנסת הגדולה) חו"מ, ח"א, שאלוניקי תקנ"א, סי' פט. שמעון הלווה לראובן על פי שני כתבי ערבות שכתב לוי לראובן בכתב ידו. התשובה נכתבה באיזמיר, שם כנראה בוצעה ההלוואה, ולוי היה בקושטא.

277 רי"ף, בבא קמא (לעיל הערה 20).

278 מסתמך על: המבי"ט (שאותו כינה "רבי[נן] הגדול") בשלוש תשובותיו שנידונו לעיל, ליד הערה 196–203; שו"ת המהרשד"ם (לעיל הערה 208), ואינו מציין לתשובותיו האחרות, שבחלקן סייג את כוח המנהג לבטל הלכה. ראו לעיל ליד הערה 218–218; שו"ת המהרש"ך (לעיל הערה 237); שו"ת המהריב"ל (לעיל הערה 127); ר' שמואל קלעי (ארטא, יוון, בערך 1500–1585), שו"ת משפטי שמואל, סי' כט, מז, עא.

279 שו"ת הריב"ש, סי' קה, קכח, שמה. המשיב אינו מעיר על כך שבסי' קה ובסי' שמה, בניגוד לסי' קכח, מסייג הריב"ש בעמדתו השנייה את יכולת המנהג לבטל הלכה גם אם אינו 'מנהג ותיקין' לשלושה תחומים בלבד. ראו לעיל ליד הערה 40.

280 מגיד משנה בשם רשב"א (לעיל הערה 89); רבינו ירוחם, מישרים, נתיב ט, חלק ד, לא ע"ד.

281 שכן, תוקפם של מנהגי סוחרים מעוגן כבר בסוגיית סיטומתא שבבבלי. ראו לעיל, הערה 5, 40.

### סיכום ומסקנות

מאמר זה דן בעמדות חכמי ההלכה במאות השש-עשרה – השבע-עשרה באסתאנבול (קושטא) ובסלוניקי באחת השאלות הבסיסיות והחשובות ביותר בדיני ממונות: האם יש בכוחו של מנהג ממון כשלעצמו לבטל הלכה, או שמא תוקפו של מנהג ממון לבטל הלכה מותנה בכך שקיבל גיבוי באחת מן הדרכים הבאות: המנהג נקבע על ידי חכמי הלכה או קיבל את אישורם – בלשון הפוסקים: "מנהג ותיקין" – או שהוא נתקן כתקנה על ידי בני העיר או על ידי בית דין, ואז למעשה כבר אינו "מנהג" אלא "תקנה"?

במסגרת המחקר נבדקו דבריהם של שמונה עשר חכמי הלכה בשישים ושישה מקורות, כמעט כולם תשובות.<sup>282</sup> חלק גדול מהתשובות עסק במנהגים הנוגעים לענייני מסחר,<sup>283</sup> לזכויות ממוניות שבין בני זוג<sup>284</sup> ולירושה בתוך המשפחה.<sup>285</sup> את הממצאים שנפרט להלן, יש לקרוא בשים לב לכך שהמחקר לא התיימר לכלול את כל חכמי אסתאנבול וסלוניקי במאות השש-עשרה – השבע-עשרה.

מחקר זה גילה, כי כמו אצל הראשונים, כך גם בקרב חכמי סלוניקי ואסתאנבול לא הייתה דעה אחידה בנידון. את דעות החכמים שכתביהם נבדקו אפשר לחלק לשתי קבוצות. עשרה מהם פסקו, כעולה מפשטות כל המקורות התנאים והאמוראיים, כי מנהג ממון "מבטל הלכה" – היינו יש לפסוק על פיו ולא לפי הדין הרגיל – וכי הוא אינו זקוק לשם כך לגיבוי כלשהו. חכם נוסף נטה אף הוא לעמדה זו, אך לבסוף הכריע כי בשל מחלוקת הפוסקים בנידון ובשל הזכות לטעון "קים ליי", אי אפשר להוציא ממון ממי שמוחזק בו, אלא אם המנהג הוא "מנהג ותיקין".<sup>286</sup>

- 282 שני מקורות בלבד הם חיבורים הלכתיים שאינם ספרי שו"ת: משא מלך וכןסת הגדולה.
- 283 למשל: המנהג שאי אפשר לטעון "פרעתי" כנגד התחייבות של אדם בכתב ידו (6 תשובות), יחסים שבין סוחר לבין סוכן ("פאטור") שלו או של סוחר אחר (4), שטרי ערבות (2), פרעון הלוואה במטבעות שאינם שלמים (2); ענייני מיסים (2).
- 284 למשל: החזרת נדוניית האישה או מחציתה לאחר פטירתה לאביה או ליורשיה האחרים ותקנת טוליטולה (6 תשובות), זכות האלמנה לרשת את נכסי בעלה (4), זכות האלמנה לגביית עיקר כתובה, נדוניה ותוספת (3), החזרת מתנות שקיבלו החתן או הכלה לרגל הנישואין מהוריהם, לאחר פטירתם (3).
- 285 למשל: צוואה שנעשתה על ידי סופר ועדים גויים (2 תשובות), בנות נשואות יורשות כמו הבנים (1), בכור יורש כיתר אחיו (1), ירושת הנדוניה וירושת אישה את בעלה (צוינו בהערה הקודמת).
- 286 העשרה הם: חכמי קושטא (5 חכמים) – ר' תם ן' יחיאי, ר' יצחק דונדון, ראנ"ח, מהרי"ט, ר' יהושע בנבנישתי; חכמי סלוניקי (5) – מהרשד"ם (אם כי במיעוט תשובותיו פסק אחרת).

מספרם של חכמי סלוניקי ואסתאנבול שדבריהם נבדקו ואשר תמכו בעמדה ההפוכה, היה נמוך יותר. רק ארבעה מהם פסקו, כי אין בכוח מנהג ממון שלא ניתן לו גיבוי על ידי חכמים או על ידי תקנת בני העיר לבטל הלכה. שלושה חכמים נוספים נטו גם הם לעמדה זו, אולם מחמת מחלוקת הפוסקים וטענת "קים לי" פסקו לבסוף, כי אין להוציא ממון מן המוחזק גם אם המנהג התומך בטענתו לא קיבל גיבוי.<sup>287</sup> רוב חכמי אסתאנבול וסלוניקי שכתביהם נכללו במחקר זה (עשרה מתוך שמונה עשר) פסקו אם כן, כי יש תוקף למנהג ממון לבטל הלכה גם כאשר לא ניתן לו גיבוי בדמות של "מנהג ותיקין" או של תקנת קהל. ארבעה חכמים פסקו כדעה המנוגדת, ואילו ארבעה אחרים לא הכריעו במחלוקת בעניין זה, ולכן פסקו כי בשל הספק יישאר הממון בידי המוחזק בו.

עשרות המקורות ההלכתיים שנותחו במסגרת מחקר זה מעידים על תפקידם החשוב של מנהגי סוחרים ושל מנהגי ממון בכלל לעיצוב הכלכלה והמשפט בערי האימפריה העות'מאנית במאות ה"ז–ה"י, ועל השפעתם הרבה של מנהגים אלו על פסיקת ההלכה בדיני ממונות. לא פלא אפוא כי שאלת תוקפם של מנהגי ממון שצמחו "מלמטה", מן הציבור, ללא גיבוי של חכמים או של תקנות קהל, העסיקה רבות את חכמי התקופה. כאמור, המחלוקת בעניין זה, שהתחילה בתקופת הראשונים, המשיכה להתקיים גם בקרב חכמי ההלכה באימפריה העות'מאנית.

אצל כמה מחכמי סלוניקי ואסתאנבול אין התאמה בין עמדותיהם בתשובות שונות שכתבו בנושא דנן.<sup>288</sup> תופעה זו אירעה בנידוננו גם אצל שניים מן

מבי"ט, ר"י אדרבי, מהרש"ך, ר' אברהם די בוטון. חכם נוסף מקושטא שנטה לעמדה זו, אך לבסוף פסק שאין להוציא ממון מספק: ר' חיים בנבנישתי.

287 הארבעה הם: חכמי סלוניקי (2 חכמים) – ר' אהרן פרחיה, ר' מאיר מלמד; חכמים שחיו הן בקושטא והן בסלוניקי (2) – מהריב"ל, ר' אהרן ששון. שלושת החכמים שנטו לעמדה זו, אך לבסוף פסקו, כי אין להוציא ממון מספק: קושטא – רא"ם; סלוניקי – ר' יוסף ן' עזרא, ר' חיים שבתי.

288 מהרשד"ם, ר' תם ן' יחייא, מהריב"ל, ר"י אדרבי (בנוגע לשלושת האחרונים הוצע לעיל יישוב לסתירות). סתירה מצויה גם אצל ר' שמואל קלעי – בתשובה אחת הוא קובע נחרצות שצריך "מנהג ותיקין" כדי לבטל הלכה, כדעת האור זרוע והמרדכי (שו"ת משפטי שמואל, סי' קד), ואילו בשלוש תשובות אחרות הוא פוסק כי אין צורך ב"מנהג ותיקין" (שם, סי' כט, מז, עא). בתשובה נוספת הציג את שתי הדעות בלא להכריע ביניהן (שם, סי' קג). ראו עליו: מאיר בניהו "רבי שמואל לבית קלעי" בתוך: שו"ת משפטי שמואל, (מאיר בניהו מהדיר), ירושלים תשמ"ט, עמ' ז–כב.

הראשונים.<sup>289</sup> אין בידי לקבוע לעת עתה, אם הייתה סיבה מיוחדת לקיומן של סתירות דווקא בנידון דנן ואם התופעה המתוארת כאן חורגת מן התופעה הכללית, המצויה אצל ראשונים ואחרונים גם בעניינים אחרים, של סתירות בין תשובותיו של אותו משיב. עם זאת, מדברי כמה מן הראשונים והאחרונים משתמע, ולעיתים הדבר אף נאמר במפורש, כי התלבטו כיצד לפסוק בשאלת הצורך של מנהגי ממון בגיבוי.<sup>290</sup> ייתכן שהתלבטות זו הייתה הסיבה או אחת הסיבות לסתירות בדבריהם בנידון דנן. חמישה מבין עשרת החכמים שפסקו, כי מנהג ממון אינו זקוק לגיבוי כדי לבטל הלכה, נימקו דבריהם באמצעות הסברא, שמופיעה כבר אצל הראשונים, כי אנשים מתקשרים ביניהם על דעת המנהג וכאילו התנו על כך, היינו שהמנהג הממוני נחשב לתנאי מכללא בעסקה.<sup>291</sup> החכמים שפסקו כך הסתמכו על כמה מקורות תלמודיים, והעיקריים שבהם: המשנה בראש פרק השוכר את הפועלים, שקבעה בנוגע לענייני עובד ומעביד "הכל כמנהג המדינה", דברי הירושלמי בנוגע אליה "המנהג מבטל את ההלכה" וסוגיית הבבלי שם;<sup>292</sup> וכן סוגיות סיטומתא ו"דורשין לשון הדיוט" שבבבלי;<sup>293</sup> אולם גם על מקורות תלמודיים אחרים.<sup>294</sup> בעלי דעה זו התבססו גם על

- 289 הרא"ש, לעיל ליד הערה 56–63 (לסתירה זו הוצעו כמה תשובות, ראו לעיל הערה 63 וליד הערה 65); המהרי"ק, לעיל ליד הערה 80–84.
- 290 מפורש – רא"ם, לעיל ליד הערה 109; מהרח"ש, לעיל ליד הערה 149. משתמע – הציגו את שתי הדעות בלא להכריע ביניהן: ריב"ש, לעיל יד הערה 42; ר' שמואל קלעי (לעיל הערה 288).
- 291 כך כתבו: מהרשד"ם, לעיל ליד הערה 213; ר' תם ן' יחייא, לעיל ליד הערה 176; ר' יצחק דון דון, לעיל ליד הערה 188; ר"י אדרבי, לעיל ליד הערה 231; ר' אברהם די בוטון, לעיל ליד הערה 250. גם הרא"ם, לעיל ליד הערה 98, הזכיר סברה זו, אך לבסוף פסק אחרת. סברה זו נזכרה כבר אצל הרמב"ם והרשב"א, ראו לעיל, ליד הערה 87 ובהערה 89.
- 292 הסתמכות על העיקרון "מנהג מבטל הלכה" – ר' תם ן' יחייא, לעיל ליד הערה 172; ר"י אדרבי, לעיל ליד הערה 229; מהרש"ך, לעיל ליד הערה 237–239; ר"י בנבנישתי, לעיל ליד הערה 270; על המשנה וסוגיית הבבלי – ר"א די בוטון (לעיל הערה 253).
- 293 הסתמכות על סוגיית סיטומתא – שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' קצג, שכז; שו"ת מבי"ט, ח"א, סי' רצב; שו"ת מהר"י אדרבי, סי' שסב; שו"ת מהרש"ך, ח"ב, סי' רכט, רה; על סוגיית "דורשין לשון הדיוט" – תשובת ר' יצחק דון דון, הובאה בשו"ת אהלי תם, סי' רי; שו"ת מהרש"ך, ח"א, סי' קצו; שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חו"מ, סי' סו, צח, קא; שו"ת לחם רב, סי' י.
- 294 הסתמכות על הבבלי, בבא מציעא קי, ע"א (לעיל ליד הערה 7) – שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' קמח; שו"ת מהרי"ט, ח"ב, חושן משפט, סי' סו; שו"ת שער יהושע, סי' כו; על המשנה, בבא בתרא (לעיל הערה 2) – שו"ת אהלי תם, סי' קכ; על הברייתות בעניין מנהגי החמרים והספנים (לעיל הערה 3) – שם. אומנם, ר' בנימין בן מתתיה (ארטה, יוון-ונציה, מחצית ראשונה של

דברי פרשנים ופוסקים, רובם ראשוני ספרד, וביניהם רב האי גאון, הרי"ף בהלכותיו, הרמב"ם בפסקיו, הראב"ד, הרא"ש, הרשב"א, הריב"ש והטור.<sup>295</sup> העמדה השנייה והמנוגדת בקרב חכמי סלוניקי ואסתאנבול בתקופה הנידונה הייתה כאמור, כי מנהג ממון זקוק לגיבוי כדי שיוכל לבטל הלכה, כלומר עליו להיות "מנהג ותיקין" – היינו מנהג שחכמים הנהיגו או אישרו – או להיקבע כתקנת קהל. את הצורך ב"מנהג ותיקין" השתיתו חכמי הלכה אלו, מבין דברי הראשונים, בעיקר על דברי בעל האור זרוע ועל המרדכי שהביא את דבריו,<sup>296</sup> אך גם על דבריהם של חכמי אשכנז אחרים: רבנו תם בתשובה ובתוספות, בעל הגהות מיימוניות, בעל תרומת הדשן והמהרי"ק.<sup>297</sup>

המאה ה-16), שו"ת בנימין זאב, סי' שסא, טוען כי מדובר במקרה שהספנים והחמרים קבעו את ההסדרים כתנאי ביניהם ולא בסתם מנהג. הוא מסתמך על דברי ר"י בתוספות (בבא קמא קטז, ע"ב, ד"ה ורשאים). כך מבאר, ייתכן שבעקבותיו, גם תלמידו ר' שמואל קלעי, שו"ת משפטי שמואל, סי' קד (והרחיק לכת וטען, כי כך יש לבאר בנוגע ל"כל מנהג [ממון] האמור בגמרא"). אולם, מפשטות הברריות הללו משתמע אחרת, וכך גם הבינו אותן ראשונים ואחרונים אחרים. הסתמכו על: רב האי גאון – מהרשד"ם (לעיל הערה 217) ציטט דבריו מהמרדכי, ור"י אדרבי (לעיל הערה 229) ומהרי"ט (לעיל הערה 263) ציטטוהו מהגהות מיימוניות; הרי"ף בהלכותיו: רי"ף, בבא קמא, לעיל הערה 20 (דיוקני) – ראו לעיל הערה 229, 272; רי"ף, בבא מציעא, נב ע"א מדפיו, בשם הירושלמי (לעיל הערה 4) – ראו לעיל הערה 216, 217, 229; רמב"ם – בעניין נדוניה ובענייני ממון בכלל (לעיל הערה 85): ראו לעיל הערה 213, 216, 217, 229, 253; ראב"ד – בהשגותיו על הרמב"ם (לעיל הערה 212), והטור בשמו בעניין "דיוקני" (לעיל הערה 217–217); רא"ש בתשובותיו ובפסקיו – ראו לעיל הערה 231, 237, 257; הרשב"א: מגיד משנה בשמו, לעיל הערה 89 (בחידושיו לסוגיית סיטומתא) – ראו לעיל הערה 209, 237; נימוקי יוסף בשמו – ראו לעיל הערה 229; שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רסח (על תוקף מנהגי ממון) – ראו לעיל הערה 213; שו"ת הריב"ש, לעיל הערה 42 (ולא ציינו כי בשתי תשובותיו האחרות הוא נטה לגישה אחרת, ראו לעיל הערה 40) – מבי"ט, לעיל הערה 196; מהרשד"ם, לעיל הערה 210, 213; מהרש"ך, לעיל הערה 238; טור – ראו לעיל הערה 213, 216, 217, 240, 257. חכמי סלוניקי ואסתאנבול הסתמכו גם על פסיקת הראשונים שנתנו תוקף ל"דיוקני" (לעיל הערה 20) – ראו לעיל הערה 216, 229.

רא"ם, לעיל ליד הערה 102, ואחרים בעקבותיו. הסתמכו על: רבנו תם בתשובה – מהרשד"ם (לעיל הערה 224); מהרח"ש (לעיל הערה 147); רבנו תם בתוספות – רא"ם (לעיל ליד הערה 103), ואחרים בעקבותיו; הגהות מיימוניות – רא"ם (לעיל ליד הערה 102); מהרח"ש (לעיל הערה 147); תרומת הדשן – רא"ם, לעיל ליד הערה 108; ר' יוסף ן' עזרא (לעיל הערה 135); שו"ת מהרי"ק, שורש ח – שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' כב, שד (לעיל הערה 218, 223); אה"ע קכט (לעיל הערה 224), הסתמך גם על שו"ת מהרי"ק, שורש קסא); שו"ת מהריב"ל, ח"א, סי' סד. אומנם, יש שביססו על תשובות אחרות



בעלי עמדה זו התבססו גם על כמה מראשוני ספרד אשר פסקו בתשובותיהם, כי מנהג ממון צריך להיות מתוקן כתקנה של בני העיר או של בית דין, בעיקר על תשובת הרי"ף (שאותה הכירו כתשובת "גאון"), וכן על הרמב"ן בחידושו ובתשובתו, נימוקי יוסף בשם הריטב"א, הרא"ש בפסקיו ובתשובותיו והריב"ש.<sup>298</sup> ראוי לשים לב, כי חכמי סלוניקי ואסתאנבול אחרים ביססו על דברי הרי"ף בהלכותיו ועל דברי הרא"ש והריב"ש בתשובותיהם דווקא את העמדה ההפוכה, ולפיה מנהג ממון אינו זקוק לגיבוי כדי לבטל הלכה.<sup>299</sup> כן ראוי לציין, כי כמה מחכמי סלוניקי ואסתאנבול שדגלו בעמדה השנייה הנ"ל הזכירו את שתי דרכי הגיבוי הנחוצות למנהג, הצורך ב"מנהג ותיקין" והצורך בתקנה, ולא העירו על ההבדל שביניהן.<sup>300</sup> לעומתם, המהרח"ש עמד במפורש על האבחנה שבין השתיים.<sup>301</sup>

היחיד מבין בעלי העמדה הדורשת גיבוי למנהג, אשר נימק בצורה מפורשת את הצורך ב"מנהג ותיקין", היה הרא"ש. הוא הסיק מדברי המרדכי, כי אישור של חכמים

של המהרי"ק את העמדה ההפוכה ולפיה מנהג ממון אינו צריך גיבוי, ראו: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' קח, קמח (לעיל הערה 215, 217); שו"ת דברי ריבנות (לעיל הערה 231. וראו לעיל, ליד הערה 79–83). תשובות מהרי"ק נדפסו לראשונה בוונציה בשנת רע"ט (1518/9). לפי עדות ר' יחיאל אשכנזי בתשובה מירושלים משנת שכ"ה (1566): "תשובות מהרי"ק מצויות בבית כל בר כי רב". מסתבר כי עדות זו מתייחסת גם למקומות שבהם חי לפני כתיבתה, והם: גליל אשטרייך, סלוניקי וייתכן שגם צפת. ראו: שמחה אסף, "מגנזי בית-הספרים בירושלים", בתוך: מנחה לדוד: קובץ מאמרים בחכמת ישראל, ירושלים תרצ"ה, עמ' רכה–רכו, רלג–רלה. 298 הסתמכו על: תשובת רי"ף – צוטטה מרבנו ירוחם, שם הובאה בשם "גאון" (ראו לעיל הערה 147, 220, 224); רמב"ן בחידושו – מהרח"ש, לעיל הערה 147; רמב"ן בתשובה – שו"ת פרח מטה אהרן (לעיל הערה 63); נימוקי יוסף בשם ריטב"א – מהרח"ש (לעיל הערה 147); רא"ש בפסקיו – רא"ש, ראו לעיל הערה 103; רא"ש בתשובותיו – רא"ש, ראו לעיל ליד הערה 104; מהרשד"ם, לעיל הערה 219, 223 (עמדתו במיעוט תשובותיו); מהריב"ל, לעיל ליד הערה 117; ריב"ש – המהריב"ל בשלוש תשובות (לעיל הערה 114, 116); ר' יוסף ׳ עזרא (לעיל הערה 136).

299 ראו לעיל ליד הערה 295.

300 למשל: מהרשד"ם – בשלוש תשובות (לעיל ליד הערה 218, 223, 224) הסתמך הן על שו"ת הרא"ש, שדרש שמנהג ייקבע כתקנה, הן על שו"ת מהרי"ק, שורש ח, שדרש "מנהג ותיקין", וראו לעיל הערה 219; המהריב"ל – בשלוש תשובות (לעיל ליד הערה 112–116) פסק כריב"ש, שדרש שמנהג ייקבע כתקנה, ובשתי תשובות אחרות (לעיל ליד הערה 117, 121) פסק שצריך "מנהג ותיקין". וראו לעיל ליד הערה 124.

301 מהרח"ש, לעיל ליד הערה 147.

למנהג נועד לשם ביקורת שלהם, כי המנהג אכן ראוי ואינו "מנהג גרוע".<sup>302</sup> אולם, דומה כי גם חכמי הלכה אחרים באימפריה שהתבססו על המרדכי או על דברי האור זרוע ורבנו תם שהובאו על ידו, או לפחות חלקם, הבינו באותו אופן את הדרישה ל"מנהג ותיקין". כך למשל, מדברי המהרשד"ם משתמע כי אישור של חכמי העיר למנהג, היינו "מנהג ותיקין", מבטיח כי המנהג אינו "נגד התורה".<sup>303</sup> בדומה לכך, המהרח"ש כותב כי אישור של חכמים מעיד, כי למנהג יש "שורש מן התורה", וייתכן שגם כוונתו דומה לזו של הרא"ם.<sup>304</sup>

כאמור, חכמי סלוניקי ואסתאנבול במאות ה"ט"ז-ה"י"ז הסתמכו בפסיקותיהם בנידוננו הן על הראשונים בצפון אפריקה ובספרד הן על הראשונים באשכנז, בצרפת ובאיטליה. המחקר לא הצביע על הבדל כמותי משמעותי במידת הסתמכותם על הראשונים המשתייכים לכל אחת משתי הקבוצות הללו. חכמי ההלכה בשתי ערים אלו הסתמכו כצפוי, לא אחת במידה רבה, גם על פסיקת קודמיהם באימפריה העות'מאנית. באופן מיוחד הם ביססו את פסקיהם על תשובותיהם של הרא"ם<sup>305</sup> ושל המהר"י בן לב.<sup>306</sup>

302 ראו לעיל ליד הערה 103.  
 303 ראו לעיל ליד הערה 222.  
 304 ראו לעיל ליד הערה 144 ובהערה הנ"ל.  
 305 ארבעה חכמים – ראו: שו"ת מהריב"ל (לעיל הערה 117); משא מלך, לעיל ליד הערה 134; שו"ת תורת חיים, ראו לעיל הערה 149; שו"ת תורת אמת (לעיל הערה 151). גם ר"א די בוטון הזכיר את הרא"ם אך פסק אחרת, ראו לעיל הערה 252.  
 306 ארבעה חכמים – ראו: שו"ת תורת חיים, ראו לעיל הערה 148; שו"ת תורת אמת, ראו לעיל הערה 152; שו"ת פרח מטה אהרן, ראו לעיל הערה 160; שו"ת משפט צדק, ראו לעיל הערה 167.