



קבלת הכרעות בקהילה היהודית לדעת רבינו תם להלכה ולמעשה

Author(s): יחיאל ש' קפלן

Reviewed work(s):

Source: *Zion* / ציון, Vol. (תשנ"ה), (ס'), חוברת ג', pp. 277-300

Published by: [Historical Society of Israel/](http://www.hsi.org/)

Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/70042603>

Accessed: 01/12/2011 16:57

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at

<http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp>

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.



Historical Society of Israel/ is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Zion* /.

<http://www.jstor.org>

קבלת הכרעות בקהילה היהודית לדעת רבינו תם להלכה ולמעשה*

מאת יחיאל ש' קפלן

א. מבוא

במשפט הגרמני והקנוני שנהג בצפון צרפת במאה הי"ב היה קיים פער בין הלכה למעשה. יחיד שמצא עצמו במיעוט נאלץ למעשה לבטל את רצונו מפני רצון הרוב, אף שהדבר עמד בסתירה לשיטות משפט אלה. ברצונו להציע, שפער מעין זה בין הלכה למעשה קיים גם בפסקי רבינו תם בנוגע לדרך קבלת ההכרעות בקהילה היהודית בצפון צרפת במאה הי"ב. במקורות שדנו בדרך קבלת ההכרעות בקהילה היהודית בימי הביניים הוזכרה דעת רבינו תם, שבקהילה היהודית בזמנו התקבלו הכרעות בהסכמת כלל החברים. אף במשפט הגרמני, שרווח בצפון צרפת בתקופה זו, הכרעות התקבלו בהסכמת הכל¹. י' בער טען כי הא בהא תליא. לדעתו, רבינו תם הושפע מן העקרונות של קבלת ההכרעות במשפט הגרמני של ימי הביניים, ולכן פסק שהכרעות בקהילה בכל אתר ואתר צריכות להתקבל בהסכמת כולם². גם לדעת ש' אלבק, שורשי שיטת ההכרעה בקהילות ישראל הנוכרת בכתבי רבינו תם נעוצים במושגים המקובלים בימי הביניים בסוגיה זו³. לדעת א"י איגוס, התפתחות ההלכה בשאלת דרך קבלת ההכרעות היא יהודית פנימית. הוא סבר, שקבלת ההכרעה בציבור היהודי נבעה מהתאמה מתמדת של המשפט העברי לבעיות החיים. לדעתו, עקרון ההכרעה על פי דעת רוב הציבור נהג במשפט העברי זמן רב לפני שרווח במשפט הנוכרי במערב אירופה, ולכן אין בסיס של ממש לטיעון, שרבינו תם עיצב את השקפותיו בסוגיית קבלת ההכרעות בקהילה בעקבות המשפט הנוכרי⁴. לדידו, ספק אם התפיסה העתיקה, הרווחת במשפט הגרמני הקדום

* תודתי לפרופ' א' גרוסמן ולפרופ' י' תא"ש שעל הערותיהם.

1 ראה להלן, סמוך להערות 50–57.

2 ראה: י' בער, 'היסודות וההתחלות של ארגון הקהילה היהודית בימי הביניים', ציון, טו (תשי"י), עמ' 39 (=הנ"ל), מחקרים ומסות בתולדות עם ישראל, ירושלים תשמ"א, ב, עמ' 98). השקפותיו בסוגיית רוב ומיעוט בהכרעות של הציבור נובעות מתפיסת עולם כוללת: 'היהודים קבלו מן הנוצרים את מושגיהם והגדרותיהם וסגלו אותם לתנאיהם המיוחדים'. ראה: הנ"ל, 'המגמה הדתית-חברתית של "ספר חסידים"', ציון, ג (תרצ"ח), עמ' 1 (=מחקרים ומסות, שם, עמ' 175). דבריו שם נאמרו בהמשך לטיעונו הכללי: 'קהילה היהודית שבצרפת הצפונית ובגרמניה המערבית לוקחת לה כקהילה לאומית-דתית את צורות הארגון של העיר הנוצרית... המושגים הפוליטיים... של שעבוד היחיד לרצון הרוב, מתפתחים במדה שווה אצל יהודים ונוצרים' (שם, עמ' 1–2 [=עמ' 175–176]).

3 ראה: ש' אלבק, 'יחסו של רבנו תם לבעיות זמנו', ציון, יט (תשי"ד), עמ' 27–29.

4 ראה: I.A. Agus, *Rabbi Meir of Rothenburg*, Philadelphia 1947, pp. 94–96; idem, 4

של ימי הביניים, שהכרעות צריכות להתקבל בהסכמת הכלל, היתה ידועה בגרמניה ובצרפת במאות הי'–הי"א.⁵ ח' סולוביצ'יק טען, שספק אם במאה הי"ג, לאחר זמנו של רבינו תם, עברה יהדות אשכנז מדרך קבלת הכרעות פה אחד לדרך קבלת הכרעות על פי דעת הרוב. לדעתו, ניתן לקבוע בוודאות, שבראשית ארגונה של הקהילה היהודית, באמצע המאה הי"א, הוכרע שאין צורך בקבלת התקנות של הקהילות פה אחד.⁶

ייתכן שההתפתחות שהובילה לדרך קבלת ההכרעות בקהילות אשכנז וצפון צרפת במאות הי'–הי"ג היא אכן יהודית פנימית. רבינו תם פירש את המקורות ההלכתיים הקדומים, במיוחד בסוגיית הפקעת ממון, והסיק ממקורות אלה כפשוטם שהרוב בקהילה אינו יכול לכוף את רצונו על המיעוט. דמיון מסוים בין סדרים משפטיים בשיטות משפט שונות אינו מעיד בהכרח על גירוי משיטת משפט אחת לחברתה או על השפעה מן ההגות והתרבות של הסביבה.⁷ רבינו תם לא הושפע אפוא מכללי המשפט הנוכרי. יתרה מזאת, לא קיימת תפיסה משפטית כוללת בפסקיו, שהכרעות הציבור מתקבלות תמיד בהסכמת הכלל. תפיסתו המשפטית בנוגע לסמכות הציבור נובעת מפרשנותו למקורות הלכתיים קדומים. כך הוא בא לכלל מסקנה, שבמצבים מסוימים רשאי רוב הציבור לכוף את רצונו על המיעוט תוך שימוש באמצעי של הפקעת ממון. מן האמור בכתביו בנוגע להלכות ציבור משמע, שבכל דור שבו לא מצוי בית דין ששיעור קומתו כבית דינם של רבי אמי ורבי אסי בדורם, יכולה הקהילה שבכל אתר ואתר לכוף את רצונה על היחיד באמצעי של הפקעת ממון. ואף בדורו, שבו לדידו היה כנראה בית דין בעל שיעור קומה כזה, הנהגת הקהילה יכולה לפנות לבית הדין של גדול הדור ולבקש ממנו להתיר לה לכוף את רצונה על היחידים שבמיעוט על ידי הפקעת ממון. לחילופין, ייתכן שקיימת זיקה בין הלכות הקהל של רבינו תם לבין עקרונות המשפט הנוכרי שרווח בסביבתו בנוגע לדרך קבלת ההכרעות. אם אכן קיימת זיקה מעין זו הרי היא מתונה למדי – גירוי מן הסביבה בלבד ולא השפעה של ממש:

על השפעתו של המשפט הרומי, הקאנוני או הגרמני על ההלכה בימי הביניים, שומעים אנו לפרקים. עד שהשפעה זו תוכח (אם תוכח בכלל) כדאי הוא לבדוק בינתיים את רישומיה של

'Democracy in the Communities of the Early Middle Ages', *Jewish Quarterly Review* (=JQR), XLIII (1952), pp. 157–161. גם לדעת קנרפוגל, השקפות רבינו תם בהלכות ציבור נובעות מהתפתחות יהודית פנימית, לאור מקורות ההלכה. ראה: E. Kanarfogel, 'Unanimity, Majority, and Communal Government in Ashkenaz during the High Middle Ages: a Reassessment', *Proceedings of the American Academy for Jewish Research*, LXVIII (1992), pp. 86–97.

5 ראה: אגוס, דמוקרטיה, שם, עמ' 157, הערה 20. הוא הסתמך שם על דברי O.V. Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, Berlin 1868, pp. 98, 103, 121, 153.

6 ראה: ח' סולוביצ'יק, שו"ת כמקור היסטורי, ירושלים תשנ"א, עמ' 102–105.

7 ש' ליברמן, יוונית ויוונית בארץ-ישראל, ירושלים תשכ"ג, עמ' יג. ליברמן נמנע מהסקת מסקנות גורפות מן הדמיון בין המידות שהתורה נדרשת בהן בספרות חז"ל לבין שיטת ההשוואה ההגיונית והמלולית בספרות חכמי יוון בזמנם. ראה גם: שם, עמ' 196.

התופעה הפשוטה, הכמעט מובנת מאליה, של גריו – דהיינו לא העתקת מושג ממערכת למערכת, לא קליטת תוכן, אלא תגובה לתופעות שבחוץ. תגובה שאין לתוכנה שום דמיון עם זה של המגרה.⁸

להלן נדון באפשרות שקיימת תגובה מעין זו של פוסקי הלכה עבריים בקהילות ישראל בימי הביניים למשפט הנוהג בקרב הנוכרים שבסביבתם.

ב. קבלתן של הכרעות ציבור בכתבי רבינו תם

בשישה מקורות מפורטים היסודות של הלכות קהל לרבינו תם:

(א) 'אם על ידי טובי העיר נגזרה, ולא ערער ראובן עליה – אז כששמע, לא ערער לאלתר – אין בדברי ראובן ממש. דהא אמרינן: "רשאין בני העיר להסיע על קיצוצן (=קיצתן)" – שנעשית הקיצותא מדעתן, או בלא מתאנת.⁹ וטובי העיר הוי כחבר עיר וכל כמיניהו.¹⁰ ואם

8 ח' סולוביצ'יק, 'ערב בריבית', ציון, לז (תשל"ב), עמ' 91.

9 לא ברור אם הביטוי 'מדעתן' או בלא מתאנת בתשובה זו מוסב על בני העיר או על טובי העיר. רבינו תם הדגיש בתחילת תשובתו: 'אם על ידי טובי העיר נגזרה, ומכאן שטובי העיר הם לכאורה הגוף הגזר את הגזירה ולא רק הנוקט בתפקיד הסביל המתואר בביטוי 'מדעתן' או בלא מתאנת. ואולם ברכיו ליפשיץ העיר לי, כי משמעות המונח 'על ידי' היא באמצעות. ראה גם: א' אבן שושן, המלון החדש, ירושלים תשכ"ח, עמ' 1920, ערך: על-ידי. דהיינו, טובי העיר אינם בהכרח גוזרי הגזירה, ויתכן שנורמה ציבורית זו נתקבלה בסיוע טובי העיר, והגוף הגזר הוא בני העיר. מתשובות אחרות של רבינו תם עולה, שהן בני העיר והן 'חבר עיר', שטובי העיר הושוו אליו, מעורבים בהליך קביעת הנורמה הציבורית. נראה ש'מדעתן' או בלא מתאנת מוסב על טובי העיר, הנוקטים בתפקיד סביל יותר, ואילו בני העיר הם אלה המקבלים בשם הציבור את הנורמה הציבורית. לקבלת הגזירה הסכימו כל בני העיר ובנוסף לכך מעורבים בהליך קבלתה גם טובי העיר, שהם 'כחבר עיר, וכל כמיניהו'. ראה: תשובות מימוניות (בדפוס הרמב"ם, בסוף כל סדר), נשים, סי' יז (=שו"ת מהר"ם, פראג שס"ח, סי' רסח); כרם חמד, ז (תר"ג), עמ' 48–49; ובמקבילה: א' הלפרין, ספר מרדכי השלם, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה של אוניברסיטת בר-אילן, תשל"ח, בבא קמא, ב, עמ' 226. בנדפס: מרדכי, בבא קמא, סי' קעט.

10 בתשובתו: תשובות מימוניות, שופטים, סי' ט-י, ובמקבילות: שו"ת מהר"ם, קרימונה שי"ז, סי' רל; שו"ת אור זרוע ומהר"ם ב"ר ברוך, ירושלים תש"ג, סי' צג. מהר"ם מרוטנבורג פירש שטובי העיר הם כחבר עיר, כי אלה ואלה מוסמכים להפקיע ממון לקידום תועלת הציבור. ראה גם: מרדכי, בבא בתרא, סי' תפ, ברישא. עם זאת ניתן לפרש, שלדעת רבינו תם בתשובה זו, טובי העיר – מנהיגי הקהילה – הם כחבר עיר, משום שבתקופה שבה נכתבה התשובה היתה הנהגת הקהילות נתונה בדרך כלל בידי תלמידי חכמים. לדעת י' הנדלסמן, קביעת רבינו תם שטובי העיר הם כחבר עיר נובעת מהרכב הנהגת הקהילות בתקופתו. עד לזמנו היתה שכבת טובי העיר בקהילות מורכבת מתלמידי חכמים. סמכותם באה להם מכוח תלמודם ולא משום שהציבור בחר בהם למנהיגיו. לכן השווה אותם רבינו תם לחבר עיר, שהוא תלמיד חכם שבמקום, לדעת חכמי אשכנז עד זמנו. וראה להלן, הערה 40. לדעתו, במאה ה"ג אבד המונופול שהיה לשכבת תלמידי החכמים בהנהגת הקהילות. לדעת הנדלסמן, פירוש מהר"ם מרוטנבורג לתשובת רבינו תם, בשלהי המאה ה"ג, שטובי העיר הם כגדולי

ע"י עשרה¹¹ נגזרה הגזרה – לאו כל כמיניהו, דכל עשרה לא פקיע ממנוא ולא הוי כחבר עיר.¹²

(ב) "רשאין בני העיר להסיע על קיצתן" – פר"ת (=פירש רבינו תם): שנעשית מדעת

הדור, הוא אנכרוניסטי ומשקף את תפיסת עולמו של מהר"ם, שחבר עיר הוא תלמיד חכם חשוב. ראה: י' הנדלסמן, תמורות בהנהגת קהילות ישראל באשכנז בימי הביניים מהמאה ה'א עד המאה ה'ט"ו, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה של אוניברסיטת תל אביב, תש"ם, עמ' 52; הנ"ל, 'השקפותיו של ראב"ה על דרכי הנהגת הקהילות ומקומן בהתפתחות המחשבה הציבורית של חכמי אשכנז בימי הביניים', ציון, מח (תשמ"ג), עמ' 46–47, הערה 130.

11 לאור הנוסח המלא של תשובת רבינו תם בספר הראב"ה, נראה שנפל שיבוש בנוסח המקוצר של תשובתו המובא בתשובת מהר"ם מרוטנבורג: תשובות מימוניות, שופטים, ס' ט"ז, ובמקבילתו: שו"ת מהר"ם, דפוס קרימונה (לעיל, הערה 10), ס' רל; שו"ת אור זרוע ומהר"ם ב"ר ברוך (לעיל, הערה 10), ס' צג. בנוסחאות הללו מופיעה המלה 'עשרה' ולא 'עשרה'. ואולם, לאור הנוסח המלא של התשובה בכתבי היד, ובכלל זה כתבי יד קדומים רבים של תשובות מימוניות, יש לגרוס 'עשרה'. רבינו תם אמר בתשובה, שטובי העיר מוסמכים למלא את התפקיד של חבר עיר תלמיד חכם, ובדור שבו לא קיים בית דין בעל שיעור קומה, מסורה סמכות הפקעת הממון בידי הקהילה ומנהיגיה מוסמכים להפקיע ממון. עם זאת, עשרה בני אדם אינם מוסמכים להפקיע ממון, מפני שסמכות הפקעת ממון נמסרה דווקא לבית דין, או לציבור המושווה לבית דין, ולא לעשרה אנשים גרידא. האבחנה בין ציבור לעשרה נזכרת בכתביהם של חכמי אשכנז שקדמו לרבינו תם. ראה: ספר הפרדס לרש"י, מהדורת ח"י ערנרין, בודפסט תרפ"ד, עמ' שטט. שם נפסק, שביחס לאמירת הלל שונה דינם של עשרה, הנחשבים למניין, מדין כלל הציבור: '[הלל ביחיד אסור לברך עליו לפניו, ולאחריו] בימים שאין גומרין [בהן] את ההלל, שהרי [אף] בציבור אינו אלא מנהגא בעלמא, וציבור אית להו למיעבדן זכר למנהג אבותיהם, אבל יחידים אין זכר למנהג נוהג בהם, ואפ[י]לן עשרה שפירשו מן הציבור הרי הן כיחידים, כגון אותם שמתפללים לעצמן אחורי [בית] הכנסת [מאחר] שלא היו באסיפת הכנסת, אין להם תורת מנהג לעשות זכר, שלא נאמר זכר אלא לכינופיא של אותה העיר כשהו באגודה שלהן'. לאור הבחנה זו, ייתכן שרב נטרונאי גאון השיב שאין די בקבלת התחייבות בשבועה בבית דין במעמד 'עשרה זקנים', אלא 'שמשיבין אותה בשני ובחמישי כשצבור כולו יושב'. ראה: תשובות הגאונים שערי צדק, סלונקי תקנ"ב, ד, שער ד, ס' עב, ס' ע"א (=אוצר הגאונים, סנהדרין, מהדורת ח"י טייבש, ירושלים תשכ"ז, ס' תתב). ר' שמעיה, תלמידו וסופרו של רש"י, מביא את דברי רבו, השולל גישה מוטעית של אנשים בצפון צרפת בימיו, שעשרה אנשים יכולים לבטל או למנוע התקנת תקנות קהל שתוכנן אינו רצוי להם, המחזקות באמצעות חרם המוטל על כל מי שיעבור עליהן. ראה: א' גרוסמן, 'יחסם של חכמי אשכנז הראשונים אל שלטון הקהל', שנתון המשפט העברי, ב (תשל"ה), עמ' 190: 'שאלו את ר[ב]י: על בני אדם שמקפצין ונודרין ונשבעין שלא ישמרו ולא יעמדו על גזירת צבור וכפיתם, או אפ[י]לן הם עשרה בני אדם, ואח"כ (=ואחר כך) גזרו צבור... והשיב ר[ב]י: בני, חלה חלה עליהם[ם], ואינו אלא נשבע לבטל המצות...'. ייתכן שרבינו תם, שפעל אף הוא בצפון צרפת, בא גם הוא להוציא מדעת אלה הסוברים כך, ולכן הדגיש כי הסמכות להפקיע ממון מסורה רק בידי כלל הציבור או נציגיו הנבחרים ולא בידי עשרה איש גרידא.

12 ספר ראב"ה, כתב יד אקספורד-בדליאן 637 (לפנים אופנהיים 675), ס' אלף כה. בנדפס: הלכות פסוקות מן הגאונים, קרקוב תרנ"ג, עמ' 9, יט; א' אפטוביצר, מבוא לספר ראב"ה, ירושלים תרצ"ח, עמ' 305, ס' תתרכה. נוסח מקוצר של התשובה הובא בתשובת מהר"ם מרוטנבורג. ראה: תשובות מימוניות, שופטים, ס' ט"ז (=שו"ת מהר"ם, קרימונה [לעיל, הערה 10], ס' רל; שו"ת אור זרוע ומהר"ם ב"ר ברוך [לעיל, הערה 10], ס' צג). ראה גם נוסח מקוצר של תשובת מהר"ם: מרדכי, בבא בתרא, ס' תפ.

כל טובי העיר, וטובי העיר הוו כחבר עיר וכל כמיניה. ופי' [רש] מור"ם (=מורנו רבינו מאיר) הטעם: דטובי העיר הוו בעירם, למה שהוזכרו, כמו גדולי הדור בכל מקום. וכמו גדולי הדור, דהפקרם הפקר בכל מקום במיגדר מילתא ותקנתא. ואני מצאתי בשר"ת (=בשם רבינו תם): "רשאין בני העיר להתנות ולהסיע". האי "רשאין" – אלהסיע קאי. פי' [רש]: היכא דהתנו כבר ביניהם. אבל אם לא התנו מתחיל' [ה] אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו. והא דאמ' [ר]: "הפקר ב"ד (=בית דין) הפקר" – דרב אמי ורב אסי, דאלימי לאפקועי ממונא¹³, כדאית' [א] פ' [רק] השולח¹⁴. והא בעלמ' [א] דאמ' [ר]: "זבאת אל הכהנים" – וכי תעלה על דעתך וכו'¹⁵ – היינו שבכל דורו אין כמותו, אבל אם יש בדורו גדול כמותו – אין בידו להפקיע ממונ'¹⁶.

(ג) 'ומה שטוען ראובן שרוצים לתקן משל אחרים מעתה והלאה, ושמעון מעכב – הדין עם שמעון, אם הוא משובם. דהא דאמרינן: "ורשאין בני העיר להסיע על קצתן" – הכי פירושא: ורשאין להפסיד ולהסיע ממונ את העובר על הקצבה שקצצו והתנו ביניהם לדעת כלם, שנתרצה בתחלת התקנה ועתה עובר עליה; והוא שעשאוה בחבר עיר. כי הנהו תרי טבחי שנתרצו, וחזר בו האחד; והואיל וליכא קנין, וכמו דבר שלא בא לעולם הוא – צריך חבר עיר. וכן מפורש בתוספתא על "מי שיראה לשלטון או להגמון יתן כך וכך". אבל

13 לכאורה קיימת סתירה בין דברי רבינו תם ברישא, לפי פירוש מהר"ם, שטובי העיר מוסמכים להפקיע ממונ, לבין דבריו בסופא, בנוגע לשימוש בהפקר בית דין הפקר בקהילה המקומית. במאה הטי' עמד הרב ישראל מברונא (שו"ת מהר"י ברונא, ירושלים תש"ך, סי' קכג) על הסתירה בין הדברים המובאים בתחילת ספר המרדכי, בבא בתרא, סי' תפ, ביחס לכפייה בקהילה באמצעות אמצעי הפקעת ממונ, לבין הדברים המובאים בהמשך, בשם רבינו תם. לדעת ר"י ברונא, דברי רבינו תם המצוטטים ברישא (והלוקחים מתשובתו, לעיל, הערה 12) מתייחסים לטובי העיר, אשר עשו שימוש באמצעי הפקעת הממונ לאחר שהובררו מראש, בהסכמת כולם, לכהן כנציגי ציבור. ואילו בתשובת רבינו תם המובאת בהמשך מדובר על נציגי ציבור אשר לא נבחרו לכהן בתפקיד זה. לכן אין הם רשאים להפקיר ממונ, או לעשות כל פעולה אחרת בשם הציבור, ורק בית דינו של גדול הדור רשאי לעשות כן. ואולם, נראה שעקרון הייצוג אינו נזכר כלל בתשובת רבינו תם. הוא לא כתב בתשובותיו שטובי העיר נבחרו בידי כלל היחידים כנציגיהם. העדרו של עיקרון זה מכל תשובותיו של רבינו תם בהלכות קהל אומר דרשני. פירוש ר"י ברונא מבוסס כנראה על גירסה במרדכי, שטובי העיר הם בעירים 'למה שהובררו', כמו גדולי הדור בכל מקום. כך היא הגירסה בנדפס: מרדכי, בבא בתרא, סי' תפ. ואולם בתשובת מהר"ם מרוטנבורג המקורית (לעיל, הערה 10) אומר מהר"ם, 'שהוזכרו, ולא 'שהובררו', וכן נוסח כתבי היד הקדומים האשכנזיים של המרדכי, בבא בתרא, שם; דהיינו, הוזכרו 'בני העיר' במקור מסוים. ראה, למשל: תוספתא, בבא מציעא יא, כג; בבלי, בבא בתרא ח ע"ב, כפירושו של ר' אליהו מזרחי, שו"ת רבי אליהו מזרחי, ירושלים תרצ"ז, סי' נז: 'למה שהוזכרו בבריתא, שהן התקנות שעל המדות והשערים ושכר הפועלים'. ראה גם: שו"ת תורת אמת, ונציה שפ"ז, סי' סט; בגדי ישע, ירושלים תשל"ח, למרדכי, בבא בתרא, סי' תפ. נראה שבירישא התייחס רבינו תם להפקעה בקהילה בדור שבו לא קיים בית דין בעל שיעור קומה של גדול הדור, ובסיפא דן בהפקעה זו בדור שבו קיים בית דין מעין זה.

14 בבלי, גיטין לו ע"ב.

15 בבלי, ראש השנה כה ע"ב.

16 מרדכי, כתב יד המוזיאון הלאומי בבודפשט, 2⁹¹, בבא בתרא, פרק השותפין. בנדפס: מרדכי, בבא בתרא, סי' תפ.

להפקיע שלא מדעת בעלים – אסור, אם לא על ידי הפקר בית דין או צבור.¹⁷ וקודם מעשה זה אני מורה כן.¹⁸

(ד) 'וכל האומר אחר מנהג יש לילך – שוטה גמור הוא, אם לא קיימו בני העיר ביניהן לומר: "כל הנושא בתולה יוסף לה כך וכך, ולאמנה כך וכך", ובחבר עיר; כדמוכח שמעתא: "דרשאין בני העיר להסיע על קצתן", וצריך דעת כולן, אבל ממילא – לא.¹⁹

(ה) '...על הצדקה שפוסקין בני העיר; ויש יחידים שמסרבים על דעת רבים ולא אבו שמוע... אין מעשין על הצדקה, אפילו למצוה... ותלמידך חוכך להחמיר... ומ' להסיע על קצתן' נמי אין ראייה, דהתם מדעת כולם היה, כדפר'ת (=כדפירש רבינו תם).²⁰

(ו) '...והארכתי לפרש לפי שיש מרבתי שהיו אומרים דהא דתניא: "רשאין בני העיר לקיים תנאם ולהסיע על קצתם", ה"מ (=הני מילי) אם כולם נאותו יחד והוא עמהם ושוב עבר על תנאם, דומיא דהנהו תרי טבחי, אבל בלא דעתו – לא אלימי לעשות, והפקר ב"ד (=בית דין) הפקר לא שייך הכא. כך היה אומר מורי הזקן ממין (=ממין) זצוק"ל... ורבינו ברוך מצא בספר הישר של ר"ת (=רבינו תם) זצ"ל, שפירש כן בבבא בתרא פ"ק (=פרק קמא), דאין רשאין בני העיר להסיע על קצתן אא"כ (=אלא אם כן) נאותו כולם.²¹

במקורות אלה נזכרת שיטתו של רבינו תם בנוגע לדרך הכרעת הציבור בקהילות ישראל, בדרך המקובלת בתפוצות ישראל בימי הביניים. חכמי אשכנז שקדמו לו, מן המאות ה'–ה"א, ושבאו אחריו, במאה ה"ג, דגלו בקבלת הכרעות על פי דעת הרוב ופרסמו את שיטתם בתשובות שהשיבו לשואליהם בנוגע לחיי המעשה בזמנם. הציבור בקהילות סר למרותם והם לא היו צריכים לעשות שימוש באמצעי כפייה כדי לכפות על הקהילות לציית לפסיקתם. גם רבינו תם, שנשאל בנוגע לדרך קבלת הכרעות בדיני מיסים, פרסם בדרך זו את שיטתו. הוא השיב, שהדין עם היחיד המסרב להצטרף לדעת הרוב: 'קודם מעשה זה אני מורה כן'. כאשר דן בעניין תביעת אלמנה, שחפצה לגבות בזמנו תוספת כתובה, הורה הלכה למעשה שאינה

17 ש' אלבק כתב, שהפקר ציבור הוא הפקר מכוח תקנה שכולם הסכימו לקבלה לכתחילה ולאחר מכן עבר עליה אחד מהם. ראה: אלבק (לעיל, הערה 3), עמ' 128, הערה 44. כל בני העיר מתחייבים לקבל על עצמם תקנה זו. אכיפתה, דהיינו הטלת קנס על העובר עליה, תיעשה לאחר מכן באמצעות הפקעת ממון. הגוף המפקיע הוא ה'ציבור' בקהילה.

18 כרם חמד (לעיל, הערה 9), עמ' 48–49 (=הלפרין [לעיל, הערה 9], עמ' 226). בנדפס: מרדכי, בבא קמא, ס' קעט.

19 תשובות מימוניות, נשים, מהדורת ש' פרנקל, ירושלים–בני ברק תשל"ז, ס' יז, ובמקבילה: שו"ת מהר"ם, דפוס פראג (לעיל, הערה 9), ס' רסת. ראה גם: שלטי הגבורים, כתובות, ס' צ.

20 מרדכי, בבא בתרא, ס' תצ. ראה גם את תירוצו של רבינו תם – אור זרוע, א–ב, זיטאמיר תרכ"ב; א. הלכות צדקה, ס' ד; תוספות, בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה אכפיה.

21 שו"ת מהר"ח אור זרוע, ליפסא תר"ך, ס' רכב (=כתב יד פרנקפורט דמיין 4^א, ס' קצט), ובמקבילה: מרדכי, בבא בתרא, ס' תפב. הנוסח במרדכי, כתב יד (לעיל, הערה 16): 'זהארכתי לפ'רש] לפי שיש מרבתי שהיו אומ'רים] דהא דתניא: "ורשאין בני העיר לקיים תנאם ולהסיע על קצתן", ה"מ (=הני מילי) אם כולן מאותו (=נאותו) יחד והוא עמהם ושוב עבר הקציעה, דומיא דהני תרי טבחי, אבל בלא דעתו – לא אלימי לעשות, והפקר ב"ד (=בית דין) הפקר לא שייך. כך היה אומ'ר] מורי הזקן ממין ז"ל. ואני אשר עם לבבי כתבתי. אבי העזרי. ור"ת (=ורבינו תם) פליג בספר הישר'.

זכאית לגבותה מכוח מנהג ללא התנאה מפורשת. לדעתו, רק כאשר קבעו כל בני העיר תנאי מפורש בעניין תוספת כתובה, התנאי חל. דרושה הסכמה כללית לצורך קבלת התנאי ('וצריך דעת כולן'). הוא לא טען במפורש שיש לשנות את דרך קבלת ההכרעות שהיתה מקובלת בקהילות אשכנז במאות ה'–ה'א, אך מכלל הן אתה שומע לאו. מפסקיו משתמע, שלדעתו הרוב בקהילות בזמנו אינו רשאי לכוף את רצונו על המיעוט.

חכמי אשכנז הראשונים, במאות ה'–ה'א, סברו שמעמד הקהילה היהודית בזמנם מושווה למעמד בית דין.²² לדעתם, הקהל וראשיו רשאים לפעול גם בניגוד לדעת היחיד שבמיעוט, בעיקר לאור האמור בספרות האמוראים²³ בנוגע להפקעת ממון מידי יחיד בניגוד לרצונו: 'הפקר בית דין הפקר'.²⁴ לעומת זאת, דעת רבינו תם בנוגע לשימוש באמצעי הפקעת ממון בבית דין ובקהילות אינה חד משמעית. קיימת סתירה בין הדעה המובאת בשמו במקורות שונים, הן בנוגע לבית הדין המוסמך לסדר פרוזבול, שלדעת רבא, העיקרון המשפטי המאפשר לחכמים לסדרו הוא 'הפקר בית דין הפקר';²⁵ והן בנוגע לציבור ולבית דין, העושים שימוש ב'הפקר בית דין הפקר' כדי לכוף את מרות הציבור בקהילה על היחיד המשתיך אליה.

בנוגע לפרוזבול, סבר האמורא שמואל שרק בית דין חשוב, כגון בית דינם של תנאים ואמוראים חשובים בדורם, רשאי לסדרו.²⁶ בכמה מקורות נאמר בשם רבינו תם, שרק בית דין חשוב שבדור יכול לכתוב פרוזבול, ובכל דור ודור רשאי גדול הדור לסדר פרוזבול.²⁷ ואילו במקור אחר, 'ספר הישר', שבו דברי רבינו תם מובאים באריכות, נאמר אחרת: לדעת רבינו תם, כאשר האמורא שמואל קבע שבית דין חשוב, כגון בית הדין בסורא ובנהרדעא, צריך לכתוב פרוזבול, הוא התכוון לומר שבית דין רגיל, שהדיינים בו תלמידי חכמים, רשאי לסדרו, ורק בית דין של 'שני הדיוטות או שלושה הדיוטות' אינו רשאי לסדר פרוזבול.²⁸ מלומדים שונים ניסו ליישב את הסתירה בדרכים אחדות.²⁹ בעניין זה מקובלת עלינו פרשנותו

22 ראה: גרוסמן (לעיל, הערה 11), עמ' 177, 179, 181, 189.

23 ראה: בבלי, גיטין לו ע"ב; יבמות פט ע"ב; ירושלמי, פאה ה א, יח ע"ד; שקלים ב א, מו ע"א; ראה גם: G.J. Blidstein, 'Notes on Hefker Bet-Din in Talmudic and Medieval Law', *Dinei Israel*, IV (1973), pp. XLII–XLIX.

24 ראה: גרוסמן (לעיל, הערה 11), עמ' 177, 179, 181.

25 ראה: בבלי, גיטין לו ע"ב.

26 שם, שם.

27 ראה: תוספות, גיטין לו ע"ב, ד"ה דאלימי; תוספות הרא"ש, גיטין לו ע"ב, ד"ה דאלימי; פסקי הרא"ש, גיטין, פרק ד, סי' יג. ייתכן שבתוספות נזכרו בתמצות דברי רבינו תם, המובאים בהרחבה להלן, הערה 28, ותמצות מוטעה הוא מקור הטעות.

28 ראה: ספר הישר, חידושים, מהדורת ש"ש שלזינגר, ירושלים תשי"ט, סי' קלח (אני מודה לפרופ' י' תא-שמע, שהסב את תשומת לבי לנאמר במקור זה); ספר ראבי"ה, מהדורת א' אפטוביצר, ג, ירושלים תשכ"ד, סי' תתצג, עמ' 688. ראה גם: מרדכי, גיטין, סי' שפא; שו"ת מהר"ח אור זרוע (לעיל, הערה 21), סי' רכב.

29 ראה: א"א אורבך, בעלי התוספות – תולדותיהם חיבוריהם ושיטתם, ירושלים תש"ס, עמ' 70; אלבק (לעיל, הערה 3), עמ' 140–141; י' בלידשטיין, 'להלכות ציבור של ימי הביניים, מקורות ומושגים', דיני ישראל, ט (תשל"ח–תש"ם), עמ' קסב.

של א' אפטוביצר. לדעתו, המקורות שבהם מובאת תמצית דעת רבינו תם אמינותם פחותה, והוא לא סבר שרק בית דין חשוב שבדור יכול לכתוב פרוזבול. דעת רבינו תם לאשורה באה לידי ביטוי ב'ספר הישר', שבו נאמר, שרק בית דין של הדיוטות אינו רשאי לסדר פרוזבול.³⁰ בשלהי המאה הי"ג, בזמן רבותיו של הרא"ש, נהגו באשכנז ובצרפת שהחכם המופלג שבכל מדינה ומדינה יכול לכתוב פרוזבול.³¹ אולי משום כך ייחסו דעה זו בטעות לרבינו תם, ולכן כתב גם הר"ם מקוצי, במאה הי"ג, ב'ספר מצוות גדול': 'וכתב רבינו יעקב פרוזבול, מפני שהיה גדול הדור, וכן בכל דור ודור הרשות ביד גדול הדור לכותבו'.³² עם זאת, מכלל ספק לא יצאנו, הואיל והמקורות בעניין פרוזבול, הקובעים שרק גדול הדור רשאי לסדר פרוזבול, עולים בקנה אחד עם מקורות על דיני ציבור, הקובעים שרק בית דין של גדול הדור רשאי להפקיע ממון.

בנוגע לציבור, כתב רבינו תם דברים המשתמעים לשתי פנים בנוגע לשימוש של הקהילה באמצעי הפקעת ממון. במקור הראשון דלעיל כתב, שמעמד מנהיגי הציבור – 'טובי העיר' – מושווה למעמדו של 'חבר עיר', שכנראה רשאי להפקיע ממון, בניגוד למעמד של עשרה יחידים הגזירים גזירה, שאינם יכולים להפקיע ממון ואין דינם כדין 'חבר עיר'. ומן האמור במקור השלישי משמע, שהקהילה יכולה להפקיע את ממון של יחיד 'על ידי הפקר בית דין או צבור'. לעומת זאת במקור השני, בנוגע לבני העיר, כתב בסופו, שאין לעשות שימוש באמצעי של הפקעת ממון, מכיוון שרק בית דין בעל שיעור קומה, כבית דינם של רבי אמי ורבי אסי, רשאי להפקיע ממון, אך לא בית דין רגיל, אם לא מצוי גדול הדור, שבית דינו גדול כבית דינם של חכמים אלה: 'אם יש בדורו גדול כמותו – אין בידו להפקיע ממון'. לדעת א"א אורבך, רבינו תם רצה לומר שבית דינו הוא כבית דינם של רבי אמי ורבי אסי בדורם,³³ ולדעתו רק בית דין זה, ולא בית הדין של כל קהילה וקהילה, רשאי להפקיע ממון.

30 ראה: ספר רבינו'ה, ג (לעיל, הערה 28), ס' תתצג, עמ' 688, הערה 7.

31 שו"ת הרא"ש, וילנא תרמ"א, ס' עז, ו.

32 ספר מצוות גדול, ונציה ש"ז, לא תעשה, ס' רעא. עם זאת ראה: שו"ת מהר"ח אור זרוע (לעיל, הערה 21), ס' רכב. חכמי מגנצא בראשית המאה הי"ג הבחינו שם בין הפקעת ממון בפרזבול לבין הפקעת ממון בציבור. בנוגע לפרזבול קבעו, שלא אליבא דרבינו תם, שדרוש שיוסדר בידי 'בי דינא דר' אמי ור' אסי דאלימי לאפקועי ממונא, אבל כולי עלמא לא'. רבינו תם סבר, לדידם, שלא נפסקה הלכה כדעה שדרוש בית דין בעל שיעור קומה כבית דינם של רבי אמי ורבי אסי כדי להסדיר פרוזבול.

33 לנגד עיניו עמדו דברי רבינו תם, שסמכויות בית דין הגדול מסורות בזמנו בידי 'התלמיד חכם הגדול ביותר בחכמה ובמנין': 'עתה נקרא בית דין הגדול התלמיד חכם הגדול יותר בחכמה ובמנין, כדאמרינן בפרק אחד דיני ממונות: "הלך אחר בית דין יפה. אחר רבי אליעזר ללוד, אחר רבי מתיא בן חרש לרומי"'. ראה: ספר מצוות גדול, שם, עשה, ס' צז. ראה גם: אור זרוע, ג, ירושלים תרמ"ז, סנהדרין, ס' עג; ספר עין חיים, סדר הדין, בתוך: חמשה קונטרסים, וינה תרכ"ד, צח ע"א; מרדכי, סנהדרין, ס' תשט; פסקי הרא"ש, סנהדרין, פרק ג, ס' מא. לאור האמור במקורות אלה קבע מה היא דעת רבינו תם בנוגע למעמדו ומעמד בית דינו. ראה: אורבך (לעיל, הערה 29), עמ' 70; ראה גם: אלבק (לעיל, הערה 3), עמ' 128-136. לאור פרשנות זו של דברי רבינו תם, ייתכן שהוא שלל את עמדת אחי הרשב"ם, ותלמידו הר"ש משנץ, שסברו כי סמכויות שהיו מסורות בעבר בידי נשיא בית דין

לכן היחידים המשתייכים לציבור אינם רשאים לכופ את מרותם על אחד מבני מקומם באמצעות הפקעת ממון. אף במקור השלישי דלעיל הכריע רבינו תם, שיחיד יכול להטיל וטו ולמנוע קבלת החלטה של רוב הציבור בקהילה בענייני מיסים, ומשמע שהרוב בקהילה בכל אחר ואתר בזמנו אינו רשאי לכופ את רצונו על המיעוט על ידי 'הפקר בית דין או צבור'.

ייתכן שבמקורות שבהם הזכיר רבינו תם שימוש של ציבור בהפקעת ממון הוא ביקש לומר, שקיים גם יוצא מן הכלל. פרשנותו למקורות הובילה אותו למסקנה שקשה היה לעמוד בה בחיי המעשה. קשה לנהל ביעילות קהילות שבהן לכל יחיד ויחיד מסורה זכות וטו על החלטות הציבור. לא מן הנמנע שבשל כך כתב רבינו תם בתשובותיו, שבנסיבות מסוימות, כגון בדור שבו לא מצוי בית דין כבית דינם של רבי אמי ורבי אסי בדורם, או בדור שבו מצוי בית דין כזה, לאחר שהואצלה סמכות הפקעה מגדול הדור לקהילות,³⁴ מסורה סמכות ההפקעה בידי הציבור, בית דינו או ראשיו.

נוסף ל'הפקר בית דין הפקר', נזכרת לעתים בתשובות חכמי אשכנז מן המאות ה'–ה"א גם הבריייתא על בני העיר, הקובעת שיש לבני העיר סמכות להתנות תנאי בענייני ציבור ולקנוס את היחיד אשר יעבור על התנאי: 'רשאין בני העיר להתנות... ולהסיע'.³⁵ רבינו תם סבר, שמכות הבריייתא אין אפשרות לכופ את רצון הרוב על יחיד שלא הסכים מלכתחילה לקבל על עצמו תנאי זה. לדידו, ברייתא זו דנה בתנאי שנתקבל בהסכמת כולם. הדין החל בכל הסכם במשפט הפרטי חל גם בנוגע לתנאי זה. סמכות האכיפה ('להסיע') מסורה בידי הציבור רק ביחס לצדדים להתחייבות – יחידים שהתחייבו מראש לקבלה עליהם.³⁶

לדעת רבינו תם, בקבלת התחייבות מעין זו בענייני ציבור, ההסכמה של כל היחידים המשתייכים לציבור המתחייב היא תנאי הכרחי לצורך כריתת התחייבות תקפה, אבל לא תנאי מספיק. נוסף להסכמתם דרושה גם מעורבות של 'חבר עיר' בהליך כריתת ההתחייבות, מכיוון שבדיון התלמודי ביחס להתנאות תנאים של בני העיר או בעלי אומנות נזכרת הדרישה

הגדול או בידי חברי בית דין הגדול, מסורות בזמנם בידי סמכות הלכתית בקהילה המקומית – החכם הגדול שבעיר. הרשב"ם סבר, שבדור שבו אין נשיא שיתיר את הנידוי: 'הגדול שבעיר מתיר לו הנידוי'; ראה: ספר הישר, שו"ת, ברלין תרנ"ח, ס' יח, עמ' 30. הר"ש משנץ סבר, שהנתבע בתקופתו אינו יכול להתחמק מלעמוד לדין, בטענה שהוא זכאי לדרוש דיון בבית דין הגדול, מפני שבזמנו החכם הגדול שבעיר נחשב כבית דין הגדול. ראה: אור זרוע, ג, שם, בבא קמא, ס' תלו; סנהדרין, ס' עג.

היו חוקרים שהסבירו, שלדעת רבינו תם גדול הדור רשאי להפקיע ממון כאשר פונה אליו קהילה ומבקשת לכופ את רצונה על היחיד. ראה: L. Finkelstein, *Jewish Self-Government in the Middle Ages*, New York 1964², pp. 50–51; אלבק (לעיל, הערה 3), עמ' 133; הנדלסמן, תמורות (לעיל, הערה 10), עמ' 50–51; הנ"ל, ראב"ה (לעיל, הערה 10), עמ' 44. בער, היסודות (לעיל, הערה 2), עמ' 39, כתב שבית דין מסוגו של בית דינם של רבי אמי ורבי אסי אין לו מקום במציאות של ימי הביניים.

34 ראה: בבא בתרא ח ע"ב.

35 ראה: מרדכי, כתב יד בודפשט (לעיל, הערה 16), שם; בנדרס: מרדכי, בבא בתרא, ס' תפ.

36

ש'אדם חשוב³⁷ – 'חבר עיר' בלשון רבינו תם – יהא מעורב בהליך התנאת התנאים.³⁸ לדעת רבינו תם, מעורבותו נחוצה מפני שהתחייבות הציבור פגומה. היא אינה עונה על דרישות דיני הקניינים בנוגע לכריית הסכם תקף, כי לא נעשה מעשה קניין. כמו כן התנאי פגום כדבר שלא בא לעולם, הואיל והוא חל על מה שיעשו המתנים בעתיד – יוטל קנס על בן עיר או על בעל אומנות שיפר את ההתחייבות שקיבל על עצמו הציבור.³⁹ רבינו תם סבר כנראה ש'אדם חשוב' ('חבר עיר') הוא תלמיד חכם⁴⁰ המצוי במקום. מעורבותו בתהליך קבלת התנאי – בדיעת תוכן ההתחייבות או בהימנעות ממחאה בנוגע לתוכנה⁴¹ – מתקנת את הפגמים הללו, שהם לדעתו פגמים בסמיכות דעת המתחייב.⁴² נראה שהעיקרון התלמודי

37 ראה: בבלי, בבא בתרא ט ע"א. על הזהוי בין 'אדם חשוב' ל'חבר עיר' בתשובות רבינו תם, ראה בתשובתו: תשובות מימוניות, נשים, סי' יז (=שו"ת מהר"ם, דפוס פראג [לעיל, הערה 9], סי' רסח). ראה גם: שלטי הגבורים, למרדכי כתובות, סי' צ. וכן ראה בתשובתו: כרם חמד (לעיל, הערה 9), עמ' 48–49 (=הלפרין [לעיל, הערה 9], עמ' 226). בנדפס: מרדכי, בבא קמא, סי' קעט. אף הרב חיים אור זרוע סבר ש'אדם חשוב' הוא 'חבר עיר'. ראה: שו"ת מהר"ח אור זרוע (לעיל, הערה 21), סי' סה (=כתב יד פרנקפורט דמיין 4^א, סי' סב).

38 ראה: כרם חמד, שם, עמ' 48–49 (=הלפרין, שם); בנדפס: מרדכי, בבא קמא, סי' קעט.

39 בבבלי, בבא בתרא ט ע"א, שהוזכר רבינו תם בתשובתו, נזכר קנס קצוב שיושת על כל טבח שישחט ביום המיועד לשחיטת חברו. כמו כן הוזכר רבינו תם בתשובתו את האמור בתוספתא, בבא מציעא, יא, כג: 'כל מי שיראה לשולטן או להגמון יתן כך וכך'.

40 פירוש הביטוי 'חבר עיר' בזמנם של חז"ל אינו זהה בהכרח לפירוש בזמנם של חכמי אשכנז וצרפת בימי הביניים. יש להניח שפרשנות רבינו תם היא ברוח פרשנות התלמוד בזמנו באשכנז ובצרפת, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשנות קודמיו, בעל הפירוש המיוחס לרגמ"א ורש"י. ראה: הפירוש המיוחס לרגמ"א, חולין צד ע"א, ד"ה ואם יש בו חבר עיר; רש"י, מגילה כז ע"ב, ד"ה חבר עיר. אור זרוע (לעיל, הערה 20), א. הלכות צדקה, סי' י, כו, בשם רש"י; מרדכי, בבא בתרא, סי' תצד, בשם רש"י. לעומת זאת ראה פירוש הביטוי שלא בהקשר של הלכות ציבורי: ברכות ל ע"א, ד"ה יחיד שלא בחבר עיר; רש"י, ראש השנה לד ע"ב, ד"ה אלא בחבר עיר. לאחר זמנו של רבינו תם הוצע שהוא תלמיד חכם חשוב. מהר"ם מרוטנבורג דרש שיהא 'כרב אשי בדורו'. ראה: שערי תשובות מהר"ם, ברלין תרנ"א; כתב יד אמשטרדם 2, סי' רמא (=מרדכי, מגילה, סי' תתכא). הרב חיים אור זרוע, תלמידו, כתב בשו"ת מהר"ח אור זרוע (לעיל, הערה 21), סי' סה, שהוא 'גדול העיר'. הרב משה מינץ, שו"ת מהר"ם מינץ, ירושלים תשנ"א, סי' ו, כתב שחבר עיר הוא: 'רב ומנהיג, מומחה ומוחזק לרבים'.

41 דברי רב פפא בבבלי, בבא בתרא ט ע"א, כי במקום שבו מצוי 'אדם חשוב' אין היחידים בציבור 'רשאים' להתנות, אינם מבהירים מהו התפקיד המדויק של 'אדם חשוב' בהליך התקנת התקנות. הדרישה ש'אדם חשוב' יהא מעורב בהליך זה יכולה להתפרש בכמה אופנים: ייתכן שנדרש שגם 'אדם חשוב' יביע הסכמה מפורשת לתוכן התקנה שהציבור חפץ להתקין. אבל ייתכן שדרושה רק הסכמה מכללא: ידיעה – נוכחות במקום – או חוסר מחאה בשעה שהציבור מתקין את התקנה. נראה שרבינו תם לא סבר ש'אדם חשוב', 'חבר עיר' בלשונו, שותף להתקנת התקנה באופן פעיל, מפני שכתב בתשובתו (לעיל, הערה 12), שטובי העיר – מנהיגי הקהילה – הם כ'חבר עיר'. והליך התקנת התקנה, שרבינו תם הכיר בתוקפה המחייב, היה לפי האמור שם: 'מדעתן או בלא מתאתן' של טובי העיר. דהיינו, גוף אחר מתקין, 'חבר עיר' או טובי העיר מעורבים באופן סביל – בדרך של ידיעה או חוסר מחאה.

42 פגם בסמיכות דעת המתחייב נזכר בכתבי רבינו תם ביחס לכמה סוגים של התחייבויות. הוא כתב,

שהתחייבות במעמד ציבורי מכובד ('בית דין חשוב') פותרת את בעיית סמיכות הדעת ('אסמכתא'⁴³) חל גם בנוגע להתחייבות שמעורבת בה אישיות מכובדת ('חבר עיר'). היחיד המשתייך לציבור לא יכול להשתחרר מן ההתחייבות שקיבל על עצמו, בתואנות שונות המבוססות על פגמים בסמיכות דעתו, כי בהתחייבות היה מעורב גורם מכובד כזה, והיחיד בוודאי התחייב ברצינות.

הרב יצחק בן שמואל (הר"י⁴⁴), בן אחותו של רבינו תם; הרב אליעזר ממץ (הרא"ם)⁴⁵, תלמידו המובהק; הרב יוסף, בן זמנו של הריצב"א⁴⁶; וחכם שזהותו אינה ידועה⁴⁷ – כולם פירשו, בדומה לרבינו תם, שתנאים של ציבור מסוים הנוכחים בספרות התנאים והאמוראים והפותרים במלה 'רשאיך', מקנים לכל בני העיר זכות להתנות תנאים לצורך הסדרת ענייניהם המשותפים ('להסיע על קיצתם'). לדידם, כל יחיד ויחיד המשתייך לציבור המתחייב צריך להסכים מראש לקבל על עצמו את התנאי, ורק לאחר מכן ניתן לקנוס יחיד שהפר את ההתחייבות שקיבל על עצמו.

ג. דרך קבלת הכרעות במשפט הנוכרי להלכה ולמעשה

1. המשפט הגרמני

בחברות פרימיטיביות, כל הקבוצות בתוך החברה נאספו יחדיו ויצרו אחדות קולקטיבית כדי להגן על כלל היחידים המשתייכים לחברה מפני פגיעתם של אויבים מן החוץ. במצב ראשוני זה לא התקבלו ההכרעות בדרך כלל על פי דעת הרוב. יחיד שלא חפץ לקבל על עצמו את הכללים המשפטיים שנקבעו בחברה שאלה השתייך יכול היה להביע את חוסר הסכמתו

- שהתחייבות בשטר ביחס למטלטלין תקפה, אף שאין מטלטלין נקנים בשטר. נימוקו היה: 'דהואיל וטרח למכתב שטרא גמר ומשעבד נפשיה'. ראה: תוספות, כתובות קב ע"א, ד"ה אליבא. אף משמע מדבריו, שהפגם בכריתת ההתחייבות של דבר שלא בא לעולם נובע מהעדר סמיכות דעת המתחייב. ראה: ספר הישר (לעיל, הערה 28), סי' תקצב. ראה גם: חידושי הרשב"א, בבא מציעא סו ע"ב, ד"ה התם זביני הכא הלואה, בשם רבינו תם; נימוקי יוסף, בבא מציעא סו ע"ב (בדפי הרי"ף, דפוס וילנא: לו ע"ב), ד"ה התם זביני הכא הלואה, בשם רבינו תם. הוא גם עמד על הפגם בסמיכות הדעת באסמכתא. ראה: ב' ליפשיץ, אסמכתא חיוב וקניין במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 20–23.
- 43 ראה: בבלי, נדרים כו ע"ב.
- 44 ראה: אור זרוע, ג (לעיל, הערה 33), בבא קמא, סי' תנח. ראה גם: תוספות, בבא קמא קטז ע"ב, ד"ה ורשאים החמרים להתנות ביניהם.
- 45 ראה סוף תשובת ראבי"ה: שו"ת מהר"ח אור זרוע (לעיל, הערה 21), סי' רכב (=כתב יד פרנקפורט דמיין 4⁴, סי' קטצ), ובנדפס: מרדכי, בבא בתרא, סי' תפב.
- 46 ראה: מרדכי, שם, סי' תצ.
- 47 ראה: שיטה מקובצת, בבא קמא קטז ע"ב, ד"ה ורשאיך, ואולי הם דברי הר"י בנוסח אחר. אלבק (לעיל, הערה 3), עמ' 132, סבר כנראה, לאור הכותרת של הקטע הקודם בשיטה מקובצת, שאלה דברי הרב מנחם בן שלמה המאירי. אך בסוף הקטע הקודם כתוב: 'ע"כ', והדברים אינם מופיעים בבית הבחירה לבבא קמא על אתר. נראה שאין לייחס את הדברים למאירי.

לכללים אלה באמצעות פרישה מן החברה והתיישבות במקום אחר. משגדל מספר התושבים במקום, שוב לא היתה הפרישה הכרחית. כאשר כל הקבוצות בחברה חפצות בהמשך המגורים יחדיו מתפתח עקרון ההכרעה על פי דעת הרוב.⁴⁸

בחברה הגרמנית הקדומה, שהיתה בראשית התפתחותה בזמן שרווח עקרון ההכרעה על פי דעת הרוב במשפט הרומי הקדום, נתקבלו הכרעות בהסכמת כולם, כמקובל בחברות פרימיטיביות. הגרמנים חשבו בתקופה זו שהרצון של הציבור הוא הרצון הקולקטיבי של כל היחידים. לפני כל הצבעה והצבעה שוחחו ביניהם היחידים המשתייכים לציבור וניסו לשכנע זה את זה עד שהוסרה התנגדות היחידים שבמיעוט. אותם היחידים נתבקשו להצטרף לרוב, בתהליך הנקרא Folge. בתקופה זו, מי שלא הסכים להצטרף לרוב הוצא אל מחוץ לקבוצה ונחשב לאויב, ואף היה עלול להיפגע ממעשי אלימות כלפיו. לכן ציינו בדרך כלל חברי קבוצת המיעוט לרוב. ואולם, כאשר חבר בקבוצת המיעוט הרגיש חזק די הצורך להגן על עצמו, הוא היה דבק בדעתו החולקת, ולעתים היה פורש מן הרוב ויצר קיום נפרד לעצמו.⁴⁹ בתקופה מאוחרת יותר, הכוללת את דורו של רבינו תם, נתקבלו ההכרעות במשפט הגרמני להלכה בהסכמת כולם. ואולם, ה-Folge הפך למעשה להליך שבו המיעוט ממלא חובה, המוטלת עליו על פי דין, להצטרף לרצון הרוב. בני המיעוט היו חייבים לגלות נאמנות כלפי הכלל ולכן היתה מוטלת עליהם חובה להסיר את התנגדותם ולהצטרף לרצון הרוב, כדי שהרצון המשותף של כולם יבוא לידי ביטוי.⁵⁰ לעתים כפו על המיעוט לבטל את רצונו מפני רצון הרוב באמצעות שימוש בכוח הזרוע או באיומים, או חרישו את קולו באמצעות השמעת קולות נשק או צעקות.⁵¹

גם בתקופה זו לא הכיר המשפט הגרמני באפשרות התיאורטית של הכרעה על פי דעת הרוב. הוא נתן תוקף להתנגדות של יחיד הנמנה עם המיעוט.⁵² יחיד זה היה רשאי לבחור

L. Konopczyński, *Le Liberum Veto – Étude sur le développement du principe majoritaire*, Paris 1930, p. 21 48

O.V. Gierke, 'Über die Geschichte des Majoritätsprinzips', *Essays in Legal History*, ראה: 49
London 1913, pp. 314–315 (=Schmollers Jahrbuch, 1915, pp. 565–587)

F. Elsner, 'Zur Geschichte des Majoritätsprinzip', עמ' 82: (הערה 48), ראה: קונופזינסקי (לעיל, הערה 48), 50
(Pars maior und Pars sanior), insbesondere nach schweizerischen Quellen', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* (=ZRG [KA]), LXXIII (1956), pp. 81–82; J.F. Battenberg, 'Das römische-deutsche Königtum und die Legitimation mehrheitlicher Entscheidungen im Spätmittelalter', *ZRG, Germanistische Abteilung* (=GA), CIII (1974), p. 16; H.J. Becker, *Mehrheitsprinzip, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin 1978, p. 434

ראה: גירקה (לעיל, הערה 49). עמ' 319: קונופזינסקי (לעיל, הערה 48), עמ' 18: בטנברג, שם, עמ' 51 51
אלסנר, שם, עמ' 81, בקר, שם, עמ' 434.

E. Ruffini Avondo, 'Il Principio maggioritario nelle elezioni dei Re e Imperatori romano-germanici', *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, LX (1925), p. 412. ראה גם: 52

K. Schlaich, 'Maioritas-protestatio-itio in partes-corpus Evangelicorum', *ZRG (KA)*, XCIV (1977), pp. 288–289

שלא להצטרף לרוב וכך היה יכול למנוע קבלת החלטות שאינן רצויות לו. כלומר, גם בתקופת רבינו תם, המיעוט שסירב להצטרף לרוב לא אפשר קבלת החלטות בדרך הדרושה: בהסכמת כולם. כשנהג כך הוא התעמת עם הרוב ולא עם החוק.⁵³ ומשום שהרוב לא היה יכול להתעלם מעמדת המיעוט, היה צורך לקיים הליך מיוחד, שבאמצעותו תושג המטרה הרצויה: הסכמת כולם. בהליך זה נדרשו הדוגלים בעמדת המיעוט להצטרף לעמדת הרוב. לעומת זאת, במשפט הרומי נחשב רוב הציבור ככולו וכך לא היתה נחוצה הסכמת המיעוט. לא היה צורך ביצירת רצון קולקטיבי. החלטת הרוב נחשבה לחוק מחייב ולכן נכפתה על המיעוט בעל כורחו. רק סמוך לתחילת המאה ה"ג, לאחר זמנו של רבינו תם, חדרו בהדרגה, גם לאזורים שבהם נהגו על פי המשפט הגרמני, כגון גרמניה,⁵⁴ שוויצריה⁵⁵ וצפון צרפת,⁵⁶ רעיונות חדשים, המבוססים על עקרונות המשפט הרומי, שהכיר באפשרות של קבלת הכרעה על פי דעת הרוב.⁵⁷

2. המשפט הפיאודלי

הכרעה בהסכמת כולם היתה מקובלת במשפט הפיאודלי בצפון צרפת במאה ה"ב. שיטת משפט זו קובעת, שקיים הסכם בין השליט לבין העם. כאשר רצה שליט לעשות פעולות

53 ראה: קונופינסקי (לעיל, הערה 48), עמ' 82.

54 עקרון ההכרעה על פי דעת הרוב החל לחזור בגרמניה במאה ה"ג ובא לידי ביטוי בקובצי החוקים הגרמניים: ה"Schwabenspiegel וה"Schwabenspiegel. עם זאת, עדיין רווח במקביל, בהקשרים מסוימים, העיקרון הקדום של המשפט הגרמני בנוגע לדרך קבלת הכרעות, שהמיעוט חייב להצטרף לרוב. ראה: גירקה (לעיל, הערה 49), עמ' 317-320; קונופינסקי, שם, עמ' 82-93; בטנברג (לעיל, הערה 50), עמ' 18-21; אלסנר (לעיל, הערה 50), עמ' 88-98; בקר (לעיל, הערה 50), עמ' 434-435. מן הכתוב במסמכים ביחס לבוררות בשוויצריה, החל בשנת 1158, עולה שבמאה ה"ב לא התקבלו ההכרעות על פי דעת הרוב, אבל כבר בשנת 1255 נעשה שימוש בעיקרון של הכרעה בבוררות, וכן נעשה שימוש בעיקרון זה בשוויצריה החל במאה ה"ג בתחומים משפטיים אחרים. ראה: אלסנר, שם, עמ' 81-82.

56 עד המאה ה"ג היתה קבלת הכרעות בהסכמת כולם דרך ההכרעה הרווחת בצרפת. ראה: קונופינסקי (לעיל, הערה 48), עמ' 63-64; אלסנר, שם, עמ' 92-104. עקרון הרוב חדר לצרפת במאה ה"ג. ראה: קונופינסקי, שם, עמ' 64-71.

57 במשפט הרומי הקדום כתבו המשפטנים Scaevola ו"Ulpianus, שההכרעה מתקבלת על פי דעת הרוב. Scaevola כתב (Dig. 50, 1, 19): 'Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint' (=מה שעשה החלק הגדול יותר [=הרוב] של 'curiae', נחשב כדבר שעשו כולם). Ulpianus כתב (Dig. 50, 17, 160, 1): 'Refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem' (=מה שהחליט החלק הגדול [=של הציבור] בפומבי מיוחס לכולם). על פי מקורות קדומים אלה, הכירו חכמי המשפט הרומי במאות ה"ב-ה"ג באפשרות של קבלת הכרעות על פי דעת הרוב. דבריהם של חכמי המשפט הללו השפיעו גם על חכמי המשפט בגרמניה, החל במאה ה"ג, הואיל ובתקופה זו נקלטו שם בהדרגה עקרונות המשפט הרומי של ימי הביניים. ראה: קונופינסקי, שם, עמ' 82; בקר (לעיל, הערה 50), עמ' 432.

שלטונית, כגון חקיקה או מיסוי, הוא היה חייב להיוועץ בנתיניו או בנציגיהם ולקבל את הסכמתם לכך.⁵⁸ כמה חוקרים סברו,⁵⁹ שאחיו הגדול של רבינו תם, הרב שמואל בן מאיר (הרשב"ם), היה מודע לקיומה של תפיסה משפטית פיאודלית זו, ולכן כתב: 'כל מסים וארגוניות ומנהגות של משפטי המלכים שרגילים להנהיג במלכותם – דינא הוא, שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו, והלכך דין גמור הוא'.⁶⁰

ה'הסכמה' של הדרג הנמוך יותר בהיררכיה, שהיתה דרושה באופן תיאורטי במשפט הפיאודלי, היתה פיקטיבית. אמנם, להלכה מוטלת על השליטים חובה להיוועץ באלה הכפופים להם ולקבל את הסכמתם לחקיקה או למיסוי, אבל למעשה במקרים רבים לא נהגו כך. בימי הביניים רווחו בעת ובעונה אחת שתי תפיסות מנוגדות ביחס לסמכותו של השליט. מחד גיסא, תפיסה פיאודלית, שקיים הסכם בין השליט לנתיניו המטיל עליו חובות, כגון החובה שחקיקתו ומיסוי יאכפו רק לאחר התייעצות עם נתיניו וקבלת הסכמתם. מאידך גיסא, תפיסה תיאוקרטית, הקובעת שסמכותו השלטונית של השליט, השולט בחסדו של בורא עולם, נובעת מן ההשגחה העליונה ולא מהסכמת היחידים. לפי תפיסה זו, דתו של כל נתין ונתין מטילה עליו חובה לציית לחוקי השליט גם כאשר הליך החקיקה נעשה באופן חד צדדי, ללא קבלת הסכמתו או התייעצות עמו.⁶¹ שליטים ניסו להסתמך על תפיסה תיאוקרטית כדי לצמצם עד למינימום את הקף החיובים הפיאודליים המוטלים עליהם. לעתים הם שָׁחֲקוּ את הזכויות שההסכם הפיאודלי שלהם עם נתיניהם העניק ליחידים.⁶² כאשר הופרה החובה המוטלת על

58 ראה: קונופוניסקי, שם, עמ' 65–66; F. Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, Oxford 1939, pp. 187–194; W. Ullmann, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, London 1961, pp. 150–151, 166; idem, *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Harmondsworth 1965, p. 147; idem, *The Individual and Society in the Middle Ages*, Baltimore 1965, pp. 60–66; idem, *Law and Politics in the Middle Ages*, Ithaca 1975, p. 215

59 ראה: ז' פלק, 'לברור התפישה הקונסטיטוציונית היהודית בראשית ימי הביניים', סיני, כו (תש"י), עמ' פז; אלבק (לעיל, הערה 3), עמ' 130–131; ש' שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים תשל"ה, עמ' 60–61.

60 רשב"ם, בבא בתרא נד ע"ב, ד"ה והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא. אמנם ש' אלבק סבר, שאין הדברים שייכים באופן ישיר לשיטת רבינו תם בהלכות קהל, כי הרשב"ם רצה לומר שאין לדין המלכות תוקף כשהמלך קבע אותו ללא קבלת הסכמה מהסניורים ומהפיאודלים שלו, שכן רק הם היו חייבים להסכים, ואין הרשב"ם דן בשאלה אם הם צריכים להסכים פה אחד או לא. ואולם הוא כתב, שלמעשה נדרשה הסכמת כל הסניורים, ומי שלא הסכים לכך לא קיבל על עצמו את אותה ההחלטה.

61 ראה: אולמן, עקרונות (לעיל, הערה 58), עמ' 150–154; הנ"ל, יחיד וחברה (לעיל, הערה 58), עמ' 66–69.

62 אולמן, עקרונות, שם, עמ' 155; הנ"ל, יחיד וחברה, שם, עמ' 69. אולמן הסביר, כי השאלה אם המלך שלט בדרך תיאוקרטית או מכוח הסכם פיאודלי היתה תלויה בנסיבות של כל מקרה ומקרה. מלך חכם ידע כיצד ניתן לעקוף את החיובים המוטלים עליו על פי ההסכם הפיאודלי. לעומת זאת, כאשר הווסלים הכפופים ישירות למלך היו תקיפים, ותבעו ממנו לקיים את הזכויות המגיעות להם על פי ההסכם הפיאודלי, כיבד המלך את התחייבויותיו בהסכם. טירני כתב, שהמשפטנים פתרו את בעיית

השליט להטיל מיסים רק לאחר שהחייבים במס הסכימו להטלתם, לא ניתן היה לאכוף בפועל ציות לעקרון קבלת ההסכמה של הנתינים במשפט הפיאודלי, מפני שלא היה קיים מנגנון פיקוח ואכיפה אפקטיבי של גוף חיצוני ביחס לפעולות השליט. למעשה, הוא ביטל את פעולותיו מיוזמתו, כאשר הגיע לכלל מסקנה שטעה, ולא תמיד ניתן היה לשכנע שליטים בעלי זרוע שהמיסוי שלהם אינו תקף משום שהפרו את החובה לקבל הסכמה מן החייבים במס.⁶³ כמו כן, בדרך כלל רווחה פיקציה משפטית, שכל הפעולות של השליט אושרו בידי נתיניו, והם הביעו את הסכמתם להן, במפורש או מכללא. לכן נתפס השליט כאילו הוא פועל מכוח סמכותו החוקית.⁶⁴

3. המשפט הקנוני

החל במאה ה' ואילך הכריע בפועל במשפט הקנוני הרוב האכזרי (Pars Sanior), אף שלהלכה רווח בכנסייה במשך דורות רבים העיקרון של קבלת הכרעות בהסכמת הכל. במשך דורות רבים בחרה הכנסייה אפיפיורים ונושאי תפקידים ב'הסכמת כולם'.⁶⁵ עיקרון זה כבר

הסתירה בין הדוקטרינה הפיאודלית לזו התיאוקרטית בדרך משפטית. הוא הזכיר כמה מחכמי המשפט הרומי והקנוני בימי הביניים שהשתמשו בנוסחאות משפטיות ופתרו באמצעותן את הסתירה הזאת. לדעתו, מכוח פירושים המבוססים על העיקרון שהסמכות באה מן ההשגחה העליונה אל בני האדם, יישבו המשפטנים את הסתירה, תוך הדגשת החשיבות התיאורטית של עקרון ההסכמה. ראה: B. Tierney, *Religion, Law, and Growth of Constitutional Thought, 1150–1650*, Cambridge 1982, p. 41

63 ראה: קרן (לעיל, הערה 58), עמ' 194. שליטים בימי הביניים שניהלו משא ומתן עם הנתינים ביחס לשיעור חיובם במס עשו זאת לאו דווקא מחמת תחושה שמוטלת עליהם חובה לציית לחוק המוטל עליהם, אלא בעיקר משום שבפועל לא ניתן היה לגבות מיסים ללא התייעצות עם האנשים שמהם נגבה המס, והאיל ולשלוטן בימי הביניים היו מעט פקידים שטיפלו בשומה ובגבייה ומידע מועט ביחס למספר הנתינים ולעושרם. ראה: J.R. Strayer & C.A. Taylor, *Studies in Early French Taxation*, Cambridge Mass. 1939, pp. 21–22

64 ראה: קרן, שם, עמ' 188.

65 ראה: A. Carboni, "Sanior pars" ed elezioni episcopali fino alla lotta per le investiture', *Archivio Giuridico, Sesta Serie*, XXVIII (1960), pp. 76–87. שם מתואר המעבר בכנסייה, בתקופה שקדמה לזמנו של רבינו תם, מהליך בחירות שבו כל קהילת המאמינים בחרה את נושאי התפקידים להליך בחירות שבו הבישופים הם למעשה אלה שבחרו. בניגוד להשקפה שרווחה בעבר, שהסכמת כל היחידים בעם משקפת את רצון בורא העולם, רווחה במאה ה' השקפה חדשה, שבחירה טובה היא ביטוי להשראה של הבורא. כמו כן, הסכמת כולם לא היתה אמיתית. בבחירות לאפיפיור בשנת 499 נתקבלה החלטה כמעט בהסכמת כולם או בהסכמת רוב מכריע. ראה: שם, עמ' 88–90, 95. זו נחשבה כהחלטה שנתקבלה בהסכמת כולם, כי הפיקציה שהחלטת רוב היא החלטת כולם, שמקורה במשפט הרומי, היתה מקובלת גם במשפט הקנוני. כך שמרו על מראית עין של קבלת הכרעות בהסכמת כולם, שהיתה חשובה בכנסייה מבחינה תיאורטית, בשל הדעה שלא ייתכן שנושא תפקיד בכנסייה, שצריך להשכין שלום בעם, יגרום במהלך בחירתו לחילוקי דעות. גם במאות ה"ב–ה"ג, ואף לאחר מכן, רווח עיקרון מדומה של הסכמת כולם בכנסייה. אחד מאנשי הכמורה, שתפקידו היה בכיר יותר מתפקידו של המועמד שהיה צריך להיבחר, היה אומר לגוף הבוחר במי

היה מושרש במאה ה', ובחירות בכנסייה הקתולית נערכו רק ב'הסכמת הכלל', לאור התפיסה שהקהילה הדתית הנוצרית חייבת להיות תמיד במצב של הסכמה מושלמת, ללא חילוקי דעות.⁶⁶ המפנה במשפט הקנוני חל רק לאחר זמנו של רבינו תם, במאה ה'ג'. לעתים נהגו לקיים הליך בחירות שבו המיעוט לא הצטרף לעמדת הרוב. בשנת 1215 קבעה המועצה הלטרנית הרביעית עקרון הכרעה חדש: הכרעה על פי רוב כמותי ואיכותי. יסודותיו של עיקרון זה ניכרים קודם לכן, אבל רק במאה ה'ג' הוא נקבע כדוקטרינה משפטית רשמית במשפט הקנוני.⁶⁷

בזמנו של רבינו תם רווחה אפוא התפיסה התיאורטית בנוגע לקבלת הכרעות בהסכמת כולם, אף שהיה פער בין הלכה למעשה בנוגע לדרך קבלת ההכרעות. כמו במשטרים טוטליטריים, כך גם בכנסייה בימי הביניים, היה קיים מבחינה תיאורטית מיתוס של קבלת הכרעות בהסכמת הכלל. ואולם, למעשה לא היה מקובל בתקופה זו להתנגד או להימנע. 'הסכמת כולם' בתקופה זו היתה דרושה מבחינה פורמלית, אבל לצורך השגתה למעשה לא בחלו כמעט בשום אמצעי שיכול להביא בסופו של דבר להסכמה כללית. בסוף היה המיעוט מצטרף אל הרוב, מחמת פחד, זהירות, חנופה, רצון לתמוך במועמד של הרוב או כבוד למה שהוסכם בין הצדדים לפני ההצבעה.⁶⁸

ד. הכרעות הציבור לדעת רבינו תם להלכה ולמעשה

1. ניהול קהילה על פי רבינו תם – הקושי המעשי

רבינו תם היה מודע כנראה לעובדה שיחידים מסוימים, אלמים ומוסרים, סירבו לקבל על עצמם את מרות הקהילה במקומם, ללא הצדקה. כך עולה מתשובת הרב משה תקו בר חסדאי: 'ורבותי[נן] כתבו בתוספי (=בתוספות) בב[א] בתר[א]', כי רבי[נן] תם לא היה מודה בחרם

צריך לבחור. כך הוא הצליח 'להדריך' את העם, לאור העיקרון שיש להדריך את העם ולא ללכת בעקבותיו. כמו כן, הרוב היה צריך לשכנע את המיעוט להצטרף לדעתו, ובסופו של דבר הכריעו בהסכמת כולם. ראה: E. Ruffini Avondo, 'Il principio maggioritario nella storia del Diritto Canonico', *Archivio Giuridico, Quarta Serie*, IX (1925), pp. 43–44

ראה: L. Moulin, 'Sanior et Maior Pars', *Revue historique de droit français et étranger*, XXXVI (1958), pp. 370–371

67 בער, היסודות (לעיל, הערה 2), עמ' 37–39, סבר שעיקרון משפטי זה במשפט הקנוני, שהרוב צריך להיות לא רק כמותי אלא גם איכותי (עיקרון שנתקבל במועצה הלטרנית השלישית בשנת 1179 ובמועצה הלטרנית הרביעית בשנת 1215; ראה: שם, עמ' 38, הערות 29–30), אומץ כהסדר משפטי עברי בתקנת קהל אשכנזית, שהיא לדעתו מסוף המאה ה'ב'. התקנה קובעת, שהחלטה שנקבעה בידי בני העיר תקפה כאשר 'הרוב מתרצים בדבר מן המהוגנים'. ראה: פינקלשטיין (לעיל, הערה 34), עמ' 122. נראה שתקנה זו, המצויה בקובץ אשכנזי קדום של תקנות קהל המיוחס לרבינו גרשום מאור הגולה, נתקנה לפני שנתקבל ללא עוררין עקרון הרוב המיוחס במשפט הקנוני, ולכן סברה זו בנוגע לגירוי או להשפעה מן המשפט הקנוני בהקשר זה צריכה עיון.

ראה: מולין (לעיל, הערה 66), עמ' 370–373, 393, 397.

היישוב, כי אמר: קדמונינו לא הנהיגו חרם היישוב אלא בשביל אלמים ומוסרים, שאינ'ם] רוצים לפנות לתקנת הקהל ושאינם רוצים לפרוע עמהם מס, אבל על אחרים אין חרם.⁶⁹ אם רבינו תם סבר שדרושה הסכמה בפועל של כל היחידים לצורך קבלת הכרעות בכל קהילה וקהילה, לא ברור כיצד ניתן היה לנהל קהילה יהודית כאשר נוהגת בה דרך קבלת ההכרעות הנזכרת בכתביו. כל יחיד ויחיד – אדם, טרדן, מר נפש או בעל מעורבות אישית – עלול היה למנוע את קבלת ההחלטות הנחוצות לניהול ענייני הכלל בדרך הנאותה. אמנם, ל' פינקלשטיין ציין בהקשר זה, כי לדעת רבינו תם גדולי הדור הם בעלי הסמכות שהיתה מסורה בידי הסנהדרין ויכולים לתקן תקנות מחייבות;⁷⁰ דהיינו, כל קהילה וקהילה יכולה לפנות לבית הדין של גדול הדור ולבקש ממנו לכפות על היחיד לציית לתקנות הרוב. ואולם, במציאות של ימי הביניים לא היה די בדרך פעולה זו, במיוחד במקרים דחופים, כי הדרכים היו בחזקת סכנה, שליט מקומי יכול היה לגבות היטל מעבר ולעכב את הנוסעים כדי לסחוט מהם כופר נפש, ומקצת הקהילות שכנו הרחק ממקום מושבו של גדול הדור.

א"י איגוס כתב, שאף לדעת רבינו תם, קהילה אשר החליטה בהסכמת כולם שכל ענייניה ותקנותיה יוכרעו על פי דעת הרוב, תפעל מכאן ואילך על פי עיקרון זה בכל תחומי פעולתה. איגוס סבר כנראה, שרוב הקהילות בזמנו של רבינו תם הלכו בדרך זו, ולכן כתב, שדרך קבלת ההכרעות בקהילה לדעת רבינו תם אינה מחלישה את סמכות הקהילות. לדעתו, דרך זו שומרת על זכויות היחיד, ובמקרים מסוימים מגינה על המיעוט מפני שרירות לבו של הרוב.⁷¹ לפתרון של איגוס אין סימוכין של ממש במקורות. בספרות ההלכה של יהדות אשכנז לא מסופר על קהילה כלשהי שקיבלה החלטה בהסכמת כולם, שמכאן ואילך יכריעו בה על פי דעת הרוב. העדר אזכור מעין זה אומר דרשני. כמו כן, כאשר קבע רבינו תם בתשובותיו את ההלכה בענייני מיסים וכתובה, הוא הניח באופן תיאורטי, שכאשר היחיד לא הסכים לקבל על עצמו את עול ההתחייבות, לא ניתן לקבל החלטות או תקנות או מנהג, הואיל והכרעות מתקבלות רק בהסכמת כולם. אין נזכרת אצלו האפשרות, שהרוב יכול להכריע לאחר שכל המשתייכים לקהילה הסכימו לקבל החלטות על פי דעת הרוב.

2. הכרת פסיקתו של רבינו תם בדורות שאחריו

בזמנו של רבינו תם ובדורות שאחריו היתה זיקה בין מרכזי ההלכה בצפון צרפת ובאשכנז. יש לייחס חשיבות לעובדה, שהמקורות שבהם נזכרת דרך קבלת ההכרעות בציבור לדעת רבינו תם לא היו ידועים בספרות ההלכה של יהדות אשכנז לאחר מותו.⁷² הראב"ה בתשובתו הסביר, שהאריך לפרש כיצד מתקבלות הכרעות הקהל מכיוון שיש דעה חולקת, הוזהר לשיטת

69 אור זרוע, א (לעיל, הערה 20), שו"ת, סי' קטו (בנוסח כתב יד המוזיאון הבריטי, לונדון, 530–531, סי' קעט); ובמקבילה: שו"ת מהר"ם בר ברוך, למברג תר"ך, סי' קיא.

70 ראה: פינקלשטיין (לעיל, הערה 34), עמ' 50.

71 ראה: איגוס, מהר"ם (לעיל, הערה 4), עמ' 94.

72 דעת ח' סולוביצ'יק, בדברים שבעל-פה.

רבינו תם. אך את דעת רבינו תם הוא לא הכיר מכלי ראשון, ואף לא ייחסה לרבינו תם, אלא לרבו – תלמיד רבינו תם – רבי אליעזר ממץ.⁷³ אילו נהגה שיטת רבינו תם בחיי המעשה בצפון צרפת, יש להניח שהמקורות שבהם הסביר את הבסיס התיאורטי לשיטתו היו נחשבים למקורות חשובים והיו מוכרים לפוסקים באשכנז במאה ה"ג, כגון ראב"ה, שהכיר עקרונות הלכתיים הנזכרים ב'ספר הישר'.⁷⁴ וביחס לדברי ראב"ה, שייחס את שיטת רבינו תם לרבי אליעזר ממץ, כתב חכם אשכנזי אחר, שאף הוא לא הכיר את פירושו של רבינו תם מכלי ראשון: 'ורבינו ברוך מצא בספר הישר של רבינו תם זצ"ל שפירש כן בבבא בתרא...'.⁷⁵ סמוך לאמצע המאה ה"ג כתב הרב יצחק בן משה מווינא חיבור מקיף, ספר 'אור זרוע'. היה מקום לכלול בחיבור זה את שיטתו של רבינו תם בנוגע לדרך קבלת ההכרעות בקהילה, אגב הדיון בסוגיה התלמודית בפרק ראשון של בבא בתרא, שבו נזכרת הברייתא 'רשאין בני העיר'. ואולם הוא לא הזכיר את פרשנותו של רבינו תם לברייתא זו. בספר 'אור זרוע' נזכרת פסיקת רבינו תם בנוגע לדרך קבלת ההכרעות בהלכות צדקה, ללא אזכור ברייתא זו. קבלת פסיקתו של רבינו תם אגב הדיון בהלכות צדקה אינה מעידה בהכרח על קבלתה גם בתחומי פעילות אחרים של הקהילה בימי הביניים, כגון בענייני ציבור ומיסים. כמו כן, בהלכות צדקה בספר 'אור זרוע' לא נזכר עיקרון כללי, שהכרעות בקהילה מתקבלות תמיד בהסכמת כולם. נאמר שם בשמו: 'דודאי אין בני העיר יכולין לכופ אחד לצדקה ולא לכל שאינו תקנת העיר'. אם כן, לצורך תקנת העיר כופים בני העיר על היחיד להישמע להם, אף כשלא הסכים מלכתחילה לקבל על עצמו לנהוג בדרך מסוימת.⁷⁶ בשלהי המאה ה"ג קבע מהר"ם מרוטנבורג את יסודות שיטתו בהלכות קהל 'מסברא',⁷⁷ ולאחר מכן, כשנודעו לו עקרונות שיטתו של רבינו תם, סבר שכיוון לדעת קודמו. ואולם, גישתו של המהר"ם מרוטנבורג שונה למעשה מזו של רבינו תם. מהר"ם סבר שלצורך קידום תועלת הציבור יכול הרוב בקהילה לכפות את רצונו על המיעוט. אילו היתה גישתו של

73 סוף שו"ת מהר"ח אור זרוע (לעיל, הערה 21), סי' רכב.

74 ראה: אפטוביצר (לעיל, הערה 12), עמ' 277.

75 שו"ת מהר"ח אור זרוע, שם, סי' רכב. על התהוות 'ספר הישר', על גלגוליו ועל היחס של ציבור החכמים והתלמידים בצרפת הצפונית ובאשכנז אל החיבור, ראה: אורבך (לעיל, הערה 29), עמ' 106-93.

76 ראה: ספר אור זרוע, כתב יד המוזיאון הבריטי, לונדון, 530-531, הלכות צדקה: 'דודאי אין בני העיר יכולין לכופ לצדקה ולא לכל שאינו תקנת העיר, והא דאכפיה רבא לרב נתן בר אמי היינו מפני שכבר היה קצבה ביניהם ותנאי ביניהם ונתרצה בה מעיקרא ועתה לא רצה לקיי[ם] הקצבה... ופעמי[ם] היה רבי[נו] תם זצ"ל מפרש שקיבלו עליהם בני עירו של רב נתן בר אמי שיהא רשות לגבאין לכופ'.

77 ראה: שו"ת מהר"ם, דפוס פראג (לעיל, הערה 9), סי' תתקמא. אף תלמידו של מהר"ם, הרב מרדכי בן הלל, במדרכי, בבא בתרא, סי' תפ, אינו יודע בוודאות מה היא שיטת רבינו תם בהלכות קהל. מצד אחד הוא מצטט קטע מאחת מתשובותיו של רבינו תם, ופרשנותו של מהר"ם מרוטנבורג לקטע זה, שבידי הקהל מסורה סמכות כפיה בניגוד לרצון היחיד בעניינים שהם מגדר מילתא ותקנתא, ומצד אחר הוא מביא בהמשך דברים הפוכים, שמצא בשם רבינו תם במקור אחר, שסמכות הפקעת ממון אינה מסורה בידי הקהילה וראשיה. בנוגע לסתירה בדברי רבינו תם בין הרישא לסיפא ראה לעיל, הערה 13.

רבינו תם בנוגע לדרך קבלת ההכרעות באה לידי ביטוי בחיי המעשה בקהילות בצפון צרפת, היה מהר"ם יודע בוודאי מה הם עקרונות שיטתו של רבינו תם בהלכות קהל. זאת ועוד, אין התמודדות הלכתית של חכמי ההלכה בדורות שאחרי רבינו תם עם דרכו הנזכרת. לדעת ח' סולוביצ'יק, אילו חולל רבינו תם מהפיכה מעשית בדרך קבלת ההכרעות בקהילות בימי הביניים, יש להניח שבספרות התשובות בדורות הבאים היינו מוצאים תיאורים של קבלת הכרעות בהסכמת כולם, ואף היינו עדים לניסיון של פוסקי ההלכה בדורות אלה להתמודד עם הקשיים הנובעים מהחלת העקרונות החדשים. לאור העדר תיאורים מחיי המעשה או פרשנות הלכתית בנוגע לקבלת הכרעות בהסכמת הכלל בקהילות ישראל לאחר זמנו של רבינו תם, יש רגליים לסברה, שבצפון צרפת או באשכנז לא נהג משטר קהילות המושתת על הסכמת כולם בתקופה זו.⁷⁸

3. פשר הפער בין הלכה למעשה: הסכמה פיקטיבית של המיעוט

במקרים שבהם כתב רבינו תם שהכרעות בנוגע לדיני מיסים וכתובה צריכות להתקבל בהסכמת כולם, ואם לא הן חסרות תוקף, ייתכן שהוא התייחס לצד התיאורטי. לאור פרשנותו לסוגיות התלמודיות הוא פסק, שלהלכה הכרעות צריכות להתקבל בהסכמת כולם בשל תחולת המגבלות בנוגע לשימוש באמצעי הפקעת ממון, כי בברייתא על תנאי בני העיר נתקבל התנאי בהסכמת כולם. עם זאת, מבחינה מעשית העלים עין כאשר הרוב בקהילות כפה את רצונו על המיעוט בעקיפין.

יש רגליים לסברה, שאף בזמנו של רבינו תם לא הכריעו בקהילות ישראל בהסכמת כולם, לאור אחת מתשובותיו. הוא דן שם בקהילה שרצתה לשנות את סדרי הטלת המס. היו מי שהציעו, שמכאן ואילך יגבו בה מס גם מרווחים שמפיקים אלה שיש בידם מעות של אחרים. שמעון, מתושבי המקום, סירב לקבל על עצמו תקנה זו. לאור העקרונות התיאורטיים של ההלכה, סבר רבינו תם כי היחיד רשאי למנוע קבלת החלטה שלא בהסכמת כולם. ואולם בסוף תשובתו הוא דן בצד המעשי, ויעץ ליחיד שיבטל רצונו מפני רצון הרוב: 'ואם לעצתי ישמע שמעון, לא יפלוג על בני קהלו, אך יבטל רצונו מפני רצונם, פן יבואו עליו מצד אחר, ואין לפרש, ומה שרש דבר נשמע בעדתם, כי לא הוצרכנו להם'.⁷⁹ דבריו, ש'יבואו עליו מצד אחר', הם כנראה איום מרומו שבני קהלו עלולים להיפרע ממנו כשתמצא להם הזדמנות נאותה לכך. לכאורה, אם סבר רבינו תם שהיחיד צודק ואסור לבני הקהילה להטיל מס על רווחים מממון, הוא לא היה צריך לייעץ ליחיד להתחשב בנהגים נפסדים העומדים בניגוד לרוח ההלכה.⁸⁰ ייתכן שבפועל נהגו בזמנו לקבל הכרעות על פי דעת הרוב, ולכן העלים עין מן השימוש בדרכי כפייה עקיפות כדי שתיווצר 'הסכמת כולם'.

78 ראה: סולוביצ'יק (לעיל, הערה 6), עמ' 102–103.

79 כרם חמד (לעיל, הערה 9), עמ' 49. במקבילה, במרדכי בבא קמא, ס' קעט, לא מופיעה עצה זו. נראה שבספר המרדכי קיצר המחבר את התשובה והשמיט עצה זו, כי ביקש להתמקד במסקנות ההלכתיות. אף בתגהות אשרי, בבא בתרא, ס' יב, אין עצת רבינו תם נזכרת.

80 ניתן היה לפרש, שהביטוי 'פן יבואו עליו מצד אחר, ואין לפרש' אינו רומז לאמצעים שבהם נוקט

לכאורה, לחידוש התיאורטי של רבינו תם היתה משמעות גם בחיי המעשה, משום שלדעתו היה היחיד יכול לסרב לקבל על עצמו את דעת הרוב ולמנוע בדרך זו את קבלת ההחלטה. אך ייתכן שמתשובה זו עולה, שגם בקהילות ישראל בזמנו, כמו בחברה הסובבת שנהגה על פי המשפט הגרמני, עשו שימוש באמצעים שונים כדי 'להשיג' את התוצאה המבוקשת: 'הסכמת' היחיד. אם כן, גם אם להלכה לא ניתן היה לכפות על יחיד להצטרף לרצון הרוב, הרי למעשה נמנעו היחידים ממימוש זכותם להתנגד לרצונו.

לא ברור מהו הבסיס ההלכתי לכפייה עקיפה זו. אמנם, ניתן לפנות לגדול הדור בבקשה שיתיר לרוב להפקיע ממון, או, לחילופין, להסכים שמכאן ואילך יכריעו בקהילה על פי דעת הרוב. ואולם, תשובת רבינו תם בעניין הטלת מס על ממון אחרים מלמדת, שלא נהגו להכריע בקהילה זו על פי דעת הרוב. הוא אף לא קיבל את כל הטיעונים ההלכתיים שהצדיקו הענקת סמכות כפייה ישירה לרוב הציבור.

ייתכן שקבלת הכרעות בהסכמת כולם היא ערך רצוי. כך הציבור מאוחד ומלוכד ושוררים בו אחווה ושלום ורעות. קיימת פיקציה משפטית המשמרת ערך רצוי זה. הקהילה אינה אוכפת את מרותה על היחיד המתנגד באופן ישיר, בזמן קבלת ההחלטה, אלא בעקיפין: היא נוהגת עמו בנוקשות ובחוסר גמישות וממצה עמו את כל חומר הדין במועד אחר. למראית עין נשמרת האחדות, מפני שהכפייה אינה ישירה. פיקציה משפטית זו משמרת ערך רצוי, שאינו בא לידי ביטוי בדרך כלל בחיי המעשה.⁸¹ פיקציה זו היא אמרת־שקר, 'שתועלתה' (המשפטית) בצדה... כל פיקציה שבדין באה להרבות צדק.⁸²

הרוב כדי 'לשכנע' את המיעוט להסיר את התנגדותו להחלטת הרוב, אלא לטיעונים הלכתיים, שרבינו תם מודע להם אך אינו רוצה לפרשם אם לא העלה אותם בעל הדין, ולאור טיעונים אלה ניתן לחייב את שמעון בתשלום המס. ואולם, רבינו תם הדגיש שרבים לוחמים לי בזאת, גם אחי לא הודה, ובוויכוח הלכתי זה דאי הועלו הטיעונים ההלכתיים הרלוונטיים, ובכל זאת סבר רבינו תם שהקהל המבקש להטיל מס אינו רשאי לעשות כן.

דומה הדבר להימנעות מכפייה ישירה בדיני גיטין, הנזכרת בתשובת רבינו תם, ספר הישר, שו"ת (לעיל, הערה 33). סי' כד. לכתחילה רצוי שגט יינתן רק בהסכמת המגרש. לכן הוא פסק שאין לכוף בעל לתת גט לאשתו תוך שימוש באמצעי כפייה ישירים, כגון מלקות וגזירות וחרמות נגדו, בשל החשש שגט כזה יהא גט מעושה. עם זאת, למעשה, התיר שימוש באמצעי כפייה עקיפים נגד הסרבן: 'תגזרו באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל הנלוים אליכם שלא יהו רשאים לדבר עמו לישא וליתן עמו, להאריחו (=לארחו) ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקרו בחלותו, ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם, אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה, שבוה אין כפיה עליו, שאם ירצה מקיים'. ראה גם: מרדכי, כתובות, סי' רד. ייתכן שמהר"ם מרוטנבורג, בניגוד לרבינו תם, מחה כנגד מי שפעלו כדי להשיג את 'הסכמת' היחיד באמצעים פסולים. במקרה אחד תמך רוב הציבור במינוי חזן מסוים והמיעוט התנגד. מהר"ם התנגד לפנייה של החזן לשלש נוכרי, כדי שבקשתו מן המיעוט בעניין זה ('שביקש הממאנים להתרצות') תאלץ את המיעוט לבטל את רצונו מפני רצון הרוב ולהסיר את התנגדותו למינוי. ראה: שו"ת מהר"ם, דפוס קרימונה (לעיל, הערה 6). סי' קצ; ובמקבילות: שו"ת מהר"ם, דפוס פראג (לעיל, הערה 9), עמ' קלז; מרדכי, בבא קמא, סי' קו; מהר"ם מרוטנבורג – תשובות פסקים ומנהגים, מהדורת ח"י כהנא, א, ירושלים תשי"ז, סי' כ. מהר"ם לא הסביר מדוע התנגד לפנייה לשלש כדי שיתערב. הוא היה מודע לכך, שבנסיבות אלה יתקשה המיעוט לסרב ל'בקשת' השליט שסיר את התנגדותו למינוי, ולכן כתב: 'לא טוב עשה להמנות ש"צ (=שליח ציבור)

אמנם, קיימת סכנה שפיקציה משפטית תשמש למטרה רעה. הנוכרים בימי הביניים לא הקפידו תמיד שהפיקציה בנוגע לקבלת הכרעות תרבה צדק. לדוגמה, מלך גרמני בימי הביניים עשה שימוש לרעה בסמכותו ורוקן מתוכנו כלל משפטי המחייב קבלת הכרעות בהסכמת כולם. הוא חמד לעצמו אגרטל יקר מעבר לחלק המגיע לו בשלל. יחיד מסוים התנגד לפעולת המלך ושבר את האגרטל בגרון. הואיל והמשפט הגרמני של ימי הביניים דגל בקבלת הכרעות בהסכמת כולם, לא היה יכול המלך להעניש את היחיד שסירב להסכים להצעתו באופן ישיר; אך בעקיפין, שנה לאחר מכן, השתמש בסמכויותיו כמפקד צבאי והעניש אותו.⁸³ רבינו תם סבר כנראה, שחכמי ההלכה יעמדו על המשמר ויודאו שלא יעשה שימוש לרעה באמצעי הפקעת הממון, שבאמצעותו ניתן לכוף את רצון הרוב על המיעוט, לצורך קידום מטרה שאינה מקדמת את תועלת הציבור.⁸⁴

אם דרך קבלת ההכרעות שרבינו תם דגל בה היתה מבוססת על הסכמה פיקטיבית של המיעוט, בדומה לנוהג במשפט הגרמני והקנוני בזמנו, ניתן ליישב את כל הקשיים הנזכרים לעיל. אין קושי לנהל את הקהילות שבהן נוהגת דרך קבלת ההכרעות הנזכרת בכתבי רבינו תם, משום שהסכמת כולם אינה תלויה רק ברצונו הטוב של כל יחיד ויחיד המשתייך אליהן. דעת הרוב יכולה להתקבל גם כתוצאה מכניעת היחיד שבמיעוט ללחץ שהופעל עליו. חכמי אשכנז בדורות שאחריו לא הכירו במידה מספקת את שיטתו זו של רבינו תם, משום שהיא היתה בעיקר תיאורטית והתגדרה בתחום פרשנות המקורות ההלכתיים הקדומים. רבינו תם דגל באופן תיאורטי בקבלת הכרעות בציבור בהסכמת כולם, הואיל ופירש בדרך חדשה את המקורות שמהם למדו חכמי אשכנז הראשונים שהרוב כופה את דעתו על המיעוט. מבחינה מעשית היתה הסכמת כולם פיקטיבית, ועל כן לא חולל רבינו תם מהפיכה במשטר הקהילות. כשם שחכמי אשכנז הראשונים נהגו לקבל הכרעות על פי דעת הרוב, כך גם בזמנו של רבינו תם הוסיפו הקהילות בצפון צרפת ובאשכנז לקבל הכרעות בחיי המעשה על פי דעת

דרחמנא על פי הדוכס. ובארצינו היו מקפידים מאד על כיוצא בזה. ואולם אין פירוש זה הכרחי, כי ייתכן שראה את התופעה בחומרה רק משום שעירבו את השלטון הנוכרי בענייני הקהילה, מעשה הנחשב למלשינות. כאשר רוב הציבור או נציגיו המוסמכים, הפועלים לצורך קידום תועלת הציבור, פנו אל השלטונות ולא היחיד, הפועל לקידום ענייניו, התיר מהר"ם לבקש סיוע מן הנוכרים. ראה בתשובתו הנזכרת להלן, הערה 93: 'ואם ימאנו המיעוט ויעמדו מנגד מלעשות ככל הכתוב, יש כח ביד הרוב, או ביד מי שימנו הרוב עליהם לראשים, להכריחם ולכופם, בין בדיני ישראל בין בדיני האומות, עד שיאמרו: "ררצים אננו".'

82 ח"ה כהן, המשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 274-275. בנוגע לפיקציות במשפט העברי ראה: שם, עמ' 275-277. ראה גם: מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשמ"ד, עמ' 26-44; ש' שילה, 'ההערכה בתלמוד', שנתון המשפט העברי, ח (תשמ"א), עמ' 309-355.

83 ראה: קרן (לעיל, הערה 58), עמ' 192.

84 עיקרון זה מושרש בפסיקה באשכנז ובצרפת לפני זמנו של רבינו תם. רבינו משולם בן קלונימוס, מחכמי איטליה ואשכנז, ורש"י והר"י, מחכמי צפון צרפת, כתבו שמותר להפקיע ממון רק לקידום תועלת הציבור. ראה: תשובות גאונים קדמונים, ברלין תר"ח, סי' קכה; רש"י, גיטין לו ע"ב, ד"ה רבא אמר; תוספות, יבמות ז ע"א, ד"ה ואזיל; תוספות ישנים, יבמות ז ע"א, ד"ה והא. ראה גם דעת ר"י טוב עלם בצרפת: שו"ת מהר"ם בר ברוך (לעיל, הערה 70), עמ' תכג.

הרוב. למעשה, המיעוט נדרש לבטל את דעתו מפני דעת הרוב כדי שלבסוף תתקבל ההכרעה בהסכמת כולם. בתשובתו בעניין הטלת מס על ממון אחרים היה רבינו תם מודע כנראה לפער הקיים בימיו בין הלכה למעשה ולכן יעץ ליחיד ש'יבטל רצונו מפני רצונם'. הוא העלים עין מניסיונותיו של הרוב להשתמש באמצעים חריגים כדי 'לשכנע' את המיעוט להצטרף לדעתו. לא חל אפוא שינוי של ממש בדרך ההכרעה במאה ה'ג': בין אם נעשתה ההכרעה על פי דרכו של רבינו תם, ובין אם בדרך המפורטת בתשובות חכמי אשכנז במאה ה'ג', שדגלו מלכתחילה בדרך של הכרעה על פי דעת הרוב – בין כך ובין כך הרוב הכריע בפועל. לכן הוצגה פסיקתם של חכמי ההלכה באשכנז במאה ה'ג', שדגלו בהכרעה על פי דעת הרוב בענייני ציבור, כוזה או דומה לגישתו של רבינו תם, אף שדעת רבינו תם שונה מבחינה תיאורטית. חכמי מגנצא בראשית המאה ה'ג' דגלו בעקרון ההכרעה על פי דעת הרוב, אך סברו שיש להחיל מגבלות שונות על סמכות הרוב.⁸⁵ הרב מרדכי בן הלל כתב שהם פסקו 'כעין דברי ר"ת (=רבינו תם).⁸⁶ בשלהי המאה ה'ג' כתב מהר"ם מרוטנבורג באחת מתשובותיו, שהקהילה רשאית להתקין תקנה רק אם כך נהגו בעיר מימי קדם, או שמתקינים את התקנה בהסכמת כולם.⁸⁷ בהמשך כתב: 'ואנא לא שמעתי להא דר"ת (=דבריו תם) וקיימתי מסברא. אבל לשנות שלא מדעת כולם, במידי דאיכא פסידא לזה ורווחא להאי ולא מיגדר מילתא הוא, אין שומעין להן לעשות תקנה לעצמו (=לעצמן) שלא כתורה'. שיטתו התיאורטית של רבינו תם בהלכות קהל לא היתה מוכרת כאמור די הצורך בזמנו של מהר"ם מרוטנבורג. על כן הוא לא ידע ששיטתו שונה משיטת רבינו תם ביחס לדרך קבלת הכרעות בציבור. מהר"ם לא סבר שבכל מקרה ומקרה מתקבלות הכרעות בקהילה המקומית בהסכמת כולם. רק בנסיבות הקיימות במקרה הנדון בתשובתו, כאשר מדובר 'במידי דאיכא פסידא לזה ורווחא להאי' (דהיינו בתקנה העומדת בניגוד לעקרונות הצדק והיושר ואינה שוויונית) ולא מיגדר מילתא הוא, הרוב אינו רשאי לכוף את רצונו על המיעוט. אבל כאשר הציבור בקהילה פועל לקידום תועלת הציבור, אזי לפי גישתו הרוב כופה דעתו על המיעוט.

85 ראה: שו"ת מהר"ח אור זרוע (לעיל, הערה 21), סי' רכב.

86 בנוסח הנדפס: מרדכי, בבא בתרא, סי' תפב, כתוב שחכמי מגנצא כתבו 'כעין דברי ר"ת (=רבינו תם). בעקבות מה שנכתב במרדכי כתב הרב יוסף קולון, שו"ת מהרי"ק, ונציה רע"ט, עמ' קפא, שחכמי מגנצא נמשכו אחר דרכו של רבינו תם בהלכות ציבור, ורק כשהיחיד אמיד ויש רגליים לדבר שרוצה לפרוק מעצמו את עול המס, כופים אותו להישמע להכרעת הרוב בענייני מיסים. י' בער (היסודות [לעיל, הערה 2], עמ' 39–40) כתב, שחכמי מגנצא מבטאים את דעת 'האסכולה הגרמנית', הרווחת במשפט הגרמני של ימי הביניים, אשר הצריכה הסכמת כולם לחקיקה. ואולם, נראה שהצדק עם הנדלסמן (תמורות [לעיל, הערה 10], עמ' 24–25; הנ"ל, ראבי"ה [לעיל, הערה 10], עמ' 27), שטען כי בתנאים מסוימים סבורים חכמי מגנצא שהרוב כופה את המיעוט. לדעתם, רק כאשר הפעלת סמכות הרוב נוגדת עקרונות כלליים בהלכה של צדק ויושר, אין הקהל רשאי לכפות את רצונו על המיעוט. דווקא בעניין שלגביו השיבו חכמי מגנצא, כשרצו לחייב את היחיד לתת מה שאין לו, וזו גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה, אין הרוב רשאי לכפות, אבל באופן עקרוני רשאי הרוב לכוף את רצונו על המיעוט. על התאמת תקנות קהל לעקרונות הצדק והיושר במשפט העברי, ראה: מ' אלון, המשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 617–620.

87 ראה: שו"ת מהר"ם, דפוס פראג (לעיל, הערה 9), סי' תתקמא (=מרדכי, בבא בתרא, סי' תפב).

ה. הכרעת הציבור בפסקי חכמי אשכנז במאה ה'ג'

'הסכמת כולם', שהיא תוצאה של הסכמה פיקטיבית של המיעוט, נזכרת כנראה גם לאחר זמנו של רבינו תם, בכתביהם של חכמי ההלכה באשכנז במאה ה'ג'.

אחד מחכמי אשכנז במאה ה'ג', הריב"א, פסק: 'אם הסכימו לגזור ואמר אחד אי איפשי בתקנתכ[ם] – בעל כרחו צריך להסכים עמהם'.⁸⁸ מן הסיפא של דבריו ניתן להסיק, שהכרעות בהסכמת כולם רצויות ונחוצות. אך לאור דבריו במקור אחר נראה, שהוא לא סבר שהמיעוט צריך לבטל את רצונו מפני רצון הרוב כדי ליצור מצב של הסכמת כולם, אלא רצה לומר שהמיעוט בטל מאליו, כי רוב הציבור ככולו.⁸⁹

לדעת ראב"ה, רוב הציבור כופה את רצונו על המיעוט, כאשר רוב זה פועל לקידום תועלת הציבור.⁹⁰ ואולם, היחיד צריך להסכים לקבל על עצמו גזירה שאינה מקדמת את תועלת הקהל, אלא מקדמת תועלת פרטית: 'לאו גזיר[א] דשיכא להקהל אלא לגבי יחיד'. במקרה זה אין סמכות הכפייה מסורה בידי הציבור ולכן ההתחייבות צריכה להתקבל בהסכמת היחיד. עם זאת הוא הוסיף בהקשר זה: 'ומיהו בידם לכפותו בשמתא עד שיאמר: "רוצה אני"; ובידם גזור נמי על עצמן להבדל ממנו עד שיקבל תקנתו וגזירתו'.⁹¹ דהיינו, הסכמת היחיד מושגת בסופו של דבר באמצעות הפעלת לחץ – 'לכפותו בשמתא'. מדבריו משמע, שהציבור מנסה לשמור על מראית עין של הסכמת-כולם גם לפעולותיו המקדמות את תועלת הציבור. בנוגע לפעולות אלה כתב: 'אפי[ן] לון היכי (=היכא) שמיחה יחיד ואומר: "איני מקבל הגזירה" – כופים אותו בשמתא, עד שיאמר: "רוצה אני"'.⁹² באמצעות הפעלת לחץ מושגת התוצאה הרצויה: היחיד מביע הסכמה לרצון הכלל. מלכתחילה שריר

88 שו"ת מהר"ם, דפוס פראג, שם, סי' תשיב.

89 נראה שריב"א לא סבר כרבינו תם. הוא התכוון לומר, שהיחיד צריך לציית לרצון הרוב, ולא דרש שהיחיד יבטל דעתו כדי שתיווצר לכאורה 'הסכמה' של כולם. דומה שזו דעתו לאור דבריו במקור אחר, שייחיד המתנגד להתלטת רוב הקהל דעתו בטלה כי הוא נמנה עם המיעוט, על פי העיקרון של רובו ככולו. ראה: אור זרוע, א (לעיל, הערה 20); ובמקבילה: שו"ת, סי' קטו (=שו"ת מהר"ם בר ברוך [לעיל, הערה 69], סי' קיא, שבה מיוחסים הדברים לריב"ם). סמוך לתחילת המאה ה'ד' כתב הרב חיים בן יחיאל חפץ זהב: 'דבטל יחיד במיעוט' (שו"ת מהר"ם, דפוס פראג, שם, סי' רמא), אבל מן ההקשר עולה שדגל בהכרעת הרוב: 'ואם אחד או שנים צעקו נגד הדבר, אף מראש ועד סוף, בשביל זה לא יפטר, דבטל יחיד במיעוט... לא נפטר, להכשיל את הרבים'. ואולם, הביטוי 'בטל יחיד במיעוט' שגור גם בפיהם של רבי יהודה הכהן ורבי אליעזר הגדול, חכמי אשכנז במאה ה'א, בתשובתם, כל בו, נאפולי ר"ן, סי' קמב. עם זאת, שם אמירה זו אינה חד משמעית. מצד אחד, הם אומרים 'שהקהל מסכימן יחד'. מצד אחר, הם קובעים: 'אין היחיד יכול להוציא עצמו מן הכלל, לבטל דברי המרובין'. לדעת איגוס, חל בתשובה זו, בנוגע לדברי המשיבים, העיקרון שרוב הציבור ככולו. ראה: א"י איגוס, 'השלטון העצמאי של הקהילה היהודית בימי הביניים', תלפיות, ה (תשי"א), עמ' 194.

90 ראה: שו"ת מהר"ח אור זרוע (לעיל, הערה 21), סי' רכב, סה.

91 ראה: כתב יד אוקספורד-בודליאן 637 (לפנים אופנהיים 675), סימן אלף כה.

92 שם, שם.

וקיים הכלל שהכרעות הציבור מתקבלות בהסכמת כולם, והפיקציה המשפטית מונעת את ביטולו של כלל זה.

ייתכן שהפיקציה המשפטית בנוגע לקבלת הכרעות בהסכמת כולם באה לידי ביטוי גם בתשובת מהר"ם מרוטנבורג: 'אינם יכולין להשוות דעתם, לברר ראשים בהסכמת כולם, זה אומר בכה וזה אומר בכה'.⁹³ הניסיון לקבל את ההחלטה בנוגע לבחירת ראשי הקהל בדרך הרצויה, בהסכמת כולם, נכשל, ועל כן קבע מהר"ם, שבדיעבד ההכרעה מתקבלת על ידי רוב מקרב 'בעלי בתים שנותנין מס'. בנוגע למיעוט נאמר: 'ואם ימאנו המיעוט ויעמדו מנגד... יש כח ביד הרוב, או ביד מי שימנו הרוב עליהם לראשים, להכריחם ולכופם... עד שיאמרו רוצים אנחנו'. לא מן הנמנע שבדיעבד הרוב מכריע למעשה. אבל כיוון שלכתחילה רצויה הכרעה בהסכמת כולם, כאשר ההכרעה מתקבלת על פי דעת הרוב, דרושה פעולה רשמית של הצטרפות היחידים מן המיעוט לרוב, באמצעות האמירה: 'רוצים אנחנו'.

93 תשובות מימוניות, קנין, סי' כז (=הגהות מימוניות, תפילה, סי' יא, ב; שערי תשובות מהר"ם [לעיל, הערה 40], כ"י שזח"ה 345, סי' תתסה).