

אִי־כְפִיפוּתוֹ שֶׁל הַצִּיבּוֹר לִמְגַבְלוֹת הַמִּשְׁפָּט הַפְּרָטִי בַּמִּשְׁפָּט הָעִבְרִי

מאת

יחיאל ש' קפלן*

באנו לרדן בהתפתחות עקרונות המשפט העברי במאות י"ט-י"ו בנוגע לאי כפיפות הקהילה היהודית בימי הביניים למגבלות המשפט הפרטי. מגבלות אלה נובעות מעקרון היווצרות התחייבות מכח ההסכמה להתחייב ומן הדרישה שהמתחייב יסמוך בדעתו להתחייב ברצינות. אי כפיפות זו באה לידי ביטוי בשלושה תחומי פעילות: חקיקה, התחייבויות בפני ראשי הציבור, והתחייבויות שהציבור צד להן. הכללים במשפט העברי בנוגע לאי כפיפות התחייבות שהציבור מעורב בכריתתה למגבלות המשפט הפרטי נקבעו במיוחד החל מן המאה הי"ג ואילך. קיימת אפשרות שהכללים במשפט העברי בנוגע ליתר תוקף הסכמים שנכרתו בפני נציגי ציבור או אלו הנחשבים כ"דבר הנעשה ברבים", השוואת מעמד הסכם שהציבור צד לו למעמד חקיקתו, או החובה המוטלת על הציבור לעמוד בהתחייבותו, הם תגובה יהודית לגירוי מעקרונות דומים כמשפט הרומי הקאנטי או הגרמני הנוהג בסכיבה בה חיו היהודים במערב אירופה החל מן המאה הי"ג ואילך.

1. מבוא

במאמר זה באנו לרדן באי כפיפותו של הציבור בקהילה היהודית בכל אתר, במאות י"ט-י"ו, למגבלות המשפט הפרטי. מגבלות אלה נובעות מעקרון היווצרות התחייבות מכח ההסכמה להתחייב ומן הדרישה שהמתחייב יסמוך בדעתו להתחייב ברצינות.

התחייבות בהסכם נכרתת בהסכמת כל הצדדים להתחייבות. משמעות דרישה זו בהתחייבות של ציבור היא, שכאשר יתידים המשתייכים לציבור כורתים התחייבות במתכונת המקובלת במשפט הפרטי – כולם צריכים להביע הסכמה

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
עיבוד של חלק מפרק בחיבורי הלכות קהל באשכנז בימי הביניים עד שלהי המאה ה"ו (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, ירושלים, תשנ"ד). תודתי לפרופ' מנחם אלון, שחיבור זה נעשה בהדרכתו.

לקבל על עצמם את עול ההתחייבות.

כמו כן, בכל התחייבות במשפט הפרטי המתחייב צריך לגמור בדעתו, או במילים אחרות: לסמוך בדעתו¹, להתחייב. רצונו להתחייב, לבצע את ההתחייבות, ולהקנות לה תוקף חוקי ומחייב, צריך להיות רצון מוחלט². הוא סומך בדעתו להתחייב ברצינות והתחייבותו אינה נובעת מפזיזות או מקלות דעת. בדרך כלל סברו חכמי ההלכה כימי הביניים שמגבלות שונות בנוגע לכריתת התחייבות, הנזכרות בספרות התנאים והאמוראים, נובעות מן הדרישה שהמתחייב יסמוך בדעתו להתחייב ברצינות. כשעת ההתחייבות המתחייב צריך לעשות פעולה ריאלי – מעשה קניין, שבאמצעותו הוא מעיד על עצמו שכוונתו בשעת ההתחייבות כנה ורצינית³. נוסף לכך, ההתחייבות תקפה כאשר אינה פגומה בפגם

- 1 בנוגע לשימוש בביטוי "סמיכות דעת" במקום "גמירת דעת", ראה ב' ליפשיץ אסמכתא חיוב וקניין במשפט העברי (תשמ"ח) 2, 10, 11, 12, 18, 32, 41, 187, 202, 204, 219, 220, 316, 323, 354, 394, 396 (להלן: ליפשיץ, אסמכתא). ראה גם ש' פרידמן "הנאה וקניינים בתלמוד" דיני ישראל ג (תשל"ב) 139: "סמיכת דעת... שמאמינו וסומך דעתו" (להלן: פרידמן, הנאה).
- 2 ראה ח' פוברסקי יסודות שעבוד הגוף ושעבוד נכסים בחשיבה ההלכתית: היבטים של החיוב במשפט העברי מבחינה אנאליטית (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשמ"ז) 79. ראה גם: ס' רוטש "גמירות דעת בהתחייבות במשפט העברי" דיני ישראל ג (תשל"ב) 207; ש' ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי (תשל"ד) 2; ש' אלבק דיני הממונות בתלמוד (תשל"ו) 129: "שאין גמירת הדעת אלא החלטת הגומר בדעתו שלא לחזור בו מדעתו". בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, בסעיפים 2 ו-5, בנוגע להצעה וקיבול בחוזה, נעשה שימוש בביטוי "גמירת דעתו". בנוגע למשמעות הביטוי בסעיפים אלה ראה ג' שלו דיני חוזים (תש"ן) 91: "בתנאי גמירת הדעת באה לידי ביטוי הדרישה למפגש רצונות הצדדים והסכמתם ההדדית להתקשר בחוזה... גמירת דעת היא רצון מגובש, כוונה רצינית להתקשר בחוזה והחלטות. בניגוד לכוונה ליצור יחסים משפטיים, שהיא מופשטת וכללית, גמירת דעת היא מוגדרת וצריכה להיות מכוונת להתקשרות מסוימת עם צד מסוים". עקרון גמירות הדעת, או סמיכות הדעת, הוא הבסיס המשפטי למגבלות בנוגע לכריתת הסכם, כגון מגבלות האסמכתא ודבר שלא בא לעולם לדעת חכמי ההלכה כימי הביניים בתקופה בה נקבעו עקרונות ההלכה הנוכחים במחקר זה בנוגע לאי-כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי. עם זאת, פרופ' ב' ליפשיץ סבר שלאור האמור במקורות בתקופה קדומה יותר הבסיס המשפטי למגבלות אלה היה שונה. ראה ליפשיץ, אסמכתא (לעיל הערה 1).
- 3 בנוגע לתפקיד מעשה הקניין כאמצעי לרכישת נכסים ולהעמדת חיובים ראה א' גולאק יסודי המשפט העברי (חלק ב, תשכ"ז) 32-50; ש' אלבק "זכויות הקניין בתלמוד למיניהן" סיני סח (תשל"א) ח-ט; ש' אלבק דיני הממונות בתלמוד (תשל"ו) 369: "שתכליתו של מעשה הקניין אינה אלא להביא לגמירת דעת"; ש' ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי (תשל"ד) 2: "פעולה פורמלית באחת הדרכים הקבועות ושבה משתתפים שני הצדדים... ידועה בתלמוד בשם 'קניין'. גמירת דעת של הצדדים להסכם מתגלית על ידי קניין". א' ורהפטיג למהותו של החוזה במשפט העברי [לבעיית קניין רבירים] (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשל"ח) 5: "כל חוזה צריך מעשה קניין... מעשה פירי, אקט פורמלי, שמביא ליצירת הזכות הקניינית" (להלן: ורהפטיג, למהותו).

האסמכתא. פגם זה קיים כאשר ההתחייבות בהסכם מותנית בתנאי⁴. אם ניתן להסיק מנסיבות כריתת ההתחייבות וממטרתה שבגין התנאי המתחייב לא סמך ברעתו להתחייב – ההתחייבות בטלה בשל פגם האסמכתא⁵. נוסף לכך, התחייבות ביחס לדבר שאינו קיים בשעת ההתחייבות ויהיה קיים רק בעתיד היא חסרת תוקף, מפני שהיא פגומה בפגם "דבר שלא בא לעולם"⁶. פגם אחר בהתחייבות, שחכמי ההלכה כימי הביניים סברו כדרך כלל שגם הוא פגם בסמיכות דעתו של המתחייב, הוא פגם קניין דברים: קניין החל על דברים בלבד, ולא על דבר ממשי⁷.

4 בנוגע לתנאי בהסכם במשפט העברי ראה ש' ורהפטיג "תנאי בהסכם" סדרת מחקרים וסקירות במשפט עברי יז (תשל"א) 1; ש' ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי (תשל"ד) 132: "התנאות תנאי בהסכם זהו גילוי דעתם של הצדדים להסכם שקיום או אי-קיום של אקט משפטי מסוים, כלשון התלמוד של מעשה מסוים, תלוי באירוע או אי-אירוע של מקרה, או בעשייה או בהימנעות מעשייה של פעולה. מכאן יוצא כי הסכם על תנאי מורכב משני חלקים: האחד הוא התנאי שבו תלוי המעשה, והחלק השני הוא המעשה שתקפו תלוי בקיום או אי-קיום התנאי". בנוגע לתנאי דיני אסמכתא ראה ליפשיץ, אסמכתא, בעמ' 118-186. ראה גם ש' אלבק דיני הממונות בתלמוד (תשל"ז) 333-367.

5 ראה מ' אלון משפט עברי, חוק הערבות תשכ"ז-1967 ומקורות המשפט העברי (מ' דרורי מהדיר, תשכ"ט) 24: "האסמכתא היא פגם בכוונת הצדדים השולל את רצינות העיסקה וגורם לבטלותה". ראה גם ליפשיץ, אסמכתא, בעמ' 118: "כדיוננו במושג האסמכתא הוזכרו שיטותיהם של הראשונים באשר להבחנה בין אסמכתא, שאינה תקפה, לבין עיסקה שיש בה תנאי, שבהיעשותו כדן יש לה תוקף. הבחנותיהם השונות מבוססות כולן על ההנחה, שאסמכתא אין לה תוקף בגלל העדרה של סמיכות הדעת הנדרשת לביצוע העיסקה. לכן חיפשו הראשונים את ההבדל שבין עיסקה שיש בה תנאי לבין האסמכתא בנסיבות עשייתה של העיסקה ובמטרתה, באופן שמסדרת נסיבות אחת עולה המסקנה, שהמתנה מתכוון לקיים את העיסקה למרות התנאי, ומסדרת נסיבות אחרת תעלה המסקנה שאין בכוונתו של המתנה ליתן תוקף לעיסקה".

לדעת פרופ' ב' ליפשיץ במהלך הדורות חל שינוי בהגדרתם מושגים הלכתיים. תחילה, אצל הגאונים, היו הקניין השעבוד והחייב בחטיבה אחת. לאחר מכן, אצל חכמי ההלכה כימי הביניים, המכונים "הראשונים", נפרד השעבוד מעל הקניין והיה קניין לעתיד, ולבסוף הוכן כהתחייבות. לדעתו בתקופה זו: "נאלצה האסמכתא לשנות את מהותה, לפנות את מקומה מפני מושג השעבוד ולהצטמצם בתחום הפגמים שבסמיכות הדעת" – ליפשיץ, אסמכתא, בעמ' 279.

6 ראה ש' אלבק דיני הממונות בתלמוד (תשל"ז) 289-311; ורהפטיג, למהותו, בעמ' 116. עם זאת, ראה ליפשיץ, אסמכתא, בעמ' 396-397.

7 פגם קניין דברים נובע מן הדרישה שחובה במשפט העברי לא יהא הבטחה בדיבור בלבד אלא יהא בו יסוד חפצי. בנוגע לפרשנות המשפטית הנוגעת לפגם זה, כספרות ההלכה כומנס של חכמי מגנצא, במאה ה"ג, ראה ליפשיץ, אסמכתא, בעמ' 110: "קניין דברים הוא אפוא קניין על דיבור, ודיבור אין בו ממש"; שם, בעמ' 392: "נחפס המושג 'דברים' על ידי חכמים מאוחרים יותר כמושג המכיל דבר שאין בו ממש, בניגוד לחפץ מסוים ומוגדר ושעל כן אין הקניין נחפס בו"; ורהפטיג, למהותו, בעמ' 6: "מקורו של המושג הוא בתלמוד הבבלי (בבא

קיימות שתי אפשרויות בנוגע לבסיס המשפטי לאי כפיפות הציבור למגבלות אלה. מחד גיסא, ייתכן שהציבור אינו כפוף למגבלות המשפט הפרטי בגין תחולת המשפט הציבורי על התחייבותו. הכושר לחייב את הזולת ללא הסכמתו מאפשר לציבור להטיל באופן חד-צדדי נורמות וסנקציות על יחיד המשתייך אליו: "קביעת הנורמה בהסכם בין הצדדים החייבים בשמירתה ואולת-ידו של אחד הצדדים להטיל סנקציות בלתי מוסכמות על הפרתה – הן-הן המשמשות קריטריון להשתייכות הנורמה אל המשפט הפרטי; ואילו הסמכות החד-צדדית להטיל נורמות על אחרים ולהטיל עליהם סנקציות שלא בהסכמתם (כלומר האופי השלטוני של קביעת הנורמה ושמירתה) תקבע את תחום המשפט הציבורי".⁸ כאשר המשפט הציבורי חל על התחייבות אין צורך שכל יחיד המשתייך לציבור יסכים להתחייב. החיוב חל עליו בעל כורחו מפני שהוא כפוף למרות הציבור שאליו הוא משתייך. חיובים שהציבור קיבל על עצמו חלים על כל יחיד המשתייך לציבור, גם כאשר הוא נמנה על המיעוט שהתנגד לקבלת החיוב. נוסף לכך, כיוון שהחיוב אינו מתקבל מכוח מפגש רצונות של כל אלו שהוא חל עליהם, אין צורך שכל אחד מן המתחייבים יסמוך דעתו – יתחייב ברצינות.

מאידך גיסא, ייתכן שהתחייבות הציבור אינה כפופה למגבלות המשפט הפרטי מסיבה אחרת – תחולתו של עיקרון מיוחד מתחום המשפט הפרטי בנוגע להתחייבותו. כאשר ההתחייבות נכרתה בפורום ציבורי, כגון בית-דין⁹ או בית-דין חשוב¹⁰, הדין התלמודי מכיר בתוקפה, למרות שהיא פגומה בפגם "העדר מעשה קניין" או בפגם האסמכתא. אף כאשר המשפט הציבורי אינו חל על התחייבות של ציבור, ההתחייבות עשויה להיחשב תקפה, כשנכרתה בנסיבות רציניות, למרות קיומם של פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב. עם זאת, כאשר תוקף התחייבותו של הציבור נבחן במבחנים החלים על כל התחייבות במשפט הפרטי, ההתחייבות אינה משוחררת מכל מגבלות המשפט הפרטי. מגבלת הסכמת המתחייב חלה על התחייבות זו. כל היחידים המשתייכים לציבור צריכים להסכים לקבל על עצמם את ההתחייבות.

בחרא, ג, א), שם נאמר כי חוזה בין שותפים – שנעשה בקניין – לחלוק את חצרם המשותפת, אינו תופס, בהיותו קניין דברית. ומסבירים הראשונים (= חכמי ההלכה בימי הביניים) שם, כי אין לקניין על מה לחול. מכאן עולה לכאורה, כי כל חוזה, כולל חוזה אובליגטורי, צריך ל'חפצא' – דבר ממשי שעליו הוא חל. אין החוזה בנוי על הבטחה בלבד, על חיוב אישי גרידא, אלא יש בו אלמנט חפצי.

8 ב' אקצין "על המשפט הציבורי" דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים 1 (תשכ"ח) 74. לדעתו המשפט הציבורי מתאפיין בכך שבו היחיד אינו משתתף ביצירת נורמה המחייבת את הזולת ללא הסכמתו. ראה: ב' אקצין תורת המשפטים (תשכ"ח) 104. ראה גם H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge Mass., 1949) 201-207; M. Duverger, *Éléments de droit public* (Paris, 1957) 1-3.

9 ראה בבא בתרא, קעו, ב.

10 ראה נדרים, כו, ב.

כאמור לעיל, מתד גיסא, תחולת המשפט הציבורי על התחייבות של ציבור מקנה לציבור זכויות וחסינויות, ולכן הוא משוחרר מכל מגבלות המשפט הפרטי. אולם מאידך גיסא, תחולת עקרונותיו של תחום משפט זה על התחייבות זו גורמת להחלת חובות מתחום המשפט הציבורי על הציבור המתחייב, העולות על אלה המוטלות על יחיד או על יחידים העושים פעולה משפטית דומה בתחום המשפט הפרטי. הציבור חייב לפעול על יסוד שיקולים ציבוריים ענייניים, ללא הפליה או שרירות לב. במשפט העברי מוטלות על הציבור בעיקר שתי החובות הבאות: קידום טובת הציבור והימנעות מפגיעה בעקרונות הצדק והיושר. בין היתר, הציבור אינו רשאי להתנער מהתחייבות כלפי יחיד, מפני שהוא חייב לנהוג בהגינות כלפי אלה המתקשרים עמו בהסכם.

להלן נעמוד על שחרורו של הציבור ממגבלות המשפט הפרטי בספרות ההלכה במאות י"ט-ו, ונסה לבחון מה הוא הבסיס המשפטי לשחרור זה. נדון בשלושה תחומים: חקיקה ציבורית, התחייבות בפני ראשי הקהל והתחייבות של ציבור. נעמוד על גיבושה של דוקטרינה משפטית בכל התחומים הללו החל מן המאה ה"ג ואילך. כמו כן נדון בהחלת חובות מתחום המשפט הציבורי על הציבור המתחייב. נוסף לכך נעמוד על האפשרות שעקרונות שנקבעו בימי הביניים במשפט העברי הם תגובה לגירוי מדוקטרינות במשפט הנכרי בנוגע לאי כפיפות למגבלות המשפט הפרטי בתחומים הבאים: התחייבויות שציבור, או נציגיו, היו מעורבים בכריתתן או ברישומן; השוואת מעמדה של התחייבות הציבור למעמדה של חקיקתו; התנערות הציבור מהתחייבויותיו.

2. חקיקת הציבור

2.1 חכמי אשכנז במאות י"ט-ו

2.1.1 חכמי אשכנז הראשונים

חקיקה של ציבור קרויה "תקנות קהל" בספרות חכמי אשכנז בימי הביניים. חכמי אשכנז הראשונים, במאות י"א-י"ב, לא דנו במפורש בסוגיית אי כפיפותה של החקיקה הציבורית למגבלות המשפט הפרטי. עם זאת, מנוסח תקנות הקהל המיוחסות לחכמי אשכנז בתקופה זו, ומן האמור בתשובותיהם, ניתן להסיק שלדעת חכמי אשכנז הראשונים החקיקה הציבורית בזמנם אכן הייתה משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי בגין תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי.

הגוף המתקין תקנות בתקופה זו אינו מורכב מכל היחידים המשתייכים לציבור. מנוסח אחת מתקנות הקהל האשכנזיות מזמנם של חכמי אשכנז במאות י"א-י"ב עולה, שתקנות הקהל שרירות וקיימות למרות שלא נתקבלו בהסכמת כולם. חלק מן היחידים שהשתייכו לציבור בשעת קבלתן לא הביעו הסכמה לקבל על

עצמם את עול החיובים הגזורים באותן תקנות¹¹. כמו כן, בקובצי תקנות הקהל מתקופה זו אין כל התייחסות לדרישות ההלכתיות הנוגעות למעשה קניין, לאסמכתא, ל"דבר שלא בא לעולם" או לקניין דברים¹². חכמי אשכנז הראשונים כתבו בתשובותיהם, שיחיד המשתיך לציבור חייב לציית לתקנות הקהל בעל כורחו, אף כאשר לא הסכים לכתחילה לקבל על עצמו את עול ההסדר שנקבע בתקנות¹³. כמו כן, המשתייכים לציבור בדורות הבאים חייבים לציית לחיוב בתקנה שנתקבלה בדורות הקודמים, למרות שלא הביעו הסכמה להתחייב¹⁴. כשדנו בבסיס המשפטי לכוח הכפייה של הקהל הזכירו מקור הלכתי בנוגע לשימוש באמצעי כפייה: "הפקר בית-דין הפקר". בית-דין יכול להפקיע ממון מיחיד בעל כורחו. לדעתם, מכוח השוואת מעמדה של הקהילה בכל אתר למעמדו של בית-דין¹⁵, הקהילה יכולה לעשות שימוש בהפקעת ממון כאמצעי כפייה, גם ביחס ליחיד שלא הביע הסכמה לקבל על עצמו הסדר שנקבע בתקנות הקהל¹⁶.

- 11 אחת מתקנות הקהל בקובץ תקנות קהל אשכנזי מומנם של חכמי אשכנז הראשונים, המיוחס לרבנו גרשום מאור הגולה, קובעת שתקנת קהל שנתקבלה על ידי רוב מקרב קבוצה מיוחסת של "מהוגנים", תקפה ומחייבת את כל המשתייכים לציבור. ראה L. Finkelstein *Jewish Self-Government in the Middle Ages* (New York, 2d ed., 1964) 121. מהר"ם מרוטנבורג, ותלמידו, הרב חיים אור זרוע, ייחסו תקנה זו לרגמ"ה. ראה שער חשובות מהר"ם (ברלין, חרנ"א), כ"י אמשטרדם II, קמ; שו"ת מהר"ח אור זרוע (ליפסא, תר"ך) סה. בנוגע לייחוס תקנה זו לרגמ"ה ראה: א' גרוסמן חכמי אשכנז הראשונים (תשמ"ט) 143-141.
- 12 ראה L. Finkelstein *Jewish Self-Government in the Middle Ages* (New York, 2d ed., 1964) 119-126, 139-141, 149.
- 13 ראה תשובות רבנו גרשם מאור הגולה (ש' אידלברג מהדיר, תשט"ז) סז, ובמקבילות הנוכרות שם, בעמ' 157-158; שם, סח, ובמקבילות הנוכרות שם, 161; שם, סט, ובמקבילות הנוכרות שם, בעמ' 162. תשובות רש"י (י"ש אלפנבין מהדיר, תשי"ג) ע, ובמקבילות הנוכרות שם, בעמ' 81-82; רמא, ובמקבילות הנוכרות שם, בעמ' 272; רמז, ובמקבילות הנוכרות שם, בעמ' 288. במיוחד בולטת כפיפות היחיד למרות הציבור שהוא משתייך אליו בתשובת ר"י הכהן ורבי אליעזר הגדול: כל בו (נאפולי, ר"ן) קמב; "בזמן שהקהל מסכימין יחד עשות סייג וגדר לתורה אין היחיד יכול להוציא עצמו מן הכלל, לבטל דברי המרובין, לומר לא הסכמתי בהסכמה זו, אלא בטל יחיד במעוטו; והמרובין רשאים להשביע ולגזור ולפדות ולהפקיר ממנו ולעשות סייג לכל דבר".
- 14 רש"י סבר שתקנת קהל, המיוחסת לרגמ"ה, חלה גם בדורות הבאים: בזמנו של רש"י. ראה תשובות רש"י (י"ש אלפנבין מהדיר, תשי"ג) ע, ובמקבילות הנוכרות שם, בעמ' 81-82.
- 15 בנוגע להשוואת מעמד הקהל למעמד בית-דין בזמנם של חכמי אשכנז הראשונים ראה א' גרוסמן ייחסם של חכמי אשכנז הראשונים אל שלטון הקהל שנתן המשפט העברי ב (תשל"ה) 177-189.
- 16 ראה תשובות רבנו גרשם מאור הגולה (ש' אידלברג מהדיר, תשט"ז) סז, ובמקבילות הנוכרות שם, בעמ' 157-158; שו"ת מהר"ם בר ברוך (למברג, תר"ך) תכג; כל בו (נאפולי, ר"ן) קמב.

2.1.2 רבנו תם

בתשובות רבנו תם, במאה הי"ב, לראשונה בספרות ההלכה, הבסיס המשפטי לאי כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי נדון במפורש. עמדת חכמי אשכנז הראשונים, שלפיה אי כפיפות זו נובעת משימוש בהפקעת ממון כאמצעי כפיה בקהילה בכל אתר, אינה מקובלת עליו. לדידו, בדורו, תוקפו של כל סוג חקיקה ציבורית בקהילה בכל אתר נבחן באספקלריה של עקרונות המשפט הפרטי בלבד. חקיקה זו תקפה רק כאשר כל הצדדים להתחייבות הסכימו להתחייב. נוסף לכך, פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב בחקיקה זו נרפאים בגין סמיכות דעת יתרה, עקב מעורבותו של גורם ציבורי בהליך כריתת ההתחייבות.

לדעתו, בפסיקתו בהלכות ציבור, בדור שמצוי בו בית-דין של גדול הדור, ששיעור קומתו כשיעור קומת בית-דינים של רבי אמי ורבי אסי בדורם¹⁷, רק בית-דינו של גדול הדור רשאי להפקיע ממון¹⁸. הוא כנראה סבר שמעמד בית-דינו בדורו כמעמד בית-דינים של רבי אמי ורבי אסי בדורם¹⁹. סמכות הכפייה מסורה בידי הקהילה בכל אתר ביחס ליחיד המשתייך אליה, רק בדור שבו לא קיים בית-דין של גדול הדור, ששיעור קומתו משתווה לשיעור קומת בית-הדין של רבי אמי ורבי אסי בדורם. בדורו של רבנו תם, ובכל דור שמצוי בו בית-דין של גדול הדור, שמעמדו כמעמד בית-הדין של רבי אמי ורבי אסי בדורם, השימוש בהפקעת ממון מסור בידי סמכות מרכזית אחת בלבד: בית-דינו של גדול הדור.

רבנו תם היה מודע לאפשרות שלחלופין, ייתכן שניתן לחייב יחיד לציית לחקיקה הציבורית בקהילה בכל אתר לאור האמור בספרות התנאים והאמוראים בעניין התנאת תנאי החל ביחס למשתייכים לציבור מסוים – בני אותה העיר או אחד מבעלי אומנות, והטלת קנס על המשתייך לציבור זה, שלא עמד בהתחייבותו.

17 בנוגע למקור מגבלה זו ראה גיטין, לו, ב.

18 ראה: מרדכי, כ"י בודפשט – מוזיאון לאומי, 2°1, בבא בתרא, פרק השותפין: "ואני מצאתי בשר"ת (= בשם רבנו תם): 'רשאיין בני העיר להתנות... ולהסיע'. האי 'רשאיין' – אלהסיע קאי. פי' [רוש] היכא דהתנו כבר ביניהן. אבל אם לא התנו מתחיל' [ה] אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו. והא דאמ' [ר]: 'הפקר ב"ד הפקר' – דרב אמי ורב אסי, ראלימי לאפקועי ממונא, כדאית' [א] פי' [רק] השולח, והא בעלמ' [א] דאמ' [ר]: 'וכאת אל הכהנים' – וכי תעלה על דעתך וכו', היינו שבכל דורו אין כמותו, אבל אם יש בדורו גדול כמותו אין בידו להפקיע ממון". בנדרס: מרדכי, בבא בתרא, תפ.

19 ההערה העצמית של רבנו תם, משתקפת בדבריו, לעיל הערה 18, כי יש בדורו גדול כמותו. כנראה סבר רבנו תם, שבדורו הוא ובית-דינו הם בית-דין חשוב מעין זה שהוזכר האמורא שמואל, בתלמוד בבלי, גיטין, לו, ב. על עמדת רבנו תם בנוגע למעמדו ומעמד בית-דינו, ראה: א"א אורבך כעלי התוספות – תולדותיהם חיבוריהם ושיטתם (חש"מ) 70; ש' אלבק "יחסו של רבנו תם לבעיות זמנו" ציץ יט (חשי"ד) 128.

בתוספתא נאמר:

רשאי (=רשאים) בני העיר להתנות (תנאי, בהסכם ביניהם) על השערים (=על מחירי חטין ויין, שלא ימכרנה [=ימכרם] [ב]שנה זו [ב]יותר מכך וכך דמים [=כסף]²⁰), ועל המדות (=להגדילן או למעטן [=להקטיןם] מכמות שהיו²¹), ועל שכר פועלין (=שאם נשכרין פועלים [כעת] בג' [=כשלושה] פשי[טים] [=מטבעות] ביום רשאי להתנות שלא ישכרום אלא בב' [=בשניים]²²). רשאי לעשות קיצתן (=לעשות" מלשון גט מעושה. כלומר לכפות ולהכריח שיצייתו לקיצתן [=קצצתן – תנאם, הסכמתם]²³). רשאי בני העיר לומר: "כל מי שיראה אצל פלוני (=כנראה שפלוני היה מרוחק מטעם בני העיר ועל כן גזרו קנס על מי שייראה אצלו²⁴) יהא נותן כך וכך (=קנס ששיעורו קבוע מראש), וכל מי שיראה אצל מלכות (=ייראה אצל שליט נכרי [ולכן יהיה חשוד במלשינות]²⁵) יהא נותן כך וכך. כל מי שתראה, או מי שתראה פרתו בין הכרמים (=מי שפרתו תרוץ, או תרעה, בשדות אחרים²⁶ – בין הכרמים), יהא נותן כך וכך, וכל מי שתראה (=שירעה) בהמה פלונית (=קנסו את הרועה בשדות אחרים, ולא את בעל הבהמה²⁷) יהא נותן כך וכך". רשאי לעשות קיצתן.

רשאי הצמרין (=בעלי אומנות הקשורה לצמר – מעבדי צמר או סוחרים בצמר) והצבעין (=בעלי אומנות הקשורה בצבע – צובעי צמר, או בגדים, או חפצים) לומר: "כל מקח שיבוא לעיר נהא שותפין בו" (=להתנות ביניהם, שכל מלאכה שתבוא לידיהם תתחלק ביניהם²⁸). רשאי החמרין (=בעלי אומנות הקשורה בחמור – נוהגי חמורים, או בעלי חמור) לומר: "כל מי שתמות חמורו נעמיד לו חמור אחר" (=הסכם ביטוח. כל אחד מן החמרין שימות חמורו – יעמידו לרשותו החמרין חמור אחר). מתה בבוסיא (=בפשעה²⁹) – אין צריכין להעמיד לו חמור, דלא בבוסיא (=שלא בפשיעה) – צריכין להעמיד לו. ואם אמר (=החמר): "תנו לי ואני לוקח לעצמי" (=תנו לי הכסף בעבור החמור ואני קונה בכסף זה חמור) – אין

- 20 פירוש רש"י, בבא בתרא, ח, ב, ד"ה "ועל השערים".
- 21 פירוש המיוחס לרגמ"ה, בבא בתרא, ח, ב, ד"ה "להתנות על המדות".
- 22 שם, ד"ה "ועל שכר הפועלין".
- 23 ש' ליברמן תוספתא כפשוטה, נזיקין (תשמ"ח) בבא מציעא, יא, 321.
- 24 שם.
- 25 שם, בעמ' 322.
- 26 שם.
- 27 שם.
- 28 שם.
- 29 פירוש רש"י, בבא קמא, קטז, ב, ד"ה "בבוסיא".

שומעין לו, אלא לוקחין ונותנין לו (= נותנים לו חמור ולא כסף, "שמה לא יקח החמור, והם לא התנו אלא כדי שיקח החמור ויהא מוסר נפשו לשמור עמהן בלילות מן החיות וליסטים [= ושוודים]"³⁰). רשאין הספנין (= בעלי אומנות הקשורה בספינה, או בעלי ספינה) לומר: "כל מי שתאבד ספינתו נעמיד לו ספינה אחרת". אבדה בבוסיא — אין צריכין להעמיד לו. דלא בבוסיא — צריכין להעמיד לו. ואם פרש למקום שאין בני אדם פורשין (= הפליג למקום מסוכן, שבני אדם אינם נוהגים להפליג אליו, וטבעה הספינה) — אין צריכין להעמיד לו³¹.

כסוגיה בתלמוד הבבלי מצוטטת הלכת התוספתא בנוגע לתנאי בני העיר: "ורשאין בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר פועלים". הסיפא של הלכה זו מצוטטת בשינוי נוסח: "ולהסיע על קיצתן"³² (= "לקנוס את העובר על קיצת [= קצצת — התנאות, הסכמת] דבריהם"³³). בהמשך הסוגיה נדון תוקף ההתחייבות בנוגע לקנס שיוטל על בעל אומנות שלא יציית לתנאי שקיבלו על עצמם בעלי אומנותו. נאמר בסוגיה ש"טבחים" (= שוחטים) התנו שכל אחד מהם ישחט ביום מסוים, ומי שישחט ביום המיועד לשחיטת חברו יקנסוהו. כשהלך אחד מן השוחטים ושחט ביום המיועד לשחיטת חברו, פסק רבא שההתחייבות לתשלום קנס אינה תקפה. רב פפא הסביר מדוע לא חל במקרה זה הדין החל ביחס למפר את ההתחייבות שנתקבלה בנוגע לתנאי בני העיר "ולהסיע על קיצתן": "הני מילי היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב — לאו כל כמיניהו דמתנו" (= במה דברים אמורים במקום שאין [בו] אדם חשוב [להתנות בפניו], אבל במקום שיש אדם חשוב — לא הכל מהם [= אין הם מוסמכים להתנות תנאי תקף ללא מעורבותו])³⁴.

רבנו תם הסביר, שלאחר שכל הצדדים להתחייבות הסכימו להתחייב, ניתן להטיל על המתחייב סנקציה — "ולהסיע על קיצתן" — בגין הפרת ההסכם. הציבור קונס יחיד שאינו מציית להתחייבותו — תנאי בני העיר או בעלי אומנות, שנתקבלה בהסכמת כולם³⁵. לדעתו מעורבותו של "אדם חשוב" בהתחייבות

30 רש"י, שם, ד"ה "אין שומעין לו". ראה גם מ' איילי פועלים ואומנים — מלאכתם ומעמדם בספרות חז"ל (תשמ"ז) 25: "ויוצא, שמלבד שמירת האינטרסים ומניעת תחרות לא הוגנת, קיימו אגודות אלו גם קופות פיצויים לעת מצוא, למקרה של נזק או אבירה שנגרמו לאחר מחבריהן. בכל אלה נבדלו האגודות הללו מקולגיות הרומיות, שעיקר אירגונם היה למטרות פולחן"; מ' אלון המשפט העברי (תשמ"ח) 560-559.

31 תוספתא, נזיקין (ש' ליכרמן מהדיר, תשמ"ח) בבא מציעא, יא, 26-23.

32 בבא בתרא, ח, ב.

33 פירוש רש"י, בבא בתרא, ח, ב, ד"ה "להסיע על קיצתם".

34 בבא בתרא, ט, א. ראה גם: מ' איילי, לעיל הערה 30, בעמ' 25-26; מ' אלון המשפט העברי (תשמ"ח) 609-608.

35 ראה לעיל הערה 18.

מרפאת פגמים בסמיכות דעתם של המתחייבים. כיוון שההסכם בנוגע לקנס שישלם העובר על תנאי בני העיר או על תנאי בעלי אומנות נכרת ללא קניין, והוא חל ביחס לדבר שיקרה בעתיד – דבר שלא בא לעולם³⁶, דרושה מעורבות של "אדם חשוב" – "חבר עיר" בלשון רבנו תם, שהוא כנראה תלמיד חכם שבמקום³⁷ – בהליך כריתת הסכם זה³⁸. כנראה, שבדומה להתחייבות בפני גוף ציבורי מכובד – בית-דין או בית-דין חשוב – שבה קיימת סמיכות דעת יתרה להתחייב, המרפאת פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב, אף בהתחייבות שמעורבת בה אישיות מכובדת – "אדם חשוב", נרפא פגם סמיכות הדעת. כאשר התחייבות נכרתת בנסיבות כאלה, ווראי המתחייב התכוון להתחייב ברצינות. בדומה לפירוש רבנו תם פירשו גם הרב יצחק בן שמואל – הר"י³⁹, בן אחותו של רבנו תם, הרב אליעזר מ"ץ⁴⁰ – תלמידו המובהק, הרב יוסף⁴¹, בן זמנו של הריצב"א, ועוד חכם שזהותו אינה ידועה⁴². לדידם, הלכות התנאים והאמוראים הפותחות בלשון "רשאיין", המתיחסות לרשות הגתונה בידי הציבור המתחייב – בני העיר או בעלי אומנות – להתנות תנאים לצורך הסדרת ענייניהם המשותפים ו"להסיע על קיצתן", חלות גם בנוגע לציבור בימי הביניים. מכח האמור בהן הציבור בקהילה בכל אתר רשאי לקבל חקיקה ציבורית בהסכמת כל היחידים המשתייכים אליו, ולקנוס את היחידים שהסכימו לכתחילה כי יוטל עליהם קנס בגין הפרתה.

- 36 מדברי רבנו תם בכתביו משמע שלדעתו פגם "דבר שלא בא לעולם" הוא פגם בסמיכות דעתו של המתחייב. ראה ספר הישר לרבנו תם (ש' שלוינגר מהדיר, תשי"ט) תקצב. ראה גם: חידושי הרשב"א, בבא מציעא, סו, ב, ד"ה "התם וזבני הכא הלואה", בשם רבנו תם; נימוקי יוסף, שם (בדפי הרי"ף, דפוס וילנא, לו, ב) ד"ה "התם וזבני הכא הלואה", בשם רבנו תם. פירוש הביטוי "חבר עיר" אינו זהה בהכרח בזמנם של חז"ל ובזמנם של חכמי אשכנז. יש להניח שפרשנותו של רבנו תם היא ברוח הפרשנות המקובלת בזמנו, באשכנז ובצרפת, לביטוי זה, בקשר להלכות ציבור. הפירוש המקובל באשכנז וצרפת במאות י"א לביטוי "חבר עיר" בא לידי ביטוי בפירושי בעל הפירוש המיוחס לרגמ"ה ורש"י. ראה: הפירוש המיוחס לרגמ"ה, חולין, צד, א, ד"ה "ואם יש בו חבר עיר"; פירוש רש"י, מגילה, כז, ב, ד"ה "חבר עיר"; אור זרוע, ח"א (ויטאמיר, תרכ"ב) הלכות צדקה, סימנים י רכז, בשם רש"י; מרדכי, בבא בתרא, תצד, בשם רש"י. לעומת זאת ראה את פירושו של הביטוי בהקשרים אחרים: פירוש רש"י, ברכות, ל, א, ד"ה "יחיד שלא בחבר עיר"; פירוש רש"י, ראש השנה, לז, ב, ד"ה "אלא בחבר עיר".
- 37 ראה א' הלפרין ספר מרדכי השלם (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, חלק ב, תשל"ח) 226. בנדפס: מרדכי, בבא קמא, קעט, ובמקבילה: כרם חמד ז (ש"ד לצאטו מהדיר, תר"ג) 49.
- 38 ראה אור זרוע (ויטאמיר, תרכ"ב) ח"ג, בבא קמא, תנח. ראה גם תוספות, בבא קמא, קטז, ב, ד"ה "ורשאים החמרים להתנות ביניהם".
- 39 ראה סוף תשובת ראי"ה: שו"ת מהר"ח אור זרוע (ליפסיא, תר"ך), רכב, ובמקבילה: מרדכי, בבא בתרא, תפב.
- 40 ראה מרדכי, בבא בתרא, תצ.
- 42 ראה שיטה מקובצת, בבא קמא, קטז, ב, ד"ה "ורשאיין".

2.1.3 חכמי מגנצא

חכמי מגנצא סמוך לראשית המאה הי"ג, הרבנים יהודה בן קלונימוס, משה בן מרדכי וברוך בן שמואל, לא קיבלו את התפיסה המשפטית של רבנו תם, שלפיה דין כל חקיקה של הציבור בקהילה בכל אתר ברורו כדין התחייבות במשפט הפרטי לכל דבר ועניין⁴³.

גם פרשנותם בנוגע לצורך במעורבותו של "אדם חשוב" בתנאי בני העיר או בעלי האומנות שונה מפרשנותו של רבנו תם. הם פירשו שנחוצה מעורבות גורם ציבורי זה בגין הממד הציבורי של התנאי, וזאת, כנראה, בעקבות פרשנותו של גדול חכמי מגנצא במאה הי"ב – הראב"ן.

לדעת ראב"ן, מעורבותו של "אדם חשוב" דרושה רק בהתחייבות שיש לה השלכות על כלל הציבור, ולא בהתחייבות אחרת במשפט הפרטי:

ודוקא דאתנו בעניינא דמתא, דומיא דטבחי ועל המדות ועל השערים אמר: "לאו כל כמיניהו". אבל בתנאי שבין איניש לחבריה מתנו בלא אדם חשוב, אם ירצו⁴⁴ (= ודוקא כשהתנו בענייני העיר, בדומה [לתנאי] הטבחים [ותנאי בני העיר] ביחס למידות [להגדיל או להקטין את המידות המקובלות בעיר] ולשערים [= מחירים בעיר], אמר: [רב פפא, שכאשר נמצא במקום "אדם חשוב"] לא הכול מהם [= אין בכוחם להתנות ללא מעורבות "אדם חשוב"]. אבל בתנאי בין אדם לחברו מתנים בלי [מעורבות] "אדם חשוב", אם ירצו).

43 כנראה ד"ק הרב מרדכי בן הלל, במאה הי"ד, וכתב שחכמי מגנצא כתבו "כעין" דברי רבנו תם. ראה: מרדכי, בבא בתרא, תפב. מדברי הרב יוסף קולון, בשו"ת מהרי"ק (נצחיה, רע"ט) קפא, משמע שכתב "כעין", ולא ממש כמותו, כי לדעתם ביחס ליחיד אמיד, שרצוה לפרוק מעליו את עול הציבור, נתונה סמכות כפייה בידי ראשי הקהל גם בקהילה המקומית. דבריו של י" בער ("היסטוריה והתפתחות של ארגון הקהילה היהודית בימי הביניים" ציון טו (תש"י) 40), שחכמי מגנצא, כמו רבנו תם, נוקטים בשיטת המשפט הגרמני בימי הביניים, וסוברים שהרוב אינו יכול להכריח את המיעוט ולהטיל עליו מס בניגוד לרצונו – אינם נקיים מספקות. רבנו תם לא דגל באופן עקרוני בחפיסת המשפט הגרמני. המשפט הגרמני הצריך באופן חיאורטי את הסכמת כולם, ביחס לכל סוג הכרעה של ציבור. רבנו תם סבר שסמכות הכפייה מסורה, בדורו, רק בידי גדול הדור ובית-דינו ולא בידי כל קהילה מקומית. לכן, לדעתו, ברורו, בקהילה המקומית, אפשר לקבל הכרעות רק בהסכמת כל היחידים. הוא פסק שסמכות הכפייה אינה מסורה בידי הקהילה בכל אתר רק כפועל, מפני שבדורו היה בית-דין בעל שיעור קומה, ולא באופן עקרוני ומוחלט. חכמי מגנצא רחוקים עוד יותר מן העמדה העקרונית של המשפט הגרמני, כיוון שהכירו, במגבלות המתאימות, בקיומה של סמכות כפייה גם בקהילה בכל אתר בזמנם.

44 הגהות מימוניות, מכירה, יד, ט. אף "רבינו יואל", שהוא כנראה חתנו של ראב"ן ואביו של ראב"ה – רבי יואל בן יצחק הלוי – הסביר בתשובה, במרדכי, בבא בתרא, תפג, שדרושה מעורבות של אדם חשוב מפני שהסכם הטבחים אינו הסכם רגיל בין יחידים במשפט הפרטי, אלא הסכם שמכוחו ניתן להטיל קנס. דהיינו, יש בו ממד ציבורי-ענשי.

חכמי מגנצא כתבו שניתן לעשות שימוש בסמכותם של בני העיר ובעלי האומנות להתנות תנאים רק לצורך קידום טובת הציבור: "בדבר שהוא תקנת הציבור"⁴⁵. כמו כן הדגישו שחנאי זה שונה מהתחייבות רגילה, מפני שהוא משפיע על כל המשתייכים לציבור תושבי המקום. הוא "מילתא דשייכא בה כל בני מתא" (= דבר ששייכים בו כל בני המקום). לדעתם, כנראה, "אדם חשוב" צריך להיות מעורב בהליך התנאות התנאים של בני העיר ובעלי האומנות בדרך של פיקוח, ידיעה או הסכמה, כדי שיוכל לבחון אם אכן התנאי של בני העיר, או של בעלי אומנות המספקים שירות לכל תושבי המקום, המשפיע על כל תושבי המקום, מקדם את טובת הציבור.

הם עמדו בתשובתם על הדמיון בין תנאי בני העיר ובעלי האומנות לבין תנאי משיב אבידה הנזכר בסוגיה תלמודית אחרת⁴⁶. ייתכן שהם דימו את תנאי משיב אבידה לתנאי בני העיר ובעלי האומנות כיוון שגם בתנאי משיב אבידה קיים ממד ציבורי: הוא אינו משפיע רק על היחסים הפנימיים שבין המתחייבים לבין עצמם. התורה קבעה הסדר רצוי בנוגע להשבת אבידה, והוא – שהמשיב חייב להשיבה בחנם ולקבל שכר רק בגין בטלה. כאשר משיב אבידה מתנה תנאי המשנה הסדר זה, תנאי זה משפיע על כל היחידים המשתייכים לציבור במקום, שאחד מהם הוא המאבד, ודרוש שהמשיב יתנה בפני גוף ציבורי – בית-דין. יש להניח שלא בכל מקרה יאשר בית-הדין את כקשתו של המשיב לקבל שכר מלא ולא רק שכר פועל בטל. הוא יבחן, לאור שיקולי טובת הציבור, אם יש מקום להיענות לבקשה. באמצעות הדרישה שהתנאות תנאי משיב אבידה תיעשה בבית-דין, באה על סיפוקה הדרישה שבכל תנאי המשפיע על ציבור רחב, מעבר לאלו המתנים את התנאי, תהא מעורבות של גוף ציבורי, שיבחן את טיבו של התנאי.

בסוגיה התלמודית הנוגעת לתנאי הטבחים נאמר, שבמקום שלא מצוי בו "אדם חשוב" תנאי הטבחים תקף גם ללא מעורבותו. חכמי מגנצא לא הסבירו מדוע במקרה זה בעלי אומנות רשאים להתנות תנאי: "במילתא דשייכא בה כל בני מתא... בלא שאר בני מתא" (= בדבר ששייכים בו כל בני המקום... בלא [נציג המפקח פיקוח ציבורי עבור] שאר בני המקום).

באופן עקרוני, לדעת חכמי מגנצא, המשפט הציבורי חל על תקנה של ציבור, כגון ציבור בני העיר, בעלי אומנות, או אלו המשתייכים לקהילה מסוימת. ההתחייבות בתקנה זו אינה מחקבלת בהסכמת כולם. תקנה של ציבור תקפה, לדעתם, כאשר רוב הציבור יכול לעמוד בה. כמו כן, ביחס לתקנת "בני העיר" קיימת מגבלה מתחום המשפט הציבורי: מגבלת טובת הציבור. התקנה תקפה

45 שו"ת מהר"ח אור זרוע (ליפסיה, תר"ך) רכב.

46 בבא מציעא, לא, ב-לב, א.

ראה גם אזכור פסיקתם של חכמי מגנצא, בעניין הדמיון בין תנאי משיב אבידה ותנאי בני העיר ובעלי אומנות, בספרות ההלכה האשכנזית לאחר זמנם: הגהות מימוניות, גזילה ואבידה, יב, ד, ובמקבילה: הגהות מרדכי, בבא מציעא, תכו; אגודה, בבא מציעא, מר.

כאשר היא מקדמת את "תקנת הציבור". עם זאת, פרשנותם בנוגע לתנאי בעלי אומנות אינה "ציבורית" טהורה. אילו חל, לדעתם, המשפט הציבורי על תנאי זה לכל דבר ועניין, הייתה התחייבותם של בעלי האומנות צריכה להיות משוחררת מכל מגבלות המשפט הפרטי. אולם, אחת ממגבלות המשפט הפרטי, מגבלת קניין דברים, חלה, לדעתם, גם ביחס לתנאי בעלי אומנות. לדידם, אף אילו נלווה לתנאי זה קניין סודר⁴⁷ הוא היה חסרתוקף, מפני שגם אז היה נחשב לקניין דברים. ייתכן שהבחינו בין תנאי של חלק מן הציבור במקום לבין תנאי של כל יושבי המקום. תנאי בעלי אומנות – מגזר מסוים בציבור – אינו תנאי של ציבור שלם. המשפט הציבורי אינו חל עליו, ולכן הוא אינו משוחרר מכל מגבלות המשפט הפרטי. עם זאת, בשל הממד הציבורי של התנאי הוא תקף רק כאשר באה על סיפוקה הדרישה למעורבותו של "אדם חשוב". לעומת זאת, ביחס לתנאי של קהילה או של כל "בני העיר" – ציבור שלם, המשפט הציבורי חל. הוא תקף כשהוא מקדם את טובת הציבור – "תקנת הציבור". בנוגע לתנאי זה חל עקרון הכרעת הרוכ, והוא משוחרר מכל מגבלות המשפט הפרטי.

2.1.4 מהר"ם מרוטנבורג

התקופה שלפני זמנו של מהר"ם מרוטנבורג מתאפיינת בחוסר אחידות בנוגע למעמדה המשפטי של חקיקה ציבורית בפסיקה באשכנז וצרפת. מן האמור במקורות מוזמנס של חכמי אשכנז הראשונים משמע מכללא, שעל חקיקה זו חלים עקרונות המשפט הציבורי. רבנו תם הפך את הקערה על פיה וכתב שעל תקנות הקהל בזמנו חלים עקרונות המשפט הפרטי בלבד. חכמי מגנצא החילו על החקיקה הציבורית, בדרך כלל, את עקרונות המשפט הציבורי, ועל חקיקת בעלי אומנות החילו, נוסף לכך, את עקרונות המשפט הפרטי. בזמנו של מהר"ם מרוטנבורג חל שינוי: נקבעו במפורש אמות מידה ברורות בנוגע לתחולת המשפט הציבורי והפרטי על כל סוג של חקיקה ציבורית. מכאן ואילך הייתה אחידות בפסיקה האשכנזית. כל פוסקי ההלכה הניחו שההבחנה בין משפט ציבורי ופרטי היא זו הנזכרת לראשונה במפורש בפסקי מהר"ם.

לדעת מהר"ם, כאשר הפעילות הציבורית מקדמת את טובת הציבור – היא לצורך "מיגדר מילתא"⁴⁸ או "מיגדר מילתא ותקנתא"⁴⁹ (=עשיית גדר לדבר

47 בנוגע לטיבו של קניין סודר ראה ליפשיץ, אסמכתא, בעמ' 280-382.

48 ראה: שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) תתקמא, ובמקבילה: להלן הערה 50; שם, תתקפ; ספר עמודי גולה (ספר מצוות קטן) (לאדי, חקס"ה) פא, סוף ליקוטי מרבנו מאיר מרוטנבורק ז"ל; שער תשובות מהר"ם (ברלין, חרנ"א) כ"י אמשטרדם II, קמ.

49 ראה: תשובות מימוניות, שופטים, ט-י, ובמקבילות: שו"ת מהר"ם (קרימונה, שי"ז) רל; שו"ת מרי יצחק בן משה אור זרוע ומאיר בן ברוך (י"ז כהנא מהדיר, תש"ג) צג. תמצית הפסק: מרדכי, בבא בתרא, תפ. בתשובת מהר"ם: שער תשובות מהר"ם (ברלין, חרנ"א) כ"י אמשטרדם II, קכו-קכז, נעשה שימוש בביטוי "תקנת הקהל".

ותקנה) – חלים ביחס אליה עקרונות המשפט הציבורי. התחייבות הציבור וחיקתו בתחום פעילות זה משוחררת מכל מגבלות המשפט הפרטי. לצורך קידום טובת הציבור מוקנה לרוב הציבור כושר לכופ את רצונו על המיעוט, שלא הסכים לכתחילה להתחייב, באמצעות שימוש באמצעי הפקעת הממון. כמו כן, לצורך קידום מטרה זו הוא מוסמך להתחייב גם כאשר התחייבותו הייתה פגומה באחד מפגמי סמיכות דעת המתחייב.

לעומת זאת, כאשר פעילות הציבור אינה מקדמת את טובת הציבור, דין התחייבותו של הציבור וחיקתו כדין כל התחייבות במשפט הפרטי. לדעת מהר"ם, התחייבות כזאת של ציבור נזכרת בכל הלכות התוספתא הנוגעות להתנאות תנאי של בני העיר או של בעלי אומנות ופותרות בלשון "רשאי".⁵⁰ לדעתו, על מנת שההתחייבות הנזכרת בהלכות אלו יהיו תקפות, צריכים כל המשתתפים לציבור "בני העיר" או בעלי האומנות להסכים להתחייב בהן. הוא הדין בנוגע לתקנות קהל בדורו, שאינן מקדמות את טובת הציבור. הוא כתב שכאשר חקיקה של ציבור אינה מקדמת את טובת הציבור כולו, אלא רק את התועלת הצרה של מגזר מסוים בו, כגון העשירים – "בעלי כסין", היא צריכה להתקבל בהסכמת כל היחידים המשתתפים לציבור.⁵¹

לדעת מהר"ם, באופן עקרוני, חלות ביחס לחקיקה הציבורית שאינה מקדמת את טובת הציבור כל מגבלות המשפט הפרטי בנוגע לפגמים בסמיכות דעתו של המתחייב. עם זאת, מגבלות אלה אינן מונעות את קבלתה של חקיקה ציבורית כזאת כאשר פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב בחקיקה זו נרפאים בגין הנאותו של המתחייב.

עקרון ריפוי פגמים בסמיכות הדעת על ידי קיומה של הנאה נזכר בתלמוד בנוגע להתחייבויות שונות.⁵² העיקרון הוא: "בעבור ההנאה... המגיעה למקנה...

כתשובות אחרות נעשה שימוש בביטויים המבטאים צורך ציבורי: "כופין בני העיר זה את זה לכל צרכי העיר שהם צריכין הרבה... אע"פ (= אף על פי) שאין זה צורך גדול כ"כ (= כל כך), אפ"ה (= אפילו הכי [= אף על פי כן]) כופין, כ"ש (= כל שכן) שאר עניינים הצריכים להם יותר" – תשובות מימוניות, קניין, כז, ובמקבילות: שערי תשובות מהר"ם (ברלין, תרנ"א), ליקוטים מכתב יד שזח"ה 345, חתמה; הגהות מימוניות, תפילה, יא, א, ב. "אי הוה (= היה) דבר [שהוא] משום מגדר מלתא (= עשיית גדר לדבר) וצורך קהל שכלא זה אי אפשר להם להיות – כופין בני העיר זה את זה לקיים".

50 ראה שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) תתקמא, ובמקבילה: מרדכי, בבא בתרא, תפא; שער תשובות מהר"ם (ברלין, תרנ"א) כ"י אמשטרדם II, קכח; שו"ת מרי יצחק בן משה אור זרוע ומאיר בן ברוך (י"ז כהנא מהדיר, תש"ג) שצד.

51 ראה שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) תתקמא, ובמקבילה: מרדכי, בבא בתרא, תפא. ראה גם שערי תשובות מהר"ם (ברלין, תרנ"א) כ"י אמשטרדם II, קכח.

52 ראה א' גולאק יסודי המשפט העברי (חלק ב, תשכ"ז) 37-40; ש' פרידמן, הנאה, בעמ' 145-115; ליפשיץ, אסמכתא, בעמ' 210-219; 276-261.

גומר הוא בדעתו להקנות את הנכס לקונה"⁵³. הערב סבור בשעת התחייבותו למלווה שהלווה יפרע את חובו. התחייבותו פגומה בפגם האסמכתא, מפני שאילו ידע מראש שהלווה לא יפרע את ההלוואה לא היה מתחייב. רב אשי הסביר בתלמוד שפגם האסמכתא בהתחייבות נרפא בגין הנאתו של הערב: "בההיא הנאה דקא מהימן ליה — גמר ומשעבד נפשיה"⁵⁴ (= באותה הנאה שהוא מהימן עליו — גמר [בדעתו] ומשעבד עצמו). הערב נהנה מכך שהוא קונה לו שם של אדם מהימן, שהמלווה סומך על התחייבותו. בגין הנאה זו הוא מוכן להתחייב ברצינות — וכך נרפא פגם האסמכתא. בסוגיה תלמודית אחרת הקשו מדוע תקפה התחייבות שומר חנם באמירה בלבד, ללא מעשה קניין, לקבל על עצמו להתחייב באחריות שמירה חמורה יותר כאחריותו של שואל. רב יוחנן הסביר שפגם סמיכות הדעת בגין העדר מעשה קניין נרפא: "בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה"⁵⁵ (= באותה הנאה שיוצא עליו קול שאדם מהימן הוא [שסומכים על התחייבותו] גמר [בדעתו] ומשעבד עצמו).

הנאה הדרית נזכרת בשתי סוגיות. בסוגיה אחת דנו בהתחייבותם של צדדים להסכם שידוכין. נאמר בה שניתן לכרות הסכם זה באמירה בלבד, ללא מעשה קניין, בגין קיומה של הנאה: "בההיא הנאה דקמיחתני אהרדי — גמרי ומקני להרדי"⁵⁶ (= באותה הנאה שמתחתנים זה בזה גומרים [בדעתם] ומקנים [את הכסף ושוה הכסף הנוכחים בהסכם השידוכין] זה לזה). בסוגיה שנייה נאמר שכאשר אחים קובעים באמצעות גורל מה יהא חלקו של כל אחד מהם בקרקע, מרגע שהתברר באמצעות הטלת הגורל מה חלקו של אחד מהם — קנו כולם. רב אשי הסביר שהאחים האחרים קנו למרות שעדיין לא נפל הגורל בנוגע לחלק שלהם, ולמרות שעדיין לא קנו את חלקם באמצעות חזקה בקרקע: "בההוא הנאה דקא צייתי להרדי, גמרי ומקנו להרדי"⁵⁷ (= באותה הנאה שמצייתים זה לזה [ונשמעין זה לזה לחלוק בגורל כדי שיטול כל אחד חלקו בפני עצמו] גמרו [בדעתם] ומקנים זה לזה).

בחלק מן הסוגיות הללו הנאת המתחייבים היא הדרית. עם זאת לא נאמר בהן במפורש שבכל סוג של פעילות משותפת של יחידים, הפועלים יחדיו, הנאת ציות הרדי מרפאת פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב. חכמי איטליה — רבנו משולם בן קלונימוס מלוקא (Lucca), בן המאה ה', וחכמי בארי (Bari), שפעלו סמוך

53 פרידמן, הנאה, בעמ' 115.

54 בבא בתרא, קעג, ב. ראה גם שם, קעו, ב, בנוגע לריפוי פגם "העדר מעשה קניין" בערכות בבית-דין: "דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד ליה" (= שבאותה הנאה שמהימן לו [= לבית-הדין] גמר [בדעתו] ומשעבד עצמו).

55 בבא מציעא, צד, א.

56 כתובות, קב, ב.

57 בבא בתרא, קו, ב.

לשלהי המאה ה"א⁵⁸ – הרגישו לראשונה שקיימת הנאה מסוג זה בכל פעילות משותפת של יחידים. לדעתם, בגין הנאה זו של ציוד הדדי נרפאים פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב.

רבנו משולם בן קלונימוס דן בתוקפו של הסכם שותפות שבשעת כריתתו נעשה מעשה קניין. ההתחייבות הייתה פגומה בפגם "דבר שלא בא לעולם", מפני שהקנו בה דבר שיזכה בו כל שותף בעתיד. לדידו, פגם זה בסמיכות דעת המתחייב נרפא בגין קיומה של הנאת ציוד הדדי:

...ובערב נמי, בההוא הנאה דקא סמוך עלויה ומהימן ליה, גמר ומשעבד נפשיה. ותניין (=ותנן) נמי: "מתנה שומר חנם להיות כשואל", ואמרין[נן] עלה: "אמר שמואל – בעקנו מירי. אפי' לון תימא בדברים, בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה". הילכך כל תנאה מהני בשתוף, בין במציאה בין בדבר אחר, משום האי טעמא[א] דקא מהמני להדדי גמרי ומקנו⁵⁹ (=ובערב גם, באותה הנאה שהוא מהימן עליו גמר [בדעתו] ומשעבד [=מחייב] עצמו. ושנינו גם: "מתנה שומר חנם להיות כשואל" ואמרו [בסוגיה בתלמוד] עליה [=על הלכה זו]: "אמר שמואל: בשקנו מידו" [=ההתחייבות תקפה מפני שנעשה מעשה קניין]. [רבי יוחנן אמר]: "אפילו תאמר

58 לאור המקבילה בהגהות מימוניות, להלן הערה 60, חכמי בארי הם: ליאן ב"ר שבתי, יואל ב"ר משה, אליהו ב"ר שמעיה, הגאון ב"ר יהושע, משה ב"ר אברהם, בנימין ב"ר יקותיאל הלוי, ושמעיה ב"ר שבתי. שלושה מהם נזכרים במקבילה הנוספת הנזכרת בהערה 60, בשערי תשובות מהר"ם.

59 ספר עיטור סופרים (=ספר העיטור), אות ש, "שיתוף", בנוסח כ"י וטיקן EBR. 143. הנוסח של כתב היד השני העדיף של ספר העיטור – כ"י אוקספורד-בודליאן Ms. OPP. 64, 567, הוא:

...ובעירובין (=צ"ל ובערב, כגירסת כ"י וטיקן EBR. 143, משום שבסוגיה בעירובין לא נזכרת הנאה זו) נמי אמרין[נן] "בההוא הנאה דקא סמוך עליה ומהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה". ותנן נמי: "מתנה שומר חנם להיות כשואל"; ואמרין[נן] עלה: "במאי, בדברים? אמר שמואל: בשקנו מידו". ור' יוחנן אמר[ר]: "אפילו תימא בדברים, בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה" הילכך כל תנאה מהני בשתוף, בין במציאה בין דורון, משום האי טעמא דקא מהמני להדדי גמרי ומקנו. וכן ראה במקבילה: הגהות מרדכי, בבא בתרא, תרג (=מהדורת הגהות מרדכי, Riva di Trento, שי"ט, תרסז). ראה גם: ספר צרור הכסף (מ"י בלוי מהדיר, תשמ"ד) דרך ב, שער יד; שו"ת מהר"ק (ונציה, רע"ט) קפב; בית יוסף, חושן משפט, קצו, ד. מנקיטת לשון גורפת: "כל תנאה (=תנאי) מהני (=מועיל) בשיתוף", משמע שהנאת ציוד הדדי מרפאת גם פגמים אחרים בדרכי יצירת השותפות, מלבד פגם "דבר שלא בא לעולם" הנזכר בחשובה. כך סבר הרב יוסף קלוז, שו"ת מהר"ק (ונציה, רע"ט) קפב, שהסתמך על האמור בסוגיות התלמודיות הדנות כבעיית "העדר מעשה קניין" בהתחייבות, והסיק מאזכור סוגיות אלו בחשובה כי רבנו משולם סבר שהנאת ציוד הדדי מרפאת גם את פגם "העדר מעשה קניין".

שההתחייבות נכרתה בדברים [היא תקפה], באותה הנאה שהוא מהימן עליו גמר [בדעתו] ומשעבד עצמו. לכן כל תנאי מועיל בנוגע לשותפות [ללא קניין], בין [אם השותפות היא] במציאה, בין [אם היא] בדבר אחר, משום זה הטעם שמהימנים זה על זה גומרים [בדעתם] ומקנים [זה לזה].

חכמי בארי הדגישו שהנאת הערב והנאת המעורבים בהסכם שידוכין, הנזכרת בסוגיות בתלמוד, היא הנאה הדדית. בנוגע לערב כתבו שפנס העדר קניין בהתחייבותו לערוב נרפא בגין הנאת ציות הדדי:

מאיזה טעם ערב משעבד? בההיא הנאה דקא צייתי להדדי, דקא סמוך מוזפנא אדיבוריה דערבא וקא יזיף ליה ליזופא, גמר ערבא ומשעבד נפשיה באמירה בעלמא⁶⁰ (= מאיזה טעם ערב משעבד [כלפי המלווה]? באותה הנאה שמצייתים זה לזה, שסומך מלווה על דיבורו של הערב ומלווה לו ללווה, גומר ערב [בדעתו] ומשעבד עצמו באמירה בלבד).

לדידם הנאה זו קיימת ביחס להתחייבותם של כל הצדדים המעורבים בהסכם שידוכין. לדעתם לא רק אבי החתן ואבי הכלה, הנזכרים במפורש בתלמוד, משתעבדים באמירה בעלמא, ללא מעשה קניין, אלא גם אחרים הנהנים הנאת ציות הדדי בהסכם שידוכין:

כל אדם שוין בדבר, לקנות באמירה, שלא דברו חכמים (= בסוגיה התלמודית) באבות (= אבי החתן ואבי הכלה), אלא כהוה (= כך היה במקרה הנידון שם). שכל הנמצאין בעסקת הויווג (= המעורבים בהסכם השידוכין) הרי הן כאבות. וטעמו של דבר נודיע: דברים הללו נקנין באמירה. כמו שפירשו חכמי [ים] (בסוגיה הנוגעת להסכם שידוכין): בההיא הנאה דקא צייתי ומחתני גמרי ומקנו להדדי (= באותה הנאה שמצייתים [זה לזה] ומתחתנים, גומרים [בדעתם] ומקנים זה לזה), והואיל וטעמו של דבר (= שההתחייבות תקפה ללא קניין) בשביל עשיית החיתון הוא, אף אחר (= שאינו אחד מן האבות), אם יפסוק (= יחתוך, יסכם תנאי הסכם שידוכין), ויעשה (= יכרות הסכם) בשעת הקידושין, כל מה שפיסק (= שפסק) וגומר (בדעתו) ומקנה [בלא מעשה קניין].

הם הדגישו שההנאה בהסכם זה נובעת מן ההדדיות:

60 ראב"ן, אבן הראשה, כ"י וולפנביטל AVG.2°5.7, לח. בגרס: ספר ראב"ן (ש' אלבק מהדיר, תרס"ה) שו"ת, לח. ראה גם במקבילות: הגהות מימוניות, אישות, כג, ט; שער חשובות מהר"ם (ברלין תרנ"א) כ"י אמשטרדם II, פר.

בההיא הנאה דקא ציתיתון להדין גברא דפסיק עימיה וסמיכין על דיבוריה ומחתני, אף ההוא גברא, מה דפסיק גמר בדעתיה ומקני, וכיון שעמדו וקידשו מדבריו – נקנין דבריו באמירה (= באותה הנאה שמצייתים לאדם זה שסיכם עמם וסומכים על דיבורו ומתחננים, אף אותו האיש, מה שסיכם גמר בדעתו להקנות, וכיון שעמדו [= הצדדים להתחייבות] וקידשו [בהסתמך על התחייבותו ב]דברים – נקנים דבריו באמירה [בלבד, ללא קניין]).

עם זאת, סביר להניח שרק הנאות הנזכרות במפורש בתלמוד, כגון ההנאה שבהסכם ערבות ובהסכם שידוכין, נחשבו בעיני חכמי בארי כהנאות ציות הדדי המרפאות פגמים בדרך יצירת ההתחייבות, ולא ההנאה ההודית הקיימת בכל הסכם בין יחידים. אילו סברו שהנאה זו קיימת בכל הסכם היו פורצים לחלוטין את כללי דיני הקניינים בתלמוד, בניגוד לדעת כל קודמיהם, ואין זה סביר שיעשו כן. בנוסף לכך, אחריהם לא קם איש מחכמי ההלכה שדגל בפירוש מרחיק לכת מעין זה, לא כממשיך דרכם ולא באופן עצמאי.

מהר"ם מרוטנבורג יישם בנוגע לחקיקה של ציבור שאינה לצורך קידום טובת הציבור (כגון זו הנזכרת בהלכות התוספתא הפותחות בלשון "רשאין") את עקרון ריפויים של פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב על ידי קיומה של הנאת ציות הדדי. בתשובתו בעניין תוקפה של חקיקה זו הזכיר שני פגמים בסמיכות דעת המתחייב המצויים בה: פגם "העדר מעשה קניין", שהרי ההתחייבות בחקיקת הציבור נכרתת בלבד⁶¹, ופגם בסמיכות דעת המתחייב, שמהר"ם אינו מגדירו, אך מציין שלדעתו הוא חמור אף מפגם האסמכתא. ייתכן שהפגם השני בסמיכות דעתו של המתחייב נובע מן העובדה שהחקיקה כוללת גם התחייבות להטיל קנס על מי שלא יציית להסדר שנקבע בה. לידו שני הפגמים הללו בסמיכות דעתו של המתחייב נרפאים בגין קיומה של הנאת ציות הדדי בחקיקת הציבור בתחום המשפט הפרטי – שאינה מקדמת את טובת הציבור:

דהא (= שזה) דאמ' [רו] (= שאמרו) (בסוגיה בתלמוד הבבלי): "רשאין בני העיר להסיע על קיצתן", היינו על קיצתן שכבר נהגו קודם לכן בעיר, מימי קדם (= התחייבות מכוח הסכם, באמצעות קבלת מנהג-הסכם מכללא), או שהן עצמן באים לתקן תקנות (= חקיקה, הסכם מפורש) מדעת כולן (= בהסכמת כל המשתתפים לציבור), כי הנהו טבחי דאתי לקמ' [יה] דרבא, דאתנו בהדדי מדעת כולן (= כאותם שוחטים [הנזכרים בסוגיה התלמודית] שבאו לפני רבא, שהתנו זה עם זה מדעת כולם [= חקיקה, הסכם מפורש, בהסכמת כולם]), וקמ"ל (= וקא משמע לן) דנתקיימו הדברים (= והשמיע לנו

61 ראה שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) חתקמא, ובמקבילה: מרדכי, בבא בתרא, תפא; שו"ת מר' יצחק בן משה אור זרוע ומאיר בן ברוך (י"ז כהנא מהדיר, תש"ג) שער.

[רב פפא, בסוגיה, שאם באה על סיפוקה הדרישה למעורבות של "אדם חשוב"], התנאי תקף) אע"ג (=אף על גב [=אף על פי]) דבדיבור בעלמא [א] הוא קא מתנו, וגרע טפי מאסמכתא, דכל "דאי" לאו כלום היא⁶², הכא ודאי מהני בההיא הנאה דקא צייתי להדדי במידי דאיכא רווחא להאי כמו להאי, אידי דקני — גמר ומקני, בההיא דפי' [רק] הפועלים: "מתנה שומר חנם להיות כשואל", ואפי' [לו] בדברים, בההיא [א] הנאה דקנפיק עליה קלא דאיניש מהימן הוא — גמר משעבד נפשיה⁶³ (=אף על פי שבדיבור בלבד הם מתנים, וגרוע [פגם סמיכות הדעת] יותר [מן הפגם] באסמכתא, שכל "שאם" [=תנאי המנוסח בלשון "אם"] לא כלום הוא, כאן ודאי [התנאי] מועיל, באותה הנאה שמצייתים זה לזה בדבר שיש בו רווח לזה כמו לזה, מפני שקונה — גמר [בדעתו] להקנות, באותה [סוגיה] שבפרק [השוכר את] הפועלים: "מתנה שומר חנם להיות כשואל", ואפילו בדברים [ללא קניין], באותה הנאה שיוצא עליו קול שאדם מהימן הוא — גומר [בדעתו] ומשעבד עצמו).

מהר"ם הסביר, שלאורו של עיקרון משפטי זה הסכם שותפות של בעלי אומנות תקף, למרות שנכרת ללא מעשה קניין. לדידו, הבריתא בתלמוד בעניין תנאי החמרים⁶⁴ מתייחסת להסכם של חמרים שנכרת ללא מעשה קניין. פגם זה בסמיכות הדעת גרפא, לדידו, על ידי קיומה של הנאת ציות הדדי:

וכן הדין בכל מה שהשותפין מתנין, כדאמ' [רו] [בפרק] בית כור⁶⁵: 'בההיא [א] הנאה דצייתי אהדדי גמרי ומקני אהדדי'⁶⁶ (=וכן הדין בכל מה שהשותפים מתנים, כמו שאמרו בפרק בית כור [כבא בתרא, קו, ב]: "באותה הנאה שמצייתים זה לזה גומרים [בדעתם] ומקנים זה לזה").

הנאת ציות הדדי נזכרת בתשובות מהר"ם ביחס לחקיקה ציבורית: תקנות בני

62 ראה בבא מציעא, 10, ב: "אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא: הכי אמרין משמיה דרבה: כל 'דאי' — לא קני" (=אמר לו רב הונא בן רב יהושע לרב פפא: כך אומרים משמו של רבה: כל "שאם" אינו קונה). ראה דיון במשמעות כלל זה: ליפשיץ, אסמכתא, בעמ' 11-12, 32, 40, 70, 74, 396.

63 מרדכי, כ"י כחפשט — מחזיאון לאומי, 2¹, בבא בתרא, פרק השותפין. בנדפס: מרדכי, בבא בתרא, תפא, ובמקבילה: כחב יד המחזיאון הבריטי — לונדון, 532, גיליון 144. בנדפס: שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) תתקמא. בעניין הבסיס המשפטי לתנאי שומר וערב לדעת מהר"ם ראה גם מרדכי, בבא מציעא, ש.

64 ראה בבא קמא, קטז, ב. ראה גם מקור ההלכה — תוספתא, נזיקין (ש' ליכרמן מהדיר, תשמ"ח), בבא מציעא, יא, 25.

65 ראה בבא בתרא, קו, ב.

66 א' הלפרין ספר מרדכי השלם, בבא קמא, לעיל הערה 38, בעמ' 217. בנדפס: מרדכי, בבא קמא, קעו, ובמקבילות: הגהות מימוניות, גזילה ואבידה, יב, י; אגודה, בבא קמא, קמר. השווה: שיטה מקובצת, בבא קמא, קטז, ב, ד"ה "זרשאץ".

העיר ותקנות בעלי אומנות⁶⁷, אולם מנוסח תשובות אלה משמע שלדעת מהר"ם הנאה זו מרפאת פגמים בסמיכות הדעת בכל הסכם לפעולה משותפת של יחידים – "בכל מה שהשותפין מתניין". כמו כן, הנאה זו מרפאת את כל סוגי הפגמים בסמיכות דעתו של המתחייב. לאור פסיקת מהר"ם כתב ר"י קולון בנוגע לריפוי פגם "העדר מעשה קניין" בהתחייבות של שותפים: "דבכל (=שבכל) מה שהשותפין מתנים, שהתנאי קיים בדברים בעלמא (=בלבד), בלא קניין"⁶⁸, ולדעתו בגין קיומה של הנאה זו נרפא גם פגם "דבר שלא בא לעולם"⁶⁹.

לדעת מהר"ם, בניגוד לרבנו חם, מעורבותו של "אדם חשוב" בחקיקה של ציבור אינה נחוצה לריפוי פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב. אף בתחום פעילות הציבור, שבו חלים, לדעתו, עקרונות המשפט הפרטי, הציבור אינו כפוף למגבלות הנובעות מן הדרישה שהמתחייב יסמוך בדעתו, בגין קיומה של הנאת ציבור הדדי. מהר"ם, כנראה, סבר, בדומה לחכמי מגנצא, שאדם חשוב צריך להיות מעורב בהליכי התקנת התקנות של בני העיר או של בעלי אומנות⁷⁰, כדי שיהא פיקוח ציבורי על טיב ההסדרים המשפטיים המתקבלים בתקנות אלה⁷¹.

67 לכאורה באחת מן ההתחייבויות של רבים התעלם מהר"ם מן האפשרות שהנאת ציבור הדדי תרפא את פגם סמיכות הדעת. בתשובתו, שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) שכה, נידון תנאי לשותפות בכל מיני מציאות הבאות לבית; דהיינו, מציאות שימצאו בעתיד – דבר שלא בא לעולם. א' ורפהטיג תמה, בספרו למהותו של החוזה במשפט העברי, לעיל הערה 3, בעמ' 229, הערה 264, מדוע העדיף מהר"ם לפסוק כי התנאי תקף מחמת שכירות הדדית, הניתנת לכיטול בכל רגע על ידי אחד השותפים, לאור הכלל ש"פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום" (בבא מציעא, י, א), ולא הסתמך על ההנאה ההדדית הקיימת במקרה זה, הנאה היוצרת שותפות תקפה ללא עוררין משנת ייסודה ואילך. ייתכן שבמקרה זה אין הבדל מבחינת תוקף ההתחייבות בין שותפות שנוצרה מכוח הנאה לבין זו שנוצרה מכוח שכירות, לאור פרשנותם של חכמי אשכנז במאה ה'ט"ו בנוגע לתוקף הסכם שותפות הנצרך מכוח שכירות. בניגוד לתפיסה הרווחת בקרב חכמי ספרד סברו פוסקים אשכנזים במאה ה'ט"ו שגם שותפות המבוססת על שכירות היא בלתי הדדית, כיוון שדווקא פועל שאינו שותף יכול לחזור בו בחצי היום, כדי שלא ייחשב לעבד, אך בשותפות, כל השותפים במעמד שווה, ואין חשש שאחד מהם ייחשב לאדונו של חברו. ראה שו"ת מהר"ל החדשות (י' סף מהדיר, תשל"ז) קמר; שו"ת מהר"ק (ונציה, רע"ט) קפב.

68 שו"ת מהר"ק (ונציה, רע"ט) קפב.

69 שם. ראה גם שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט (למברג, תרכ"ב) רעד; ים של שלמה (לובלין, שצ"ו) בבא קמא, פרק י, מג.

70 הדרישה למעורבותו של אדם חשוב בחקיקה הציבורית נזכרת בתשובת מהר"ם: שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) תתקסח.

71 כך סבר כנראה הר"י מולין: שו"ת מהר"ל החדשות (י' סף מהדיר, תשל"ז) קמר. לדעתו, שם, התחייבות בהסכם שותפות של קבוצת יחידים הפועלת יחדיו תקפה ללא קניין בגין קיומה של הנאת ציבור הדדי. עם זאת, לדעתו, אין להכיר בהתחייבות כתקפה כאשר תוכנה אינו ראוי. כאשר היחידים התאגדו נגד יחיד מסוים, שלא עשה להם עוול, התחייבותם בטלה. לדידו מקרה כזה דומה לכריתת הסכם של בני העיר או של בעלי אומנות ללא מעורבות חבר עיר (= "אדם חשוב" באשכנז) במקום שמצוי בו חבר עיר.

2.1.5 חכמי המאה ה"ט"ו

בספרות ההלכה האשכנזית במאות י"ד-ט"ו רווחה הרעה שעל חקיקה ציבורית המקדמת את טובת הציבור חל המשפט הציבורי⁷². חקיקה זו אינה צריכה להתקבל בהסכמת כולם. רוב הציבור כופה את רצונו על המיעוט באמצעות שימוש באמצעי הפקעת הממון, לשם קידום טובת הציבור. חקיקת הציבור בתחום זה משוחררת מכל מגבלות המשפט הפרטי.

דין אחר חל, לדעת חכמי ההלכה בספרות זו, בנוגע לחקיקה של ציבור שאינה מקדמת את טובת הציבור, כגון זו הנזכרת בהלכות הפותחות בלשון "רשאיין". על חקיקה זו חלים עקרונות המשפט הפרטי. היא מתקבלת רק בהסכמת כולם. עם זאת, בגין הנאת המתחייב, היא משוחררת מן הדרישות לגבי סמיכות דעתו של המתחייב, כגון דרישת "מעשה קניין"⁷³.

בספרות ההלכה בתקופה זו יישמו, בכמה מקרים של התחייבות יחידים הפועלים יחד בקבוצה (שותפות או ציבור), את עקרון ריפוי הפגמים בסמיכות הדעת בגין קיומה של הנאת ציות הדדי.

הר"י מולין דן בתוקפה של שותפות של יחידים, שנוסדה כדי לפעול במשותף נגד יחיד, שלטענת השותפים חבע מהם כסף שלא כדין. הוא פסק שהסכם השותפות חקף, למרות שנכרת בדברים בלבד, ללא קניין. הפגם בסמיכות דעתם של המתחייבים נרפא בגין קיומה של הנאת ציות הדדי⁷⁴. אף הר"י קולון סבר שניתן לחרות הסכם שותפות ללא קניין, בגין קיומה של הנאת ציות הדדי⁷⁵.

הר"י איסרליין דן בריפוי פגמים בסמיכות הדעת בשעת קבלת מנהג של הציבור בדיני מסים. לדידו, בשלב ראשון, היחידים המשתייכים לציבור הסכימו למחול זה לזה על זכויותיהם מכוח דין התורה או התלמוד, כדי למנוע מריבות וכדי להבטיח את תפקודה התקין של מערכת גביית המסים בקהילות. לאחר מכן, הציבור קיבל על עצמו הסדר חדש בדיני מסים באמצעות הנהגת מנהג-הסכם מכללא. ההתחייבות לקבל הסדר זה נתקבלה באמירה בלבד, ללא קניין. ר"י איסרליין הסביר שהיא תקפה, למרות פגם זה בסמיכות דעתו של המתחייב, בגין קיומה של הנאת ציות הדדי⁷⁶.

72 ראה שו"ת מהר"ח אור זרוע (ליפסיא, תר"ך) סה; שו"ת מהר"ל החדשות (י' סף מהדיר, תשל"ז) קמו, קנא, קנב; שו"ת מהר"ם מינץ (י"ש דומב מהדיר, תשנ"א) ו, סג-ג, ד, ו; שו"ת מהר"י ברונא (ירושלים, תשל"ג) רסח; שו"ת מהר"ק (ונציה, רע"ט) ו, יד, קפא; שו"ת מהר"ק החדשות (א"ר פינס מהדיר, תשל"ל) לח; שו"ת מהר"י מינץ (קרקוב, תרמ"ב) ז. מן האמור בתשובות הללו משמע שלצורך קידום טובת הציבור אפשר לקבל חקיקה ציבורית על פי הכרעת רוב, המוסמך להפקיע ממון היחיד שבמיעוט, ואין צורך בהסכמת כולם.

73 ראה שו"ת מהר"ם מינץ (י"ש דומב מהדיר, תשנ"א) סג-ב.

74 ראה שו"ת מהר"ל החדשות (י' סף מהדיר, תשל"ז) קמר.

75 ראה שו"ת מהר"ק (ונציה, רע"ט) קפב.

76 ראה תרומת הדשן (ירושלים, תשנ"א) שמב.

חכמי אשכנז במאה ה"ט, הר"י מולין והר"ם מינץ, כתבו שבענייני ציבור, היחידים המשתייכים לציבור, בימיהם, מתלו זה לזה על הזכות שהדין הרגיל יתול ביחסים ביניהם, ולאחר המחילה הנהיג הציבור הסדרים משפטיים חדשים⁷⁷. ייתכן שאף הסדרים אלה נתקבלו ללא קניין, בגין קיומה של הנאת ציבור הדדי. לעתים כתבו חכמי אשכנז בתקופה זו, שהתחייבות החלה על קבוצת יחידים הפועלים במשותף משוחררת ממגבלות הנובעות מן הדרישה שהמתחייב יסמוך בדעתו, וזאת בגלל תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי והפרטי גם יחד. כאשר כל היחידים המשתייכים לקבוצה זו פועלים יחדיו, התחייבותם משוחררת ממגבלות הנובעות מן הדרישה שהמתחייב יסמוך בדעתו בגין קיומה של הנאת ציבור הדדי. עם זאת, המגבלה הדרושה את הסכמת כל המתחייבים חלה בנוגע לכל התחייבות של ציבור המתקבלת במתכונת המקובלת במשפט הפרטי. חכמי אשכנז בני התקופה הזכירו בתשובות אלה גם את עקרונות המשפט הפרטי, מפני שכתשובות בהן נתנו תוקף להתחייבות של קבוצה על סמך תחולתם של עקרונות המשפט הפרטי והציבורי גם יחד, נידונה התחייבות שנתקבלה בהסכמתם של כל היחידים המשתייכים לקבוצה⁷⁸. נוסף לכך, מכיוון שמדובר ביחידים שהתחייבו לא יחידים אלא כציבור, ולצורך קידום טובת הציבור, חל גם המשפט הציבורי על התחייבות זו. בגין תחולתו, הציבור המתחייב אינו כפוף לכל מגבלות המשפט הפרטי.

2.2 חכמי ספרד וצפון אפריקה במאות י"ט-י"ז

החל מן המאה הי"ג ניכרת בספרות ההלכה בספרד הבחנה בין חקיקה של מיעוט, יחידים בודדים, שעליה חלים עקרונות המשפט הפרטי בלבד, לבין חקיקה של רוב היחידים המשתייכים לציבור מסוים, או כולם, שעליה חלים עקרונות המשפט

77 ראה שו"ת מהר"ל (י" סז מהדיר, תש"מ) קכא (קכט); שו"ת מהר"ם מינץ (י"ש דומב מהדיר, תשנ"א) עב.

78 ר"י מולין דן בתוקפו של הסדר שקיבלו על עצמם יחידים המשתייכים לציבור, בהסכם ביניהם בענייני מס, לצורך קידום טובת הציבור. לדידו, כיוון שחלים על ההסכם עקרונות המשפט הציבורי, הוא משוחרר מכל מגבלות המשפט הפרטי. נוסף לכך הוא חקף, לדעתו, ללא קניין, גם בגין תחולת עקרונות המשפט הפרטי, לאור פסיקת מהר"ם שהנאת ציבור הדדי מרפאת פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב בהתחייבות של קבוצת שותפים, ובכלל זה גם פגם "העדר מעשה קניין". הדרישה שכריתת הסכם במשפט הפרטי תיעשה בהסכמת כל המתחייבים באה על סיפוקה במקרה זה, מפני שכל היחידים המשתייכים לציבור הסכימו להתחייב. ראה שו"ת מהר"ל החדשות (י" סז מהדיר, תשל"ז) קנא. ר"י קולון דן בהסכם שותפות של כל בעלי אומנות מסוימת. הוא חקף, לדעתו, גם ללא קניין, הן בגין קיומה של הנאת ציבור הדדי, והן בגין ערך ההתאגדות של רבים, דהיינו בגין תחולת המשפט הציבורי. ראה לעיל הערה 75.

משפטים כ"ה תשנ"ה אי כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי

הציבור⁷⁹. חקיקת הרוב נחשבת לחקיקה של הציבור כולו, ולכן היא משוחררת מכל מגבלות המשפט הפרטי.

2.2.1 הרב יהודה ברצלוני

בתקופה שקדמה למאה הי"ג נידונה סוגיית אי-כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי בספרות ההלכה בספרד רק בכתבי הרב יהודה ברצלוני. הוא היה פוסק ההלכה הראשון בספרד שכתב כי התחייבות של ציבור משוחררת ממגבלות דרכי יצירת ההתחייבות במשפט הפרטי. מכתביו משמע שהסכם שותפות תקף רק כאשר נלווה להתחייבות מעשה קניין⁸⁰. אולם כאשר דן בהסכם שותפות של בעלי אומנות – "שטר רגיעה" של נחתומים, כתב שההסכם תקף גם ללא מעשה קניין, אם נכרת על ידי כל בעלי אומנות זו, או אם נכרת על דעת "אדם חשוב": "אם יש אדם חשוב ביניהם, או הוא דבר שכל הסוחרים והתגרים, בני העיר, הושו ביניהם, אי נמי כל הנחתומין והצבעין, או כל בעלי האומניות ההוא הושו בו והתנו ביניהם, בין בקנין בין שלא בקנין, התנאי שלהם קיים. ועל כגון זה אמור (=נאמר) בתוספתא⁸¹: 'ורשאין הנחתומין לעשות רגיעה ביניהם'⁸².

הוא לא הסביר מדוע רק תנאי כל בעלי אומנות אינו כפוף לדרישת "מעשה קניין", ותנאי כמה מהם אינו משוחרר ממנה. יש רגליים לסברה שלדעת הרב יהודה ברצלוני, בניגוד לדעתם של חכמי ספרד מן המאה הי"ג ואילך, אי-כפיפות

79 אמנם פרופ' אלבק כפר בקיומה של הבחנה בין משפט ציבורי לפרטי בנוגע לקהילה היהודית בספרד בימי הביניים. לדעתו: "מעולם לא יכולה להתפתח תיאוריה הרואה במשפט הציבורי תחום מיוחד השונה מן המשפט הפרטי. משפט שיהא נתון בידי השלטונות לשם פעולה שרירותית לפי רצונם וראות עיניהם, ואפילו אם נגרם בה נזק ליחידים. באופן עקרוני אין יכולים לעשות מעשים שהם לטובת כל הציבור, אם יחיד נזוק על ידם, כאשר אין לכך היתר מפורש בדין. כוחה של הקהילה כולה אינו אלא כח כל היחידים שבה" (ש' אלבק "יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה (1180-1244)" ציון כה (תש"ך) 90). כמו כן כתב שם, בעמ' 91: "יחידים רבים אינם עדיפים בזכויותיהם על יחיד בודד". נוסף לכך כתב, שם, בעמ' 97: "אין דינים מיוחדים לציבור המזכים אותו לעשות מעשים על חשבון היחיד לטובת הכלל. הציבור והיחיד שווים בעיני ההלכה, שהרי אין הציבור אלא צירוף של יחידים ולא יותר מזה".

אולם על דעה זו קמו עוררין. לדעת ד"ר Gutenmacher, מתשובות חכמי ההלכה בספרד במאה הי"ג משמע שלרבים, בידי רוב הציבור בקהילה בספרד בכל אתר בזמנם נתון כושר לכוף את רצונו על המיעוט שלא הסכים להתחייב. ראה D. Gutenmacher *Political Obligation in the Thirteenth Century Hispano-Jewish Community, Dissertation* (New York, 1986); D.A. Gutenmacher "The Legal Concept of Political Obligation in Medieval Spanish Jewish Law" *Dine Israel* XV (1989-1990) 65 n. 9.

80 ראה ספר השטרות להרב הנשיא רבינו יהודה בר' ברזילי הברצלוני ז"ל (שו"ח הלברשטט מהדיר, תרס"ט) שטר טד, 116 (להלן: ספר השטרות).

81 ראה תוספתא, נזיקין (ש' ליכרמן מהדיר, תשמ"ח) בבא מציעא, יא, 25.

82 ספר השטרות, שטר נז, 90.

זו אינה נובעת מתחולת עקרונות המשפט הציבורי ביחס לחקיקת בעלי אומנות. בספר השטרות לר"י ברצלוני קיימת הבחנה ברורה בין קבוצת השטרות הפרטיים, "בחוקי הממונות", לבין קבוצת השטרות הציבוריים, של "הזקנים". ר"י ברצלוני כלל את "שטר הרגיעה" בתוך קבוצת השטרות הפרטיים. נוסף לכך, נוסח "שטר הרגיעה" כולל ביטויים הנוגעים לסמיכות דעתו של המתחייב, ונוכח בו פגם בסמיכות הדעת – פגם האסמכתא⁸³. כנראה סבר ר"י ברצלוני שכל בעלי האומנות צריכים להתחייב בהסכם הנזכר ב"שטר הרגיעה", מפני שהסכם במשפט הפרטי ניתן לכרות רק בהסכמת כל הצדדים להתחייבות.

2.2.2 חכמי ספרד וצפון אפריקה במאות י"ג-ט"ו

החל מן המאה הי"ג כתבו חכמי ההלכה בספרד ובצפון אפריקה שהתחייבות כל בעלי אומנות משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי בגין תחולת עקרונות המשפט הציבורי. הרמב"ן כתב שזהו הבסיס המשפטי לדברי ר"י ברצלוני בנוגע לתוקף התחייבותם של בעלי אומנות, כשנכרתה ללא קניין. לדידו חל עליה הדין החל בנוגע לכל חקיקה של ציבור:

כל אומני (= אומנים) דההוא (= של אותה) אומנות, משום דהו (= שהם) להו (= להם) בני העיר לגרמיהו (= לעצמם). אבל תרי (= שנים), תלתא (= שלושה) דמתנו (= שמתנים), במאי (= במה) קנו? ... וכל זה בתנאי כל האומנין הוא. אבל שותפים שאמרו: 'כל מקח שיבא לידנו יהא הריח בייננו' – במאי (= במה) קנו?⁸⁴.

לדעתו תנאי כל בעלי אומנות, או כל בני העיר, משוחרר מכל מגבלות המשפט הפרטי בגין תחולת עקרונות המשפט הציבורי. לעומת זאת, כאשר שניים או שלושה מבעלי אותה אומנות מתחייבים, הם אינם מתחייבים כציבור, ולכן התחייבותם אינה משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי. תלמיד הרמב"ן, הרשב"א, חזר בפירושו לתלמוד על דברי הרמב"ן⁸⁵. כמו כן כתב שהתחייבות רוב היחידים בקהילה בחקיקתם, ככל אתר בדורו, משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי. לדידו אין צורך שכל היחידים המשתייכים לציבור יקבלו חקיקה זו. אף כאשר רוב היחידים, הנחשבים ככולם⁸⁶, קיבלו את ההסדר

83 כשטר הרגיעה נכתב: "בלא שום זכר אונס כלל, אלא בלב שלם ובנפש חפצה בדעת שלימה ובעין יפה". "קבלה גמורה בלא שום אונאה ובלא שום שיור בעולם... דלא כאסמכתא".

84 חידושי הרמב"ן, בבא בתרא (ונציה, רפ"ג) ט, א, ד"ה "הא דאמרי' [נ]".

85 ראה חידושי הרשב"א (ירושלים, תשכ"ג) בבא בתרא, ט, א, ד"ה "הא דאמרי' [נ]"; שיטה מקובצת, בבא בתרא (ליורנו, תקל"ד) ח, א, ד"ה "וכן נרבת".

86 כסוגיה בתלמוד בבלי, עבודה זרה, לו, ב, הביאו אסמכתא לכלל שלפיו זכות וטו בנוגע לקבלת הכרעות נתונה בידי רוב הציבור מן האמור בפסוק, במלאכי ג, ט, בנוגע לכל הציבור

שנקבע בחקיקה, חלים עליה עקרונות המשפט הציבורי. לדידו דין תנאי בעלי אומנות כדין תנאי רוב בני העיר, או היחידים בקהילה בכל אתר. כשדן בתוקפו של הסדר שנקבע בקהילה מסוימת בנוגע לדיני מסים, כתב שההסדר של רוב היחידים בקהילה או של כל בעלי האומנות תקף, לאור האמור בהלכות הנוגעות לבני העיר ולבעלי אומנות הפותחות בלשון "רשאין":

ויכולין הם, אחר שיסכימו רוב כל קהלה וקהלה, וכמו שאמרו: מתנין בני העיר (...) ולהסיע על קצתם. ואפי' [לו] בני אומנות אחד (= אחת), אם הסכימו כולם יכולים הם להתנות ביניהם ולקנוס העובר (על תנאם), כעובדא דטבחי דאתני (= כמעשה השוחטים שהתנו, הנזכר בסוגיה בתלמוד הבבלי)... וכיוצא בזה, אע"פ (= אף על פי) שאין הדין כן (= כמו) ההסדר שקבעו (בתנאם) ממילא (= על פי שורת הדין) אלא מדין התנאין⁸⁷.

אמנם בכל תשובותיו כתב שדרושה הסכמת כל בעלי אומנות⁸⁸, אולם נראה שדין כל בעלי אומנות לדעתו כדין ציבור, ועל כל סוג של ציבור חל הכלל שרוב הציבור ככולו⁸⁹. מדבריו באחת מתשובותיו משמע, שלדעתו דין הסכמת כל בעלי

בסוגיה זו הסיק הרשב"א, שבנוגע להכרעות "בני העיר" והכרעות בקהילה בכל אתר בזמנו חל עקרון הכרעות הרוב, מפני שרוב הציבור ככולו: "כל שרוב צבור נסכמים על דבר ומחרימין, אסור לעבור על החר[ם] שלהם ועל תקנותיה[ם]". כי רוב הצבור ככל הצבור (שו"ת הרשב"א ח"ב (ליורנו, תי"ז, רע"ט)); "דע שכל ציבור וציבור יש להם רשות על יחידיהם. שכל ציבור רשאי לגדור ולתקן בעירם, כמו שב"ד (= שבי"ד) הגדול יכולים לגדור ולתקן על כל ישראל. ומקרא מלא דבר הכתוב: 'במארה אתם נארים, הגוי כולו', והרוב ככולם, כדאיתא (= כמו שקיים [בסוגיה התלמודית]) בע"ז (= בעבודה זרה), פרק אין מעמידין" (שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (ונציה, רע"ט) רפ). ראה גם: א"ח פריימן "רוב ומיעוט בציבור" יבנה ב (תש"ח) 2.

87 שו"ת הרשב"א, ח"ה (ליורנו, תקפ"ה) רע.

88 ראה שו"ת הרשב"א, ח"ב (ליורנו, תי"ז) רסח; ח"ד (סלתיקי, תקס"ג) קפה; ח"ה (ליורנו, תקפ"ה) קכה, רע; המיוחסות לרמב"ן (ונציה, רע"ט) סה.

89 כך סברו הרשב"ן והרשד"ם. הרשב"ן הזכיר בתשובתו את תשובת הרשב"א: שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (ונציה, רע"ט) סה. ממנה הסיק בין היתר ש"בני העיר ואפי' [לו] מקצתן, כגון בעלי אומנות אחת, רשאי להתנות ביניהם תנאים ולתקן תקנות... וכל מה שיתנו ביניהם הרי הוא דין גמור... וזה א"צ (= אין צריך) להם לא קנין ולא שטר, דאליס (= שחזק) כח הרבים בזה מכת היחיד" (תשוב"ן (למברג, תרנ"א) ח"א, קנט). בדיון שלו בהקשר זה הדגיש שהיחיד כפוף למרות הציבור שהוא משחיץ אליו: "שהיחיד אצל צבור הרי הוא כתלמיד אצל הרב וכשאר ישראל אצל הגשאי. שכמו שהגשאי יכול לכוף לישראל לעמוד בגזרותיו כן הצבור יכולין לכוף כל יחיד ולשעבדו לתקנותיהם".

הרשד"ם כתב במפורש שלדעת חכמי ספר בימי הביניים בנוגע לחקיקת בעלי אומנות מתקיים העיקרון שרוב הציבור ככולו. ראה שו"ת מהרשד"ם (למברג, תרכ"ב) חו"מ, קנ; יו"ד, קיז.

אומנות כדין הסכמת ציבור, המתקבלת לכתחילה על פי הכרעת הרוב:

כל מה שהסכימו בצבור בענייני ממון – רשאים הם, והכי (=והרי) הוא מוסכם ומקובל כא[י]לו הוא דין גמור... ובתור[ספתא] תני[א]: "רשאים בני העיר... ורשאים לעשות קצותן. ורשאים הצמרין והצבעים לומר: כל מקח שיבא לעיר נהא כלנו שותפין בו. ורשאי[ם] החמרי[ם] לומר: כל מי שימור[ת] חמור[ו] נעמיד לו חמור אחר; והספני[ם] לומר[ר]: כל מי שתאבד ספינתו נעמיד לו ספינה אחרת". ומכאן נלמוד שכל תנאי וכל קצבה שרוצים לעשות, אפילו בעלי האומנות, בממון, רשאים לקיים, כל שהסכימו כל בעלי אומנות בעיר, כטבחי[ם] וצבעי[ם] וחמרי[ם] וספני[ם], וכ"ש (=וכל שכן) כל בני העיר... הסכמ[ת] הרבי[ם] יפה שאין יחיד יכול לחזור[ר] לבטלה, שאפילו לכתחלה הרוב כופין המעוט⁹⁰.

לדירו, התחייבות של מיעוט: "מקצת בני המדינה" (=מיעוט מקרב יושבי המקום), אינה התחייבות של ציבור, ולכן אינה משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי: "צריכים קנין ושאר דרכי קניות" (=הקניינים), בשאר תנאין דעלמא⁹¹ (=כמו שאר התנאים של העולם [כמקובל במשפט הפרטי]).

התפיסה המשפטית של הרמב"ם והרשב"א בנוגע לתנאי בעלי אומנות הייתה מקובלת על חכמי ספרד וצפון אפריקה במאות י"ג-ט"ו⁹².

תפיסת עולמם של חכמי ספרד וצפון אפריקה במאות י"ג-ט"ו בנוגע לאי-כפיפותה של חקיקת הציבור למגבלות המשפט הפרטי שונה מזו הרווחת בספרות ההלכה האשכנזית בתקופה זו. לדעת חכמי ספרד וצפון אפריקה במאות י"ג-ט"ו, חקיקת הציבור משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי רק מכות תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי. לעומתם סברו חכמי אשכנז בתקופה זו שקיים סוג מסוים של חקיקת הציבור, חקיקה שלא לשם קידום טובת הציבור, שעליה חלים

90 שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ם (ונציה, רע"ט) סה.

91 שו"ת הרשב"א, ח"ב (ליוורנו, תי"ז) רסח.

92 ראה דברי הרב יצחק קרקושא: פירוש רבנו יצחק קרקושא, בבא בתרא, בתוך: שיטת הקדמונים על מסכת בבא בתרא (מ"י בלוי מהדיר, תשמ"א), חלק ראשון, ט, א, ד"ה "לא כל כמינייהו דמתנו"; הרב אשר בן יחיאל: פסקי הרא"ש, בבא בתרא, לג. בענין גישת בנו, הרב יעקב בן אשר, ראה בספר הטורים, חו"מ, רלא, ובשו"ת ר' אליהו מזורחי (ירושלים, תרצ"ז) גז, ד"ה "וכן"; הרב חיים בן שמואל: ספר צורר הכסף (מ"י בלוי מהדיר, תשמ"ד) דרך ב, שער יד. הרב יום טוב (אל)אשכילי: חידושי הריטב"א (מ"י בלוי מהדיר, תשי"ד) בבא בתרא, ט, א, ד"ה "הנהו טבחי וכו'"; הרב ניסים גירונדי: חידושי הר"ן, בבא בתרא (א' סופר מהדיר, תשכ"ג), ט, א, ד"ה "הנהו טבחי". הרב יוסף חביבא: נימוקי יוסף, בבא בתרא, ט, א (בדפי הרי"ף, דפוס וילנא, ז, ב), ד"ה, "אבל היכא דאיכא אדם חשוב". הרב שמעון בן צמח דוראן: תשב"ץ (למברג, תרנ"א) ח"ג, מה. השווה לדברי הרב שלמה דוראן: תשב"ץ (למברג, תרנ"א) ח"ד, חוט המשולש, הטור הראשון, טו. ראה גם: א' נחלון "סמכות הציבור להתקין תקנות לפי התשב"ץ ומהותן המשפטית של תקנות קהל" שנתן המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 282-283.

עקרונות המשפט הפרטי. בין היתר חלה על חקיקה זו אחת ממגבלות המשפט הפרטי: המגבלה הדורשת את הסכמת כל הצדדים להתחייבות. באופן עקרוני חלות על סוג זה של חקיקה גם מגבלות הנובעות מן הדרישה שהמתחייב יסמוך דעתו, אולם לדעת אותם חכמים, הפגמים בהתחייבות בגין העדר סמיכות דעת מספקת נרפאים בגין קיומה של הנאת ציות הדדי.

בפסיקת חכמי ההלכה בספרד, צפון אפריקה ופרובאנס בימי הביניים, הנאת ציות הדדי אינה נזכרת כגורם המרפא פגמים בסמיכות דעת של יחידים המתחייבים לפעול במשותף⁹³. על כן, לדעת החכמים הללו, הנאה זו אינה יכולה לרפא פגמים בסמיכות הדעת של המתחייבים בחקיקה של ציבור⁹⁴. אמנם החכם מפרובאנס, הרב יצחק בן אבא מארי ממשיליא, פסק כרבנו משולם בן קלונימוס,

93 ראה ש"ד ריטל יסודות השותפות במשפט העברי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשל"א) 29, 38 (להלן: ריטל, יסודות); א' ורהפטיג, למהותו, בעמ' 230.

94 ההבדל בין גישת חכמי אשכנז לבין גישת חכמי ספרד וצפון אפריקה ופרובאנס ביחס ליצירת שותפות של רבים, ובכלל זה התקנת תקנות קהל, מכוח הנאת ציות הדדי, בא לידי ביטוי בחילופי האגרות שבין החכם מפרובאנס, יצחק ב"ר מרדכי, לבין החכם ר' יחיאל בן הנשיא ר' משה איש חיל, שהלך בדרכם של חכמי אשכנז והיה כנראה אשכנזי. ראה תשובות חכמי פרוכניציא (א' סופר מהדיר, תשכ"ז) ח"ב, טו-כ.

במקרה הנידון – שותפות בין ארבעה אנשים כדי לרכוש במשותף מן השלטון את הזיכיון לגבות מכס – ביקש אחד מן השותפים לפרוש מן השותפות. הפוסק האשכנזי סבר שהסכם השותפות תקף. בין היתר מכוח הנאתם של השותפים מכך שהשותפות מנעה תחרות ביניהם, תחרות שהייתה מייקרת את הזיכיון, והנאה זו מרפאת, לדידו, פגמים בכריתת ההתחייבות. לעומתו, החכם מפרובאנס נמנע מלעשות שימוש בעקרון הנאת ציות הדדי במקרה זה. הוא סבר שהנאה יצרה התחייבות תקפה דווקא בנסיבות המיוחדות שהיו בסוגיה התלמודית בעניין האחים שחלקו. האחים שם היו שותפים גמורים והתנו ביחס לדבר שהיה קיים בעולם, בעוד שבתנאי בעלי אומנות – תנאי החמרים – לא התקיימו התנאים הללו. לאור גישתו המצמצמת בנוגע לשימוש בהנאת ציות הדדי קבע, שהנאה זו אינה מרפאת פגמים בדרכי יצירת התחייבות לחכירת מכס. לכן פסק, בין היתר מחמת קיומם של פגמים בסמיכות דעת של המתחייב בהתחייבות זו, כגון פגם "דבר שלא בא לעולם", פגם "דבר שאינו ברשותו" ופגם "דבר שאין בו ממש", שההתחייבות חסרת תוקף. ראה שם, יח, יט.

המשיב מפרובאנס סבר שבנוגע לחקיקה של ציבור חלים רק עקרונות המשפט הציבורי. במקורות בספרות חז"ל אשר דנו בתנאים ש"רשאין" כל בעלי אומנות או בני העיר להתנות, החיוב נוצר, לדעתו, מכוח סמכותו של הציבור לחוקק – ליצור נורמה מן המשפט הציבורי: "מנהג קבוע בבני עיר, שענינו כענין דין גמור, שכל בעלי אומנות אחת שמתקבצין יחד ונוהגין מנהג אחד, ומסכימין לקיימו – הרי זה כמו דין. וכמו שאמרו שם ובלבד שלא ישנו ממנהג החמרים, וכגון הנהגו טבחי... והרי הוא על דמיון מנהג מדינה. כמו רשאין בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהטיע על קיצותן...". לכן, לדידו, אין ליישם את הכלל, הנזכר בסוגיות שדנו ביחס לתנאי ציבור מעין זה, על התחייבות מתחום המשפט הפרטי – שותפות עסקית לקבלת זכיון מכס – אשר תוקפה ואופיה נקבעים אך ורק לאור עקרונות המשפט הפרטי.

שסבר כי קיומה של הנאת ציות הדדי⁹⁵, מרפא פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב בהסכם של קבוצת יחידים הפועלים במשותף, אך לפסיקתו של חכם זה, בן המאה הי"ב, לא נמצאו ממשיכים בפסיקת חכמי פרובאנס, ספרד וצפון אפריקה עד שלהי המאה הט"ו. גם דעתו בעניין זה אינה חד-משמעית, מפני שבמקום אחר כתב דברים שאינם עולים בקנה אחד עם פסיקת רבנו משולם בן קלונימוס⁹⁶. הפרשנות המשפטית שלא הייתה מקובלת על רבנו משולם, ולפיה הסכם שותפות תקף מפני שהוא נחשב כהסכם שכירות, שבו כל אחד מן השותפים נחשב כשכיר ופועל עבור שותפיו, רווחת בפסיקת חכמי פרובאנס הראשונים⁹⁷, ולאחר מכן גם בפסיקת חכמי ספרד וצפון אפריקה⁹⁸. בספרות ההלכה האשכנזית בימי הביניים החילו את עקרון ריפוי הפגמים

95 ראה: ספר עיטור סופרים (= ספר העיטור) אות ש', "שיתוף": "ומסתברא טעמא דמשולם בן קלונימוס".

96 בספר עיטור סופרים, אות ק, "קניין", י, ג, דן בענין תנאי הדדי של התגרים, שגלוהו לו קניין, שסחורה שיקנו במהלך פעילותם המשותפת תהא בבעלותם המשותפת. יש להניח שבנסיבות אלה נהנו התגרים הנאת ציות הדדי, אולם הרב יצחק בן אבא מארי ממרשיליא לא כתב במקרה זה שהדבר מרפא פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב. לדעתו ההתחייבות אינה תקפה, בגין פגם קניין דברים שבהתחייבות ביחס לרווחים שיהיו בעתיד, ואינם ממשיים כעת. לכן, התגר שהתחייב רשאי לקנות את הסחורה עבור עצמו ולא להשתתף בה עם אחרים. דבריו אלו עומדים בסתירה לפסיקתו כמשולם בן קלונימוס. בנוגע לקושי זה ראה ש"ד רייטל, יסודות, בעמ' 26 הערה 96; ורהפטיג, למהותו, בעמ' 229 הערה 261, וחורוציהם שם.

97 הרב יצחק בן אבא מארי ממרשיליא הזכיר לפני דברי רבנו משולם את פסק "הרב החסיד", הרווח בקרב חכמי פרובאנס הראשונים, ולפיו יסוד השותפות הוא בשכירות שבה כל אחד נעשה שכיר ופועל לחברו. בהגהות מימוניות, שלוחין ושותפין, ד, ב, מובא פסק זה בשם תשובת גאונים. בתשובות הראב"י אב"ד (י קאפח מהדיר, תשכ"ב) ר"ט הוא מובא כתשובת הרב יוסף בן יהודה אבן פלאח לתלמידו הרב אברהם בן יצחק אב"ד בית דין בגרובנה, המכונה הראב"י אב"ד. ר"י אבן פלאח מכונה לפעמים "הרב החסיד". ראה: ספרן של ראשונים (ש' אסף מהדיר, תרצ"ה) 173. ראה גם: שם, בעמ' 19, סימן יח, הערה 4, ובמקבילה: תשובות הראב"י אב"ד (י קאפח מהדיר, תשכ"ב) קכו. גם הראב"י אב"ד מכונה לפעמים "הרב החסיד": ראה ח' אלבק "מחוקקי יהודה" תפארת ישראל – לכבוד ישראל לוי (ברסלוי, תרע"א) VI הערה 1. הרב קאפח כתב, בהערה 3 לתשובת הרב יוסף אבן פלאח לראב"י אב"ד, שם, ר"ט, שהרב החסיד שמזכיר מחבר ספר העיטור ככל מקום הוא הראב"י אב"ד, ובחודאי לאחר ששמע את דברי רבו בעניין זה, אמר את דבריו המובאים בספר העיטור בשם הרב החסיד.

חכם מפרובאנס, בן המאה הי"ב, הראב"ד מפוסקירא, פסק אף הוא, בהשגותיו על הלכת הרמב"ם, שלוחין ושותפין, ד, ב, בשם רבותיו, שיסוד השותפות הוא שכירות, ובספרות התורנית המאוחרת יש המייחסים לו את הפסק שלפיו יסוד השותפות הוא שכירות. ראה: א"א אורבך "שו"ת הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים" שנתן המשפט העברי ב (תשל"ה) 46-47; שו"ת מהר"ק (ונציה, רע"ט) קפב.

98 ראה: רייטל, יסודות, בעמ' 32-35; א' ורהפטיג, למהותו, בעמ' 232.

בסמיכות דעתו של המתחייב מכוח קיומה של הנאת ציות הדדי רק על קבוצת יחידים הפועלת במשותף, כגון בעלי אומנות או בני העיר. לא החילו עקרון זה על ריפוי פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב בהסכם רגיל בין שני יחידים, המצייתים זה לזה. אילו עשו כן היו בטלים, למעשה, כל כללי המשפט העברי בנוגע לקניין, אסמכתא, "דבר שלא בא לעולם", ושאר המגבלות הנוגעות לכריתת ההתחייבות, מגבלות הנובעות מן הצורך שהמתחייב יסמוך בדעתו בשעת ההתחייבות. הבסיס המשפטי להבחנה בין שני יחידים המצייתים זה לזה ובין יחידים המשתייכים לקבוצה הפועלת במשותף ומצייתים זה לזה, אינו מחוור כל צורכו. ייתכן שחכמי ספרד, צפון אפריקה ופרובאנס, שלא הלכו בדרכם של חכמי אשכנז בנוגע להנאת ציות הדדי, סברו שאין בחיאוריה המשפטית בסיס להבחנה בין הנאת קבוצת יחידים ובין הנאת שני יחידים, ולכן לא הכירו כלל בכוח פעולתם של סוגי הנאה נוספים, שלא נזכרו בסוגיות התלמודיות הנזכרות לעיל, שבהן נידונה הנאה הדדית.

2.2.3 פרשנות הר"י קולון לפסיקתם של חכמי ספרד

פסיקתם של חכמי ספרד בנוגע לאי-כפיפותו של הסכם בין בעלי אומנות למגבלות המשפט הפרטי נזכרת בספרות ההלכה האשכנזית במאה ה"ט, בתשובת הר"י קולון. הר"י קולון דן במעמדו של הסכם שותפות בין רופאים, שנכרת בכתב, בשבועה, ללא מעשה קניין. לדעתו, גם הרמב"ם סבר כדעת חכמי ספרד במאות י"ג-ט"ו, שניתן לכרות הסכם שותפות של כל בעלי אומנות ללא קניין, מפני שעל הסכם זה חלים עקרונות המשפט הציבורי. הדרישה הנזכרת באחת מהלכות הרמב"ם⁹⁹, שכשעת כריתת הסכם שותפות ייעשה מעשה קניין, או תיעשה פעולות משותפות, הנחשבות כקניין, חלה, לדעת הר"י קולון, רק על הסכם שותפות של כמה יחידים, שאינם נחשבים כציבור: "שני שותפין בעלמא, ואינה הסכמת כל בני האומנו" [ת] של אותה העיר"¹⁰⁰. אך כאשר מתחייב ציבור שלם – כל בעלי אומנות, ההתחייבות אינה כפופה למגבלות המשפט הפרטי.

לדעתו, התחייבות של ציבור שלם משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי בגין ערכה של ההתאגדות המשותפת של ציבור: "דרשאין הם, ותנאם קיים. שהסכמת הרבים (= הציבור) דרכי ה' דרכי נועם וכל נתיבותיה שלו" [מ]¹⁰¹, ולכן אמרו שיהא דבריהם קיימין בזמן שכולם היו בהסכמה ובאגודה אחת. ערכה של ההתאגדות הקולקטיבית של ציבור הוא מושג מעורפל מבחינה משפטית¹⁰². נראה שדבריו בעניין חשיבותה של ההתאגדות הקולקטיבית מבטאים תפיסה משפטית שלפיה התאגדות זו מקרמת את טובת הציבור, ולכן, לצורך כריתת הסכם שמטרתו התאגדות זו, מוקנה כושר לציבור לחייב את היחיד המשתייך אליו גם ללא הסכמתו.

99 שלוחן ושותפין, ד, ב.

100 שו"ת מהרי"ק (ונציה, רע"ט) קפב.

101 ראה משלי, ג, י.

102 בנוגע לפרשנות מושג זה ראה א' גולרמן "המוסר והדת בהלכה" דעות כב (תשכ"ג) 71.

בגין תחולת עקרונותיו של המשפט הציבורי על הסכם ההתאגדות לצורך פעולה משותפת של כמה יחידים, הסכם זה משוחרר מכל מגבלות המשפט הפרטי, ובכלל זה גם מן הדרישה שיעשה מעשה קניין. בנוסף לכך סבר הר"י קולון, שבגין ערכה של ההתאגדות המשותפת של ציבור אין לפרק התאגדות זו: "ולא יוכל אחד מהם לחזור בו ולהרוס מצב האמת והשלום[ם]". במילים אחרות, כיוון שהתאגדות זו מקדמת את טובת הציבור, חל ביחס להסכם ההתאגדות המשפט הציבורי. לציבור מוקנה כושר לחייב את היחיד להיות מאוגד בשותפות זו אפילו בעל כורחו.

3. הסכם בין יחידים בפני ראשי הקהל

אייכפיותו של הסכם בין יחידים, הנכרת בפני ראשי הקהל, למגבלות המשפט הפרטי, נזכרת תחילה בספרות ההלכה האשכנזית בצורה קוואיסיטית. עוד לפני המאה ה"ג כתבו חכמי ההלכה שבמקרה מסוים הסכם מסוג זה משוחרר מאחת ממגבלות המשפט הפרטי, אולם לא כתבו שקיים עיקרון משפטי כללי הקובע את אייכפיותו של כל הסכם מסוג זה לכל המגבלות הללו.

3.1 ר"י טוב עלם

בתלמוד הבבלי נאמר שהסכם פשרה תקף רק כאשר הצדדים הכורחים אותו עשו מעשה קניין¹⁰³. במאה ה"א כתב ר"י טוב עלם שכאשר הסכם זה נכרת בפני בית דין, המוסמך להפקיע ממון, או בפני ראשי הקהל, הוא תקף גם ללא מעשה קניין:

אבל ר' [ב] יוסף טוב עלם זצ"ל (=זכר צדיק לברכה)... זו היא השאלה[ה] (=השאלה): שניים שכאו לדין ונתפשרו במעמד טובי העיר וקנו (=והקנו) זה לזה, יכול אחד מהן לחזור בו ולבטל אותו קניין[ן] או לא? והשיב הרב: כך נרא' [ה] לי, דאין לאחר קניין כלום, ואין יכול לבטלו... דכי אמור רבנ' [ן] (=חכמים) פשר[ה] צריכ' [ה] קניין, הני מילי (=במה דברים אמורים) בפני שנים, דלא (=שלא) אלימי (=תקיפים, חזקים) לאפקועי (=להפקיע) ממונ' [א] (=ממון) בלא קניין, אבל שלשה — אלימי, דכבי' [ת] די' [ן] ניהו (=הם). וכל שכן הכא (=כאן), דבמעמד (=שבמעמד) טובי העיר (התחייבו)¹⁰⁴.

הוא לא הסביר מה הוא הבסיס המשפטי לאייכפיותו של הסכם פשרה בפני

103 ראה סנהדרין, ו, א.

104 ראב"ן, אבן הראשה, כ"י וולפנביטל AVG.2°5.7, ק. בנדפס: ספר ראב"ן (ש' אלבק מהדיר, תרס"ה) שאלות ותשובות, ק, ובמקבילות: תשובות מימוניות, שופטים, ט; שו"ת מהר"ם (קרימונה, שי"ז) רטו; שער תשובות מהר"ם (ברלין, תרנ"א) כ"י אמשטרדם II, רכח; ובנוסף דומה במקבילות: שו"ת מהר"ם (קרימונה, שי"ז) קמג; שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) שצב; מרדכי, סנהדרין, תרעט. ראה גם תשובות בעלי התוספות (א"י איגוס מהדיר, תשי"ד) פט; שו"ת מהר"ם מינץ (י"ש דומב מהדיר, חשנ"א) לט, פד; פסקי ריקאנטי (בולוניה, רצ"ח) תתקנט; רבנו ירוחם, מישורים (קושטא, רע"ז) טו, ג.

ראשי הקהל לדרישת "מעשה קניין". ייתכן שסבר כי הסכם בין יחידים בפני ראשי הקהל משוחרר מדרישה זו, בגין תחולת המשפט הציבורי. מעמד הקהל, וראשו הפועלים בשמו, מושווה למעמדו של בית-דין.¹⁰⁵ לבית-הדין, לקהל ולראשו מוקנה כושר לכופ את רצון הציבור על היחיד באמצעות הפקעת ממון. לחלופין, ייתכן שבהתחייבות בפני גוף מכובד ורציני – בית-הדין, הקהל או ראשי הקהל, גוף שיש לו רשות להפקיע ממון – המתחייב ודאי סמך בדעתו להתחייב ברצינות, ולא לתקבל טענתו שבגין העדר מעשה קניין לא סמך בדעתו להתחייב.¹⁰⁶

במאה ה"ג פירש מהר"ם מרוטנבורג את פסק ר"י טוב עלם כאורח מצמצם. לדידו אין די בנוכחות סבילה של שלושה או יותר בשעת כריתת הסכם פשרה ללא מעשה קניין. רק כאשר שלושה, או יותר, ממלאים תפקיד פעיל, ומפשרים בעצמם בין הצדדים, הסכם הפשרה תקף ללא מעשה קניין.¹⁰⁷

הרב משה מינץ, במאה ה"ו, הזכיר בתשובתו את פרשנות מהר"ם לפסק ר"י טוב עלם. הוא הסביר שהתחייבות זו במעמד טובי העיר תקפה כאשר המתחייבים נועדו בפני ראשי הקהל והתחייבו בפניהם כאשר הללו מילאו את תפקידם הציבורי, ולא עמדו לפניהם, בשעה שראשי הקהל נכחו במקום באופן מקרי, כאנשים פרטיים.¹⁰⁸

3.2 רש"י

בשלהי המאה ה"א פסק רש"י שבהסכם בין יחידים בפני ראשי הקהל – "חשובי עיר" – נרפא פגם האסמכתא. הוא כתב שהסכם שידוכין, הקובע שהמפר התחייבות לשאת את בן זוגו המיועד יתחייב בתשלום קנס קצוב, אינו פגום בפגם האסמכתא. לדידו, העיקרון הנזכר בתלמוד הבבלי¹⁰⁹ בנוגע לריפוי פגם האסמכתא על ידי התחייבות בבית-דין חשוב, חל גם ביחס להסכם שידוכין הנזכר בפני "חשובי עיר":

ואם נעשה הדבר בפני חשובי עיר קיימא לן (= קיים לנו) [נאמר בסוגיה תלמודית]: 'אסמכתא קניא (= התחייבות הפגומה בפגם האסמכתא קונה

105 בנוגע להשוואת מעמדו של הקהל למעמדו של בית-דין בתשובת ר"י טוב עלם ראה שו"ת מהר"ם בר ברוך (למברג, תר"ך) חג; תשובות בעלי התוספות (א"י איגוס מהדיר, תשי"ד) א. ראה גם א' גרוסמן "יחסם של חכמי אשכנז הראשונים אל שלטון הקהל" שנתן המשפט העברי ב (תשל"ה) 180-181.

106 החוקרים איגוס ובלידשטיין סברו שהבסיס המשפטי לחיוב בתשובת ר"י טוב עלם הוא הסכמת היחיד להתחייב, כמקובל במשפט הפרטי. ראה: I.A. Agus *Urban Civilization in Pre-Crusade Europe* (New York, II, 1965) 537; "בלידשטיין" להלכות ציבור של ימי הביניים – מקורות ומרשגים" דיני ישראל 9 (תשל"ח-תש"מ) קמב בהערה 47.

107 ראה תשובות בעלי התוספות (א"י איגוס מהדיר, תשי"ד) פט.

108 ראה שו"ת מהר"ם מינץ (י"ש דומב מהדיר, תשנ"א) לט.

109 ראה נדרים, כז, ב.

[=תקפה], והוא דקנו מיניה בבית דין חשוב (=וכך הוא כאשר [צדדים להסכם] קנו ממנו בבית דין חשוב)¹¹⁰.

הבסיס המשפטי לאי-כפיפותה של התחייבות זו למגבלת האסמכתא אינו חד-משמעי. ייתכן שראשי הקהל – "חשובי עיר" – פועלים גם בהקשר זה מתוקף תפקידם הציבורי, ולכן התחייבותם משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי בגין תחולת עקרונות המשפט הציבורי. לחלופין, ייתכן שבהתחייבות בפני גוף מכובד – בית דין חשוב ראשי הקהל – נרפא פגם האסמכתא, מפני שבהתחייבות בפני בוודאי סמך המתחייב בדעתו להתחייב ברצינות¹¹¹.

3.3 מהר"ם מרוטנבורג

מהר"ם מרוטנבורג דן באחת מתשובותיו בתוקפו של הסכם שידוכין הקובע כי כל המפר התחייבות לשאת את בן זוגו המיועד יתחייב בתשלום קנס קצוב. בידי נפקד הופקדו ערבונו כד שיעשה בהם שימוש אם יהא צורך להטיל קנס על מי שלא יעמוד בהתחייבותו בהסכם השידוכין. הנפקד מסר את הערבונו למשך. הוא עשה כן על פי הוראתם של ראשי הקהל, אשר הצדדים להסכם השידוכין הסכימו לקבלם כדיינים בכל מחלוקת שתתעורר ביניהם בנוגע להסכם השידוכין. מהר"ם פסק שאין בסיס לטענות נגד הנפקד, שפעל בהתאם להנחיות ראשי הקהל. הוא הסביר שאמנם אילו חלו על ההסכם הכללים החלים על התחייבות רגילה במשפט הפרטי, כי אז יכול היה לטעון צד להתחייבות, שהסכים לכתחילה לקבל על עצמו את פסיקתם של דיינים מסוימים, כי לא התכוון שהתחייבותו

110 חשבות חכמי צרפת ולוחיר (י' מילר מהדיר, תרמ"א) כו, ובמקבילות: חשבות רש"י (י"ש אלפנבין מהדיר, תש"ג) רלח, 265.

רבנו חם חזר במאה הי"ב על העיקרון שקבע רש"י בעניין התחייבות בפני ראשי הקהל, אולם המיר את הביטוי "חשובי עיר" בביטוי "כל בני העיר", וזאת לאור תפיסתו המשפטית שלפיה הכרעות בקהילה בכל אתר בזמנו מתקבלות רק בהסכמת כולם. ראה: ספר הישר (ש"ש) שלזינגר מהדיר, תש"מ) רכ, 138; תוספות נדרים, כו, ב, ד"ה "והלכתא אסמכתא קניא". השווה תוספות ישנים, נדרים, קכ, ד"ה "ובאותן שידוכין".

בספרות ההלכה האשכנזית במאה הי"ג מכונים ראשי הקהל בדרך כלל "טובי העיר". הרב יצחק אור זרוע והרב משה מקוצי כתבו שהסכם כזה חקף, כשהוא נכרת בפני "טובי העיר". ראה: הרב יצחק אור זרוע – אור זרוע (ויטאמיר, תרכ"ב) פסקי סנהדרין, כח, ובמקבילה: שו"ת מר' יצחק בן משה אור זרוע ומאיר בן ברוך (י"ז כהנא מהדיר, תש"ג) תקלג; הרב משה מקוצי – ספר מצוות גדול (ונציה, שי"ז) מצוות עשה, פב, הלכות מקח וממכר.

111 רש"י השווה את מעמדה של התחייבות בפני "חשובי עיר" למעמדה של התחייבות בפני בית דין חשוב, הנזכרת בחלמוד הבבלי, נדרים, כו, ב. רש"י בפירושו שם, ד"ה "ובב"ד חשוב", הסביר שהתחייבות בבית דין חשוב משוחררת ממגבלת האסמכתא רק כאשר אינו אנוס וגם קנו מידו שלא יחזור בו. דהיינו, לדעתו, תוקפה של ההתחייבות אינו מבוסס רק על מעורבותו של גוף ציבורי – בית דין חשוב – בהתחייבות. נוסף למעורבות בית הדין החשוב קיימות דרישות הנובעות מן הצורך שהמתחייב יסמוך בדעתו: שלא יהא אנוס ושיעשה מעשה קניין.

תחול גם כאשר הדיינים טועים, ולכן הנפקד לא היה צריך למסור את הערבונוה כאשר נודע שהדיינים טעו. גוסף לכך הוא היה יכול לטעון שלא התכוון לקבל את פסיקתם במקרה שיחרגו מסמכותם. הוא קיבל אותם כדיינים שיכריעו את הדין לכאן או לכאן, והם לא הכריעו, אלא עשו פשרה בין הצדדים. אולם לדעת מהר"ם, ההתחייבות בהסכם שידוכין זה שרירה וקיימת, למרות שלכתחילה המתחייב לא סמך בדעתו להתחייב בנסיבות אלה, וזאת עקב מעורבותם של ראשי הקהל בהתחייבות. בגינה של מעורבות זו חל על הסכם השידוכין המנהג שהיה נוהג בקהילות אשכנז בזמנו של המהר"ם, ולפיו כל התחייבות שקיבל יחיד בפני ראשי הקהל שרירה וקיימת והוא אינו יכול לחזור בו ממנה בטענה שהיו פגמים בכריתת ההתחייבות:

מנהג הוא בכל מלכותינו, שכל מה שאדם מקבל עליו בפני ראשי הקהל שנבררו (= שנבחרו) מדעת (= על דעת, על ידי) הקהל (= היחידים המשתייכים לקהל), שאינו יכול לחזור בו¹¹².

באמצעות מנהג ניתן לקבל התחייבות בתחום דיני הממונות, אף כאשר תוכנה מנוגד להלכה הקיימת על פי שורת הדין, מפני שבענייני ממון אדם רשאי להתנות "על מה שכתוב בתורה"¹¹³. אולם מהר"ם הסביר, שהמנהג בנוגע להתחייבות בפני ראשי הקהל אינו קובע הסדר משפטי העומד בניגוד לשורת הדין. בגין מעורבותם של ראשי הקהל, חל על התחייבות זו המשפט הציבורי. הוא חל "אפילו בדברים דלא (= שלא) שייכי (= שייכים) לכל הקהל, אלא ליחידים". הציבור רשאי להפקיע ממון מיחיד אחד ולהעבירו לאחר, גם כאשר היחיד לא הסכים לכתחילה שבנסיבות אלה הממון יופקע ממנו¹¹⁴:

וטעמא (= והטעם, לדין זה) נראה לי: דטובי העיר (= שטובי העיר, שראשי הקהל) הוו (= הם) בעירם, למה שהזכרו, כמה (= כמו) גדולי הדור בכל מקום. כמו שגדולי הדור הפקירן (= הפקרו) הפקר בכל מקום, במגדר מילתא ותקנתא, הכי (= כך) נמי (= גם) טובי העיר בעירם, דעליהו (= שעליהם) סמכו כל בני העיר, וכל הנסמכים עליהם.

112 שו"ת מהר"ם (קרימונה, שי"ז) רל, ובמקבילות: תשובות מימוניות, שופטים, ט-י; שו"ת מר' יצחק בן משה אור זרוע ומאיר בן ברוך (י"ז כהנא מהדיר, חש"ג) צג.

113 בנוגע ל"דבר שבממון" אדם רשאי לקבוע בהסכם הסדר משפטי שונה מזה החל על פי שורת הדין. עיקרון זה נזכר כבר בספרות התנאים: "זה הכלל — כל המתנה על מה שכתוב בתורה — דבר שהוא של ממון: תנאו קיים, דבר שאינו של ממון — תנאו בטל" — תוספתא, נשים (ש' ליברמן מהדיר, חשל"ג) קידושין, ג, 8. בנוגע לעיקרון זה בספרות התנאים והאמוראים ראה: מ' אלון המשפט העברי (תשמ"ח) 162-163.

114 ראה: פרשנות הרכ יהושע פאלק כ"ץ לחשובות מהר"ם: "חשובות רבנו יהושע פאלק כ"ץ בעל הסמ"ע" ספר הזכרון לר"ב זילטי (י' בוקסבוים מהדיר, תשמ"ז) טז, ט.

בתשובת מהר"ם נזכר לראשונה עיקרון כללי בעניין אי-כפיפותה של התחייבות בפני ראשי הקהל למגבלות המשפט הפרטי. בפסיקה האשכנזית לפני המאה ה"ג נזכר העיקרון הנוגע לאי-כפיפות זו בצורה קוואיטטית, בפסקים שבהם נדון ריפוי של פגם אחד מפגמי ההתחייבות במשפט הפרטי. בתשובת מהר"ם נזכרת לראשונה דוקטרינה משפטית: מנהג הנוגע לכל הסכם של יחידים בפני ראשי הקהל, ולפיו נרפאים כל הפגמים בכריתת התחייבות זו. כמו כן נזכר לראשונה בבירור הבסיס המשפטי לאי-כפיפותו של הסכם זה לכל מגבלות המשפט הפרטי: הפקעת ממון – תחולת עקרונות המשפט הציבורי.

4. הסכם בין הקהל או ראשיו לבין יחיד או יחידים

4.1 חכמי אשכנז

שניים מחכמי ההלכה האשכנזים במאה ה"ג דנו באי-כפיפותו של הסכם שהקהל או ראשיו הם צד לו לאחת ממגבלות המשפט הפרטי. הרב שמואל מבאמברג פסק שכאשר קהל מקנה טלית של ציבור, במתנה על מנת להחזיר, ליחידים החפצים להתעטף בה בתפילתם, פעולת ההקניה תקפה למרות פגם "דבר שלא בא לעולם": "שאין אדם מקנה ונותן דבר שלא בא לעולם, מכל מקום ברשות הקהל היא לחיתה (במתנה) למי שירצו"¹¹⁵. לא ברור מה הוא הבסיס המשפטי לשחרור ממגבלת "דבר שלא בא לעולם" בהקניית הטלית. ייתכן שבנוגע להתחייבות ליתן מתנה חלים עקרונות המשפט הציבורי. לחלופין ייתכן שבהסכם עם הקהל – גוף מכובד, קיימת סמיכת דעת יתרה להתחייב¹¹⁶. מהר"ם מרוטנבורג פסק, שערכות של הקהל כלפי יהודי, שמושל נכרי לווה ממנו כסף, תקפה ללא קניין, בין היתר, כיוון ש"ערכות של מעשה הקהל הוה ליה כערב דבית דין דלא בעי קניין"¹¹⁷ (= ערכות של מעשה הקהל היא להם [כערכות] ערב בבית-דין, שלא צריכה קניין). מהר"ם השווה את הערכות של הקהל לערכות בפני גוף מכובד – בית-הדין, ערכות שביחס אליה נאמר בתלמוד: "ערב דבית-דין

115 שו"ת מהר"ח אור זרוע (ליפסא, תר"ך) סד = כ"י פרנקפורט דמיין 4⁴, סא.

116 בתשובה אחרת, שו"ת מהר"ם (קרימונה, שי"ז) קמג, כתב הרב שמואל בן ברוך מבאמברג שאין לאכוף התחייבות של יחיד, שאם לא יעשה פעולה מסוימת ייתן סכום קצוב לצדקה. נימוקו היה: "דלאו בית דינא דרב אמי ורב אסי אנן (= שלא בית-דין של רב אמי ורב אסי אנחנו) ואין בידנו לכפות". אם דברים אלה משקפים את דעתו בנוגע לשימוש באמצעי הפקעת הממון על ידי הקהל בזמנו בכל תחומי פעילותו של הקהל, כנראה, לדעתו, הקניית טלית של הקהל, למרות פגם "דבר שלא בא לעולם", אינה מבוססת על הכושר המסודר לציבור לחייב את הזולת ללא הסכמתו באמצעות הפקעת ממון, אלא על סמיכות דעת יתרה של המתחייב.

117 שו"ת מהר"ם (קרימונה, שי"ז) קפח, ובמקבילות: שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) לח; מרדכי, בבא מציעא, שלר; י"ז כהנא ר' מאיר ב"ר ברוך (מהר"ם) מרוטנבורג – תשובות פסקים ומנהגים (י"ז כהנא מהר"ר, חלק ב, תש"ך) פה.

משפטים כ"ה תשנ"ה אי כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי

לא בעי קנין, דבההיא הגאה דמהימן ליה — גמר ומשעבד ליה¹¹⁸ (= ערב של בית-דין [בבית-דין] אינו צריך קנין, שבאותה הגאה שמאמין לו [בית-דין]¹¹⁹, או המלווה — מפני שההתחייבות נכרתה בפני גוף מכובד) גמר [הערב ברעתו] ומשעבד עצמו). מן ההשוואה לערבות בבית-דין משמע, שכנראה, לדעתו, אי-כפיפותה של ערבות הקהל לדרישת "מעשה קניין" נובעת מסמיכות דעת יתרה של המתחייב במעמדו של גוף ציבורי מכובד. עם זאת, מהר"ם לא כתב במפורש מה הוא הבסיס המשפטי לפסיקתו, ואין לשלול לחלוטין את האפשרות, שלדעתו התחייבות הקהל כלפי היחיד משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי בגין תחולת המשפט הציבורי.

4.1.1 דבר הנעשה ברכים

בתשובת משיב שזהותו אינה ידועה, בעניין הסכם בין ציבור למלמד תינוקות¹²⁰, נזכר עיקרון בנוגע לאי-כפיפותו של כל הסכם בין יחיד לציבור למגבלות המשפט הפרטי. תשובה זו נכתבה במאה הי"ג או לאחריה¹²¹. היו שייחסו אותה למהר"ם מרונטבורג, אך ייחוס זה אינו נקי מספקות¹²². ייתכן גם שהמשיב הוא מחכמי

118 כבא בתרא, קעו, ב.

119 ראה: פירוש הרשב"ם, כבא בתרא, קעו, ב, ד"ה "ערב דבית דין לא בעי קנין": "דבההיא הגאה דקא מהימני ליה ב"ד (= בית-דין) גמר ומשעבד נפשיה" (= שבאותה הגאה שמאמין לו בית-דין גמר [ברעתו] ומשעבד עצמו).

120 הגהות מרדכי, כבא מציעא, תנו-תנח. כמהדורת Riva di Trento, שי"ט: תרלו-תרמ. ראה גם מ' אלון המשפט העברי (תשמ"ח) 572 בהערה 59; מ' אלון "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית: פרק במשפט הציבורי העברי" שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 13.

121 בתשובה נזכרים דברי הרב משה מקוצי בספר מצות גדול. ראה: ספר מצות גדול (ונציה, ש"ו) מצות עשה, פב, הלכות מקח וממכר, בשם הר"י.

122 המשיב בהגהות מרדכי כתב: "כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר ואפילו בפני ג' — אינו יכול לחזור". הרב חיים בנבנשתי, בכנסת הגדולה, מהדורה בתרא, חו"מ, כב, הגהות בית יוסף, ב, הזכיר את ההלכה בעניין דבר הנעשה ברכים, וכתב שמהר"ם מרונטבורג סבר: "דכל הנעשה בפני ג' אין צריך [קנין]". דבריו בעניין שלושה מתאימים לנוסח בתשובה בהגהות מרדכי. אולם, לא מן הנמנע שהתייחס לדברי מהר"ם בתשובתו ביחס למנהג הנוגע להתחייבות בפני ראשי הקהל ולא לתשובה בהגהות מרדכי, זאת לאור נוסח המנהג כתשובת מהר"ם, בכ"י אוקספורד-בודליאן opp. 42, 678, לפנים אופנהיים 651, בבא בתרא, פרק השותפין, השונה מן הנוסח הנדפס, וכולל אזכור מספר ראשי הקהל — שלושה ראשי קהל: "שכל מה שאדם מקבל בפני שלשה ראשי הקהל שנבררו מדעת הקהל, שאינו יכול לחזור בו". כמו כן, הרב חיים יוסף רוד אזוראי, בברכי יוסף, תו"מ, יב, יב, ד"ה "והנה לעיל", ייחס את התשובה בהגהות מרדכי למהר"ם.

דעה זו באה לידי ביטוי גם בספרות המחקר. ראה: ודהפטיג, למהותו, בעמ' 232, 273, הערה 120; מ' אלון המשפט העברי (תשמ"ח) 571-572, וכן בג"צ 376/81 לוגסי ואח' נ' שר התקשורת ואח', פ"ד לו(2) 467; בג"צ 1635/90 ז'רדבסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה(1) 780.

איטליה במאה ה"ו. התשובה כוללת פרשנות לדין תלמודי, שלמיטב ידיעתי נזכרת לראשונה בספרות ההלכה באחת מתשובות הרב יהודה מינץ¹²³. כמו כן,

נראה שאלו שייחסו את התשובה למהר"ם הסתמכו על הכותרת "שאלות להר"ם" או על התחילה "תשובת הר"ם". אולם הקטע הפותח במילים "שאלות להר"ם" מסתיים בסיומת "עכ"ל", ו"עכ"ל מצאתי", ולאחר מכן נקטע רצף הדיון בענייני מלמד על ידי דיון בנושא חדש: "מגבת פורים". דהיינו, הכותרת "שאלות להר"ם" אינה מתייחסת בהכרח לתשובה המובאת בהגהות מרדכי לאחר הדיון בעניין "מגבת פורים", אשר דנה בתוקפו של דבר הנעשה ברבים. אף התחילה "תשובת הר"ם" רחוקה מן התשובה בנוגע לדבר הנעשה ברבים. היא מתייחסת לתשובה שלפני התחילה, ובין התשובה בנוגע לדבר הנעשה ברבים והתשובה שלפני התחילה חוצצים עניינים אחרים.

בספרי הקיצורים למרדכי, פתח הרב יהושע בועז, בחיבור קיצור מרדכי וסימניו, במילים "כתב מהר"ם" קיצור של תשובה אחרת בעניין מלמד (סימן תנו), ולא בקיצור התשובה בעניין דבר הנעשה ברבים (סימן תנוח). הרב יוסף אוטילינג, בחיבור סימני וקיצורי המרדכי, פתח במילים "שאלו להר"ם" קיצור של תשובה אחרת, בעניין מלמד (סימן תלרד), ולא בקיצור התשובה ביחס לדבר הנעשה ברבים (סימנים תלרו-תרמ).

כמו כן, תשובת המשיב בהגהות מרדכי אינה מצויה בכל כתיב היד של ספר מרדכי. עובדה זו מחזקת את האפשרות שתשובה זו אינה של מהר"ם, כיוון שמחבר הספר, מרדכי בן הלל, היה תלמיד מהר"ם, וליקט בחיבורו חלק גדול מתשובות מהר"ם המופיעות בקבצים אחרים של תשובות מהר"ם. נוסף לכך, בדרך כלל תשובות מהר"ם מרוטנבורג מצויות בכמה מקבילות בקבצים שונים, כגון קובצי תלמידיו: ספר מרדכי או הגהות ותשובות מימוניות, או נזכרות בתשובות חכמי המאה ה"ו, כגון ר"י מולין, ר"י וייל, ר"י ברנא, ר"מ מינץ ור"י איסרליין. אולם, למיטב ידיעתי, לתשובה בנוגע לדבר הנעשה ברבים אינה מוזכרת בכל המקורות הנזכרים לעיל, ופרט להגהות מרדכי היא אינה נזכרת בכל מקור בספרות ההלכה עד שלהי המאה ה"ו. התשובה שהזכיר הרב משה מינץ בתשובתו, בשו"ת מהר"ם מינץ (י"ש דומב מהדיר, תשנ"א) לט, היא תשובת ר"י טוב עלם, הנזכרת בנוסח המובא בשו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) שצב, ומיחסת למהר"ם מרוטנבורג. למיטב ידיעתי, נזכרת לראשונה תשובת המשיב בהגהות מרדכי, בכלי שני, במאה ה"ו, בפסקים ובתשובות. ראה להלן הערה 125.

בתשובה אחרת דן מהר"ם מרוטנבורג בבעיית חזרת הקהל מהסכם בינו לבין עובד המועסק על ידו, אך הדיון בה הוא בנוגע לצד הגויקי בלבד. הבעיה המשפטית אינה חזרת הקהל מהסכם שעשו הרבים ושכנראה נעשה "ברבים", אלא נזקן של יחיד שסמך על התחייבותה של קהילה להעסיקו כחזן וניזוק כשהיא חזרה בה מהתחייבותה. ראה שו"ת מהר"ם (קרימונה, שי"ז), רצב, ובמקבילה: שערי תשובות מהר"ם (ברלין, תרנ"א) כ"י אמשטרדם II, רלר. ראה גם קטע מן התשובה שם, כ"י פראג, שצב.

123 המשיב בהגהות מרדכי פירש כי די בשלושה כדי שפעולה תיחשב "דבר הנעשה ברבים" ואין צורך בשבעה, כי שלושה טובי העיר נחשבים כמו כל העיר. בתלמוד הבבלי, מגילה, כו א, כז, א, נאמר שהמכר צריך להיעשות כמעמד שבעה טובי העיר, אולם לדעת המשיב שם מדובר על מכירת בית כנסת ולכן דרוש שמכר זה ייעשה במעמד של שבעה טובי העיר: "היינו דברים גדולים, כגון להוציא בית כנסת מקדושתו וכיוצא בו". פרשנות מצמצמת זו לסוגיה התלמודית, שלא כפשוטה, נזכרת לראשונה, למיטב ידיעתי, בתשובת הרב יהודה מינץ – שו"ת מהר"ם מינץ (קרקוב, תרמ"ב) ז: "רד" (=ששבעה) טובי העיר, במקום שהזכור (בתלמוד), לעניינים גדולים (נחוצים), כגון מכירת בית כנסת להוציא מקדושתו, וכהאי גוונא (=וכגון זה)".

המשיב הסתמך על הסמ"ג, שהרבו להשתמש בו בשיבות צפון איטליה במאה ה"ט¹²⁴. במאה ה"ט, התשובה או חלקים ממנה נזכרים בספרות התשובות ובקורדיפיקציות של ר"י קארו והרמ"א¹²⁵.

בתשובה זו באה לידי ביטוי המגמה שהסתמנה בספרות ההלכה מן המאה ה"ג ואילך: קביעת עקרונות כלליים בנוגע לאי-כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי. מגמה זו באה לידי ביטוי בפסיקה בעניין החקיקה הציבורית. בפסיקה האשכנזית – החקיקה לקידום טובת הציבור, ובפסיקה הספרדית – חקיקת הגוף המוסמך לחוקק בשם בעלי אומנות ובני העיר, משוחררות מכל

הקובץ השני של הגהות מרדכי למסכת בבא מציעא יכול לכלול גם תשובה של חכם שפעל בזמנו, או סמוך לזמנו, של הרב יהודה מינץ. א' הלפרין, לעיל הערה 38, בעמ' 36-37, הסביר שהגהות נדדו משולי הגליונות של המרדכי, בחלק מכתבי היד, אל החלונות שבתוך הטקסט, עד להתמוזגותן המלאה בטקסט בכתבי היד המאוחרים. כאשר הובא הספר השלם לראשונה להדפסה, במאה ה"ט, בדפוס קושטא, רס"ט, שילב המדפיס את ההגהות שבגליונות בסוף כל מסכת, ואת אלה שבחלונות – בטקסט המרדכי עצמו, בצידו הגה. שם, בעמ' 38 כתב א' הלפרין שהגהות מרדכי כלולות גם תשובות ופסקים משל חכמים מאוחרים, כגון החכם הצפון איטלקי בן המאה ה"ט הרב יעקב ברוך לנדוי, מחבר ספר האגור.

הקובץ השני של הגהות מרדכי, למסכת בבא מציעא, הופיע בדפוס מאוחר יותר מן הקובץ הראשון של ההגהות. ייתכן שמדפיסים איטלקיים במאה ה"ט קיבצו אותו וכללו בו הגהות ותשובות שהיו "סביב המרדכי" או "סביב המרדכי הגדול", מעין אלה שהזכיר הרב יוסף קולון בשו"ת מהרי"ק (ונציה, רע"ט) צג, צח, קפ. בדפוס הראשון של הגהות מרדכי, שהודפס מחוץ לאיטליה, בקושטא, רס"ט, הודפס רק הקובץ הראשון של הגהות מרדכי על מסכת בבא מציעא. המהדורה הצפון איטלקית Riva di Trento, ש"ט, היא הראשונה שבה מופיע הקובץ השני של הגהות מרדכי על מסכת בבא מציעא, הכולל את התשובה בעניין דבר הנעשה ברבים. בתקופת הדפסת מהדורה זו נדפסו בצפון איטליה גם ספרי קיצורים של המרדכי וסימניו, אשר הכילו את קיצור הדיון ההלכתי בתשובה זו. בשנת ש"ז הופיע בקרימנה (Cremona) קיצור המרדכי וסימניו, שחיבר הרב יהושע בועז, ובו הופיע קיצור האמור בתשובה זו בהלכות ד' שומרים ואבירה, תנח. בשנת ש"ט הופיע בדפוס, במהדורת Riva di Trento, יחד עם הנוסח המלא של מרדכי והגהות מרדכי, גם החיבור סימני וקיצורי המרדכי, שחיבר הרב יוסף אוטילינג, ובו הופיע קיצור האמור בתשובה זו, בסימנים תרלו-תרמ.

124 ראה לעיל הערה 121. הרב דוד בן יהודה מיסיר ליאון, שלמד בישיבת הרב יהודה מינץ בפדואה, העיד בספר כבוד חכמים (מהדורת ברנפולר, תרנ"ט) 78, 79, 102, שבישיבות האשכנזיות בצפון איטליה בתקופה זו הרבו ללמוד בתוספות, בהגהות מימוניות, במרדכי ובסמ"ג. ראה גם י' זנה "טיולים בהיסטוריה וביבליוגרפיה" ספר היוכל לכבוד אלכסנדר מארכס (חלק עברי, תש"י) ריא.

125 ראה דעת הרב יוסף קארו בבית יוסף, חו"מ, שלד. ההלכה בעניין מתנה מרובה, הנוכרת בתשובה בהגהות מרדכי, נזכרת בבית יוסף, חו"מ, רד, ובשו"ע, חו"מ, רד, ח. הרב משה איסרליש – שו"ת הרמ"א (א' דיו מהדיר, תשל"א) ג, בשם המרדכי; דרכי משה, חו"מ, שלג, אות ה. הרב משה מטראני – שו"ת מבי"ט (לבוב, תרכ"א) קנג. פסיקתו נזכרת בתשובת בנו, הרב יוסף מטראני, שו"ת תורת חיים (סלוניקי, תע"ג) ח"א, צד, ובתשובות ופסקי מהרי"ט החדשים (צ"י לייטנר מהדיר, תשל"ח) כז.

מגבלות המשפט הפרטי, בגין תחולתו של המשפט הציבורי. כמו כן באה מגמה זו לידי ביטוי בחשובת מהר"ם בנוגע להסכם של יחידים בפני ראשי הקהל. הסכם כזה משוחרר ממגבלות המשפט הפרטי בגין תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי. אף המשיב בחשובה בעניין הסכם בין ציבור למלמד סבר שהסכם בין ציבור לבין יחידים משוחרר ממגבלות המשפט הפרטי בגין תחולתו של העיקרון הכללי על כל הסכם שנכרת בפני ציבור או בפני נציגיו.

לדעת המשיב, כל הסכם בין ציבור ליחיד נחשב ל"דבר הנעשה ברבים". מן הדין התלמודי בנוגע לנדר שהודר "ברבים" הסיק, שלפעולה משפטית הנעשית "ברבים"¹²⁶ או "על דעת רבים"¹²⁷ ניתן תוקף רב יותר מאשר לפעולה כזו הנעשית ללא מעורבות הרבים. לדידו, המחלוקת בתלמוד בין רב נחמן ורבי יצחק בנוגע למספרם של "רבים" הוכרעה כדעת רב נחמן, ש"רבים" הם שלושה¹²⁸. כל פעולה הנעשית "ברבים", כלומר בפני שלושה אנשים לפחות¹²⁹, שרירה וקיימת, ולכן צד להסכם שנכרת בפני נציגי הקהל אינו יכול לחזור בו מהתחייבותו. לדעתו, דין פעולה משפטית של "רבים" – ציבור המונה שלושה יחידים לפחות – כדין פעולה זו "על פי רבים": "ואפילו יחיד העושה ע"פ (= על פי) רבים [אין] יכול לחזור, כגון נדר שנעשה ברבים, או על דעת רבים, וכ"ש (= וכל שכן) רבים עצמם". הוא סבר שעקרון כוח ה"רבים" נזכר בתלמוד. במשנה נאמר שכאשר מוכרים דבר שיש בו קדושה צריך לקנות בכסף המתקבל מן המכירה דבר שקדושתו חמורה יותר¹³⁰. רבא חידש, בסוגיה תלמודית, שניתן לקנות בכסף זה דבר שקדושתו פחותה יותר, כגון שכר, כאשר רבים – "שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר" – עשו פעולה זו¹³¹. מפסיקת רבא הסיק המשיב, שהדין החל על הרבים שונה: "דאין (= שאין) דומה מעשה רבים למעשה יחיד".

- 126 בנוגע למחלוקת אם "נדר שהודר ברבים" יש לו הפרה, או "אין לו הפרה", ראה גיטין, לה, א; שם, לו, א; שם, לו, ב; מכות, טז, א; בכורות, מה, ב; ערכין, כג, א.
- 127 ראה גיטין, לו, א; בכורות, כו, א; ערכין, כג, א; "נדר שהודר ברבים" – יש לו הפרה. על דעת [ה]רבים – אין לו הפרה. לדעת רש"י, בפירושו לגיטין, לה, ב, ד"ה "ברבים", "ברבים" פירושו בפני רבים. לדעתו שם, לו, א, ד"ה "על דעת רבים", "על דעת רבים" פירושו שהרבים אומרים ליחיד: "הרי אנו מודין אותך על דעתינו".
- 128 ראה: גיטין, מו, א. רב נחמן חלק על רבי יצחק שסבר ש"רבים" הם עשרה. ראה גם בית הבחירה, מכות (ש' סטרליץ מהדיר, תשכ"ה) טז, א, פח.
- 129 המשיב כתב: "כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר, ואפילו בפני ג' אין יכול לחזור". כנראה פירש כדעת רש"י ש"ברבים" היינו בפני רבים. בפירוש רש"י הגדפס בדפוס וילנא, גיטין, לה, ב, ד"ה "ברבים", כתוב: "בפני עשרה", כדעת רבי יצחק, שרבים הם עשרה. ייתכן שבפני המשיב עמדה גירסה אחרת לפירוש רש"י, כדעת רב נחמן. ראה גימוקי יוסף, גיטין (מ' שטרן מהדיר, תשכ"ג) בשם רש"י: "בפני ג'". בנוגע לנדר בפני רבים ראה גם חידושי רבנו קרקש, גיטין (א' ליכטנשטיין מהדיר, תשל"ט) לו, א, הערה 244.
- 130 ראה משנה, מגילה, ג, א.
- 131 ראה: מגילה, כו, א-ב. ראה גם בנוגע למותר, לאחר מכר דברים מקודשים: שם, כו, א.

כמו כן הזכיר המשיב מנהג הנוגע לאי־כפיפותו של כל "דבר הנעשה ברבים" לאחת מדרישות המשפט הפרטי – הדרישה למעשה קניין: "ולכך נהגו שכל דבר הנעשה ברבים אין צריך קניין במקום שיחיד צריך קניין". הוא הסביר שהמנהג חל על שלושה יחידים הממלאים תפקיד ציבורי – שלושה טובי העיר, הנחשבים כ"רבים". הם מייצגי הציבור ונחשבים ככולו, לאור האמור בתלמוד הירושלמי: "ג' (=שלושה) מבית הכנסת בבית הכנסת, ושבע[ה] מבני העיר כעיר"¹³². לדיון די בפעולתם של שלושת טובי העיר, כאשר פעולתם אינה ביחס ל"דברים גדולים". בסוגיה תלמודית בעניין "מכר דבר מקודש" דרש רבא, שהפעולה המשפטית תיעשה על ידי "שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר", מפני שדן בפעולה משפטית חשובה הנוגעת ל"דברים גדולים, כגון להוציא בית הכנסת מקדושתו, וכיוצא בו". דבריו בנוגע לבסיס המשפטי של הדין והמנהג בנוגע ל"דבר הנעשה ברבים" אינם חד־משמעיים¹³³. לא ברור אם חלים על "דבר הנעשה ברבים" עקרונות

132 ירושלמי, מגילה, פרק ג, הלכה ב (עד, א).

133 האסמכתאות מן המקורות שהזכיר המשיב אינן מוכיחות את טיעונו באופן ישיר, מפני שלא נידון בהן הבסיס המשפטי ליתר חוקפה של כל ההתחייבות בפני שלושה.

בהלכה בתלמוד הבבלי, נדרים, כז, ב, גרפא הפגם בדרכי יצירת ההתחייבות כיוון שנעשתה פעולה מיוחדת – היחיד התפס זכויותיו בבית־דין, ולכן לדעת רש"י חובו נחשב גבוי, ונרפא פגם האסמכתא בהתחייבות.

בסוגיה בתלמוד הבבלי, בבא בתרא, ט, א, בעניין הסכם טבחים הקובע שיושת קנס על מי שישחט ביום המיועד לשחיטת חברו, לא ברור שההסכם משוחרר ממגבלות המשפט הפרטי, ורק נאמר בסוגיה כי דרושה מעורבות "אדם חשוב" בהתחייבות, אם מצוי במקום אדם כזה. בהמשך חשבתו הזכיר המשיב את האמור בסוגיה בתלמוד הבבלי, בבא מציעא, מט, א, ביחס לחזרה מהתחייבות ליתן מתנה. בסוגיה כפשוטה לא נידון כוח הרבים. רבי יוחנן סבר בסוגיה זו, שמי שאמר לחברו "מתנה אני נותן לך" יכול לחזור בו מהתחייבותו, כאשר התחייב ליתן מתנה מרובה. ההתחייבות מוגזמת ולכן לא מסתבר כי המתחייב סמך בדעתו ליתן את המתנה; אך במתנה מועטת, הנותן יכול לעמוד בהתחייבותו בנקל ולכן סומך בדעתו להתחייב. בסוגיה התלמודית לא נידון כלל דין מתנה מרובה של רבים. המשיב סבר, כנראה, שכאשר רבים נדרשים הסכם עם מלמד, ושכרו אינו גבוה יחסית ליכולתם הכלכלית, הם סומכים בדעתם להתחייב אף כאשר הם מתחייבים ליתן מתנה מרובה. דין מתנה מרובה אינו נובע מהיות הדבר דבר הנעשה ברבים אלא מסמיכות הדעת, בגין האמצעים הרבים יותר העומדים לרשות קבוצה גדולה של אנשים. כמו כן, בסוגיה התלמודית נאמר רק שיש איסור מוסרי לחזור מהתחייבות ליתן מתנה מועטת, אך מבחינה משפטית ההתחייבות אינה תקפה, ולא נאמר שניתן לזכות אותה בדרך שאינה עולה בקנה אחד עם דרכי יצירת התחייבות במשפט הפרטי. גם מהר"ם מרוטנבורג כתב שאין תוקף משפטי להתחייבות כזו. ראה מרדכי, בבא מציעא, שיב, ופסיקת הרב יוסף קולין ברוח זו: שו"ת מהר"ק (ונציה, רע"ט) קיח. ראה גם י"א דינרי חכמי אשכנז בשלהי ימי הביניים (תשמ"ד) 139. אמנם במאה ה־17 פסק הרב משה מינץ – בהסתמך על מעשה שעשה הרכ מאיר הלוי מוינא במאה ה־17, ובהסתמך על פסיקה הנוכחת במרדכי, בבא מציעא, שח, בשם הרב שלמה – שניתן להשתמש באמצעי של לחץ חברתי, דהיינו בהכרזת שליח ציבור בבית הכנסת שקללת "מי שפרע" תחול על מי שלא יעמוד בהתחייבותו, כדי לאלץ את התחר בו מהתחייבות שנעשתה ללא קניין לעמוד

המשפט הציבורי או עקרונות המשפט הפרטי. הוא כתב שדי בפעולת שלושה טובי העיר משום שהם נחשבים כבית-דין, שבו הדיון המשפטי נערך בפני שלושה דיינים. ייתכן שהתכוון לומר כי כאשר ראשי הקהל משתמשים באמצעי של הפקעת ממון, המסור בידי בית-דין, הם פועלים מכוח סמכותם בתחום המשפט הציבורי, ועל כן הם פטורים ממילוי דרישותיו של המשפט הפרטי. לחלופין ייתכן שסבר כי בהתחייבות בפני שלושה יחידים מכובדים קיימת סמיכות דעת יתרה, המרפאת פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב.

עם זאת, במאה ה־17 נדון תוקפו של הסכם שכירות בין יחיד לקהל, שנכרת באמירה בלבד, ללא קניין, או היה פגום בפגם קניין דברים¹³⁴. הר"י מולין דן בתוקפו של הסכם זה ולא הזכיר כלל את העקרונות הנזכרים בחשובת המשיב בנוגע ל"דבר הנעשה ברבים"¹³⁵.

4.2 חכמי ספרד וצפון אפריקה

סמוך לתחילת המאה הי"ד הדגישה הפסיקה בספרד, שיחידים המשתייכים לציבור צריכים לציית להסכם שהציבור צד לו, כשם שהם צריכים לציית לחקיקה הציבורית.

הרא"ש הזכיר לראשונה "מנהג פשוט", הנוהג בקהילות ישראל בימיו, ולפיו כוחו של הציבור בכל תקנות הקהל, הן אלו המצומצמות בהיקפן וחלות רק "על יחידים", והן אלו הכלליות והציבוריות במובהק, החלות "על רבים" – מאפשר לו להתקין תקנות תקפות ללא קניין¹³⁶. לידו, העיקרון הרווח בפסיקה הספרדית, שלפיו ציבור המתקין תקנות משוחרר מן הכללים המגבילים את דרכי יצירת ההתחייבות במשפט הפרטי, חל גם על הסכם בין יחיד לציבור: הסכם לפטור ממס שהעניקו נציגי הקהל ליחיד מסוים מפני שהיה פזרע מס במקום אחר. הרא"ש הכיר בתוקפו של ההסכם למרות שנכרת ללא קניין. בתשובה אחרת דן הרא"ש בטענת יחיד שהקהילה פטרה אותו מתשלום מס. למרות שהפטור ניתן באמירה בלבד, ללא מעשה קניין, הרא"ש הכיר בתוקפו, משום שהציבור העניק פטור זה, ומפני שבהסכם הציבור מחל על חיוב, ומחילה תקפה גם בלא קניין:

בהתחייבותו. ראה שו"ת מהר"ם מינץ (י"ש דומב מהדיר, תשנ"א) לט, קא. בדרך זו ניתן לעשות שימוש כדי להתגבר על בעיית העדר האפשרות לאכיפה בחיובים מוסריים. אולם השימוש באמצעי זה אינו משנה את התיאוריה המשפטית. גם לאחר השימוש בו, לא הגענו לכלל יצירת התחייבות משפטית תקפה, בדרך המשוחררת מן המגבלות בדרכי יצירת התחייבות במשפט הפרטי. ביחס לקושי בראיית המשיב מדין מתנה מועטת, ראה גם ש"מ שבדרון משפט שלום (למברג, תרל"א) קנטרס חיקון העולם לסימן רד, ט.

134 ראה שו"ת מהר"ל החדשות (י' סז מהדיר, תשל"ז) קצח.

135 אם התשובה בעניין "דבר הנעשה ברבים" נכתבה בצפון איטליה במאה ה־17, ייתכן שלא הייתה ידועה לר"י מולין, בגרמניה, במאה ה־17.

136 ראה שו"ת הרא"ש (וילנא, תרמ"א) ו, יט.

שבכל דבר שהקהל או טובי העיר (=ראשי הקהל) שנתמנו מדעת הקהל מסכימים אין צריך קנין ולא שטר אלא דבריהם ככתובין וכמסורין דמו (=דומים)¹³⁷. ועוד, דנדון זה מחילה היא, ואפילו יחיד שמחל אין צריך קנין¹³⁸.

בתשובות אלה דן הרא"ש בריפוי פגם "העדר מעשה קניין". הוא לא דן במפורש בריפוי פגמים אחרים בסמיכות דעתו של המתחייב, כגון אסמכתא או "דבר שלא בא לעולם". עם זאת, נראה שלדעתו אף פגמים אחרים נרפאים בהסכם בין יחיד לקהל. לשונו בהנמקותיו בתשובות אלו היא גורפת: "מה שטובי הקהל מסכימים לעשות שריר וקיים הוא... ובכל תקנות הקהל שמתקנין על יחידים ועל רבים... כל דבריהם ככתובין וכמסורין דמו (=דומים)"¹³⁹. וכן: "שבכל דבר שהקהל, או טובי העיר שנתמנו מדעת הקהל, מסכימים, אין צריך קנין ולא שטר, אלא דבריהם ככתובין וכמסורין דמו (=דומים)"¹⁴⁰. נוסף לכך, בנסיבות הנידונות באחת מן התשובות הללו ההסכם בין היחיד לציבור היה פגום לא רק בפגם "העדר קנין" אלא גם בפגם "דבר שלא בא לעולם". החיוב במס המוטל על היחיד המשתתף לקהילה נוצר מחדש כל שנה. הרא"ש הכיר בתוקפה של התחייבות הציבור, שהעניק ליחיד פטור ממס "זה כמה שנים"¹⁴¹. כנראה הסתמך בתשובותיו על עיקרון רחב: אי-כפיפותה של התחייבות הציבור לכל מגבלות המשפט הפרטי, וזאת מכוח

137 הביטוי "דברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמו" לקוח מן הסוגיות בתלמוד הבבלי, גיטין, יג, א, טו א; בבא בתרא, קנא, א, קעה, א. הרב חסדאי הכהן פרחיא, בשו"ת תורת חסד (סלוניקי, תפ"ג) קצת, ביאר שהרא"ש דימה את הציבור הכורת הסכם עם היחיד ללא קניין למתנת שכיב מרע, כיוון ששכיב מרע יכול ליצור התחייבות — לצוות צוואה תקפה, בדיבור בעלמא, מכוח תקנה מיוחדת מדרבנן, ללא מעשה קניין, ואין לה ביטול לאחר שמת, למרות שלפי דין תורה אין לה תוקף.

138 שו"ת הרא"ש (וילנא, תרמ"א) ו, כא.

139 שם, ו, יט.

140 שם, ו, כא.

141 שם.

גם בתשובה אחרת של הרא"ש בעניין כוחם של הסכמי הקהל, שם, ו, יט, הוא פסק שאם נציגי הציבור טענו שפטורו רק מן המס עבור שנה אחת ולא עבור המס לשנים הבאות — טענתם תתקבל, ומשמע שהחיוב במס הוא לשנה אחת בלבד. אילו פגם "דבר שלא בא לעולם" היה פוגם בכוחה של התחייבות הקהל לפטור ממס, ממילא לא היה הפטור חל לגבי שנה נוספת, אשר החיוב במס בגין הכנסותיה עדיין לא בא לעולם, גם בלא שנציגי הקהל טענו שפטורו לשנה אחת בלבד.

הקביעה שהחיוב במס הוא בגדר "דבר שלא בא לעולם" נזכרת בשו"ת הרשב"א, ח"ה (ליורנו, תקפ"ה) קפ, ודווחת בכתבי רבים מפוסקי ההלכה המאוחרים יותר. ראה שו"ת הרשב"ש (ליורנו, תק"ב) תקסו; שו"ת מבי"ט (למברג, תרכ"א) ח"ג, קנ; שו"ת תורת חסד (סלוניקי, תפ"ג) קצח; משפטים ישרים (סלוניקי, תצ"ב) סד; פנים במשפט (תשמ"ב) כב, ט. אולם ראה גם דעה אחרת: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ (למברג, תרכ"ב) שע; שו"ת מים עמוקים (ברלין, תקל"ח) סג, לאור תשובת הריב"ש, שו"ת הריב"ש (למברג, תקס"ה) תעו.

תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי¹⁴².

לא ברור אם הרא"ש נקט עמדה עקבית בנושא זה בכל תשובותיו, מפני שבשתי תשובות אחרות בעניין הסכמים של הציבור הוא דן בריפוי פגם "העדר מעשה קניין"¹⁴³, או פגם "דבר שלא בא לעולם"¹⁴⁴, בהסכם של הציבור עם יחיד,

142 רבים מן החכמים אשר דנו במנהג הנזכר בתשובות הרא"ש טברו כי מלבד העדר מעשה קניין משוחררים הסכמי הציבור גם ממגבלות אחרות בדרכי יצירת התחייבות במשפט הפרטי. ביחס לפגם "דבר שלא בא לעולם" העיר הרשב"ש בשו"ת הרשב"ש (ליוורנו, תק"ב) ק"ב, בצפון אפריקה במאה ה'ט"ו: "ומעשים בכל יום, שמקחם וממכרם אינו צריך קנין ואפילו דברים שאין קנין מועיל בהם – כח צבור מקנה אותו, כמקנה שלא בא לעולם שאינו כלום". הוא כתב בהמשך שכך כתב הרא"ש בתשובותיו. ראה גם: שו"ת הרשב"ש (ליוורנו, תק"ב) תקטו. וכן הסיק הרב משה מטרנאי: שו"ת מבי"ט (למברג, תרכ"א) ח"ג, קנ"ג, מדברי הרא"ש, שהסכם של הרבים עם היחיד ביחס לדבר שלא בא לעולם תקף; וכן משמע לאור גסיבותיו של מקרה אחר שנידון בתשובתו, שם, ח"ב, עט. ראה גם את דברי הרב אליהו בן חיים: שו"ת מים עמוקים (ברלין, תקל"ח) סג; הרב יהודה עייאש: שו"ת בית יהודה (ליוורנו, תק"ו) חו"מ, א; הרב חסדאי הכהן פרחיא: שו"ת תורת חסד (סלונקי, תפ"ג) קצח. הוא הדין בנוגע לפגם האסמכתא. מדברי הרשב"ש בשו"ת הרשב"ש (ליוורנו, תק"ב) ק"ב, משמע שסבר שאין כל הבדל בין אם הפגם הוא פגם האסמכתא או אם הוא פגם "דבר שלא בא לעולם". כך הסיקו בעדעור חשכ"מ/96, פד"ר ו' 178. הרב משה מטרנאי, בשו"ת מבי"ט (למברג, תרכ"א) ח"ג, רכת, כתב לאור פסיקת הרא"ש, בכלל ו, שאין מקום לטענה שהתחייבות ציבור כלפי יחיד היא בגדר אסמכתא. על פסק זה הסתמך בית הדין הרבני בתיק 1390/כ"ו, פד"ר ו' 171. ראה גם: משא מלך (סלונקי, שס"א) חלק ה, שער א, משפט ד. חכמי הלכה כתבו שבהסכמי הציבור נרפא פגם דבר שאינו קצוב, לדעת אלו הסבורים שקיימת מגבלה זו בדרכי יצירת התחייבות. ראה שו"ת מים עמוקים (ברלין, תקל"ח) סג. ראה גם תשובת הרב מרדכי הלוי: קדושת יום טוב (ירושלים, תר"ג) ו. עם זאת, הרב שמואל די מודינה בשו"ת מהרשד"ם (למברג, תרכ"ב) חו"מ, שע, לא הזכיר את כוח הרבים בהסכם כגורם שבגללו תקפה התחייבותם בדבר שאינו קצוב, והתבסס על טעמים אחרים. מפסיקת בתי הדין הרבניים עולה שגם פגמים נוספים, כגון פגם קניין דברים בהתחייבות למינני לתפקיד ציבורי, נרפאים כאשר הקהל הוא צד להתחייבות. ראה: ערעור חשכ"מ/96, פד"ר ו' 178-179.

143 בשו"ת הרא"ש (וילנא, תרמ"א) ו, ה, דן הרא"ש בתוקפו של הסכם בין הקהל ליחיד, שנכרת ללא מעשה קניין, בהתאם לכללי המשפט הפרטי כלבד: "שכל עסק ממון שבין אדם לחברו בלא קנין, דברים בעלמא הוא וישנו בחזרה (= המתחייב יכול לחזור בו מהתחייבותו), חרץ ממוחל ממון לחברו, דלא (= שלא) בעי (= צריך) קנין". התוספת "הוא וישנו בחזרה", היא לפי נוסח שו"ת הרא"ש, כ"י ירושלים, Heb 4^o, 1448, חלק שני, תג. כתב יד ירושלים הוא כתב יד דומה לכתב היד שהיה לפני המסדר של שו"ת הרא"ש לפי כללים. ראה א"א אורבך "שאלות ותשובות הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים" שנתן המשפט העברי ב (תשל"ה) 4. נוסח דומה מצי' בתשובת הרא"ש שעליה הסתמכו רבנו ירוחם בן משולם: מישורים (ונוציה, שי"ג) נתיב טו, ג; הרב משה מטרנאי – שו"ת מבי"ט (למברג, תרכ"א) ח"ג, קנ"ג; הרב אהרן פרחיא – פרח מטה אהרן (אמסטרדם, תס"ז) ח"א, קכג.

144 בשו"ת הרא"ש (וילנא, תרמ"א) יג, כ, נדון תוקפו של הסכם לחכירת זכות גביית מס מן הקהל. במקרה הנדון נעשה מעשה קניין אך מורשי הקהל עוררו טענות בנוגע לפגמים אחרים

ולא ציין כי קיים מנהג שלפיו הסכם, שהציבור צד לו, משוחרר מכל המגבלות על דרכי יצירת ההתחייבות במשפט הפרטי¹⁴⁵. ייתכן שהמנהג שנוכר בפסיקת הרא"ש

בהתחייבות, כגון אסמכתא; העדר סמיכות דעת להתחייב, מפני ששם החזכר ושם החכירות לא היה רשום בשטר החכירה בשעת ההתחייבות; אונאה – טעות בשווי העסקה. בתשובה לא כתב הרא"ש שהפגמים הללו נרפאים מפני שהציבור הוא צד להסכם, וכל טיעוני ההלכתיים היו מבוססים על ההנחה שדין הסכם זה כדין כל הסכם אחר במשפט הפרטי. חכמי הלכה שונים בדורות הבאים הסבירו, שגם בתשובות שבהן נמנע הרא"ש מהזכרת העיקרון שהתחייבות שהציבור צד לה משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי, לא חלק על עיקרון זה. לדעתם, נמנע מהזכרת נימוק משפטי זה בתשובות הללו מטעמים מיוחדים. הרב משה מטרנאני, בשו"ת מכ"ט (למברג, תרכ"א) ח"ג, קנ"ג הסביר, שכאשר הרא"ש הזכיר בתשובתו (כלל ו, כא) גם את העיקרון הנוגע להסכם שהציבור צד לו, בנוסף לטעם הנוגע למחילה, התכוון לומר שעיקרון זה הוא הטעם העיקרי. בתשובתו (כלל ו, ה) נזכר רק טעם המחילה כדי להדגיש שכך פוסקים גם בהסכם פרטי בין יחידים שהציבור אינו צד לו. אולם ההסכם בין הקהל לאביו של פלוני, הנזכר בתשובה זו, אינו כזה, והוא משוחרר מחובת מעשה קניין בעיקר בגין העיקרון הנוגע להסכם שהציבור צד לו. בדומה לכך תירצו תלמיד הרשד"ם, הרב יוסף בן עזרא, במשא מלך (סלונקי, שס"א) חלק ה, שער א, משפט ה, והרב מרדכי הלוי, בספרו קדושת יום טוב (ירושלים, תר"ג) ו, שהרא"ש לא הזכיר את העיקרון המדובר בתשובה זו כדי להדגיש שאף אילו לא היה מדובר בהתחייבות שהציבור צד לה היא היתה תקפה ללא קניין בגין היותה התחייבות הנוגעת למחילה. בשו"ת מים עמוקים (ברלין, תקל"ח) סג, הביע הרב אליהו בן חיים את דעתו שבחשובת הרא"ש, כלל ו, ה, נזכר רק הטעם בנוגע למחילה מפני שהוא מבורר יותר. ייתכן שהרא"ש סבר כי המנהג בנוגע להסכם שהציבור צד לו אינו דין חד משמעי מפני שלא רווח בכל מקום בספר ובצפון אפריקה בזמנו של הרא"ש ובסמוך לו. ראה להלן הערה 146. הרב יוסף בן עזרא (משא מלך (סלונקי, שס"א) חלק ה, שער א, משפט ד) הסביר, שבחשובות שבהן כתב הרא"ש שחל דין מיוחד בנוגע להסכם שהציבור צד לו, היה מדובר על הסכם לצורך קידום עניין ציבורי המועיל לכלל. בדומה לכך כתבו הרב חסדאי הכהן פרחיא, בשו"ת תורת חסד (סלונקי, תפ"ג) קצח, והרב חיים פאלאג'י, משא חיים (איזמיר, תרל"ד) מערכת ז, שבחשובות אלה חל דין זה מפני שהיה מדובר בהן על הסכם שמטרתו ציבורית: תיקוני העיר והמס. לעומתם, ההסכם הנזכר בכלל ו, ה, נוגע לעניין פרטי, ולכן לא חל עליו העיקרון הנוגע להסכם שהציבור צד לו. כמו כן תירץ הרב יוסף בן עזרא, בספרו משא מלך (סלונקי, שס"א) חלק ה, שער א, משפט ה, שרק התחייבות נציגי הציבור – טובי העיר – כלפי יחיד, תקפה ללא קניין, מפני שהכוון להתחייב למרות שקיימים פגמים בדרך יצירת ההתחייבות מסור רק בידי הקהל או נציגיו, ולא בידי היחיד. בתשובת הרא"ש, כלל ו, ה, אביו של פלוני מחל, ויחיד שנתחייב כלפי הקהל צריך לעשות קניין. הרב אהרן בן חיים אברהם פרחיה הכהן כתב תחילה בשו"ת פרח מסה אהרן (אמשטרדם, תס"ז) ח"א, קכג, שניתן לתרץ שהיה בתשובה בכלל ו, ה, שונה, מפני שנידונה שם מחילת יחיד לציבור. אולם אחר כך דחה תירוצו זה, מפני שמלשון הרא"ש בתשובה הסיק שמדובר בה על עיקרון כללי, החל בכל מקרה, ומדובר בה על "הסכמה" – "תקנת קהל" בלשון חכמי ספרד וצפון אפריקה – ביחס להבחנה בין נוח היחיד לנזק הציבור בהסכמים שהציבור צד להם. ראה גם הרב חסדאי הכהן פרחיא, שו"ת תורת חסד (סלונקי, תפ"ג) קצח; הרב חיים בגבשתי, כנסת הגדולה, מהדורה בתרא, חו"מ (איזמיר, תצ"ד) כב, ה; הרב שלמה הכהן, שו"ת שעות דרבנן (קושטא, תקפ"ט) יד.

לא נקלט בכל אתר בספרד ובצפון אפריקה במאות י"ד-ט"ו. גם הריב"ש והרשב"ץ התעלמו ממנו בתשובות שבהן דנו בתוקפם של הסכמים שכרת הציבור.¹⁴⁶

146 ייתכן שהסתירה לכאורה בפסקי הרא"ש, הנזכרת לעיל, נובעת מן העובדה שהמנהג היה חדש יחסית בזמנו של הרא"ש, ולא נהגו כמותו בכל מקום. ייתכן שבתשובות שבהן התעלם הרא"ש מן המנהג הנוגע לתוקפה של התחייבות הציבור, פסק לאנשי מקום שבו לא נתקבל עדיין מנהג זה. היו פוסקי הלכה שסברו כי מקורו של הדין בעניין תוקפם של הסכמי ציבור בתשובות הרא"ש אינו המשפט הציבורי בלבד, אלא גם המנהג, או רק המנהג. ראה הרב אליהו בן חיים, שו"ת מים עמוקים (ברלין, תקל"ח) סג; הרב אהרן בן חיים אברהם פרחיה הכהן, שו"ת פרח מטה אהרן (אמשטרדם, תס"ז) ח"א, קכג. ראה גם משפטים ישרים (סלונקי, תקפ"ד) סד.

הריב"ש דן בתשובותיו, שו"ת הריב"ש (למברג, חקס"ה) תעה-תעו, ביחס להסכם ללא קניין בין חזן לראשי הקהל. הוא התעלם מן המנהג בנוגע להסכמים שהציבור צד להם. אילו סבר כרעת הרא"ש שחל ביחס להסכמים אלו המנהג המשחרר הסכם שהציבור צד לו מחובת מעשה קניין, היה מציין זאת ונמנע מהצורך לדון באריכות בטעמים אחרים. ראה גם ש"ך, חו"מ, פא, ד. אולם ראה לעומתו את דעתו של הרב יונתן איבשיץ, בספרו אודים ותומים (תשל"ה) פא, ו, שדברי הריב"ש מבוססים על העיקרון שהסכם של קהל תקף ללא קניין. הרשב"ץ דן בתשובותיו בתוקפן של התחייבויות שרק ציבור צד להן. בתשובתו, תשב"ץ (למברג, תרנ"א) ח"א, קנט, דן באי-כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי, בתקנות קהל ובהסכמים בין קהילות. לאור האמור בתשובת הרשב"א, בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (ונציה, רע"ט) סה, הוא פסק שתקנות קהל חקפות ללא קניין או שטר: "דאליס (= שחוק) כח הרבים בזה מכח היחיד, שהרי יכולין הן לכופו אותו מקצת (= את היחידים הנמנים על המיעוט) שאינו מסכים עמהם". כשהוצע להתקין תקנות קהל הקובעות שבקהילה מסוימת תהא קבילה עדות עדים קרובים או פסולים, כתב בתשובתו, תשב"ץ (למברג, תרנ"א) ח"ב, סג, שעל פי דין, כאשר יחידים הסכימו לקבל עדות עדים פסולים, כל יחיד שהסכים לקבלת העדים הפסולים אינו יכול לחזור בו אם נלווה להתחייבות מעשה קניין. ראה סנהדרין, כד, ב; רמב"ם, סנהדרין, ז, ב. אולם אין צורך שיעשה מעשה קניין כאשר הציבור מתחייב: "אבל בציבור אפילו קניין לא צריך".

עם זאת, מדבריו בתשובה אחרת, תשב"ץ (למברג, תרנ"א) ח"ב, טז, משמע שלידו הציבור הכורת הסכם אינו משוחרר ממגבלות המשפט הפרטי. הוא דן בתוקפו של הסכם בין ציבור לציבור – בין הקהילות שבשתי עירות. בהסכם נקבע שכל מי שיעקור מאחת לשנייה יוסיף לשלם מס במקום מגוריו הקודם ולא במקום החדש. הוא כתב שההסכם תקף, למרות שההסדר שנקבע בו אינו נוהג על פי שורת הדין, והוא תקף כיוון שהרשב"א כתב כי הסכמת הרבים יצרה דין – נורמה – מן המשפט הציבורי. עם זאת הוסיף: "וצריך בכל זה קניין". נוסח זה אינו משובש ומופיע גם בכתבי היד ובדפוסים המוקדמים: כ"י לונדון, בית-הדין ובית המדרש, 23; כ"י ששון (765) 917; דפוס אמשטרדם, תצ"ח. דבריו בתשובה זו בנוגע למעשה קניין צריכים עיון גם משום שבתשובתו ביחס לאותה בעיה משפטית שנשלחה לקהילה בתמוגראן, תשב"ץ (למברג, תרנ"א) ח"ג, כד, לא נאמר שהסכם כזה תקף רק כשנעשה מעשה קניין. דבריו בתשובתו, תשב"ץ (למברג, תרנ"א) ח"ב, טז, קשים, גם מפני שהם עומדים בסתירה לדברי הרשב"א הנ"ל, בעניין כוח הרבים, שהזכיר הרשב"ץ גם בתשובתו, תשב"ץ (למברג, תרנ"א) ח"א, קנט. כמו כן, לדעתו, התחייבות מסוג אחר של ציבור – תקנות קהל – משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי והיא שרירה וקיימת גם ללא

במאה ה־ט"ו הסביר הרשב"ש ששימוש באמצעי הפקעת ממון – תחולת המשפט הציבורי – הוא הבסיס המשפטי לאי כפיפות הסכמים אלה וחקיקת הציבור למגבלות המשפט הפרטי. כאשר דן בתוקפם של הסכמי הציבור עם היחיד, הוא הזכיר את דברי הרא"ש והרשב"א בתשובותיהם: "דאלים (=שחוק) כחא (=כח) דצבורא (=של ציבור) בלא קנין כיחיד בקנין"¹⁴⁷. הוא הבחין בין הסכם בין יחיד ליחיד – המשפט הפרטי, לבין הסכם בין ציבור ליחיד – המשפט הציבורי. כאשר דן בתוקפו של הסכם בין מלמד תינוקות ובין ציבור ששכר את שירותיו, פסק שמלמד התינוקות אינו רשאי להתנער מהתחייבותו באמצע תקופת השכירות, בין היתר מפני:

שאפי' [לן] אם היה הדין נותן שלא להכריחו להשלים תנאו, אם היה יחיד עם יחיד, הכא (=כאן) בצבור – חייב להשלים תנאו, דאלים (=שחוק) כח דצבורא (=של ציבור), שבכלל (=שבכל) דבריהם אינם צריכים קנין¹⁴⁸.

כמו כן הדגיש שהציבור אינו משוחרר רק מן המגבלה הדורשת שיעשה "מעשה קניין", שנוכרה במפורש בפסקי הרשב"א והרא"ש שעליהם הסתמך, אלא גם ממגבלות אחרות, כגון מגבלת "דבר שלא בא לעולם":

ואין צריך בזה קנין כלל, שכבר כתב הרשב"א ז"ל בתשובותיו שכל ענייני צבור אין צריך בו קנין, ועדיף כח הצבור מכח היחיד, שהרי דברים שאפילו קנין אין מועיל בהם – בצבור מועיל אפילו בלא קנין. שהרי מי שמקנה למי שאינו בעולם... אין קנין מועיל בו... תקנת הקהל היא מועלת (=מועילה) בו... ומכח תקנת הצבור הוא קונה¹⁴⁹.

הוא הסביר שהציבור רשאי לקבל חקיקה ציבורית המכשירה עדותם של עדים פסולים, ללא מעשה קניין. חקיקה ציבורית זו תקפה מפני שרשאים בני העיר ובעלי אומנות להתנות תנאים ללא קניין ולקנוס את העובר עליהם: "והא ודאי בלא קנין בעי היא, דאי בקנין פשיטא הוא ומאי אתא לאשמועינן?!" (=זה ודאי לא צריך קניין, שאם [נדרש שיעשה מעשה] קניין, [דין זה] פשוט הוא, ומה בא להשמיענו?!). בחקיקה זו של הציבור, בתחום המשפט הציבורי, רוב הציבור רשאי

מעשה קניין. ראה תשב"ץ (למברג, תרנ"א) ח"א, קנט; ח"ב, סג. תקנת הקהל היא כתנאי בית דין, שבאמצעותו ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם ולאדם שאינו בעולם. ראה תשב"ץ (למברג, תרנ"א) ח"ג, עג. על הסתירה בפסקי הרשב"ץ עמד א' נחלון "סמכות הציבור להתקין תקנות לפי התשב"ץ: מהותן המשפטית של תקנות קהל" שנתן המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 281, הערה 41.

147 שו"ת הרשב"ש (ליוורנו, תק"ב) תקסו.

148 שם, קיב.

149 שם, תטז. ראה גם: שם, קיב, תקסו.

לכופ את רצונו על המיעוט, באמצעות שימוש באמצעי הפקעת הממון:

וכיון שהפקד ב"ד (= בית-דין) הפקר, יכולין הצבור להפקיר ממונו של זה, להוציא ממנו ממון בעדות קרובים (= קרובים לבעלי הדין, פסולי עדות), כמו שב"ד (= שבית-דין) הגדול יש להם רשות על כל ישראל כך כל צבור וצבור יש להם רשות הרוב על המיעוט¹⁵⁰.

באמצעי "הפקד בית דין הפקר" נעשה שימוש הן בחקיקה של ציבור והן בהסכמים שהוא צד להם. אמצעי זה מאפשר לרוב הציבור לכופ את רצונו על המיעוט.

4.2.1 הציבור נדרש לנהוג בהגיונות כלפי יחיד שהתקשר עמו בהסכם
לעתים חלות על ציבור שהוא צד להסכם חובות המוטלות על ציבור הפועל בתחום המשפט הציבורי. בגין הדרישה שינהג בהתאם לנורמות אתיקה מחמירות, מוטלות על ציבור, החפץ לבטל התחייבות שהוא צד לה, חובות העולות על אלה המוטלות על יחיד. הריב"ש והרשב"ש סברו שציבור החפץ לחזור בו מהתחייבותו כלפי יחיד בטענה שלא סמך בדעתו להתחייב ברצינות, אינו נוהג בהגיונות כלפי היחיד שהתקשר עמו בהסכם. הציבור צריך להיות דוגמה ליחידים בהתנהגותו, ונורמות האתיקה שלו צריכות להיות גבוהות יותר. לכן הוא מנוע מלטעון טענה זו. הריב"ש פסק שציבור, שהסכים להעניק פטור ממס ליחיד, אינו רשאי לטעון לאחר מכן שההסכם בינו לבין היחיד חסר-תוקף בגין טענת השטאה — העדר סמיכות דעת להתחייב ברצינות. מבחינה עובדתית טענה זו אינה מתקבלת משום "שאין דרך הצבור המקובצים בבית הכנסת להשטות"¹⁵¹. בנוסף לכך, האתיקה הציבורית מחייבת שנוציגי הציבור לא יעלו טענה זו: "וחלילה להם". הרשב"ש נשאל ביחס לתוקפו של הסכם שבו קהילה מכרה ליחיד את הזכות לגבות מס. בין היתר טען הציבור שההסכם חסר-תוקף מפני שנתאנה — מכר זכות זו במחיר נמוך מדי. הרשב"ש כתב שהמשפט הציבורי חל על התחייבות שהציבור צד לה. דין הציבור כדין בית-דין המפקיע ממון, ולכן הציבור המתחייב בהתחייבות זו אינו כפוף למגבלות המשפט הפרטי. כמו כן, הציבור אינו רשאי להתנער מהתחייבותו בגין פגם ההונאה מפני שנהגו "בכל קהילות הקדש". שציבור אינו חוזר בו מהתחייבותו כלפי היחיד בגין פגם בסמיכות דעתו של המתחייב, כגון פגם ההונאה או פגם "דבר שלא בא לעולם". נוסף לכך, חלות על הציבור המתחייב נורמות של אתיקה ציבורית. בוודאי היה לפחות אחד מן היחידים בציבור המתחייב בעל הבנה כלכלית בנוגע לכדאיות העסקה, ומסתמא

150 שם, ר"א. נוסף לכך, הרשב"ש כתב שהציבור רשאי לסטות משורת הדין באמצעות שימוש באמצעי הפקעת הממון גם בתשובתו לרב אכן כספי, שם, תריב, וכתשובתו, שם, תקסו.

151 שו"ת הריב"ש (למברג, תקס"ה) תצו.

משפטים כ"ה תשנ"ה אי כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי

הציבור שמך ברעתו להתחייב מפני שסבר בשעת כריתת ההתחייבות ששולם מחיר הולם עבור הזכות שנמכרה. לכן קיים פגם אתי בטיעון שהציבור נתאנה: "גנאי הוא לצבור לומר מוטעים היינו"¹⁵².

5. המשפט הנכרי

5.1 התחייבויות שציבור או נציגיו היו מעורבים בכריתתן או ברישומן

5.1.1 הענקת יתר-תוקף לרישום בספרים פומביים

כאמור לעיל, בספרות ההלכה האשכנזית מן המאה ה"ג ואילך נזכרים מנהגים המעניקים יתר-תוקף להסכם של יחידים בפני ראשי הקהל או להסכם של יחיד עם ציבור – "דבר הנעשה ברבים".

ייתכן שמנהגים אלה הם תגובה יהודית לגירוי מן המשפט הנכרי שנהג בין היתר בגרמניה, ביחס לתוקפה של זכות משפטית שנושמה בספרים הציבוריים. תוקף זה נבע מדוקטרינת ה-*Öffentlicher Glaube* במשפט הגרמני של ימי הביניים. הגיהול הציבורי של הרישום בספרים פומביים והבדיקה הקפדנית של המסמכים והעובדות שהיוו בסיס לרישום, הקנו מהימנות יתרה למי שהסתמך על אותו רישום בנוגע לזכויות משפטיות. מי שטען שהוא בעל זכות בעלות או שעבוד בנכס, והסתמך על הרישום הנוגע לזכות זו בספרים הפומביים, נהנה מיתרון ראייתי כאשר נדרש להוכיח את זכותו. ראייה המבוססת על רישום בספרים הללו נחשבה עדיפה על פני ראיות אחרות, ולכן בדרך כלל לא הייתה אפשרות לערער על תוקפה של זכות משפטית הרשומה בהם. כמו כן יחיד שהסתמך על רישום זה נהנה מן ההגנה המוקנית במשפט הגרמני של ימי הביניים למחזיק נכס בתום לב¹⁵³.

152 ראה שו"ת הרשב"ש (ליורנו, תק"ב) תקסו. בפסיקה בבתי-הדין ובבתי-המשפט בישראל ראו בדברי הרשב"ש ביטוי לרשימה מוסרית, שהציבור, בכל מקרה, יעמוד בדיבורו. ראה: ערעור תשכ"ו/96, פד"ר 1 ו 181. בג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת ואח', פ"ד לון(2) 469; בג"צ 1635/90 זרזיבסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה(1) 780. ראה גם: מ' אלון "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית: פרק במשפט הציבורי העברי" שנתן המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז) 18; מ' אלון המשפט העברי (תשמ"ח) 574-573.

153 ראה: *Öffentlicher Glaube Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlin, 1979) Band II, 187. שם נאמר, שכבר בשלב הקדום יותר של הרישום בספרים הללו, במאות י"ג-ט"ו, מי שהיה רשום כבעל נכס בספרים הללו נחשב כמי שהביא ראיה העדיפה מראייתו של זה שהסתמך על מסמכים אחרים, או על עדים שהעידו בעל פה; ובגין כוח ראייתי עדיף זה, רישומי ה-*Schreinsintragungen* בקלן – אולי כבר במאה ה"ג, ודאי במאה ה"ד – נחשבו כראיה אשר הייתה בדרך כלל בלתי ניתנת לערעור. ראה גם (ביחס להליך פומבי של רישום העברות בעלות בקרקע ומשכנתאות כעיר קלן) H.J. Berman *Law and Revolution* (Cambridge Mass., 1983) 372, 373.

נציגי ציבור ומנהיגיו היו מעורבים בהליך הרישום. בערים בצפון גרמניה, מתחילת המאה הי"ג ואילך, ניהול הספרים הפומביים היה מופקד בידי מועצת העיר, ה-Stadtrat. כיוון שהרישום הפומבי של פעולות משפטיות של תושבי העיר נעשה בפני חברי מועצת העיר, או בפני שופט מיוחד, ניתן לזכות הרשומה בספרים אלו תוקף ראייתי מיוחד. במקומות מסוימים, העברת זכות בעלות בנכסי דלא נידי או העברת זכויות אחרות נחשבו תקפות רק כאשר נעשו בפני מועצת העיר¹⁵⁴. בעל הזכות הקודם היה צריך להופיע בפני מועצת העיר, שהייתה הגוף המוסמך לבצע עסקאות אלה¹⁵⁵. פעולת ההעברה נעשתה בפני מספר מסוים של חברי מועצת העיר¹⁵⁶.

5.1.2 הענקת יתר-תוקף להכרזה פומבית או לרישום פומבי במשפט העברי

במקורות עבריים מאשכנז¹⁵⁷ ומספרד, מן המאה הי"ג ואילך, נזכרת פעולה של

154 ראה: S. Buchholz *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht. Zur Geschichte der* 80-82 *Auflassung und der Grundschuld* (Frankfurt am Main 1978) (להלן: S. Buchholz).

155 S. Buchholz, at pp. 52, 81.

156 S. Buchholz, at pp. 52-53.

מדבריו שם משמע שנעשה שימוש בהעברה בדרך זו רק בנוגע לעסקאות מקרקעין מסוימות, כגון מכר שדות וכתים או העברת זכויות אחרות במקרקעין (מישכון מקרקעין וכד'). אולם מדברי Stobbe עולה שחייבו יחידים לזכות הסכם בפני גוף ציבורי גם בתחומים אחרים. לדבריו, כיוון שהיתה סכנה שצדדים להתחייבות בחוזה ינסו להשתחרר מהתחייבותם באמצעות שבועת שווא, קבע הארכיבישוף של קלן כבר במאה הי"ג, בפריבילגיה שנתן, שתחזים מסוימים יהיו תקפים רק אם נעשו בפני בית-משפט הקרי Schöffengericht. במקומות אחרים דרשו שרישום חוזים מסוימים יעשה בפני בית-משפט כדי לוודא שתוכנם לא יהיה בלתי-חוקי ולא יפגע בצדדים שלישיים. רישום חוזים בדרך זו נחשב כראיה מכרעת. ראה: O. Stobbe *Zur Geschichte des Deutschen Bertragsrechts* (Leipzig, 1855) 18-19. כמו כן, Stobbe שם כתב שנקטו באמצעים נוספים כדי למנוע כריתת התחייבות בקלות רעת, ללא גמירת דעת הררושה, וכדי למנוע התכחשות שלא בתום לב לתוקפו של חוזה. הוא הסביר שכדי למנוע התכחשות לתוקפו של חוזה באמצעות שבועת שווא קבעה פריבילגיה מווינה, משנת 1221, כי כל הסכם ביחס לעסקה חשובה צריך לזכות בפני שני אנשים לפחות מקרב חכריו של גוף ובו מאה אנשים כנים בעיר, ששמותיהם נרשמו בפנקס מיוחד. בשנת 1340 נקבעה שוב הוראה דומה. בכללים שנקבעו בעיר וינה נדרש, שהסכם מסוג זה יכרת בפני חברים בגוף המורכב ממאחיים או יותר אנשים כנים וחכמים ביותר.

157 נהגו באשכנז: "שכל מי שמוכר קרקע, מתחייבים בבית הכנסת על כל ידע שום ערעור על קרקע זו שיגיד בפני טובי העיר קודם שיצא מבית הכנסת; ואחר שמדקדקים בערעורים ורואים שאין בהם ממש, כותבים: 'כך וכך החרמנו ביום פלוני ולא יצא לא קול ולא טענה על קרקע פלוני כלל. ומעכשיו זיכינו פלוני באותו קרקע; ואם יבוא שום אדם מכאן ואילך, שהיה כאן באותה שעה, ויערער עליו – לא יהא ממש בדבריו ולא יהא אדם רשאי ליזקק (= להודקק) לדין זה". ראה שערי תשובות מהר"ם (ברלין, תרנ"א) כ"י אמשטרדם II, רלח.

ציבור לצורך הגנה על זכות בעלות על רכוש¹⁵⁸. הותקנו תקנות קהל או הונהגו מנהגים לטובת הקונים בעסקאות מתנה או מכר של מקרקעין. התקנות או המנהגים קבעו, שאחד הצדדים לעסקאות אלו רשאי לבקש מן הדיינים או מנציגי

ובמקבילה: שו"ת מהר"ם (קרימונה, שי"ז) רסב. ראה גם שו"ת אור זרוע ומהר"ם ב"ר ברוך (ירושלים, י"ז כהנא מהדיר, תשי"ג) רפט.

הליך פומבי בנוגע לבעלות ברכוש נזכר גם במקורות אשכנזיים נוספים. בתשובת מהר"ם מרוטנבורג בכתב יד קמברידג' O.R. 548, תשובה קסו, נאמר בשאלה, בין היתר: "ועוד, שמכרו הקרקע לאחר שהחזיקו בכי"ת [הכנס'ת] שתקת". ומהר"ם צ"ח בתשובתו בין היתר: "גם בשע"ה [שהחזיקו על כל מי שיש לו עירעור על הקרקע שמכר ללוקח שיבוא ויערער – ישמע ראובן, ולמה לא יערער?]. הביטוי "אחרמחא" בתשובות אשכנזיות אחרות התייחס כנראה לחרם הנלווה להכרזה בנוגע לבעלות במקרקעין. ראה: שו"ת מהר"ם (פראג, שס"ח) קיח: "מה שטוען אפטרופא (= אפוטרופוס, מורשה לטעון כשמים) של בני החצר שכל החצר שלהן מחמ'ת [שכתוב בשטר: 'מצר פלוני'] – בית חתנות של הקהל, וטובי הקהל חתומי'ם] על האחרמחא [א] וכו'". נראה כי גם הכותב בשו"ת אור זרוע (ליפסיה, תר"ך) קלו: "יש בידו שטר ואחרמחא מן הקהל" התייחס לשטר ראייה שכתבו נציגי הקהל, לאחר הכרזה שנלווה אליה חרם כדי לחזק את תוקפה, והזכור בה שכל היודע דבר אודות ערעור בנוגע לבעלות במקרקעין מסרימים יודיע לנציגי הקהל. ראה גם I.A. Agus 31-32, 62-63, n. 31-32. *Rabbi Meir of Rothenburg* (Philadelphia, 1947). עדות להטלת חרם סתם לטובת מחזיק במקרקעין, בקהילות אשכנז במאה הי"ג, מצויה בשטר שכתבו ראשי קהילת קלן במאה הי"ג. נאמר בשטר זה שהחזיקו חרם סתם, במושב כל הקהל, שכל מי שמצוי בקהילה יודע דבר אודות הבעלות בנכס מסרימים יבוא ויעיד בפני המחזיקים, ואם לא יעיד עד המועד שנקבע, וירצה לבוא ולערער לאחר זמן, לא יוכל לערער וערעורו ייחשב בטל. לאחר הטלת החרם כתבו נציגי הקהל שטר ראייה לטובת המחזיק במקרקעין, ובו נאמר כי לא יצא כל קול טענה וערעור ביחס לבעלות במקרקעין. ראה: R. Hoeniger und M. Stern *Das Judenschreibsbuch der Laurenzpfarre zu Köln* (Berlin, 1888) (= Quellen zur Geschichte der Juden in Deutschland, Band I, 31-32, מסמך 121) (להלן: הוניה-שטרן); B. Brilling, 47-48, 1005-1350 (Stuttgart, 1967) *Westfalia Judaica I*: 23, מסמך 23 (להלן: ברילינג-ריכטרין). התעודות שפרסמו הוניה-שטרן וברילינג-ריכטרין נתפרסמו חזילה על ידי Brisch. *Der Juden in Cöln Und Umgebung* (Mülheim am Rheim, 1879). Urkunden, 1-23. במסמך שנכתב סמוך למחצית המאה הי"ד נזכר שטר שחזקו את תוקפו, בין היתר, "באחרמחא של הקהל". ראה: הוניה-שטרן, מסמך 379, בעמ' 169-170; ברילינג-ריכטרין, מסמך 148, בעמ' 148. ראה גם (ביחס להטלת חרם סתם בקהילת קלן לצורך הגנת זכות בעלות במקרקעין של היחיד): א' גולאק אוצר השטרות (ירושלים, תרפ"ו) 177-178; ש' אסף "ספר הפסקים לר"י הזקן, ר"ת ושאר בעלי התוספות" ספר היובל לכבוד אלכסנדר מארכס (תש"י, חלק עברי) י.

158 וראה את דברי הרב מאיר הלוי אבולעפיה בשו"ת הרמ"ה (נדפס לראשונה בספר אור צדיקים [סלתיק, תקנ"ט]) רפט; הרב יצחק בן אברהם נרבוני קרקושא: "חמשה תשובות לרבנו יצחק בן אברהם נרבוני קרקושא ז"ל" גמחות ב (א"ל פלדמן מהדיר, תשמ"ה) נה, תשובה ד, תקנות העיר על איבוד זכויות ושעבדים; הרב שלמה בן אדרת: שו"ת הרשב"א, ח"א (בולגריה, רצ"ט) תתצג; שו"ת הרשב"א, ח"ג (ליוורנו, תקל"ח) תג, תיט, תלא; שו"ת הרשב"א, ח"ד (סלתיק, תקס"ג) קמב; שו"ת הרשב"א, ח"ו (ורשא, תרכ"ח) ז; שו"ת הרשב"א המיוחסות

הקהל להכריז בפומבי, שכל מי שיש לו זכות בעלות או שעבוד במקרקעין מסרימים יודיע על כך תוך פרק זמן מוגדר ויערער על העיסקה הנידונה. זכותו של היחיד שלא הודיע על קיומה של הזכות תוך פרק זמן זה, או שהודיע על קיומה של זכות והתברר שאין ממש בערעורו, הופקעה. לאחר חלוף פרק הזמן שנקבע, או לאחר שנדחה הערעור, העיסקה הנוגעת לזכות במקרקעין נחשבה תקפה ללא עוררין, וראשי הקהל כתבו שטר ראיה בנוגע לזכותו של הקונה במקרקעין¹⁵⁹. חכמי ספרד סמוך לשלהי המאה הי"ג הסבירו, שרכישת זכות במקרקעין באמצעות הכרזה פומבית אינה תקפה על פי שורת הדין. לדעתם, ההסדר שנקבע בעניין זה תקף מכוח סמכותו של הציבור, בתחום המשפט הציבורי, לקבוע הסדר שונה מזה הקיים על פי שורת הדין, לשם קידום טובת הציבור¹⁶⁰. הציבור עושה שימוש באמצעי הפקעת הממון, ומפקיע את זכות הבעלות של יחיד שלא הוכיח בזמן המיועד לכך שמוקנית לו זכות במקרקעין. כמו כן, עקרון עברי המעניק יתרתוקף למסמך שכתב בעל תפקיד ציבורי (סופר) נזכר בכתבי הרשב"א. הוא הזכיר תקנות קהל הקובעות שמעורבותו של בעל תפקיד ציבורי (סופר) בהליך התייעוד של פעולות משפטיות מסוימות מקנה להן יתרתוקף ראייתי, והכיר בתוקפן. כאשר חששו שמחמת מותו של אחד מן העדים שהיה צריך לחתום על שטר שערך "סופר על הקהל" ייגרם לציבור "היזק גדול", התקינה הקהילה תקנות קהל שקבעה כי אם מת עד לפני שהספיק לחתום על השטר, תקנה חתימת הסופר לשטר תוקף מחייב, ללא עוררין, כאילו חתמו על

לרמב"ן (ונציה, רע"ט) נט; הרב יוסף טוב (אל)אשבילי: כתבי הרשב"א (מ"י בלוי מהדיר, תשכ"ג) תשובות, ה; ריטב"א, שאלות ותשובות (י' קפאח מהדיר, תשי"ט) נ; ריטב"א, שאלות ותשובות (י' קפאח מהדיר, תשי"ט) קנו; הרב אשר בן יחיאל: שו"ת הרא"ש (וילנא, תרמ"א) יח, טז; הרב נסים גירונדי (בעניין תקנת הרא"ה): שאלות ותשובות הר"ן (א"ל פלדמן מהדיר, שדמ"ת), פ; שאלות ותשובות הר"ן (קושטא, ש"ח) פט; שו"ת הריב"ש (למברג, תקס"ה) שפח, שצ. ראה גם ביחס למנהג בנוגע להכרזה על מכר מקרקעין, שנעשה בעצת הרא"ה ונזכר בשאלת הריב"ש: שו"ת יבין וכו' (ליוורנו, תקמ"ב) ח"ב, ו.

159 הסדר זה נהג כנורמה ציבורית מקומית במקומות שונים. ראה פירוט המקומות במחקרים הבאים: מ' אלון "למהותן של תקנות הקהל במשפט העברי" מחקר משפט לזכר אברהם רוזנטל (ירושלים, תשכ"ד) 28, הערה 78; ש' שילה "על שתי תקנות קהל בספרד" סיני סא (תשכ"ז) רצא-רצב; מ' אלון המשפט העברי (תשמ"ח) 601, הערה 197; י' עסיס יהודי ארגוניה בימי שלטונו של יעקב השני (1291-1327) (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, תשמ"א) 282-283.

160 ראה שו"ת הרשב"א, ת"ו (ורשא, תרכ"ח) ז; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (ונציה, רע"ט) נט; חידושי הריטב"א (מ' גולדשטיין מהדיר, תשמ"ב) כתובות, ק, א, ד"ה "כי איצטריכא". חידושי הריטב"א (תשכ"ד) יבמות, פט, ב, ד"ה "הפקר ב"ד הפקר", ובמקבילה: נימוקי יוסף, יבמות, פט, ב (בדפי הר"ף, דפוס וילנא: כח, ב) ד"ה "וראשי האבות למטות", בשם הריטב"א.

השטר שני עדים¹⁶¹. לעתים מתו העדים לעיסקאות-מכר, או עזבו למקום רחוק לפני שהספיקו לחתום על השטר, והקונה הפסיד. לכן קבעה תקנת קהל כי הסופר "כותב עיקר המקח (= המכר) ותנאיו בפנקסו, ושיהא אותו הפנקס נאמן כשני עדים, כדרך שנוהגים בפנקסי הערכאות"¹⁶². מן הסיפא של דברי הרשב"א משמע, שהקהל היה מודע לקיומו של מנהג הנכרים בנוגע לתוקפו של הרישום בספרי הרישום שלהם, והנהיג מנהג עברי דומה, שנקלט בהלכה מכוח חקיקה בתחום המשפט הציבורי – תקנת קהל.

5.1.3 תגובה עברית למשפט הנכרי

היהודים באשכנז, מן המאה הי"ג ואילך, הכירו את תהליך רישום המקרקעין הפומבי הנכרי, ולעתים רשמו פעולות מכר ביניהם בספרי רישום הבעלות במקרקעין של הנכרים, כשם שרשמו בהם פעולות מכר בינם לבין נוצרים. כנראה ביקשו ליהנות מן היתרון הראייתי המוקנה במשפט הנכרי למי שזכויותיו בנוגע לרכוש רשומות בספרים אלה.

בגרמניה, בקהילת קלן, במאה הי"ג, כאשר המוכר היה נוצרי, כמעט תמיד ערכו את המשא ומתן ואת עיסקת המכר לפני הנכרים שרשמו את הבעלות במקרקעין¹⁶³. החל מתחילת שנות השישים של המאה הי"ג נהגו לאשר את תוקפן של פעולות מכר במקרקעין, או לערוך את עיסקאות-מכר המקרקעין, או למסור את שטר המכר לעירוניים הממונים על הרישום בספר רישום המקרקעין, בפני ראשי הקהל¹⁶⁴. החל משנת 1266 הופיעו הצדדים לעיסקת המכר בפני נציגי הקהל היהודי, הקרויים בתעודות של הנכרים בשם Judenbischof (= הפרנס העומד בראש הקהילה) ו-Judenrat (= הנהגת הקהילה). הם אישרו בכתב כי עיסקה מסוימת של מכר מקרקעין נעשתה כדין, בהתאם לכללי דיני הקניינים העבריים.

161 ראה שו"ת הרשב"א, ח"א (כולוניה, רצ"ט) תשכט, ובמקבילה: שו"ת הרשב"א, ח"ג (ליוורנו, חקל"ח) תלח. ראה גם תשב"ץ (למכר, תרנ"א) ח"ב, סג; י' עסיס, לעיל הערה 159, בעמ' 410.

162 שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (ונציה, רע"ט) סה. על קליטת דיני הנוטריין הנכריים במשפט העברי שנהג בספר, ראה גם: י' בער תולדות היהודים בספרד הנוצרית (תשכ"ה) 511-512, הערה 81.

163 ראה הוויגר-שטרן, בעמ' X. ביחס לרישום עיסקאות בין יהודים לנוצרים, ראה שם, בעמ' XIII.

164 שם, בעמ' XII, בעמ' 14-15, מסמך 77; שם, בעמ' 22-24, מסמך 105; שם, בעמ' 25-26, מסמך 109; ברלינג-ריכטרינג, בעמ' 46, מסמך 22; שם, בעמ' 41-42, מסמך 146; שם, בעמ' 55-56, מסמכים 167-168; שם, בעמ' 57-58, מסמכים 171-173.

שם, XXI, בעמ' 17-18, מסמך 87, נאמר שקונה העביר את נוסח השטר בעברית: "לעירוניים הממונים לאצור הכתבים והחותמות של מכירת קרקעות, להיותו בידם לערות נאמנה", בפני ראשי הקהל.

אישור זה שימש ראיה כלפי רושמי הבעלות במקרקעין לתוקפן של עיסקאות קנייה ומכירה של יהודים¹⁶⁵.
במאה ה"ו ואולי כבר במאה ה"ד כתבו פוסקי הלכה באשכנז שרישום בספרים הפומביים של הנכרים אמין, והכירו בתוקפו¹⁶⁶.

165 שם, XII. שם, בעמ' 114-115, מסמך 27-28; שם, בעמ' 116-117, מסמך 29-30; שם, בעמ' 341, מסמך 40-41; שם, בעמ' 115, מסמך 270-272. שם, בעמ' XII, מבואר שראשי הקהל בעצמם, או היחיד בפני ראשי הקהל, מסרו לנציגי רשות הרישום הנכרית את המסמך שהכינו ראשי הקהל, המאשר שנערכה עיסקה תקפה. נציגי רשות זו רשמו בספריהם את תוכן המסמך בלטינית, ותפרו את השטר שנערך בין הצדדים בעברית בסמך למקום הרישום בספרים. מ' פרנק קהילות אשכנז ובתי דיניהן מהמאה ה"ב עד סוף המאה ה"ו (תרצ"ח) 65-66 כתב כי גם בערכאות היו נוכחים ראשי הקהל. מחיבורו עולה כי השטרות הרשמיים, שחידדו עיסקאות בין יהודים, היו נעשים בערכאות רק בנוכחות ראשי הקהל, אשר היו מוטרם לממונים על הרישום את השטר היהודי בשם הקהל, מעידים על תוכנו בעל פה ומתרגמים אותו לפני הממונים. אלה היו כותבים בספרים הפומביים, בלטינית, מי הוא בעל הזכות לעתים כתבו נציגי הקהל היהודי שאין לערער על תוקף עיסקאות מסוימות במקרקעין. ראה הוויג'רשטרן, בעמ' 25-26, מסמך 109; ברלינג-ריכטר, בעמ' 46, מסמך 22; הוויג'רשטרן, בעמ' 35-36, מסמך 133; שם, בעמ' 37, מסמך 137; שם, בעמ' 38, מסמך 138; ברלינג-ריכטר, בעמ' 50, מסמך 24; הוויג'רשטרן, בעמ' 54, מסמך 165-166; א' גולאק אוצר השטרות (ירושלים, תרפ"ו) 177-179; ש' אסף "ספר הפסקים לר"י הזקן, ר"ת ושאר בעלי התוספות" ספר היובל לכבוד אלכסנדר מארכס (תשי"ז, חלק עברי) י.

166 במאה ה"ו דן הרב משה מינץ בתוקפה של צוואה שנערכה על ידי דיין, עדים וסופר נכרי. הוא הבחין בין מקרים שונים. כאשר הצוואה נערכה בפני דיין מיוחד, הממונה להיות שר העיר, ונעשה רישום בספרים הפומביים, דהיינו, תוכן הצוואה נכתב "בספר זכרונות העיר, שקוראים שטטבוך", אשר בו נכתב בית דין של קיום, מובטח שאין חשש זיוף. לעומת זאת, כאשר ההליך אינו פומבי אלא פרטי, כלומר נעשה לא בפני שר העיר ושופט העיר אלא בפני שופט פרטי, שאינו פועל מטעם רשויות עיר – "דיין מיוחד" – והרישום בנוגע לצוואה נעשה על נייר או על קלף ולא בספר פומבי של העיר, קיים חשש לזיוף ואין תוקף לצוואה. ראה שו"ת מהר"ם מינץ (י"ש דומב מהדיר, תשנ"א) סו. ראה גם מ' פרנק קהילות אשכנז ובתי דיניהן מהמאה ה"ב עד סוף המאה ה"ו (תרצ"ח) 63; ש' שילה דינא דמלכותא דינא (תשל"ה) 362; י"א דינר חכמי אשכנז בשלהי ימי הביניים (תשמ"ד) 140-141. במאה ה"ד כתב הרב מרדכי בן הלל, בנוסח כתב היד המתוארך הקדום ביותר של ספר מרדכי (כודפשו – מוזיאון לאומי 2⁰¹), גיטין, פרק ראשון:

אמ' [ר] שמואל: דינא דמלכותא [א] דינא, והכי הילכתא [א], לא שנא שטר מכר ולא שנא שטר מתנה. וכן ג"ל (= נראה לי), בזמן הזה, בהנטווישטן, וגם בעל פה, לפני גויים, ערכאות שבעיר (= אמר (האמורא) שמואל: דין המלכות [של הנכרים במקום] דין, וכך הלכה, לא שונה שטר מכר ולא שונה שטר מתנה. וכן נראה לי, בזמן הזה, בהנטווישטן [= לועזית], וגם בעל פה, לפני נכרים, ערכאות [= גוף משפטי נכרי] שבעיר).

הנוסח הזה לנוסח ספר המרדכי למסכת גיטין (מ"א רבינוביץ מהדיר, תש"ן) 350-351, יב. ראה גם שינוי נוסח במרדכי הגרפס ברפוס וילנא, גיטין, שכה. טיבה של הפעולה המשפטית הנעשית לפני הנכרים, בערכאות שבעיר, אינו ברור. הרב משה

הכרת כללי המשפט הנכרי בנוגע לרישום פומבי ניכרת גם בפסיקת חכמי ספרד החל מן המאה הי"ג ואילך. כאמור לעיל, הרשב"א הכיר בתוקפה של תקנת קהל שהנהיגה הליך רישום פומבי "כדרך שנוהגים בפנקסי הערכאות". הרא"ש דן בנוגע לשטר שהוציא בעל חוב על יהודי אחר "בכתב שלטון העיר, אחר שעשו הכרזה לבתים ל' (= שלושים) יום בבית-דין", ופסק שכאשר ההכרזה מתייחסת במפורש לזכויות במקרקעין, ואינה מנוסחת באופן סתמי, היא תקפה, כיוון ש"דינא דמלכותא דינא"¹⁶⁷ (= שדין המלכות דין).

ממסמכים מן העיר Saragosa, מן המאה הט"ו, עולה שיהודים בתקופה זו הכירו את מנהגי הנכרים בנוגע לרישום פומבי ועשו בהם שימוש. הם נהגו לקיים בבית הכנסת הכרזה על זכויות בעלות שלהם בנכסים שונים, וביקשו שנוטריון ציבורי נכרי ירשום זכויות אלה בספרי הרישום הפומביים. במסמך מתקופה זו נכתב שיהודי הביא נוטריון ציבורי נכרי של העיר לבית הכנסת. הוא ביקש שהנוטריון, על סמך ההליך שהוא היה עד לו בבית כנסת, יכתוב עבורו מסמך ציבורי¹⁶⁸. כנראה ביקש ליהנות מן התוקף המיוחד של בעלות המתועדת במסמכים ציבוריים של הנכרים. השימוש בהליך רישום פומבי היה עשוי להשפיע על היהודים. ייתכן שההסדר המשפטי במנהגים הנוגעים לתוקפה של התחייבות שהציבור העברי או מנהיגיו היו מעורבים בכריחתה, הוא תגובה לגירוי שיצרו דיני הנכרים הנוגעים לתוקפו של רישום פומבי. בתגובה לעיקרון שרווח במשפט הנכרי באותה תקופה – ייחוס יתר-תוקף לפעולה משפטית שנרשמה בספרי הרישום הפומביים – נוצר כלל עברי המעניק יתר-תוקף להתחייבויות שהקהל או מנהיגיו מעורבים בהן: הסכם של יחידים בפני ראשי הקהל או "דבר הנעשה ברבים". בתגובה לגירוי שיצר עיקרון נכרי זה עשויים היו להיווצר גם כללים עבריים המעניקים יתר-תוקף לבעלות לאחר הכרזה פומבית, או לבעלות במסמך שכתב סופר הקהל.

5.2 השוואת מעמדו של הסכם שהציבור צד לו למעמד חקיקה של ציבור

החל מן המאה הי"ג ואילך נזכרת בספרות ההלכה דוקטרינה משפטית לפיה הסכם

מינץ פירש בתשובתו (שו"ת מהר"ם מינץ (י"ש דומב מהדיר, תשנ"א) סו) שהרב מרדכי בן הלל התייחס להליך רישום בספר פומבי, או בעל פה, לפי מנהגי העיר: "וזהו הנסיון [לעצות], שנכתב בספר העיר, או נעשה בעל פה, לדברי דיני העיר". דהיינו, לדעתו סבר הרב מרדכי בן הלל, כבר במחצית הראשונה של המאה הי"ד, שההלכה מכירה בתוקפו של רישום בספרים פומביים בהתאם למנהגי הנכרים.

167 ראה: שו"ת הרא"ש (וילנא, תרמ"א) יח, טז. פרופ' שילה שיער כי ייתכן שתשובה זו מעידה שהקהילות היהודיות בספרד הושפעו מדיני הנכרים בנידון ואימצו את רעיונותיהם. ראה ש' שילה "על שתי חקונות קהל בספרד" סיני סא (תשכ"ז) רצא; הג"ל דינא דמלכותא דינא (תשל"ה) 137, הערה 314.

168 ראה: J. Cabeza Astrain "Noticias Y Documentos Sobre Los Judios Zaragozanos En El Siglo XV" 14 Sefarad (1954) 375, 383.

שכרת הציבור משוחרר מכל מגבלות המשפט הפרטי, בדומה לחקיקה של ציבור לצורך קידום טובת הציבור, שאף היא משוחררת מכל המגבלות הללו. דוקטרינה זו באה לידי ביטוי בעיקר בספרות ההלכה בספרד ובצפון אפריקה בנוגע להסכם שהציבור צד לו. חכמי הלכה בספרד וצפון אפריקה בתקופה זו דנו בבסיס המשפטי לאי-כפיפותם של הסכמי הציבור וחקיקתו למגבלות המשפט הפרטי. הרשב"ש הסביר שהתחייבות של ציבור משוחררת ממגבלות אלו מפני שדינה של התחייבות זו כדין תקנות של ציבור. על התחייבות זו ועל חקיקה ציבורית חלים, לדעתו, עקרונות המשפט הציבורי.

קיימת אפשרות שכיוון זה בפסיקה היה תגובה לגירוי מן המשפט הרומי של ימי הביניים, שעקרונותיו החלו לחדור לספרד, בהדרגה, במיוחד החל מן המאה ה"ג ואילך.

במשפט הרומי של ימי הביניים התקיימה דוקטרינה שלפיה דין חוזים שנכרתו עם רשויות ציבוריות, או בפניהן, הוא כדין חקיקה ציבורית, שתוקפה רב יותר מתוקפם של הסכמים בין יחידים. כשם שיחידים המשתייכים לציבור צריכים לציית לחקיקה ציבורית, כך הם חייבים לציית גם להסכמים של ציבור זה עם יחידים המשתייכים אליו. דוקטרינה זו הייתה קיימת כבר במאה ה"ג והיא באה לידי ביטוי באופן ברור בכתבי Bartolus de Saxoferrato, סמוך לראשית המאה ה"ד. Bartolus כתב:

ובזה אני מתכוון לומר, שמעמד הסכמים שנכרתו בחוזים עם העיר שלו, הוא כמעמד המשפטי של חוקים, התקפים כנגד (= ביחס) (ל)כל אזרחי העיר, וכנגד (= וביחס) (ל)כל אלו שהחוקים מחייבים אותם. בכך אני גם מתכוון לומר, שאם מועצת העיר ממנה נציג מטעמה (שהוענקה לו הרשאה לעשות פעולות משפטיות בשם העיר), כדי שיכרות בשמה הסכמים לטובת הקומונה או האנשים, ואף לטובת אנשים פרטיים, או חפצים; ביחס להסכמים חוזיים מסוימים של הקומונה, ניתן לחייב אנשים פרטיים לציית, בדיוק כמו שמחייבים אותם לציית לחוק שנתקבל בנוגע לדברים הללו. תוקף זה של ההסכמים אינו נובע מן החוזה בלבד, מכוח דיני החיובים, מפני שכאשר צד אחד הוא האנשים (בכללם, כלל הציבור), והצד השני הוא אנשים פרטיים המרכיבים את (כלל הציבור) האנשים, צד אחד אינו יכול לחייב את השני (בכפיה, בנגוד לרצונו); אלא הוא נובע מן התוקף של הוראת חוק, מפני שלחוזה כזה יש תוקף של הוראת חוק¹⁶⁹.

לדיו, דינו של הסכם בין יחיד ובין הציבור בעירו, או דינם של הסכמים שכורת נציג מטעם העיר בשמה, כדין חקיקה ציבורית, אף כאשר ההסכמים נכרתו

169 חרגום לעברית מלאטינית. ראה המקור (Bartolus de Saxoferrato, ad Dig. (Basiliae, 1578) 12.1.27, p. 51, n. 4-5.

לטובת אנשים פרטיים, מפני שמחילים את עקרונות המשפט הציבורי לא רק על החקיקה הציבורית, אלא גם על ההתחייבויות שהציבור כורת, או אלו שהוא מעורב בכריתתן. תפיסה משפטית זו הייתה יכולה להשפיע בדרך של גירוי על חכמי ההלכה מן המאה הי"ג ואילך, שפסקו באזורים שעקרונות המשפט הרומי נקלטו בהם, וכתבו בתקופה זו שיחידים המשתייכים לציבור צריכים לציית להסכמים של ציבור כשם שהם צריכים לציית לחקיקתו.

5.3 התנערות הציבור מהתחייבויותיו

כאמור לעיל, הריב"ש והרשב"ש סברו שמוטלת חובה על ציבור, שהתחייב כלפי היחיד, לעמוד בדיבורו, ואין זה ראוי שינסה להתנער מהתחייבותו בטענה שהיו פגמים בסמיכות דעת הציבור.

במשפט הרומי בימי הביניים הייתה מקובלת דוקטרינה שלפיה השליט אינו יכול לכבול את עצמו או את יורשיו באמצעות חקיקה, אולם הוא יכול לחייב את עצמו ואת יורשיו כלפי נחניו באמצעות חוזה. המדינה אינה יכולה לבטל זכות שהעניקה ליחידים באמצעות חוזה כאשר אין לה סיבה צודקת – *Justa causa* – לבטל את החוזה.¹⁷⁰

הדוקטרינה נזכרת בכתבי חכמי המשפט הרומי סמוך לזמנם של הריב"ש והרשב"ש, כגון Baldus de Ubaldis (1327?-1400) או Ludovicus Pontanus (1409-1439). ציין שחובת המלך לכבד הסכמים שהוא חתם עליהם כוללת גם חובה לכבד התחייבויות מכללל – מנהגים. לדעתו, כוחו של המנהג גדול מכוחו של המלך.¹⁷¹ Ludovicus כתב שחוזה של השליט בלי ספק כובל אותו, כפי שהוא מחייב יחיד שאינו שליט, ולכן אין לבטלו בדרך הפוגעת בזכויות היחידים שלמענם נכרת.¹⁷² עם זאת, לדעתו, שליט יכול לבטל באופן חדר צדדי זכות שהעניק ליחיד, כשקיימת סיבה צודקת לעשות זאת.¹⁷³ השלטון רשאי להשתחרר מכבלי חוזה שהוא צד לו לצורך קידום טובת הציבור.¹⁷⁴

170 ראה: O.V. Gierke *Political Theories of the Middle Ages* (trans.) (Cambridge, 1900), בעמדי הערות: 81, הערה 279. שם נזכר גם יישום הכלל במקרה מסוים: עיר אינה יכולה לבטל פטור ממס שהכטיחה למחיישכ כי במעשה זה היא מפרה חוזה; אך קיימים חריגים, כשקיימת סיבה שמצדיקה הפרה, כגון כשנשקפת סכנה לקיומה של העיר.

171 ראה: Baldus *Perusini in usus feudorum* (Lyons, 1585) Rubrica: De nature feudi, n. 2.
172 Ludovicus *Consilia* (Lugduni, 1565) Consilium 352, n. 16, 22, 24.
173 שם, n. 25.

174 השווה לפסיקה הישראלית בתחום זה. המשפט הישראלי דוגל בגישה שלפיה הסמכות השלטונית המסורה בידי המדינה, למען טובת הציבור, עדיפה על פני התחייבות לבצע התחייבות חוזית: "...בכך עם התחייבותה לבצע את החוזה הולך הכוח שניתן בידי המדינה, למען טובת הציבור, לבטל את הקשר ולהשתחרר מכבלי החוזה... החוזה תופס, אך אכיפתו מוגבלת, ובידי המדינה הרשות לבטלו, כל אימת שצרכיה החיוניים שלה יחייבו את

קיימת אפשרות שהמשפט העברי הגיב על גירוי מן המשפט הנכרי בנוגע להתנערות הציבור שכרת הסכם מהתחייבויותיו. עם זאת, מטרתה של הדוקטרינה הנזכרת בעניין תוקף התחייבותו של השליט בחוזה, לא הייתה הגנה על זכויות היחיד. לא נאמר שהדוקטרינה מונעת ניצול לרעה של זכויות השליט כדי לבטל חוזים שהוא צד להם. Ludovicus סבר שהיא משרתת את האינטרסים של השליט. לרעתו, השליט צריך לכבד הסכמים שהוא צד להם, אשר נכרתו בדרך נאותה, כדי שיחידים לא ימנעו מלכרות עמו הסכמים¹⁷⁵. נוסף לכך, לא נזכר במשפט הנכרי חיוב מוסרי המוטל על השלטון לקיים את התחייבויותיו, ולא נזכר פגם מוסרי – גנאי לשלטון שאינו מקיים התחייבויותיו. לעומת זאת, הריב"ש והרשב"ש התייחסו לנומרות של אחיקה ציבורית, שבגין לא ניתן לבטל התחייבויות מסוימות של הציבור כלפי היחיד. לכן אין בהכרח זיקה, אף לא בדרך של גירוי, בין הדוקטרינה המשפטית במשפט הרומי של ימי הביניים, לבין זו הקיימת במשפט העברי בתקופה זו בנוגע להתנערות הציבור מהתחייבויותיו.

6. סיכום

בשלושה תחומים משוחררת התחייבות שהציבור מעורב בכריתתה מן המגבלות המוטלות עליה במשפט הפרטי: חקיקה, התחייבויות בפני ראשי הציבור והתחייבויות שהציבור צד להן. עקרונות כלליים בנוגע לאי־כפיפותה של התחייבות מסוג זה למגבלות המשפט הפרטי, והבסיס המשפטי לאי־כפיפות זו, נזכרים בספרות ההלכה, במיוחד מן המאה הי"ג ואילך.

בפסיקה האשכנזית לפני זמנו של מהר"ם מרוטנבורג הובעו דעות שונות בנוגע לאי־כפיפותה של חקיקה ציבורית למגבלות המשפט הפרטי. מכתבי חכמי אשכנז הראשונים, במאות י"א, משמע מכללא שעקרונות המשפט הציבורי חלים על חקיקה זו. רבנו חם סבר שחלים ביחס אליה עקרונות המשפט הפרטי. לדידו

ביטולו, צרכים אלה גוברים על קדושת החוזים" (בג"צ 311/60 י' מילר נ' שר התחבורה ואח', פ"ד טו 2002). אולם השתחררות מהתחייבות חזית צריכה להיות סבירה ומוצדקת. ביחס להסכמים בעלי אופי ציבורי – הסכמים פוליטיים – כתב השופט ברק בבג"צ 1635/90 ז'רזבסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה(1) 846: "כשם שעקרון הסבירות עומד ביסוד החובה לכבד את ההסכם הפוליטי, הרי עקרון הסבירות הוא העומד גם ביסוד יכולת ההשתחררות של צד שלטוני מההסכם". כמו כן כתב שם, בעמ' 848: "תמיד יהיה צורך לקחת בחשבון, בצד ההתחייבות, את האינטרס הציבורי הכללי, תוך עימות בין השיקולים ואיזון ביניהם, על-פי תכליתה של החקיקה המקימה את הסמכות השלטונית".

175 Consilium 352, לעיל הערה 172, n. 24. ביאר Ludovicus שהעיקרון הקובע ששליט אינו רשאי לבטל הסכם ללא סיבה מוצדקת משרת את תועלת המלך. דהיינו, הוא נועד להבטיח שהמלך יוכל להתקשר בהסכמים מסחריים עם היחידים. לדעתו, אילו המלך היה רשאי להתנער מהתחייבויותיו כלפי הכפופים לו באורח חד־צדדי, יש להניח שאף אחד לא היה מתקשר עמו בהסכם מסחרי. מצב זה אינו הגיוני, מפני שהוא מונע פיתוח סחר עם השליט, והלה אינו יכול למעשה להתקשר בעסקאות מסחריות עם נתיניו.

התחייבות הציבור נכרתת בהסכמת כולם, והיא משוחררת ממגבלות מסוימות בדרך יצירת ההתחייבות מחמת סמיכות דעת יתרה, בגין מעורבותו של אדם חשוב בהתחייבות. חכמי מגנצא סמוך לראשית המאה הי"ג סברו שבנוגע לחקיקה הציבורית של ציבור שלם חלים עקרונות המשפט הציבורי. ביחס לחקיקה של חלק מציבור בני העיר – בעלי אומנות – חלים עקרונות המשפט הפרטי. נוסף לכך נחוצה בחקיקה זו מעורבותו של "אדם חשוב" כדי שיהא פיקוח ציבורי על תוכן ההסכם.

החל מזמנו של מהר"ם מרוטנבורג שורה תמימות דעים בפסיקה האשכנזית בנוגע לתוקף חקיקה ציבורית. לדעתו, ביחס לחקיקה ציבורית שמטרתה קידום טובת הציבור חלים עקרונות המשפט הציבורי, והיא משוחררת מכל מגבלות דרכי יצירת התחייבות במשפט הפרטי. לעומת זאת, בנוגע לחקיקה שאינה מקדמת את טובת הציבור חלים עקרונות המשפט הפרטי: היא חייבת להחקבל בהסכמת כל המשתתפים לציבור. פגמים בסמיכות דעתו של המתחייב כגון פגם "העדר מעשה קניין", או פגם האסמכתא, נרפאים בגין קיומה של הנאת ציוד הדדי.

חכמי ספרד וצפון אפריקה מן המאה הי"ג ואילך הבהירו מה הם העקרונות המשפטיים בנוגע לאי-כפיפותה של חקיקה ציבורית לדרישות המחייבות במשפט הפרטי. לדידם, עקרונות המשפט הציבורי חלים על חקיקתם של כל בעלי אומנות מסוימת, על חקיקתם של כל בני העיר או כל היחידים בקהילה בכל אתר, וכן על חקיקתם של רוב בני הציבורים הללו. חקיקה זו משוחררת מכל מגבלות דרכי יצירת התחייבות במשפט הפרטי. לעומת זאת, פעולת מיעוט – שניים או שלושה מקרב המשתתפים לציבור המחוקק – היא התחייבות אישית-פרטית, שאינה משוחררת מן המגבלות הללו.

חכמי ספרד, צפון אפריקה ופרובאנס לא הזכירו אפשרות של ריפוי פגמים בהתחייבותה של קבוצת יחידים הפועלת במשותף בגין קיומה של הנאת ציוד הדדי, הגורמת לסמיכות דעת יתרה להתחייב.

החל מן המאה הי"ג ואילך נזכרים בספרות ההלכה האשכנזית מנהגים המעניקים יתר-תוקף להסכם בין יחידים שנכרת בפני ראשי הקהל, או להסכם שהוא "דבר הנעשה ברבים", והיינו הסכם שנכרת בפני שלושה טובי העיר. התחייבות אלה משוחררות ממגבלות דרכי יצירת התחייבות במשפט הפרטי. מהר"ם מרוטנבורג הסביר שהתחייבות בפני ראשי הקהל משוחררת מכל המגבלות הללו בגין תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי.

חכמי הלכה באשכנז ובספרד מן המאה הי"ג ואילך כתבו, שהתחייבות שהציבור צד לה חופשית מן המגבלות הנזכרות. חכמי ספרד וצפון אפריקה הסבירו שהתחייבות זו משוחררת מהן בגין תחולת עקרונות המשפט הציבורי.

כמו כן מוטלות על הציבור חובות של אתיקה והגינות העולות על אלה המוטלות על היחיד. חכמים בספרד ובצפון אפריקה במאות י"ד-ט"ו כתבו, שציבור שהתחייב כלפי יחיד חייב לעמוד בדיבורו. כאשר הציבור מנסה להתכחש להתחייבותו, בטענה שלא סמך בדעתו להתחייב בשעת ההתחייבות, הוא עושה

מעשה שאינו נאות. נורמות של אתיקה ציבורית מחייבות אותו שלא לטעון טענה זו.

קיימת אפשרות שהמשפט הנכרי שנהג החל מן המאה הי"ג היווה גירוי שגרם לתגובה: קביעתם של כמה מעקרונות המשפט העבריים הנזכרים לעיל, שאף הם נזכרו לראשונה במאה הי"ג.

ייתכן שתוקפם המיוחד של הסכמים שנכרתו בפני נציגי ציבור, או של הסכמים הנחשבים ל"דבר הנעשה ברכים", היה תגובה לגירוי מדוקטרינת ה"Öffentlicher Glaube" במשפט הגרמני של ימי הביניים. בגין דוקטרינה זו רוחשים אמן רב לרישום זכות במקרקעין בספרים הפומביים. ההליך הפומבי של הרישום בפני רשות ציבורית או בפני נציגה מקנה לזכות במקרקעין הרשומה בספרים הללו תוקף כמעט בלתי מעורער. בתגובה לגירוי שיצר עיקרון זה עשויים היו היהודים לאמץ מנהגים הנותנים יתר-תוקף להסכמים שהציבור או מנהיגיו מעורבים בכריתתם.

חכמי הלכה בספרד ובצפון אפריקה במאות י"ד-ט"ו סברו, שדין הסכם שהציבור צד לו כדין חקיקתו של הציבור. הוא משוחרר מן המגבלות החלות על המשפט הפרטי בגין תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי. ייתכן שהשוואת מעמדו של הסכם שכרת ציבור למעמדה של חקיקת הציבור היא תגובה לגירוי מעיקרון במשפט הרומי של ימי הביניים, שלפיו דין הסכמים עם ציבור כדין חקיקתו. תוקף התחייבותיו של הציבור רב יותר מתוקפם של הסכמים בין יחידים.

כמו כן ייתכן שחכמי הלכה בימי הביניים, כתבו שמוטלת חובה על הציבור לעמוד בהתחייבותו, בתגובה לגירוי מדוקטרינה במשפט הרומי של ימי הביניים בנוגע לחובתו של שליט לכבד את התחייבותיו התחיות.

עם זאת, דמיון מסוים בין הסדרים משפטיים בשיטות משפט שונות אינו מעיד בהכרח ששיטת משפט אחת גירתה את חברתה, והטענה שעקרונות המשפט הנכרי הנזכרים לעיל השפיעו על המשפט העברי בדרך של גירוי היא השערה שאינה נקיה מספקות.