

תקנות ביד ותקנות צבור

א.

רבנו אליהו מזרחי, קובע בתשובת הקראים, שדעת הרמב"ם ורבנו תם היא ש"הכח שניתן לבית הדין הגדול שבירושלים, לגזור ולתקן ולהנהיג, לא ניתן לשום ב"ד שבעולם, אלא לב"ד אחד בכל דור ודור, והוא אותו שמדרגתו כמדרגת ב"ד הגדול שבירושלים, כלומר שאין דוגמתו בדור ההוא. ואילו ב"ד בעלמא, ומכל שכן טובי העיר, אין להם כח לגזור על שום אדם שבעולם". ואילו הרמב"ן והרשב"א סוברים — לדעתו של הרא"ם — "כי זה הכח שניתן לב"ד הגדול שבירושלים ולב"ד שבכל דור ודור, אינו אלא מפני שב"ד הגדול שבכל דור, כל אנשי דורו סומכין דעתן על ידו, בגזירות, תקנות ומנהגות, ומפני זה ניתן להם הכח, ואם כן גדולי העיר גם כן, מכיון שכל אנשי העיר עיניהם בהם תלויות, וכולהו סמכי דעתייהו עלייהו. וכמו שגדולי הדור הפקדם הפקר בכל מקום, כן נמי טובי העיר הפקדם הפקר לאנשי עירם" (שו"ת הרא"ם, סי' נ"ז).

והנה דבר גדול דיבר הרא"ם, ולהסברו בשיטת הרמב"ן יש להביא סיוע מלשון הרמב"ן בספר המצוות, עשין קנ"ג, לענין קידוש החודש, שלדעתו לא היה הדבר מסור בידי בית-דין הגדול אלא מפני שרשות כל ישראל היתה נתונה לו. ברם, עדיין הרשות נתונה לדרוש ולחקור, היכן מקורה של מחלוקת-איתנים זה בגמרא.

ונראה כי תלמוד ערוך הוא בגיטין ל"ו, ב: תא-שמע דאמר שמואל, לא כתבינן פרוזבול אלא אי בני דינא דסורא או ב"ד דנהרדעא וכר דילמא כי תקין הלל לדרי עלמא כגון ב"ד דידיה, וכגון בי דינא דרב אמי ורב אסי דאלימי לאפקועי ממוןא. — וצריך להבין אם בטוי זה מיוחד לפרוזבול, כלומר שתקנת פרוזבול טעם מיוחד יש בה שבגללו רק ב"ד גדול אלים להפקיע ממון, או שמא זה בנה אב לכל הפקר-בית-דין שאינו יכול להעשות אלא בב"ד גדול וחשוב — המאירי בחידושו מפרש כצד הראשון, וכך הוא כותב: "ומכל מקום אף הוא [הלל] לא התיר את הרצועה, ליעשות ע"י כל ב"ד שיודמן, אלא דוקא על ידי ב"ד חשוב ומומחה מצד חכמתו, ושהוא קבוע להיות כל בני המחוז מתנהגים על פיו, ובאים לפניו לדין" (גיטין, שם) — לאמור: דין מיוחד הוא בפרוזבול ומתנאי תקנת הלל.¹

¹ פשטות דברי הגמרא ודאי מוכיחים ש"ש. דאלימי לאפקועי ממוןא" בא ליתן טעם ונימוק למה קבע הלל רק ב"ד חשוב, וא"כ מוכרח שכוח זה להפקיע ממון הוא כוח ב"ד חשוב בכל מקום, ומזה למד הלל גם לענין תקנת הפרוזבול.

לעומת זה כשאנו מעיינים בתשובתו של רבנו חם, בדבר חוקף תקנות הצבור, רואים אנו שהוא משתמש נגדם בפרוש בביטוי זה שבגמרת גיטין, והרי הוא אומר: „אבל אם לא התנו מתחילה, אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו. והא דאמר הפקרי ב"ד הפקר — כגון בי דינא דרב אמי דרב אסי דאלימי לאפקועי ממונא" (מרדכי, פ"ק דבבא בתרא). שמע מינה שהוא מפרש כצד השני, ודעתו היא: מתקנת פרוחבל ילפינן לכולי עלמא, ודין כללי הוא בהפקרי ב"ד בכל מקום. [בנגוד לדעתו של הנכד — ר"ת — הורה זקן וקינן דש"י ז"ל בתשובה, וכתב בפרוש: „וכל שלשה שנתמנו ב"ד על ישראל, הרי הן כבית דינו של משה, לענוש נכסין ולהיות הפקרן הפקר" (תשובות חכמי צרפת סי' כ"ד)].

וזיקתה של סוגית גיטין לעניננו, מבוררת ביתר בהירות בשו"ת הריב"ש סי' שצ"ט. הוא, הסובר כדעת הרמב"ן והרשב"א, שכח יש בידי הצבור לכפות את תקנותיו על היחיד, עומד ושואל: „וא"ת והא אמרינן בגיטין פ' השולח וכו' כגון ב"ד דרב אמי ורב אסי דאלימי לאפקועי ממונא, אבל ב"ד אחרינא לא, דאלמא אין כל ב"ד יכולים להפקיע ממון? והוא גם מתרץ בנוסח המאירי — אם גם לאו מטעמיה — „דהתם הוא כגון פרוחבול, להפקיע ממון של זה שלא כדין, לכתוב עליו פרוחבול, אבל מה שעושין בני העיר בעירם לענין תקנותיהם, הרי הם כב"ד דרב אמי ורב אסי ועדיפי מינייהו".

ובזה אין חולק, וגם אלה השיטות שיש בכוח רוב העיר וטובי העיר להטיל תקנתם על כל הציבור, אין זה אלא משום שמשוים כוח רוב העיר וטובי העיר לגבי עיר זו כביד חשוב על כל ישראל כולה. וכן מפורשים דברי הרא"ם שהביאם המחבר שאלה השיטות סוברים שכל עיקר כוחו של ב"ד הגדול שבירושלים „אינו אלא מפני שביד הגדול שבכל דור, כל אנשי דורו סומכים דעתן על ידו". ומוזה הוא שלמדו שא"כ ה"ה טובי העיר שסמכה עליהם דעת אנשי העיר, יש להם סמכות זו לגבי עיר זו.

וכן מפורש הדבר במרדכי פ"ק דב"ב בשיטת הר"מ החולק על ר"ת שכי' ז"ל. ופירש ד"מ הטעם דטובי העיר הוי בעירם למה שהובררו כמו גדולי הדור בכל מקום, כמו שגדולי הדור הפקרים הוי הפקר בכל מקום דמיגדר מילתא ותקנתא, כך טובי העיר הוי הפקרים הפקר. ומ"ש לענין הפקר „גדולי הדור" הוא ע"כ על יסוד הגמרא גיטין הנ"ל שתלו זכות ההפקר רק בב"ד דרב אמי ורב אסי דאלימי לאפקועי ממונא. הרי שגם לשיטה זו מתפרשת הגמרא בפשוטה. ולא מצינו גם לשיטה זו אפשרות של הפקר ב"ד אלא ע"י ב"ד חשוב בלבד. ואין בדברי המאירי שום דבר שיוציא את הגמרא מידי משמעותא הפשוטה וכל דבריו אינם סובבים אלא להסביר מ"ש כי תקין הלל לדרי עלמא כגון ב"ד דידי' וכו'. אבל הסברא לכך במה שהעדיף הלל ב"ד חשוב הוא ודאי מה שנתפרש בדברי הגמרא משום „דאלימי לאפקועי ממונא" דהיינו שיש להם גם כוח עצמי להפקיע ממון והוא מדין הפקר ב"ד וכו'. (המע').

עלה בידינו, כי עיקרה של מחלוקת הראשונים נעוץ בפרושה של הגמרא בגיטין. הרמב"ן והרשב"א מפרשים כמאירי וכריב"ש, שדין זה מיוחד הוא בפרובול, ואילו בכל הפקר ב"ד — הדבר מסור לכל ב"ד²) ואפילו לטובי העיר. ואילו הרמב"ם ורבנו חם סוברים, שדין זה בנה אב לכל הפקר-ב"ד, שאינו אלא בב"ד גדול וחשוב, ואפילו בתי דין בעלמא לאו כל כמיניהו, וכל שכן טובי העיר.

ב.

ומשהגענו לכאן, שיסוד המחלוקת בתוקף תקנות הצבור, תלוי בחלוקי הדעות בדין הפקר-ב"ד, ראוי לנו שנתבונן במהות העיקר המשפטי הזה ששמו הפקר-ב"ד. עיקר זה מה טיבו? האם הוא יכול לשמש בסיס לתקנות קבועות או אינו משמש אלא לצרכי שעה? ותוקף כחו מאין הוא נובע? אם מדין בית-דין, כפי שמעיד עליו שמו, ומכח סמכותם התורנית, או שמא אף ב"ד אינם משמשים במקרה זה אלא כבאי-כח טובת הצבור, ופעולתם היא בכח סמכותם הצבורית?

ונברר בראשונה את שיטת הרמב"ם. שהנה כך הוא לשונה של ההלכה, בהלכות שמיטה ויובל: „אין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר, כב"ד של רב אמי ורב אסי, שהן ראוין להפקיע תמון בני-אדם" (פ"ט, הל' יז). משמע בפרוש שדעתו היא, שאין זה דין מיוחד בפרובול, אלא ב"ד כזה ראויים הם להפקיע ממון בכל מקום, ולא אחרים. וקשה לנו, שהרי הלכה זו נסתרת מפסקו של הרמב"ם בהלכות סנהדרין שכתב לאמור: „וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים וכו' שהפקר ב"ד הפקר" (פ"כד, הל' ו) — משמע שדין הפקר-ב"ד מסור לכל ב"ד ולכל דיין, ולא דוקא לב"ד גדול וחשוב. כיצד יתקיימו אפוא שני פסקים הללו? [אמנם לריטב"א בחידושו, יבמות פ"ט, גירסא אחרת ברמב"ם, והיא „וכן יש לכל ב"ד חשוב", ולפי גי' זו הכל אתי שפיר, ברם לפי גירסתנו הדבר טעון ישוב].

ונראה לומר שהרמב"ם מחלק בין דין הפקר-ב"ד למיגדר מילתא, לבין הפקר-ב"ד לתקון העולם. ודעתו היא: שהפקר-ב"ד כהוראת-שעה למיגדר מילתא, מסור הוא בידי כל ב"ד וכל דיין, ואילו ענייני תקנות קבועות, המבוססות על דין הפקר-ב"ד, הללו אינן מסורות אלא לבתי-דין גדולים וחשובים. ולכשנדייק בלשונו בהלכות סנהדרין, נווכח שהמדובר שם הוא באמת רק על ענייני גדר וסייג, שהרי האריך והסביר: „... ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת, ולחזק הבדק, או לקנוס אלם זה". וסדור ההלכות של הרמב"ם שם

(2) עי' הערה א' שעהלינו שגם לשיטה זו אין הפקר ב"ד מסור לכל ב"ד אלא לב"ד חשוב בלבד. וטובי העיר עדיפי כיון שנבררו לכך. הרי הם לענין צרכי העיר כב"ד חשוב לדוד כולו (המערי').

אף הוא מורה כך, שהרי העמיד דין הפקר-ב"ד אחרי הדין של "מכין ועונשין", ומשמע שדעתו היא שזהו פרט מן הכלל של מכין ועונשין. ועיין בלשון הטור חר"מ סי' ב', שמתוך צורת העתקתו את לשון הרמב"ם, נראה שאף הוא תפס בשיטתו שעיקרו של דבר משום מיגדר מילתא הוא. [וראה שם בב"ח שעמד על זה, ומתוך כך הוסיף שם שמכאן משמע שכל שאין בו משום מיגדר מילתא, סובר הרמב"ם כדעת ר"ת שרק ב"ד חשוב שבדור אלים לאפקועי ממונא. וע"ע קידושין ע"ד, א, תוד"ה שודא בדעת ר"ת לענין שודא דדייני].

ויסוד זה שהפקר ב"ד ענינו רק במיגדר מילתא, ומשום מכין ועונשין הוא, מוצאים אנו בתשובת מהר"י טוב-עלם האומר: "כללו של דבר, אין לאלו כח-כפייה על אלו, חוץ מנידוי עברות וכו' והיינו דתני ראב"י שמעתי שמכין ועונשין שלא כדין וכו' וכהאי גוונא אמר דהפקר-ב"ד-הפקר, אבל אפקועי ממונא דאינשי בכדי — לא" (שו"ת מהר"ם ב"ב, סי' תתק"מ).

אלא שכאמור אין לומר שהרמב"ם מעמיד את כל דין הפקר-ב"ד על היסוד של מכין ועונשין, שהרי מיסוד זה יכולים אנו ללמוד רק דיני הפקעה במקרים של מיגדר מילתא, ואילו הפקר-ב"ד לתיקון העולם — זו לא שמענו. ועוד: דין מכין ועונשין אינו אלא בהוראת-שעה, ואילו הפקר-ב"ד כחו יפה כידוע גם לתקנות קבועות לדורות. [ובשאלה זו, השניה, הרגיש הנמוקי-יוסף ביכמות פרק י' וכתב: "אבל הפקר ב"ד אפילו לעולם יש יכולת בידם", ואעפ"י שלא ביאר טעמו, נראה שכוונתו היא, שאם אמנם הפקר-ב"ד מטעם מכין ועונשין הוא, בכל זאת חילוק יש בין עונשי-גוף לעונשי-ממון. שבראשונים אין הרשות נתונה אלא להוראות-שעה, ואילו באחרונים הותר הדבר אפילו להורות לדורות].

ונראין הדברים שדעת הרמב"ם היא, שענייני תיקון העולם המבוססים על דין הפקר-ב"ד, אינם קשורים כל עיקר בדין מכין ועונשין, אלא הם נובעים בצורה ישירה מן המצוה הכוללת "על פי התורה אשר ירוך", המוסרת סמכויות רחבות לבית-דין הגדול לגזור גזירות ולתקן תקנות, לא רק בענייני איסור, אלא גם בענייני ממון, שהרי כך הוא לשונו של הרמב"ם בהלכות ממרים: "הרי הוא אומר על פי התורה אשר ירוך — אלו התקנות והגזירות והמנהגות שיוורו בהם לרבים כדי לחזק הדת ולתקן העולם" (פ"א, הל' ב). וכשם שביחס לכל ישראל, הדבר מסור לידי בית-דין הגדול, כך ביחס לכל מדינה הדבר מסור לידי בית הדין החשוב שבמדינה (עי' הקדמתו ליד החזקה).

ג.

הנה באנו עד הלום. על יסוד פסקו של הרמב"ם בפרובול כשמואל, ומפרובול למדנו שני דברים: (א) שדין הפקר ב"ד אינו רק במיגדר מילתא, אלא גם בתקון העולם; (ב) שאם כי במיגדר מילתא, הדבר מסור לכל ב"ד, הרי בתקון העולם צריכים אנו דוקא ב"ד חשוב.

ברם, יסוד זה טעון בדיקה. שהרי כתב רש"י בפרוש שעניינו של פרוזבול הוא משום סייג וגדר (גיטין ל"ה, ע"א וכן שם ע"ב). ולפי זה נצטרך לומר שגם במיגדר מילתא צריכים אנו ב"ד חשוב, והרי זה סותר כאמור את פסק הרמב"ם בפכ"ד מסנהדרין, וכן ליכא למשמע מינה דין הפקר ב"ד לתקן העולם. ואמנם מהר"י קולון הולך בטח בשיטה זו ואומר: „דאפילו בידינא דרב אמי ורב אסי אין יכולין להפקיע ממון, במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי — — ואע"ג דסוף סוף בבי דינא דרב אמי ורב אסי כתבינן פרוזבול לכולי עלמא, היינו משום מיגדר מילתא, זכר לשביעית כדתקין הל"ל (שרית מהר"ק, שורש א' ועיי"ש גם בשורש ק"פ). והוסיף החתם-סופר לבאר: „נראה פשוט בכוונת מהר"ק ד"ל, דהוא דיחורם כל רכושו דעזרא היינו לקנוס במגדר מילתא, ולזה הורשה דוקא גדול-הדור שאין כמותו כמו עזרא" (שרית חתם-סופר, אה"ע ח"א סי' ק"ח). ונראה שזוהי גם שיטתו של מהר"י טוב-עלם בתשובה שהובאה לעיל. (ובשרית מהר"ם אלשיך סי' נ"ט האריך בהשגות על מהר"ק, ועי' שרית תשובות לשואל סי' ל"ג).

ובשיטת מהר"ק החרה-החזיק גם מהר"י בן לב, והוא מוסיף לפרש שבדין זה עצמו נחלקו ר' אלעזר ור' יצחק. דלר"א הלומד דין הפקר ב"ד מפסוק אלה הנחלות, משמע דס"ל דין הפקר-ב"ד אפילו בענייני ממון רגילים, ואילו ר' יצחק הלומד דין זה מפסוק של עזרא, ס"ל דלא נאמר דין זה אלא במידי דמיגדר מילתא כעובדא דעזרא (עי' שרית מהריב"ל ח"א בסופו).

ולכאורה היה נראה לומר שגם הרמב"ם סובר כמותם, שכל עיקרו של הפקר-ב"ד אינו אלא במיגדר מילתא, שהרי באותה הלכה בפכ"ד מסנהדרין הלכה ר', הביא באמת רק את הפסוק של עזרא, כרב יצחק, ולא פסוק אלא הנחלות של ר' אלעזר, וכדיוקרי-חילוקו של מהריב"ל. ולא מיבעי לפי הריטב"א שהוא גורס באותה הלכה שברמב"ם „ב"ד חשוב" דוקא, הרי שיטת הרמב"ם היא באמת כשיטת מהר"ק ומהריב"ל, אלא שאפילו לפי גירסתנו ש„יש לכל דיין תמיד להפקיר ממון, אפשר ליישב את שיטת הרמב"ם ולומר, שחילוק יש בין פעולה חד-פעמית למיגדר מילתא לבין תקנה קבועה כגון פרוזבול. שאילו תקנה קבועה, אפילו אם היא למיגדר מילתא, אינה מסורה אלא לב"ד חשוב ובדור, ואולם הפקר-ב"ד חד-פעמי, כהוראת שעה, מסור לכל ב"ד ולכל דיין. ולכן פסק הרמב"ם בפרוזבול כשמואל, ומינה לכל תקנה קבועה למיגדר מילתא, ואילו בהלכות סנהדרין, בהלכות הוראת-שעה פסק ש„יש לכל דיין תמיד להפקיר ממון, ובזו אף המהר"ק יודה.

אלא שאין לנו כל הכרח לדחוק ולהעמיד שיטת הרמב"ם כמהר"ק. שהרי כל עיקר טעמו של המהר"ק הוא משום דס"ל כשיטת רש"י, דתקנת פרוזבול היא משום סייג וגדר, ואילו דעת הרמב"ם נתבארה יפה בכסף-משנה (הלכות ממרים, פרק א' הל' ב"ג), שהוא סובר ש„עיקר תקנת פרוזבול לא היתה סייג

לתורה, אלא מפני תקנת העניים שלא תנעל דלת, ומפני תקנת העשירים שלא יפסידו, והרי זו אפוא תקנה רגילה לתקון העולם, ומשום כך צריכים בה ב"ד חשוב.

וראיה ברורה לבאור הכס"מ בכוונת הרמב"ם שתקנת פרוזבול אינה ענין של סייג וגדר אלא ענין של תקון-העולם — מדברי הרמב"ם עצמו בהקדמתו לפירוש המשניות. שהרי הוא מחלק שם את כל הדינים לחמשה חלקים, והנהו קובע בחלק הרביעי „הדינים שתקנו הנביאים והחכמים בכל דור ודור, כדי לעשות סייג וגדר לתורה, ובחלק החמישי — תקנות ומנהגים „מהן בענייני איסור והיתר, ומהן בענין הממונות“. ובהדגישו שם את הסוגים, אין הוא מונה תקנת-פרוזבול בחלק הרביעי, בין סייגי התורה, אלא דוקא בחלק החמישי, בין התקנות הרגילות.

שיטת הרמב"ם היא אפוא ברורה. יסוד זה של הפקד-ב"ד שני פנים לו: אפירברבי כבסיס רחב לתקנות קבועות, והם פונים לעומת ב"ד הגדול, או ב"ד חשוב שבכל דור ודור; ואפירזוטרי — כבסיס צר לעונשין וקנסות כהוראות-שעה בכל מקום ובכל זמן, והם מסורים בידי כל ב"ד וכל דיין בישראל.

ד.

ומשנתבררה לנו שיטת הרמב"ם, אשר בה מופיע הפקר ב"ד בפרוש כדין מדיני בית הדין, מכח סמכותו התורנית — הרחבה או המצומצמת — בולטת יותר לעומתה שיטת הרמב"ן והרשב"א, אשר לא רק שהיא מרחיבה ומוסרת את כח ההפקר וההפקעה, ואפילו בתקנות קבועות, לידי כל ב"ד רגיל, אלא שהיא מוסיפה עליהם גם את טובי העיר. וברור: שיטה זו ודאי שאיננה יכולה לראות את הדין של הפקר-ב"ד כנובע משני המקורות של הרמב"ם — מיגדר מילתא ועל פי התורה אשר יורוך — שהרי שניהם מדיני בית-דין הם, ומה להם ולטובי העיר? על כרחך גלום כאן איזה יסוד צבורי, סמכות מכח הצבור וטובתו. לכשנעיינן בלשונם של הרמב"ן והרשב"א, נראה לכאורה שיש בידינו להשמיט את הדין של הפקר-ב"ד מתחת לתקנות הצבור, ולבססם על בסיס לגמרי אחר, והוא — משפט החרם. הלא כה הם דברי הרמב"ן: „וכן הדין באנשי העיר, אם הסכימו כלם או רבים במעמד טובי העיר והתרימו, כיון שהם רשאים להסיע על קיצתן ולהחרים בדבר, חרם שלהם חל על כל החייבין לילך בתקנתם. נמצא העובר על קיצתן מכל אנשי העיר — עובר על החרם“ (משפט החרם, סוף שרת המיוחסות לרמב"ן). וכן כותב תלמידו הרשב"א: „וכן הדין לאנשי העיר שגזרו גזירות או גדרים על אנשי עירם, רשאים הם בכך. והעובר על חרמם וגזירתם הרי זה מוחרם, וכן אם שמו בתקנתם עונש ממון וכו'“ (שרת הרשב"א, חלק ד' סי' רצ"ו וחלק ז' סי' קמ"ב ועיי"ש סי' קמ"ז). ושוב: „כדאמרינן בע"ז, במארה

אתם נארים וכר ומכאן לתקנות וגורות שהצבור גוזרין ומתקנין (שרית הרשב"א, חלק ה' סי' קכ"ה).³

ברם, דבר זה לא ניתן לאומרו, שהרי מפורש ברשב"א, בתשובה אחרת, שדין תקנות הצבור אף הוא מטעם הפקר-בי"ד (שרית הרשב"א, אלף ר"ו, עיי"ש). ושוב חוזרת שאלתנו למקומה. מה להפקר-בי"ד ולתקנות הצבור. ולא עוד אלא שקשה לנו, כיצד יתקיימו שני מקראות הללו, שבתשובות הקודמות מבסס הרשב"א

³ לשון הרמב"ן מוכיח שמש"כ שהסכמת הרוב מועילה להטלת החרם גם על המיעוט אינו אלא בהסתמכות על מ"ש בגמרא ב"ב ברשאים בני העיר להסיע על קיצתם, שמתפרש לדעתו גם כשלא היתה הסכמת המיעוט לכך מלכתחלה. שהרי כן כתב: „וכן הדין באנשי העיר וכר כיון שהם רשאים להסיע על קיצתם". ונמצא שגם כל משפט החרם ואפשרות הטלתו על דעת הרוב תלוי הוא בעיקר בפירוש הגמרא ב"ב הנ"ל, שלפי ר"ת ה"ז מתפרש רק כשהיתה ע"ז הסכמה מוקדמת מכולם. עכ"פ אין לנו שום יסוד ומקור לזה בדברי הכתובים. וגם מה שהביא הרשב"א הגמרא דאין גוזרים וכר, הרי המדובר על גזירת בי"ד. ורשות בי"ד להתרים ולקלל שהובאה לעיל שם בדברי הרמב"ן הרי היא גמרא ערוכה במ"ק ט"ז שאין בזה שום חולק. ונמצא שכל עיקר הדין שגם הציבור עצמו יכול להטיל את החרם וגם על המיעוט שאינו מסכים זה אין לו מקור אלא נובע משיטת הרמב"ן ודעתו שיש בכוח הציבור להטיל דעתו על המיעוט וכהסבר הרא"מ הנ"ל, אבל אין לראות בזה את מקור השיטה וטעמת.

וע"ע במרדכי ב"ב הנ"ל בשם אביהעזרי שאחרי שהביא דין זה שיש כוח ביד רוב הציבור לגזור גם על המיעוט וכדברי הרמב"ן הוסיף: „והפקר בי"ד הפקר בדבר שתקנת הציבור דכתיב וכל אשר לא יבא וכר". הרי שלמרות שכבר הסיק שיש בכוח הציבור לגזור על המיעוט, הוצרך להביא לענין ממון את הכתוב וכל אשר לא יבוא שנזכר לענין הפקר בי"ד. וצ"ל שגם לאחר שידענו שיש לציבור כוח לגזור ולהחרים, עדיין לא למדנו מזה לענין רשות וכוח להפקיר ממון. וכן יש לראות גם מעצם הסוגיא דמ"ק הנ"ל שהוצרכו לימודים מיוחדים לענין כח בי"ד לקלל ולהחרים, ולענין הפקר בי"ד בממון, ש"מ שאין ללמוד מזה ע"ז. (ובדוגמא מצינו לענין מלך שאעפ"י שהרשות בידו להמית מ"מ אין בידו להפקיר ממון). ולעצם מקור השיטה שיש לטובי העיר דין הפקר בי"ד שתמה המחבר איך נלמד זה מזה, שבי"ד עיקר כוחם מרשות וסמכות התורה ומנין לנו לענין סמכות הציבור עצמו. נראה שהוא נלמד מעצם עכתובים שהובאו בגמרא לביסוס דין הפקר בי"ד ואילו בדברי הכתובים אין נזכר בי"ד באופן מיוחד, כי הכתוב ביהושע מדבר על „ראשי המטות" והם נבחרו הציבור וכן הכתוב בעזרא כורך יחד וכולל את השרים עם הזקנים. ומזה למדו שכל עיקר מ"ש בגמרא הפקר בי"ד אינו מחמת כוח בי"ד אלא משום שבבי"ד חשוב, הרי הבי"ד נחשב כמבטא רצון הציבור סומך דעתו עליהם וכמש"כ הרא"מ, ואין עיקר הדין מיוחד לבי"ד באשר הם בי"ד אלא משום שהם מוסמכים ע"י הציבור, וע"כ הוצרך בי"ד חשוב דוקא, שהוא ע"כ לא משום שנלמד בדומה לעזרא שא"כ נצטרך דוקא סמוכים ודוקא סנהדרין של ע"א וגם בי"ד חשוב שבדור לא מהני, אע"כ שהוא רק מצד סמיכות דעת הציבור, וה"ה שרים וראשי המטות. ומזה למדו שח"ה לטובי העיר לענייני אותה העיר (המע').

את תקנות הצבור על משפט־החרם, ואילו כאן הוא מקשרם להפקר־ב"ד?
והנה בא הכתוב השלישי והכריע ביניהם. בתשובה נוספת מלמדנו הרשב"א
דבר גדול, אשר לא רק שהוא משיב בו תשובה לתמיהתנו, אלא שהוא גם מגלה
לנו אופק חדש בכל הדין של הפקר־ב"ד, ונותן לנו תשובה מספקת לעיקר שאלתנו.
המעין היטב בלשון הרשב"א בתשובה סי' תשפ"א, יווכח כי היוצא מדבריו הוא,
שלא רק תקנות הצבור מבוססות על משפט־החרם, אלא כל עיקרו של דין הפקר־
בית־דין אף הוא בא מכח משפט־החרם.

ולשון הפסוק שבעזרא "כל רכושו יחרם", שממנו אנו לומדים דין הפקר־ב"ד,
רומז בפירושו ליסוד זה של חרם (ועי' בפרחי ציון להר"י פרלא, כפתור ופרח פ"ה
אות צ"ו, שהאריך הרבה בשאלת הפקר־ב"ד ואיסור נכסים).

מעתה מתגלית לפנינו במלוא בהירותה, שיטתם של הרמב"ן והרשב"א:
דין הפקר־ב"ד, כיון שהוא נובע ממשפט־החרם, אינו מיוחד כלל לב"ד ואינו קשור
כל עיקר בסמכותו התורנית של בית־הדין. יסודו הוא: רצונו וטובתו
של הצבור. תיקתו לב"ד אינה אלא בגלל סמכותו הצבורית של מוסד זה.
ומטעם זה הריהו מסור גם לידי באי כח אתרים של הצבור והם טובי־העיר ונושאי
עולה.

[וכאן מקום אתנו לעמוד על דברי הריב"ש בתשובה, סי' שצ"ט, שהובאה
לעיל: "אבל מה שעושין בני העיר בעירם לענין תקנותיהם, הרי הם כבי דינא
דרב אמי ורב אסי, ועדיפי מינייהו", — עדיפות זו מה טיבה? אילו אמרנו,
כפי שעלה במחשבה, שתקנות הצבור יסוד אחר להם, ולא הפקר־ב"ד, ניחא. ברם,
השתא שהגענו לכאן שיסוד שניהם אחד הוא, מה מקום להעדפה זו? — ונראה
לומר שדעת הריב"ש היא, שכיון שכל הדין של הפקר־ב"ד מבוסס על כח חרמו
של צבור, יש להעדיף את האב על התולדה, ולכן תקנת הצבור עצמו, עדיפת
ועולה על הפקר־ב"ד הבא מכחו].

ועם הבהרת שיטת הרמב"ן והרשב"א בתקנות הצבור, שוב מתברר לנו
משום מה אין הרמב"ם מסכים עמהם בדעה זו, שהרי הוא אינו מודה כלל בעיקר
של משפט־החרם בענייני צבור, כדרך כפית של רוב על מיעוט, ושפתיו ברור מללו
בתשובה: "זה העובר על חרם שהחרימו רבים, והוא לא קבל על עצמו משום
שבועה, אינו חייב כלל — — — זה הדבר שידמו רוב העם שכל המחריים על דבר
מדברי הרשות, כגון חרם זה, יתחייבו הכל לקבל חרם זה — אין הדבר כך"
(שו"ת הרמב"ם, מהדורת פריימן הי"ד, סי' קי"א).

ובסיכומם של דברים, כדאי לציין שהגאון בעל דבר אברהם ז"ל, הבחין
בעין־הנשר שלו ביסוד הצבורי המבצבץ ועולה מתוך דין הפקר־ב"ד. עי' בספרו
הנ"ל סי' א' אות ה': "דלא נאמרה הלכה זו לב"ד של ישראל בתור ב"ד, אלא בתור
ממשלה, שהרי השרים הזקנים כתיב" ועיי"ש סי' י"א אות ז'. אלא שהוא קשר
הדברים עם דינא דמלכותא, ולדברינו יסודם הוא משפט־החרם, ורק אליבא דרמב"ן
ורשב"א.