

הליכות הנהגת מושב שיתופי

חידוש היישוב בא"י חייב צורות התישבות השונות במעט ממה שהיו מקובלות בידינו מדורות עברו, לא תמיד יכלו להקים ערים גדולות אלא בבחינת "והיה ראשיתך מצער ואחריתך ישגה מאד" ע"כ החלו להקים קבוצים ויישובים שיתופיים, ביחוד באזורים הקשים לעבודת הקרקע, ולפעמים אין באזור ההתישבות קרקעות הניתנות לעיבוד אלא במרחקים בגלל השכנים העוטים והיושבים מסביבנו, וע"כ צורת ההתישבות השיתופית הינה אפשרות לרוצים לעבוד את ארץ ישראל ולגדל פירותיה המתוקים, כמו"כ צורת התישבות שיתופית נותנת למתישב את הזמן והיכולת ללמוד ולעסוק בתורה בקביעות רבה. וביחוד כאשר הלימוד הוא מונחה ומנוהל ע"מ לחזק ולהתברך בלימודי התורה, סיבות אלו הביאו להקמת יישובים שיתופיים וכעת עלינו לשים את עינינו ולברר את ההליכות המתחדשות ביישוב זה, מהם הגדרים ההלכתיים של מוסדות היישוב השיתופי, כיצד אנו מגדירים את אסיפת החברים ואת המזכירות, כיצד ההלכה רוצה לראותם ומניין יונקים הם את כוחם. ועוד התעוררו בעיות מספר ביישובים הצעירים כגון כפייה על משרות האם אפשר לכפות אדם לקבל על עצמו תפקידים מסוימים או אי-אפשר, ועד כמה היא הבחירה לתפקידים אלו ומיהם היכולים להבחר לתפקידים אלו. אנו נשתדל לענות על שאלות אלו ועוד המסתעפות ממנה ככל אשר יתן ד' בינה בלבינו להעמיק בתורתו. כמובן שאין אלו כל השאלות בנושא מורכב זה אולם יהיה זה פתח לעיון מעמיק בהלכה עמוקה ומורכבת זאת.

א. כוחם של טובי העיר

הברייתא "בב"ת ח:): אומרת "ורשאים בני העיר לעשות קופה תמחוי ותמחוי קופה ולשנותה לכל מה שירצו ורשאיין בני העיר להתנות על המידות ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן". וכתב רש"י: "ולהסיע על קיצתן: לקנוס את העובר על קיצת דבריהם להסיעם מדת דין תורה". וכן הגמ' (בדף ט.) מביאה בענין שני טבחים שהתנו ביניהם דכל השוחט ביומו של חברו יקרעו את עור הבהמה. עבר אחד הטבחים על תנאי זה ושחט ביומו של חברו ועל כן קרעו את עור הבהמה, באו לפני רבא וחייבם לשלם את עור הבהמה, ועל כך הקשה רב ימר בר שלמיא הרי בני העיר יכולים להסיע על קיצתם ותירץ ר"פ דכאשר יש אדם גדול אין בני העיר

יכולים להסיע מעצמם על קיצתם. בכו"א אנו רואים שיכולים להתנות בני העיר תנאים וחיוב תשלומים.

נחלקו הראשונים בפרוש המימרא "ולהסיע על קיצתם" האם זהו דין כללי דהיינו בכל דבר שירצו כעת להתנות ביניהם יכולים לעשות כן ואפילו תקנות חדשות או שמא רק כאשר הם באים לקיים תקנות ישנות יש בכחם לכפות אבל אין בכחם לכפות תקנות חדשות וזו היא מחלוקת ר"ח והאבי-עזרי שמביא המרדכי (בב"ת פ"ק סי' ת"פ—תפ"ב) "פר"ת שנעשית הקיצות מדעת כל טובי העיר, וטובי העיר הוו כתבר העיר וכל כמיניה ופירש הר"מ הטעם דטובי העיר הוי בעירם למה שהובררו כמו גדולי הדור בכ"מ. כמו שגדולי הדור הפקדם היה הפקר בכ"מ ומגדר מלתא ותקנתא כך הוו שטובי העיר יהיה הפקדם הפקר". וממשיך המרדכי בשם ר"ת "רשאין בני העיר להסיע על קיצתן האי רשאין אף להסיע קאי פי' היכא דכבר התנו ביניהם, אבל אם לא התנו ביניהם מתחילה אין כח בבני העיר להכריח אדם מבני עירם למה שירצו, ודקאמר הפקר ב"ד הפקר כגון בי דינא דרב אמי ורב אסי דאלימי הוו לאפקיעי ממונא כדאיתא פרק השולח, והא דאמרינן ובאת אל הכהנים וכי תעלה בדעתך וכו' היינו שבדורם אין גדול כמותו אבל אם יש בדורם גדול כמותו אין בידן להפקיע ממונ". היוצא מכאן שיטת הר"ת שכח ב"ד להפקיע ולהתנות היינו בדבר שהוא מגדר מילתא ותקנה אבל בסתם דברים שאינם מיגדר מילתא ותקנתם הרי אין כח ביד טוה"ע לעשות תקנה חדשה שהרי אינם יכולים להפקיר אבל משמע שאם תהיה אסיפת כולם תועיל האסיפה גם לדברים אלו שאינם מגדר מילתא. אמנם בסי' תפ"ב במרדכי מביא את הראב"ה לחלוק על מה שכתב המרדכי לעיל בשם ר"ת וסבור האבי-עזרי "אם הובררו טוה"ע מתחילה להנהיג קהלם בכל-דבר אפילו יחיד שביירו מה שעשה עשוי בתקנת הקהל ויפתח בדורו כשמואל בדורו. ומקשה ראב"ה הרי בגמ' (במגילה כו) למדנו שאפילו בבהכנ"ס של כרכים אין מועלת מכירת ז' טובה"ע ומתוך שראשון הדבר נעשה בסתם לא מועלת המכירה אבל אם הובררו לכך הרי מועלת מכירת יחיד ג"כ, וא"כ ז' טובה"ע במעמד אנשי העיר שלא מיחו (ובשתיקה בעלמא סגי) ג"כ מכירתם מכירה דאל"כ מה מועילים זטה"ע ולכן אפילו אם אחד מוחה הרוב כופה את המעוט אמנם אם הרוב מוחה יכולים למחות דמה לי לא קבלו בתחילה מה לי בסוף שלא קיבלו עליהם החלטת הראשים". מדברי האבי-עזרי אנו לומדים שטובי הקהל יכול לתקן תקנות חדשות ג"כ אפילו אם אינן למגדר מילתא שהרי במצב של מגדר מילתא גם ר"ת מסכים אלא נחלקו ר"ת והאבי-עזרי בדין רגיל של תקנות הציבור שיש בזה רווחא להאי ופסידא להאי.

החת"ס ביו"ד סי' ה' הסביר את הלימוד של הראב"ה, שהרי קשה מה הקשה האבי-עזרי מביכנ"ס של כרכים שאינו נמכר ע"י טוה"ע הרי ביכנ"ס של כרכים הסברא היא שמא אחד מהעולם יש לו חלק בבהכנ"ס ואין יכולים לקחת את חלקו (כסברא זו כתב רש"י במגילה כו), אלא מסביר החת"ס שהאבי-עזרי למד שהסברא בביכנ"ס של כרכים היא כיוון שבני העיר בנו ואח"כ הקנו לכל העולם כסברת רמב"ם הלכות תפילה פי"א הט"ו, רשב"א ור"ן בתירוץ ב' לכן ברצון זטה"ע הכל

תלוי ועל כך הקשה הראב"ה מדוע אין זטה"ע יכולים למכור ביכנ"ס של כרכים ותירץ כיוון שלא נבררו למכירה זו כלל אבל נבררו יכולים למכור בהכנ"ס של כרכים ג"כ וכן כתב הר"ן במגילה.

אלא שיש לעיין בדברי הראב"ה במה נחלק על ר"ת. אם הדבר הוא במגדר מילתא או תיקון העולם הלא בזה ר"ת מודה ואי בדבר שאין בו מגדר מילתא או תיקון העולם למה יהא כח ברוב לכפות את המיעוט. (עיין חזו"א בבא-בבא"א סי' ד' אות ט"ו) אלא צ"ל שנחלקו לענין תקנות העיר, דר"ת סובר שרק בדבר שיש בו מגדר מילתא אפשר לתקן תקנות חדשות אבל בתקנות העיר לא יכולים לתקן כעת תקנות אם לא בהסכמת כולם. ועל כך סובר הראב"ה דלצורך העיר אפשר בכ"מ לתקן תקנות חדשות שהוא צורך גדול.

בענין "מגדר מילתא" נראה לכאורה כאלו סתירה בדברי הרמ"א שבסי' ב' מביא הרמ"א ב' דעות ר"ת והראב"ה וכותב שיש לנהוג כראב"ה במקום שהמנהג כן, אבל במקום שאין מנהג ידוע כראב"ה אין לנהוג כן ולחדש ע"י טה"ע תקנות חדשות, ואלו בסי' כ"ב סע' א' כתב "מיהו אם הם ממונים בעיר או טובי העיר לא יוכל לחזור כי כן נוהגים דכל מה שמקבלים בפני ראשי העיר שלא יוכלו לחזור בו" ומשמע שכתב ראשי הקהל הוא אפילו אם לא נהגו כן מעולם אלא כעת הם מוצאים ממון ג"כ הרשות בידם לעשות כן. וצריך לומר דחשיב כמגדר מילתא לתקון הקהל שיהא קיים כל מה שקיבל אדם בפני ראשי הקהל א"כ הרי"ז מגדר מילתא ולכו"ע יכולים לעשות ואפילו לחדש מנהגות ואין צריך לכך קנין ולכן כל המחלוקת בטוה"ע אם יכולים להוציא ממון, רק במקרה ולא קבלו עליהם, אבל כאשר קבלו עליהם אפילו ללא קנין ג"כ חייבים לנהוג, וכיוון שקבלו עליהם הרי"ז "מגדר מילתא" וע"כ יכולים לעשות כראות עינם. (עיין באר אליהו כ"ב סק"ט). וכן החזו"א (בב"ת סי' ד' אות ט"ו) כותב: "ונראה דענין שא"א להכריע בו ע"פ תורה וירבה מחלוקת שנואי לפני המקום ב"ה, וג"כ חשוב מגדר מילתא" (עיין מהרשד"ם סי' שמ"ב).

מחלוקת זו של ר"ת והראב"ה מופיעה ברמ"א חו"מ סי' ב': "וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול ומכין ועונשין והפקרן הפקר כפי המנהג אע"פ שיש חולקין וס"ל דאין כח ביד טובי העיר באלה רק להכריח הציבור במה שהיה מנהג מקדם או שקיבלו עליהם מדעת כולם אינן רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רוחא להאי ופסידא להאי או להפקיע ממון שלא מדעת כולם מ"מ הולכים אחר מנהג העיר וכ"ש אם קבלום עליהם ככל דבר" ונראה שהרמ"א פסק כדעת האב"עזרי ורק הביא כיש חולקים את דעת ר"ת משמע דס"ל כדעת הראב"ה, וכתב עוד הרמ"א "שהולכין אחר המנהג" והמנהג כבר הוזכרו בתחילת דברו שטובי העיר חשובים כב"ד הגדול ויפתח בדורו כשמואל בדורו. אמנם הגבלה זו שכתב הרמ"א ש"הולכין אחר מנהג העיר" היינו שחייבים להביא הראיה שמנהג העיר לילך ולקבל את כל פסקי טובי העיר, וכן כותב הנוב"י (חו"מ מה"ק סי' כ') שצריך להיות מנהג קבוע וידוע בעיר ועל טובי העיר להביא ראיה שזה מנהג קבוע בעירם להיות ידם על העליונה במה דאיכא פסידא להאי ורוחא להאי.

לפי דברים אלו נראה ברור שכל מקום שיש בו זטה"ע יכולים להטיל מס על כל הציבור אם הוא שווה לכל. דהיינו שאיננו מס שאיננו כדין אבל אם הוא כדין הרי אפשר לכפות עליו כיוון שהם זטה"ע והמנהג הוא לילך אחר זטה"ע (ע"ע בתשובת חת"ס סי' קט"ז). אמנם בדברים שאינם רגילים ושכיחים כלל והם חשובים מאד כגון מכירת ביהכנ"ס נראה שלא נבררו להכי דלא היה בדעת איש שנבררו לצורך זה ובדברים אלו אנו נזקיק מעמד אנשי העיר ורוב העיר שיקבעו את אשר יעשה וגם זטה"ע מלבד רוב העיר כפי שכותב הרמב"ן והריב"ש (תשובה רמ"ט): "רובם במעמד ז' טוה"ע, דבעינן רוב והסכמת טוה"ע, דאפילו איכא רוב בעינן בהדיהו טובי העיר שהם ראשי העיר בחכמה ויראת חטא כי היכי דלא זו תקנתיהו היא תקנה ולא קלקלה ואפילו הוו טובי העיר בעינן רוב וכו'.

ב. מספר טוה"ע

יש לעיין במספר טובי העיר לכאורה נראה שאנו דנים תמיד על ז' טוה"ע האם אנו באמת צריכים ז' או שמוא אפשר פחות. בירושלמי מגילה פ"ג נאמר "אמרין שלשה מבית הכנסת שבעה מבני העיר, מה אנן קיימין אם כשקבלו עליהם אפילו אחד אם בשלא קבלו עליהן אפילו כמה אלא כן אנן קיימין בסתם". בפירושו של הירושלמי נתלקו הראשונים אבל פשטותו הוא שלעניני ביהכנ"ס בעינן ג' אנשים, לעניני העיר ז', וכל אשר נתמנו בסתם הרי הם מתפקידים ובעלי החלטה בנוגע לדברים אלו, ואם היתה קבלה מיוחדת אפילו פחות מכן ג"כ יכול להתמנות דהיינו גם אחד אם נבחר מדעת כולם במיוחד לתפקיד הרי"ז קבל תוקף כללי, ונראה מכאן שלעניני העיר בעינן ז' ולא פחות, אלא שהר"ן (במגילה כ"ו) מסביר את הירושלמי שענין ביהכנ"ס היינו ביהכנ"ס של אומנים טרסיים ולכן כיוון שהם בעלי אומנות אחת הרי דינם כיחידים ויכולים למכור ולעשות בביהכנ"ס כרצונם והם גם יכולים להסיע על קיצתם ויש להם כח ב"ד (כן כותב הבאור הלכה קנ"ג סעיף ז' ד"ה וה"ה אם מכרו. ועיין בגר"א שם). א"כ כל מקום שמקבלים עליהם פחות מז' איש הרי כוחם ככוח ב"ד והם כז' טוה"ע. (בתמים דעים סימן ק"ד המסביר מעט אחרת את הירושלמי הנ"ל ומשם אין ראיה זו קימת, אלא שזו גם סברא פשוטה דאם בחרו פחות ג"כ מועילה הבחירה להיותם כז' טוה"ע. וכן כתב הריטב"א במגילה).

ג. מי הם טובי העיר

האם טובה"ע צריכים להיות באמת הטובים שבעיר. הסברא נותנת שהם באמת יהיו הטובים שבעיר, שהרי למדנו שהסברא לכה טובה"ע היא בגלל שהפקרם הפקר וא"כ הם צריכים להיות ב"ד חשוב. ואפילו לא מדין הפקר כבר כתב הריב"ש "שהם ראשי העיר בחכמה ויראת חטא" אמנם הבאר היטב (בסי' קנ"ג סקי"ח) כתב: "ז' טוה"ע אינו ר"ל היותר חכמים שבעיר, או היותר זקנים, אלא היותר משתדלים בדרכי הציבור" וכן כותב הרשב"א (בתשובה ח"א סי' תרי"ז) וז"ל: "ואכתוב לך

הקדמה כי שבעה טובי העיר המוזכרים בכל מקום אינם שבעה אנשים המובחרים בחכמה או בעושר וכבוד, אלא שבעה אנשים שהעמידום הציבור פרנסים סתם על עניגי העיר והרי הן כאפוטרופסים. ותשובות הרא"ם (סי' ג"ג עמ' קמ"ט ירושלים תשד"מ) "דיותר שייכות יש לאותו שאינו חכם המשתדל בצרכי צבור שיקרא ראש העיר ומטובי העיר, מאחר שכל עניגי הקהל מונהגים על ידו, ממה שיש לחכם שאינו משתדל בצרכי ציבור כלל ואינו חושש אלא בלימודו, שהרי עניגי הקהל וכל הקהל עצמו אין עיניהם תלויות אלא לאותו שמתעסק בצרכיהם ולא לאותו שהוא עוסק בלמודו בלבד". היוצא מדברי הראשונים הללו שאין צורך שזטה"ע יהיו גדולי הדור ונראה שגם הריב"ש ס"ל שאין צורך שיהיו גדולי הדור רק שלא יהיו פסולי דין ורשעים כיוון שהרי כל התקנה וזקוקה לחבר העיר (חכם העיר, יבואר לקמן בהרחבה) ע"מ שתהא תקנה ולא קלקלה וכל שאין חבר העיר מסכים אין הסכמתם הסכמה, א"כ הם אינם צריכים להיות מחכמי העיר אלא שלא יחמסו, אבל בסתם הרי הם כשרים להיות טובה"ע, ובעינין שיהיו החשובים ע"מ ליתן תוקף להחלטתם ולממכרם ונעשה לטובת העיר ותושביה ולא תצא תקלה תחת ידם.

ד. כפיה במנוי פרנס בקהילה

המרדכי בב"ת פ"ק סי' תפ"ח כתב: "גבאי של צדקה יש לו לקבל על עצמו להיות גבאי צדקה כדאיתא בירושלמי פרק בתרא דפאה: רבי יוסי אעל לכפרין, בעי מוקמן להו פרנסין, ולא קבילו, אעל ואמר קומיהון בן בני ממונה על הפקיע, ומה זה שנתמנה על הפתילות וזה להמנות מגדולי הדור, אתם שנתמניתם על דמי גפשות לא כ"ש" משמע מכאן שלא כפה אותם להיות גבאי צדקה ופרנסין על הצבור אלא הסביר להם בדרך שכנוע. אמנם אין ראיה זו מוכחת דשמה מתחילה רצה לשכנעם להיות פרנסין על הצבור, אבל במרדכי כתב "יש לו לקבל על עצמו" ומשמע שאין אפשרות של כפיה. וכן כותב אבן שהם סי' ל"ט ועוד מביא שם ראיה מהגמ' בסנהדרין (י"ז): "מאי אדוני משה כלאים" — הטל עליהם צרכי צבור והם כלים מאליהם". א"כ אין זה עשית טובה לאדם שהרי הוא כלה. ואין חבין לו לאדם בעל כורחו. אמנם התוספות מפרשים מדין עצבות שלא תשרה עליו רוח"ק אם כן היה נראה שבימינו שאין שכינה אינם כלים וצריכים לקבל ואולי אפשר לכפות ג"כ. אבל זה פשוט שכאשר אדם טרוד הרי אינו זוכה גם לשלמות רוחנית כידוע מהמצוה להיות שמח וטוב לב תמיד "תחת אשר לא עבדת את ה' אלוקיך בשמחה ובטוב לבב". א"כ הרי זה כליה לאדם לעסוק בצרכי צבור אלא שזכות הרבים מסייעתו וכאשר זכות הרבים מסייעת יש בידו להשלים עצמו ולהגיע למדרגה שלא היה יכול להגיע גם ללא זכות הרבים ולכן הוא צריך לרצות. ואם אינו רוצה לקבל עליו המינוי ממילא גם אין לו רצון לזכות הרבים והרי"ז כליון כלפיו, וממילא אי אפשר לכפות אותו על כליון. וכן מוכח מהגמ' בברכות (כ"ז): דאמר ר' אליעזר כשרצו למנותו לנשיא "איזיל ואימליך באינשי ביתי" ומשמע שלא יכלו לכפותו על משרה זו אלא בהסכמתו ואתו וא"כ מוכח שאין לכפות אדם על תפקיד מסוים ובאם

לא ירצה אין למנוע ממנו זכויות מסוימות כאמצעי לחץ שיאות לקבל עליו
משרה — עבדות זו.

ה. האם יכולים הקהל לחזור בהם מקבלת הממונים

מדברי הראב"ה שהובאו במרדכי בב"ת פ"ק ס"י תפ"ב נראה להביא ראייה שהרי
כתב שם "ואם לא הסכימו רוב הקהל אך הראשים עשו יכולים למחות דמה לי (לא)
קבלו בתחילה מה לי בסוף, אבל אם הרוב הסכים והמיעוט מיחה חלה עליהם הגזירה
בעל כורחם דגרסינן בע"ז (ל"ו.) אין גוזרין גזירה על הציבור אלא א"כ רוב
הציבור יכולין לעמוד בה שנאמר: "במארה אתם גאורים ואותי אתם קובעים הגוי
כולו" אי איכא הגוי כולו אין ואי לא לא, ובפ"ק דהוריות מיתתי לה ומסיק והא
הכא דכתיב הגוי כולו ורובו ככולו ש"מ שחלה הגזירה בהסכמת הרוב אע"פ שאין
המיעוט יכול לקבלה". א"כ נראה שבעינין הסכמת הרוב אבל אם אין הרוב מסכים
אין התקנה חלה וביחוד לפי הסברא שהביא הראב"ה בתחילה: "דמה לי לא קבלו
בתחילה מה לי בסוף", משמע שאם הציבור כעת אינו רוצה לקבל תקנה זו הרי
היכולת היא בידו לעשות כן שהרי היה יכול שלא לבחור ממונים אלו. אמנם יש לעיין
האם הדברים אמורים בזמן מעשה טובה"ע שהרוב כעת אינו רוצה לקבל את תקנתם
אבל מה יהיה הדין אם קבלו כבר את תקנתם וכעת רוצים לחזור בהם? ונראה
לפי הראב"ה שאם לפני קבלת הגזירה ירצו לחזור דהיינו שלא תחול התקנה כלל —
הרשות בידם והסכמת הממונים לבדה אינה מועלת, אבל לאחר שכבר נתקבלה התקנה
ולא מיחו אינם יכולים לחזור בהם הציבור.

וכשם שאם היתה קבלת הדין בבי"ד אינם יכולים לחזור מפסק הדין. כן כל תקנה
שלא מיחו הקהל אינם יכולים אח"כ לבטלה אם נתקבלה מדעת טובה"ע, שהרי
טובה"ע הם ככל אנשי העיר בדברים רגילים. וכן כתב המהרשד"ם (יו"ד רכ"ז).

אמנם דברי החת"ס סותרים דברים אלו שהרי כתב בתשובות חת"ס (יו"ד סי'
ה'): "אמנם הרוב יכולים למחות אע"ג שהם עצמם מינו אותם לכתחילה על כל
דבר הקהל, מ"מ יכולים עתה לחזור בהם וגם ע"ד שייך מה לי קבלה מתחילה מה
לי קבלה בסוף שהם אמרו למנותם והם אמרו לחזור בהם ואפילו כה"ג נתמנה בפה
ומסתלק בפה כמ"ש תוס' (יומא י"ג:) וכו'. ע"כ יכולים הרוב לסרב על תקנתם
וכאלו סלקום ממנוים עכשיו". ונראה מדברי החת"ס שיכולים לחזור גם בתקנות
הקהל שהיו מקודם כאשר רוצה הרוב לחזור בו. ונראה עוד להוסיף על דברי החת"ס
הללו, שהרי ודאי הממונים יכולים לחזור בהם מכל קבלה שקבלו עליהם כפי
שיכולים לחזור ממינויים מסוימים שהרי הגמרא (בברכות כ"ז:) מספרת על ר"ג
שהועבר מגשיאותו מכיוון שדעת חכמים לא היתה נוחה הימנו ומינו את ראב"ע
ואח"כ העבירו את ראב"ע וחזרו ומינו את ר"ג. א"כ נראה שאנשי הקהילה יש בידם
למנות את אשר ברצונם וגם הממונים יכולים לחזור ממינוי שהם עשו, א"כ מהיכי
תיתי שלא יוכלו אנשי הקהילה עצמם לחזור שהרי יכולים לחזור בהם ממינוי

הממונים הללו. ע"כ נראה כדעת החת"ס שכותב שאפשרי לחזור ולא כפי שכתב המהרשד"ם והסכים איתו במשפט שלום קונטרס תיקון עולם סי' רל"א אות ד'.

ו. כאשר אינם כאן זטה"ע אלא רובם נכתיב, והאם הולכים אחר הרוב

בהכרעת זטה"ע

הגמ' בסנהדרין (ל'). אמתניתין "דשנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב — זכאי, שנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי — חייב". 'מיכתב היכי כתבי ר' יוחנן אמר זכאי, ריש לקיש אומר פלוני ופלוני מוכין ופלוני מחייב, ר"א אומר מדבריהם נזדכה פלוני, מאי בינייהו? איכא בינייהו לשלומי איהו מנתא בהדיהו, דלמ"ד זכאי — משלם, ולמ"ד פלוני ופלוני מוכין לא משלם, ופריך ולמ"ד זכאי — משלם, לימא להו אי לדידי צייתתון אתון גמי לא שלימתון, אלא איכא בינייהו לשלומי אינהו מנתא דידיה, למ"ד זכאי — משלם, למ"ד פו"פ מוכין ופלוני מחייב — לא משלם, ופריך ולמ"ד זכאי משלמי לימהו ליה אי לאו את בהדן לא הוה סליק דינא מידי". א"כ יוצא מדברי הגמ' שאין להם לשלם חלקו כיוון שאם היה מסתלק מן הדין לא היה מתקיים הדין כלל וא"כ הוא גרם לדין ולטעות. ולכן מביא הרשב"א בתשובה בתולדות אדם לרשב"א (סי' ק"ד) מובא (בסוף סי' י"ג) בטור, וכן כתב השו"ע סי' י"ג סעי' ז': "אם בררו להם עשרה אנשים שידונו להם בין דין בין בפשרה, שאם לא יסכימו לדעה אחת ילכו אחר הרוב וגסתלק א' מהם ואינו אומר דעתו או שאומר איני יודע אפילו הסכימו התשעה לדעה אחת — אינו כולם". א"כ המקור לדין הוא בגמ' בסנהדרין שהבאנו לעיל. ולפי"ז נראה שאם נבחרו ז' טובה"ע וחסר אחד מהם ממעמד המכריע והכופה א"כ אין להחלטתם כל תוקף אם אחד הנבחרים אינו נמצא, וכן משמע בשו"ע חו"מ סי' י"ח סעי' ד'. אם כן כיון שנבחרו על דעת מספר זה, דהיינו זטה"ע ולא פחות, ישנה הקפדה שיהיו כולם, והם הם הנבחרים ואותם רוצה הציבור כדיינים עליהם חייבים שהיו כולם בדיון זה, וכאשר חסר אחד א"א לקבל את החלטתם אע"פ שהיו רובם, מ"מ הרי אין כאן כל העשרה או מגין הברורים והדין בטל וכן כותב הברכי יוסף חו"מ סי' י"ג אות ד'.

כן דעת הרוב כאשר אחד אומר איני יודע הביא הרמ"א בשו"ע סי' י"ח סעי' א': קהל שבררו ד' וה' בוררים אין הולכים אחר הרוב שאין רוב אלא בב"ד". והקשה הגר"א שם סק"י "צ"ע דבלא"ה אין הולכים כמ"ש סי' י"ג ס"ז דהיינו הרי למדנו בשו"ע שהתנו במפורש לילך אחר הרוב ומשמע דאל"כ לא יכולים ללכת אחר הרוב כלל. וע"כ צריך לומר דמה שכתוב בסי' י"ג שהתנו לילך אחר הרוב היינו לענין פשרה דבעינן דעת כולם, שהרי בררו להם עשרה פשרנים. ובסתם בעינן דעת כולם כפי שכתוב בסי' י"ב סעי' י"ח: "אם רבים הם הפשרנים י"א שאין הולכים אחר הרוב אלא צריך שיסכימו כולם". ולכן כתב השו"ע בסי' י"ג סעי' ז' שצריך להתנות שיהא עפ"י דעת הרוב דאל"כ בפשרה אין הולכים בה אחר רוב אלא בעינן דעת כולם. אמנם ברורים של הקהל היינו ברורים מיוחדים לדין מיוחד וע"כ כאשר הם

ג. הרי זה כדין ב"ד והולכים לפי הרוב. אמנם יתרה מזו, נראה שהבוררים הללו נבחרו ע"ד של דין מיוחד שיבחרו בנושא מסוים. אבל אין הדינים הללו שייכים לזמבחה"ע שהם נבחרו בסתם ובהם הדין הוא ודאי ככה ב"ד דרך בוררים שנבחרו לצורך מיוחד אזי הם משונים שאין הולכים אחר הרוב אבל במנהיגי הקהל שאינם בגדר בוררים אלא זטה"ע ודאי דאוליגן בתר רוב שהרי זטה"ע הם כח של ב"ד גמור. היוצא מכאן שכאשר אומר השו"ע בסי' י"ג סעי' ז' "אם בררו להם י אנשים שידונו להם בין בדין בין בפשר ושאל לא יסכימו כולם לדעה אחת ילכו אחר הרוב". היינו לענין פשרה עשו תנאי זה, אבל בדין אין צריך תנאי זה אלא הרי"ז ככל ב"ד שהולכים לפי הרוב. וכן כתב הרב זצ"ל באר אליהו סי' י"ח סק"י. ונראה לפי דברינו שלזטה"ע יש כח ב"ד חייבים להיות כל חברי בה"ד נוכחים ואם אחד חסר אין לנו אפשרות לדון אלא בעינן כולם שהרי על דעת כן נבחרו שיהיו כל ה' נמצאים אלא א"כ יתנו שגם כשאין כל ז' הדיינים בעין אלא רובם ג"כ יכולים לדון הרי"ז תנאי מיוחד אבל בל"ז אינם יכולים לכפות אלא אם נמצאים כולם שהרי הם כמו ב"ד שכאשר חסרים דיינים אינם יכולים לפסוק עיין בסנהדרין ל"ז. "שרוך אגן הסהר" ורמב"ם הל' סנהדרין פ"ג ה"ב וע"כ נראה שאם חסרו ממספר הנבחרים לא יוכלו לכפות אמנם יוכלו ללכת אחר הרוב כאשר כולם נמצאים אמנם כ"ז בסתמא אבל אם יתנו תנאי שיקבלו על עצמם שגם כאשר אין כל זטה"ע נמצאים בזמן ההחלטה אלא רובם יכולים הרוב לכפות את המיעוט אזי זו היא קבלה מיוחדת שהם מקבלים על עצמם.

היוצא מדברינו אלו שמספיק בתוך זטה"ע רוב, אולם בעינן שיהיו כולם נוכחים ואם יהיו חסרים לא יחול הדין מלבד אם יתנו ביניהם תנאי שיהא שעל דעת כן. להלן עוד יוכח שכח זטה"ע הוא מכה ב"ד ובו ברור דאוליגן בתר הרוב אבל חובה שכולם יהיו נוכחים. אמנם נראה שכיוון שיש להם דין של דיינים אינם יכולים לברר דעתם בנושא מסוים שאם יבררו דעתם ברבים בנושא מסוים לא יוכלו לחזור ולדון בצורה אוביקטיבית וכן מביא הש"ך סי' י"ז סק"ט "אכן אם כבר גשאל מדיין וכתב לו פסק ודעתו עליו אין רשאי לפסוק דחשיב גוגע וכ"כ ר"ל בן חביב באגרת הסמיכה אשר לו" ועוד חזר על כך בשו"ע חו"מ סי' י"ח סק"א וזו היתה בין המחלוקות של המהרלב"ח ומהר"י בן חביב בנושא חידוש הסמיכה ע"י הסכמת חכמי צפת. ועיין פתחי התשובה חו"מ רל"א סעי' כ"ח באריכות.

ז. בחירות בקלפי ולא בפני כולם

לפי כל מה שבררנו עד כה יוצא שכאשר העיר בוחרת בועד העיר הרי צריכים להיות כולם. נוכחים ונבחרים מתוכם, אולם מה שאנו עושים היינו בחירות בקלפי אין זה בחירות מתוך כולם, הרי לא כולם מצביעים. ונראה לומר בזה שני צדדי היתר: הראשון — אם עושים תעמולה כל צד מן הנבחרים מגלה דעתו וישנה אפשרות למיעוט ג"כ להביע דעתו ולהשמיעה לכולם, שהרי אפשרי שכולם ישמעו, וא"כ הרי"ז חשיב ג"כ כמעמד כולם, שהרי כולם שומעים את כל הדעות ורק אח"כ

נעשית הבחירה, ולא גריעא בחירתינו מבחירה שתוקנה בחז"ל, ועוד בו שניה: דהכל נעשה עפ"י המנהגים והמנהג הוא הגורם להלכה, עיין ש"ך יו"ד (סי' רכ"ח סקפ"ט) המביא בשם הרשב"ץ שעכשיו המנהגים משתנים מדור לדור ומעולם לא נשמע שבביטול שום הסכמה תועיל מחאת יחיד אלא הולכים אחר רוב מנהגי הקהילה ובימינו המנהג הוא להצביע בקלפי. (וע"ע בנתה"מ חו"מ קמ"ט סקט"ו, ומשפט שלום לתקון עולם סי' רל"א סוף אות ו', ואם זהו המנהג שכך יעשו על כן הרי"ז כד"ן).

ח. תקנת זטה"ע בענייני ממון

הנה כתב הנוב"י (מה"ק חו"מ סי' כ') דאם נודע הדבר שהיה מנהג ביד מנהגי הקהל שהם יכולים לקבל החלטות אפילו בדברים דאיכא רוחא להאי ופסידא להאי בכו"א לא בכל ענין שהרי כותב שבדברים שנוגעים גם להם עצמם אינם נקראים טוה"ע, ולכאורה יש לעיין שהרי הנוב"י מביא שהמקור לדבריו הוא הדמ"א בסי' קס"ג סעי' א' שם נאמר: "כל צרכי צבור שאינן יכולין להשוות עצמן יש להושיב כל בעה"ב... וילכו אחר הרוב...". יסוד דברי הרמ"א הללו הם הגהות מיימוניות בהלכות תפילה פ"א אות ב'. נראה שהדברים שם אמורים כאשר אין אפשרות לברור ראשים, דהיינו אין מנהיגים בכל עניני הקהל, אוי צריכים להתאסף כולם ע"מ לבחור מנהיגים, ראשים, גבאים, אבל לאחר שנבררו הנבחרים החלטתם ודאי שהיא מועילה ואין צורך לכנס את אנשי העיר כולה שהרי לצורך כך נבחרו ע"מ שיחליטו החלטות וכמעט שאין החלטה שהיא ללא השפעות כספיות ולו גם עקיפות. א"כ ברור שכל ממונים שנבררו ע"ד כן שיתקנו תקנות ואפילו הם נוגעים הרי הם כשרים לדון ולהחליט על פי דעתם מלבד החלטות שלא עשו ע"ד כן שיפסקו המבוררים, כגון מכירת ביהכ"נ אבל בסתם כחם גם בממון, ובתשובת ח"צ סי' קל"א: "ועינינו רואות שפרנסי הקהילות בכל המקומות דיני דיני קנסות וקונסין ממון כאוות נפשם ואומד דעתם, ולוקחים הממון הנקנס ואין מערער כיון שכך נהגו, אף שאין בידם ראייה לא מהתלמוד ולא מהפוסקים על אותו הסך הנקנס". א"כ אנו רואים שטה"ע שנבררו ע"ד כן הרי הם יכולים לתקן תקנות אפילו הנוגעות להם (ועיין בדיני העיר בשו"ע חו"מ סי' ל"ז), ע"כ נראה שכאשר נבררו הנבחרים ע"מ לנהל את עניניה הכספיים של העיר ומנהג העיר הוא (כדעת ר"ת) שיש בידם לשנות, יכולים הם להטיל מיסים כפי הצורך כ"ז שיהא עפ"י מידת ההגיון והסבירות ולא יהא בכך נשיאת פנים, דאם עשו שלא כד"ן הרי אין החלטתם החלטה.

א"כ הרי אלו שני התנאים שהובררו הממונים לצורך כך ונעשה כד"ן ובייחוד הם נותנים להחלטתם תוקף הלכתי וכן כותב החת"ם סופר (בחו"מ קט"ז) על סתירה לכאורה שבדבריו בסי' ס"א כתב שאין אפשרות להטיל מס על אומנות מיוחדת שהרי כולם נוגעים בדבר ואלו בסי' קט"ז בנידון דומה כתב שיש אפשרות לקהל להטיל מס על היחיד וכתב שהדין עם הצבור ומביא שני נימוקים לחלק:

א. כשיש טעם הגון.

ב. כי תחילת ישיבת הברורים היתה על דעת כן להטיל מס על מו"מ מיוחד. וכן כותב שו"ת הרמ"א סי' ע"ג בהסבירו דברי שו"ת הריב"ש בסתירה לדבריו אם היה הדבר כדין תורה יש להם תוקף וע"כ ברור שכאשר הובררו להכי יש בכחם להטיל מס כ"ז שאינו יוצא מן היושר התורני ובודאי אם הוא למגדר מלתא שיכולים להטיל מס על כגון זה, בתרה"ד סי' שמ"ד הדברים מתבארים יותר שהרי הברורים מתוך הקהל הם חשובים כבני העיר וכשם שבני העיר יכולים לעשות ולהתנות תנאים א"כ גם ברורי הקהל יכולים לעשות כן.

ג. אסיפת בני העיר

במקרה ואין אפשרות להחליט ע"י נבחרי הקהל וכגון אם מתפטר אחד מהם או שזו שאלה שאיננה שכיחה החייבת לעלות להכרעה גבוהה יותר של אסיפת בני העיר, במקרה כזה יש להתבונן בצורת האסיפה. חובה שיהיו כל בני העיר נוכחים אבל השאלה אם חסרים אחד או שניים מבני העיר מן האסיפה האם יש לה תוקף או לא. החת"ס בתשובה (קט"ז בחו"מ) מבאר שאין צורך שיהיו כל בני העיר נוכחים אלא שתהיה אפשרות שיהיו נוכחים דהיינו שיודיעו לכל בני העיר מקום האסיפה, דאם לא יודיעו לכולם אזי לא יכול להיות מתוך כולם, אולם אם יודיעו לכולם ולא יבואו כולם אלא חלקם יגיעו ג"כ דיינו, דאותם שלא באו גילו דעתם שהם ממנים את השאר כשלוחיהם לאסיפה, וכאילו הם מביעים את דעותיהם. אמנם יוצא לנו לדינא שאין אפשרות להעלות באסיפה נושא שלא היו מודעים לכך שהרי אני יכול למנות שליח רק על מה שאני מודע, אולם אני יכול ואיני ממנה שליח תמיד על כל החלטה שלא תועלה באסיפה זו. וכן נראה מהברכי יוסף (חו"מ סי' י"ג), אע"פ שבמהרי"ט (ח"א סי' נ"ח) משמע דבעינן שיבואו כולם בפועל אולם ודאי שסברת החת"ס שמשפיקה אפשרות לכולם להגיע היא הקובעת, דאטו אחד מבני העיר יוכל לכפות תמיד את כל בני העיר ולעכב כל החלטה, ובודאי בימינו אנו הולכים אחר המנהג שאפילו לא באו כולם, אבל חובה היא שידעו שישנה אסיפה, וכן יש לחייב מראש את פרסום תוכנה, ואין להעלות בה נושאים חדשים ובאסיפה עצמה יש לילך אחר הרוב כפי שברור כבר לעיל.

ד. קבלת בני העיר את החלטות טובה"ע

הרמב"ם ריש פ"ד מהל' שלוחין ושותפין "כשירצו השותפין להשתתף, במה יקנה כ"א מהן ממון חבירו להשתתף בו... כללו של דבר בכל הדרכים שקונה הלוקח באותן הדרכים עצמן קונין השותפים זמ"ז הממון המוטל ביניהם להשתתף בו. האומנין שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידם אינם שותפים. כיצד שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהן בשוה, אין כאן שותפות כלל, שאין אדם מקנה לחברו דבר שלא בא לעולם". ועל כך העיר הראב"ד "ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין

עבדים וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן עכ"ל. א"כ מצינו מחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד בדין שותפים האם פעולת קנין מועלת או לא בדבר שלא בל"ע אבל בדבר שבל"ע לכו"ע בעיני קנין ומועיל. (כן אנו מוצאים דין זה לענין ב"ד או פשרנים שלא יחזרו בהם מפסיקת הבוררים, הפשרנים והדיינים, כפסק השו"ע חו"מ סי' י"ב סעי' ז' בדין פשרה) הלכה זו לענין שותפין נפסקה בשו"ע בסי' קע"ו. א"כ נשאלת השאלה מה הדין בבני העיר האם צריכים קנין או לא, ולכאורה היה נראה שכשם ששותפין צריכים פעולת קנין ע"מ להתחייב כן יהיה הדין בבני העיר בדברים הנוגעים לכולם, הסברא שצריך קנין היא למרות שלמדנו בגמ' בב"ת (ק"ו): "בהאי הנאה דקא צייתי להדדי גמרי ומקני להדדי". וכן כותב הסמ"ע (שם סק"א). אמנם המרדכי פרק הגזול בתרא סי' קע"ו מביא דעה שאפילו קנין אינו צריך ואפילו בדבר שלא בל"ע אם היתה התקנה בחבר העיר, אבל בדבר שבא לעולם אין צריך חבר העיר ואין צריך קנין כלל. וכן משמע בגמ' ב"ק קט"ו: בענין מנהג החמרין שאין לשנות מנהג החמרין ורשאיין החמרין להתנות כפי מה שרצו וגם ללא קנין ומובא בתשובת הגאונים. וכן המרדכי פ"ק בב"ת וכן בתוספתא דב"מ פ"א הי"ב: "ורשאיין החמרין והצבעין לומר כל מקח שיבא לעיר נהא כולנו שותפים בו...". וכן מביאים דעות אלו הנ"ל (בסי' קע"ו) והרמ"א (שם סעי' ג'). דעות אלו אינן חלוקות רק לענין אומנין אלא גם לגבי כל שאר השותפים וכן המהרי"ק (בשורש קפ"א) סבור שאין צורך בקנין בגלל שגמרי ומקני אהדדי. ואומר המהרי"ק שגם הרמב"ם מודה לסברא זו שאין צורך בקנין. ומה שכתב שצריך שיהא קנין היינו בתנאי בין שני שותפין שהוא תנאי פרטי, אבל כאשר התנאי הוא כללי בין שני אנשים על כל מה שיעשו הרי"ז מחייב גם לדעת הרמב"ם ללא קנין, וא"כ משמע מדברי המהרי"ק לחלק בצורות השותפות ולכאורה יסוד זה נמצא ברמב"ן בב"ת (ט'). בהנהו בי תרי טבחי הדיכא שהתנו ביניהם תנאים, כותב הרמב"ן שכאשר אין צורך בחבר העיר אזי כאשר כל בני האומנות התנו ביניהם הרי הם כבני העיר וע"כ אינם צריכים קנין ביניהם דהיינו כשם שבני העיר הם כב"ד כך כל בעלי האומנות הם כב"ד שעל פי תקנתם יכול לזכות אדם בשיעבוד נכסי חברו ולפרוע מהם, ואין צורך בקנינים נוספים. אבל כאשר חלק מבני האומנות הזאת מסכימים על דבר מסוים אזי צריך קנין ע"מ שיהא פועל א' קנוי לשני. א"כ מדויקים דברי הרמב"ם שדבר על שני טבחים או שני אמנים דבשנים פרטים צריך קנין אבל כאשר כל בני האומנות מתנים אינם צריכים קנין כלל. וכן נראה לפסוק שהרי המהרי"ק והרמב"ן כתבו באותו סגנון, שהרמב"ם מוקיק קנין רק כאשר זוהי שותפות פרטית בין מספר שותפים. ואלו לר"ת ומהר"ם ובעה"ע אין צריך בקנין אפילו בשנים, ע"כ נראה כפי מה שכתב מהרי"ק לפסוק שכאשר כל בעלי אומנות הסכימו אין צורך בקנין ואלו אם זו הסכמת יחידים מחלוקת אם יש צורך בקנין או לא. והסברא היא כדברי הרמב"ן שכאשר הסכמת כל השותפים הרי"ז כב"ד שיכולים לקבל עליהם ועל זרעם אחריהם מה שאין כן כאשר הם יחידים. (ע"ע חו"א בב"ת סי' ד' אות ח' ט'). כאשר אנו דנים על מושב שיתופי ודאי שניתן להגדירו כבני אומנות א"כ ברור שאין צריך

פעולת קנין אלא כאשר כל בני היישוב מסכימים הר"ז כתקנת ב"ד. ואינם יכולים להסתלק אלא א"כ יצא מכלל בני העיר.

יא. הראויים להיות בזמ"ע

הרמ"א (בסי' ל"ז סעי' כ"ב) כתב שאין לתת למי שפסול משום רשעה להיות בין זמ"ע. וכן גשנו דבריו בד"מ (סי' רע"ו) דהיינו מי שגזול ונפסל משום רשעות ולכאורה יש לעיין מה הדין אם קבלו עליהם אחד שהוא פסול לדין להיות בזמ"ע? ונראה דלא הורע הדין מב"ד שבו פסקנו בסי' כ"ב שכאשר קיבלו עליהם קרוב ופסול בקנין חלה פעולת הקנין, א"כ כאשר הרבים מקבלים כבר הוכח לעיל שאין צריך קנין וגם ללא קנין קבלתם מועלת, אולם א"א לצרף עליהם ללא קבלה מי שהוא קו"פ דהיינו שטובי הקהל עצמם ימנו פסול את זה אין ביכולתם לעשות ללא קבלת הקהל.

יב. מנוי אשה בזמ"ע

אמנם כבר בארנו שטב"ע הם כב"ד, ונפסק להלכה בסי' ז' סעי' ד' "אשה פסולה לדון" אבל זה נראה פשוט שאם נתקבלה אשה הרי לא גריע מכל קרוב או פסול שנתקבל לדין שיכולים ציבור לקבל עליהם פסולים כנפסק בשו"ע חו"מ כ"ב סעי' א' ב'. וא"כ גם אשה יכולה להתקבל לדין אם היתה קבלה על כך וכן כותב הרשב"א בריש פ"ד דשבועות לענין דבורה שהיתה שופטת את ישראל שאיירי בקבלוה עליה וע"כ היא היתה דנה את ישראל. וכן כותב הר"ן שם.

התוס' בב"ק ט"ז אומר שהכלל "כל הכשר לדון כשר להעיד" ואשה פסולה להעיד בכז"א כשרה לדון כיוון ש"כל הכשר לדון כשר להעיד" היינו באיש ולא באשה, דק הכשר להעיד כשר לדין אמנם לענין אשה כשרה לדון אע"פ שלא כשרה להעיד, אבל השו"ע לא פסק כן אלא ש"אשה פסולה לדין" בגלל הדין של כל "כל הפסול להעיד פסול לדין". וכן משמע בירושלמי שאשה פסולה לדון. אמנם כ"ז בלא קבלה אבל בקבלוה אפשר לקבל עליהם אשה ג"כ כמו שקבלו את דבורה. וכפי שכותב הרשב"א לעיל. אמנם התוס' בב"ק כותב שקבלתם את דבורה היה בגלל רה"ק ומשמע שלשיטתו קבלה אינה מועלת אלא כשיש רה"ק וכשאין רה"ק אין מועלת קבלה. אבל אין נראה כן שתהא רה"ק תנאי בקבלתם אלא נראה שעקב חשיבותה קבלוה וחשיבותה היתה בעיקר בגלל רה"ק שהיתה עליה.

יג. מינוי אשה לתפקידי שררה

הרמב"ם הל' מלכים פ"א ה"ה כותב: "אין מעמידין אשה במלכות שנאמר עליך מלך ולא מלכה וכן כל משימות שבישראל אין ממנים בהם אלא איש" ומביא הכס"מ שמקורו של הרמב"ם הוא מהספרי. אמנם בספרי לא נמצאת גירסא כזו

אלא לענין מלך ולא מלכה "שום תשים עליך מלך ולא מלכה" ובאמת נתקשו האחרונים מהו מקור דברי הרמב"ם הללו, מנין שבשאר משימות אין ממנים אשה. (עיין אגרות משה יו"ד ח"ב סי' מ"ד מ"ה). יש שכתבו שהרמב"ם למד זאת מסברא עפ"י הגמ' ביבמות מ"ה (וכן מופיע בספרי בהמשך הפסוקים) "מקרב אחיך תשים עליך מלך — כל משימות שאתה משים לא יהיו אלא מקרב אחיך" ומכאן שמלכות כוללת בתוכה כל השררות ולכן מלך ולא מלכה, איש שורר ולא אשה שוררת, ועיין בסבא קדישא (חו"מ ל"ב) הדוחה סברא זו כמקור לדברי הרמב"ם כיון שאין דרכו של הרמב"ם להביא לימודים שמסברות ולא ברייתות מפורשות וסובר הרב אלפנדארי וצ"ל שהיתה ברייתא בספרי שהושמטה מן הספרים שבידינו והיה כתוב בה "לא תוכל לתת עליך איש נכרי — ולא אשה". ואמנם בפסקתא זוטרתא ישנה גירסת ה"סבא" מהמילה "איש נכרי" — שאין ממנים פרנסה על הצבור" אבל קשה לומר שגירסא זו היתה בפני הרמב"ם שהרי דרכו של הרמב"ם היא לצטט את הברייתות במדויק כפי אשר נכתבו. אמנם במדרש הגדול (הוצאת מוסד הרב קק עמ' שצ"ז שורה 20) מצינו כתוב: "שום תשים עליך מלך — ולא מלכה, מלמד שאין משימין אשה במלכות וכן כל משימות שאתה משים אין ממנין בהן אלא איש" והוא ממדרש תנאים עמ' ק"ד, נראה שהיה מדרש שנעלם מאתנו כג"י הרמב"ם.

יד. מהי שררה ?

לכאורה לפי דברי הרמב"ם מינוי אשה לתפקידי שררה אסורים אולם נשאר עלינו להבין מהם תפקידי שררה ומהם אינם תפקידי שררה.

בענין גר למדנו בגמ' ביבמות (ק"ב:) "אמר רבא גר דן את חבירו ד"ת שנאמר "שום תשים עליך מלך. אשר יבחר ד' אלקיך בו מקרב אחיך אבל גר דן את חבירו גר. ואם היתה אמו מישראל דן אפילו ישראל...". ומסביר רש"י שגר דן את חבירו דיני נפשות דאלו דיני ממונות גם את ישראל הם כשרים לדון כפי שהגמ' בסנהדרין לומדת "הכל כשרים לדון דיני ממונות ואמרינן הכל לאתויי גר". וא"כ אנו חייבים לומר שגר אינו דן את ישראל דיני נפשות אבל דיני ממונות כן דנים. תוס' שם חלוקים ומארכיכים להסביר את שיטתם שגר פסול לדון את ישראל אפילו בדיני ממונות ואלו את דברי רבא בגמ' בסנהדרין מסביר הרי"ף שאיירי בגר שאמו מישראל שהוא כשר לדון את ישראל דיני ממונות. אמנם הרי"ף הוכיח מהגמ' ביבמות (מ"ה): "רב אשי מניה לרב מרי ב"ר פורסי דבבל ואע"ג דאמר מר 'שום תשים עליך מלך' כל משימות שאתה משים אל יהיו אלא מקרב אחיך האי כיוון דאמו מישראל מקרב אחיך קרינן ביה" משמע שגם בדיני ממונות פסול גר מכיוון שאין אמו מישראל וממילא אין למנותו לכל שררה ובודאי לא לדון ד"מ. אלא שצריך לישוב שיטת רש"י משאלה זו כדברי הנצי"ב בשאלתות (ב' אות ז') דאין משימות אלא בשררות שהוא דן מעצמו לפי רצונו ושיקול דעתו והיינו משימות שדומה למלך שפורץ גדר ולא בדין תורה. ולד"נ פסול מפסוק של "ונשאו אתך —

בדומיו לך" א"כ מצינו שהנצי"ב מסביר ששררה האסורה היינו כאשר עושה את דבר מעצמו ע"י פריצתו גדר א"כ כל אשר אינו אלא מבצע תקנות ותקנונים ואין זה פריצת גדר ואינו יכול לעשות כרצונו כיוון שישנם המבקרים וממונים עליו לשיטת רש"י הרי"ז איננה כלל שררה. וממילא בישוב שתופי שיש תמיד מלמעלה אסיפת חברים ואין בזה פריצת גדר כלל ע"כ אין בעית שררה כלל.

פז. השררה לדעת הרמב"ם

בענין תפקידי הגר הננו מוצאים שהגמ' בקידושין ע"ו אומרת: "במערבא אמרי אפילו ריש כורי לא מוקמינן מיניהו" דהיינו לכל משימות ואפילו ממונה על המדות וכמונה להשקות בית השלחין שלא ישקה אחד ביומו של השני. וכן כותב הרמב"ם פ"א מהל' מלכים ה"ד: "אין מעמידין מלך מקהל גרים אפילו אחר כמה דורות עד שתהא אמו מישראל שנאמר: לא תוכל לתת עליך איש נכרי אשר לא אחיך הוא ולא למלכות בלבד אלא לכל שררות שבישראל, לא שר צבא לא שר חמשים או שר עשרה, אפילו ממונה על אמת המים שמחלק ממנה לשדות ואין צריך לומר דיין או נשיא שלא יהא אלא מישראל שנאמר "מקרב תשים עליך מלך" כל משימות שאתה משים לא יהיו אלא מקרב אחיך". א"כ נראה שאין למנות גר לכל תפקיד שיש בו כח החלטתו ולא רק כח כהחלטת מלך. וממילא אין למנות אשה לתפקידים אלו.

אמנם מצינו בדעת הרמב"ם בהמשך דבריו שם ה"ט כתוב: "מלכי ב"ד הם העומדים לעולם שנאמר כסאך יהיה נכון עד עולם אם יעמוד מלך משאר ישראל תפסק המלכות מביתו שהרי נאמר לירבעם אך לא כל הימים" ומקשה על כך הראב"ד: "א"א זה סותר למה שאמר למעלה ולא המלכות בלבד וכו' א"ו כן הוא אילו היה ירבעם מלך כשר ובניו כשרים לא היתה המלכות פוסקת מזרעו אבל היתה שניה למלכות בית דוד כגון קיסר ופלג קיסר". והסתירה היא שהרי הרמב"ם שם הלכה ח' כתב: "נביא שהעמיד מלך משאר שבטי ישראל והיה אותו המלך הולך בדרך התורה והמצוה ונלחם מלחמת ד' הרי"ז מלך וכל מצות המלכות נוהגות בו. אע"פ שעיקר המלכות לדוד ויהיה מבניו מלך שהרי אחיה השילוני העמיד ירבעם ואמר לו והיה אם שמע תשמע את כל אשר אצוך ובניתי לך בית נאמן כאשר בניתי לדוד וגו'" וזו היא קושיא הראב"ד שבהלכה ח' משמע שיש המשכיות לזרעו של מלך ישראל ובה"ט משמע שאין המשכיות. ועונה הכ"מ על שאלה זו שהרי הרמב"ם ה"ז כתב "ומאחר שמושחין המלך הרי"ז זוכה לו ולבניו עד עולם שהמלכות ירושה שנאמר למען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל. הניח בן קטן משמרין לו המלוכה עד שיגדיל כמו שעשה יהוידע ליואש... ולא המלכות בלבד אלא כל השררות וכל המנוייין שבישראל ירושה לבנו ולבן בנו עד העולם" א"כ הקב"ה העמיד מראש מלך על ישראל בתנאי זה שאין מובטחת לו מלכות לעולם אלא זמנית בלבד זהו ההבדל בין מלכות ב"ד ומלכות ישראל. לענינינו אנו למדים שכל מלכות שאיננה קבועה אלא זמנית איננה מלכות.

א"כ נראה שכן השררות חייבים להיות קבועים לעולם ועד וזהו תנאי מתנאי השררה האסורה כיוון שזה חלק הכרחי בשררה וממילא כל שאינה עומדת בשררה זו אינה שררה האסורה ע"כ נראה שכל תפקיד בימינו שהוא זמני לתקופה מסוימת לא חשיבה כלל שררה האסורה וא"כ נראה שאפשר למנות אשה לתפקידים שהם זמניים.

טז. דעת שאר הראשונים ממנוי אשה לשררה

הרמב"ם הוא יחיד המביא את הדרשה לענין כל השררות שאשה אסורה להם וכבר הראנו לעיל שמקורו של הרמב"ם לא נודע היכן הוא. האגרות משה (ח"ב מ"ו) סי' מ"ד) מביא שמתוך דברי החינוך שהזכיר מלך ולא מלכה ולא הזכיר אסור היות אשה בשאר שררות משמע שרק במלך ס"ל מיעוט זה ולא בשאר מינויים, אמנם הריטב"א מביא בריש פ"ד דשבועות שגם לשאר משימות אסורה אשה, בכו"א שאר הראשונים לא מביאים את דעת הרמב"ם בנושא זה. א"כ אנו רואים שישנם ראשונים החלוקים על הרמב"ם בדין שררה של אשה.

יז. קבלת הציבור את האשה לתפקידי שררה

על דברי הספרי בשופטים "מלך ולא מלכה" כותב הנצי"ב, בעין הנצי"ב פיסקא י"ד, דמלך אינו אלא במשיחה, וראיה מהירושלמי שאין מושחים מלכים כהנים שהאסור בגלל המשיחה וגעשו בעל כרחם, וכן מלכי בית חשמונאי, כותב הנצי"ב, היו בעל כרחם ולכן נענשו שהיו מלכים כהנים כדברי הרמב"ן על הפסוק "לא יסור שבט מיהודה" אבל שופט בעלמא ברצון שפיר, משום-כך עלי הכהן היה בעל שררה אלא שהיה ברצון וכן שמעון הצדיק, ואולי משום כך יש אפשרות להסביר כיצד שמעיה ואבטליון שהיו גרים והיו נשיא ואב"ד בישראל, כפי שהמסנה בחגיגה (פ"ב מ"ב) כותבת שהם היו נשיא ואב"ד, ובדברי הרמב"ם בהקדמתו משמע שהיו גרים גמורים ואמם היתה גויה, אלא כיוון שקבלו אותם עליהם יכלו לדון ולהנהיג את ישראל. והנצי"ב מוסיף וה"נ באשה דהיינו שגם אשה יכולים לקבל עליהם לתפקיד מלכותי שררותי. וכן כותב כנה"ג בענין מגוי גר שאביו ישראלי ורצו הקהל למנותו כפרנס על הציבור. "וכל שקבלוהו הקהל עליהם ומרוצים במינויו יכול לדון אפילו במידי דכפיה ושררה". אמנם התומים סי' ז' סק"א כותב דקבלה מהניא רק בדבר של ממון מדין הפקר, אבל בד"נ לא שייך לומר קבלתי פסול עלי. ומכח שאלה זו פסק התומים ששיבת שמעיה ואבטליון כשופטי ישראל היתה מכח מגוי של מלך ולא מדיני קבלה ומכיוון שיש כח מלכות יכולה המלכות לכפות גם בדיני נפשות. בכו"א משמע שבדיני ממונות יכולה אשה לכפות כאשר ישנה קבלה של הציבור כמו שגר יכול לכפות כאשר קבלוהו עליהם. ונוכל לאמר שהרמב"ם אמר שאין ממנין מעיקר הדין אשה לתפקיד שררה, כאשר זטה"ע רוצים להעמיד אשה אין ביכולתם לעשות כן, אבל כאשר כל בני העיר מסכימים לכך הרי

יש אפשרות בידם לקבל עליהם אשה ואזי אין זו שררה כלל כיוון שהיא נתמנתה ע"י העם. וביחוד כאשר האשה מכשרת יותר מן האישה הרי יש אפשרות לבחור באשה, דהיינו כאשר מבחינת הכשרונות הם שווים יש לבחור איש ולא אשה אבל כאשר האשה עדיפה הרי אפשרי לבחור בה, וכן כותבים בעלי תוס' בריש משפטים ללמה לי קרא למעוטי לפניהם הא אפילו גרים פסולים לדין וכו' ויש לומר דהא דגר פסול לדון היינו היכא שיש ישראל שיודעים לדון כמותו אבל היכא שאין ישראל לא, תדע דהא שמעיה ואבטליון גרים היו ודנו את ישראל לפי שלא היה בישראל חשוב כמותם" עכ"ל. א"כ גם אשה יכולה לדון וממילא יכולה לקבל עליה תפקידי שררה.

יח, אין זמיה"ע חשובים כריינים לכל דבר

היסוד לאסור אשה הוא מדין שררה שהאשה מקבלת. אולם בכל תקנה מתקנות הקהל בעינין הסכמת חברי העיר וללא הסכמת ת"ח שבעיר, הממונה על עסקי הציבור, אין תוקף אפילו להחלטת טה"ע כפי שהגמ' (בב"ת ט.) מסבירה את נמוקו של רבא, דלא אמרינן ורשאין בני העיר להסיע על קיצתן רק כאשר אין חבר העיר. אבל אם יש חבר העיר אין תוקף כלל לתקנתם. וא"כ כל ישוב שיש בו "רב" אין אפשרות שיתקנו תקנות בלא ידיעתו והסכמתו א"כ אין לאשה בהיותה במוזכירות כלל כח של שררה שהרי היא תלויה בדעת חבר העיר (ויבואר להלן המושג חבר עיר).

יט. מושב שיתופי הגדרתו

במשק שיתופי כל בני הישוב הרי הם שותפים ברכוש הכללי. א"כ בכל דבר יש לכל אדם נגיעה ממונית על רכושו, לעיתים נדירות אנו מוצאים דברי כפיה על דברים שאין בהם השלכה ממונית, רוב החלטות הישוב הם בעלי השלכה ממונית לכולם. וא"כ ודאי שאשה יכולה לנהל את עסקיה הפרטיים, ואטו אם קבלה אשה מפעל מאביה לא תוכל לנהלו בגלל שררה. אלא ודאי שכל הדברים השייכים אליה ורק תלויים בדעתה וברצונה. לכן במשק שיתופי יש מקום גדול להקל שהרי הנושאים שייכים גם אליה. (אמנם במלוכה עיין במנ"ח בדין אם בת יורשת מלוכה מאביה אבל ודאי בדברי ממון שהיא יורשת ויכולה לנהלם כרצונה).

כ. האשה בתפקידי צבור מדין צניעות

כל אשר נידון עד כה היה מדין שררה ודיינות, אמנם ישנה עוד נגיעה בדין זה והיא מהלכות צניעות וכבר כתב מרן הרב זצ"ל ב"מכתב גלוי" (הודפס מאמרי הראי"ה עמ' 189—194), "בתורה בנביאים ובכתובים בהלכה ובאגדה הגנו שומעים קול אחד שחובת עבודת הציבור הקבועה מוטלת היא על הגברים שהאיש דרכו

לכבוש ואין אשה דרכה לכבוש, ושתפקידים של משרה של משפט ושל עדות אינם שייכים לה וכל כבודה היא פנימה, וההשתדלות למנוע את תערובת המינים בקבוצים היא כחוט החורז במהלך התורה בכללה, וממילא ודאי שנגד הדין היא כל התחדשות של הנהגה צבורית המביאה בהכרח לידי התערבות המינים בהמון בקבוצה ובמסיבה אחת במהלך החיים התוריים של הכלל, "אל תגעו במשיחי ביסודי היסודות של זכויות אמותינו אחיותינו ובנותינו את הזכויות המקוריות האיתנות המיוסדות על יפוי הכח המוסרי והטבעי הפנימי המיוחד ועל ערכה המקדש העדין והגעלה של האשה בישראל שהן עושות שרשים עמוקים בחיים מאשרות אותן אושר קיים, אל תמירו אותן בזכויות קלילות כתובות שהן נשארות ברובן רק על הנר, בתור גהון של חופש חיצוני וממרות בתוצאותיהן את חייהן בבית פנימה".

למדנו מדברי מרן הרב זצ"ל שיש להשתדל להפריד בין המינים וחובה זו היא מדיני צניעות שאין בה הגדרות מוחלטות ובודאי שכל כבודה של בת מלך פנימה אבל בנסיבות מסוימות יש להתיר ובייחוד כשנעשה לצורך הכלל. ברור גם-כן שמהלך בריא הוא בחיי האומה שהנשים תטפלנה בעניני נשים, וכדין אלמנה במשכון שיש לדאוג שנשים תדאגנה לנשים ולא גשים לגברים או גברים לנשים.

כא. גיל המתמנים לזמ"ע

אם אנו אומרים שזמ"ע הם כב"ד א"כ צריך להיות הממונה לזמ"ע כממונה לדין, דהיינו הגיל שלו חייב להיות כגיל הדיין, ומצינו בגמ' שבת נ"ו: "א"ר שמואל בר נחמני א"ר יונתן כל האומר יאשיה חטא אינו אלא טועה שנאמר ויעש הישר בעיני ד' וילך בכל דרכי דוד, אביו אלא מה אני מקיים: וכמהו לא היה לפניו מלך אשר שם וגו' שכל דין שדן מבן שמונה עד שמונה עשר החזירן להן וכו'".

וניתן לפרש את גיל י"ח שנה שהחזיר להם בשני פירושים: א. שהיה אסור לו לדון עד שנת י"ח אבל לאחר י"ח הדין דין כיוון שהוא גדול; ב. בגיל י"ח מצא יאשיהו את ספר התורה ודקדק בתורה שבכתב ובע"פ והבין שמא טעה בדין וע"כ אז התחיל להחזיר את הדינים שדן אולם עדיין איננו יודעים באיזה גיל החל לדון. ושתי דעות אלו מופיעות בשו"ע לענין גיל הדיין. בסי' ז' סעי' ג': "י"א שאין ראוי לדון אלא מבן י"ח שנה ולמעלה והביא ב' שערות וי"א מבן י"ג שנה ולמעלה כשר ואפילו לא הביא שתי שערות" א"כ הפרוש הראשון במקרהו של יאשיהו הוא כדעה הראשונה בשו"ע. ואילו הפירוש השני ביאשיהו הוא פירושו של רש"י שם שסבור שאפילו מגיל י"ג שנה חלה אפשרותו לדון והגיל י"ג הוא בגלל חזקת גדלות של רבא. ומשמע שהדיינים שכשרים בני י"ג לדעה זו שמופיעה בירושלמי רק לדיני ממונות ולא לדיני נפשות, וכן מופיעות שתי דעות אלו ברמ"א ביו"ד סי' א' סעי' ה' בדין שוחט.

אמנם הפת"ש בסי' ז' סק"ד מביא את דברי שו"ת משכנות יעקב שאין למנות דיין קבוע פחות מכ' שנה. ובשבוע"י ח"א סי' ק"מ העלה לדון יחידי צריך שיהא בן מ' שנה אם לא שאין גדול ממנו בעיר אולם להצטרף לג' יכולים להצטרף אפילו פחות

מבן מ' היסוד לכ' שנה מצינו בגמ' בב"ת דף קנ"ה בענין יורשים שאינם יכולים למכור בנכסי אביהם עד כ' שנה וכן נפסק בשו"ע חו"מ רל"ה סעי' ח' ט' י'.
א"כ אנו רואים שישנה בגרות נפשית שהיא בן כ' שנה ע"מ לעסוק במסחר שהוא מחייב יותר, שהרי עד כ' שנה דעתו נוטה אחר המעות ועדיין לא התישבה דעתו בדרכו עולם.

אמנם בקרקע שהוא קנה הרי ראינו שניחא ליה בקרקע ולא במעות, וגילה שבקי בענייני מסחר, אבל בקרקע שקבל בירושה הרי יש חשש שמא יעדיף מעות ע"פ הקרקע. וכן מצינו בענין ש"ץ בסי' ג"ג סעי' ו': "אין ממנים (ש"ץ קבוע) אלא מי שנתמלא זקנו מפני כבוד הציבור, אבל באקראי משהביא שתי שערות יכול לירד מלפני התיבה, ובלבד שלא יתמנה מפי הציבור (באופן קבוע)" א"כ בעינן נתמלא זקנו ואם אין לו זקן כאשר הגיע לכ' שנה כמו שנמלא זקנו דמי, א"כ אנו רואים שכ' שנה הוא זמן שנתמלא זקנו אבל אם היה לו זקן מועט אפילו מבן י"ח שנה קרינן ביה נתמלא זקנו. היוצא מדברינו שלכתחילה כיוון שדיין צריך שידע במו"מ של עולם בעינן בן כ' שנה וכמו שכותב המשכנות יעקב אבל אי לאו הכי הרי בן י"ח שנה ויש לו זקן קטן ג"כ הרי"ז מכובד שיהא דיין שהרי הוא גדול, ואם אין גדול גם קטן כשר לדון כל שהוא מבן י"ג שנה המתחייב בדינים.

כב. חבר העיר

הגמ' בב"ת ט' אומרת: "הני טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעו למשכיה (טבחים שהתנו ביניהם שכל מי שישחוט ביומו של חברו יקרעו את עור הבהמה ששחט) אזל חד מיניהו עבד ביומא דחבריה, קרעו למשכיה (כאשר אחד שחט ביומו של חברו קרעו את עור בהמתו), אתו לקמיה דרבא חייבינהו רבא לשלומי. איתיביה רב יימר בר שלמיא לרבא ולהסיע על קיצתו? לא אהדר ליה רבא, אמר ר"פ שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי. ה"מ היכא דליכא אדם חשוב אבל היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמיניהו דמתני (כאשר יש אדם חשוב אינם יכולים להתנות בלעדיו)" ואנו צריכים להבין מהו כוחו של אדם חשוב שאין לאנשי הקהל כח לתקן תקנות מבלעדי האדם החשוב. ההסבר הפשוט הוא שטובי העיר הם כב"ד של העיר וע"כ כאשר אין ביניהם גדול העיר א"כ אין הרכב זה חשוב כלל להיות כב"ד שהרי המומחה לב"ד לא נמצא בו ואין בזה הפקר ב"ד הפקר. וממילא ברור שאין זה תנאי שיכולים על פיו להוציא ממון, פירוש שני אנו מוצאים בדברי ר"ג "היכא דליכא אדם חשוב, עביד אינש דינא לגפשיה, אבל אי איכא אדם חשוב גקיט ליה בדינא קמיה" דהיינו לא בגלל שאין תלות לתנאי אלא שאין להם לטבחים לעשות דין לעצמם אלא היו צריכים לבוא בפני חבר העיר כדי שהוא יפעיל את התנאי.

אמנם הראשונים מביאים את ההסבר הראשון שעיקרו הוא שאין התנאי חל כלל ללא הסכמת ת"ח שבעיר, אבל הרמב"ן מסביר שאין התנאי תופס בגלל החשש שמא התנאי איננו הוגן ואיכא פסידא ללקוחות דמוקרי זביגי. ולכן כאשר אין אדם

חשוב או אם אין חשש הפסד למאן דהוא כגון שהתנו שכל בני העיר והטבחים שבעיר התנאי חל ללא הסכמת חבר העיר, רק במקרה ויש חשש הפסד ללקוחות אין התנאי חל. אמנם להסבר הראשון שהבאנו שללא ח"ח אין הפקר ב"ד הפקר א"כ אפילו הסכימו כל בני האומנות הזאת ובני העיר אם חסרה הסכמת חבר העיר אין לתנאי חלות ואלו לרמב"ן בהסכמת כולם ואין חשש להפסד למי שהוא התנאי חל. בשו"ע חו"מ רל"א סעי' כ"ח מופיע הדין הזה שכאשר יש בעיר חכם חשוב אין התנאי קיים ללא הסכמתו, ומעיר הרמ"א שתי הערות: א. שלא רק בני אומנות מסוימת צריכים הסכמת חבר העיר אלא גם אם הסכימו כל בני העיר אינם יכולים להתנות ללא הסכמת ת"ח שבעיר; ב. כאשר אין הפסד לאחרים יכולים להתנות גם ללא הסכמת חבר העיר.

ולכאורה ההערה הראשונה של הרמ"א דאין לחלק בין תנאי האומנים ובין תנאי בני העיר ובשניהם בעיני ת"ח איננה מפשט הגמ' שהיא דנה רק בענין טבחים שהם בעלי בני אומנות מסוימת ולסברת הרמב"ן צריך הסכמת ת"ח רק כאשר יש תנאי אומנים, ותנאי בני העיר אין צריך הסכמת חבר העיר, כיוון שאין הפסד לאחד מבני העיר וא"כ התנאי חל, ועיין בסמ"ע סקמ"ד שלדעת הרמב"ן אין צורך בהסכמת חבר העיר כאשר כל בני העיר מסכימים לדעה אחת, אלא שהש"ך סק"ד מקשה על הסמ"ע, שהרי הגמ' הקשתה על דין האומנים מהברייתא רשאין בני העיר להסיע על קיצתן. משמע שבני אומנות הם כבני העיר, וכשם שבני אומנות צריכים ת"ח ע"מ שיחולו התנאים, כן גם בני העיר צריכים ת"ח ע"מ שיחולו התנאים שביניהם, הריב"ש בתשובה שצ"ט ענה על שאלה זו שדברי ר"פ בגמרא פירושם שכאשר היה עם האומנים ת"ח אזי הם כבני העיר אולם כאשר אין הת"ח מסכים עם האומנים הרי אלו כיחידים ואינם יכולים לתקן תקנות, וזו היא תשובת ר"פ בענין ת"ח שצריך שיהא עם האומנים ע"מ שיהיו כבני העיר. א"כ משמע מדברי הריב"ש דלעולם בני העיר אינם צריכים ת"ח והסיבה כיון שאין כאן מצב של הפסד כלל שהרי כולם הסכימו לתנאי זה, אלא שיש לנו להעיר על דברי הריב"ש והסמ"ע הסוברים שרק בני אומנות זקוקים לחבר עיר ולא בני עיר, מדברי הרשב"א בתשובה אלף ר"ן "שורת הדין ג"ל בברור שרשאין בני העיר לעשות כן ובלבד שיסכימו בכך אנשי העיר ואם יש שם ת"ח ולא הסכים עמהם לא" ומסיים הרשב"א "ומעשה היה בעירנו ודנתי בפני רבי ומורי הרמב"ן והודה לי ומ"מ עוד צריך להתישב בדברי א"כ אנו רואים שהרמב"ן כרשב"א ולשניהם בעיני חבר עיר גם כשכל בנה"ע מסכימים. ולכאורה נראה שגם הרמ"א למד בדעת הרמב"ן כרשב"א שבעיני חבר עיר גם כשכל בנה"ע מסכימים, ונראה שהרמ"א למד ג"כ בדעת הרמב"ן שגם בני העיר צריכים הסכמת ת"ח משום שהרי הרמ"א כתב שגם כל בני העיר צריכים הסכמת חכם ולאחר מכן הוסיף: "מיהו אם ליכא הפסד לאחריני יכולין לתקן ביניהם מה שירצו" ולכאורה מוכח שההג"ה האחרונה הדנה בדיני הפסד היא מדברי הרמב"ן א"כ גם דברי הרמ"א הראשונים הם לשיטת הרמב"ן שבני העיר צריכים ג"כ ת"ח שיסכים עמם. ולא נראה לומר שהרמב"ן סבור שצריך ת"ח רק לבני אומנות ולא בנה"ע אע"פ שהש"ך למד כן ומהר"ם אלשקר סי' מ"ט, וכן נראה שהח"ס חו"מ

סי' רי"ז סובר שבני העיר אינם צריכים הסכמתו של חכם, בכ"א אנו רואים מעדות הרשב"א ודברי הרמ"א שלמדו ברמב"ן שגם בני העיר צריכים הסכמת חכם, שהרי גם בבני העיר ישנם מקרים רבים דאיכא הפסד לאחרים שאינם מבני העיר או לילדים הנולדים לכן בכל דבר שיש חשש הפסד למאן דהוא צריכים שתהא הסכמת חכם העיר.

אמנם יש שרצו ללמוד דלדעת הרמב"ם אין צורך בחבר העיר אלא רק בהסכם של בני אומנות אבל בני העיר אינם צריכים צרוף של ת"ח. שהרי כתב (בהלכות מכירה פי"ד ה"י—י"א): "רש"אין בני העיר לקוץ להם שער לכל דבר שירצו ואפילו בשר ולחם ולהתנות ביניהם לכל מי שיעבור יענשו אותו כך וכך. רש"אין בני אומנויות לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חברו וכיו"ב וכל מי שיעבור על התנאי יענשו אותו כו"כ. במה ד"א במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה. אבל אם יש בה אדם חכם חשוב אין התנאי שלהן מועיל כלום ואין יכולים לענוש ולהפסיד על מי שלא קיבל התנאי אלא אי"כ התנה עמהם ועשו מדעת חכם, וכל מי שהפסיד לפי התנאי שאינו מדעת החכם משלם" ולכאורה משמע מדבריו שהביא תנאי חכם העיר רק בענין בני אומנות ואלו לגבי בנה"ע לא הביא כלל דין של חכם העיר, אולם אין זו הוכחה שהרי הרמב"ם רצה להשוות דיני בני העיר ובני אומנות זו לזו ודבריו בענין חבר העיר משתייכים הן לבנה"ע והן לבני אומנות, בכ"א אין ראייה מדבריו וס"ל שא"צ בחבר העיר במקרה שהתנאי היה של כל בנה"ע. ועיין פת"ש סי' רל"א סק"ה המביא תשובת ושב הכהן שאין ראייה מדברי הרמב"ם שהוא כמהר"ם אלשקר והריב"ש.

לסיכום נראה כדעת הרמ"א שגם בני העיר צריכים הסכמת חבר העיר להסכמתם. והדין שגם הרמב"ן והרמב"ם מסכימים שכאשר אין הפסד כלל אפשרי אזי אין צריך חבר העיר.

כג. באילו תקנות יש כח לחבר העיר

הגמ' מביאה את הדין של חבר העיר בענין הטבחים שעשו תנאי שיקרעו אחד לשני את העורות של הבהמות שישחט ביום שאסור לו לשחוט. אי"כ כאשר מענישים את העובר על התנאי אין בזה רווח לשני רק מענישים את העובר. וכותב ר' יואל במרדכי (בב"ת פ"ק סי' תפ"ו) שרק בדין קנס צריך ת"ח שיסכים אבל בשאר התנאים שהניזוק מקבל הפסדו אין צריך חבר העיר. וצריך לומר לדעת ר' יואל שכח חבר העיר הוא רק להוציא ממון שלא כדיון, מדין קנסות, אבל כל דבר שהוא כדיון פשוט אי"צ חבר העיר כלל. אולם משאר הראשונים אנו רואים שאינם מחלקים וס"ל שבכל החלטה יש לשתף את חבר העיר בהחלטותיהם דאל"כ אין לבני העיר סמכות כפיה שהרי זהו כח ב"ד. לכן בכל תקנה צריך שיהא החכם מסכים לדבריהם.

ברמב"ם כתוב: "ואם היה בעיר חכם גדול ומשמע שאין צריך שיהא החכם הגדול שבעיר ולא למימרא שאין חכם גדול ממנו אלא אפילו איכא חכם גדול ממנו אלא שהוא ממונה על צרכי הציבור הרי"ז חבר העיר. אבל ברמ"ה משמע שאם ישנו אדם הגדול ממנו אפילו יש חכם הממונה פרנס על הציבור יש לו לילך ולימליך עם החכם הגדול יותר, משמע שרק החכם הגדול ביותר הוא "חבר העיר". אמנם רוב הראשונים כותבים שמספיק ת"ח הממונה פרנס על הציבור. וכן השו"ע פסק (חור"מ רל"א סעי' כ"ח) "חכם חשוב ממונה על הציבור". ומשמע שאפילו יש חכם גדול יותר אבל אינו ממונה פרנס על הציבור ואיננו מעכב בתקנות הקהל.