
כוחה של הוראה תורנית לטהר את השבויה – האם הוא ייחודי לארץ ישראל? (שביין של בנות שמואל)

א. סיפור שביין של בנות שמואל

סיפור שביין של בנות שמואל מופיע בשתי גרסאות. זוהי גרסת הבבלי:

האשה שאמרה... נשביתי וטהורה אני, נאמנת, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. ואם יש עדים שנשבית והיא אומרת טהורה אני אינה נאמנת. ואם משנשאת באו עדים הרי זו לא תצא!.

אמר אבוב דשמואל: לא נישאת נישאת ממש אלא כיוון שהתירוה לינשא אע"פ שלא נישאת. והא לא תצא קתני? לא תצא מהתירה הראשון... הני שבויתא דאתיין לנהרדעא, אותיב אבוב דשמואל נטורי בהדייהו. א"ל שמואל: ועד האינדא מאן נטרינהו? א"ל: אילו בנתך הווין, מי הוית מזולל בהו כולי האי? הואי כשגגה שיצא מלפני השליט², ואישתביין בנתיה דמר

1. משנה כתובות ב: ה.

2. קהלת י ה. השווה ללשון הגמרא מועד קטן יח, א בסיפור אחר שבו מעורב שמואל ואחד מבני משפחתו: "אמר שמואל: הלכה כדברי המיקל באַבְל. פנחס אחוה דמר שמואל, איתרע ביה מילתא, על שמואל למישאל טעמא מיניה. חזנהו לטופרי דהוו נפישן, אמר ליה: אמאי לא שקלת להו? – אמר ליה: אי בדידיה הוה, מי מזוללת ביה כולי האי? הואי כשגגה שיצא מלפני השליט, ואיתרע ביה מילתא בשמואל". [תרגום: אמר שמואל: (בשאלה הלכתית בה הדעות חלוקות) הלכה כדברי המיקל באַבְל. פנחס אחיו של מר שמואל היה אַבְל. בא שמואל לדבר על לבו. ראה שציפורניו (של פנחס) ארוכות. אמר לו: מדוע לא נטלת אותן (כדעה המקילה)? השיב לו: אילו היית אתה אַבְל האם היית מזולל כל כך באבלות? אמירה זו הייתה כשגגה שיוצאת מפי השליט ונפלה על שמואל אבלות.] בשני הסיפורים דעתו ההלכתית של שמואל עוררה חשש בבני משפחתו שהוא איננו מעריך נכון את המועקה שגורמים המאורעות הקשים של החיים מכיוון שלא עבר אותם בעצמו. המשך הסיפור במועד קטן הוא: "על פנחס אחוה למישאל טעמא מיניה.

שמואל ואסקינהו לארעא דישראל. אוקמן לשבויינהו מאבראי ועיילי לבי מדרשא דר' חנינא, הא אמרה נשביתי וטהורה אני, והא אמרה נשביתי וטהורה אני, שרינהו. סוף עול אתו שבויינהו, אמר רבי חנינא: בנן דמוריין אינון. איגלאי מילתא דבנתיה דמר שמואל הוויין, אמר ליה רבי חנינא לרב שמן בר אבא: פוק איטפל בקרובותיך³.

[תרגום:

אביו של שמואל אמר: הקביעה של המשנה שלפיה אם משנישאת השבויה באו עדים שהיא נשבתה הרי היא לא תצא – חלה גם על מי שלא נישאת ממש ובלבד שהתירו לה בית הדין להינשא. והרי המשנה אומרת לא תצא ומכאן שהיא נישאת ממש? הכוונה של המשנה היא שלא תצא מהיתרה הראשון.

אותן שביות שבאו לנהרדעא, אביו של שמואל הושיב אתן שומרים. אמר שמואל לאביו: ועד עתה מי שמר עליהן? אמר לו אביו של שמואל לשמואל: ואילו היו אלה בנותיך האם היית מזלזל בהן עד כדי כך? אמירה זו הייתה "כשגגה שיצא מלפני השליט" (קהלת י ה) ונשבו בנותיו של מר שמואל והעלו אותן השבאים לארץ ישראל. העמידו הבנות את השבאים שלהן מבחוץ ועלו לבית המדרש של רבי חנינא. האחת אמרה: נשביתי וטהורה אני, והשנייה אמרה: נשביתי וטהורה אני. התיר אותן רבי חנינא. לבסוף עלו והגיעו השבאים שלהן. אמר רבי חנינא: אלו הן בנותיו של אדם גדול ומורה הלכה. התגלה הדבר שהן בנותיו של מר שמואל. אמר רבי חנינא לרב שמן בר אבא שהיה כהן: צא וטפל בקרובות המשפחה שלך ושא אחת מהן.

וכך מסופר המעשה בירושלמי:

נשים נשבו לשם. אתא עובדא קומי אבא בר בא⁴ ולוי ושמואל אמרו: מסרו

שקלינהו לטופריה חבטינהו לאפיה" [תרגום: בא פנחס לדבר על לבו של שמואל. נטל (שמואל) את ציפורניו וזרק אותן ככעס בפניו]. שמואל דבק בעמדתו ש"הלכה כדברי המיקל באבל" גם כשהאבלות הייתה שלו. אף בעניין שבוייה לא חזר בו שמואל מעמדתו ההלכתית גם לאחר שבנותיו נשבו.

3. כתובות כג, א.

4. שהוא אבוח דשמואל (ראה ברכות יח, ב) וכן בקרבן העדה על אתר ד"ה ה"ג ואתא עובדא קומי אבא בר בא ולוי אמרו.

בגרסת קרבן העדה – "אתא עובדא קומי אבא בר בא ולוי. אמרו" – שמואל לא ישב עם אביו בבית הדין שהתיר את השביות וייחכן שלגרסה זו ישב דייין שלישי עם אביו של שמואל ועם לוי להשלמת בית דין כשר של שלושה שאינם קרובים זה לזה. ראה בית שמואל סי' יז ס"ק קכד.

לגרסה שבספרים שלפנינו, ישב שמואל עם אביו בבית הדין. לפי גרסה זו לא סברו חכמים אלה

להן עדים ניסקון לארעא דישראל. אמר ליה ומה נעשה לימים הראשונים שנתייחדו? אמר ליה אבא בר בא אילו הוינן בנתך כן הייתה אומר? ואישתביין בנתיה דשמואל כשגגה שיוצא מלפני השליט. כד סלקון להכא סלקון שביין עמהון. עלין קומי רבי חנינה אוקימן שביין מלבר. אמר ליה נשבינו וטהורות אנו והתירן. מן דנפקן שלחון שביין עלין אמר ניכרות אילו שבנות חכם הן מן דאיתודעין מאן הויין אמרין לשמעון בר בא איטפל בקריבתך נסב לקדמיתא ומיתת, לתנינא ומיתת. למה – בגין דשקרין? חס ושלום, לא שקרון. אלא מן חטאת דחנניה בן אחי רבי יהושע שעבר את השנה בחוצה לארץ⁵.

[תרגום:

נשים נשבו בארץ ישראל והובאו לבבל. הגיע העניין לפני אבא בר בא אביו של שמואל, ולוי ושמואל [אבא של שמואל ולוי התירו אותן – קרבן העדה]. אמרו: מסרו להן עדים שיעלו אתן לארץ ישראל. אמר שמואל לאביו: ומה נעשה לימים הראשונים שנתייחדו עם שוביהן? אמר אבא בר בא לבנו שמואל: אילו היו בנותיך כך היית אומר? ונשבו בנותיו של שמואל כשגגה שיוצאת מפי השליט. כשעלו בנותיו של שמואל לארץ ישראל עלו אתן השבאים שלהן. עלו הבנות לפני רבי חנינה והעמידו את השבאים מבחוץ. אמרו לו נשבינו וטהורות אנו, והתירן. משיצאו הבנות שלחו ועלו השבאים. אמר רבי חנינה ניכרות אלו שבנות חכם הן. משנודע מי הן אמר לשמעון בר בא שהיה כהן – טפל בקרובותיך. נשא את הראשונה ומתה, את השנייה ומתה. מדוע מתו – משום ששיקרו? חס ושלום. לא שיקרו. אלא מחטאו של חנניה בן אחי רבי יהושע שעבר את השנה בחוצה לארץ.]

סיפור שביין של בנות שמואל כפי שהוא מובא בבבלי ובירושלמי מעלה שאלות רבות:

א. מדוע לא מתבטל ה"היתר" להינשא לכהן שפסק בית הדין לשבויה שהצהירה: "שבויה אני וטהורה אני" אם לאחר מתן הפסק העידו שני עדים שהיא נשבית? הרי לאחר עדותם "לא מפיה אנו חייין"⁶ ואמינות טענתה שוב איננה יכולה להישען על הכלל "הפה שאסר הוא הפה שהתיר"⁷!

שיש צורך בבית דין של שלושה שאינם קרובים זה לזה כדי להתיר שבויות. ראה חלקת מחוקק סי' יז ס"ק עח.

5. ירושלמי כתובות ב: ו דף כו, ג.

6. כתובות יב, ב.

7. כתובות כב, א.

ב. מדוע ראה אבוה דשמואל את הסתייגותו ההלכתית של שמואל כזלזול בבנות ישראל – "אילו בנתך הווין, מי הוית מזלזל בהו כולי האי"? זאת ועוד: איזה משקל הלכתי יש להערה כזאת? האם לא היה לאביו של שמואל מענה הלכתי להסתייגות שהעלה שמואל, עד שנצרך להערה הזו?

ג. מדוע מזכיר התלמוד שהנשים שהתירן אבוה דשמואל – ולהיתרן התנגד שמואל – נשבו מארץ ישראל לבבל ולעומת זאת בנותיו של שמואל נשבו מבבל לארץ ישראל? איזו חשיבות יש בכך?

ד. רבי חנינא למד מהתנהגותן של בנותיו של שמואל שהן "בנות דמוריין" – והרי על פני הדברים הן פעלו בניגוד לדעתו ההלכתית של אביהן שמואל שלא הסכים להתיר את השבויות בנהרדעא?

ה. מדוע מתו בנותיו של שמואל בחטאו של חנינא בן אחי רבי יהושע שעיבר את השנה בחוץ לארץ – במה אשמתן?

ב. איסור שבויה – "כיוון שהותרה הותרה"

אשה שנבעלה על ידי לא־יהודי אסורה מן התורה להינשא לכהן גם אם אנס אותה הלא־יהודי בכוח או תוך איום ממשי על חייה⁸. שבויה שנשבתה על ידי גויים אסורה לכהן מדרבנן⁹ אף שאין עדות שנבעלה על ידם¹¹. אמנם עד שנשבתה לא היה כל ספק שהיא מותרת להינשא לכהן; וגם לאחר שנשבתה, מכיוון שאין עדות שנבעלה ונשתנה מעמדה, עומדת לצדה חזקת ההיתר שהייתה לה בטרם נשבתה. אך מדרבנן אין די בכך להתירה לכהן. זאת משום שמול חזקה זו עומדת חזקה נגדית – חזקת

8. שו"ת הריב"ש סי' שעט.

9. רמב"ם הלכות איסורי ביאה יח: ב, ו; שולחן ערוך אבן העזר ו: ח, ט.

10. שו"ת מהרשד"ם אבן העזר סי' רלה, שו"ת עין יצחק אבן העזר ח"ב סי' ס, שו"ת צמח צדק ליובאוויטש אבה"ע סי' רצה, ספר המקנה לקידושין סו, א ועוד. ובדברי הבית מאיר לאבן העזר סי' קנו סעיף ה: "איסור שבויה דרבנן אלא שעיקרה דבר תורה". וכך כותב המשנה למלך הלכות איסורי ביאה יח: א: "אין מי שיכחיש דשבויה אסורה בדרבנן בלחוד". עם זאת, לדבריו דעת רש"י היא ששבויה אסורה לכהן משום ש"ספיקא דאורייתא לחומרא הוי דבר תורה". הקילו בשבויה להתירה בעדות פסולים משום ש"מכל מקום יש כח ביד חכמים לתקן כן ולהקל כיון שבא מכת הספק". הנודע ביהודה (שו"ת נודע ביהודה מהדורא תנינא אבן העזר סי' כז) כותב "שבויה שאסורה לכהן עפ"י פשטן של דברי הראשונים הוא רק מדרבנן וכן שטחיות כמה סוגיות הש"ס שאמרו בשבויה הקילו משמע שהוא רק מדרבנן". הוא עצמו (בשו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא אבן העזר סי' סו) הציע הסבר שלפיו שבויה אסורה לכהן מדאורייתא.

11. משנה עדויות ג: ו; רמב"ם הלכות איסורי ביאה יח: יז; שולחן ערוך אבן העזר ז: א.

השובים שהם "שטופי זימה"¹² ו"מי יעכב על ידם שלא יאנסוה?"¹³: "מה דשבועיה מותרת מדאורייתא הוא רק משום חזקת היתר. וכיון דמבלעדי חזקת היתר יש כאן ספק תורה, החמירו חכמים דלא נוקי [=שלא נעמידנה] בחזקת היתר"¹⁴. זאת ועוד: חכמים אסרו את השבועה "כוודאי"¹⁵ איסור ולא כספק איסור. "משום גזירה שלא תינשא לכהן עשאוה כבעולה לכל דבריה"¹⁶.

עם זאת, הכלל הוא ש"שבועיה הקילו"¹⁷ ומשמעותו המעשית של הכלל היא בין השאר שההלכה מתירה לשבועיה להינשא לכהן גם על פי עדותם של פסולי עדות, המעידיים שלא נבעלה בעת שביה¹⁸. הקביעה שיש להקל בעניין זה מסתמכת על התנהגותן של "בנות ישראל הכשרות" הנופלות בשבי: "הקילו בה מפני שבנות ישראל הכשרות משתדלים גם בעת שביים להימלט שלא יבעלו, ועושים כל טצדקי [= תחבולה] ומנוולים את עצמן לגבי השבאים שלא יתנו עיניהם בהם, לפיכך הקילו בעדותן"¹⁹.

ההלכה שלפיה "מי שאמרה: 'נשביתי וטהורה אני' והתירוה בית דין להינשא, ואחר כך באו שני עדים שנשבית, הרי זו תינשא לכתחילה ולא תצא מהיתרה"²⁰ מבוססת לדברי הפוסקים אף היא על הכלל שמקילים בשבועיה – "לא הלכו חכמים בדברים אלו להחמיר. ואין זה הערמה, דשפיר עבדה [=טוב עשתה] כיון שיודעת שטהורה היא, וכיון שיצא הדבר בהיתר – יצא"²¹.

12. שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא אבן העזר סי' סו. ראה גם שו"ת עזרת כהן סי' יא: "שבועיה אסורה לכהן מטעם רוב נכרים פרוצים בעריות".

13. ערוך השולחן אבן העזר ז: א.

14. שו"ת אבני נזר אבן העזר סי' קלה.

15. חידושי חתם סופר כתובות כז, ב ד"ה הא.

16. תוספות כתובות לו, ב ד"ה אלו. וכן ברמב"ם הלכות אישות יא: ב; ראה גם צפנת פנח הלכות איסורי ביאה יח: יז, כא, שערי יושר שער ו סוף פרק ח, חידושי הגרנ"ט לכתובות סוף סימן לו, ברכת מרדכי כתובות סי' לו אותיות יז-יח בעמ' רפב.

17. כתובות כג, א.

18. רמב"ם הלכות איסורי ביאה יח: יז.

19. ערוך השולחן אבן העזר ז: א בהסתמך על קידושין יב, ב: "הקילו בשבועיה דמנוולה נפשה גבי שבאי". כך גם מסביר הנודע ביהודה (שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא אבן העזר סי' סו). וכן במשנה למלך הלכות איסורי ביאה יח: א. הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה יח: יז) כותב שהקילו בשבועיה מכיוון שספק דאורייתא, מדאורייתא – לקולא. ורבנן קבעו שיש להגביל את האיסור שהטילו עליה מספק. גם לדעת הבית שמואל אבן העזר ז: א שבועיה הייתה מותרת מן התורה והיא אסורה רק משום הידור – מעלה עשו ביוחסין, וקבעו חכמים כללי הקלה לגביה.

20. רמב"ם הלכות איסורי ביאה יח: כב. שולחן ערוך אבן העזר ז: ו.

21. ערוך השולחן אבן העזר ז: יב.

אך קשה: מדוע ההיתר לשבוייה להינשא לכהן, שניתן על סמך הצהרתה בטרם בואם של העדים, עומד בעינו גם לאחר שהעידו שני עדים שהיא נשבית? הרי במקרה זה היסוד ההלכתי להיתרה נשמט וכאילו איננו? יסוד ההיתר בשבוייה שאמרה "נשביתי וטהורה אני" צוין במפורש במשנה בעדויות:

חכמים אומרים יש שבויה אוכלת [תרומה] ויש שבויה שאינה אוכלת. כיצד?
האשה שאמרה נשביתי וטהורה אני אוכלת, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר.
ואם יש עדים שנשבית והיא אומרת טהורה אני אינה אוכלת²².

לאחר שהעידו שני עדים שהאשה נשבית, עדותם אוסרת אותה מדין שבויה אף מבלי להזדקק להודאתה: "נשביתי". הפה שלה שוב איננו "הפה שאסר". מדוע אם כן לא יתבטל ההיתר שהוצא על יסוד העיקרון "הפה שאסר הוא הפה שהתיר"²³?
התשובה לשאלה זו מעוגנת בעובדה שלולא גזירת חז"ל האוסרת שבויה על כהן, מעיקר הדין ועל פי כללי ההלכה המקובלים היא הייתה מותרת, על יסוד חזקת ההיתר שלה. הגזירה לפיה שביה מעורר ספק האוסר אותה, אף שעל פי דין תורה הספק מוכרע להיתר, היא הכובלת אותה ומונעת ממנה להינשא לכהן.

כאשר מתיר בית הדין את השבויה המצהירה בפניו "נשביתי וטהורה אני", פסק דין זה של בית הדין מוציא אותה מ"שם שבויה" או מ"דין שבויה"²⁴, כלומר מקבוצתן של מי שהגזירה חלה עליהן ("יש שבויה שאינה אוכלת"). גם אם מאוחר יותר יעידו שני עדים שהיא נשבתה ושוב "אין אנו חיים מפיה"²⁵, לא היה פגם או טעות בפסק הדין להיתר. מכיוון שהוסר מעליה האיסור שהטילה הגזירה, הוא לא ישוב לחול

התשובה לשאלה הראשונה - בית הדין מסיר את האיסור שהטילה הגזירה

22. משנה עדויות ג: 1.

23. אמנם גם ביבמות קיז, ב באשה שהתירו להינשא על פי עד אחד שהעיד שבעלה מת קבעה הסוגייה: "עד אחד אומר מת, והתירו להנשא, ובא אחד ואמר לא מת - לא תצא מהיתרה הראשון". אך שם מבואר שהסיבה לכך היא ש"כל מקום שהאמינה התורה עד אחד הרי כאן שנים". קבלת בית הדין את עדותו של העד הראשון שהעיד שבעלה של האשה מת, מקנה לעדותו מעמד שאין לזו של העד השני שבא לאחר פסק הדין להכחיש את עדותו של הראשון. במקרה של השבויה, העדים אינם מכחישים את דברי השבויה עצמה אלא מאוששים את הודאתה שנשבית. זאת ועוד: באשה שהתיר לה בית הדין להינשא לאחר שהודיעה האשה עצמה לבית הדין שמת בעלה, אם לאחר ההיתר בא עד אחד שמכחיש את הודעתה, בטל ההיתר כל עוד לא הספיקה להינשא מחדש בטרם בא העד המכחיש את דבריה (בית שמואל קיז: קכא).

24. מונחים אלה הם של הצפנת פענח הלכות איסורי ביאה יח: יז. בהסתמך על הירושלמי כתובות ב: ב (המופיע גם בירושלמי יבמות י: ג) כותב הצפנת פענח (הלכות איסורי ביאה שם) שעד המעיד שאשה נשבתה אך היא טהורה מעיד שמבחינה הלכתית היא אינה "שבוייה".

25. כלשון המשנה כתובות א: ו: "לא מפיה אנו חייין".

עליה – "כיוון שהותרה הותרה"²⁶. הגזירה היא תוספת חומרה שהטילו חכמים על אשה רק בעת שהיא שוהה בשבי, ולכן אחרי שהוסרה הגזירה בכוח פסק הדין של בית הדין היוצר מציאות הלכתית חדשה, כללי ההלכה אינם מחזירים את האיסור הישן למקומו.

מהיכן בא כוחו של בית הדין ליצור מציאות חדשה? אין מדובר בקביעה שהיא "גילוי מילתא בעלמא"²⁷, שרק מתארת את המציאות ההלכתית הקיימת על פי העקרונות שנקבעו בעבר (אלה מלמדים שלא ניתן לאסור אדם על פי הודאה שמשמעותה המלאה מתירה אותו – "הפה שאסר הוא הפה שהתיר") אלא בקביעה שיוצרת עובדה הלכתית²⁸. קבלת בית הדין את דבריה האחרונים: "טהורה אני" מבטלת את המעמד ההלכתי ששבייה – ודבריה "שבוייה אני" – היו מטילים עליה²⁹. על אף שנשבית אין בשבייה כדי לאוסרה. מעתה רק עדותם של שני עדים שנשמאה – עדות שהייתה אוסרת אותה ללא כל קשר לשבייה – תאסור אותה.

וז"ל הריב"ש:

אף על פי שבאו עדי שבייה אחרי כן, הרי אינם מכחישים אותה, ואינם כנגד היתר בית דין. שהרי, היא גם כן אמרה שנשבית, אלא שטהורה היא. אלא שאם באו העדים קודם היתר ב"ד, לא היה כאן: הפה שאסר, הוא הפה שהתיר. ולא היינו מתירין אותה. וכאן, כיוון שהותרה, הותרה. ועוד, דבשבוייה הקל³⁰.

26. לשון שו"ת הריב"ש סי' שעט.

27. כלשון צפנת פענח הלכות איסורי ביאה ה: יב. ראה מנחת חינוך מצוות מב, סא.

28. אמנם מקובל הוא שרואים בבית הדין שבכל דור ודור את האחראי לפעולות משפט המתנהלות על פי תקנות וגזירות חז"ל מדורות קודמים. לכן כשבעלה של אשה מקבל על פי תקנות חז"ל זכויות בנכסיה, רואים את בית הדין המכהן באותו הדור כמי שהעביר לבעל זכויות אלו בנכסי אשתו: "בית דין של ישראל שבאותו דור [=שבכל דור]... כל תקנות משפט תלויה בהן, ועל ידיהן נוהגות חוקות המתוקנים לציבור מאז והוי כמו שתיקנו לו הם" (רש"י בבא מציעא צו, ב ד"ה נמעל בית דין; ראה ערוך השולחן אבן העזר יז: קיט המסיק מדברי רש"י שיש צורך בבית דין כשר להתיר עגונה על פי עד אחד. וקשה – רש"י ראה בבית הדין של אותו הדור אחראי להעברת נכסי האשה לניהול בעלה, גם כשהמקרה כלל לא הגיע לבית הדין). אך בית הדין רק מפעיל את התקנה הקיימת מכבר ואיננו משפיע עליה בפסיקה שלו.

29. ראה קושיית רבי עקיבא איגר בדרוש וחידוש רעק"א לכתובות ותשובתם של שערי יושר שער ו פרק ח וחידושי הגרנ"ט כתובות סי' לו.

30. שו"ת הריב"ש סי' שעט. להסבר אחר ראה בית יעקב כתובות כג, א.

הסמכות של בית הדין ליצור מציאות הלכתית חדשה ולא רק להורות על מציאות קיימת היא מעיקר כוחותיו של מי שהוסמך לדון דין תורה בסמיכה שראשיתה משה רבנו.

ג. סמכותו של דיין מומחה לדון קנסות וליצור מציאות הלכתית

סמיכת דיינים – שהחלה עם משה רבנו שסמך את יהושע ואת שבעים הזקנים, ועברה מדור לדור עד תקופת האמוראים – העניקה למי שנסמך את היכולת לחייב את הנידון שלפניו בקנסות שקבעה התורה.

אחד בית דין הגדול ואחד סנהדרין קטנה או בית דין של שלשה צריך שיהיה אחד מהן סמוך מפי הסמוך, ומשה רבנו סמך יהושע... וכן השבעים זקנים משה רבנו סמכם ושרתה עליהן שכינה, ואותן הזקנים סמכו לאחרים ואחרים לאחרים ונמצאו הסמוכין איש מפי איש עד בית דינו של יהושע ועד בית דינו של משה רבנו... וכיצד היא הסמיכה לדורות? לא שיסמכו ידיהן על ראש הזקן אלא שקורין לו רבי ואומרים לו: הרי את סמוך ויש לך רשות לדון אפילו דיני קנסות³¹.

ייחודם של "דיני קנסות" לעומת דיני ממונות האחרים ולעומת דיני איסור והיתר הוא שהחובה לשלם קנס איננה חלה על האדם בשעה שעשה את המעשה שבגיננו הקנס מוטל עליו ואיננה תולדה ישירה של המעשה עצמו. רק כשיועמד לדין ובית הדין יטיל עליו לשלם את הקנס – רק אז יחול עליו חיוב לשלם את הקנס.

לדוגמה: התורה מחייבת את מי שגנב מחברו כסף או מיטלטלין להחזיר לו את הקרן ולשלם לו בנוסף קנס השווה לקרן שגנב – "שניים ישלם" (שמות כב ו). מיד, עם השלמת הגניבה, חייב הגנב להשיב את החפץ שגנב או (אם השבה בעין היא בלתי אפשרית) בתשלום הקרן. המעשה עצמו מחייב אותו בתשלום זה. לגבי ההשבה או תשלום הקרן תפקידו של הבית דין הוא רק לברר את העובדות: של מי היה החפץ (ייתכן שהגנב טוען שהוא שלו), ואת ההלכה: האם יש נימוק הלכתי לפטור את הגנב מחובת השבה? בית הדין מברר; אם יסרב הגנב להשיב, בית הדין גם יאכוף את פסקו. אך בית הדין איננו יוצר חיוב חדש. שונה הדין לגבי חיוב תשלום ה"כפל". וכך מלמד המכילתא:

31. הלכות סנהדרין ד: א-ב.

“אשר ירשיעון אלוהים” – על פי בית דין משלם תשלומי כפל ואין משלם תשלומי כפל על פי עצמו³².

על סמך דברי המכילתא כותב בעל קצות החושן:

כל דיני קנסות אין הדבר תלוי רק [=אלא ב] “אשר ירשיעון אלוהים” (שמות כב, ח) ואם אין הבית דין דנין אותו... אפילו לצאת ידי שמים אינו חייב³³.

כמוהו כותב הרב שמעון שקאפ:

בקנס אינו מתחייב אלא לאחר העמדה בדין בבית הדין מומחזין ועצם המעשה אינו מחייבו אף לצאת ידי שמים³⁴.

הרב שלמה זלמן אוירבך דן במעמדו של קרבן הגניבה כלפי הקנס בטרם חייב בית הדין את הגנב לשלמו:

לפני העמדה בדין עדיין אינו חייב לו כלום אלא שיש לו רק זכות לתובעו ולחייבו³⁵.

מי שהוסמך לדרן דיני קנסות מוסמך לשנות את המציאות ההלכתית בהטלת חיוב שאמנם התורה קבעה, אך העבירה לבית הדין את הסמכות להחילו בפועל – “אשר ירשיעון אלוהים”.

סמכות זו שניתנה לדיין שהוא “סמוך מפי הסמוך” מקנה גם לפסקיו בדיני איסור והיתר מעמד מיוחד – הם קובעים מציאות ולא רק מבררים אותה. הירושלמי מספר שרבי יהודה הנשיא הסמיך את רב לפסוק בדיני כתמים³⁶. מכך מסיק הרוגוצ'ובר:

ראות כתמים צריך סמיכה... אם בשעה שראה היה עליו מראה טהור אף שאח"כ נראה שהוא ממין דם אחר, אמרינן כבר נטהר ולזה צריך דווקא מומחה סמוך... אבל כעת שאין לנו מומחה... לא הווה רק גילוי מילתא בעלמא³⁷.

32. מכילתא דרשב"י כב.

33. קצות החושן א: ז.

34. חידושי הרב שמעון שקופ קונטרס בענייני קנס קונטרס א אות ה. מסקנתו היא שלאחר שבית דין מטיל את הקנס הוא חל על הגידון למפרע משעת מעשה.

35. שו"ת מנחת שלמה ח"א סי' פה.

36. ירושלמי חגיגה א: ד דף עו, ג. נדרים י: ח דף מא, ג.

37. צפנת פענח הלכות איסורי ביאה ה: יב. ראה גם צפנת פענח הלכות מילה א: ו. ראה שאלת הלחם משנה הלכות סנהדרין ד: ח.

ד. בהעדר סמוכים מצטמצם כוח הפוסק ליצור מציאות הלכתית

בהעדר דיינים סמוכים איש מפי איש עד משה רבנו עברו סמכויות מסוימות של הדיינים הסמוכים לדיינים שאינם סמוכים, וכך מתאפשר להם ליצור מציאות הלכתית בנסיבות מיוחדות:

- רש"י מלמד שרואים בבית הדין שבכל דור ודור את האחראי לפעולות משפט המתנהלות על פי תקנות וגזירות חז"ל מדורות קודמים. מסיבה זו, כותב רש"י, כשבעלה של אשה מקבל על פי תקנות חז"ל זכויות בנכסיה, רואים את בית הדין המכהן באותו הדור כמי שמעביר לבעל בפועל זכויות אלו בנכסי אשתו:

בית דין של ישראל שבאותו דור [=שבכל דור]... כל תקנות משפט תלויה בהן, ועל ידיהן נוהגות חוקות המתוקנים לציבור מאז, והוי כמו שתיקנו לו הם³⁸.

שונות תקנות חז"ל מחוקי התורה, בכך שהן מחייבות שינוי מסדר העולם ההלכתי הנתון שקבע הקדוש־ברוך־הוא בעולם במתן תורה. מכיוון שחוקי התורה הם קבועים, בכל מקרה ומקרה שבו ההלכה למעשה המבוססת על "תקנות משפט" דרבנן שונה מחוקי התורה, רק התערבותו של בית הדין – בין בפועל, ובין מתוקף המחויבות שלה לתקנה – היא זו שמחייבת התנהגות על פי השינוי. נראה שרש"י איננו מתכוון לבית דין מסוים אלא לכלל הרבנים הפוסקים שבאותו דור, הקובעים בו את ההתנהגות התורנית המקובלת: "לפעמים כל חכמי ישראל בשם 'בית דין' יכונה"³⁹. רבני כל דור, גם בדור שאין בו סמוכים, מפעילים את תקנות חז"ל של הדורות הקודמים מבלי לשנותן.

- לבית הדין של דיינים שאינם סמוכים הדין בדיני ממונות ב"דברים המצויים תמיד ויש בהם חסרון כיס"⁴⁰ (כלומר שללא יכולת לכפות פסק דין על הצדדים יורע מצבו הכספי של הזכאי לעומת מצבו הראשוני) ישנה סמכות לאכוף את הכרעותיו, תוך שימוש בכוח פיזי. בתביעות אלו פועל בית הדין המורכב ממי שאינם סמוכים בשליחותם של הדיינים הסמוכים שהיו מכבר. אמנם אין כאן יצירה של מציאות הלכתית חדשה, אך בירור בית הדין את המציאות איננו חוות דעת גרידא והוא מחייב כאילו ניתן על ידי בית דין של סמוכים⁴¹.

38. רש"י בבא מציעא צו, ב ד"ה נמעל בית דין.

39. חלקת מחוקק סי' לט ס"ק עח.

40. שולחן ערוך חושן משפט א: א.

41. ראה קצות החושן ג: א; נתיבות המשפט ג: א; שו"ת חתם סופר ח"ה (חושן משפט) סי' קעז.

• לבית דין המורכב מדיינים שאינם סמוכים ניתנה הסמכות הן לגייר לא־יהודים והן לכפות, על פי כללי ההלכה, בעלים סרבנים, לתת גטין לנשותיהם. אמנם בדומה להטלת קנס, מעשי גיור וכפיית גטין יוצרים מציאות הלכתית חדשה⁴². אך הצורך במתן סמכות זו לבית הדין בעניינים אלה היה גדול אף מהצורך להסמיך את בית הדין לדון בתביעות ממון בדברים שיש בהם "חסרון כיס" ולכן ההלכה קובעת שהדיינים הסמוכים האצילו סמכויות בתחומים אלה בהעדר סמוכים גם לדיינים שאינם סמוכים. וכך כתב הבית יוסף:

דיני גיטין משום עגונא עדיפי מהיכא דאיכא חסרון כיס... והכי נמי תירץ הר"ן ז"ל⁴³... דמקבלים גרים בזמן הזה אף על גב דלא שכיח דלהכניס אדם תחת כנפי השכינה עדיף מממונא דשכיח⁴⁴.

כדי למנוע עיגון – על ידי כפיית גט, וכדי "להכניס אדם תחת כנפי השכינה" ניתנה סמכות אף לבית הדין של הדיוטות – כלומר לא סמוכים – לטפל בדינים אלה, לא רק לברר מציאות קיימת אלא גם לשנותה.

• בית דין שהתיר עגונה על פי עדותו של עד אחד, מעניק בפסק דינו תוקף לעדות שקיבל כאילו נאמרה מפי שני עדים. זאת כשעומדת מולה עדות סותרת של עד אחד אחר שבאה לאחור מתן פסק הדין; משמעות הדבר היא שבמצב זה ההיתר שנתן בית הדין לאשה להינשא נותר בעינו⁴⁵. נחלקו הדעות בשאלה אם סמכות זו ניתנה דווקא לבית דין של שלושה⁴⁶ או גם לכל פוסק הבקי בהלכות אלו ורשאי לפסוק בהן⁴⁷. גם כאן בית הדין המקבל את עדות העד הראשון יוצר מציאות הלכתית; תפקידו אינו בירור בלבד.

42. ראה נתיבות המשפט א: א.

43. גטין מט, ב ד"ה כי.

44. בית יוסף חושן משפט סי' א.

45. יבמות פח, ב; שולחן ערוך אבן העזר יז: לו. לדעתו של הריטב"א המובא בנימוקי יוסף (יבמות כח, א בדפי הרי"ף על יבמות פח, ב) ובש"ך יו"ד לט: יד (החולק עליה), סמכות זו להחשיב עדות של עד אחד כעדותם של שניים ניתנה לפסק הניתן דווקא "בעדות אשה ולא באיסורין". הנימוק להבחנה זו היא שרק ב"דבר שבערוה", שבו נדרשת עדותם של שני עדים, משמעותו של היתר הניתן על פי עד אחד היא שעדות זו התקבלה כעדות של שניים.

46. רמ"א אבן העזר יז: לט; בית שמואל לט: קכד; תפארת למשה מובא בורע חיים סי' ג סוף דף לד.

47. חלקת מחוקק סי' יז ס"ק עח; שו"ת חתם סופר ח"ד (אבן העזר) סי' קל נוטה אמנם לדעה זו אך הוא מסיים ש"למעשה צריך עדיין עיון ומיתון"; פתחי תשובה יורה דעה לט: יז.

ה. גם בתקופה שהיו סמוכים ודנו דיני קנסות בארץ ישראל, לא דנו דיני קנסות בבבל

כלל הוא שאין דנים דיני קנסות בבבל⁴⁸. אך מדוע לא? אמנם אין סומכים אדם לדון בדיני קנסות – שרק היא סמיכה מלאה – אלא בארץ ישראל:

אין קרוי 'אלהים' אלא בית דין שנשמך בארץ ישראל בלבד⁴⁹.

כיצד היא הסמיכה לדורות? ... שקורין לו 'רבי' ואומרים לו: הרי את סמוך ויש לך רשות לדון אפילו דיני קנסות⁵⁰.

אך מי שהוסמך בארץ ישראל לדון דיני קנסות, רשאי לדון דיני קנסות אף בחוץ לארץ. בית דין שנשמכו בארץ ישראל ויצאו חוצה לארץ הרי הם דנים דיני קנסות בחוצה לארץ כדרך שדנים בארץ, שסנהדרין נוהגת בארץ ובחוצה לארץ והוא שיהיו סמוכים⁵¹.

זאת ועוד: מצוות מינוי שופטים, לא זו בלבד שהיא מתירה הקמת בתי דין בחו"ל, היא אף מחייבת מינוי שופטים שנשמכו בארץ ישראל לדון בערי חוץ לארץ⁵². מדוע אם כן חדלו לסמוך שופטים בארץ ישראל לדון דיני קנסות בבתי דין בבבל, גם בעידן שחכמים נשמכו בארץ ישראל לדון דיני קנסות בארץ⁵³? מדוע חכמים היוורדים לבבל נשמכו סמיכה חלקית בלבד, שלא כללה את הסמכות לדון דיני קנסות⁵⁴?

48. טור ובית יוסף חושן משפט סי' א. ראה בבא קמא כז, ב.

49. רמב"ם הלכות סנהדרין ד: ד.

50. שם ד: ב.

51. שם ד: יב.

52. שם א: א-ב.

53. ראה בבא קמא טו, ב: אם בבבל הזיק אדם לחברו נזק שבגיננו בית דין של סמוכים היה מטיל עליו קנס, הניזוק היה רשאי לתבוע את המזיק לבית דין בארץ ישראל שם היו דנים בדיני קנסות. סירוב של הנתבע היה גורר אחריו נידוי.

54. ראה סנהדרין ה, א שרבי יהודה הנשיא סמך את רבה בר רב חנה ורב שירדו לבבל, אך לא כלל בכך את דיני קנסות. שמואל לא נסמך כלל (בבא מציעא פה, ב-פו, א); רב הונא ורב חסדא לא נשמכו לדון בדיני קנסות (בבא קמא כז, ב; שו"ת שבות יעקב ח"א סי' קלד). הרמב"ם מבחין בין הרשאה לחכם שראוי מבחינת ידיעותיו להיות סמוך בכל הלכות התורה לדון דיני ממונות לבין הרשאה לדון דיני קנסות: "חכם מופלא שראוי להורות בכל התורה כולה יש לבית דין לסמוך אותו וליתן לו רשות לדון, לא להורות באיסור והיתר, או יתנו לו רשות להורות באיסור והיתר ולא לדון דיני ממונות. או יתנו לו רשות לזה ולזה אבל לא לדון דיני קנסות" (הלכות סנהדרין ד: ח). בנושאים שבהם נסמך, החכם פועל כסמוך ולא מדין "שליחות בית דין של ארץ ישראל"

שאלה זו הועלתה על ידי הרשב"א:

הקשה הרשב"א ז"ל: תמיה לי... אף בחוץ לארץ יגבו? שאין הדבר תלוי אלא במומחין, ואם כן – אמאי משמתינן ליה עד דסליק [=מדוע היו מגדים את הנתבע עד שיעלה לדין] לארץ ישראל? ... אי מיירי בזמן דאיכא סמוכין [=אם מדובר בתקופה שהיו סמוכים] אף בבבל יגבו?⁵⁵

התשובה לשאלה זו, שעליה הצביעו המלומדים חיים יחיאל בורנשטיין⁵⁶ ופרופ' אביגדור אפטוביצר⁵⁷, נמצאת כפי שהם ציינו, בדברי הירושלמי במסכת ביכורים:

ר' אמי שאל לר' סימון: שמעת שממנין זקינים בחוצה לארץ? א"ל שמעתין שאין ממנין זקינים בחוצה לארץ. א"ר לוי ולא מקרא מלא הוא? "בן אדם בית ישראל יושבים על אדמתם" (יחזקאל לו יז) – הא כל ישיבה שלך לא יהא אלא על אדמתך. רבנין דקיסרין אמרין ממנין זקינים בחוצה לארץ על מנת לחזור⁵⁸.

מדברי רבנין דקיסרין – "ממנין זקינים בחוצה לארץ על מנת לחזור" – אנו למדים שהירושלמי דן בשאלה האם סומכים חכמים בארץ ישראל שידורו בחו"ל ולא בשאלה האם סומכים חכמים בחו"ל. ואכן כך מפרש בעל ה"פני משה"⁵⁹ את דברי הסוגיה. רבנין דקיסרין קובעים שסומכים בארץ ישראל חכמים הדרים בחוץ לארץ או החושבים לצאת לחו"ל "על מנת לחזור", כלומר רק בתנאי שיחזרו מחו"ל לארץ ישראל, מקום סמיכתם⁶⁰. רבי סימון השיב לשאלת רבי אמי שהוא שמע "שאינן ממנין זקנים בחוצה לארץ" – כלומר אין סומכים בארץ לדון דיני קנסות מי שעומד לצאת לחו"ל. לדעתו של רבי לוי קביעה זו מעוגנת בפסוק שעניינו החטא שבעקבותיו החורבן ולאחריו הגלות:

(שם ה: ח) שמכוחה דנים הדיוטות הודאות והלוואות. ראה קצות החושן א: ג ונתיבות המשפט ביאורים א: ב.

55. מובא בשו"ת מהרלב"ח קונטרס הסמיכה.

56. במאמרו "משפט הסמיכה וקורותיה" התקופה ד תרע"ט מעמ' 394, בפרק ב "משפט הסמיכה בבבל". המאמר מופיע גם באתר דעת, בכתובת bit.ly/smicha

57. "מחקרים בספרות הגאונים" מוסד הרב קוק תש"א, עמ' 105-106 (ניתן לקרוא בכתובת bit.ly/mechkarim).

58. ירושלמי ביכורים ג: ג דף סה, ד.

59. ראה פני משה על אתר ד"ה שמעת שממנין בחו"ל.

60. וכן בפני משה על אתר ד"ה על מנת לחזור. לא ניתן לפרש שסומכים אותם בחו"ל על מנת שיחזרו לחו"ל.

בְּן אָדָם בֵּית יִשְׂרָאֵל יֹשְׁבִים עַל אֲדָמְתָם וַיִּטְמְאוּ אוֹתָהּ כְּדָרְכָם וּכְעֲלִילוֹתָם
 כְּטִמְאַת הַנְּדָה הַיְתָה דָרְכָם לְפָנַי: וְאֶשְׁפֹּךְ חֲמָתִי עֲלֵיהֶם עַל הַדָּם אֲשֶׁר שָׁפְכוּ עַל
 הָאָרֶץ וּבְגִלּוּלֵיהֶם טִמְאוּהָ: וְאֶפִּיץ אֹתָם בְּגוֹיִם וַיִּזְרוּ בְּאֲרָצוֹת כְּדָרְכָם וּכְעֲלִילוֹתָם
 שְׁפֹטִים: וַיָּבֹאוּ אֶל הַגּוֹיִם אֲשֶׁר בָּאוּ שָׁם וַיַּחֲלִלוּ אֶת שֵׁם קְדוֹשִׁי בְּאָמֹר לָהֶם עִם
 ה' אֱלֹהֵי וּמֵאֲרָצוֹ יֵצְאוּ:⁶¹

מהפסוק שמציין רבי לוי בירושלמי לומד המדרש שגם כשעם ישראל חוטא, ובכך
 מטמא את הארץ, עדיפה לקדוש-ברוך-הוא ישיבת העם בארץ ישראל על פני יציאתו
 לגלות:⁶²

”בן אדם בית ישראל יושבים על אדמתם ויטמאו אותה” (יחזקאל לו יז), אמר
 הקדוש-ברוך-הוא: הלוואי היו בני עמי בארץ ישראל אעפ”י שמתמאין
 אותה.⁶³

כפי שעולה מפשט הפסוקים, הפצתם של ישראל בגויים ובארצות מחללת את שם ה'
 הקדוש, בכך שהיא מביאה את הגויים להטיל ספק ביכולתו של הקדוש-ברוך-הוא
 לגאול את עמו.

לכן, אף שהמצווה למנות שופטים מחייבת מינוי סמוכים בארץ ישראל לשרת
 כשופטים בערי חוצה לארץ, אין סומכים אותם כשיש בכך כדי לחזק את הסמכות
 התורנית של הגולה על חשבונה של הסמכות התורנית המתדלדלת שבארץ ישראל.
 המצווה, כפי שמתאר אותה הרמב”ם בתחילת הלכות סנהדרין⁶⁴ היא למנות שופטים
 בארץ וגם בחו”ל, רק בשעה שהריכוז הגדול יותר של שופטים סמוכים הוא בארץ –
 ”בכל עיר ועיר ובכל פלך ופלך”. אסור לנו לתרום לזירוז ההתדרדרות מ”בית ישראל
 יושבים על אדמתם” ל”אפיץ אותם בגויים”. כלשון הירושלמי ”כל ישיבה שלך לא
 יהא אלא על אדמתך” – עלינו לחזק את קביעות התורה בארץ ישראל.⁶⁵

61. יחזקאל לו יז-כ.

62. על הפסוק שמביא רבי לוי כותב בורנשטיין שם עמ' 402: ”מדבריו אנו למדים שמשום יישוב
 ארץ ישראל נגעו בה.”

63. איכה רבה (בובר) ג [כ].

64. הלכות סנהדרין א: א-ב.

65. ראה שו”ת בצל החכמה ח”ד סי’ קמ ושו”ת ציץ אליעזר חט”ו סי’ נד: ג שלדבריהם הירושלמי
 מסתמך על הפסוק ביחזקאל כדי להסביר מדוע אין סמיכה אלא בארץ ישראל, כלומר מדוע לא
 נקרא ”אלהים” אלא מי שנסמך בארץ. לענ”ד לא היה ספק לסוגיה בירושלמי שהסמיכה חייבת
 להתקיים בארץ. כמו כן קשה הלימוד מיחזקאל – מדוע ללמוד דווקא מתיאור הפורענות שרק מי
 שנסמך בארץ הוא סמוך? לדברי בורנשטיין ואפסטייצר, מפסוקי הפורענות לומדים הלכה

מסיבה זו לא דנו דיני קנסות בכבל, גם לא בעידן שהיו סמוכים שדנו דיני קנסות בארץ ישראל, ושופטים אלה היו יכולים להגיע גם לכבל. בטרם הפורענות, כשהיישוב בארץ ובתי הדין שלו שגשגו, מי שהוסמך בארץ ישראל היה דן דיני קנסות אף בחו"ל. אך בימי הפורענות, שבהם נחלש היישוב בארץ ישראל והצטמצם מניין החכמים שבה, לא נסמכו זקנים לדון דיני קנסות בחוצה לארץ. יהודי בגולה שהיה סבור שמגיע לו קנס מחברו וביקש לתבוע אותו בבית הדין היה נאלץ לעלות אתו לבית דין שבארץ ישראל, רק שם בית דין היה מוסמך ליצור מציאות הלכתית חדשה על ידי חיוב קנס⁶⁶. אילוץ זה הדגיש את היתרון של כוח התורה בארץ ישראל ליצור מציאות הלכתית חדשה, יתרון המעוגן בפסוק "כי מציון תצא תורה" (ישעיהו ב ג).

1. דעתו של שמואל: רק בית דין של סמוכים בארץ ישראל יכול לבטל "דין שבויה"

התשובה לשאלה השלישית – שמואל ואביו חולקים בשאלה האם יש להבזיז בין בי"ד שבא"י לבי"ד שבבבל

בדומה לדיני קנסות, שאין סמכות לדון אותם בכבל, כך גם כל פסיקה היוצרת מציאות הלכתית חדשה הייתה מעבר לסמכות שהוענקה לדייניי כבל, גם בתקופה שהיו סמוכים בארץ ישראל שדנו בהלכות אלו. זאת, כל עוד לא האצילו חכמי ארץ ישראל מסמכותם לחכמי כבל לפעול בשליחותם כדי לענות על צורך דוחק – כגון לכפות מתן גט על בעל סרבן כדי להתיר עגונה, או לגייר את מי שמבקש להיכנס תחת כנפי השכינה. מסיבה זו חלק שמואל על דעת אביו (ועל דעתו של לוי שישב אתו בבית הדין) שהתיר את השבויות שהגיעו לנהרדעא גם לאחר שבאו אחריהן השוכים לבית הדין ונודע לכול שנשים אלו נשבו מבלי להסתמך על הודאת "פיהן". לדעת שמואל בית דין שבבבל מברר את המציאות ומורה את ההלכה, אך אין הוא מוסמך ליצור בהוראתו מציאות הלכתית חדשה. ראינו לעיל (פרק ב) שכאשר מתיר בית הדין את השבויה המצהירה בפניו "נשביתי וטהורה אני", פסק דין זה של בית הדין הוא המוציא אותה מ"שם שבויה" או מ"דין שבויה"⁶⁷, כלומר מקבוצתן של מי שגזירת "שבויה" חלה עליהן. גם אם מאוחר יותר יעידו שני עדים שהיא נשבתה ושוב "אין

שמיושמת רק בשעת פורענות שבה נחלשת אחיזת ישראל בארץ. ראה הגרי"פ פערלא (בהערותיו לספר המצוות לרב סעדיה גאון כרך ג שישים וחמש פרשיות, פרשה א מד"ה ומ"מ דברי).
 66. וכך כותב בורנשטיין שם עמ' 400-401: "אנו מוצאים חכמי כבל שהיו בימי רבי יהודה הנשיא קרואים בשם 'רבי', כגון רבי יהודה בן בתירא, רבי נתן הכבלי, רבי יצחק, רבי יונתן, רבי יאשיה ורבי אחי בנו ורבי זוטרא. אבל המראה הזה פוסק לגמרי מימות רבי והלאה ולא מצאנו אחריו אפילו חכם אחד בכבל שיהיה מוכתר בתואר 'רבי'".
 67. צפנת פענח הלכות איסורי ביאה יח: יז.

אנו חיים מפיה⁶⁸, מכיוון שהוסר מעליה האיסור שהטילה הגזירה, הוא לא ישוב לחול עליה. "כיוון שהותרה הותרה"⁶⁹ – אחרי שהוסרה הגזירה בכוח פסק הדין של בית הדין היוצר מציאות הלכתית חדשה, האיסור הישן איננו חוזר למקומו.

אביו של שמואל הקשה עליו: "אילו בנתך הוויין, מי הוית מזלזל בהו כולי האי?" בשאלה זו ביטא אביו של שמואל את דעתו שבדומה לקבלת גרים ולכפיית גטין הנהוגות גם בכבל (וגם היום בשליחות קדמאי), כך גם בעניין הסרת הגזירה דרבנן שהטילו חז"ל על שבוייה הוסמך בית הדין שבחו"ל לפעול – בשליחות בית הדין שבארץ ישראל – לשנות את המציאות ההלכתית בפסיקתו. הפגיעה בשבויות, אף ששבוייה מותרת לכל אדם ואסורה רק לכהן, קשה יותר מחסרון כס, והיא מצדיקה את האצלת הסמכות לבתי הדין שבכבל להסיר את איסורן. רק זלזול במצוקתן של שבוייות יכול להביא אדם לאמץ את העמדה שאין לבית הדין שבכבל סמכות להסיר את האיסור הרובץ עליהן⁷⁰. עמדה זו מזלזלת גם במאמצי בנות ישראל הכשרות לשמור על טהרתן, העושות "כל טצדקי ומנוולים את עצמן לגבי השבאים שלא יתנו עיניהם בהם"⁷¹. מאמצים אלה מסתייעים בידיעתן שבכוא העת הן תהיינה נאמנות בבית הדין שיאשר את טהרתן ויתיר את האיסור להינשא לכהן שהטילה עליהן הגזירה עם שביין.

אביו של שמואל ביקש בהערתו לדעת מה הייתה עמדתו של שמואל אילו נשבו בנותיו של שמואל עצמו. על כך הוא קיבל תשובה: שמואל סבור שבית דין שבארץ ישראל מתיר שבוייות⁷²; בנותיו של שמואל שנשבו לארץ ישראל והשאירו את שוביהן מחוץ לבית הדין כדי שלא להיאסר לא פעלו בניגוד לדעתו ההלכתית של אביהן שביקש לאסור את השבויות שברחו לנהרדעא. לדעת שמואל, יש בכוחה של פסיקת בית הדין של סמוכים שבארץ ישראל לעקור את האיסור שהטילה גזירת חז"ל על שבוייה. שלא כפסיקת בתי דין שבחו"ל, המבררת מציאות הלכתית, בכוח פסיקתם של סמוכים בארץ ישראל לשנות את המציאות ההלכתית.

התשובה לשאלה השנייה – טענת אביו של שמואל שהצביע על צערן של השבויות היא טענה הלכתית

התשובה לשאלה הרביעית – בנותיו של שמואל נהגו על פי פסק ההלכה של אביהן

68. כלשון המשנה כתובות א: 1: "לא מפיה אנו חייין".

69. לשון שו"ת הריב"ש סי' שעט.

70. תשובתו של שמואל לביקורת זו אינה מוזכרת בכבלי או בירושלמי, אך כנראה הבחין בין כפיית גט המשחררת אשה מעגינות המונעת ממנה להתחתן, לבין שבוייה שגם אם היא נאסרת לכהן עדיין מותרת לכל יהודי אחר.

71. ראה לעיל הערה 19.

72. ראה לעיל הערה 2. גם במועד קטן יח, א, שם אירעה לשמואל אבלות בעקבות קריאת אחיו "אי בדידיה הוה מי מזלזלת ביה כולי האי?" לא חזר בו שמואל מדעתו.

ז. מותן של בנות שמואל בחטאו של רבי חנניה בן אחיו של רבי יהושע

האגדתא שבירושלמי מספרת שבנות שמואל התחתנו אחת אחת עם כהן אך מתו, זו אחר זו – לא משום שהן חטאו, אלא בחטאו של חנניה בן אחי רבי יהושע, שהיה קובע חודשים ומעבר שנים בבבל גם כאשר היו בארץ ישראל גדולי תורה בשיעור קומתו. מעשה זה הצביע על תהליך הולך ומעמיק של היחלשות סמכות בית הדין שבארץ ישראל.

כשירד חנניא בן אחי רבי יהושע לגולה היה מעבר שנים וקובע חדשים בחוצה לארץ. שגרו אחריו שני תלמידי חכמים רבי יוסי בן כיפר ובן בנו של זכריה בן קבוטל... אמר להם: והלא עקיבא בן יוסף היה מעבר שנים וקובע חדשים בחוץ לארץ? – אמרו לו: הנח רבי עקיבא, שלא הניח כמותו בארץ ישראל... אמרו לנו [חכמי ארץ ישראל]: לכו ואמרו לו בשמינו: אם שומע – מוטב, ואם לאו – יהא בנידוי. ואמרו לאחינו שבגולה: אם שומעין – מוטב, ואם לאו – יעלו להר [להתנהג כחוקות הגויים לבנות בנות – רש"י], אהיה [ראש לבני הגולה – רש"י] יבנה מזבח, חנניה ינגן בכינור [לפני הבמה לפי שחנניה לוי היה – רש"י], ויכפרו כולם ויאמרו: אין להם חלק באלוהי ישראל. מיד געו כל העם בבכייה ואמרו: חס ושלום! יש לנו חלק באלוהי ישראל. וכל כך למה? – משום שנאמר: כי מציון תצא תורה ודבר ה' מירושלים (ישעיהו ב ג)⁷³.

"כי מציון תצא תורה" – מדוע פירשו חכמים שפסוק זה עוסק בקידוש חודשים ועיבור שנים כשהפסוק מזכיר "תורה" מבלי לפרט? התשובה לשאלה זו היא שבירור הלכה ללא יצירת מציאות הלכתית חדשה מכוח הפסיקה איננו מוגבל למקום מסוים. התורה היוצאת דווקא מציון היא קידוש חודשים, משום שכוחם של חכמים ליצור מציאות הלכתית חדשה גדול וניכר יותר בקידוש חודשים מאשר בכל הלכה אחרת. כותב על כך הנודע ביהודה:

בכללות התורה לא שייך לתלותה במקום, והתורה אינה משתנית... דאטו דיני התורה תלויים בהוראת המורה? הטהור והמותר נשאר בטהרתו ובהיתרו אפילו אם יורה המורה בהיפוך... ואם טעו בדין ואח"כ עמדו על האמת חייבים הם עצמם לחזור מהוראתם להורות כהלכה, ולא אמרינן אתם אפילו מוטעים. ולכן אין שייך לומר על התורה שתצא מציון, אבל בקידוש חדשים חידשה לנו התורה "אתם אפילו שוגגים אפילו מוטעים אפילו מזידיים"⁷⁴, בזה שייך לומר כי מציון תצא תורה⁷⁵.

73. ברכות סג, א-ב.

74. ראש השנה כה, א.

75. צל"ח ברכות סג, ב.

הפגיעה בייחודה של ארץ ישראל שפגע חנניה בן אחי רבי יהושע בהעברת הסמכות לקדש חודשים לגולה, כמוה כהקמת במה וכפירה באלוהי ישראל:

שורש קדושת הפרטים צריכה להיות ניכרת מפני שהם ענפי הכלל שהם באים ממנו ונמשכים אליו. והכלל שכל התורה כולה תלויה בו הוא קיום עם ד' בכל צביונו ותמימותו שהוא אפשרי דווקא בארץ ישראל... אין אפשרות לתורתנו הקדושה שתוכר בתור דת נפרדת מהתכלית של קיום האומה וגדולתה⁷⁶.

– אמנם –

בחילופי המצבים ונדידת ישראל בעמים במשך גלות ארוך ומר, עם כל זה תורת ד' איתם... על כן אם יכריח הכרח... תהיה קיומה... גם כן בארץ הגלות. אבל כל האפשר להיות קשר התורה מתייחס אל ארץ ישראל זאת היא אחת מעיקריה הגדולים⁷⁷.

חכמים, שהיו ערים לתהליך ההתדרדרות, פעלו לעצור את התרחבותו בקבעם שלא ייסמכו חכמים לדון דיני קנסות בבבל⁷⁸. גם הסמכות ליצור מציאות הלכתית ברמה כזו צומצמה לארץ ישראל. אך כבר גזר עלינו הקדוש־ברוך־הוא פיזור והסתר פנים, "גלות ארוך ומר", ולא הועילו מאמצי חכמינו לשמור על ארץ ישראל כמרכז התורה. הסמיכה נעלמה גם מבבל וגם מארץ ישראל.

אמנם בנותיו של שמואל הותרו כדין גם לדעתו של אביהן, שסבר שהכוח להתיר את האיסור שהטילה הגזירה עליהן נמנע מחכמי בבל וניתן רק לסמוכים היושבים בדין בארץ ישראל. אך היחלשות הסמכות הייחודית של בית הדין בארץ ישראל, שהתחילה להיות ניכרת במעשהו של חנניה בן אחי רבי יהושע שטשטש את ההבדל בין תורת ארץ ישראל לתורת חוץ לארץ, מצאה ביטוי במותן של בנות שמואל; דעתו של שמואל כרכה את הסרת האיסור על שבויה להינשא לכהן בסמכות בתי הדין בארץ ישראל דווקא לחדש מציאות הלכתית. היחלשות סמכות זו שהגיעה לבסוף לביטול

התשובה לשאלה החמישית - עיבור שנים בבבל בישר את ירידת כוחה של התורה ליצור מציאות חדשה גם בארץ ישראל

76. עין איה ברכות פרק תשיעי סי' שכו.

77. עין איה שם סי' שכו. ראה לעיל הערה 2. שמואל (מו"ק יח, א) מיקל באבלות מתוך הקרבה שהוא חש לשלמותה של נפש האדם היהודי שאין כוח למוות לפגוע בה: "אין דעתו של אדם אוננת מספק ולבו נמשך אחר השמחה" (הרמב"ן בתורת הבית, עניין האבלות). מכיוון שנפשו של יהודי היא נצחית אסור להתאבל יותר מדי (רמב"ן על התורה דברים יד א בהסתמך על מועד קטן כז, ב). גם עמדתו של שמואל בדין שבויה מושתתת על הרגשתו שהחסר הוא זמני והשלמות - חזרת התורה לגדולתה בארץ ישראל - קרובה. ראה בפנים בהמשך.

78. ראה השערתו של בורנשטיין, שם עמ' 401-402, שרבי יהודה הנשיא ובית דינו החליטו שלא לסמוך חכמים בבבל בעקבות חטאו של רבי חנניה בן אחי רבי יהושע.

הסמיכה אף בארץ ישראל לא שינתה אמנם את ההלכה הנפסקת בבית דין של מטה אך הורגשה בדיני שמים שהפרידו⁷⁹ בין הבנות לבין הכהן שנשאן זו אחר זו בפטירתן של שתי הבנות.

ח. האם יכולה האומה הישראלית השבועיה בין שבעים האומות להיטהר משבועיה אף בחו"ל?

מחלוקת זו בין אביו של שמואל לשמואל משקפת חילוקי דעות ברובד כללי יותר⁸⁰. עם ישראל כולו נשבה בין האומות. האם יש בכוחה של התורה שבחו"ל להוציא את האומה מהטומאה שנגזרה על שבועיה, טומאה שנולדה ממצבה – נתונה בשבי בין שובים "שטופי זימה", ובתיאורו של הרמב"ם: "עבד נקנה נעבד לסכלים הזונים, אשר קבצו העדר הדיבר האמיתי ותגבורת כל התאוות הבהמיות ואין לאל ידו"⁸¹?

על דעתו של שמואל בשאלה זו כתב הרב קוק בפירושו לדברי הגמרא בשבת המתארים את קבלת הפנים שהכין שמואל לרב שירד מארץ ישראל לבבל:

הופעתו של רב בבבל עשתה מהפכה שלמה בחיי היהדות הבבלית. הוא גרם שהשפעת התורה בבבל נתגברה מאד... [אך] סוף כל סוף אין האורה והצלילות הנשמטית מצויה אלא בארץ ישראל, ועל כן הירידה המוכרחת של איתן התורה מארץ ישראל לבבל עם כל הרוממות שבזה יש בזה גם כן עכירות...⁸²

רב כבואו לבבל חשב מחשבות על ישראל להרגיע אותם גם בגלותם כאשר ראה ברוח קדשו שהכרח הוא שתימשך הגלות ושהיא משמשת כור הברזל והכשרה לזיכוכה של האומה כדי שתהיה מוכנת באחרית הימים לשוב לארצה ולחוסן יקרה וכבודה. על כן רצה שתהיה בכל בארץ ישראל עד עת קץ, ולא ראה שום אפשרות להמשכו של קיום האומה בתורתה כי אם כשישופר מצב הגולה ברוחניות ובגשמיות, והיתה עינו נטויה ונשואה להשבחה הזאת.

שמואל וחכמים רבים עמו שחשבו שראוי להחיש את הקץ ולשלול את הגלות חשבו שהגלות היא כמו רפואה המלאה צער ומכאובים... אי אפשר לפרק ממנה את התכונה המצערת ומכאיבה...

79. לפי עמדתו ההלכתית של שמואל שלפיה נדרשת מלוא סמכות התורה של ארץ ישראל כדי שפסק של בית דין יתיר שבועיה לכהן גם לאחר שיגיעו עדים שנשבתה.

80. ראה בני יששכר מאמרי חודש ניסן מאמר ה – סיפור יציאת מצרים.

81. מורה נבוכים ב: לו.

82. עין איה שבת פרק יד סי' ב.

ורב הקפיד על זה ואמר שהדורות לא יימשכו בקיום היהדות מתוך שלייה
גמורה של הגלות המוכרחת עדיין להימשך⁸³.

בביקורת שהטיח אביו של שמואל בשמואל – "אילו בנתך הווין, מי הוית מזלזל בהו
כולי האי?" – אנו שומעים את הד דעתו של רב בויכוחו עם שמואל⁸⁴. האם אתה
שמואל מזלזל בשבויה כאן בגלות? האם לא מוטלת עלינו חובה לטהרה, לפעול
ל"לזיכוכה של האומה כדי שתהיה מוכנת באחרית הימים לשוב לארצה ולחוסן יקרה
וכבודה?" האם לא יתרום הזלזול ביכולתו של ישראל לשמור גם בגלות על מעמדו,
על דימויו בעיני עצמו כעם שקירבת ה' ראויה לו, לייאוש שיפגע במאמצים הנדרשים
ממנו כדי לשמור שם על ייחודו?

לעומתו סבר שמואל שההיטהרות חייבת להיות דווקא בארץ ישראל. גם אם ניאלץ
להגיע לארץ כשבויים, מלחץ האומות המציקות לנו, ולא מתוך רצון קדוש הנובע
מזיכוכן מוקדם בגולה – יש בכוחה של תורת ארץ ישראל לטהרנו⁸⁵. בנות שמואל
נישבו מבבל לארץ ישראל ושם הותרו להינשא לכהן.

אך צדקה הערכתו של רב. בפועל ירד כוח התורה בעת ההיא בארץ ויתרונה על תורת
חוצה לארץ הורגש פחות; כבר עיבר חנניה בן אחי רבי יהושע שנים בבבל. לשיטתו
של שמואל הדורשת את שלמות תורת הארץ כדי לטהר שבוייה, לא יכלו בנותיו
להיטהר כלל, גם לא בארץ. ברמה הלאומית לא יכול היה עם ישראל להיטהר
בשלמות אילו שב לארץ בטרם מילאה הגלות את תפקידה שיעד לה הקדוש-ברוך-
הוא למרק את עוונותינו.

וּפְדֵינֵינוּ ה' יִשְׁבֹּן וּבָאוּ צִיּוֹן בְּרִנָּה וְשִׁמְחַת עוֹלָם עַל-רֵאשִׁים שְׂשׂוֹן וְשִׁמְחָה יִשְׂיִגוּ
וְנָסוּ יָגוֹן וְאַנְחָה (ישעיהו לה י').

83. עין איה שבת פרק יד סי' ז.

84. ראה שבת סה, ב: אבוה דשמואל "עביד להו [לבנותיו] מקוה ביומי ניסן, מסייע ליה לרב, דאמר
רב: מטרא במערבא – סהדא רבה פרת... ופליגא דשמואל, דאמר שמואל: נהרא מכיפיה מיברך"
אבוה דשמואל היה סבור כרב שמימי הפרת המגיעים לבבל הם מי הגשמים של ארץ ישראל.
לעומתם סבר שמואל שיהודי בבל שותים מים מקומיים. אי אפשר להעתיק את ארץ ישראל
לבבל. ראה אורות, ארץ ישראל סוף פרק א, תחילת פרק ג ופרק ד (עמ' ט-י). הרב קוק כותב:
"יצירה עצמית ישראלית... אי אפשר לישראל אלא בארץ ישראל" (פרק ג) "אמנם לפי גודל
התשוקה והקישור של האדם לארץ ישראל, הרי רעיונותיו מזדככים מיסוד אורא דארץ ישראל
החופף על כל מי שמצפה לראותה" (פרק ד).

85. ראה מאמרי הראי"ה ח"א, במאמר "שופרות", עמ' 268–269.