

ראויים לטוב



על חירות ואחריות,
זכות וראויות בזוגיות



מרכז "אחווה" למדיניות חברתית יהודית

אלול תש"ף

עורך: הרב עזריאל אריאל
חברי מערכת: הרב מיכאל פואה, הרב איתי אליצור, הרב זאב שמע

עריכת לשון: שרה המר
עיצוב כריכה ושערים: סטודיו TWB
סדר ועימוד: שחרית

בהוצאת
מרכז 'אחוה' למדיניות חברתית יהודית
שיחת דקלים ע"ר
ת. ד. 15 ניצן, מיקוד 59287



דוא"ל: office@mercazachva.org.il
אתר: <http://www.mercazachva.org.il>

יוצא לאור בסיוע
משרד התרבות והספורט – מנהל התרבות,
המחלקה למכוני מחקר תורניים

©

כל הזכויות שמורות
ה'תש"ף

לעילוי נשמת בעלי, אבינו וסבנו היקר

יוסף בן אליהו למשפחת שמע

מחנך, שליח לחינוך
ועלייה בתפוצות ישראל השונות.
איש תם וישר,
אוהב את הבריות ומקרבן לתורה.

נפטר בכ' אב התש"פ.

ת. נ. צ. ב. ה.

תוכן העניינים

7	דבר העורך
21	משפחה – אישות, מהות והגדרות משפטיות החויב לאישות כמגדיר נישואין הרב יעקב יהודה יקיר
59	“והיא חברתך ואשת בריתך” חופש מול חובה ויציבות – בהלכה ובפסיקת בתי המשפט הרב יובל גלאס
89	הנישואין – בין חירות לשייכות ‘שעבוד הגוף’ למסגרת הזוגית אל מול החירות האישית הרב ד”ר שראל ויינברגר
111	“ודבק באשתו והיו לבשר אחד” שיח זכויות מול מוסר יהודי – החובה ההדדית ליחסי אישות כמקרה מבחן הרב זאב שמע
163	הזכויות והאחריות בקניין הנישואין בין משפט התורה למשפט העמים הרב מיכאל פואה
177	חובות וזכויות בני הזוג במשפחה המודרנית הרב יעקב אריאל

תוכן מכורט

דבר העורך

7

21	משפחה – אישות, מהות והגדרות משפטיות
	החיוב לאישות כמגדיר נישואין הרב יעקב יהודה יקיר
23	מבוא
23	חלק ראשון: המהפכה המשפטית בהגדרת המשפחה
23	א. פסקי דין שהובילו שינוי בתפיסת המשפחה
	1. המצב הראשוני 2. השינוי 3. התהליך
	4. חילון המשפחה והפיכתה לחוזה חופשי
	5. קביעת ההגדרות על פי דעת 'הציבור הנאור'
	6. הסתמכות על פרשנות מרחיבה להכרה ב'דוּעִים בציבור'
	7. 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' 8. מהי אם כן המשפחה של בג"ץ?
34	ב. הביקורת המשפטית על הגדרת המשפחה מחדש
	1. אין קיום לחברה ללא המשפחה 2. המחוקק לא העניק הכשר מוסרי וחוקי
	לידועים בציבור 3. עקרון המונוגמיה סותר הכרה בחיי אישות מחוץ לנישואין
	4. אין לקבוע את ערכי המוסר על פי דעת 'הציבור הנאור'
	5. המחלוקת המשפטית נובעת מתפיסות עולם 6. סיכום
40	חלק שני: הגדרת המשפחה על פי התורה
41	ג. הגדרת המשפחה בדיני בני נח
43	ד. הגדרת המשפחה בישראל
	1. קידושין – חיבור והקדש לפני הנישואין 2. הנישואין בישראל
	3. החובה לאישות מדין קניין ומצוות עונה
	4. החובה לאישות מדין שעבוד הדדי
50	ה. הנישואין – בין ישראל לעמים
	1. קניין הגוף מול ייחוד לאישות
	2. מהות הנישואין בישראל
56	חלק שלישי: משפט התורה, משפט העמים והמשפט במדינת ישראל
56	ו. האתגר בימינו
58	ז. המלצות

59	"והיא חברתך ואשת בריתך"
	חופש מול חובה ויציבות – בהלכה ובפסיקת בתי המשפט הרב יובל גלאס
61	הקדמה
61	א. עמדת מערכת המשפט
	1. פסיקות בתי המשפט 2. נימוק ראשון: עליונות הזכות לחירות
	3. נימוקים נוספים: תקנת הציבור; ההכרה בידועים בציבור
	4. הגדרת נישואין: מימוש הזכות לשותפות רגשית 5. הערה

70	ב. עמדת תורת ישראל
	1. פסיקת בתי הדין הרבניים 2. המסגרת ההלכתית של הנישואין
	3. הסבר פעולת לקיחה וקניין 4. הסבר פעולת הקידושין
	5. הגדרת הנישואין: מחויבות הדדית
84	ג. השוואה בין העמדות
87	ד. הערה. או: אולי החלק החשוב ביותר במאמר

89	הנישואין – בין חירות לשייכות
	'שעבוד הגוף' למסגרת הזוגית אל מול החירות האישית הרב ד"ר שראל ויינברגר
91	מבוא
92	א. עבד עברי
96	ב. חזרת פועל
99	ג. שעבוד הגוף בהלכה
103	ד. שעבוד הגוף במשפט הישראלי
105	ה. מורד ומורדת
108	סיכום ומסקנות

111	"ודבק באשתו והיו לבשר אחד"
	שיח זכויות מול מוסר יהודי – החובה ההדדית ליחסי אישות כמקרה מבחן
	הרב זאב שמע
113	חלק א – מבוא
113	א. פתיחה
115	ב. התשתית הרעיונית: אורגניזם מול אינדיבידואליזם
119	ג. אינדיבידואליזם ואורגניזם בחיי הנישואין
121	ד. הנישואין כברית
	1. בדברי הנביאים 2. מרכיבי הברית
128	ה. הנישואין כמיזוג בני הזוג לאחד
129	חלק ב – משמעות ה'קניין' בקידושין ובנישואין
129	ו. הקידושין – כסוג של 'בעלות'
	1. דעת הרמב"ם 2. דעת הרשב"א 3. הגבלת הקניין
	4. בין קניין אישות לקניין ממון
135	ז. החובה ליחסי אישות – מצווה, שעבוד או בעלות?
	1. חובת הבעל וחובת האישה 2. בהשוואה ל'שיח הזכויות'
139	ח. חשיבותם של יחסי האישות
	1. מרכזיותה של מצוות 'עונה' 2. חובתו היתרה של הבעל
	3. חובתה היתרה של האישה 4. ההבדל בין הבעל לאישה
	5. בהשוואה לשיח הזכויות

146	חלק ג – הגבלת הזכות ליחסי אישות
146	ט. הגבלות ערכיות על זכויות הבעל
149	י. קיום יחסי אישות בכפייה
	1. כפיית האישה 2. דין 'מורד' ו'מורדת' 3. "בלא דעת נפש לא טוב"
	4. זכויות שאינן בנות מימוש 5. בהשוואה לשיח הזכויות
157	יא. מחובה וזכות לראויות ואחריות
	1. תפיסת עולם של אחריות 2. בהשוואה לשיח הזכויות
159	יב. סיכום ומסקנות
	1. בנוגע ל"שיח הזכויות" בכללו 2. בנוגע לקשר הזוגי ול"זכויות האדם" בתוכו
	3. היחס לקשר הגופני בנישואין

163	הזכויות והאחריות בקניין הנישואין
	בין משפט התורה למשפט העמים הרב מיכאל פואה
165	הקדמה
166	מבוא
166	א. מהות הקניין בכלל
167	ב. הבעלות
168	ג. הקניין בקידושין
175	ד. האחריות בקניין הנישואין
176	סיכום

177	חובות וזכויות בני הזוג במשפחה המודרנית הרב יעקב אריאל
179	פתיחה
181	א. המשפחה – יחידה אורגנית אחת
183	ב. מחלוקת הרבנים דיכובסקי ושרמן
185	ג. שירות אישי של האישה לבעלה
186	ד. חובות הבעל כלפי אשתו
	1. פירקונה 2. רפואתה 3. מזונותיה
192	ה. היחסים בתוך המשפחה
	1. כיבוד הוריהם של הבעל והאישה 2. כיבוד הבעל ואשתו על ידי ילדיהם
195	ו. עריכת חוזה שותפות
197	סיכום

198	רשימת הכותבים
-----	---------------

דבר העורך

ספר זה – "ראויים לטוב" – הוא השני בסדרה בת ארבעה ספרים העוסקת במבט יהודי על "שיח הזכויות". בזמן שהספר הראשון, "שיח הראויות", ממוקד בהיבטים הרעיוניים של הסוגיה, שלושת הספרים הבאים בתור ממוקדים בהיבטים ההלכתיים שלה. אומנם המקורות היהודיים נכתבו דורות רבים לפני שנוצר שיח הזכויות, אולם עיון מעמיק במקרי מבחן – תוך השוואה בין דבריהם של פוסקי ההלכה לבין עמדות רווחות בבתי המשפט ובמאמרים אקדמיים כיום – מאפשר לחלץ את הנחות היסוד של הדיון, ולגזור מתוכן תפיסת עולם ברורה.

בספר "שיח הראויות", שהוא הראשון בסדרה, הוצגו שלוש חלופות לשיח הזכויות: החלופה האחת העמידה את התפיסה היהודית על מוסר של חובות. החלופה השנייה הציעה שילוב מאוזן של מושגי הזכות והחובה במקביל. והחלופה השלישית ביקשה להניח על השולחן מושג חדש: מושג ה"ראויות". העמדת המוסר החברתי היהודי על מושג ה"ראויות" מניחה שתי הנחות: (א) שכל אדם **ראוי לטוב** בהיותו נברא בצלם אלהים. (ב) שהמחויבות האישית לספק לכל אדם את מה שהוא זקוק לו נובעת ממידותיו הטובות של הנותן, ובראשן תודעת **האחריות**. חלופה זו מבוססת שם בעיקר על פסקה אחת מדברי הרמב"ם במורה הנבוכים (ח"ג פרק נג), ובכך נמצא שהיא עדיין עומדת על בסיס צר למדי.

המבחן האמיתי שבו נדרש לעמוד כל המבקש להציג את השקפתה של היהדות בנושא ערכי כלשהו הוא הביטוי שלה בהלכה. לשם כך באים הספרים הבאים בסדרה, המבקשים לבחון את הנחות היסוד של שיח הזכויות ואת החלופות האפשריות מתוך העמדה שלהן במבחנה של ההלכה. חלק "חושן משפט" של השולחן ערוך אינו יכול להוות מצע רחב לדיון בשיח הזכויות. וזאת מן הסיבה הפשוטה, שחלק זה של ההלכה חולק הנחת יסוד משותפת (אם כי לא בהכרח זהה) עם תפיסת העולם של זכויות האדם, והיא ההכרה ב"זכות לקניין פרטי". מסיבה זו בחרנו לצאת מתחום דיני הממונות אל תחום דיני המשפחה – הבאים לידי ביטוי בחלק "אבן העזר" של השולחן ערוך ובהלכות כיבוד אב ואם שבחלק "יורה דעה" – תחום הלכתי שאינו עוסק בזכות הקניין אלא במערכות יחסים אנושיות בתוך המשפחה. ואכן, שם צפים ועולים

הבדלים עקרוניים בין משפט התורה ומוסר היהדות לבין התפיסות העכשוויות הממוקדות בזכויות האדם והאזרח. הבדלים אלו אינם נובעים רק מהתייחסות שונה למושגי הזכות והחובה, אלא גם מהתייחסות שונה למערכת היחסים במשפחה – הן ביחסי ההורים וילדיהם, הקטנים או הבוגרים, בהם נדון בספר הבא, והן ביחסי האיש ואשתו, להם מוקדש הספר הזה. הספר האחרון בסדרה, המוקדש לזכויות החברתיות, יתמקד במה שניתן ללמוד מהלכות צדקה.

העימות

כאמור, ספר זה עוסק במבט יהודי על הזכויות ההדדיות שבין בני זוג נשואים. ממבט ראשון נראה כי ההלכה היהודית מאמצת את תפיסת הזכויות גם בקשר הזוגי, ובכך הקדימה את שיח הזכויות העכשווי בדורות רבים. וכך כותב הרמב"ם (הל' אישות פ"ב ה"א-ה"ב):

כשנשוא אדם אישה... **יתחייב** לה בעשרה דברים **ויזכה** בארבעה דברים. והעשרה – שלושה מהן מן התורה, ואלו הן: שארה, כסותה ועונתה... והשבעה – מדברי סופרים, וכולן תנאי בית דין הם...

אולם דווקא המינוח הדומה עשוי להמחיש את ההבדלים הבולטים בין שתי תפיסות העולם. קודם כול, המילה "ויזכה" – בדברי הרמב"ם, אין לה דבר וחצי דבר עם המונח העכשווי "זכות", ומשמעותה כאן היא: דבר שהאדם מקבל. בשפה מדויקת יותר ניתן לקרוא לדברים שהבעל זוכה בהם "זכאויות", שבניגוד ל"זכויות" אינם שייכים לאדם באופן טבעי אלא מכוח התחייבות או חוק. ההבדלים העקרוניים בין התפיסות יבואו לידי ביטוי במאמרים השונים בספר.

העימות שבין שיח הזכויות העכשווי לבין התפיסה התורנית בתחום היחסים הזוגיים מתפרס על שלושה נושאים:

הראשון, והקל שבהם, הוא "זכות הקניין", כפי שהיא באה לידי ביטוי ביחסי הממון שבין בני הזוג. על המתח שבין שתי התפיסות ועל דרכים לגשר עליו למעשה עמד אמר"ר הרב יעקב אריאל במאמרו החותם את הספר.

הנושא השני הוא "הזכות לחירות" במובנה הרדיקלי כפי שהוא מופיע בשיח המקובל כיום, או "הזכות לאוטונומיה" של האדם; מה שבא לידי ביטוי חזק ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". הנישואין – מעצם טיבם – כרוכים במחויבויות הדדיות שיש בהן כדי להגביל את החופש של הפרט. החיים המשותפים יוצרים מצב שבו כל החלטה של אחד מבני הזוג משפיעה – לטוב ולרע – על זולתו.

והנושא השלישי, והטעון מכולם, הוא "זכות האדם על גופו". האם יש בכוחם של הנישואין להגביל זכות זו, עד כדי "שיעבוד" גופו של כל אחד מבני הזוג לסיפוק הצרכים של זולתו? הדברים אינם אמורים רק בתחום העבודה – בבית ומחוצה לו, אלא בעיקר בתחום יחסי האישות, הנוגעים בחלקים הפרטיים ביותר בגוף האדם.

הדיון בשני הנושאים האחרונים – הזכות לחירות וזכות האדם על גופו – בא לידי ביטוי במקרה המבחן החורז חמישה מבין ששת המאמרים בספר, והוא: החובות ההדדיות שבין בני הזוג בתחום יחסי האישות. חובות אלו – כפולות הן, בבחינת "סור מרע ועשה טוב". החובה השלילית היא איסור הבגידה – הן מצד האישה, שבבגידתה יש משום "לא תנאף", והן מצד הגבר, שהתחייב בנישואיו לשמור אמונים לאשתו; והחובה החיובית היא החובה המוטלת על כל אחד מבני הזוג לספק את הצרכים הגופניים והרגשיים של זולתו בתחום זה. מקרה מבחן שני, בו עוסקים שניים מן המאמרים, נוגע בחובתו של כל אחד מבני הזוג לטרוח בגופו למען זולתו ולמען תפקודו התקין של הבית המשותף.

ההלכה היהודית עומדת כיום על מסלול התנגשות עם התפיסות העכשוויות בשני הנושאים הללו. על פי תפיסות אלו, "זכות האדם על גופו", האוטונומיה האישית וערך החופש האישי גוברים על כל תביעה אחרת, ועל כן אינם מותירים מקום לחובה או איסור כלשהם המגבילים אותם. ואילו ההלכה היהודית מגבילה במפורש את החופש של הפרט מיום בואו בקשרי נישואין. היא מטילה עליו איסורים מכאן וחובות מכאן אפילו בנוגע למרכיב הפרטי והצנוע ביותר של חייו, תחום האישות. ובעוד חוק המדינה הנוגע ליחסי הממון שבין בני הזוג עוסק רק בחלוקת הרכוש שנצבר במהלך החיים המשותפים ונמנע מלחייב מי מהם לעשות מעשה המביא ליצירתו של רכוש זה, ההלכה מטילה על כל אחד מבני הזוג חובה לעבוד ולטרוח בגופו, כל אחד בעבודה הנדרשת ממנו למען המשפחה. וכפי שעולה במאמרו של אמו"ר, הרב יעקב אריאל, ישנו עימות בין התפיסה ההלכתית לבין התפיסה הרווחת כיום במדינה גם בנוגע ליחסי הממון.

ערך החירות מול ערך הנישואין

כפי שכתבנו, אחד ממוקדי ההתנגשות בין תפיסות העולם הוא בנוגע ל"זכות לחירות". ניתנה האמת להיאמר כי המתח שבין ערך החירות, המעלה על נס את מרחב הבחירה של הפרט, לבין ערך השייכות, המגביל את הפרט בהיותו

חלק ממערכת חברתית גדולה ממנו, קיים גם בהלכה עצמה. הרי התורה עצמה מאדירה את ערך החירות באומרה (ויקרא כה, מב): "כי עבדיי הם אשר הוצאתי אותם מארץ מצרים, לא יימכרו ממכרת עבד". אין זו הצהרה ריקה, אלא יש לה השלכות הלכתיות בדיני פועלים, ביכולתו של פועל להפסיק את עבודתו בכל עת (שו"ע חו"מ שלג, ג) ובאיסור להתחייב לעבודה לטווח ארוך (הגהת הרמ"א שם). ועל כן יש לשאול: כיצד באה התורה ומוותרת על ערך זה עצמו במסגרת הנישואין? מה יש בהם, בנישואין, המחריג אותם בעוצמה רבה מן הכלל המקיף את שאר תחומי החיים? מדוע אדם אינו יכול למכור את עצמו לעבד, ואילו כל אחד מבני הזוג מתחייב לעבוד (בבית ו/או מחוצה לו) למען זולתו ללא הגבלת זמן? ומדוע האדם הנשוי מאבד את חופש הבחירה שלו בכל הקשור ליחסי האישות?

אלא שניסוח השאלה מנקודת המבט היהודית שונה מאוד מהניסוח שלה בשיח הזכויות המקובל. שיח הזכויות הרדיקלי מעלה על נס את "הזכות לחירות" – לא במובנה המקורי בהגות הליברלית הקלסית, שהוא הקמת אדם עצמאי שיש בכוחו לשאת באחריות מוסרית, אלא במובן של "החופש של האדם לעשות ככל העולה על רוחו כל זמן שאינו פוגע בזולתו באלימות". מסיבה זו, שיח הזכויות העכשווי אינו רואה שום סיבה להכפיף את החופש והאוטונומיה שלו בפני הקשר הזוגי. ההלכה, לעומת זאת, אינה רואה רק את הצורך של האדם בחופש. היא רואה את החירות כערך. "עבדיי הם – ולא עבדים לעבדים" (קידושין כב, ב; ב"מ ז, א). החירות איננה החופש הניתן לאדם לעשות ככל העולה על רוחו, אלא הכוח לבחור בחיים מלאי משמעות מתוך נאמנות לזהות האישית: הזהות האנושית של כל אדם כמי שנברא בצלם אלהים, והזהות הלאומית של כל אדם מישראל בהיותו חלק מעמו של הקב"ה. ומאחר שההלכה רואה בחירות ערך, נוצר עימות במפגש בינה לבין שני ערכים: הראשון שבהם הוא ערך הקדושה, ממנו נגזרים איסורי העריות, גם אלה שאינם נובעים מן הקשר הזוגי. והשני שבהם הוא ערך הנישואין, כאשר ההתחייבויות הנובעות מן החיים המשותפים מגבילות את החופש האישי של כל אחד מבני הזוג.

בשאלה זו דנים שלושה מאמרים בספר, המשווים בין עמדת ההלכה לבין פסיקות בתי המשפט בישראל בשנים האחרונות ומאמרים של הוגים שונים מן הזרם הליברלי הרדיקלי. ומכאן עולים כיוונים שונים להסביר את דחיית ערך החירות מפני ערכו של הקשר הזוגי:

כיוון אחד נמצא ברמה הטכנית, כשהוא מבחין בין התחייבות חד-צדדית, כמו בין עובד למעביד – בה העובד מתחייב לעבודה בעוד המעביד מתחייב רק לתשלום, לבין התחייבות דו-צדדית – בה בני הזוג מתחייבים זה לזו התחייבויות מקבילות, גם בתחום האישיות וגם בתחום העבודה ומעשה הידיים.

כיוון שני רואה בנישואין את פסגת המימוש העצמי של האדם, ומתוך כך רואה בהם את המימוש הגבוה ביותר של חירותו.

כיוון שלישי מתמקד בכך שהנישואין הם מצווה, ורואה מתוך כך את האדם המתחייב במה שכרוך בהם כ"עבד ה'", שאינו "עבד לעבדים". ומאחר שאין לראות את החירות כצורך גרידא אלא כערך, שתכליתו היא המימוש העמוק ביותר של הזהות האנושית והיהודית, אין שום פגם בויתור עליה למען הקמת המשפחה.

וכיוון רביעי – הכולל את כל הכיוונים הקודמים – מבחין הבחנה חדה בין שתי צורות של מערכות יחסים אנושיות: "חווה" מול "ברית". בעוד החווה הוא זמני, וניתן להפר אותו תמורת פיצוי הולם, הברית היא נצחית, לפחות להלכה, גם אם לא תמיד למעשה. בעוד החווה נקודתי ונוגע רק באחד מתחומי החיים, הברית מקיפה תחומי חיים רבים. ומתוך כך, בזמן שניתן להתקשר בחווה אל כמה אנשים במקביל, הברית דורשת רמה גבוהה של בלעדיות. וזאת מפני שהחווה דורש רק הגינות, ואילו הברית דורשת נאמנות. ועל גבי זה – בעוד החווה נטוע כל כולו במישור הארצי של החיים, הברית קשורה תמיד אל ממד גבוה מן החיים עצמם, ממד הקדושה.

מרחיב על כך הרב יונתן זקס, בספרו "מועדים לשיחה" (עמ' 257):

חוזים נחתמים בין אנשים על בסיס האינטרסים של כל אחד מהם. החווה יוצר שותפות מוגבלת למטרת רווח הדדי. הברית, לעומת זאת, מכוננת קשר עמיד יותר של מחויבות ונאמנות הדדיות. השותפים בברית באים אליה לא רק מתוך אינטרס עצמי. יש להם אינטרסים משותפים. במערכת יחסים של ברית, הצדדים חוברים לזה לזה, מתוך הכרה הדדית בכבוד ובחירות של כל צד, ליצירה משותפת של דבר שאף לא אחד מהם יכול להשיג לבדו – אהבה, חברות, נאמנות, נישואים, אמון. בריתות יוצרות לא רווח אישי אלא טוב משותף, כלומר, דברים הקיימים רק בזכות היותם משותפים.

והוא מסכם:

הנישואים הם בעיני המקרא הדוגמה העילאית לברית. הם נתפסים כקשר של זהות בין הבעל לרעה. הנישואים נשמרים, לא בכוח ולא

בשל היתרונות שהם מקנים לכל צד, אלא בשל זיקה מוסרית של אהבה ואמונים...

כל המאפיינים הללו שבין החוזה לבין הברית מבטאים את ההבדל המהותי ביותר ביניהם: בעוד חוזה נערך בין **שני פרטים נבדלים**, הברית, במידה מסוימת, **הופכת את השניים לאחד**; עובדה המתבטאת בקביעה המופיעה בהקשרים הלכתיים שונים: "אשתו כגופו". מערכת יחסים בין בני ברית לא תוכל להיות מצומצמת לזכויותיו הקנייניות של כל אחד מהם ולתביעות שהוא תובע מתוך כך את זולתו, אלא בעיקר בטיפוח של אותה ישות חדשה שנוצרה ביניהם – ישות שיש בה הרחבת ה"אני" של כל אחד מהם, ויצירת "אנחנו" גדול המשותף לשניהם. תודעת הברית רואה במשפחה ישות אורגנית – גוף חי המורכב מאיברים שונים המתפקדים בהרמוניה לטובת כל אחד מהם ולטובת הגוף כולו, ולא רק כהתקשרות בין שני אינדיבידואלים שכל אחד מהם מבקש לספק באמצעות הקשר את צרכיו האישיים.

תפיסה זו, הרואה את הקשר הזוגי כאורגני, באה לידי ביטוי משמעותי בדברי המהר"ל מפראג (נתיבות עולם, נתיב אהבת ה' פרק א):

ולכך האהבה בין איש לאשתו, כי הוא הדבקות הגמור **עד שנעשים דבר אחד**, ויש בזה תשוקה; ואם כן **האהבה מצד שהם דבר אחד**, ומצד הזה היא האהבה, לא זולת זה... וכן בכל מקום שהדבר מתאוה אל דבר שהוא הפכו, הדבר הזה מפני **שיושלם** באותו דבר. ומכיון שיושלם בו, נעשה עמו **דבר אחד**, ומצד הזה האהבה...

אורגניזם מול אינדיבידואליזם

לכאורה מכל התשובות הללו לא עולה תפיסת עולם חלופית לשיח הזכויות העכשווי, אלא החרגה של תחום הנישואין והצבתו על מישור אחר, מישור ה"ברית".

אולם יש לכל זה משמעות עמוקה ורחבה הרבה יותר. הקשר הזוגי מהווה תשתית לכל קשר חברתי באשר הוא, ולכן הגישה הייחודית לברית הנישואין מקרינה גם על מערכות יחסים חברתיות אחרות. ובכל מקום שניתן לזהות בו מאפיינים של **ברית**, כמו הברית הלאומית, ובמידה מסוימת גם במערכת היחסים שבין חברי קהילה – הדבר צובע את השיח המוסרי, ואף המשפטי, בצבעים אחרים.

תפיסה זו התקיימה – לפחות בעבר – גם אצל אומות העולם, ולדוגמה נביא כמה משפטים מסקירה שכתב ג'רי מולר, בספרו "האינטלקטואלים

והשוק" (ספריית שיבולת תשע"ט, עמ' 200-201) על הגותו של הפילוסוף הגרמני גאורג וילהלם פרידריך הגל:

את תחושת היותם פרטים חופשיים רוכשים הבריות בתוך החברה האזרחית, אך זיקות האהבה והאלטרואיזם מתקיימות ברבדים אחרים: מתחתיה ומעליה. בתחום המשפחה ובתחום המדינה הופכים הפרטים לחלק מאחדות שחרגה מעבר להם עצמם, קהילה שחשיבותה גדולה דיה להקריב למענה. אלה הם התחומים שמעבר לקשרים החוזיים, שבהם אסור שימשלו חישובי האינטרס העצמי של הפרט.

ומולר מוסיף:

הגל סבר שהמשפחה היא תחום של קשרים המבוסס על אלטרואיזם רגשי. בה אנו למדים איך להפוך ישויות אתיות באופן רגשי ובלתי אמצעי... הוא ביקר את אלו שראו בנישואים חוזה אזרחי ותו לא. הנישואים, סבר הגל, ראשיתם מנקודת מבט של חוזה, אך עם הזמן הם מתעלים מעבר לכך. נקודת הראייה החוזית שבה ומתכוננת רק כשהנישואים מתפרקים. הנישואים הם מוסד אתי, שיסודותיו "באהבה, באמון ובשותפות לקיום האינדיבידואלי בשלמותו", כך שבסופו של דבר אנו מציבים את טובת[ה] של המשפחה מעל לשלנו... על כך הוא מוסיף ציטוט מדבריו של הגל עצמו, כשהוא כותב על הפעילות הכלכלית של המשפחה:

אין זה עוד סיפוק הצרכים כסיפוק התשוקה האנוכית, משום שדבר זה תם ונשלם. זהו מצב של דאגה לעצמך לצד אחרים, ולאחרים לצד עצמך; כאן נעלם החיפוש לטובת העצמי.

על פי אותו עיקרון – אך מתוך נקודת מבט תורנית – מסכם הרב יונתן זקס את דבריו, וכותב:

במעמד הר סיני כוננו בני ישראל חברה זמן רב לפני שכונו מדינה – וזאת משום שהייתה להם ברית חברתית לפני שהיתה להם אמנה חברתית.

תובנה זו מסייעת לנו להבין את מסלול ההתנגשות שבו נמצאים ערכי המשפחה היהודיים מול שיח הזכויות העכשווי. וכך כותב יוסף א' דוד, בדברי ההקדמה שלו לחוברת "המשפחה והפוליטי – על השתייכות ואחריות בחברה ליברלית" (בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשע"ב, עמ' 11):

ככל שהדברים נוגעים למוסד המשפחה, העמדת החירות האישית ותפיסת הפרט כיצור אוטונומי שיש לו זכויות, הן לא רק נקודת מפנה מן העולם הישן, אלא גם מהלך שתוצאותיו הן פרימה ופירוק של מוסד מסורתי המתעקש להתקיים.

ואכן, תפיסת עולם אינדיבידואליסטית קיצונית מעלה על נס את **החופש** האישי, ואילו תפיסת עולם אורגנית, של ברית, מדגישה הרבה יותר את הערך ואת הצורך ב**שיתוף**. מערכת היחסים הבין-אישית בתפיסה האינדיבידואליסטית נוטה להיות **תחרותית** ולהדגיש מתוך כך את הצורך ב**שוויון**, בעוד התפיסה האורגנית מעודדת **שיתוף פעולה** מתוך מודעות ל**שוויון** שבין הפרטים ועל **ההשלמה ההדדית** שהיא יוצרת.

הבדלים אלו בין הגישות מקרינים על אופיו של המוסר החברתי. בזמן שהאינדיבידואליזם חותר לצדק **סימטרי** ומדויק בין הפרטים הנאבקים על זכויותיהם, האורגניזם דוגל ב**הגינות**, גם אם היא **א-סימטרית**; וזאת מתוך הכרה הדדית בכך שכל אחד מן הפרטים ראוי לטוב, כאשר כולם רואים את עצמם כנושאים באחריות לסייע לו לממש את מה שהוא ראוי לו. ועל כן, המניע להתנהגות המוסרית נשען פחות על תודעה של **זכות וחובה** והרבה יותר על תודעה של **אמון, נאמנות ואכפתיות הדדית**.

זכויות שאינן ניתנות למימוש

שלושת המאמרים הראשונים בספר נוגעים בשיח הזכויות במתכונתן העכשווית רק בעקיפין, תוך התמקדות ב"זכות לחירות", ואילו שלושת המאמרים הבאים אחריהם נוגעים בו בצורה ישירה הרבה יותר.

המאמר המקיף ביותר הוא מאמרו של הרב זאב שמע, שאף הוא, כקודמיו, עוסק בשתי הפנים של החובה ההדדית שבין בני הזוג בתחום האישות. הרב שמע מקבל את ההנחה שיש לכל אחד מבני הזוג זכויות שהמימוש שלהן נתבע מזולתו – הנושא בחובות המקבילות. אולם כאשר הוא יורד ליישום העיקרון הזה, הוא מגלה כי חובות וזכויות אלה אינן ניתנות למימוש כפשוטן. אומנם – כפי שראינו בדברי הרמב"ם שהובאו לעיל – יש בנישואין זכויות (וליתר דיוק: "זכאויות") לכל אחד מבני הזוג, אשר בן הזוג מחויב לספק אותן, אולם כאשר הדברים מגיעים לרמה המעשית, מתברר שאף שחובות וזכויות אלו קיימות להלכה, בדרך כלל הן אינן באות לכלל מימוש למעשה. מאמר זה מגיע לתובנה עקרונית, והיא שעולם החובות והזכויות איננו חזות הכול. המוסר החברתי כולל בתוכו – נוסף על חובות וזכויות, גם ערכים שאינם נובעים

מזכויות כלשהן, והם מחייבים לא פחות מאשר החובה לכבד את זכויותיו של הזולת. התפיסה הרווחת במערכת המשפט כיום היא שאין מוסר מחייב מלבד זה הבנוי על תפיסת הזכויות; ואילו ערכים מוסריים נוספים, כמו נאמנות בנישואין, שייכים למצפון הסובייקטיבי של הפרט ואין להם שום משמעות מחייבת ברמה האובייקטיבית. אולם עמדתה של תורת ישראל היא שישנם ערכים מוסריים מחייבים שאינם נובעים מן הזכויות, ואף מגבילים את המימוש שלהן. ועל כן, אף שיש לכל אחד מבני הזוג זכות ליחסי אישות, זכות שבן הזוג מחויב לממש אותה – אסור לו לכפות את רצונו על זולתו.

בכיוון זה הולך גם אמו"ר, הרב יעקב אריאל, במאמר העוסק ביחסי הממון בין בני הזוג בדורנו. במאמר הוא עומד על הפער המובנה שבין מה שנכתב בהלכה לבין הדרך שבה רובם המכריע של הזוגות מתנהל ביומיום. ואף הוא מסיק שלא כל זכות נתונה למימוש, וודאי לא בכל מצב ובכל תנאי, וישנם ערכים מוסריים אחרים המעצבים את החיים הזוגיים יותר מאשר הזכויות הפורמליות שלהם.

המבקש לבקר את כיוון החשיבה הזה יטען כי הפרת הזכויות מכוחם של ערכים מוסריים אחרים פוגעת בצדק המשפטי. ואכן, דומה כי לא ניתן לקיים חיי משפחה על בסיס של דקדקנות משפטית, עמידה על זכויות ודרישה לצדק מתמיד. ויתרה מזאת: זוגות המנהלים ביניהם פנקסנות מדוקדקת המוודאת חלוקה צודקת של המשאבים הזוגיים – החומריים, המעשיים והרגשיים – מסתכנים בשחיקה מהירה של הקשר ביניהם.

על כך עמד יוסף א' דוד, בחוברת "המשפחה והפוליטי" (עמ' 18-19 הע' 13), בכותבו:

השאלה אם ובאיזו מידה ראוי שהחיים המשפחתיים יונחו על ידי עקרונות של צדק זכתה לדיון ער בספרות הפילוסופית. בתשובה לכך הוא מביא כמה גישות. הראשונה שבהן גורסת כי, חוסר השוויון בין המינים נובע מחלוקת העבודה הבלתי שוויונית בתוך הסביבה המשפחתית ומשקף אותה. ומשום כך משפחה צודקת היא הבסיס העיקרי לחברה צודקת – המשפחה היא "בית הספר לצדק"...

לפי גישה זו, המאבק על השלטת ערכי הצדק והשוויון כערכים בלעדיים בחברה גולש אל המשפחה, ומבקש לעצב אותה על פי ערכים אלו. אף שאין מקום לפסול את הערכים הללו מכול וכול, העמדתם במקום מרכזי מכוננת תודעה

אינדיבידואליסטית קיצונית שבה כל אחד מבני המשפחה נלחם על זכויותיו הפרטיות ועל מעמדו מול בן/בת הזוג, והדבר יוצר נזק חמור לקשר הזוגי.

גישה אחרת הולכת אל הקצה השני, ואומרת כך:

המתנגדים לאידיאל הצדק עבור המשפחה מצדדים בראייתה כקבוצה של אינטימיות המאופיינת בהרמוניה של אינטרסים וככזו כמעל אידיאל הצדק...; או לחילופין מזכירים את העובדה שהמשפחה באופן אינהרנטי איננה יכולה לשקף יחסים צודקים.

התפיסה היהודית קרובה יותר לתפיסה השלישית, אשר

לדידה אין לראות את המשפחה כמוסד חברתי הכפוף לדרישת הצדק, אולם יש טעם לצפות שהמשפחה לא תהיה בלתי צודקת ותפעל על פי עקרונות של הוגנות והתחשבות.

בדומה לכך, ההלכה היהודית מבקשת לכונן הדדיות, שיש בה חתירה להגינות, אך לא לשוויון. היא אינה מבקשת לכונן קשר שבו כל אחד נאבק על זכויותיו, אלא קשר שבו כל אחד מהצדדים אוהב את זולתו ודואג לרווחתו ולאשרו, במקביל לאושר האישי ולאשרם של הנישואין עצמם.

המשפחה מתנהלת על פי ה'קוד' של "שיח הראויות", בו כל אחד מבני הזוג מכיר בצרכים של עצמו ושל זולתו ופועל לספק אותם כמיטב יכולתו, ולא על פי הקוד של "שיח הזכויות".

בשיח של זכויות, טוען כל אחד מבני הזוג: "יש לי זכות". ואילו בשיח של ראויות, טוען כל אחד: "אני ראוי". התובע את זכותו ממוקד **בצדק**, שקוע **באגוצנטריות ובאגואיזם**, ונסחף **להתנצחות ולמאבק**, כאשר הוא תופס את ההתרחשות כ"משחק סך אפס", בו כל רווח לאחד הוא הפסד לאחר ולהיפך. ואילו הפועל מתוך תודעה של **ראויות**, רואה את הצורך של עצמו לצד הצורך של זולתו. הוא אינו תופס את ההתרחשות כ"משחק סך אפס", מפני שההכרה בזולתו כ'ראוי' אינה עומדת בסתירה לראויות שלו עצמו. הוא פועל מתוך **אהבה עצמית לצד אהבת הזולת**, והדבר מעודד שיח **שיתופי** החותר **לפתרון** הנותן מענה מרבי לכל הצדדים, בהיותם "**ראויים לטוב**".

ואם כך הם פני הדברים בקשר הזוגי, שבו ההלכה משתמשת במושג ה'זכות', קל וחומר הוא בהקשרים חברתיים אחרים, כמו הדאגה לרווחתו של הזולת בתחומים כלכליים ואחרים, המעוגנים במצוות צדקה וגמילות חסדים, שבהם מלכתחילה מושג הזכות אינו מופיע כלל.

זכות האדם על גופו

נושא טעון יותר הוא שאלת "זכות האדם על גופו", וליתר דיוק, שאלת "זכות האישה על גופה". בנושא זה עברה התפיסה בעולם המערבי מהפך מהיר מקצה לקצה. עד לפני עשרות שנים ספורות רווחה התפיסה כי לאחר הנישואין, גופה של האישה שייך לבעלה עד כדי כך שהוא רשאי לכפות עליה יחסי אישות. פסיקת בית המשפט במדינת ישראל, שהסתמכה על פסיקתו של הרמב"ם, קבעה כי הדבר אסור, ובעקבותיה הלכו בתי המשפט במדינות אחרות. אלא שאז הלכו לקיצוניות השנייה כאשר קבעו כי "זכות האישה על גופה" היא כה מוחלטת, עד כי אין לה שום חובה כלפי בעלה בתחום זה – לא להימנע מניאוף ולא למנוע ממנו יחסי אישות.

דיון זה נוגע בשאלה נוספת, שנידונה בדרכים שונות בכמה מאמרים בספר, והיא מהותו ומשמעותו של ה"קניין" בנישואין – מונח שאדם בדורנו, שגדל באווירה ליברלית, מתקשה לעכל.

וגם למענה על שאלה זו עלו כמה כיוונים:

כיוון אחד **מצמצם את היקף הבעלות**. בעוד הבעלות על בעל חיים היא על כל חלקי גופו וכל כוחות החיים שלו, הקניין באישה מצומצם **לתחום האישיות** שבה. אבל צמצום זה הוא משמעותי בהרבה. בכל בעלות ישנם שני מרכיבים: **היתר שימוש לבעלים** עצמם, ו**איסור שימוש לאחרים**. וכך גם בקניין האישיות: הוא **מתיר** לבעל את איסור "פנויה" ומחיל על האחרים את **איסור ניאוף**. אבל בזמן שבזכות הממון ניתן לסחור, קניין האישיות אינו ניתן לשום סוג של מסחר. יתרה מזאת. קניין ממון ניתן למימוש כמעט בלתי מוגבל, ואילו המימוש של קניין האישיות מוגבל על ידי הסכמתו של הצד ה"נקנה". ואם כן, המושג קניין בין איש לאשתו אינו אלא מושג מושאל מתוך קניין הממון, כאשר המפריד ביניהם רב על המשותף.

כיוון שני עומד על **ההדדיות** שיש בין הבעל לאישה. ואף אם קניינו של הבעל באשתו נקרא "בעלות" וקניינה של האישה בבעלה נקרא רק "שעבוד", כמעט אין משמעות מעשית להבדל זה; וגם במקום שבו יש לכך משמעות, הדבר הוא דווקא לטובתה של האישה.

כיוון שלישי, הדומה במקצת לקודם, **מגדיר מחדש את מושג הבעלות**. לבעל ולאישה עצמה ישנה **בעלות מקבילה** על גופם של שניהם. אומנם כל בעלות ממונית שיש לאדם על רכושו היא מוגבלת למדי, אך קניין האישיות מוגבל הרבה יותר, באשר לכל אחד מבני הזוג ישנה רמה מסוימת של בעלות – הן על

גופו והן על גופו של זולתו. בעלות הדדית ומקבילה זו **מגבילה את זכויותיו** של כל אחד מהם, הן על גופו שלו והן על גופו של האחר.

כיוון זה מתבסס על ההבנה שיש הבדל מהותי בין תפיסת הקניין והבעלות הנגזרת ממנו בתורת ישראל לבין זו שבמשפטי העמים. משפט העמים מחייב התייחסות **בינארית**, על פיה יש שתי אפשרויות: האישה קנויה לבעלה לכל דבר ועניין כפי שהיה מקובל עד לעשרות השנים האחרונות, או שהיא חופשייה לעשות ככל העולה על רוחה כמקובל שם כיום. תפיסה חדשה זו מובילה למעשה לפירוק התא המשפחתי, בין השאר בשל הקושי המובנה להגדיר את השיתוף שבין בני הזוג מבחינה מושגית משפטית. לעומת זאת במשפט התורה יש כלים המתאימים להגדרה מדויקת של שיתוף זה כ"בעלות מקבילה", באופן התואם את התפיסה העקרונית של דיני הקניין והבעלות והמבסס את השיתוף הזוגי מבחינה מושגית ומשפטית.

הזכרנו לעיל כי למעשה זכותו של כל אחד מבני הזוג ליחסי אישות מוגבלת מאוד, בשל כפיפותה לערכים מוסריים אחרים. משמעות הדבר היא שערכים אלו מגבילים את מושג הזכויות "**מבחוץ**". ההסבר האחרון שהבאנו על מושג הבעלות בנישואין מתקדם כאן צעד נוסף: הוא מגביל את מושג הזכות "**מבפנים**" באמצעות הגדרה מחודשת שלו. המובן המקובל של "זכות" בשיח העכשווי הוא סוג של "בעלות קניינית" על משהו, המחייב את הזולת לספק אותו. אולם כאן אנו מצביעים על האפשרות שהזכות היא מושג רופף בהרבה. אומנם לכל אחד מבני הזוג ישנה זכות בגופו של זולתו, אבל הזכות בגופו של כל אחד מבני הזוג היא משותפת לשניהם. כל אחד מהם מנוע מלכפות על זולתו את יחסי האישות, לא רק משום שהוא עובר בכך על מצוות "ואהבת לרעך כמוך" או על "קדושים תהיו". מה שמונע זאת ממנו הוא הזכות המקבילה שיש לשני על גופו. ומנגד, זכותו של כל אחד מהם על גופו אינה מאפשרת לו לנאוף או "למרוד" מיחסי אישות, מפני שגם לשני ישנה זכות מקבילה בגוף זה עצמו.

שלושת הכיוונים הללו, כל אחד בדרכו, יוצרים מהפך בתפיסה המושגית עצמה; ומושגי הבעלות והזכות, כאשר הם מתקיימים במערכת הזוגית, משנים את הכיוון שלהם. **הבעלות והזכות** בתפיסה היהודית כרוכות בטבורן **באחריות**. המחזיק בעל חיים בבעלותו נושא באחריות לנזקיו (רמב"ם, הל' נזקי ממון פ"א ה"א). והרבה יותר מכך, הבעל, כשהוא מוגדר כמי שיש לו סוג של בעלות בגופה של אשתו, נושא מתוך כך באחריות לספק את הצרכים שלה בתחום זה עצמו; ואילו האישה, המחזיקה בזכות משפטית ליחסי אישות בגופו של בעלה, נושאת

מתוך כך באחריות לספק את הצרכים שלו בתחום זה. על כן, מושגי הבעלות והזכות בנישואין, במקום לשרת את האנוכיות של המחזיק בהם, מטילים עליו אחריות משולשת – כלפי עצמו, כלפי זולתו (הן לסיפוק צרכיו הגופניים והרגשיים והן שלא לגרום לו צער) וכלפי הישות המשותפת, אותה נדרש לטפח בעזרת יחסי אישות יציבים ומספקים, הנעשים "ברצון שניהם ובשמחתם". במילים אחרות. גם במקום שההלכה היהודית משתמשת בו בשפה של "זכויות", המימוש שלהן למעשה נעשה בתודעה של "ראויות". כל אחד מבני הזוג מכיר בצרכים השונים של עצמו, ורואה את עצמו כמי שראוי לכך שצרכים אלו יתממשו. כל אחד מהם מכיר בצרכים המקבילים של זולתו ורואה אותו כמי שראוי למימוש מלא של כל מה שהוא זקוק לו. וכל זה מפני ששני הצדדים גם יחד "ראויים לטוב".

מתוך כך לוקח כל אחד מהם אחריות מלאה על שלוש הצלעות של המשולש הזוגי: הוא עצמו, זולתו והבית המשותף. ובכך מקיימים שניהם ביחד את מימתו של ר' עקיבא (סוטה יז, א):
איש ואישה, זכו – שכינה ביניהם.

עזריאל אריאל

מנחם-אב תש"ף

הערות טכניות לציטוטים במאמרים

- א. במקורות המצוטטים בספר, נפתחו ראשי תיבות והכתיב הוסב לכתיב המלא המקובל כיום, וכן נוספו בהם סימני פיסוק.
- ב. ההדגשות בכל הציטוטים אינם במקור ונעשו בידי הכותבים או העורך.
- ג. תוספת הסבר של הכותב בתוך הציטוט מופיעה בסוגריים כאשר לפניה הסימן: =.

משפחה - אישות, מהות והגדרות משפטיות

החיוב לאישות כמגדיר נישואין



מבוא

חלק ראשון: המהפכה המשפטית בהגדרת המשפחה

א. פסקי דין שהובילו שינוי בתפיסת המשפחה

1. המצב הראשוני
2. השינוי
3. התהליך
4. חילון המשפחה והפיכתה לחוזה חופשי
5. קביעת ההגדרות על פי דעת 'הציבור הנאור'
6. הסתמכות על פרשנות מרחיבה להכרה ב'דוֹעִים בציבור'
7. 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'
8. מהי אם כן המשפחה של בג"ץ?

ב. הביקורת המשפטית על הגדרת המשפחה

מחדש

1. אין קיום לחברה ללא המשפחה
2. המחוקק לא העניק הכשר מוסרי וחוקי לידועים בציבור
3. עקרון המונוגמיה סותר הכרה בחיי אישות מחוץ לנישואין

4. אין לקבוע את ערכי המוסר על פי דעת

'הציבור הנאור'

5. המחלוקת המשפטית נובעת מתפיסות

עולם

6. סיכום

חלק שני: הגדרת המשפחה על פי התורה

ג. הגדרת המשפחה בדיני בני נח

ד. הגדרת המשפחה בישראל

1. קידושין - חיבור והקדש לפני הנישואין
2. הנישואין בישראל
3. החובה לאישות מדין קניין ומצוות עונה
4. החובה לאישות מדין שעבוד הדדי

ה. הנישואין - בין ישראל לעמים

1. קניין הגוף מול ייחוד לאישות
2. מהות הנישואין בישראל

חלק שלישי: משפט התורה, משפט העמים והמשפט במדינת ישראל

ו. האתגר בימינו

ז. המלצות

מבוא

לבנת היסוד של החברה האנושית היא המשפחה. המונחים המתארים משפחה משותפים לכלל המין האנושי. בכל השפות קיימות המילים: חתונה, נישואין, אבא, אימא וילדים, סבא, סבתא ונכדים וכו'. גירושין היא המילה הכלל עולמית המתארת את פירוק המשפחה. השימוש במונחים הללו על ידי כולם הוא תוצאה של מסורת עולמית כללית, שראתה בנישואין התאחדות לחיי אישות של איש ואישה מתוך נאמנות הדדית.

לתורת ישראל ישנו מודל משפחתי המקיים את המשפחה היהודית אלפי שנים. במאמר זה נעמת את המודל התורני-הישראלי עם המודל המערבי כפי שהוא בא לידי ביטוי בתפיסה של בית המשפט; נבחן את התהליך המשפטי לשינוי הגדרת המשפחה בישראל ונציג את החלופה היהודית למשפחתיות יציבה ובתקיום. המאמר בוחן את תפיסת המשפחתיות דרך ליבת הנישואין – החיוב ההדדי ליחסי אישות בין בעל לאשתו. המאמר מבוסס על לימוד תורני וניתוח תרבותי, על פי מודל הבוחן שלושה מרכיבים: ערכים, תודעה ומדיניות.

חלק ראשון: המהפכה המשפטית בהגדרת המשפחה

א. פסקי דין שהובילו שינוי בתפיסת המשפחה

שינויים תרבותיים רדיקליים שעבר העולם בעשורים האחרונים שינו את הגדרות החתונה, הנישואין, המשפחה והגירושין מן היסוד ויצקו תוכן חדש למונחים אלו. אותם מונחים מבטאים תוכן אחר לגמרי. ההגדרות הפוסט-מודרניות, הנובעות מהלך מחשבה ליברלי ופמיניסטי, שאומצו על ידי מערכת המשפט בעולם המערבי בכלל ובישראל בפרט, משנות את מהותה של המשפחה. המשפט ממשיך להשתמש באותן המילים שבהן משתמש הציבור, אך מעוות את משמעותן ומגדירן מחדש.

1. המצב הראשוני

עד לפני כמה עשורים, ההכרה בחשיבות מוסד הנישואין כללה שלילה מוחלטת של ניאוף ופסילת יחסים גופניים שלא במסגרת הנישואין. העיקרון כי נאמנות ביחסי אישות היא תשתית המשפחתיות היה מקובל על מערכות המשפט המערביות ועל מערכת המשפט הישראלית. וכך כתב השופט יצחק קיסטר¹:

1. ע"א 4/66 פרץ נ' הלמוט.

הצו "לא תנאף", לא זו בלבד שהוא מצוי בעשרת הדברות, ונתקבל עלידי הדת הנוצרית, המוסלמית ועוד, כאחד היסודות החשובים עליהם מבוססים חיי המשפחה, אלא הוא היה מוכר אף בעולם התרבות לפני התפשטות הנצרות, והוא נובע מעצם קיום מוסד הנישואין... חיי אישות מחוץ לנישואין, ובמיוחד כאשר לפחות אחד מבני-הזוג נשוי, הינם פסולים, וכן פסולה היא גם הבטחה לחיים כאלה.

הוסיף וכתב השופט קיסטר:

הן באנגליה והן בארצות-הברית, מהווה גם הסכם לחיי אישות משותפים בין בני-זוג פנויים מחוץ לנישואין – הסכם בלתי-מוסרי (או בלתי-חוקי) שאין לתבוע בבית-משפט את ביצועו ואת מילוי ההתחייבויות הנובעות ממנו... היינו: לפחות מבחינה אזרחית קיים איסור לחיי אישות מחוץ לנישואין של אחד מבני-הזוג.

דהיינו, ההגדרה הבסיסית של הנישואין, הן על פי הדתות והן על פי המשפט עד לפני כמה עשורים, היא התאחדות לחיי אישות מתוך נאמנות. משמעות הנישואין היא קשר בין איש לאישה שבמרכזו יחסי האישות. המשמעות הנלווית היא כי ניאוף ויחסים גופניים מחוץ לנישואין הם פסולים, בלתי מוסריים ונוגדים את הסדר הציבורי. המשפחה הייתה יחידה חברתית בעלת משמעות משפטית מחייבת והמשפט ראה צורך לחזק את היחידה הזו ולהגן עליה. במסגרת רעיונית זו, אדם המצוי במסגרת נישואין אינו רשאי לקיים יחסים גופניים מחוץ לנישואין. מטרת החשיבה הזו היא הכרה משפטית בחשיבות הקיומית של התא המשפחתי ומילוי בתוכן משפטי, תוכן הקובע כי כל עוד אדם נמצא במסגרת הנישואין הוא מחויב לה ואינו יכול לחייב עצמו בחיובים הסותרים את החיוב הקיים. אדם נשוי שיבטיח לאישה זרה קיום מערכת אישות מחוץ לנישואין בטרם התגרש מאשתו הראשונה, סותר בהבטחה זו את קיומה של מערכת הנישואין, ולכן הבטחתו אינה מוסרית, אינה חוקית ואף בטלה על פי חוק החוזים הקובע:

הסכם שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל.²

2. סע' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

ההגנה הציבורית על הסכם מורכבת משלוש רמות הגנה: חוסר חוקיות, אי-מוסריות ו'תקנת הציבור'. אם הסכם אינו עומד באחד משלושה היבטים אלו דינו להתבטל.

מכיוון שהתפיסה המשפטית המסורתית הייתה כי בנישואין יש 'חיוב מכללא' לחיי אישות, השמירה על התא המשפחתי וחיזוק יציבותו היו חלק אינטגרלי מ'תקנת הציבור'. לכן קיבלו הנישואין הגנה משפטית, וחוזים הפוגעים בהם לא היו מקבלים סעד מבית המשפט.

לפי תפיסה זו, תקנת הציבור דורשת את חיזוק המשפחה ואת יציבותה, ומגדירה את הנישואין בהתאם לכך. תפיסה זו היא עדיין נחלת רוב הציבור בישראל. הציבור ברובו רואה במשפחה, תא חברתי אורגני, המיוסד על נאמנות בחיי אישות בין איש לאישה, ומהווה את לבנת היסוד של הלאום.

2. השינוי

דא עקא, אף שלא הוסמך לכך, רואה בית המשפט בישראל את עצמו כמעצב הערכים של החברה הישראלית. בית המשפט, הנוטל חלק מרכזי בניסיון להגדרתה המחודשת של המשפחה, חולל בעשורים האחרונים מהפכה בהגדרת המשפחה, ולמעשה הפך את המשפחה למושג מרוקן מתוכן משפטי. 'המהפכה המשפחתית' של בג"ץ קבעה כי גם במסגרת הנישואין היחיד נשאר ללא זיקה מחייבת לבן זוגו בהיבט יחסי האישות:

מוסד הנישואין נתפס כקשר חופשי בין שני יחידים, תוך שמירת זהותם הנפרדת ופיתוח אישיותם העצמאית. הנישואין מבטאים שיתוף פעולה ושיתוף של אינטרסים, תוך שימור האוטונומיה של כל אחד מבני הזוג... אישיותם הנבדלת של בני הזוג אינה מתבטלת מפני מוסד הנישואין, והיא אינה נבלעת בו.³

לאור עיקרון זה קבע בית המשפט כי אין פגם מוסרי בניאוף ובפירוק המשפחה: קשר הנישואין אינו יוצר בעלות על גופו ורצונותיו של בן הזוג, ומשבחרה אשת המערער מרצונה החופשי לקיים קשר רומנטי עם אחר, אין לבן הזוג הנבגד עילה וזכות תביעה כנגד בן זוגו של האחר... המשפט אינו מכיר בעוולת ניאוף ביחסים בין בני הזוג עצמם... ההתחייבות בין בני זוג לקבל על עצמם את האיסור של "לא

תנאף" היא במישור החברתי-מוסרי-דתי, אך אין לייבאה אל תוך

המשפט.⁴

דהיינו, **אליבא דבג"ץ, אין לנישואין כל השפעה על קשר האישות בין האיש לאשתו**. הקשר ביניהם הוא חופשי ורצוני ואינו יוצר שום חיוב⁵ משפטי לגבי האישות. הצו המוסרי הבסיסי "לא תנאף" אינו מוכר על ידי בית המשפט. האמת המוסרית-משפטית הפשוטה, שהוכרה על ידי כל הדתות והמשפט העולמי עד לא מכבר, אינה קיימת בתודעתו המשפטית. הניאוף מותר על פי המשפט של בג"ץ, ומוסד המשפחה הוא שישלם. ממילא, הבטחה של אדם המצוי במערכת נישואין להינשא לאחרת אינה נוגדת את תקנת הציבור, כפי שכתב השופט ברק:⁶

מאז שנות הששים חל שינוי ניכר בתפיסתו של הציבור את המוסר ואת תקנת הציבור. בגישה החברתית ביחס לסיום קשרי נישואין ולתופעת הגירושין חלו תמורות משמעותיות.

ההלכה כי הבטחות נישואין מצד אדם נשוי סותרות את תקנת הציבור התגבשה במשפט האנגלי בראשית המאה הקודמת... הלכה זו התבססה על התפיסה לפיה הפסקת הקשר עם בן הזוג החוקי לטובת קשר זוגי אחר, שבצידה הבטחה להתגרש ולהינשא נישואין חדשים, כל אלה אינם לגיטימיים. בתי המשפט חששו שמתן תוקף להבטחה יעודד התנהגות בלתי מוסרית (ניאוף) ואף פלילית (ביגמיה). ההלכה נקלטה במשפט הישראלי במתכונת מצומצמת, תוך התמקדות בעניין שיש לציבור בקיום מוסד הנישואין כתא ראשוני חברתי. הסכם הבא לפגוע בו, להרוס חיי משפחה, או "לקדם" גירושין נפסל מפני תיקונו של עולם...

4. 'עמית, ע"א 8489/12. עפ"י פסיקתו של יהודה פרגו, ת"א 14657-11-09.

5. **'חייב'**, בלשון משפט התורה הוא השעבוד המוטל על החייב לשלם את שעליו לשלם. על החייב לשלם את שעליו לשלם גם אם אין תובעים זאת ממנו. לעומת זאת 'חובה' אינה מוטלת על האדם אלא אם כן תובע אותה ממנו בעל דינו הזכאי בה. עיי' ב"ק ו, ב: "כשהזיק חב המזיק. חב המזיק? חייב המזיק מיבעי ליה!". ובתוספות שם, ד"ה חב: "דהתם לא שייך לשון חוב אלא לשון חובה". על כך כתב הנצי"ב במרומי שדה שם, שלשון 'חייב' שייכת באדם ולשון 'חב' שייכת בממונו החב לבעליו. וכן הוא בחידושי הגר"א על המשנה. ובפורת יוסף, שם, כתב, "ד'חב המזיק' היינו, שאין עליו חיוב לפרוע אלא אם כן הבעל דין תובע ממנו, וכמו שמצינו לגבי ריבית קצוצה, דכתב הט"ז יר"ד סי' קסא ס"ק ג, דאף על גב דיוצאה בדיינים, מכל מקום אין בעל חוב גובה ממנה אלא דווקא כשהלווה תבע אותה בב"ד, ואולם 'חייב המזיק', משמע דמחויב לילך ולפרוע את חובו אף על פי שהלווה אינו תובעו". לכן, נשתמש בלשון 'חייב' ולא בלשון 'חובה'.

6. ע"א 5258/98 – פלונית נ' פלוני ואח'.

במהלך השנים השתנו התפיסות החברתיות ביחס לסיום קשר הנישואין ולתופעת הגירושין. ישנה הכרה בכך שגירושין הפכו חלק ממצאות החיים... ההלכה הישנה, המעמידה את תוקף החוזה על השאלה אם היחסים בין הצדדים מעוררים עד היסוד אם לאו, נראית בעיני כבלתי תואמת את תפיסותיה של החברה הישראלית דהיום.

כלומר, השופט ברק קובע כי חוזה שמשמעותו פירוק משפחה הוא חוקי ואינו נוגד את המוסר. ראוי לציין, שאף ברק⁷ רואה את "שמירתו של התא המשפחתי" בתור "חלק מתקנת הציבור בישראל גם בימינו אלה", וכי "האינטרס החברתי תומך בנישואין יציבים". למרות זאת, הוא מחדש הלכה שיפוטית, הפוגעת במשפחה ונותנת לגיטימציה מוסרית וממילא חוקית לפירוקה.

הוסיפה וכתבה השופטת פרוקצ'יה:⁸

העולם המערבי, ובתוכו ישראל, עבר בעשורים האחרונים תהפוכות מרחיקות לכת בתפיסות ערכיות בסיסיות... תוך הכרה הולכת וגוברת בערך של חירות הפרט לעצב את אורח חייו... תהפוכות אלה משפיעות באורח מהותי על אורחות החיים ועל תפיסות המשפט (א' רובינשטיין, אכיפת מוסר בחברה מתירנית, עמ' 140). תמורות אלה משפיעות על שאלת היחס בין ערך ההגנה על מוסד הנישואין – אשר היה ונותר ערך בעל חשיבות מן המעלה הראשונה בחיי אדם – לבין מחויבות המשפט למי שנפגע מהפרת הבטחת נישואין – בין פגיעה ממונית ובין פגיעה שאינה ממונית. באיזון בין הצורך לתת תרופה שתפצה על עוצמת הפגיעה של מי שהסתמך על הבטחת נישואין שהופרה ויצר על יסודה תקוות וציפיות לעתיד משותף עם בן זוג, לבין הסכנה כי הטלת חובת פיצוי על המפר תפגע בחיי נישואיו, גובר הערך הראשון.

כלומר, כתוצאה מתהליכים תרבותיים מערביים, של ליברליזם ואינדיבידואליזם, משנה בית המשפט את פסיקתו ואינו מוצא פגם מוסרי בהסכם המוביל לפירוק המשפחה.

7. שם

8. שם.

3. התהליך

דיני הנישואין והגירושין מוגדרים בישראל כחלק מדיני המעמד האישי ולא כהסכם ממוני. הגדרת מרכיב הזהות המשפחתית של האדם במדינת ישראל, היותו נשוי או פנוי, נקבעת על פי הדין הדתי. הזהות המשפחתית של היהודים מוגדרת לפי הערכים והעקרונות של תורת ישראל.

אם כן, כיצד הצליח בית המשפט להגדיר מחדש את המשפחה? כיצד הצליח בית המשפט לשנות את הגדרת המשפחה ממוסד מקודש, שהצו 'לא תנאף' נובע מעצם קיומו, ל'חווה כבקשתך' שאינו נוגע לתחום האישות?⁹

מהי הקונסטרוקציה המשפטית לתהליך זה? ומהן נקודות הציון המרכזיות בו?

4. חילון המשפחה והפיכתה לחווה חופשי

נראה כי אחת מנקודות ההתחלה החשובות של שינוי הגדרת המשפחה על ידי בג"ץ הוא ע"א 337/62. בערעור אזרחי זה, בראשית שנות ה-60 של המאה שעברה למניין אומות העולם, דנו השופטים במעמד המשפטי של: "הסכם בין גבר לאישה לחיי אישות מחוץ לנישואין והבטחת נישואין בין שניים אשר אחד מהם נשוי וביתדין טרם פסק על גירושיו".¹⁰ השאלה הייתה אם הסכמים אלו אינם מוסריים, וממילא אינם חוקיים – כפי שקובע חוק החוזים.¹¹ השופט חיים כהן קבע בפסק דין זה:

לפי דיני ישראל אין בהסכם שכזה משום פגיעה במוסר הציבורי ובסדר הכללי ואין בו שמץ אי-חוקיות... לדבריו, על פי התורה אין שום מניעה לפרק את המשפחה, ולקיים יחסים גופניים מחוץ לנישואין. כהסבר לעמדתו הוסיף וכתב:¹² שלא כמשפט המקובל האנגלי, הרי המשפט העברי אינו מטיל על בני-הזוג "סטטוס" של נישואין אשר, משהחליטו ונשבעו פעם להיכנס אל תחת כנפיו, שוב אינם יכולים לצאת ממנו אלא במעשה חקיקה

9. בית המשפט רואה במשפחה שותפות ממונית. עניין 'הלכת השיתוף' שחידש בג"ץ ביחס למשפחה דורש מאמר בפני עצמו, המעניין יפנה ל'בג"ץ בבלי', ולספרות הענפה הדנה בו.

10. כהן, ע"א 337/62.

11. סע' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (הובא לעיל): "הסכם שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". בהגדרת 'תקנת הציבור' לתפיסת בג"ץ נדון בהמשך המאמר.

12. כהן, ע"א 337/62.

או במעשה שפיטה מגבוה. **הנישואין של המשפט העברי הם קשר של חוזה**, ולו גם חוזה חגיגי ביותר, בין איש ואישה, – ברצותם עושים אותו, וברצותם מסיימים ומבטלים אותו! ואין תפקידם של בתיהדין בנישואין וגירושין, כששני בניהזוג רוצים בהם ומסכימים ביניהם, אלא תפקיד של השגחה ושל הוצאה לפועל בלבד. ובמקום שאתה מוצא את השוני הזה של המשפט העברי לעומת דיני הנישואין של האומות הנוצריות, שם אתה מוצא גדולתו, ואם תמצי לומר – מודרניותו: לא נוקשות של סקרמנט, אלא **חופש של חוזה**, **לא קביעת סטטוס** על אפך ועל חמתך, אלא **זכותך וזכות ברזוגך לבחור במעמד של נישואין** ובמעמד של גירושין לפי שיקולדעתכם. יש לשים לב, כי הדיון אינו על היתכנות הגירושין במערכת המשפט של התורה, אלא על משמעותם של הנישואין טרם פקיעת חלותם. השופט כהן גוזר מעצם היתכנות הגירושין את הגדרת הנישואין עצמם. לדידו, עצם האפשרות לגירושין מעתיקה את חיי הנישואין מדיני המעמד האישי לדיני החוזים. הנישואין הם למעשה מסגרת חוזית חופשית המושתתת על בחירה והגדרה אישית. ניתן להגדירם בחופשיות, לפרק אותם כשרוצים ולהפר את האמון שבהם בכל רגע. לשיטתו, איסור הניאוף אינו חלק מליבת היחסים הבין-אישיים ואינו מגדיר את הנחות היסוד המשפחתיות.

השופט כהן משתמש בתורת ישראל, שעל פיה נקבעים דיני המעמד האישי, כדי להגדיר את מוסריותם של ההסכמים הנוגעים לנישואין. הוא מוסיף וכותב:¹³

אין לנו לחפש אחרי המוסר הציבורי בענייני נישואין של יהודים, מעבר לדין המהותי החל עליהם.

לדידו, התורה היא מסגרת פורמליסטית גרידא לקיומו של חוזה נישואין, והיא אדישה למשמעותם הערכית והתרבותית של הנישואין. לקמן נתייחס לטענתו ונסקור את עושרה התרבותי המחייב של התורה ביחס לנישואין. השופט כהן מגדיר מחדש את המשפחה בישראל ומסמן את הדרך לצעידה במדרון החלקלק להרס התא המשפחתי.

5. קביעת ההגדרות על פי דעת 'הציבור הנאור'

השופט אלפרד ויתקון הצטרף לדעתו של השופט כהן וקבע כי אין לפסול את ההסכמים הנ"ל. נימוקו לקביעה זו שונה ומחודש. לדבריו:

כשמתייצבת לפנינו שאלה, שהיא, לאמיתו של דבר, **שאלה סוציולוגית** ולא משפטית, מצווים אנו, כשופטים, לתת ביטוי ותוקף, לא לדעותינו הפרטיות, אלא למה שנראה לנו כמשקף את **דעת הציבור, והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו.**¹⁴

דהיינו, לשיטתו הגדרת המוסריות של ההסכם אינה תלויה בדיני ישראל ולא בחוקי מדינת ישראל בכנסת ישראל, אלא בדעת הציבור המתקדם והמשכיל. הנה כי כן, לפנינו **קונסטרוקציה חדשה** לשינוי מבנה המשפחה. לדעת השופט ויתקון, הגדרת המשפחה ומוסריותה תלויה בתפיסות התרבותיות המשתנות של ה'ציבור הנאור' בלבד.

6. הסתמכות על פרשנות מרחיבה להכרה ב'דויעים בציבור'

נקודת ציון נוספת בתהליך ההגדרה מחדש של המשפחה על ידי בג"ץ, הוא ע"א 563/65, בהמשך שנות ה-60. גם במקרה זה נסוב הדיון על חוק ומוסר במשפחה. השופט צבי ברנזון אומנם הולך בדרכם של השופטים כהן וויתקון בהגדרת המוסריות של המשפחה, אולם נימוקו שלו נובע מפרשנות לעמדת המחוקק ביחס ל'דויעים בציבור' (איש ואישה המקיימים משק בית משותף ללא נישואין).

הכנסת אומנם הכירה בבעלי מעמד זה בחוקים רבים – רובם בתחום הכלכלי-סוציאלי¹⁵ – אך לא הגדירה אותם כנשואים. השופט ברנזון מנסה לגזור מכך הכרעה של המחוקק בשאלה המוסרית העומדת ביסוד המציאות הזו:

חיי גבר עם אישה גם כשאחד מהם עדיין נשוי – אינו נגוע באי-חוקיות. הרי זהו המקרה הנפוץ למדי של הזוג הידוע בציבור כבעל ואישה. וכבר הוחלט על-ידי בית-משפט זה, ברוב דעות, כי הסכם כזה לחיות כבעל ואישה שלא בנישואין אינו בלתי-חוקי. **הוא אינו פוגע במוסר הציבורי ואינו נוגד את טובת הציבור... הכנסת הכניסה את הידועה בציבור תחת כנפי חסותה** במספר רב של חוקים והעניקה לה זכויות כספיות וחומריות שונות. **כלום ייתכן שהמוסר הציבורי וטובת הציבור לא עמדו לעיני המחוקק בעת חקיקת**

14. שם.

15. דוגמאות: חקיקה המקנה זכויות לפיצויים, כמו חוק הנכים (תגמולים ושיקום), חוק הביטוח הלאומי, חוק משפחות חיילים שנספו במערכה ועוד. חקיקה העוסקת בזכויות שרכש עובד, כמו חוק פיצויי פיטורים, חוק שירות המדינה ועוד. ראוי לציין שחוקקו גם חוקים הנוגעים למעמד האישי, כמו חוק השמות וחוק הירושה.

החוקים הללו? המחוקק ראה לטוב לפניו לזכות את הידועה בציבור – גם בהיותה אשת איש אחר – בהנאות מהנאות שונות. האם בני חורין אנו לנשא את עצמנו מעל למחוקק ולפסוק כי היסוד להענקת הזכויות הללו – ההסכם לחיות כבעל ואישה – רעוע ומעורער? כלום יש שני סוגי מוסר וטובת הציבור, אחד בחקיקה ואחד בפסיקה?¹⁶

השופט ברנזון משתמש בפרשנות מרחיבה לחקיקה של הכנסת ביחס ל'ידועה בציבור' כראיה לכך כי יחסים גופניים של גבר עם אישה ללא נישואין, גם כשאחד מהם נשוי, אין בהם בעיה מוסרית. לדעתו, המוסר הציבורי וטובת הציבור עמדו לנגד עיני המחוקק, והחקיקה קובעת את המוסר. דהיינו, מסכת החוקים המשפה את ה'דועים בציבור' בשיפויים שונים ורבים היא המגדירה את המוסר הציבורי וממילא משנה את הגדרת המשפחה.

7. 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'

לבנת יסוד נוספת בתהליך הגדרת המשפחה מחדש היא 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', שנחקק בראשית שנות ה-90. לפני כעשור כתב השופט יהודה פרגו:¹⁷

משהחליט בן זוג נשוי – ובעניינינו אשת התובע – לנהל מערכת יחסים עם אחר – בעניינינו הנתבע – זכותו לעשות כן ולא ניתן למנוע זאת ממנו, גם אם הדבר נראה לא ראוי בעיני אחרים... קשר הנישואין, אינו יוצר בעלות על גופו ורצונותיו של בן הזוג. יש לכבד את היותו אדם בן חורין. אלו הם מעיקריו ואושיותיו של 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'. הכרה בזכות תביעה עקב מערכת יחסים זו, משמעה, סיכול ופגיעה בזכויות וחירויות בן הזוג וכפיפותו באופן מלא לבן זוגו ולרצונותיו...

קדם לו השופט סלים ג'ובראן,¹⁸ שכתב:

כברת דרך עשה המשפט המקובל בעניין זה. עוד בשנת 1949, נקבע באנגליה, כי אישה נחשבת כמסכימה מכללא לקיום יחסי מין עם בעלה, וכי באופן הגדרתי לא יוכל זה לבצע בה מעשה אונס, כל עוד חיים הם ביחד. בעניין זה, נחשבו יחסי המין כחלק ממחויבותה של האישה במסגרת הסכמתה לנישואין... בעניין זה ראוי לציין, כי בניגוד למשפט המקובל, מקדמת דנא ראה המשפט העברי בקיום

16. ע"א 563/65.

17. ת"א 14657-11-09.

18. ע"פ 7951/05, ע"פ 8281/05.

יחסי המין כקיום מצווה וכחובה של האיש לאשתו ולא כאל אמצעי לסיפוק יצריו בלבד. כן קבע המשפט העברי עמדה הלכתית נחרצת כנגד קיום יחסי מין בכפייה, אף כאשר המדובר בבני זוג נשואים ולא הניח קיומה של הסכמה כלשהי "מכללא"¹⁹.

הוא מתאר בדבריו את השינוי בהגדרת החיוב לאישות במסגרת המשפחה. כיצד הפכה המשפחה מ'הסכמה מכללא' לקיום חיי אישות, למוסד שאין בינו לבין חיוב לחיי אישות ולא כלום.

בהמשך הדברים הוא מסביר את הרציונל שעומד מאחורי השינוי:

נבדלים הם יחסי האהבה והאישות מכל משאב אחר, בו יכול בן אנוש לסחור ולקיים יחסים חוזיים. לא ניתן בעניינים שבלב, להעניק התחייבות בלתי חוזרת. על בית-משפט זה, כנושא הדגל של זכויות האדם וחופש הפרט במדינת ישראל, לעמוד ולהכריז בקול, כי בכל עת ובכל שעה מותר לו לאדם להחליט מה יעשה בנפשו ובגופו. תהא אשר תהא הסיבה אשר בגללה תחפוץ האישה בהפסקת היחסים – כאב פיזי, חששות ועכבות נפשיות, מוסריות או אחרות – אין כל זכות, לאף אחד, לפגוע בחירות זו ולהתעלם ממנה. העושה זאת ראוי לגינוי חברתי ולענישה הולמת.

הצטרף לדברים השופט רובינשטיין, שהוסיף וביאר:

הגישה של כיבוד בלתי מותנה... לאוטונומיה של האישה בכל הנוגע לגופה... היא צורך הזמן והמקום. "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו); "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (סעיף 4 לחוק היסוד) – הם הצו החוקתי החופה על עבירת האינוס.

דהיינו, 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', ותפיסת 'זכויות האדם' וחופש הפרט (שאגב, מבטאים תפיסה שונה מאוד מתפיסת החירות של הליברליזם הקלאסי), סותרים מהותית את היכולת לקיים יחסים חוזיים בתחום יחסי האישות. על פי אותן התפיסות, האדם חופשי תמיד להחליט מה יעשה בגופו, ואינו מחויב לשום התחייבות שקיבל על עצמו בעניין גופו ונפשו. ממילא אי אפשר לראות בנישואין 'הסכם מכללא' לקיום חיי אישות. ההסכמה לחיי אישות היא בבחירה חופשית בכל רגע ורגע, כמו גם היכולת להפסיקם.

19. האמירה כי משפט התורה אינו מניח "קיומה של הסכמה כל שהיא מכללא" היא משוללת כל יסוד. בית המשפט עושה את משפט התורה פלסטר, כהרגלו. המשפחה בישראל בנויה על חיוב הדדי ליחסי האישות, כפי שיתבאר.

על פי תפיסה זו האיש והאישה נשארים אוטונומיים גם במסגרת הנישואין, ומשמעות הדבר היא כי לא נוצר חיבור אמיתי ביניהם. למעשה, אליבא דהשופט ג'ובראן, נשרו יחסי האישות מההיבט החוזי של הנישואין והגדרתה המשפטית של המשפחה איבדה את עצמותה ומהותה. פסיקה זו הותירה את הנישואין כהסכם שאינו נוגע כלל לחיי האישות ושתוכנו המשפטי בלתי ידוע. לסיכומו של פרק זה: במהלך עשרות השנים האחרונות, **בג"ץ שינה את הגדרת חיי האישות במשפחה מן הקצה אל הקצה**. בתחילת התהליך חילן בית המשפט את המשפחה והפקיע אותה מדיני המעמד האיש. בג"ץ הפך את המשפחה ממוסד מקודש לחוזה של חולין, בטענה שזו גם העמדה הפורמלית של התורה. בהמשך, בהסתמך על אמות המידה המוסריות של 'הציבור הנאור', ועל פרשנות מרחיבה לכוונתו של המחוקק בדיני ה'ידועה בציבור', פרץ בג"ץ את מסגרת חיי האישות במשפחה ונתן לגיטימציה משפטית לניאוף ולהסכמים לפירוק המשפחה. בסופו של דבר, בהסתמך על 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', **ביטל בג"ץ את החיוב ההדדי לחיי אישות, הנובע מכללא, מעצם הגדרת המשפחה**, השיר את יחסי האישות מחוזה הנישואין,²⁰ וקבע כי לפי

20. **הערת העורך** (ע"א): בהקשר זה חשוב להפנות את תשומת הלב לדיון שהתקיים בבית הדין הארצי לעבודה (עב"ל 45818-02-17, מתאריך 15.6.18). שתי אחיות רווקות שחיו במשק בית משותף במשך שנים רבות תבעו את המוסד לביטוח לאומי ודרשו שבפטירתה של אחת מהן תזכה חברתה לקצבת שארים. טענתן הייתה שחיהן המשותפים הממושכים אינם שונים במאום מזוג של גבר ואישה החיים כ"ידועים בציבור". בית הדין דן בהיבטים משפטיים שונים של התביעה, ובין השאר עלתה שאלת היחסים הגופניים כאמת מידה להגדרת "משפחה" לצורך קבלת הקצבה. בא כוחן של התובעות טען כי "קיימים סוגים רבים ושונים של מערכות יחסים זוגיות אשר המרכיב המיני והרומנטי אינו בהכרח חלק מהן. כך למשל, לא תישלל גמלת שאירים מבית זוג של גבר שנהג כלפיה באלימות על אף שבין בני הזוג לא התקיימו יחסים רומנטיים... היעדרו של פוטנציאל לקיומם של יחסי אישות אינו שולל קיומה של מערכת יחסים זוגית... ככל שניתן להסיק ממכלול הנסיבות על קיומם של חיי שיתוף ממשי ורעיוני בין בני זוג, ניתן לוותר על... דרישת קיומם של יחסי אישות בין הצדדים, שכאמור ממילא נקבע בפסיקה כי אינה מהווה דרישה לעניין זה". נציגת הציבור בדיון טענה ש"בשנים האחרונות אנו עדים לסוגים חדשים ושונים של זוגיות, אשר חלקם זכו כבר בהכרה גם בפסיקה, תוך מתן פרשנות מרחיבה לחוקים שונים. הזוגיות המוסרית של נישואין בין בעל ואישה כבר אינה הזוגיות היחידה המקובלת כיום". בא כוחו של המוסד לביטוח לאומי, שביקש לדחות את התביעה, טען טענה רפה בעניין זה: "בהתייחס לשאלה האם שאלת יחסי האישות רלוונטית... השאלה כן רלוונטית גם אם לא מכרעת, והשאלה היא האם מבחינת תכלית התא המשפחתי יש להם או היה להם פוטנציאל של תא משפחתי מהסוג הרומנטי, האינטימי... של בני זוג שיכולים להעמיד צאצאים...". בסופו של דבר, נדחתה תביעתם מנימוקים טכניים, כאשר השאלה העקרונית נותרה ללא הכרעה. אולם רוח הדברים בדיון הייתה שבאופן עקרוני אין מניעה מלהגדיר "משפחה" גם ללא קשר גופני בין חברה, ואף כאשר קשר כזה הוא בלתי אפשרי מיסודו, כמו בין שתי אחיות.

ערכי זכויות האדם וחופש הפרט, האדם מחליט בכל רגע מה יעשה בגופו ובנפשו, וממילא לא קיים חיבור בין איש לאשתו.

8. מהי אם כן המשפחה של בג"ץ?

תהליך שינוי ההגדרה המשפטית של המשפחה, כפי שתואר לעיל, מציב לפנינו במלוא עוזה את השאלה: מהי אם כן המשפחה של בג"ץ? על פי הדברים, תהליך החילון של המשפחה וביטול החיוב ההדדי לחיי אישות, השאיר אותנו בוואקום משפטי ביחס למשפחה. בלשון אחרת: "הכול יודעין כלה למה נכנסה לחופה"²¹ – חוץ מבג"ץ. מהי המשמעות המשפטית של החתונה? הרי אפילו חוזה מרצון לחיות חיי אישות אין בה? אליבא דבג"ץ, הופכת המשפחה לאוסף של יחידים אוטונומיים, ולמעשה, הגדרתה המשפטית מבוטלת.

ב. הביקורת המשפטית על הגדרת המשפחה מחדש

התהליך המשפטי לשינוי הגדרת המשפחה התקדם במהלך השנים למרות ביקורת עליו מתוך מערכת המשפט עצמה. בכל נקודת ציון עקרונית בדרך, הייתה התנגדות עניינית למתרחש. כפי שנראה, שופטים מתוך בית המשפט ערערו על התשתית הפילוסופית המשפטית שהובילה לחילון המשפחה. הם לא קיבלו את הגדרות 'הציבור הנאור' כמחייבות, ולא הסיקו מהחקיקה ביחס ל'ידועים בציבור' הכרה של המחוקק בחיי אישות ללא נישואין.

1. אין קיום לחברה ללא המשפחה

השופט משה זילברג²² קבע כי הסכם ליחסים גופניים שלא במסגרת הנישואין, וכן הסכם המבטיח נישואין עתידיים הכרוכים בפירוק משפחה קיימת – אינם מוסריים ואינם חוקיים:

אין שמץ של ספק בלבי, כי מושגי המוסר המקובלים אצל העם היהודי, במדינת ישראל ומחוצה לה, רואים יחסי איש ואישה מחוץ לנישואין כדבר נקלה ופסול... ואין אני סבור, כי כיוון התקדמותו של המין האנושי הוא לעבר ההשתחררות מכבלי הקשר המשפחתי. רק כאשר ילדים יגדלו על העצים, תתרחש ישועה שכזאת! כל עוד התינוק זקוק לשדי אמו, והאם זקוקה לחבר, שישתתף איתה בצער גידול בנים, לא תסוף המשפחה, ולא תעבור מן העולם. **אין קיום**

21. כתובות ת, ב.

22. ע"א 337/62.

לחברה האנושית, אלא אס־כן שומרים כבבת־העין על התא הראשוני שלה הוא תא המשפחה. פילגשות ו-"אהבה חופשית" – חופשית לחדול – לא ישמשו תחליף לנישואין חוקיים. כי הללו הן יצורים קיקיוניים...

לדבריו, קיום החברה תלוי בחוסן לבנת היסוד שלה – המשפחה. המשפחה היא המסגרת היציבה והמקודשת המאפשרת גידול ילדים והמשך קיום לאומי.

2. המחוקק לא העניק הכשר מוסרי וחוקי לידועים בציבור

בהתייחסו לחקיקה בדבר 'הידועים בציבור', ולטענה כי המחוקק הכיר במוסריות ובחוקיות חיי אישות ללא נישואין, כתב השופט זילברג כך:²³

העובדה, כי המחוקק הישראלי הכיר במציאותה של 'האישה, הידועה בציבור' לגבי כמה וכמה הוראות חוק, אינה מעידה על ריהביליטציה מוסרית של יחסי הפילגשות. ההגנה שנתן המחוקק באלה החוקים, היא הגנה כספית ותו לא, כפיצוי על הקורבנות החומריים, ש"הידועה בציבור" או "הידוע בציבור" הקריב למען השותף, או השותפה, בעת קיימם את יחסי האישות.

בפסק דין אחר²⁴ ביאר השופט זילברג את הדברים:

בפסלנו, מטעמי מוסר, את הסכם המזונות שנעשה – אם נעשה – בין המערערת והמשיב, אין אנו מתנשאים על, או חותרים תחת, ההשקפה המוסרית שאומצה עלידי המחוקק בהכירו ב'מעמדה' של הידועה בציבור... **העובדה כי המחוקק הישראלי מעניק לאישה הידועה בציבור את הזכויות שנקבעו עלידו בכמה וכמה חוקים ישראליים, אינה מעידה כלל וכלל, כי הוא רואה כמוסרי את הסכם החיים המשותפים שנעשה בין בני־הזוג לפני החילום לחיות חיי אישות משותפים.** כי לשם הענקת הזכויות הללו אין הוא מחויב 'לעגן' אותן בתוך ההסכמים הנ"ל. די לו, למחוקק, ומספיק בהחלט, אם ייצא מתוך המציאות שצמחה כתוצאה מן ההסכמים, ויעלים עין לגמרי מן ההסכמים גופם... חוקי הידועה בציבור מחייבים אותנו להניח – זו היא גזירה היוצאת מלפני המחוקק – כי אין זה נוגד את טובת הכלל אם הידועה בציבור תקבל "שיפוי" כספי בעד הנזק שנגרם לה עקב יחסיה עם האיש. אבל נוגד גם נוגד את טובת

23. שם.

24. ע"א 563/65.

הציבור אם יוכר תקפס המוסרי, וממילא החוקי, של הסכמים הגוררים אחריהם את יצירת היחסים...

לשון אחרת, פשוטה יותר: ההבדל שבין זכויותיה החוקיות של הידועה בציבור לבין חוקיותו של ההסכם היוצר את היחסים הללו, כמוהו כהבדל שבין 'לכתחילה' ו'בדיעבד': המחוקק רואה את הדברים מבחינת ה'בדיעבד', ומנסה לתקן מבחינה כספית את המעוות שנגרם בעבר עלידי יחסי הגבר והאישה. חוקיותו של ההסכם היא שאלה של 'לכתחילה', כלומר מה הן הזכויות שהוקנו עלידי ההסכם לגבי העתיד. אלה הם שני אספקטים, לגמרי שונים זה מזה, ולכן אין אנו חייבים להסיק מתוך חוקי הידועה בציבור כי המחוקק העניק להם הכשר מוסרי וחוקי.

דהיינו, המחוקק מתייחס למציאות קיימת של 'ידועים בציבור', וקובע זכויות שונות ביחס אליה, אך אין הוא מעניק שום הכשר ליצירת מציאות זו. גם לשיטת המחוקק ניתן לומר כי חיי אישות שלא בנישואין נוגדים את תקנת הציבור ואינם מוסריים.

תפיסה דומה עולה גם מדבריו של פרופ' דניאל פרידמן²⁵ ביחס ל'ידועים בציבור'. בהתייחסו לסיבות לתופעה כתב:

קיימות סיבות אחדות לכך שבני-זוג בוחרים לחיות כבעל ואישה בלי לעבור טכס נישואין, המוכר כדין. אפשרות אחת היא, שאינם יכולים להינשא מחמת הגבלה דתית, שאיננה מקובלת על חלק נכבד מהציבור החילוני. קטגוריה זו כוללת מקרים נוספים... קרוב לוודאי שקטגוריה זו היא שעמדה לעיני המחוקק והיא שגרמה לחקיקה הנוגעת לידועים בציבור, שכן קיימת קבוצה גדולה של חברי כנסת, שמאחוריהם כוח פוליטי ניכר, אשר מצד אחד איננה מוכנה להשלים עם תוצאות החלת הדין הדתי לגבי קטגוריה זו, ויחד עם זאת, עדיין אין היא מוכנה לפתור את הבעיה באמצעות נישואין אזרחיים. ההכרה במוסד הידועים בציבור, יש בה, בנסיבות אלו, הן אלמנט של מחאה נגד שלילת זכות הנישואין והן אמצעי להרגעת המצפון על העדר פתרון אמתי לבעיה...

כלומר, גם לדבריו אין בהכרה ב'ידועים בציבור' אלא 'הרגעה של המצפון' של המחוקק, ולא הכרה והכרעה במוסריות וחוקיות התופעה, כפי שהיה הדבר אילו הכיר המחוקק ב'נישואין אזרחיים'.

25. במאמרו: "הידועים בציבור בדין הישראלי", עיוני משפט, כרך 3.2, עמ' 459.

3. עקרון המונוגמיה סותר הכרה בחיי אישות מחוץ לנישואין

השופט יצחק קיסטר הוסיף וטען כי עקרון המונוגמיה, שעליו בנוי הסדר הציבורי בישראל, מלמד כי המחוקק לא יכול להכיר במוסריות של יחסים גופניים שלא במסגרת הנישואין:²⁶

אין ספק כי הסדר הציבורי במדינה מבוסס על עקרון המונוגמיה... אין כל יסוד לחשוב כי הענקת זכויות סוציאליות מסוימות לאישה, או מניעת הוצאתה מן הדירה בה גרה עם אדם שלא מתוך קשר נישואין, באה כהכרה בחוקיות או בחיוב המעשה, ובוודאי שאין להסיק מכך כי המחוקק רואה בהסכם לחיים משותפים ללא נישואין קשר המחייב את בניהזוג באופן שבית'המשפט ייתן לו תוקף... ברור שאין מקום למסקנה שהמחוקק התכוון בכל אותם חוקים לאפשר יצירת קשר בעל תוקף משפטי מחייב לחיים משותפים מחוץ לנישואין, ובוודאי שלא התכוון להכיר ולתת תקף לקשר של פוליגמיה או פוליאנדריה למעשה עד כדי כך שאסור לחזור מהתחייבות כזו...

בוודאי שאין להסיק מתוך החוקים הנ"ל שכאילו היה ברצון המחוקק לבטל את שיטת הנישואין המונוגמיים, ולתת אפשרות להתקשר באופן חוקי בהסכמים והתחייבויות העומדים בניגוד למשטר הנישואין המונוגמיים המהווים, לפי השקפת העולם התרבותי, בסיס של חברה בריאה, ובוודאי אין להסיק שבית' המשפט יראה כחוקי ויחייב אדם לקיים הסכם בו התקשר לחיי אישות עם מי שאינה אשתו, או הסכם לחיי'אישות עם אישה נשואה לאחר, כל עוד קשר הנישואין לא בוטל, שהרי זה פוגע במוסד הנישואין בכלל.

מסופקני אם מבחינה מדעית ניתן להגדיר חברה כבעלת משטר נישואין מונוגמי כאשר איש הנשוי באופן חוקי יוכל ללא כל סיג לקיים בעת ובעונה אחת יחסי אישות קבועים עם אישה אחרת על-פי קשר המוכר כלגיטימי, אפילו שאין לאישה השנייה סטטוס של אישה חוקית אלא מעמד של פילגש או מעמד דומה. נראה לי שרחוק מן הדעת לאמור שהמחוקק אשר שאף להשרשת עקרון הנישואין המונוגמיים במדינה הסכים יחד עם זאת לפוליגמיה (ואף

לפוליאנדריה) אפילו היא מוסווית, אף אם הכרה זו היא הכרה בדיעבד בלבד.

ראינו אם כן, כי קיימת עמדה ברורה במערכת המשפט הסוברת כי יחסים אינטימיים מחוץ לנישואין סותרים את טובת הציבור, אינם מוסריים ואינם חוקיים. הסדר ציבורי בישראל המיוסד על עקרון המונוגמיה שולל יחסים אינטימיים מחוץ לנישואין. שמירת התא המשפחתי והצורך בחיזוקו, כבסיס לקיום החברה וצמיחתה, מחייבים לראות כל הסכם הפוגע במשפחה כבלתי מוסרי ובלתי חוקי. החוקים הסוציאליים ביחס ל"דועים בציבור" אינם מלמדים על סטייה של המחוקק מהסדר המונוגמי הקיים, אלא על קביעת שיפוי מעשי כתוצאה של מציאות חיים קיימת ותו לא.

4. אין לקבוע את ערכי המוסר על פי דעת 'הציבור הנאור'

טענתו הנ"ל של השופט ויתקון, כי המוסר נקבע על פי "דעת הציבור, והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו",²⁷ זכתה לביקורת נוקבת מהשופט קיסטר:²⁸

בארץ, טרם ניתן פסק־דין הקובע הלכות ברורות בדבר השאלה כיצד על בית־המשפט להגיע לכלל דעה מהו מוסרי ומהו בלתי-מוסרי. ב-ע"א 337/62... הועלתה על-ידי השופט ויתקון דעה שעל בית־המשפט לתת ביטוי ותוקף למה שנראה לו "כמשקף את דעת הציבור, והכוונה לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו". לצערי, קשה לי להסכים לגישה זו... השאלה המתעוררת היא כיצד, ובאיזו דרך, ייקבע בית-המשפט את ערכי המוסר?

אשר לערכה של ההשכלה, אינני חושב שיימצא אדם אשר יחלוק על החיוב שבה ועל היתרונות והטובות שהיא העניקה ומעניקה לאנושות. יחד עם זאת, אינני סבור שאפשר לייחס לה חשיבות כה רבה עד כדי כך שעל בית־המשפט יהיה לסמוך, בקביעת ערכי מוסר, אך ורק על דעותיו של החלק המשכיל והמתקדם של הציבור, כאמור, תוך כדי איהתחשבות בערכי הדת והמסורת ובחוש המוסרי הבריא המפעם בקרב חלקים אחרים של הציבור.

כלום אפשר להתעקש היום ולטעון כי השכלתו של אדם היא בלבד עשויה להגן עליו ולחסן אותו מפני כל התנהגות שלילית והשפעת

27. ע"א 337/62.

28. ע"א 4/66.

דעות נפסדות? בעבר היו אמנם אנשים שהאמינו בסגולת הפלא של ההשכלה בת השמיים, כיפה למניעת כל פשע ומעשי עוולה אחרים בעולם. אך בזמננו, בתקופת השואה, כשניתן היתר אף למעשי רצח המוניים עלידי ראשיה של אותה מדינה שנחשבה לאחת מן המדינות הנאורות והמתקדמות, נתפסו גם רבים מחוגי המשכילים של מדינה זו ושל העמים שעזרו עלידה, לאותם רעיונות מעוותים ונפשעים שאין צריך להזכירם בזה...

דהיינו, טוען השופט קיסטר: היכן הייתה ההשכלה בשואה? כיצד התנהג "האדם הנאור" בצורה כל כך לא מוסרית? אם מפני רצח עם לא שמרה ההשכלה – איך ניתן לסמוך עליה בקביעת אמות מידה מוסריות? לדעתו יש להביא בחשבון את ערכי הנצח של עם ישראל, בקביעת המוסר הציבורי:

קיימת תורת ישראל שהיא יסוד תרבותו של עמנו. ראויה היא על-כן תורת ישראל שבארץ יתחשבו בה וינהגו בה בכובד ראש – על-לכל פנים לא פחות מכפי שנוהגים כלפי כל דת או דעה אחרת. כידוע, דיני התורה רואים בנישואין יסוד מוסד למשפחה, ובעקבות זה לחברה בכללותה, מתייחסים בשלילה לחייאישות מחוץ לנישואין ורואים כעבירה חמורה ביותר חייאישות עם אשת-איש.²⁹

5. המחלוקת המשפטית נובעת מתפיסות עולם

הנה כי כן, הגדרת המוסר הציבורי ו'תקנת הציבור' נתונים במחלוקת עמוקה בין שופטי בית המשפט. מדובר במחלוקת עקרונית הנובעת מתפיסות עולם, כפי שכותב פרופ' שחר ליפשיץ:³⁰

שופטים ושופטות המזוהים עם עמדות חילוניות ליברליות, כגון השופטים חיים כהן, צבי ברנזון, והנשיא הנוכחי אהרן ברק, מצדדים בדרך כלל בעמדות המרחיבות את זכויותיהם של הידועים בציבור, ואילו שופטים שאיישו את כיסא "הדתי התורן" בבית המשפט העליון, כגון השופטים קיסטר, זילברג, אלון ושינבום, התנגדו באופן מסורתי להרחבת הזכויות של ידועים בציבור.

כלומר, אליבא דפרופ' שחר ליפשיץ, הקביעה המשפטית אם יחסים גופניים מחוץ לנישואין הם מוסריים או שאינם מוסריים, נוגדים את תקנת הציבור או

29. שם.

30. הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה, מבוא, עמ' 30.

שאינם נוגדים אותה – תלויה באג'נדה של השופטים ובתפיסת עולמם. רוב השופטים בבית המשפט הם בעלי עמדות חילוניות ליברליות ולכן נקבעת פסיקה ברוח עמדתם, הנותנת לגיטימיות לניאוף ולהרס המשפחה, אף על פי שאינה משקפת את דעת הרוב בעם ישראל.

לעומתו טוען השופט ברק³¹ כי עמדת השופטים ביחס למוסר ול'תקנת הציבור' אינה תלויה באג'נדה, אלא מקצועית ואובייקטיבית: שופט מקצועי מסוגל לעמוד בנטל זה. חינוכו, ניסיונו והתרבות השיפוטית בה הוא חי הפנימו בו את ערכי העצמאות, אי התלות והיכולת להבחין בין ההשקפה האישית לבין דרישות התפקיד.

6. סיכום

לסיכומו של החלק המשפטי במאמר זה: בית המשפט העליון הוביל מדיניות של שינוי הגדרות המשפחה; ממערכת מקודשת ומחייבת, הפך בית המשפט העליון את המשפחה למערכת חופשית ולא מחייבת. אליבא דבג"ץ, המשפחה אינה כוללת נאמנות וחיוב הדדי של בני הזוג ליחסי אישות. בחלק הבא של המאמר נסקור את תפיסתה של תורת ישראל ביחס למשפחה.

חלק שני: הגדרת המשפחה על פי התורה

על פי הגדרות התורה, המשפחה האנושית, שאינה יהודית, היא ברית טבעית, המתחילה ברצון האיש והאישה ומתפרקת כאשר אינם רוצים עוד בקיומה. במובחן מכך, המשפחה היהודית מתרוממת מהארציות אל הקודש. היא ברית קדושה המתחילה בקידושין ומתפרקת, מדין תורה, בגט הניתן מרצון הבעל, ולפי ההלכה הנהוגה כיום, כאשר שני הצדדים מסכימים לפרק אותה. התורה חידשה בה חיבור, קדושה, קניין, מצווה ושעבוד ביחס לחיי האישות.

בחלק זה של המאמר ננסה להגדיר את קשר האישות בין האיש לבין האישה על פי התורה. התורה מבחינה באופן מהותי בין משפחה בישראל לבין משפחה של בני נח. התורה מעמידה מודל משפחתי יציב ובר קיימא הן ליהודים והן לגויים. כדי לעמוד על משמעותם של המודלים השונים, הגדרתם ותוכן החיובים שבבסיסם, נבחן את מודל המשפחה הגויית, ואת מודל המשפחה הישראלית על פי התורה.

31. בג"צ מס' 693/91.

מתוך כך, נעמוד על השינויים בין שני המודלים ועל משמעותם, ועל מהות חיי האישות העולה מתוך הדברים, ונתבונן במשמעות החיבור, הקדושה, הקניין, המצווה והשעבוד שחידשה התורה ביחס לאישות בישראל.

ג. הגדרת המשפחה בדיני בני נח

קודם מתן תורה, ההחלטה להינשא הייתה החלטה רצונית של האיש והאישה, והנישואין היו **ההגשמה בפועל** של החלטה זו כפי שמתאר הרמב"ם (הל' אישות פ"א ה"א):

קודם מתן תורה, היה אדם פוגע אישה בשוק; אם רצה הוא והיא לישא אותה – מכניסה לביתו ובועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאישה.

מימי האדם הראשון נצטוו הוא ובניו על העריות ובהן איסור אשת איש.³² כיצד מוגדרת האישה כאשת איש בדיני בני נח? על כך כותב הרמב"ם (הל' מלכים פ"ט ה"ז):

אחר שנבעלה לבעלה; אבל מאורסה או שנכנסה לחופה ולא נבעלה – אין חייבין עליה, שנאמר: "והיא בעולת בעל".

דהיינו; לאחר שהתחילו היא ובעלה לחיות חיי אישות כנשואים בפועל. מדין התורה אישה שאינה יהודייה אינה מחויבת להישאר אשת איש, אלא ביכולתה לשנות את מצבה ולעזוב את בעלה (שם, ה"ח):

ומאימתי תהיה אשת חבירו כגרושה שלנו? **משיציאנה מביתו וישלחנה לעצמה**, או **משתצא היא מתחת רשותו ותלך לה**; שאין להם גירושין בכתב, ואין הדבר תלוי בו לבד, אלא **כל זמן שירצה הוא או היא** לפרוש זה מזה – פורשין.³³

כלומר, הגדרת בני זוג כנשואים חלה רק **בהימצאותם יחד**, ומותנית ברצון שניהם. אם שילחה האיש מביתו, או החליטה היא ללכת לדרכה – ממילא

32. סנהדרין נז, ב-נח, א.

33. ועי' חידושי הר"ן סנהדרין נח, ב, שכתב: "אבל ה"ר דוד ז"ל כתב בחידושי שקרוב הוא שנאמר שכן נח אין לו היתר לעולם בגירושין, כמו שאמר, אמר אלהי ישראל, לא ייחד הקב"ה שמו על הגירושין אלא על ישראל, אבל בשפחה זו שלא נעשית אשת איש בביאה כשאר בני נח אלא בכוח הייחוד שייחדה לו, בזו אמרו שהותרה בפריעת ראשה בשוק, שהייחוד שאסרה מתירה הפריעות. **וזו אינה ראייה בעיני**, דאפשר לומר דמאי דאמרין שלא ייחד הקב"ה שמו על הגירושין היינו דווקא בגירושין שבכתב".

בטלו הנישואין.³⁴ הצו האלהי לבני נוח אומנם הגדיר את המשפחה בדיני העריות ובחייבים ההדדיים לאישות, אך השאיר אותה אנושית ורצונית. הגדיר את הדברים ר' מאיר דן פלוצקי, בספרו 'חמדת ישראל' (נר מצווה, קונטרס בשבע מצוות בני נח, אות יח):

בכל אשת חבירו, הרי בידה להפקיע את עצמה מבעלה. מכל מקום כל זמן שלא הפקיעה את עצמה, פשיטא שגם היא חייבת מיתה משום אשת איש שזינתה.

כלומר, נצטוו הגויים: "ודבק באשתו – ולא באשת חבירו" (סנהדרין נח, א), כל זמן הנישואין הרי היא אשת איש, ואסורה לנאוף.³⁵ הוסיף וכתב ה'מנחת חינוך' (מצוה לה, אות ד, מהדורת מכון ירושלים, אות כב):

בן נח באשת חבירו חייב משום שני דברים: משום גזל ומשום אשת חבירו.

דהיינו, ה'התחייבות מכללא' לאישות שבנישואי הגויים יוצרת בעלות על האישות ביחס לאחרים. ועל כך הוסיף הגר"מ חר"פ (מובא בעיניים למשפט למסכת קידושין, בסוף הספר, מכתבים והערות ג):

בבני נח כל חומר עריות דאשת איש, הוא מפאת הקניין שיש לבעלה עליה.³⁶

ההשתעבדות של האיש והאישה לאישות, ה'התחייבות מכללא' שלהם, היא היוצרת את האיסור כלפי העולם. מודל המשפחה הגויית על פי התורה מתחיל אפוא מרצון משותף, מייצר חיוב הדדי כל עוד הקשר קיים,³⁷ ומאפשר את

34. הגדרה זו נשארה בבני נח גם לאחר שניתנה תורה.

35. עי' סנהדרין נז, ב-נח, א.

36. ולדעתו, הקניין המדובר הוא שעבוד למעשה ידיה ולא קניין הגוף.

37. **הערות הרב מיכאל פואה:** מקריאה של המקורות עולה בפשיטות שבדיני בני נח אין שוויון בין המינים: לאיש מותרת ביגמיה ואילו האישה אינה רשאית להינשא לשני גברים. הנישואין שם מגדירים את קניין האישה לבעלה ולא את חובותיו כלפיה. לא מצאנו חיובי שאר, כסות ועונה אצל הגויים! ולאור זה, אם הנישואין בדיני בני נח הם בעלות של הבעל על גופה של אשתו, מהו המקור לטענה שיש ביניהם השתעבדות הדדית, כפי שהיא נהוגה בדיני ישראל?

תשובת הכותב: דעת הרבה מרבתינו האחרונים, כפי שהובאו דבריהם בהע' 72 להלן, היא שאין לגוי קניין הגוף באשתו. העובדה שגם האישה יכולה להפסיק את הנישואין בכל עת מלמדת שאין כאן קניין הגוף. החיוב ההדדי לאישות נוצר בהסכמתם לנישואין, שעל דעת כן נישאו. הצורך לעגן בחוק את זכויות האישה נדרש דווקא בדיני ישראל, בהם מעיקר דין תורה הבעל יכול לגרש את אשתו אפילו בעל כורחה ואילו היא אינה יכולה לכפות עליו גירושין. ואכמ"ל. ביחס לחיוב עונה, אכן יש מה להתבונן בדבר. אולם יש מקום ללמוד על חיוב עונה בבני נח מן הפסוק (בראשית לא,

סימומו של קשר הנישואין. מודל זה מקנה למשפחה יציבות ומבטיח את יישובו של עולם ובד בבד משמר את יכולת ההפרדות במקרה של היעדר רצון בקשר המשפחתי.

ד. הגדרת המשפחה בישראל

1. קידושין - חיבור והקדש לפני הנישואין

התורה חידשה שיש לעגן את הנישואין במסגרת מקודשת, מחברת ומחייבת על ידי מעשה הקידושין,³⁸ כפי שמבאר הרמב"ם בהמשך דבריו (הל' אישות פ"א ה"א-ה"ג):

כיון שניתנה תורה נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אישה, **יקנה אותה** תחילה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאישה, שנאמר: **"כי יקח איש אישה ובא אליה". וליקוחין אלו, מצוות עשה של תורה הם... וכיון שנקנית האישה ונעשית מקודשת, אף על פי שלא נבעלה ולא נכנסה לבית בעלה – הרי היא אשת איש והבא עליה חוץ מבעלה חייב מיתת בית דין ואם רצה לגרש צריכה גט.**

דהיינו: לפני הגעת האישה לביתו של האיש ותחילת חייהם המשותפים, **ציוותה התורה ליצור ביניהם חיבור קיומי ומקודש**,³⁹ המבטא את הייעוד הנצחי של ביתם ההולך ונבנה. על כל איש ואישה הרוצים לחיות יחד מוטל ליצור קודם לכן חיבור מהותי ביניהם. הקידושין מוגדרים כהחלת 'הקדש' על גוף האישה,⁴⁰ האוסר אותה לאישות על כל העולם – אף על פי שעדיין אינה

(ג): "אם תענה את בנות", שאמר לבן ליעקב אבינו, אותו מפרש רש"י: "למנוע מהם עונת תשמיש". ביחס לביגמיה שהותרה לאיש, נכון הדבר שהתורה לא השוותה בזה בין איש לאישה, לא בגוים ולא בישראל. מכל מקום, כאשר מתחתנים יכולה האישה להתנות את הסכמתה להינשא בכך שלא יישא אחרת נוסף עליה, וכיום התניה זו קיימת בסתמא.

38. **זכר יצחק**, סי' יח: "דיסוד הדין בקידושין הוא שהתורה חידשה שיקנה אותה תחילה בעדים, ולא בייחוד כמו שהיה קודם מתן תורה... שאם ירצה לגרשה בעי גט ובייחוד סגי באמירה, והבא עליה חייב מיתה וע"י ייחוד לא היה בישראל חיוב מיתה, והיינו **דהתורה רצתה שיהא קנין חזק** שיהיה בו חיוב מיתה".

39. 'שם משמואל' שמיני עצרת תרע"ד: "וקידושי אישה לדעתי אינם מעניין זה כלל, שהרי איננו קונה מאומה שום קנין אישות, רק בנישואין ולא בקידושין, ועניין קידושי אישה הוא שבנתינתו אליה דבר היא מתחברת בו, והגם שמכירה נמי עכ"פ בשעת הנתינה מתחברין, אבל אח"כ זה פונה לכאן וזה לכאן, אבל קידושי אישה שכל עניין הנתינה הוא החיבור, נשאר חיבור זה לעולם ואפילו נתאכלו המעות". ועי' עוד 'שם משמואל', שמיני עצרת תרע"ח.

40. עי' נדרים כט, א: "א"ל רב המנונא: קדושה שבהן להיכן הלכה? ומה אילו אמר לאישה היום את אשתי ולמחר אי את אשת, מי נפקא בלא גט? א"ל רבא: מי קא מדמית קדושת דמים לקדושת

חיה בפועל עם בעלה, והוא לא זכה עדיין באישות שלה⁴¹ – ומייחד ומתיר אותה לאיש המקדש ולו בלבד.⁴² האישה שהחליטה להינשא לאיש, מבטלת דעתה אליו ומאפשרת לו להקדישה לחיי משפחה איתו.⁴³ היא אוגדת עצמה אליו בצורה קבועה ומוחלטת לבניין בית מקודש שבו תשרה השכינה. היתרה לבעלה הוא לצורך הקידוש של בניין משפחה והשראת שכינה, כהיתר קודשים לאלו השייכים לקדושה.⁴⁴ סטייה של האישה מקדושתה למשפחה מוגדרת כמעילה וכטומאה; מעילה בבעלה ובקב"ה,⁴⁵ וטומאה האוסרת אותה על בעלה ומונעת ממנה את החיבור המקודש שהיה ביניהם.⁴⁶ קדושת המשפחה נובעת מהיותה חלק מקהילה עם ייעוד. וכך כותב הגר"ד סולוביצ'יק:

חברי התא המשפחתי הם חלק מקהילה אדירה, אינסופית, של המסורת אשר ייעודה להנחיל את הברית מדור לדור, ממאה אחת של שנים למאה שאחריה, מאלף לאלף. כל בית אב בקהילה זו מסור לאותו אידיאל – לקיחת חלק במצעד הדורות לקראת היום האחרון שבו ייגאל כל היצור וייכון קשר בל יינתק לעולם בין אדם לאלהים.⁴⁷ התורה הגדירה את הנישואין מחדש; מחוזה אנושי הניתן להפרה בכל רגע נתון, הפכה התורה את הנישואין למסגרת מקודשת ומוחלטת בצוותה להקדים לנישואין חיבור קיומי והקדש של האיש באישה. על פי התורה, הזוגיות מכילה שותף שלישי, הקב"ה – 'שכינה ביניהם', וקשר הנישואין מקבל תוקף אלהי. הקידושין הם פעולה משפטית פורמלית ומחייבת היוצרת את הגדרת האישה

הגוף? קדושת דמים פקעה בכדי, קדושת הגוף לא פקעה בכדי".

41. שו"ת אבני נזר אה"ע סי' תל: "דבארוסה אין להבעל בה עכשיו קנין גמור. וראיה, דבנשואה אינה יכולה לאסור התשמיש על בעלה וארוסה יכולה, רק דארוסה הוי קנין לענין זה אוסר אותה על העולם והוא יכול לקנות אותה; אבל כוח יש לה דאינה אכתי של בעלה".

42. איסור ארוסה לבעלה בבית אביה הוא רק מדרבנן – עי' רמב"ם הל' אישות פ"י ה"א.

43. ר"ן נדרים ל, א ד"ה ואישה נמי: "אלא מכיוון שהיא מסכמת לקדושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו".

44. עי' תוס' הרא"ש קידושין ב, ב ד"ה דאסר לה, בשם הרמ"ה; וכן ביד רמ"ה קידושין שם, מהדורת מכון אופק: "דהכי קאמר, הרי את מקודשת לי ליאסר לכו"ע, מה הקדש מותר לראוי לו ואסור לאחרים, כגון קדשי קדשים שמותרים לזכרי כהונה טהורה ואסורים לאחרים, אף אישה זו הותרה לבעלה ונאסרה לאחרים בקידושין אלה".

45. רש"י במדבר ה, יב: "איש איש – ללמדך שמועלת בשתיים, באיש מלחמה שלמעלה ואישה מלמטה".

46. כוזרי ג, מט: "אמר החבר, הטומאה והקדושה שני עניינים זה כנגד זה, לא ימצא האחד אלא בהימצא השני, ומקום שאין קדושה אין טומאה, כי ענין הטומאה איננו כי אם דבר שאסר על בעליו לנגוע בדבר מדברי הקדושה ממה שהוא מקודש לאלהים". ועי' שו"ת אבני נזר אה"ע סי' צג וסי' רמ.

47. הר"ד סולוביצ'יק, איש וביתו, עמ' 45.

כאשת איש, אף שעדיין אינה בבית בעלה ולא נבעלה לו. מעשה הקידושין גורם לכך ששוב אין פוקעים הנישואין כאשר בני הזוג נפרדים, אלא רק כאשר נעשה מעשה הגירושין, שגם הוא יוצר מבחינה משפטית את היתר האישה וקניינה את עצמה. דהיינו; התורה יצרה בקידושין חיוב ומסגרת המקדשים את המשפחה, מגדירים את מהותה מחדש, ומבטיחים את קיומה לאורך ימים ושנים.

מעשה הקידושין נקרא בפי חכמים (קידושין ב, ב) קניין. האישה היא הבעלים על קידושה ואינה מתקדשת אלא לרצונה, אבל מזמן שהתקדשה אגודה היא לבעלה. שוב אין היא בעלים על האישות שלה עד שתקנה את עצמה בגט או במיתת הבעל.⁴⁸ יצירת הקידושין תלויה בהסכמתם המוחלטת של האיש והאישה, אבל לאחר שנוצרו הקידושין ברצון שניהם – ביטול הרצון אינו מבטל את הקידושין. עניין הקניין בקידושין וגדרו הוא קניין אהבה וחמדה מיוחדת. **תואר הנאמר על הדבר שיתייחד ויתאחד**, ויהיה נאהב לקונה אותו.⁴⁹ בקידושין אין האיש קונה מאומה באישה, אלא יוצר חיבור שלה אליו על ידי נתינתו אליה ואמירתו: "הרי את מקודשת לי". הגדרת המקודשת כ"קניין כספר" של המקדש אין עניינה ממון, אלא חיבור שנעשה על ידי כסף.⁵⁰

2. הנישואין בישראל

אמרה תורה (דברים כד, א): "כי יקח איש אישה ובעלה", ולמדנו במכילתא דר' ישמעאל (משפטים – מסכתא דנזיקין פר' ג):⁵¹

"ועונתה" – זו דרך ארץ... דברי ר' יאשיה. ר' יהונתן אומר: **דרך ארץ** מנין? אמרת ק"ו, ומה דברים שלא נישאת עליהם מתחילה, אינו רשאי למנוע הימנה; **דברים שנישאת עליהם מתחילה**, דין הוא שלא יהא רשאי למנוע הימנה!

יחסי האישות בין האיש לאשתו הם עיקר הנישואין. מהות הנישואין בישראל היא ההסכמה ההדדית לקבל את החיוב לחיות חיי אישות, האיש עם אשתו

48. ר"ן לרי"ף, ריש קידושין, א, א, ד"ה האישה נקנית.

49. עפ"י פרקי משה אבות פ"ו מ"י.

50. עי' קובץ הערות סי' מז אות ז: "וצ"ל דבקנין כספו נכללו שני דינים. א) עבדו, שהוא קנוי לו כשורו וחמורו, וזהו נקרא קנין כספו, שיש לו בו קנין כסף. ב) אשת כהן, שאין לו בה קנייני ממון כלל מדאורייתא, התם על כרחך צריך לפרש קניין כספו, שקנאה בכסף".

51. וכן הובא בתוספות (כתובות מח, א ד"ה רבי אליעזר): **"דרך ארץ** מנין? אמרת קל וחומר, ומה דברים שלא נישאת עליהם לכתחילה אינו רשאי למנוע ממנה, **דברים שנישאת עליהם לכתחילה**, אינו דין שאינו רשאי למנוע ממנה".

כדרך כל הארץ. בהחלטה להינשא מתחייבים האיש והאישה לחיי אישות לאורך ימים ושנים. זהו חיוב שאינם יכולים לחזור ממנו, אלא אם כן נאנסו ואינם יכולים לעמוד בו.⁵² האיש המתנער מחיובו נקרא 'מורד' והאישה המתנערת מחיובה נקראת 'מורדת'.⁵³ חיי האישות הם הביטוי הפיזי לקשר הנפשי העמוק בין שניהם, לאהבה ההדדית והרצון לנתינה אין קץ הממלאים את ליבם, ולהיותם שותפים בבניין בית ישראל. כלומר, בעצם הנישואין מונח החיוב לחיי אישות.

מהו הגדר של **חיוב-מכללא** זה לחיות חיי אישות בנישואין?
מדוע אין האישה יכולה לחזור בה מהתחייבותה?
מדוע האוטונומיה האישית, הבאה לידי ביטוי בדין התורה, המאפשר לפועל לחזור בו מהסכמתו לעבוד אפילו במהלך העבודה,⁵⁴ אינה קיימת בנישואין?
עיון במחלוקת הראשונים בהגדרת המחויבות לאישות בנישואין כקניין או כשעבוד יוביל אותנו להבנת העניין.

3. החיוב לאישות מדין קניין ומצוות עונה

חיי האישות בישראל הוגדרו על ידי התורה. בנישואין קונה האיש את האישה לעניין האישות שלה.⁵⁵ קניין זה מתבטא בכך שעקרונית הוא יכול לבוא עליה

52. **הערת העורך** (ע"א): יש להעיר שאם הבעל אנוס ואינו יכול לקיים את מצוות עונה לאורך זמן, זוהי עילה לגירושין. וכך נפסק בשו"ע אה"ע עו יא: "ואם חלה או תשש כוחו ואינו יכול לבעול – ימתין שישה חדשים עד שיבירא, שאין לך עונה גדולה מזו; ואחר כך או יטול ממנה רשות או יוציא ויתן כתובה". לעומת זאת, אם האישה אינה יכולה לקיים את החובה המוטלת עליה, אין לראות בכך עילה לגירושין. עי' שו"ע אה"ע קיז א: "אבל אם אירע לה חולי זה (=להיות רואה מחמת תשמיש) אחר שנשאת – נסתחפה... (כלומר: נפסדה ונאבדה למזלך) שדהו...".

53. כתובות סג, א.

54. שו"ע חו"מ שלג ג: "התחיל הפועל במלאכה, וחזר בו בחצי היום, חזר, ואפילו קבל כבר דמי שכירותו ואין בידו לשלם לבעל הבית, יכול לחזור בו והמעות חוב עליו, שנאמר: כי לי בני ישראל עבדים (ויקרא כה, נה), ולא עבדים לעבדים".

55. ר"ן נדרים כ, ב, ד"ה התורה התירתי: "דכתיב, **כי יקח איש אישה – שהיא לקוחה לו לעשות בה כל חפצו**. וכתב הרמב"ם ז"ל בפרק כ"א מהא"ב (ה"ט) ובלבד שלא יוציא שו"ל".

וכתב המחנ"א, הל' נדרים ס' כא, בדעת הרמב"ם: "אבל מדברי הר"מ ז"ל בפ"ב מהלכות נדרים נראה דמדינא לא חייל האיסור על בעלה, שכן כתב, 'האישה שאמרה לבעלה הנאת תשמישי אסורה עליך – א"צ להפר, הא למה זה דומה? לאוסר פירות חברו על חברו בעל הפירות'. ואח"כ כתב, 'אמרה יקדשו ידי לעושיהן או שנדרה שלא יהנה ממעשה ידיה – אינו נאסר במעשה ידיה מפני שיהיה משועבדין לו שאע"פ שאמרו ההקדש מפקיע מידי שיעבוד חכמים עשו חיזוק לשיעבוד הבעל מפני שהוא מדבריהם', עכ"ל. משמע מדבריו אלו דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד זולת במדי דבריהם מפני שצריכים חיזוק. והא דכתב **ברישא באסרה תשמישה על בעלה דאין צריך להפר, ואף על פי דלא הוי מדבריהם, ה"ט כמ"ש דדמי לאוסר פירות חברו וכו' דגופה קנוי לו; לכך ולא**

בכל עת שירצה,⁵⁶ ובכל אופן שירצה.⁵⁷ כפי שכתב הנצי"ב:⁵⁸ "אישה שהיא קנויה לו היא מחויבת להזקק בכל עת שירצה". הקניין יוצר חיוב של האישה לבעלה לאישות, חיוב הנכפה בבית דין על ידי קנס ממוני.⁵⁹ הקניין מתבטא גם בכך, שאין האישה יכולה להדיר את בעלה מלשמש איתה; למדנו בגמרא (נדרים טו, ב), שאם אמרה: "קונם הנאת תשמישי עליך" – כופין אותה ומשמשתה". בהסבר הדברים כתב הרמב"ם (הל' נדרים פ"ב ה"ט): האישה שאמרה לבעלה הנאת תשמישי אסורה עליך – אינו צריך להפר. הא למה זה דומה לאוסר? פירות חברו על בעל הפירות. דהיינו, בנישואין הקנתה האישה את האישות שלה לבעלה, ומכאן נובע שאינה יכולה לאסור עצמה עליו.⁶⁰ לשיטת הרמב"ם, הנדר שלה אינו חל כלל ועיקר

דמי למעשה ידיה דאין ידיה קנויות לו, וכמ"ש התוס' בר"פ הזורק. ונמצא לפי דעת הרמב"ם ז"ל, דאסרה הנאת תשמיש על בעלה, מדינא לא חייל האיסור. וא"ש לפי זה מ"ש אין צריך להפר; דאילו לדעת שאר המפרשים, דס"ל דמדינא חייל אלא דאלמוה רבנן וכו' – קשה עדיין, דליפר לה שמה יגרשנה ואסורה לחזור לו". שו"ת משיב דבר ח"ד סי' לה.

56. כדברי הרמב"ם (הל' אישות פ"י ה"ב): "בועל בכל עת שירצה ומנשק בכל אבר ואבר שירצה".
57. שם, הל' איסורי ביאה פכ"א ה"ט. הגדרה זו היא ההגדרה הקניינית של האישות, אולם השו"ע, בהל' צניעות, אר"ח סי' רמ, סע' ד, פסק: "אסור להסתכל באותו מקום, שכל המסתכל שם אין לו בושות פנים, ועובר על: 'והצנע לכת', ומעביר הבושה מעל פניו, שכל המתבייש אינו חוטא, דכתיב: 'ובעבור תהיה יראתו על פניכם' זו הבושה, 'לבלתי תחטאו' ועוד דקא מגרה יצר הרע בנפשיה, וכל שכן הנושק שם, שעובר על כל אלה ועוד, שעובר על: 'בל תשקצו את נפשותיכם'".
58. שו"ת משיב דבר שם: "אשר ביקש לבוא שנית בענין קנין אישה לבעלה מה היא, ולמה ולא יזהר תכלית נקנית. וזה דברי במכתב הקודם... דמה"ת הן אין לאיש על אשתו שום קנין כי אם לאישות בלבד, אבל זולת אישות אין לבעל שום קנין; ולכן אם נדרה ואמרה הנאת תשמישי עליך א"צ להפר וכופה ומשמשו משום שלזה היא קנויה לבעלה... ומה שכתוב בתורה כי הוא קנין כספו, וכן מה שנמצא דאשתו של אדם הוי כעבדו ושפחתו – הכוונה, כמו עבדו ושפחתו הכוונה למעשה ידיהם, כך אשתו לאישות ולא זולת. וההוכחה הפשוטה לזה ממה שפשוט לחז"ל דעפ"י התורה אין מעשה ידי אישה לבעלה, ומאין למדו זאת? וכי מבואר בתורה שכן הוא?! והלא כתיב בה 'קנין כספו' כמו בעבד ושפחה, ומנלן שאין מעשה ידיה לבעלה? ולהיפך, מנלן דמשועבדת אשתו לבעלה ואינה יכולה לאסור עצמה על בעלה? הא אצלה אין כתיב אזהרה שלא תמנע ממנו הנאת תשמישה, ומנלן שהיא מחויבת להזקק לו? ודלמא קנין כספו הוא לשארי דברים כמו שפחתו! אלא הוא דבר ברור ומושכל ראשון, דמשמעות 'כי יקח איש אישה' הוא למה דמסיים הכתוב 'ובעלה' או 'ובא אליה' ולא יותר, מזה למדנו דלזה הפרט היא קנויה לו כמו שפחה לעבודה ולא יותר... וקנין אישה לאיש בעניני אישות הוא מועיל, לא מבעיא לדעת הרמב"ם שאסור לבעול קנויה; אפילו לדעת החולקים אינו אלא רשות, אבל אינה מחויבת להיזקק לו, ואם הוא מאנסה ח"ו חייב לשלם בושות ופגם, והרי הוא כגזולן ו'כאשר יקום איש על רעהו והיכה', משא"כ אישה שהיא קנויה לו היא מחויבת להיזקק בכל עת שירצה ואם אינה מזדקקת לו ברצון יכול לכופה כמו שהאדון כופה שפחתו לעשות מלאכתו...".

59. רמב"ם הל' אישות פ"ד ה"ט-ה".
60. בשטמ"ק, נדרים טו, ב, גם הסביר כשיטת הרמב"ם: "האומרת לבעלה תשמישי יאסר עליך כופין אותה ומשמשו דלא מצי פקע שעבודה שהיא קנויה לו לתשמישו כדכתיב 'כי יקח איש אישה'".

מן התורה ולכן אין הבעל צריך להפר אותו מכיוון שגם אם יגרשנה לא יחול הנדר, ואם ירצה יוכל להחזירה.⁶¹

חיוב האיש לחיי האישות נובע ממצוות "ועונתה לא יגרע" (שמות כא, י), שנצטווה האיש שלא למנוע מאשתו חיי אישות כדרך כל הארץ. הבעל מחויב לחיות חיי אישות עם אשתו כדרך כל הארץ בהתאם לתנאי חייו, מקצועו וכוחו.⁶² המצווה יוצרת שעבוד⁶³ על הבעל, ואסור לו לבטל עונה שלא בהסכמתה של אשתו.⁶⁴ גם הוא אינו יכול לידור ולהישבע שלא ישמש עימה מכיוון שמוטל עליו חיוב העונה, ולכן שבועתו שבועת שווא ונדרו אינו חל.⁶⁵ מצד אחד אמרה התורה שהבעל קנה את האישות של אשתו וממילא היא שלו לאישות ומחויבת לו, ומצד שני שעבדה התורה במצווה את הבעל לאשתו וחייבה אותו לחיי אישות איתה.

זכות הבעל לאישות וקניינו לחיי אישות עם אשתו הוכונו על ידי חז"ל לדרך הקדושה והמידות המתוקנות; על פי גדר הקניין שבאישות היה הדין אומר שרשאי אדם לכופ אשתו לתשמיש,⁶⁶ אך למרות המוחלטות הקניינית, באו חכמים ואסרו על האדם לבוא על אשתו בכוח,⁶⁷ וכן אסרו עליו להטיל עליה אימה ולבוא עליה "על כורחה והיא יראה ממנו".⁶⁸ איסור זה שקבעו חכמים הוא מדרכי הקדושה והמידות המתוקנות ואינו נובע מהגדרת הקניין שבנישואין. ההלכה ביחס לתנאים לקיום יחסי האישות אינה בנויה רק על ההגדרות הקנייניות המוחלטות של האישות שבנישואין, אלא גם על דרך היוסר והקדושה, דהיינו ההליכה בדרכי ה'.

4. החיוב לאישות מדין שעבוד הדדי

הרשב"א (נדרים טו, ב ד"ה ואמר) ביאר את דברי הגמרא בדרך שונה. לדבריו,

61. באומרת "יקדשו ידי לעושיהן" הנדר חל מדאורייתא, דהקדש מפקיע מידי שעבוד, אלא דאלמוהו רבנן לשיעבודיה דבעל בזמן הנישואין, ומ"מ אם יגרשה יקום הנדר ולכן אמרו חכמים שיפר לה. המחנ"א, הל' נדרים סי' כא, ביאר כך את שיטת הרמב"ם, וכתב שכן נראה מדברי הב"י ביו"ד סי' רלד.

62. רמב"ם הל' אישות פי"ד ה"א.

63. נדרים טו, ב.

64. רמב"ם הל' איסורי ביאה פכ"א ה"א.

65. שם הל' אישות פי"ד ה"ו.

66. גם את האיש ניתן היה לכופ לקיים מצוות עונה.

67. שם פט"ו ה"ז.

68. שם הל' איסורי ביאה פכ"א ה"ב.

בקידושין גוף האישה אינו נקנה לבעלה קניין ממוני⁶⁹ אלא 'קניין איסור'⁷⁰ בלבד, האוסרה על כל העולם ומצריכה גט בגירושין. לאחר מכן, בנישואין, משתעבדים האיש והאישה זה לזה לתשמיש – **"שע"י כך עמדו ונישאו"**. ביאורם של דברים:

שעבוד זה ליחסי אישות... נובע מהשתעבדות הדדית בין בני הזוג ליחסי אישות... **עצם החיוב של האישה נובע כתנאי-מכללא מן הנישואין... האישה חייבת להסכים, ובמובן זה היא "משועבדת" להסכים**, ואי קיום החיוב ע"י האישה גורר סנקציות, אמנם לא ע"י כפייה פיזית, אבל ע"י נקיטת צעדים משפטיים שקבעו חכמים לאישה המורדת בבעלה. היא עלולה להפסיד את כתובתה ואת שאר זכויותיה, ועלולה להתחייב בקבלת גט.⁷¹

שעבוד זה הוא שאינו מאפשר לאישה לאסור את בעלה מתשמיש. לשיטתו, יש לדון אם נדר האישה, 'הנאת תשמישי אסורה עליך', אינו חל מדאורייתא, או שמדאורייתא חל הנדר אלא שחכמים חיזקו את שעבודו של הבעל ולכן הנדר לא חל כל זמן שהיא עדיין משועבדת לבעלה, אבל יחול לאחר הגירושין. הפרישה (י"ד סי' רלד ס"ק קי) והש"ך (שם, ס"ק פב) סוברים שאכן הנדר יחול לאחר גירושין, והט"ז (ס"ק סג) חולק עליהם וסובר שאין הנדר חל כלל. לדעתו: "במה שגופה משתעבד לבעל לתשמיש... לא מהני לשון הקדש או קונם להפקיע חוב שלו עליה". שעבוד האישה לבעלה לתשמיש, הוא **'שעבוד הגוף'** ואינו דומה לשעבוד גוביינא בעלמא. שעבוד לגוביינא יכולים ההקדש והקונם להפקיע, אך מול שעבוד הגוף אין הם חלים כלל. שעבוד הגוף עניינו **שמחייב את עצמו למלא את חובתו**, דהיינו במקרה דנן קיבלו על עצמם את החיוב לחיות חיי אישות יחדיו.

לשיטה זו של הרשב"א, החיוב לאישות נובע מ'**שעבוד הגוף' לחיות חיי אישות, שקיבלו האיש והאישה על עצמם בנישואיהם**. הם מתחייבים לחיות חיי אישות כדרך כל הארץ ולכן אין להסיק 'חיוב מכללא' המאפשר לבעל לבוא על אשתו בכפייה.

69. עי' חידושי הרשב"א קידושין ו, ב ד"ה אילימא, חידושי הרמב"ן קידושין טז, א ד"ה זאת.

70. עי' חידושי הרשב"א קידושין טז, א ד"ה אמר.

71. פרופ' נחום רקובר, 'יחסי אישות בכפייה בין בעל לאשתו', שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"ס), עמ' 295-317.

ה. הנישואין - בין ישראל לעמים

כפי שראינו, הבדילה התורה באופן משמעותי בין נישואי גויים לבין הנישואין בישראל. גם אצל הגויים קיים קשר אישות במשפחה היוצר התחייבות בין האיש והאישה ואוסר את האישה על שאר העולם, אך אין קידושין וגירושין, ולא הוטל עליהם חיוב להתמיד בחיי הנישואין. הנישואין מתחילים מרגע שהאיש והאישה חיים בפועל ביחד כמשפחה, ונפסקים כאשר אחד מהם מחליט לפרק את המשפחה וללכת לדרכו. התורה השאירה אותם אוטונומיים גם בנישואין, שלא כמו בישראל.

1. קניין הגוף מול ייחוד לאישות

האחרונים הגדירו את ההבדל בין הקידושין בישראל לבין האישות בגויים. בישראל חידשה התורה 'קניין הגוף' של האיש באשתו, ואילו בגויים אין קניין הגוף אלא ייחוד לנישואין, היוצר 'קניין למעשה ידיים' – שהוא חיוב מעשי בעניין האישות. דהיינו, עצם ההסכמה להינשא כוללת 'חיוב מכללא' לחיות חיי אישות – חיוב היוצר 'שעבוד הגוף' על האיש והאישה לקיימו. לכן בישראל אין גירושין אלא בגט, ואילו אצל הגויים די באמירה השוללת את הנישואין וביציאה מביתו. גם אצל הגויים קיימת התחייבות מכללא לחיי אישות בנישואין, אך מכיוון שאין בנישואיהם קניין הגוף, ניתן לצאת מהם בחופשיות.⁷²

72. **חמדת ישראל**, נר מצווה, קונטרס בשבע מצוות בני נח, אות י': "אך האמת היא דזה תליה (תלוי) בקניין בין נוח באשתו: אם הוא קנין הגוף כמו שיש לישראל באשתו, או רק קנין פירות, כמו שקונה אדם למעשה ידיו. דאי נימא דהיא קנין הגוף וזה לא פקע בכדי, וצריך קרא להתיר, ולפי"ז בב"נ דליכא קרא להתיר, ממילא לא מהני הגירושין. משא"כ אי נימא דאין לו קנין הגוף באשתו, מסברא דיכולין להתפרד זה מזה. ונראה שזה כוונת הרמב"ם ז"ל, כיון דחזינן דמהני גירושין, על כרחך דאין לו אישות רק קניין למעשה ידיו".

זכר יצחק, סי' יח: "דיסוד הדין בקידושין הוא שהתורה חידשה **שיקנה אותה** תחילה בעדים ולא בייחוד כמו שהיה קודם מתן תורה... שאם ירצה לגרשה בעי גט ובייחוד סגי באמירה, והבא עליה חייב מיתה וע"י ייחוד לא היה בישראל חיוב מיתה; והיינו דהתורה רצתה שיהא קנין חזק שיהיה בו חיוב מיתה". ושם, סי' סד: "דדיני בני נח בקידושין מחולקים מדיני ישראל... דשם היה בגדר ייחוד דלזה יכולים לחזור בהם דמגרשים זה את זה, ואצלנו הוא קנין".

משנת משה סי' כה: "פלוגתא מפורשת באישות דב"נ. שיטת **רש"י** דלא הוי גדר קנין כקידושין... אבל **הר"ן** ס"ל דגם בב"נ הוי קנין כקידושין בישראל... ושיטת **הרמב"ם**... דע"י ייחוד לאישות נעשית אשת איש והוי כגדר חופה דישראל, דיש להם לעכו"ם נישואין בלי אירוסין... והא דאמרו בגמ' בבני נח, 'בעולת בעל יש להם נכנסה לחופה אין להם' – היינו דבישראל הוי נישואין בייחוד לשם ביאה גם בלי ביאה, ובעכו"ם הנישואין רק ע"י ביאה, שע"י ביאה לשם אישות הוי הייחוד לשם אישות ונעשית אשתו".

אף על פי שאין קניין הגוף באישות הגויים וניתן לצאת מהנישואין שלהם בחופשיות, האישות שלהם יוצרת התחייבות בין האיש והאישה ואיסור אשת איש כלפי העולם.

ההבדל המהותי בין ישראל לעמים מבואר בדברי ר' מאיר דן רפאל פלאצקי, בספרו 'כלי חמדה' (פר' וארא, ב), בבואו ליישב את הסתירה בין דעת הרמב"ם המובאת לעיל, שלפיה אין להם צורך בגירושין, לבין המובא בירושלמי,⁷³ שאינם יכולים להתגרש כלל:

לכן נראה לענ"ד, דיש נפקא מינה בזה בין קודם מתן תורה לאחר מתן תורה. ונאמר כיון דכתיב בקרא: **"ודבק באשתו והיו לבשר אחד"** – נראה דהוי חיבור גמור, ואינו נפרד לא ע"י מיתה ולא ע"י גירושין. אמנם, זה דווקא קודם מתן תורה, שהיה בן נח מצווה בפרו ורבו והיה עליו החיוב להדבק באשתו והיה חיבורן חיבור. אמנם לאחר מתן תורה, שניטל מהם מצות פרו ורבו, וניתנה רק לישראל ואין להם מצוה באישות כלל (עיי' סנהדרין נט) שוב הוי רק כקניין בעלמא, לכן מי שירצה, יכול לבטל הקניין. משא"כ קודם מתן תורה, שהיו מצווין על פרו ורבו והיה נשיאתם מצוה להעמיד דורות, הוי חיבור גמור ולא יתפרד, כיון דהתורה הקדושה לא גילתה שום מתיר, ורק בישראל לאחר מתן תורה עשאה התורה הקדושה מזה הקדש, וגילתה דמהני מיתת הבעל וגירושין, שתהיה מותרת להינשא לאחר אע"ג שהוא חיבור גמור.

לפי דבריו, שאלת הגירושין תלויה במהות הנישואין; אם יש לנישואין תכלית וייעוד של מצוות פריה ורביה – אזי הם חיבור קיומי בין האיש לאישה שנעשים 'לבשר אחד', חיבור שאי אפשר להפרידו אלא אם כן גילתה זאת התורה בפירוש. קודם מתן תורה היו כל בני נח מצווים במצוות פרו ורבו, החיבור בין האיש לאישה היה קיומי ולא היו להם גירושין. במתן תורה ניטלה המצווה

73. ירושלמי קידושין פ"א ה"א (לפי גרסת קרבן העדה ושינויי נוסחאות): "הרי למדנו גוים אין להן קידושין. מהו שיהא להם גירושין? ר' יודה בן פזי ור' חנין בשם ר' חונה רובה דציפורין, או שאין להן גירושין או ששניהן מגרשין זה את זה. ר' יוחנן דצפרין ר' אחא ר' חנינא בשם ר' שמואל בר נחמן, (מלאכי ב, טז) 'כי שגא שלח' וגו', עד 'אמר ה' אלהי ישראל' – בישראל נתתי גירושין, לא נתתי גירושין באומות העולם. ר' חנניה בשם ר' פינחס, כל הפרשה כתיב 'ה' צבאות' וכאן כתיב 'אלהי ישראל' ללמדך שלא ייחד הקב"ה שמו בגירושין אלא בישראל בלבד. מילתיה דר' חייה רבה אמרה, גויים אין להן גירושין, דתני ר' חייה, בן גוי שגירש את אשתו והלכה ונישאת לאחר וגירשה ואחר כך נתגירר שניהן – אין אני קורא עליה 'לא יוכל בעלה הראשון אשר שילחה לשוב לקחתה', ותני כן, מעשה בא לפני רבי והכשיר".

מהגויים וניתנה לישראל, ומעתה אין הנישואין אצל הגויים מצווה, אלא קבלת חיוב לחיי אישות, היכולה להסתיים ברצון אחד הצדדים, ואילו ישראל המצווים בפריה ורביה – נישואיהם נחשבים כ'הקדש', ואין חיבור האישות ביניהם נפרד אלא באופן שקבעה התורה. עוד הוסיף וכתב ה'כלי חמדה' (שם):

ועיין ביבמות (סג ע"א): "אמר ר' אלעזר, כל יהודי⁷⁴ שאין לו אישה אינו אדם, שנאמר, זכר ונקבה בראם ויקרא שמם אדם". נראה דשם 'אדם' הוא רק בהצטרפות איש ואישה, ומה שמדייק ר' אלעזר: "כל יהודי" – לכאורה צ"ע כוונתו? ונראה דהכוונה, דדווקא בישראל, דליכא מתיר אלא מיתה וגירושין דווקא, והיא אינה יכולה לגרש את בעלה – לכן משלים זה שנושא זו אישה לשם 'אדם'. משא"כ בני נח, כיון דמגרשין זא"ז, ומתי שתרצה יכולה להיפרד ממנו, גם לאחר הנישואין אינו בכלל 'אדם'. ונראה שזה כוונת חז"ל מה שדרשו: "אדם אתם – אתם קרויין אדם". דהכוונה כנ"ל, כיון דשם 'אדם' הוא רק ע"י הצטרפות איש ואישה, וזה שייך רק בישראל, משא"כ בבני נח...

דהיינו, אין הנבראים נקראים 'אדם' אלא בחיבור איש ואישה באופן קיומי. התקדשות האישה לאיש והסכמתה להתייחד לו לשם מצווה מחזירה אותה להיות חלק מישותו 'עצם מעצמיו' באחדות מלאה, והיא הנותנת להם שם 'אדם'. אצל הגויים החיבור שבנישואין אינו קיומי, והוא יכול להתבטל בחופשיות בכל זמן על ידי כל אחד מהם, ולכן אינם קרואים 'אדם'.

2. מהות הנישואין בישראל

כפי שראינו, יסודות המשפחה בישראל הם הקידושין והנישואין. ההתייחדות וההתאחדות שבקידושין הן תוצאה של המציאות הקיומית שהתורה מלמדת אותנו. הקשר בין איש לאישה הוא קשר נשמתי הקיים מעת יצירתם.⁷⁵ כל אחד

74. ראוי לציין כי הגרסה המופיעה בש"ס לפנינו היא: "כל אדם", וכן הוא בדקדוקי סופרים השלם על יבמות, ובהערות שם כתב שכך הגרסה בכל כתבי היד ובדפוסים ישנים. והוסיף: "שוב מצאנו גירסא זו [=כל יהודי] בדפוס אמ"ד תקט"ז ודפוס ווין תרכ"ב". ועי' ערוך לנר יבמות שם, ד"ה בגמ' כל אדם, דמשמע שגרס כ'כלי חמדה': "כל יהודי".

75. סוטה ב, א: "אמר רב יהודה אמר רב: ארבעים יום קודם יצירת הוולד, בת קול יוצאת ואומרת: בת פלוני לפלוני".

מהם הוא 'חצי גוף' וביחד הם אחד.⁷⁶ האיש מחזר אחר אבדתו, אחר חלקו החסר,⁷⁷ ובייחודם הם נעשים ברייה חדשה ושלמה.⁷⁸ הברייה החדשה הזו קיימת ונצחית. החיבור בין האיש לאישה פרה ורבה. יחדיו הם יולידו דורות ויהיו שותפים בנצח ישראל, בבניין עם ישראל ובהופעת אוכלוסיו.

המשפחה היהודית היא מקום השראת השכינה, והיא חלק מבניין הקדושה הישראלית הנצחית. מטרתם של בני הזוג היא הקמת בית והולדת ילדים. אף על פי שהקידושין והנישואין תלויים ברצון האיש והאישה, הם אינם 'חוזה כבקשתך', אלא מציאות שהתורה הגדירה. איסור הניאוף נובע מעצמותם, והמגרש את אשתו, מזבח מוריד עליו דמעות.⁷⁹ בהסכמת האישה להתקדש לאיש היא אוגדת עצמה אליו בצורה קבועה ומוחלטת לבניין בית מקודש שבו תשרה השכינה.

בכוחם של האיש והאישה בישראל ליצור לעצמם חיוב בעל תוקף אלהי אשר אינו מופר מעצמו. אלהים שם את חותמו על המעשה האנושי. 'צלם אלהים' משמעותו תשתית אנושית להשראה אלהית בעולם. צלם אלהים בנוי מזכר ונקבה, הזכר מבטא את הצד של הקשר הראשוני לאלהי והאישה את הצד למימושו בעולם. מבחינת האישה חוסר מימוש שווה למוות – "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי" (בראשית ל, א). ההגדרה המחודשת לזוגיות על פי התורה היא קידוש הצד האנושי על ידי הצד האלהי. האיש מחדש את הקדושה מהשמיים לארץ והאישה על ידי הסכמתה מקבלת על עצמה להיות אחראית על הגשמת הקדושה האלהית בארץ.

ראשיתה של התפיסה התורנית היא בכך שהאדם חלקי ונזקק להשלמה, וסופה – ביכולתו ליצור מציאות אלהית חדשה; ראשיתה בקטנותו וסופה בגדלותו. הכניסה לחיוב מגדירה מחדש את הנישואין, אבל יותר מכך מגדירה

76. זוהר ויקרא ז, ב: "דאמר רבי שמעון זווגא דדכר ונוקבא אקרי אחד, באתר דנוקבא שריא, אחד אקרי, מאי טעמא? בגין דדכר בלא נוקבא פלג גופא אקרי, ופלג לאו הוא חד, וכד מתחברן כחדא תרי פלגי אתעבידו חד גופא וכדין אקרי אחד".

וכן בדברי זוהר שנוהגים לומר בלילה שלפני ברית המילה (לך לך צא, ב): "בההיא שעתא דאפיק קוב"ה נשמתין לעלמא, כל אינון רוחין ונשמתין כלהו כלילן דכר ונוקבא דמתחברן כחדא ואתמסרן בידא דההוא ממנא שליחא דאתפקד על עדואיהון דבני נשא, ולילה שמיא, ובשעתא דנחתין ואתמסרן בידוי, מתפרשין, ולזמנין דא אקדים מן דא ואחית להו בבני נשא, וכד מטא עידן דזווגא דלהון, קוב"ה ידיע אינון רוחין ונשמתין מחבר לון כדבקדמיתא ומכרזא עליהו. וכד אתחברן אתעבידו חד גופא חד נשמתא ימינא ושמאלא כדקא חזי..."

77. קידושין ב, ב.

78. עפ"י מהר"ל, גור אריה בראשית לו, ג, ד"ה ג' הקב"ה מוחל להן.

79. עי' גיטין צ, ב; סנהדרין כב, א.

מחדש את האדם בישראל; הוא יכול ליצור מציאות אלהית, אבל יותר מכך, הוא כביכול יוצר את עצמו מחדש. הברית המחייבת מגדירה אותו מחדש כאדם שלם. האישה מתכללת בבעלה ויחד הם חוזרים להיות צלם אלהים. רק בנישואין מגשים האדם את הפסוק: "זכר ונקבה בראם ויברך אותם ויקרא את שמם אדם" (בראשית ה, ב). התורה נתנה לאדם כוח להחזיר את עצמו למצב בריאותו מחדש.

התא המשפחתי הטבעי קיבל על ידי תורת ישראל ממד של קדושה המחבר שמיים וארץ. בקודש הקודשים של בית המקדש, מעל ארון העדות, נתונים הכרובים. פניהם איש אל אחיו, פני תינוק ופני תינוקת,⁸⁰ להראות חיבתם של ישראל לפני ה'.⁸¹ היחסים שבין הקב"ה לכנסת ישראל נמשלו במגילת שיר השירים ליחסי האהבה בין הדוד לרעיה, בין האיש לאשתו.⁸² זהו קודש הקודשים;⁸³ חיבור בין שמיים וארץ, המוליד גילויי חיים אלהיים במציאות העולמית.

80. סוכה ה, ב: "ומאי כרוב? אמר רבי אבהו: כרביא, שכן בבבל קורין לינוקא רביא". רבינו בחיי שמות כה, יח: "וע"ד הפשט, 'שנים כרובים' – זכר ונקבה היו, להודיע כמה ישראל חביבין לפני הקב"ה כחיבת זכר ונקבה" ועיי"ש.

זוהר ויקרא, פר' אחרי מות [דף נו, א]: "אמר רבי יוסי 'ועמים במישרים' (תהלים צח, ט), מהו 'במישרים'? כמה דאת אמר 'מישרים אהבוך' (שיר השירים א, ד), לאכללא תרין כרובין דכר ונוקבא מישרים ודאי, ועל דא 'ועמים במישרים'. וכתוב (במדבר ז, פט), 'וישמע את הקול מדבר אליו... מבין שני הכרובים וידבר אליו'. ר' יצחק אמר, מכאן אוליפנא דבכל אתר דלא אשתכח דכר ונוקבא לאו כדאי למחמי אפי שכינתא. הדא הוא דכתיב (תהלים קמ, יד), 'ישבו ישרים את פניך', ותנינן כתיב (דברים לב, ד) 'צדיק וישר הוא' דכר ונוקבא אוף הכא כרובים דכר ונוקבא. ועלייהו כתיב (תהלים צט, ד), 'אתה כוננת מישרים', 'ועמים במישרים'. ובגיני כך (שמות כה, כ) 'פניהם איש אל אחיו', והא אוקימנא".

81. יומא נד, א: "אמר רב קטינא: בשעה שהיו ישראל עולין לרגל מגללין להם את הפרוכת, ומראין להם את הכרובים שהיו מעורים זה בזה, ואומרים להן, ראו חבתכם לפני המקום כחבת זכר ונקבה".

82. רש"י שיר השירים א, א: "ואומר אני שראה שלמה ברוח הקודש שעתידין ישראל לגלות גולה אחר גולה, חורבן אחר חורבן, ולהתאונן בגלות זה על כבודם הראשון ולזכור חיבה ראשונה אשר היו סגולה לו מכל העמים, לאמר 'אלכה ואשובה אל אישי הראשון כי טוב לי אז מעתה', ויזכרו את חסדיו ואת מעלם אשר מעלו ואת הטובות אשר אמר לתת להם באחרית הימים. ויסד ספר הזה ברוח הקדש בלשון אישה צרורה אלמנות חיות משתוקקת על בעלה מתרפקת על דודה מזכרת אהבת נעורים אליו ומודה על פשעה. אף דודה צר לו בצרתה ומזכיר חסדי נעוריה ונוי יופיה וכשרון פעליה בהם נקשר עמה באהבה עזה, להודיעם כי לא מלבו עינה ולא שילוחיה שילוחין, **כי עוד היא אשתו והוא אישה והוא עתיד לשוב אליה**".

83. תנחומא תצווה א: "אמר ר' עקיבא לא כל העולם כולו ומלואו כדאי, כיום שניתן בו תורת שיר השירים לישראל, שכל הכתובים קודש, ושיר השירים קודש קדשים" (ובניסוח שונה במעט, משנה ידיים פ"ג מ"ה). ועי' בהקדמת הראי"ה קוק לשיר השירים, עולת ראי"ה ח"ב עמ' ג-ה.

מעתה, יכולים אנו להבין את החיוב ההדדי שיצרה התורה בנישואין בישראל, ואת השוני בין השתעבדות פועל הנשאר אוטונומי ויכול לחזור בו ולהיפרד ממעסיקו, לבין הקניין וההשתעבדות שבנישואין בישראל; כאשר ההשתעבדות היא לפעולה ארצית – בין אדם לחברו – יכול האדם להיפרד כשירצה ואינו "עבד לעבדים". אבל כאשר מדובר בשעבוד לדבר שבקדושה – להיות צלם אלהים, לקיים מצוות "פרו ורבו", בעבדות לה – אין יכולת להיפרד אלא בדרך שחידשה התורה; בגט או במיתת הבעל.⁸⁴

נראה להשלים את היסוד החשוב הזה בדבריו של ר' מאיר שמחה הכהן מדווינסק, בספרו 'משך חכמה' על התורה (בראשית ה, ב):

נראה כי ענין אדם הוא שלימו – דכר ונוקבא, וטעמו כמו שכתוב "ויקרא את שמם אדם" וזה דווקא בישראל ששניהן מכוונים להוציא תולדות לקיום האומה, ומצווין בפריה ורביה [והוא שכיוון ב"רזא דאדם", היינו ייחוד קוב"ה ושכינתיה...].⁸⁵ לא כן אומות העולם שאינן מצווין על פריה ורביה, כי ענין הולדה שלהם רק לקיום יישוב העולם ולמלאות רצון הטבע הדורש תפקידו כמו כל הברואים, והנקבה אינה מתייחסת אל הזכר כלל.

84. יסוד זה, לחלק בין עבד לעבדים לבין עבד לה', למדנו מהלכות אפוסטרופוס.

פסק השר"ע (ח"מ רצ, כג): "אפוסטרופוס, בין מינוהו אבי היתומים בין מינוהו בית דין, עד שלא החזיק בנכסי היתומים (ולא נתעסק עדיין בצרכיהם) יכול לחזור בו; משהחזיק בנכסי היתומים (או התחיל להתעסק בצרכיהם) אינו יכול לחזור בו".

ובקצות החושן (ס"ק ה) מבאר מדוע אם התחיל להתעסק אין יכול לחזור: "וצריך להבין, מאי שנא מפועל דיכול לחזור בחצי יום (ב"מ י, א) ... ונראה משום דטעמא דפועל חוזר היינו משום דכתב, 'כי לי בני ישראל עבדים' – ולא עבדים לעבדים, וכיון דאפוסטרופוס מצוה קא עביד, ה"ל עבד ה'. והרב המגיד ... [=כתב], 'ומכאן נראה ללמוד שאין ב"ד יכולין לכופ שום אדם להיות אפוסטרופוס על יתומים ואינו חייב לקבל האפוסטרופוסות בעל כורחו, ודבר ברור הוא שאין זה מצוה שהב"ד יכופו עליה, עכ"ל. הרי דס"ד שיכופו עליה בתחילה, אלא שאין זו מצוה שהב"ד יכופו עליה, אבל אם כבר התחיל בה כופין אותו שלא לחזור, דכיון דמצוה הוא לא שייך ביה 'עבדים לעבדים', וכמ"ש".

ועי' בהרחבה במה שכתב הרב יעקב אריאל, שו"ת באהלה של תורה, ח"א סי' קו, על חייל המתחייב לשירות קבע לזמן העולה על שלוש שנים; והחידוש המרכזי שבדבריו הוא שהתחייבות לשירות ממושך בצה"ל, שהיא חלק מדיני מלחמת מצווה, משמעותה היא להיות "עבד ה'", ועל כן אין בה משום "עבד לעבדים".

85. זוהר ויחי, דף ריא, ב: "מ"ט 'ויסב חזקיהו' פניו אל הקיר, ולבתר 'זיתפלל'? אלא רזא דמלה איהו דתנינן, חזקיהו בההוא זמנא לא הוה נסיב ולא הוה ליה אנתו ולא אוליד בנין... כיון דידע חזקיהו חוביה, מה כתיב? 'ויסב חזקיהו פניו אל הקיר' – שוי אנפוי לאתקנא לגבי שכינתא דהא לגבי אתר דא חב בגין דשכינתא כל נוקבי דעלמא קיימין בסתרהא מאן דאית ליה נוקבא שריא איהי לגביה ומאן דלית ליה לא שריא לגביה, ועל דא אתקן גרמיה לגבה לאתקנא ושוי עליה לאתנסב...".

לימד אותנו ר' עקיבא (סוטה יז, א): "איש ואישה, זכו – שכינה ביניהם". מוסיף ה'משך חכמה' ומלמדנו, שהאדם הנוצר מחיבור האיש והאישה הישראליים, מגמתו היא הופעת השכינה בבניין האומה הישראלית. אם הם מכוונים למגמה זו, הם מולידים נשמות קדושות, חלק א-לוה ממעל, ששורשן בכנסת ישראל, ומחברים שמיים וארץ. חיי האישות בישראל אינם שעבוד ארצי בין איש לאשתו, אלא הקדש של החיים לבניין בית ישראל, עבדות לה' לתיקון עולם. האיש והאישה הישראליים הנישאים נעשים אדם, מתחברים חיבור אמיתי למען השתתפותם בבניין הנצח הישראלי.

חלק שלישי: משפט התורה, משפט העמים והמשפט במדינת ישראל

ו. האתגר בימינו

כפי שראינו, הגדרת המשפחה בגויים על פי התורה יוצרת מסגרת של נישואין ו'חיוב-מכללא' לאישות, אך מאפשרת לאיש ולאישה לצאת בחופשיות ממסגרת זו. התורה הגדירה את הנישואין בגויים כחיוב הדדי, לצד אפשרות לטעון: "אי אפשי בחיוב", ובכך לפרק את הנישואין.

החיוב שהטילה התורה על הגויים בנישואין מתחיל מ'שעבוד הגוף' לאישות, מצו מוסרי המורה לאדם לעמוד בדיבורו ולקיים הבטחתו – כפי שכתב השופט משה זילברג בספרו "חוק ומוסר במשפט העברי":

ומה הוא **שעבוד הגוף האישי**, הערטיילאי, אם לא... **החובה הדתית-מוסרית** של קיום ההבטחה, "שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק"...
ה"**אובליגציון**" (=ההתחייבות) של **המשפט העברי** אינה נדלית ואינה מצטמצמת, כמו בשאר חוקי תבל, באפשרות הריאליזציה האזרחית של תביעת הנושה, אלא **סומכת, ולא במעט, על החובה הדתית, המוסרית של פירעון החוב ע"י החייב**.

לעומת זאת, בישראל רואה התורה בנישואין מערכת של קדושה; חיבור אמיתי היוצר אדם בצלם אלהים, שאינו מתפרק בצורה שרירותית, אלא בהיתר דיני מיוחד.

התפיסה הרואה בנישואין קדושה ומציאות המוגדרת על פי הקודש התפשטה מישראל לדתות אחרות; הנצרות הקתולית ניסתה לאמץ את מודל הקדושה של הנישואין, והגדירה את הנישואין כ'סקרמנט', כלומר, כמעשה

פולחן דתי, שהוליד 'מוסד נישואין' מחייב, שאי אפשר לצאת ממנו לעולם. קדושה לכאורה – וללא התרה (גם באסלאם הנישואין נחשבים ל'סונה', דהיינו; חובה דתית). כך קיבלה המשפחה הגויית הגדרה מעוותת, המדכאת את האיש והאישה גם יחד. הניסיון להפוך את ה'דרך ארץ' של המשפחה הגויית, את החיים הארציים הטבעיים והחופשיים, למסגרת מקודשת ובלתי פוסקת, הוליד אצל הגויים תסכול עמוק והתנגדות לקדושה ולאמונה באשר הן. המודל היהודי כפי שעוות על ידי הנצרות לא יכול היה להתקיים באופן מתמיד בעולם הגוי. כתגובת נגד תרבותית למוחלטות הנישואין הנוצרית-קתולית, הפכה הכפירה הליברלית את המשפחה למוסד אזרחי חילוני.

בתחילה התייחסה התפיסה הליברלית למשפחה כמרכיב אזרחי הבונה את החברה, ובהמשך כתוצאה של תפיסות פוסט-מודרניות, הפכו הנישואין למערכת אוטונומית, חסרת חיובים הדדיים והגדרה משפטית, הרואה את היחיד כקיים שלם ואת הנישואין כהסכמה וכשותפות זמנית וממילא חסרי יכולת קיום.

התהליך שעבר על העולם המערבי החל לחלחל גם למערכת התרבותית הישראלית. ההגדרות הפוסט-מודרניות הנכתבות במערב באנגלית, מתורגמות ומפותחות על ידי האקדמיה הישראלית, ונפסקות הלכה למעשה בבית המשפט העליון.⁸⁶

למרות הקביעה כי דיני הנישואין והגירושין מוגדרים בחוק בישראל כחלק מדיני המעמד האישי, אף שהגדרת מרכיב הזהות המשפחתי של האדם במדינת ישראל – היותו נשוי או פנוי – אמורה להיקבע על פי הדין הדתי, כתוצאה של התהליך המשפטי שסקרנו מגדיר בית המשפט את המשפחה מחדש; ובמקום שהזהות המשפחתית היהודית תוגדר לפי הערכים והעקרונות של תורת ישראל כפי שמחייב החוק, היא מוגדרת לפי 'שיח הזכויות' המערבי. הגדרת המשפחה על פי התורה, הרואה בחיוב לחיי אישות ובאיסור הניאוף דינים הנובעים מעצם הנישואין בין בישראל ובין בגויים, הוחלפה על ידי בית המשפט שקבע שאין בנישואין חיוב לאישות ואין פסול בניאוף מרצון.

תהליך הרס המשפחה החל בניסיון לאימוצן של הגויים לייחס למשפחה קדושה ולהידמות לישראל, וממשיך באימוץ הגדרות פירוק המשפחה הפוסט-מודרניות המערביות על ידי בית המשפט הישראלי.

86. אם כי בעשורים האחרונים ניכר גם תהליך הפוך, כאשר רעיונות רדיקליים מתפתחים בישראל – באקדמיה ובמערכת המשפט, ומאומצים במדינות שונות בעולם.

שינויים בלתי-חוקיים אלו בהגדרת המשפחה משנים את מהותה, מפרקים את לכידותה ואינם מאפשרים את קיומה. הגדרת הנישואין כקשר חופשי בין יחידים המשמר את האוטונומיה שלהם מוחקת למעשה את המשפחה מעולם המושגים המשפטיים, והיא חדלה מלהתקיים.

ז. המלצות

אם חפצים אנו בקיומה של המשפחה, על המחוקק להשיב את הגדרת המשפחה בישראל למסגרת דיני המעמד האישי כפי שקובע החוק. לא רק בצעד פורמלי עסקינן, אלא בחזרה למערכת הערכים היהודית ביחס למשפחה. חוסנה של המשפחה היהודית במשך אלפי שנות קיומה על בסיס הגדרות התורה ידוע לשם ולתפארת, וקריסת המשפחה כתוצאה מהגדרתה מחדש גם היא עובדה קיימת. כדי לשמור על המשפחה יש לאמץ מדיניות היונקת מערכי המשפחה היהודית. באופן מעשי, בשלב ראשון על המחוקק לקבוע כי ניאוף ופירוק המשפחה נוגדים את המוסר, את החוק ואת 'תקנת הציבור', וממילא לא יקבלו סעד משפטי במדינת ישראל. קריאת כיוון זו תהיה צעד ראשון בהשבת ספינת המשפחה בישראל למסלול הנכון.

הרב יובל גלאס *

"והיא חברתך ואשת בריתך"

חופש מול חובה ויציבות -
בהלכה ובפסיקת בתי המשפט



על פי ה' העיד בְּיָדָךְ
ובין אִשְׁתְּךָ נִעֲוִירָךְ
אֲשֶׁר אֵתָּה בְּגִדְתָּהּ בָּהּ
וְהִיא חֵבְרָתְךָ וְאִשְׁתְּ בְּרִיתְךָ
(מלאכי ב, יד)

הקדמה

א. עמדת מערכת המשפט

- פסיקות בתי המשפט
- נימוק ראשון: עליונות הזכות לחירות
- נימוקים נוספים: תקנת הציבור; ההכרה בידועים בציבור
- הגדרת נישואין: מימוש הזכות לשותפות רגשית
- הערה

ב. עמדת תורת ישראל

- פסיקת בתי הדין הרבניים
- המסגרת ההלכתית של הנישואין
- הסבר פעולת לקיחה וקניין
- הסבר פעולת הקידושין
- הגדרת הנישואין: מחויבות הדדית

ג. השוואה בין העמדות

ד. הערה. או: אולי החלק החשוב ביותר במאמר

* בזמן עריכת המאמר נפטרה אמי היקרה ע"ה, חיה רוזה בת אברהם יצחק, אשה אצילית, צנועה ומאירת פנים. חברת אמת ואשת ברית לאבי מורי יבדלח"א. מאמר זה מוקדש לעילוי נשמתה.

הקדמה

מאמר זה עוסק בהגדרת הנישואין לפי תפיסת המשפט, ולפי תפיסת התורה, ובמציאת ההבדל השורשי ביניהן שממנו נובעות שתי התפיסות השונות. מקרה המבחן הוא קיום יחסים גופניים של איש או אישה נשואים, עם אדם אחר מחוץ לנישואין. במשפט הנוהג כיום, התביעה עשויה להיות דרישת פיצויים מבן הזוג, או מהאדם השלישי שכביכול גרם לנזק או לפגיעה. בבית הדין הרבני, התביעה בדרך כלל תבקש גירושין מבלי לדרוש פיצוי ישיר. במאמר זה נבחן את פסיקת בית המשפט ונימוקה, ואת פסיקת ההלכה בבית הדין הרבני ונימוקה.

המאמר יציע כי הפסיקות נובעות משוני בהגדרת קשר הנישואין שבין איש לאישה, והוא למעשה השורש העקרוני של הפסיקה. לכך מוקדשים פרקים א-ב. בפרק ג נשווה בין העמדות השונות ונפיק מהן את התפיסות האידיאולוגיות העומדות בבסיסן.

א. עמדת מערכת המשפט

נתאר לעצמנו מקרה: אדם נשוי הגיע לבית המשפט, בפיו טענה כי אשתו מקיימת קשרים גופניים עם אדם אחר. בידיו טענות המוכיחות זאת, והוא תובע את האיש, או מבקש פיצויים ממוניים מאשתו על פגיעה מוכחת שחווה, בעקבות המצב. לחלופין, אישה נשואה טוענת לפני בית המשפט כי בעלה מקיים יחסים מחוץ לנישואין עם אישה אחרת, ומוכיחה זאת. כעת היא מבקשת לתבוע את אותה האישה, או לבקש פיצויים ממוניים מבעלה, בגין נזקים שונים שנגרמו לה כתוצאה מכך. כיצד יתייחס לכך בית המשפט?

1. פסיקות בתי המשפט

בית המשפט המחוזי בתל אביב¹ דחה תביעה שתבע אדם את גיסו בטענה שגרם לאשתו להיכנס עימו בקשרי יחסים אינטימיים, וביסס את פסיקתו על הטענה כי לכל אדם יש חירות לביצוע מעשה שכזה. בית המשפט העליון² חיזק פסיקה זו (בעקבות ערעור שהוגש), והדגיש כי ניאוף אינו אסור מבחינה משפטית. במהלך הדיונים על מעשהו של אותו אדם שלישי, וכן בפסיקות שונות של בתי המשפט, עולים מאפייני הנישואין בעיניה של מערכת המשפט.

1. ת"א 14657-11-09.

2. ע"א 8489/12.

נדון בנימוקי בית המשפט, ומתוך כך נלמד מהי לדעתו הגדרת הנישואין.

2. נימוק ראשון: עליונות הזכות לחירות

במערכת המשפט של מדינת ישראל קיימת "פקודת נזיקין". "פקודה" היא חקיקה מתקופת המנדט הבריטי, שנקלטה במערכת המשפט כשוות ערך לחוקים שנחקקים על ידי הרשות המחוקקת במדינת ישראל. פקודת הנזיקין מסדירה את דיני הנזיקין בישראל. כאשר גורם שלישי גורם להפרת חוזה של אחד ממתחייביו, סעיף 62 (א) לפקודת הנזיקין רואה זאת כעוולה. וכך נכתב שם:

גרם הפרת חוזה שלא כדין.

מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.

סעיף 62 (ב) מחריג שני מקרים:

לענין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושבייתה והשביתה לא ייחשבו כהפרת חוזה.

כלומר, החוק אינו מגן על אדם במקרה שבן זוגו, או גורם שלישי, גרם לקריסת הנישואין, וכן אינו מגן על מעביד או על צרכנים שנפגעו כתוצאה משביתה או השבתה. פרופ' נילי כהן דנה בחריגות אלה ומנמקת אותן:

הסעיף מדבר על שני חריגים, שלכאורה אין ביניהם כל קשר. חוזה עבודה מזה, ויחסי נישואין מזה. למעשה, בפרספקטיבה היסטורית, במיוחד זו של המשפט האנגלי, קיימת בין שני החריגים הללו זיקה עמוקה ביותר, והם קשורים ביניהם קשר בל ינתק... היסטורית, התבססו הן יחסי הנישואין והן יחסי העבודה על תפיסה קניינית, על תפיסה של בעלות. הבעל נושא את האישה ולא ההיפך... ואילו במישור של יחסי העבודה, אלה התפתחו ממוסד העבדות, שבו נחשב העבד לקניינו של האדון...³

כלומר, לפני ההחרגה, יחסי נישואין ויחסי עבודה נחשבו כחוזים מבחינה משפטית משום שהיה בהם מרכיב קנייני: הבעל הוא הבעלים של אשתו, והמעסיק או הבעלים, הוא האדון של עובדו – עבדו. הבסיס היה קשר של

3. "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה", הפרקליט לט, חוברת ב, עמ' 312.

"צמיתות וקבלת מרות".⁴ שינוי תפיסתי כלפי היחסים הללו הוביל לשינוי ביחס המשפט כלפיהם. ביחסי עבודה, חלק מהשליטה הועבר לעובדים, וזכותו של המעביד בשירותי העובד היא מוגבלת. לא נרחיב בעניין זה כאן מעבר לנדרש. בנוגע ליחסי הנישואין כותבת פרופ' כהן:

ולגבי יחסי הנישואין: השליטה והאדנות אינם עוד נחלתו הבלעדית של הבעל. נפילתו של הסטטוס הישן ועלייתו של החוזה פתחו הזדמנויות חדשות לנשים. תלותן הכלכלית בבעל אינה קיימת עוד, ודאי לא באותה מידה כבעבר. מבחינת השכלתן, מבחינה כלכלית ומבחינה פוליטית הפכו נשים לשוות לגברים. לכך השלכות מיידיות על יחסי הנישואין. נישואין, לפחות מנקודת מבטן של הרשויות החילוניות, מבוססים על שוויון וחירות. נוצר סטטוס חדש: מעמד האישה. חלוקת השליטה בין הבעל והאישה גרמה לפתיחותו של הקשר, לקיומה של חירות להתירו, הן על ידי הבעל, אך גם על ידי האישה, וחירות זו פועלת אף לטובתו של הזר הפוגע בידעין ביחס הנישואין... זירתם הטבעית של דיני החוזים היא זירת המסחר. מחוזות רוחניים או נפשיים נמצאים מחוץ לתחומם המסורתי של דיני החוזים. רגשות אינם מצרך לסחור בהם...

הרצון למנוע מצב של שיעבוד וקשר של צמיתות – הן ביחסי העבודה, והן ביחסי הנישואין – מרופף את הקשר הפנימי ומחליש את נכונותו של המשפט להגן עליו מפני פגיעות חיצוניות.⁵

נסביר: החברה התקדמה למצב שהאישה אינה נתפסת עוד כתלויה באיש, וודאי לא כרכושו של בעלה. לפיכך, התפיסה הקניינית כבר אינה עומדת בבסיס יחסי הנישואין כבעבר, אלא הבסיס הוא החלטה הדדית, רצונית, של שותפות, קשר המבוסס "על שוויון מעמדי, על סטטוס שווה בין המתקשרים, על חלוקת כוח ושליטה".⁶ מאחר שהקשר מבוסס רצון באופן מוחלט, כל אחד מבני הזוג בן חורין להתנער ממנו ולפנות לקשר עם אדם אחר. אותה חירות עומדת אף לאדם שלישי הרוצה לפגוע בנישואין. הנישואין אינם אפוא חוזה קנייני של הכרח וכפייה, אלא של רצון חופשי, ולכן אינם מוגנים משפטית. כיצד ניתן לבוא בטענות כלפי אדם, שמחמת רצונו החופשי אינו מעוניין עוד בקשר המבוסס כולו על רצון? דווקא בגלל גדולת הקשר – נביעתו מרצון חופשי –

4. שם, עמ' 318.

5. שם, עמ' 317.

6. שם, עמ' 318.

הוא גם פגיע יותר, שהרי הוא אינו ניתן לשעבוד, והחוק מעוניין, מסיבות של הזכות הבסיסית לכבוד ולחירות, לאפשר מצב "רופף" זה, כהגדרתה של פרופ' כהן.

במקום אחר מחדדת פרופ' כהן את תפיסת החירות המונחת ביסודה של הנישואין:

קשר הנישואין נושא אופי מיוחד המבוסס, בראש ובראשונה, על קיומה של שותפות רגשית. קשה לדבר במונחים של הפרה כאשר צד מבקש להתנער מהקשר. כך אם נפלה ההחלטה בינו לבינו; כך אם מקורה בהתערבות של צד שלישי. אמת, קשר הנישואין מטיל חיובים הדדיים על בני הזוג. במסגרת היחסים הפנימיים ניתן לדבר על הפרה. אולם הקושי להפעיל אמות מידה משפטיות בנושא המבוסס על רגש, והצורך הבסיסי לתת לצדדים מידה של חירות בהבאת הקשר לסיומו הניע את המחוקק להימנע מהטלת חבות על צד שלישי, שגרם לאחד מבני הזוג להפר את החיובים הנובעים מקשר זה.⁷

לכך יש להוסיף, שהמחוקק גם נמנע מהטלת חבות על אחד מבני הזוג שגרם להפרת חיובי קשר הנישואין, כפי שכתבה פרופ' כהן קודם לכן. אם כן, מלבד קושי טכני בשיפוט נושאים רגשיים, יש כאן חידוד של מקומה של החירות: פרופ' כהן מדייקת בדבריה ואומרת כי **מי מבני הזוג שאינו מעוניין עוד בקשר, אינו "מפר" אותו, אליבא דאמת, שהרי אין עוד קשר להפר משסר הרצון שחולל אותו**; הזיקה כלפי בן הזוג נעלמה ואיננה. רק בשיח הפנימי, הסובייקטיבי, יכול הנפגע, בצדק, לדבר על הפרה, אך אין זו הפרה אובייקטיבית, משפטית. אכן, עוד נותרו, מכוח העבר, חיובים הדדיים זה כלפי זה שניתן היה להביאם לבית המשפט, **אולם יש צורך לאפשר את החירות של כל אחד מבני הזוג להביא את הקשר לסיומו**, וזה נעשה על ידי הימנעות מלהטיל חובת פיצוי על מי שפועל בחירותו על פי רצונותיו.⁸ נשוב לפסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו,⁹ בו השופט יהודה פרגו דחה, כאמור, את התביעה, וכעת נוכל להתבונן בנימוק לדחייה. כך כתב השופט:

7. "גרם הפרת חוזה", עמ' 254.

8. נחזור להעמיק בתפיסה זו לאחר השוואתה לתפיסת התורה.

9. ת"א 14657-11-09.

משהחליט בן זוג נשוי... לנהל מערכת יחסים עם אחר... – זכותו לעשות כן ולא ניתן למנוע זאת ממנו. **קשר הנישואין, אינו יוצר בעלות על גופו ורצונותיו של בן הזוג.** יש לכבד את היותו אדם בן חורין...

הוא מוסיף ומבסס את פסיקתו על קביעה עקרונית:

הכרה בזכות תביעה עקב מערכת יחסים זו, משמעה, **סיכול ופגיעה בזכויות וחירויות בן הזוג וכפיפותו באופן מלא לבן זוגו ולרצונותיו,** יש בה כדי לסכל כל קשר אפשרי של בן הזוג עם צד שלישי... מדובר בגזירה שהציבור בחברה מתקדמת ודמוקרטית, אינו יכול לעמוד בה וגם אינו צריך לקבלה.

על כן, ולא בכדי, נקבע בסעיף 62 לפקודת הנזיקין כי "היחסים הנוצרים ע"י נישואין לא יחשבו כחווה".

השופט פרגו מתייחס לזכותו של אדם לחירות. זכות זו אינה משתנה בעקבות הנישואין. אדם בן חורין רשאי לפעול כרצונו, ואם רצונו של בן זוג נשוי לפתח קשר עם אחר, זו זכותו, והוא אינו כפוף לבן זוגו. שלילת זכות זו היא פגיעה ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" המעגנת את חירותו של האדם כערך עליון, ומשום כך, יחסים הנוצרים על ידי נישואין לא יוצרים חווה מחייב בתחום זה. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר... או בכל דרך אחרת",¹⁰ וכי פגיעה בזכות זו לחירות תתבצע רק על ידי "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה...".¹¹ אין חוק המגביל חירות כתוצאה מנישואין, ואדרבה – על פי דברי השופט פרגו, חברה מתקדמת ודמוקרטית צריכה לאפשר חירות ליצירת מערכות יחסים, גם של בני זוג נשואים, עם אחרים. ואם כן, אין להגביל את חירותו של אף אדם, גם לא על ידי נישואין.

על פי הבסיס שהציבה פרופ' כהן, הדברים בהחלט מתיישבים: הנישואין מושתתים על רצון משותף, פרי חירותו של כל אחד מבני הזוג. אין שעבוד של אחד כלפי האחר. כך הקשר הפנימי רופף, כדברי פרופ' כהן; כשם שמה שמחבר אותם הוא הבחירה, כך בחירה אחרת מפרידה ביניהם, ואין כל הצדקה להגבלה על רצונותיו ושאיפותיו של מי מהם, ואין שום ראיית חובה כלפי בן זוג, או גורם שלישי, שגרם להפסקת הקשר.

10. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 5.

11. שם, סעיף 8.

דברים אלה חיזק שופט בית המשפט העליון יצחק עמית,¹² בדחייתו את הערעור על הפסיקה הנ"ל, ואף הזכיר במפורש את דברי פרופ' כהן: הטעם לצידוק המוחלט ולשלילת עילת התביעה הוא, שהמחוקק ראה את קשר הנישואין כקשר "הנושא אופי מיוחד, המבוסס בראש ובראשונה על שותפות רגשית"... המחוקק מצא אפוא להחריג במפורש את קשר הנישואין מהעוולה של גרם הפרת חוזה... ולכן:

המשפט אינו מכיר בעוולת ניאוף ביחסים בין בני הזוג עצמם, וכפי שעולה מסעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין, המחוקק גילה דעתו כי אין להכיר בתביעה מעין זו גם כלפי צד שלישי... הדין הנזיקי אינו חרב התלויה מעל מיטת בני הזוג, ועוולת הרשלנות (=האפשרות לקבלת פיצויים מן המזיק) אינה "הנוסע השלישי" הנחבא בין הסדינים, בבחינת נטע זר אשר עלול לפתע להתעורר מתרדמתו ולרמוס את הפינות האינטימיות-רגשיות ביותר של בן אנוש (=אין עוולת הרשלנות מאיימת או מגבילה את הרצונות והרגשות של האדם). גישה זו מופיעה גם בדברי שופטים נוספים, כמו חיים כהן¹³ וסלים ג'ובראן.¹⁴ היטיבה לתאר השופטת איילה פרוקצ'ה,¹⁵ המשווה בין הבטחת נישואין שניתנת על ידי אדם שאינו נשוי, לזו הניתנת על ידי אדם נשוי, בטענה ששתיהן לגיטימיות כאחת, בחברה בת ימינו:

העולם... עבר בעשורים האחרונים תהפוכות מרחיקות לכת בתפיסות ערכיות בסיסיות המתאפיינות בפלורליזם מחשבתי ומוסרי תוך הכרה הולכת וגוברת בערך של חירות הפרט לעצב את אורח חייו ותכני חייו... אין מקום, איפוא, לאבחן בין הבטחת נישואין שניתנה בידי גבר נשוי לבין זו שניתנה בידי גבר פנוי, ודין אחד להן ולתרופות בגין הפרתן.

נסכם סעיף זה ונאמר כי הגישה המשפטית כיום גורסת כי הזוגיות מושתתת על רצון חופשי והסכמה של כל צד. הלכך, כל צד חופשי לסיים את ההתקשרות על פי רצונו, בלא תנאי מוקדם. אכן, ישנם עקרונות חשובים כמו נאמנות ומחויבות, אולם החירות היא ערך עליון, וחוקקה כחוק יסוד. הלכך, איש או

12. ע"א 8489/12.

13. ע"א 337/62.

14. ע"פ 8281/05, ע"פ 7951/05.

15. ע"א 5258/98.

אישה נשואים רשאים לקיים קשר אינטימי מחוץ למערכת הנישואין, מאחר שהזכות לחירות מחייבת אפשרות זו.

3. נימוקים נוספים: תקנת הציבור; ההכרה בידועים בציבור

המחוקק¹⁶ העניק לבית המשפט סמכות לדון על פי "תקנת הציבור", שמשמעותה: כל מה שהציבור סבור שהוא מוסרי, כפי שבית המשפט רואה זאת.¹⁷ השינויים שהוזכרו בסעיף הקודם הביאו לשינוי גם בתפיסת טובת הציבור. יש לכך כמה דוגמאות, ואביא רק אחת, והיא מדברי נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אהרן ברק, בפסיקה שהוזכרה לעיל הנוגעת להבטחת נישואין של אדם נשוי. לאחר שעמד על השינויים שחלו בתפיסה הציבורית ביחס למוסד הנישואין ולתופעת הגירושין, הוא מבהיר כי שמירה על הנישואין הינה אומנם חלק מתקנת הציבור, אולם כך יש לטעון גם לגבי ההכרה באפשרות לקשר זוגי מחוץ לנישואין. והוא כותב:

האינטרס החברתי תומך בנישואין יציבים. מוסד הנישואין הוא מרכזי לחברה שלנו. על רקע זה ציינתי באחת הפרשות, כי "במסגרת התא המשפחתי, שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל".

עם זאת, במהלך השנים השתנו התפיסות החברתיות ביחס לסיום קשר הנישואין ולתופעת הגירושין... גם הסלידה מפני קשר זוגי מחוץ לנישואין אינה משקפת את גישתה של החברה הישראלית של היום, ודיני הידועה בציבור – שבהתפתחותם תרמו המחוקק ובית המשפט גם יחד – יוכיחו. ההלכה הישנה, המעמידה את תוקף החוזה על השאלה אם היחסים בין הצדדים מעורערים עד היסוד

16. כך קובע סעיף 30 לחוק החוזים: "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

17. רבים כתבו שעל בית המשפט לעיין רק במה שהציבור הנאור והמתקדם שבחברה חושב. על הבעייתיות שבהגדרה זו, עיין במאמרו של הרב יעקב יהודה יקיר בספר זה, "משפחה – אישות, מהות והגדרות משפטיות", פרק א, 5. אציין דווקא את השופט יצחק עמית שנהזר בלשונו: "בדוננו בנושאים המשיקים למוסר ולדת, שומר נפשו ירחק מביטויים כגון 'הציבור הנאור והמתקדם', באשר השאלה אם בהתקדמות או בנסיגה עסקינו, שנויה במחלוקת עזה בין קבוצות שונות בקרב אזרחי ישראל. עם זאת, ברי כי לא ניתן להתעלם מהמציאות השוררת בהאידנא, בתמורות ובתהפוכות שחלו בעשרות השנים האחרונות בעולם המערבי, באורחות החיים בכלל ובכל הנוגע למוסד הנישואין בפרט. שיעור הזוגות המתגרשים עלה, ומבלי להידרש לסטטיסטיקה לגבי אחוז בני הזוג המתנסים בבגידה במהלך חיי הנישואין, אין חולק כי המדובר בתופעה נפוצה" (ע"א 8489/12).

אם לאו (=בשנת 1975, בית המשפט טען שהבטחת נישואין של אדם נשוי תקפה, מצד המוסר ותקנת הציבור, רק אם יחסיו עם אשתו החוקית היו מעוררים עד היסוד), נראית בעיני כבלתי תואמת את תפיסותיה של החברה הישראלית דהיום.¹⁸

נסכם סעיף זה ונאמר כי שני מקורות נוספים ישנם לאיסור יחסים מחוץ לנישואין: בידי בית המשפט כוח להכיר בתופעות שלדעתו אינן פוגעות בטובת הציבור, ובית המשפט רואה קיום יחסים אלה כעולים עימה בקנה אחד; שהרי על פי תפיסתו, אדם נשוי שהבטיח לאחרת כי יתגרש מאשתו ויתחתן עימה, עשה מעשה לגיטימי בעיני הציבור. נוסף על כך, המחוקק עצמו, שהוא נבחר הציבור, ראה את תופעת הידועים בציבור כלגיטימית, שהרי קבע עבורם דינים מיוחדים, ואם כן, הציבור עצמו החליט שהתופעה מקובלת עליו.

4. הגדרת נישואין: מימוש הזכות לשותפות רגשית

שלושה טיעונים מבססים את מתן הלגיטימציה ליחסים מחוץ לנישואין: עליונות עקרון החירות; תקנת הציבור; הכרת המחוקק בידועים בציבור. בדבריי חילקתי את הטיעונים בין שני סעיפים: סעיף ראשון העוסק בעליונות הזכות לחירות, ובו הרחבתי על התפתחותה בהקשר ליחסי נישואין, וסעיף שני שבו הזכרתי את נימוקי תקנת הציבור והכרת המחוקק בידועים בציבור. חלוקה זו נעשתה משום שנראה כי עליונות הזכות לחירות היא הבסיס לשני הנימוקים הנוספים.

אסביר: עליונות הזכות לחירות היא תפיסה בולטת וניכרת; רק על בסיסה, ניתן לטעון כי תקנת הציבור צריכה להישען על זכות זו; כך עולה באופן מובהק מדבריהם של השופטת פרוקצ'יה והנשיא לשעבר ברק, שהובאו לעיל (סע' 3). נוסף על כך, רק מתוך תפיסת עולם שכזו ניתן לפרש כי ההכרה של המחוקק בידועים בציבור היא למעשה הכרה לכתחילאית בקשר אינטימי מחוץ לנישואין, של איש או אישה נשואים,¹⁹ וכפי שטען הנשיא לשעבר ברק, בציטוט שהובא לעיל.²⁰ אני מבקש לכנות זאת במינוח המוכר של "שורש וענפים".

18. ע"א 5258/98.

קדם לו השופט צבי ברנזון, בבג"ץ ע"א 563/65, ואכמ"ל.

19. אכן, יש מי שהבין שהכרה זו אינה לכתחילאית אלא דיעבדית, משום שמראש סבר שאין לכך לגיטימציה, ולפיכך אין מכאן ראיה לדעת המחוקק בעניין. דוגמה לכך היא דעת השופט משה זילברג, והיא מובאת בהמשך הדברים. ואם כן, מוכח ששימוש בטיעון ההכרה בידועים בציבור לטובת איזשהו צד הוא תלוי הנחה מוקדמת יותר.

20. סע' 3.

אם כן, **שורש התפיסה המשפטית הוא "הזכות לחירות", ויחסי הנישואין כפופים לה ואינם מחייבים באופן חוקי ומשפטי את שני בני הזוג לנאמנות הדדית, הכובלת את חירותם. לאור זאת, ניתן להסביר את הפסיקה המשפטית בדין יחסים מחוץ לנישואין: לאדם עומדת הזכות לפתח מערכת יחסים הכוללת יחסים גופניים עם כל אדם אחר, ובכלל זה, גם זכותו של אדם נשוי אדם לפתח יחסים כאלה מחוץ לנישואיו, שכן הנישואין, עם כל חשיבותם, אינם מונעים חירות זו או מגבילים אותה. אדרבה, חירות זו יצרה את חיי הנישואין, כך שהם מושתתים על החירות; אותה חירות מעניקה לאדם חופש פעולה, שהיא הזכות הבסיסית ביותר: הזכות לחירות, המעוגנת בחוק יסוד.**

5. הערה

אציין כי אומנם מצאנו שיטה משפטית אחרת, אך משקלה זניח כיום. השופט משה זילברג²¹ כתב כי יחסים מחוץ לנישואין אינם מוסריים ואינם חוקיים. כך כתב גם השופט יצחק קיסטר²². כלומר, הזכות לחירות אינה מצדיקה קיום יחסים מחוץ לנישואין, וחשיבות קיום הנישואין עולה עליה. מצינו גם פרשנות אחרת להכרה בידועים בציבור: השופט זילברג²³ כתב כי ההכרה בידועה בציבור אינה הכרה מוסרית, ואדרבה – הכרה שכזו נוגדת את טובת הציבור. גם פרופ' דניאל פרידמן²⁴ כתב במאמר, שפורסם בשנת 1972, שההכרה בידועה בציבור אינה נובעת מטעמים אידיאולוגיים אלא מהתנגדות לבתי הדין, וכמענה חלקי לדרישה הציבורית לאפשר נישואין אזרחיים. אומנם ניתן לטעון כי דעות אלה, שהן בנות חמישים ושישים שנה, היו לגיטימיות לשעתן, אך אינן תואמות את העקרונות ההומניים של החירות והחופש הקיימים כיום. למען האמת, כך טען בהגינות ובמפורש הנשיא לשעבר ברק²⁵, בדיון על הפרת הבטחת נישואין של אדם נשוי. הדין הישן ראה הבטחה זו כבלתי מוסרית כאשר הנישואין החוקיים אינם "מעוררים עד היסוד", שכן המבטיח הוא נשוי, ולפיכך ההבטחה בטלה מכול וכול. לעומת זאת, הנשיא לשעבר ברק טען כי חלו שינויים תפיסתיים שהפכו את הבטחת הנישואין ללגיטימית ותקפה, ללא קשר במצב הנישואין הנוכחיים, ואף מציין את דברי השופט זילברג הנ"ל כנכונים לשעתם בלבד:

21. ע"א 337/62.

22. ע"א 4/66.

23. ע"א 563/65.

24. 'הידועים בציבור בדין הישראלי', עיוני משפט, כרך 3.2.

25. ע"א 5258/98, סעיף 17.

מאז שנות השישים חל שינוי ניכר בתפיסתו של הציבור את המוסר ואת תקנת הציבור. בגישה החברתית ביחס לסיום קשרי נישואין ולתופעת הגירושין חלו תמורות משמעותיות. ההלכה כי הבטחות נישואין מצד אדם נשוי סותרות את תקנת הציבור התגבשה במשפט האנגלי בראשית המאה הקודמת... הלכה זו התבססה על התפיסה לפיה הפסקת הקשר עם בן הזוג החוקי לטובת קשר זוגי אחר, שבצידה הבטחה להתגרש ולהינשא נישואין חדשים, כל אלה אינם לגיטימיים... בפרשת ריזנפלד כתב השופט זילברג כי "מושגי המוסר המקובלים... רואים יחסי איש ואישה מחוץ לנישואין כדבר נקלה ופסול".... אין ספק, כי שמירתו של התא המשפחתי הינה חלק מתקנת הציבור בישראל גם בימינו אלה... עם זאת, במהלך השנים השתנו התפיסות החברתיות ביחס לסיום קשר הנישואין ולתופעת הגירושין... ההלכה הישנה, המעמידה את תוקף החוזה על השאלה אם היחסים בין הצדדים מעוררים עד היסוד אם לאו, נראית בעיני כבלתי תואמת את תפיסותיה של החברה הישראלית דהיום.²⁶

אם כן, לית מאן דפליג שבעבר התפיסה המשפטית הייתה שונה. לכן, עימות בין פסקי דין ודעות משפטיות של שנות השישים והשבעים לבין פסקי דין דהאינא, אינו מציג עמדות משפטיות זו כנגד זו באופן שווה, ואין בגישה הישנה יותר טענה משפטית העומדת נגד התפיסה המודרנית.

נחזור אפוא למסקנתנו העולה מדברי אנשי המשפט: **הזכות לחירות הינה העיקרון הראשי.** חיי משפחה נאמנים הם בהחלט חשובים, אך אינם יכולים לצמצם את החירות האישית העומדת לזכותו של כל אדם, כזכות האנושית הראשית והבסיסית. על כן, יחסים מחוץ לנישואין הם לגיטימיים. מכך נגזרת תקנת טובת הציבור, ומכך יש לפרש את הכרת המחוקק בידועים בציבור כהכרה משפטית לכתחילאית.

ב. עמדת תורת ישראל

אישה פונה לבין הדין הרבני וטוענת כי בעלה קיים יחסים עם אישה אחרת, וראיות מוכחות בידה, והיא מבקשת להתגרש ממנו ולקבל את כתובתה. לחלופין, איש פונה אל בית הדין ובפיו טענה וגם ראיות כי אשתו קיימה יחסים עם גבר אחר, וברצונו לגרשה בלא כתובה. מהי עמדת ההלכה בעניין זה?

1. פסיקת בתי הדין הרבניים

קיום יחסים גופניים מחוץ לנישואין²⁷ מצד כל אחד מבני הזוג מהווה עילה לגירושין, בהם האשם מפסיד את זכויותיו הכלכליות הקשורות בכתובה, וכפי שיפורט.

ההלכה מתייחסת למקרה שאשת איש קיימה יחסים גופניים עם אדם אחר. וכך נכתב בשו"ע (אה"ע סי' קטו):

(סע' א) אלו יוצאות שלא בכתובה: (סע' ה) ...וכן הדין במי שזינתה.²⁸ אדם נשוי שזנה עם אישה אחרת, זכותה של אשתו לדרוש גירושין בתשלום סכום הכתובה, בכך שתטען כי בעלה הוא הגורם לבקשת הגירושין מצידה.²⁹ למדים זאת ממה שכתב הטור³⁰ שהתובעת גירושין, "ויצאו הגירושין ממנה", יוצאת רק עם סכום נדונייתה המציאותי (מה שהביאה איתה היא עצמה בנישואין), וללא כתובה. מכאן למדים שאם לא "יצאו הגירושין ממנה", אלא יצאו מבעלה, היא כן זכאית לתשלום דמי הכתובה שלה, ואף כופים על ביצוע הוראה זו.³¹

אזכור דין זה מופיע בפסקי הדין הרבניים. לדוגמה (פד"ר חכ"ב עמ' 97): יש לחזור ולציין ולהדגיש שגם כאשר האישה מסכימה לגירושין, אולם ברור לביה"ד שבעלה גרם למשבר ולפירוד, כגון שהוא בגד בה וכו' – הוא חייב לשלם את מלוא כתובתה.³²

אם כן, קיום יחסים גופניים מצד אישה מחוץ לנישואין מצדיק תהליך גירושין מבלי להעניק לצד הפוגע הגנה על זכויותיו הממוניות; ובמקרה ההפוך, נותן לגיטימציה מלאה לדרישתה של האישה שבעלה בגד בה לקבל את מלוא סכום כתובתה נוסף על גט. כלומר, הצד הנפגע זכאי להגנה וההלכה באה לטובתו; ובן הזוג הפוגע נחשב כמי שפירק את הנישואין ללא הצדקה.³³ כדי להבין

27. על אף ההבחנה ההלכתית בין אירוסין לנישואין, ננקוט "נישואין" כשם כולל.
28. יש לציין שגם במצבים מסופקים שונים יש חיוב, או אפשרות, לבעל, לגרש בלא כתובה (שם סי' יא סע' א; סי' קעח). עי' פד"ר ח"ח, עמ' 348-350.
29. אכן, דין זה מורכב יותר מאשר אישה שזנתה, מאחר שלפי דין התורה, רק האיש שיוצר את זיקת הנישואין הוא זה שיכול לבטלה. בנימוק לכך ובתקנות רבותינו לעניין זה, לא נעסוק כאן.
30. אה"ע סי' קיח.
31. רמב"ם הל' אישות פ"ב ה"כ; שו"ע אה"ע סי' קנד סע' כא.
32. יש לציין שבמקרה המדובר שם, לא הייתה ודאות בקיום המעשה, ולכן נדחתה הטענה לתשלום כתובה. עם זאת, העיקרון של "יצאו הגירושין ממנו" מובא בבידור.
33. אומנם בתי הדין נמנעים מלפסוק פיצוי כספי; אבל זה אינו נובע מהקלת ראש בחטא החמור של בגידה בנישואין. הדבר נובע מכך שאין בהלכה פיצוי כספי על עוגמת נפש (למעט נזקי "בושת" בדיני חבלות) ועל נזקי 'גרמא', אלא על נזקים ממוניים ישירים.

תוצאה זו יש לברר מהם הנישואין על פי השקפת עולמה של תורת ישראל. כך עשינו בדיון על עמדת מערכת המשפט, וכך נעשה גם כאן. נעשה זאת בשני חלקים: נדון בנישואין מצד מסגרתם, ובנישואין מצד תוכנם.

2. המסגרת ההלכתית של הנישואין

על פי תורת ישראל, ישנם שני 'דגמים' לנישואין: נישואין של גויים ונישואין ישראלים. כך כתב הרמב"ם (הל' אישות פ"א ה"א-ה"ג):

קודם מתן תורה, היה אדם פוגע אישה בשוק. אם רצה הוא והיא לישא אותה, מכניסה לביתו ובועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאישה.

כיון שניתנה תורה, נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אישה, יקנה אותה³⁴ תחילה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאישה... וליקוחין אלו, מצוות עשה של תורה הם... וכיון שנקנית האישה ונעשית מקודשת, אף על פי שלא נבעלה ולא נכנסה לבית בעלה – הרי היא אשת איש... ואם רצה לגרש – צריכה גט.

נקודת ההבדל בין נישואין של בני נח לבין נישואין של ציווי התורה היא פעולת הקניין, שהיא פעולה היוצרת את הנישואין. כלומר, בישראל לא די ברצון הדדי, כפי שהיה קיים "קודם מתן תורה", אלא יש צורך ברצון הדדי ובפעולה המתקיימת על גבי רצון זה. לנישואין אלה יש השלכות משפטיות, ונדון כאן באחת מהן.

"קודם מתן תורה" די היה בהפסקת הרצון לחיים נשואים כדי לבטל את הנישואין, שהרי מה שמקיים את הנישואין הוא רק רצון הדדי לכך. לעומת זאת, סיום נישואין שקמו על פי ציווי התורה מתקיים רק על ידי תהליך רשמי של נתינת גט, שהיא פעולה הפוכה מפעולת הקניין שבנישואין, ולא די בשינוי הרצון הראשוני. הנישואין יוצרים אפוא מסגרת רשמית.³⁵ וכפי שביאר בתמציתיות רבינו ניסים (לרי"ף קידושין א, א ד"ה האישה) את מהות קניין האישה:

האישה נקנית – לבעלה, להצריכה ממנו גט.

34. להלן נדון במשמעות ביטוי זה, שבימינו יש לו בוודאי משמעות הקשורה בחפצים הנקנים מיד ליד.

35. השופט חיים כהן (ע"א 337/62) כתב כי מכך שעל פי ההלכה ניתן להתגרש, מוכח שהנישואין אינם חוזה מחייב ואינם 'סקרמנט'. יש להעיר כי אדרבה; אכן אפשרות הגירושין מוכיחה שלא מדובר ב'סקרמנט' הנוצרי, אולם הצורך בגירושין כדי לפרק את הנישואין מוכיח באופן ברור כי הם בעלי מעמד של חוזה.

לעובדה זו יש השלכה על קיום יחסים מחוץ לנישואין. גם בבן נח, הבא על אשת איש חייב מיתה,³⁶ אולם אם האישה תטען שהיא כבר אינה אשת איש מאחר שאינה חפצה עוד בבעלה המקורי – אין במעשה הביאה ההוא שום פסול, שהרי אינה עוד אשת איש. כך ביאר הרב חיים דוד הלוי (שו"ת עשה לך רב ח"ב סי' נח) את דברי הרמב"ם הללו:

רצה לומר, שחיי בני אדם קודם מתן-תורה היו הסכמיים ורצוניים מעין הידועה בציבור בזמננו. רוצים – חיים יחד, רוצים – נפרדים, ללא כל פעולה אשר תסמל התקשרות או פירוד. ומן הסתם כאשר צד אחד היה רוצה בפירוד היה מחליט על דעת עצמו לבטל את הקשר שביניהם ודיו בכך. ולכן כאשר בגדה אישה בבעלה, קשה היה להוכיח אשמתה ולחייבה מיתה או את בועלה (שהרי מבואר שגם בני נח מצווים על איסור אשת-איש והוא והיא נהרגים. עיין סנהדרין נ"ז ב), שהלא ברגע שנתפסה יכולה היתה לטעון, שכבר החליטה ליפרד מבעלה ולעזבו, ומן הסתם היו חיי האישות מופקרים.³⁷

לעומת אופן הפסקת הנישואין אצל גויים, בנישואי ישראל, כל עוד לא ניתן גט, האיש והאישה אחוזים בתוך מסגרת הנישואין ללא תלות ברצונם: האישה אינה יכולה לטעון שהיא מבחינתה כבר לא מחויבת לבעלה בגלל שאינה חפצה בכך, והאיש לא יוכל לטעון שאין זיקה חיובית בינו לבין אשתו החוקית בגלל שכבר אינו חפץ בחיים עימה; כל עוד לא ניתן הגט, הוא בעלה והיא אשתו ואינם יכולים להימלט מטענות הדדיות. נביא גם בעניין זה את דבריו של הרב הלוי (שם):

לכן, באה תורה וקבעה פעולת קנין העושה אישה לאשת-איש, והיא פעולת הקידושין, וכן פעולת נתינת הגט המתירה את קשר הנישואין. מעתה מוגדר הוא כל משך זמן היותה אשת-איש וקנויה ברשות בעלה. וכמה מדויקים לפי כל הנ"ל דברי הרמב"ם... שכתב כל תיאור פעולת הקידושין והגירושין, כדי להגדיר משך זמן היותה אשת-איש כאמור (שאם לא כן, מפני מה הזכיר בסוף דבריו "ואם רצה לגרש צריכה גט" במקום זה שעוסק בהלכות קידושין?). בכך קידשה תורה את חיי האישות בישראל, ולכן מברכים "מקדש" עמו ישראל על ידי חופה וקידושין.

36. רמב"ם הל' מלכים פ"ט ה"ה.

37. מופקרים – כלומר, הפקר, במצב של פניות.

אם כן, הנישואין בישראל אומנם מתחילים ברצון הדדי של איש ואישה לבוא בקשרי הנישואין, אולם הם מתקיימים רק על ידי פעולת הנישואין, ובכך כבר אינם תלויים ברצון ההדדי אלא במסגרת משפטית. ולפיכך, גם לביטול הנישואין אין די בהפסקת הרצון של אחד מהצדדים, אלא יש צורך גם בביטול המעמד המשפטי, הנעשה על ידי נתינת הגט, שהוא פעולה ההפוכה לפעולת הנישואין.

זאת, בניגוד לנישואין של בני נח, העומדים רק על הרצון ההדדי. ברצותם – מקיימים, וברצותם – מבטלים.

לאחר הצגת עובדת הנישואין כמעשה בעל אופי רשמי, המבסס את הנישואין על מחויבות מסגרתית בעלת אופי משפטי, ולא רק על רצון, יש לברר מהי התוצאה העצמית של אותה פעולת נישואין. כלומר, מלבד העובדה שיש לה משמעות משפטית מחייבת המצריכה פעולה משפטית הפוכה כדי לבטלה, יש לה גם מהות עצמית. על ידי הגדרתה, נדע מה בדיוק משתנה ביחסי האיש והאישה, משני פנויים בעלי רצון הדדי לחיות יחד, לזוג נשוי בעל מעמד הלכתי-משפטי מוחלט.

בתורה,³⁸ נישואי איש ואישה נקראים "לקיחה". עם זאת, במשנה אחת³⁹ הם נקראים "קניין" ובמשנה אחרת⁴⁰ נקראים "קידושין". מדוע יש הבדלים בשמות פעולת הנישואין, ומה המאפיינים של כל פעולה?

3. הסבר פעולת לקיחה וקניין

לשון "לקיחה" בהקשר הנוגע לענייננו מופיעה כמה פעמים בתורה.⁴¹ בפשטות, ה"לקיחה" היא קירוב ויצירת קשר עם הנלקח. אדם לוקח דבר מה אליו.⁴² מה משמעות לקיחת אישה? הנצי"ב דן בפסוקים "כי יקח איש אישה, ובא אליה" (דברים כב, יג), וכן "כי יקח איש אישה, ובעלה" (שם כד, א), ומבאר (ש"ת משיב דבר ח"ד סי' לה):

...הוא דבר ברור ומושכל ראשון, דמשמעות 'כי יקח איש אישה' הוא למה דמסיים הכתוב: 'ובעלה' או: 'ובא אליה', ולא יותר, מזה למדנו דלזה הפרט היא קנויה לו כמו שפחה לעבודה ולא יותר... דברור

38. דברים כב, יג; כד, א, ה. מצאנו גם לשון הווייה: דברים כד, ב.

39. קידושין פ"א מ"א.

40. קידושין פ"ב מ"א.

41. דברים כב, יג-יד; כד, א, ה.

42. וכן: "ולקחתי אתכם לי לעם" (שמות ו, ז), "ואני הנה לקחתי את הלוויים... והיו לי הלוויים" (במדבר ג, יב), ועוד.

לחז"ל שאין לבעל שום זכות מן התורה באשתו יותר מענייני אישות והשייך לה, והוא הפרת נדריה שבינו לבינה או עינוי נפש שנוגע לאישות.

כלומר, הלקיחה היא הזכות לחיי אישות. זו חובה על האישה, ולכן הנצי"ב משתמש בלשון הקשה: "קנויה לו כמו שפחה לעבודה", כאשר כוונתו היא שכפי שהשפחה מחויבת לעבודה, כך האישה מחויבת לחיי אישות. עם זאת, ודאי שאין הבעילה מותרת אלא לרצון האישה,⁴³ והבעל חייב להתחשב בה כשהיא מסרבת; מדובר כאן על כך שאין לה רשות לחסום לגמרי את האפשרות לחיי אישות.⁴⁴

זו אינה רק חובה על האישה, אלא גם חובה על האיש. על פי ציווי התורה, הבעל חייב לזון את אשתו, לדאוג לצורכי הביגוד שלה, ולקיים עמה יחסי אישות.⁴⁵ אי מילוי אחת מחובות אלו מצד הבעל גורם לכך שיתחייב לגרש אותה ולתת לה את סכום כתובתה.⁴⁶ כך שאומנם האדם נושא אישה מתוך **רצונו**, והאישה נישאת מתוך **רצונה**, אולם משנישאו, האיש חייב מן התורה בדאגה לצרכיה, ומילוי **חובות** אלה הוא בסיס להמשך קיום הנישואין. אולם, בעוד אדם יכול לפרנס גם אישה אחרת (שאר וכסות), קיום יחסים גופניים אסור למעשה עם כל אישה (לאור האיסור על פנויה, וחרם דרבנו גרשום האוסר לשאת אישה שנייה), ומתאפשר רק במסגרת הנישואין המונוגמיים.

עד כאן בנוגע לביטוי "לקיחה", שמשמעותו קירוב ויצירת קשר וזיקה. בנישואין, אלה הם המרכיבים המאפשרים, ואף מחייבים, את יחסי האישות.

נעיין בדברי רבותינו לגבי הביטוי "קניין".

כך כותב המלבי"ם בפירושו לתורה (ויקרא פרק כב אות פז):

הקנין אינו מציין דוקא הנקנה ע"י מכירה, שעל זה הונח פעל 'כרה'... אבל פעל 'קנה' מציין מה שנעשה שלו בכל אופן שיהיה... ומצד זה, גם האישה היא קניינו, ופעולת הקנין מצוין בשם 'קִיחָה': "כי יקח

43. עי' רמב"ם הל' אישות פ"ט ה"ז: "ולא יאנוס אותה ויבעול בעל כורחה, אלא לדעתה, ומתוך שיחה ושמחה". שו"ע אה"ע כה, ב: "ולא יבעול אלא מרצונה, ואם אינה מרוצה – יפייסנה עד שתתרצה".

44. שו"ע אה"ע עז, ב.

45. רמב"ם הל' אישות פ"ב ה"א-ה"ב. וכן הוא בשו"ע אה"ע סט, א-ב. אלא שהרמב"ם חילק בהדיא בין חיובי דאורייתא לתקנות רבנן.

46. רמב"ם הל' אישות פ"ב הכ"ג, פ"ג ה"ח, פ"ד ה"ו; שו"ע יו"ד רלה, א-ג; אה"ע עג, א; ושם עו, ט.

אישה", שע"י שלקחה – קונה אותה, וכמו שכתוב בריש קדושין, דקיחה אקרי קנין. ומוסיף בפירושו לנביאים (ביאור המילות, הושע פרק ג): שהקנין יהיה גם בלא מוכר כמו הלוקח אישה בקידושי שטר וביאה וקונה אותה.

ועל כך כותב גם בעל 'תורה תמימה' (ויקרא פרק כב הע' נ): שם קנין יונח על כל דבר הבא לו לאדם בזכות, לא רק במכירה בתשלום כסף, וכמו "קונה שמים וארץ", "אשת המת קנית"; והוי בכלל זה גם קנין אישה.⁴⁷

מדברי הגמרא (קידושין ב, א) עולה שיש זהות בין הביטוי "לקיחה" לביטוי "קניין",⁴⁸ באשר הפסוקים מלמדים שיש זהות בין המושגים.⁴⁹ ההעדפה של המשנה לשימוש דווקא בלשון קניין ולא בלשון לקיחה היא רק מסיבה לשונית, שכן בהמשך המשנה מובאות דרכים שבהן האישה קונה את עצמה, ונוח יותר לומר כך מאשר לומר שלוקחת את עצמה.⁵⁰

*

אני מוצא חובה להתייחס לעניין נוסף במושג ה"קניין". למושג זה יש משמעות מעולם הרכוש וברצוני לשלול הבנה זו.

כך הם דברי הגמרא המבררת לשונות של גירושין (קידושין ו, ב): אמר לה לאשתו: 'הרי את לעצמך' – מהו? מי אמרינן, למלאכה קאמר לה, או דילמא לגמרי קאמר לה? א"ל רבינא לרב אשי, ת"ש: דתניא, גופו של גט שחרור: הרי אתה בן חורין, הרי אתה לעצמך; השתא, ומה עבד כנעני דקני ליה גופיה, כי אמר ליה: 'הרי אתה לעצמך' – לגמרי קאמר ליה, אישה דלא קני ליה גופה, לא כל שכן?⁵¹

47. מובא בהרחבה לקמן, הע' 52.

48. ושם: "גמר (=למד) 'קיה' 'קיה' משדה עפרון. כתיב הכא, 'כי יקח איש אישה', וכתוב התם, 'נתתי כסף השדה קח ממני'. ו'קיה' איקרי 'קנין', דכתיב, 'השדה אשר קנה אברהם'. אי נמי, 'שדות בכסף יקנו'."

49. במאמרו, "קידושי כסף – קניין הנלמד משדה עפרון", הודפס בחוברת "מודעין לתורה – קידושין", סיוון ה'תשס"ח, עמ' 7-11, עוסק הרב אליעזר שינוולד בדברי רש"י ותוספות ובדברי האחרונים עליהם בנוגע לעניין זה. ומכל מקום, לכל היותר יש הדגשה של הצד החיובי (לשון התחיבות) בביטוי 'קניין'.

50. קידושין שם, תוספות ד"ה וכתוב.

51. ובאופן דומה, גיטין עז, א: "נהי דקני ליה למעשה ידיה, ידה גופה מי קני ליה?".

אם כן, הגמרא מחלקת בין עבד כנעני שקנוי קניין הגוף לאדונו, לבין אישה שאינה קנויה קניין הגוף לבעלה.⁵² כך שבוודאי אין האישה קנויה קניין הגוף לבעלה. בעיקרון זה משתמשים הראשונים פעמים מספר.⁵³ מתוך האחרונים, נביא את דברי הנצי"ב החדים וברורים (שו"ת משיב דבר ח"ד סי' לה):

מן התורה הן אין לאיש על אשתו שום קניין כי אם לאישות בלבד, אבל זולת אישות אין לבעל שום קניין.⁵⁴

את ההבנה הזו חידדו בעלי התוספות, שהדגישו כי מהות הקשר בין אישה לבעלה אינו של עבדות לעומת חירות. הגמרא (קידושין ו, ב) אמרה כי לשחרור עבד ניתן לומר: "הרי אתה בן חורין", או: "הרי אתה לעצמך". הגמרא הסיקה, כאמור, כי אם לשון "הרי אתה לעצמך" מועילה בשחרור עבד, שגופו קנוי לאדונו, כל שכן שלשון זו תועיל לאישה, שאין גופה קנוי לבעלה. לעומת זאת, הגמרא אמרה באופן מוחלט כי לשון "הרי את בת חורין" אינה מועילה בגט לאישה. מדוע אין לימוד קל וחומר מעבד לאישה, גם בנוגע ללשון "הרי את בת חורין", ולא רק בנוגע ללשון "הרי את לעצמך"? הסבירו התוספות (שם, ד"ה אישה):

אף על גב דגבי 'הרי את בת חורין' לא מהני מקל וחומר, היינו משום דלא שייך חירות באישה, ולא עביד קל וחומר אלא מלשונות דשייכי הכא והכא.

52. אכן, האישה גם מכונה "קניין כספו" בהקשר לאכילת תרומה (קידושין ה, א), אולם אין הכוונה לקניין הגוף. וכך כותב הנצי"ב (שו"ת משיב דבר ח"ד סי' לה): "ומה שכתוב בתורה כי הוא קנין כספו, וכן מה שנמצא דאשתו של אדם הוי כעבדו ושפחתו, הכוונה כמו עבדו ושפחתו, הכוונה למעשה ידיהם".

על כך מוסיף התורה תמימה (ויקרא פרק כב הע' נ): "ענין קניית עבדים, פשוט הוא דיליף מ'קנין כספו', ונישואי אישה יליף משום כי שם 'קנין' יונח על כל דבר הבא לו לאדם בזכות, לא רק במכירה בתשלום כסף, וכמו קונה שמים וארץ (בראשית יד, יט), אשת המת קנית (רות ד, ה), והוי בכלל זה גם קנין אישה. אבל אין לומר דאישה הוי קנין כספו ממש כמו העבד, שהרי בעבד הדין מה שקנה הוא קנה רבו קנין מוחלט, ובנכסי אשתו אינו קונה כי אם לפירות, וגם קנין פירות אינו מדאורייתא רק מתקנת חכמים".

יש מי שרצה להסיק מדברי הרא"ש בתוספותיו (כתובות ב, א ד"ה נסתחפה) שהאישה נקנית בקניין ממוני, מאחר שהוא משתמש שם בביטוי "קנין כספו". אולם מביאורו של הרא"ש על האזכור המקורי של הלימוד "קנין כספו" (תוספות הרא"ש קידושין ה, א ד"ה והאי) עולה בבירור שאין כוונתו לקניין הגוף ממש.

53. רמב"ן (גיטין ט, א ד"ה אבל זו); רשב"א (קידושין ג, א ד"ה למעוטי); רבינו אברהם מן ההר (נזיר סב, ב ד"ה ומשלים נזירותו).

54. ועי' בדברי הרב יעקב אריאל (שו"ת באהלה של תורה ח"א סי' עה אות ד; יושב אוהלים שיעור יז אות ו), שדן בחקירה אם הקידושין הם איסור או קניין.

כלומר, לשון "חירות" אינה שייכת באישה מאחר שמהות הקשר שלה לבעלה אינה דומה כלל ועיקר לשעבוד של שפחה כנענית, שגופה שייך לאדון, אלא נמצאת במישור אחר, של "קניין אישות", ולכן המונח "חירות" אינו מתאים ביחס אליה. ההיגיון של "קל וחומר" שייך רק כאשר משתמשים במינוח המתאים גם לעבד וגם לאישה. הצד השווה שבהם הוא רק עצם הזיקה והמחויבות כלפי האדון, או הבעל, ובזה שייך המינוח "לעצמך", שמשמעותו יציאה מאותה מחויבות. אולם הגדרת המחויבות כשעבוד במובן של היפך החירות, שייכת אך ורק בעבד, ולא באישה, שהיא, כאמור, מתקשרת לבעלה באופן הייחודי של הקידושין.⁵⁵

כך מסכם זאת הרב אליעזר שינוולד:⁵⁶

הדרך הטובה ביותר לעמוד על המיוחד שבקניין אישה לבעלה הוא לעמוד על השוני בינו לבין קניין של חפץ רגיל ע"י מכר. קניין אישה לבעלה שונה באופן מהותי מקניין חפץ במכר, לא רק משום שאישה אינה חפץ שנקנה אלא גם משום שקניין זה יוצר זיקה ומחויבות בתחום צר, לאישות בלבד. בשאר התחומים לא חל שינוי במעמדם לאחר מעשה הקניין. קניין ייחודי זה אינו יכול להילמד, אא"כ יש פסוק מן התורה ממנו יתחדש. פסוק זה, "כי יקח איש אישה ובעלה", מחדש באמצעות גזירה שווה⁵⁷ שמדובר על זיקת קניין ("קִיחָהּ" אקרי קניין) בין איש לאישה, למרות שלא מדובר פה על חפץ כלל.

*

נסכם ונאמר כי משמעות "לקיחה" ו"קניין" הוא יצירת החיוב ההדדי בין האיש לאישה בנוגע לתחום האישות, כמו גם חיובים נוספים על האיש לפרנס את אשתו.

4. הסבר פעולת הקידושין

לשם ברור המינוח השלישי, שואלת הגמרא (קידושין ב, ב) מדוע המשנה בתחילת הפרק השני של המסכת עוזבת את הלשון "האישה נקנית", המוזכרת

55. עסק בכך בהרחבה הרב זאב שמע במאמרו "ודבק באשתו" (שיח זכויות מול מוסר יהודי – המחויבות ההדדית ליחסי אישות כמקרה מבחן), פרק ו, 4.

56. במאמרו "קידושי כסף – קניין הנלמד משדה עפרון". הודפס בחוברת 'מודעין לתורה', סיוון ה'תשס"ח, עמ' 12.

57. לימוד הגמרא שמסיק זהות בין המושגים "לקיחה" ו"קניין".

בתחילת הפרק הראשון, ונוקטת לשון "האיש מקדש". הגמרא משיבה שבתחילה ננקטה הלשון המופיעה בתורה (מה שמחזק את הטענה כי אין הבדל של ממש בין "קִיחָה", שמופיעה בתורה, ל"קִנְיִין" שבמשנה), ולאחר מכן ננקטה לשון של חכמים. אין הכוונה שקידושין אלו תקפים רק מדברי חכמים, אלא שחכמים חידשו שפה נוספת, על ידה ניתן לקדש מן התורה. מתוך כך מבררת הגמרא את משמעותה של לשון חכמים, ועונה:

דאסר לה אכולי עלמא כהקדש.

כלומר, חכמים חידדו בלשונם את היחס שמעשה הקניין יוצר בין האישה הנקנית לבין שאר העולם. על ידי הקניין, האישה אסורה על כל העולם, כפי שהקדש אסור על כל העולם. על כך כתבו בעלי התוספות שם (ד"ה דאסר לה):

"דאסר לה אכולי עלמא כהקדש" – והרי את מקודשת לי, כלומר: להיות לי, מקודשת לעולם בשבילי, כמו: "הרי הן מקודשין לשמים" – להיות לשמים.

ופשטא דמילתא "מקודשת לי" – מיוחדת לי ומזומנת לי. ומיהו, אם היה אומר: "טלית זו מקודש לי" – אין נראה שיועיל, דגבי אישה, במה דמתייחדת להיות לו היא נאסרת לכול, אבל בכיכר וטלית לא שייך למימר הכי.

דברי התוספות נחלקים לשלושה חלקים, ונבאר אותם. בתחילה מסבירים בעלי התוספות את לשון "הרי את מקודשת לי", שהיא היישום של לשון חז"ל, האיש "מקדש". למעשה, התוספות עונים על קושי גדול: אם מהות לשון "מקודשת" היא אסורה על העולם, אזי לשון "מקודשת לי" אינו ברור, כי היה על המינוח להיות: "מקודשת לעולם"⁵⁸ ומיישבים התוספות, שאכן יש שני צדדים לקידושין: הצד הראשון, הוא "לי" – "בשבילי", ורק מכוח זיקה זו האישה נאסרת על כל העולם. ומביאים את הלשון מהמשנה במסכת נדרים (פ"ה מ"ו): "הרי הם מקודשים לשמיים", שם אדם הקדיש חצר וסעודה לשמיים, כלומר להקדש. הכוונה היא שהם מותרים לשמיים, ומתוך כך אסורים לכולם. ואם כן, האיסור של האישה לשאר העולם הוא תוצאה של מצב אחר, והוא הקניין והזיקה שיש ביניהם. בתוספות הרא"ש (קידושין ב, ב ד"ה דאסר לה) מובאים דברי הרמ"ה שסידר באופן זה את שלבי התהוות הקידושין:

אף אישה זו – כיון שנתקדשה, הותרה לבעלה ונאסרת לאחרים.

וכן כתב העצמות יוסף (קידושין ב, ב ד"ה תוספות דאסר לה):

58. חידושי הרא"ה לכאן, ד"ה דאסר לה; מהר"ם מלובלין לכאן, ד"ה דאסר לה.

ואם כן, השתא פירוש הדברים הכי הוּ: הרי את מקודשת ואסורה כהקדש לעולם, בעבור היותך מיוחדת לי.
באופן זה הסביר גם החזון איש (קידושין סי' קמח, ד"ה תוד"ה דאסר) את דבריהם של בעלי התוספות:

...וכשאנו מכנים את האיסור בלשון 'הקדש', הוא על שם שהאיסור נעשה על ידי שהופרש והוזמן לתעודתו, והלכך, גם לעניין איסור אשת איש, ראו חכמים לשון נאות לשון 'מקודשת', שמורה שאסורה לכולי עלמא על ידי הפרשה והזמנה לאחד.

בחלק השני של דבריהם ביארו שפשט הלשון "מקודשת לי" הוא "מיוחדת לי ומזומנת לי". ונראה שכוונתם להסביר מדוע אין הלשון "מקודשת לעולם בשבילי"; כי לשון "מקודשת לי" מכילה את שני הצדדים: הצד הלשוני הפשוט של מיוחדת לי, והצד המהותי של הקדש.⁵⁹ עוד אפשר לומר שלפני תקנת חכמים הייתה הלשון הפשוטה "מקודשת לי" בהקשר של מיוחדת לי, ולאחר תקנת חכמים נשאר אותו מטבע לשון, אך עם משמעות מחודשת.⁶⁰

בחלק השלישי של דבריהם, סייגו התוספות ואמרו שאם אדם אמר על חפץ שהוא מקודש לו, אין זה הופך את החפץ לאסור על כל האחרים, שהרי אפשר שחפץ יהיה מיוחד עבור אדם אחד, ובכל זאת יהיה מותר גם לאחרים להשתמש בו, אבל באישה, עצם היותה מיוחדת לאיש אחד הופך אותה באופן מיידי לאסורה על כל העולם.⁶¹

נסכם את העולה מדברי התוספות והבאים בעקבותיהם: חכמים בחרו בלשון "מקודשת" כדי להדגיש עיקרון שעומד ביסוד הנישואין: הנישואין מתירים את האיש ואיש ביחסי אישות, ובו בזמן אוסרים יחסי אישות עם כל אדם אחר. הסבר ה"בו בזמן" הזה הינו שמאחר שמקודשת ומיוחדת לי, היא אסורה כהקדש לכל העולם. יש כאן יחס ברור של סיבה ותוצאה, וממילא עולה כי העיקר הוא "לי", מיוחדת עבורי, וכדי לקיים, ואפילו לאפשר, את המיוחדות הזו, היא הופכת לבלעדיות: "מקודשת".

אנו למדים מכאן עיקרון חשוב ויסודי: אשת איש אסורה על שאר העולם בגלל שהיא מותרת לבעלה;⁶² אין האיסור עומד בפני עצמו כדי להגביל, רק

59. חידושים המיוחסים לרא"ה, קידושין ב, ב ד"ה דאסר לה; זרע יצחק קידושין דף ב עמ' ב, ד"ה בד"ה אסר לה.

60. חידושי הב"ח לקידושין ב, ב, ד"ה ומאי (הודפסו בש"ס הוצאת עוז והדר).

61. תוספות הרא"ש, שם.

62. מצב יוצא דופן להגדרה זו הוא אישה ארוסה, כלומר אישה שהתקדשה לאיש אך טרם נישאה לו (ההבדלים שבין מצב ביניים זה לבין אשת איש גמורה באים לידי ביטוי בדיני כתובה, עונש על

לצורך ההגבלה; ההגבלה היא רק תוצאה של הקשר והזיקה שנוצרה בין בני הזוג,⁶³ וזיקה זו מתקיימת אך ורק כאשר היא בלעדית ומוחלטת, וכל כוחות החיים מופנים פנימה, לבניית הבית. במילים אחרות, אין בין בני זוג נישואין כלל כאשר מראש יש עיקרון המאפשר יחסים גופניים עם אדם אחר. כל עצמם של הנישואין הוא הפסקת קשר אישי ופנימי עם כל העולם, כדי לבנות קשר אישי, אמיתי, אינטימי, בין איש ואשתו.

עיקרון זה בא לידי ביטוי בדין נוסף, שנפסק בשו"ע (אה"ע לח, לט): אבל אם אמר לה (=לאישה): הרי את מקודשת לי על מנת שתהיה מותרת לפלוני – הרי זו מקודשת, ותהיה אסורה עליו (=על אותו פלוני) כשאר העם, מפני שהתנה בדבר שאי אפשר לקיימו. בקידושין שמתנים מראש שאין האישה אסורה על כל העולם – אין התנאי קיים מאחר שהוא בלתי אפשרי. התורה אוסרת דבר כזה בגלל שהוא אינו קיים

ביאה אליה, חיוב מזונות במקרים מסוימים, אנינות ואבלות, ועוד). אומנם מהתורה היא מותרת לבעלה ואסורה על כל העולם, אך חכמים אסרו עליהם יחסי אישות (כאיסורי ייחוד בפנייה והדומים להם, שנועדו למנוע פריצות. כך משמע משטמ"ק, כתובות ז ב, ד"ה משמע), כך שבפועל היא אסורה הן על בעלה והן על כל העולם. עי' רמב"ם הל' אישות, פ"ה ה"א; שו"ע אה"ע סי' נה; אנציקלופדיה תלמודית, כך ב, ערך ארוסה.

63. יש לציין כי הגדרה זו נתונה במחלוקת למדנית בעולם הישיבות: יש הסוברים כי מהות הקידושין היא ההיתר הייחודי של האישה לבעלה, והאיסור שלה על כל העולם הוא תוצאה של היתר זה. ויש הסוברים שההיפך הוא הנכון, והאיסור לכל העולם הוא מהות הקידושין, כאשר ההיתר לבעלה הוא פועל יוצא של איסור זה. אולם נראה כי הדעה הראשונה, והיא זו שהובאה למעלה, היא העיקרית יותר: כך נראה מפשט דברי התוספות והרא"ש (בעיקר מדברי הרמ"ה שהביא) שהובאו לעיל, וכן באחרונים שהובאו לעיל (עצמות יוסף, חזו"א), כמו גם בדברי אחרונים אחרים, מהם הזרע יצחק (קידושין ב ב, ד"ה בד"ה דאסר לה), הר"ש אלישיב (בהערות למסכת קידושין, ב ב, ד"ה דאסר לה), ועוד. כך נראה גם מדברי האג"מ (אה"ז ח"א, פה) שכתב "דנאסרת במה שמתייחדת להיות לה", ומה שכתב שם כמה פעמים, שעיקר קידושין הוא במה שנאסרת על כל העולם, כוונתו שזה חלק חיוני מהקניין, ומעכב.

הדעה החולקת נראית משנית יותר: אפשר שקצת משמע כן מדברי הרא"ה שכתב "שאוסר אותה לעלמא ומתיר אותה לו". באחרונים, בדרך המלך על הרמב"ם (הל' אישות פ"ז ה"ט ופ"ט ה"א; הל' גירושין פ"ב ה"ד) כתב בהדיא שמתוך שאסורה אכ"ע, מותרת לו, וכן כתב בעקידת יצחק (דברים סי' פח, ד"ה ואתחנן), שהקידושין, עיקרם לאסור על כל העולם; לדעתו, ההיתר של האישה לבעלה תלוי בכך שלא תהיה זו ביאת הפקר, וההתייחדות לו נעשית ע"י הטלת איסור על כל העולם. בשו"ת דברי יציב (אה"ע סי' נה) כתב דהא בהא תליא. ואולי זו כוונת השרידי אש (קידושין סי' יט). ועי' שו"ת באהלה של תורה ח"א סי' עה אות ה.

במציאות; קידושין שמאפשרים חיי אישות בין איש לאשתו ולא מגבילים זאת על העולם החיצוני – אינם קיימים.⁶⁴

אם כן, הנשואה נקראת "אשת איש" והיא אסורה על העולם והעולם אסור עליה. לאיש אכן מותר מדין תורה לשאת נשים נוספות כאשר הוא יכול לספק לכל אחת את כל צרכיה,⁶⁵ אבל כבר גזרו חכמינו ואסרו זאת, כך שגם האיש אסור באחרת.⁶⁶

בכך, מקיימים בני הזוג את דברי התורה, בנוגע לעזיבת הבית ודביקה זה בזו. כדברי הראב"ד:

ועל כן אמר האדם בראותו אותה וכאשר ידע כי ממנו נלקחה, "על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו" (בראשית ב, כד), כלומר: ראויה זו שתעמוד אצלי תמיד, ואני אצלה, והיינו לבשר אחד.⁶⁷

64. עם זאת, חשוב לציין כי אם אדם אמר לאישה: "הרי את מקודשת לי חוץ מפלוני", כלומר שלא בתנאי, אלא שהקידושין לא מקיפים את פלוני והיא מותרת לו, נחלקו ראשונים: לדעת רש"י (גיטין פב ב, ד"ה הדר פשטה), ריטב"א (שם, ד"ה בא ראובן), וכתב כן גם בשם רבו הרא"ה, הר"ן (לרי"ף גיטין מג, ב ד"ה גרסינן) והטור (אה"ע סוף סי' לח), אינה מקודשת, כי קידושין צריכים להיות מוחלטים מעצם היותם (ריטב"א: "וכיון דלא אהנו קידושי שמעון למיסרה אמאן דשריא ליה – לאו קידושי ניהו"). וכן נראה מפסקי הרא"ש (קידושין פ"ט סי' א), שהביא רק דברי רבי אבא ולא דברי אב"י בעניין קידושין, וכן כתב בנו בקיצור פסקי הרא"ש. לעומת זאת, לדעת הרמב"ם (הל' אישות פ"ז ה"ג) היא מקודשת מספק, וכן פסק השו"ע (שם). המגיד משנה והגר"א ביארו שזה בגלל הבנה מסוימת בלשון אב"י בסוגיה, וכתב האג"מ (אה"ע ח"א סי' פה) שהסברה לכך היא שמא בקניין כל דהו סגי להו. וכן נראית דעת הרשב"א (גיטין פב, ב ד"ה הא), וכתב במפורש שדעת ר' יוחנן במסכת קידושין (ס, א) היא שבקניין כל דהו סגי, ושהלכה כמותו.

אולם, אין הדברים סותרים כלל את העיקרון הנ"ל. גם הרמב"ם, הרשב"א והשו"ע צריכים חילוק בין קידושין על תנאי של היתר, שלכולי עלמא לא מועילים, לבין קידושין חוץ מ-, שאפשר שמועילים: והחילוק הוא שלעולם, הקידושין עצמם לא משאירים שום היתר לאדם אחר; רק כאשר אדם מקדש באופן זה שהקידושין לא יחולו, מעיקרא, על פלוני, מתעורר הספק שמא מקודשת. ואם כן, לכל הדעות, עצם הקידושין אוסרים על כולם.

ומכל מקום, כתב על כך החשוקי חמד (גיטין פב, ב) שאם מקדש אישה ומתיר לה לחיות עם מי שתצאה, נראה שאינה מקודשת כלל אפילו לספקו של הרמב"ם, משום שאין כאן קניין כלל, ע"פ מ"ש האג"מ. ומ"מ לא רצה לפסוק כך בהדיא.

65. שו"ע אה"ע א, ט. כלומר, אם האישה הראשונה תיפגע מכך שבעלה נישא לאישה אחרת, לא יהיה מותר לאיש לשאת את האישה השנייה. כדי להבין את כוונת התורה בדיון זה, יש צורך בעיון שאינו שייך לענייננו.

66. שו"ע אה"ע א, ט-יא.

67. הקדמה לבעלי הנפש.

5. הגדרת הנישואין: חובה הדדית

הנישואין הם אומנם פרי רצון משותף של בני הזוג, אך הם נכנסים מייד למסגרת מחייבת. חובה זו היא כפולה, וחלקיה אחוזים זה בזה: יש גם זכות וגם חובה הדדיים לחיי אישות, וכתוצאה מכך יש איסור מוחלט על קשר גופני עם אחר. הטרמינולוגיה של התורה ושל חז"ל מביאה לידי ביטוי צדדים אלו: ה"לקיחה" וה"קניין" מבטאים את הקניית הזכות לחיי אישות, וה"קידושין" מבטאים את הבלעדיות לזכות זו; הבעל והאישה מחויבים זה לזה ומשאירים את העולם החיצון מחוץ לתחום האישות שלהם.⁶⁸

אכן, חיי הנישואין נוטלים במידה רבה את החופש מכל אחד מבני הזוג;⁶⁹ אין עוד רשות לחפש או לאפשר פיתוח קשרים חברתיים עמוקים עם אדם אחר במגמה לקיים עימו יחסים גופניים. אולם, כפי שעלה מהעיון בלשון "מקודשת", ראינו כי "שלילת חופש" זו נובעת מהמטרה של חיי הנישואין: יצירת קשר בלעדי בין הבעל לאישה. הנביא מכנה זאת במילים 'חברות' ו'ברית', כשהוא אומר (מלאכי ב, יד): "והיא חברתך, ואשת בריתך". לצורך סיבה עילאית זו נשלל החופש, וזו נקודת ההבדל בין התפיסה המערבית לבין תפיסת התורה.

אפשר לומר שבשלילה "פרימיטיבית" זו מרוויחים דבר גדול מאוד: את החירות לבנות בית שיש בו ביטחון לכל אחד מבני הזוג; הבעל בטוח בכל לבו כי אין לגיטימציה ל"תחרות" ואין "פזילות" של האישה לאחרים, והאישה יודעת בידיעה ברורה וחלוטה כי בעלה שייך לה ומחויב לה, ואין לו שום רשות ושום לגיטימציה הלכתית "לרעות בשדות זרים".⁷⁰

68. בהקשר רחב של בלעדיות זו, כתב הב"ח: "ורבנן תיקנו דלימא דלימא לכתחלה 'מקודשת לי' בדווקא, לאורויי דאסר לה אכולי עלמא כהקדש, דאסור ליהנות ממנה במראה עיניים או בנגיעת יד ליד לא ינקה" (חידושי הב"ח קידושין ב, ב, ד"ה דאסר).

69. הערת העורך (ע"א): אומנם מדין תורה מותר לגבר לשאת כמה נשים, אולם חרם דרבנו גרשום, שנתקבל על כל ישראל, אוסר זאת. ומקורות רבים מצביעים על כך שגם בזמן שהפוליגמיה הייתה מותרת בישראל ברמה הפורמלית והמעשית, התורה שללה זאת ברמה הערכית העקרונית. עמד על כך, בין השאר, אמ"ר, הרב יעקב אריאל, במאמרו "המונוגמיה המוחלטת", בספרו "מאהלי תורה", ח"א סי' כו (דרשה לפרשת ויצא).

70. יש להזהר מן הצד השני של המטבע – השאננות בקשר, שעלולה להתפתח מתוך תחושת הביטחון, כאשר הדבר החשוב ביותר לטיפוח הקשר הזוגי לאורך זמן הוא העבודה המשותפת. עמדו על כך הרב עזריאל אריאל ועו"ס חדווה אריאל במאמרים: "דרושה אהבה; בין רומנטיקה לתודעת 'אנחנו'", התפרסם בספר: "משפחה – מפעל חיים", בעריכת חיים ברנסון (ידיעות ספרים, 2019), עמ' 434 ואילך.

לאור זאת, ניתן להבין את הפסיקה של ההלכה היהודית: איש או אישה נשואים, שקיימו יחסים גופניים עם אחר, פירקו את עצמותם של הנישואין, והעושה כן מאבד את זכויותיו שעמדו לזכותו כתוצאה מהיותו במערכת הנישואין.

ג. השוואה בין העמדות

במרכז פסיקת בתי המשפט ניצב הערך היסודי של **זכות** הפרט לעצב את חייו בהתאם לרצונו, כפי שבא לידי ביטוי ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". גם מערכת הנישואין אינה מגבילה חירות זו, כך שקשר הנישואין עומד רק על יסוד הרצון. מייד כאשר רצון זה נעלם, או מפנה מקומו לרצון אחר, עז יותר, מערכת הנישואין חדלה מלהתקיים. בכך **נמנע המשפט מהגדרת קשר הנישואין כהתחייבות, מאחר שהתחייבות זו מצמצמת את חירותו של הפרט;** בהתחייבויות ממוניות ניתן לצמצם חירות, אך לא בהתחייבויות מבוססות רצון ורגש. במילים אחרות, אין בכוחה של החירות ליצור דבר שהחירות עצמה תהיה כפופה לו. מחמת צורך, אדם יכול לחתום על חוזה ולאבד חירות מסוימת במידת מה. אולם, אם חירותו מביאה אותו להיכנס לקשר, אין הקשר הופך לגדול יותר מהזכות שחוללה אותו. קשר הנישואין כפוף לזכות לחירות.

לעומת זאת, דעת תורת ישראל היא שהרצון לחיי נישואין הוא נקודת הפתיחה, אולם הנישואין עצמם הם אכן מסגרת מחייבת גם מנקודת מבט הלכתית, לא רק מוסרית. הרצון, החירות, יצרו דבר חדש, הגדול יותר מהחירות ומהרצון שיצרו אותו: הם יצרו מסגרת משפטית. מסגרת זוגית זו מסתיימת רק בפעולה רשמית, אובייקטיבית, של גירושין, או, חלילה, פטירה.⁷¹ במסגרת מחייבת זו יש מחויבות הדדית הלכתית: מחויבות זה כלפי זה, וכתוצאה מכך מחויבות של הימנעות מקשרים גופניים ורגשיים עם כל אדם אחר. נמצא שהזכות לחירות אינה קיימת במלואה אצל האדם הנשוי, במובן זה שאין הוא רשאי לפתח קשרים עם אדם אחר, ואם יעשה זאת תהייה לכך השלכות שליליות.

71. יש לציין כי הקשר הזוגי לא מתנתק מכול וכול גם לאחר סיומו הפורמלי המתיר לכל אחד מבני הזוג להינשא לאחר. איסורי עריות קיימים גם כלפי קרובי בן הזוג שנפטר (למעט נישואין עם אחות אשתו). כאשר מדובר בבני זוג גרושים, במקרים רבים נותר ביניהם "קשר דם" באמצעות לדיהם המשותפים, חלה עליהם מצוות "מחזיר גרושתו" מלכתחילה, והאיסור לעשות כן אם הגרושה נישאה בינתיים לאחר, ובכל מקרה הבעל אסור באחותה.

התבאר גם ההיגיון שמאחורי תפיסה זו: שלילת חירות זו אינה שלילה רק לשם השלילה. שלילה זו קיימת כדי לקיים ולחזק את הקשר שבין בני הזוג, כפי שעולה ממשמעות הלשון "מקודשת לך", כאמור. נמצא שהמחויבות להימנע מקשר עם אחרים נועדה להפנות את המשאבים פנימה, את כוחות הנפש ואת כוחות הגוף, ולאפשר בנייה של מערכת זוגית יציבה וטובה. דווקא משום שמדובר ברגשות, וביותר מכך – בעולמו הפנימי של בן הזוג ושל הבית כולו – יש צורך בשלילה מוחלטת של חופש זה. כשכל אחד מבני הזוג יודע ש"אין לו מה לחפש במקום אחר", וכל אחד יודע שגם האחר יודע זאת בכל מאודו, מתגלה מרחב פנימי אדיר של ביטחון ונחת, ליצירת קשר אמיתי. ואולי זה החופש הגדול יותר, הראוי להיקרא חירות.

אפשר לומר זאת כך: השופט עמית אמר, כאמור, כי ההתחייבות בין בני זוג לקבל על עצמם את האיסור של "לא תנאף" היא במישור החברתי-מוסרי-דתי, אך אין לייבאה אל תוך המשפט;⁷²

ואילו ההלכה היהודית עושה בדיוק את הדבר הזה: מכניסה את החובה הזו (שהיא רחבה יותר מאיסור "לא תנאף", שמשמעו איסור קיום יחסים רק עם אישה נשואה) למערכת הלכתית-משפטית מחייבת, שמשמשת כאמצעי חיוני לבניית חיי אהבה יציבים ועמוקים, יותר מאשר "חרב התלויה מעל מיטת בני הזוג", כאילו זהו איום נורא המסכן (!) את חירות הפרט. כפי שנטען לעיל, אדרבה – על ידי ההתחייבות ההדדית כלפי חוץ וכלפי פנים, וללא חשש ל"פזילות" הצידה, מתאפשרת החירות האמיתית לבנות בית נאמן. בעיני תורת ישראל, דווקא אותה אפשרות להתפתחות קשרים אינטימיים אחרים, היא עצמה "חרב התלויה מעל מיטת בני הזוג". נדמה שדווקא הזכות לחירות "בולעת" את הזוגיות ואינה מאפשרת לה להכות שורש במלוא חירותה.

גם ביחס לטענתה האמורה לעיל של פרופ' נילי כהן, כי "מחוזות רוחניים או נפשיים נמצאים מחוץ לתחומם המסורתי של דיני החוזים", נענה ונאמר בדיוק באותו משקל כי דווקא בגלל גדולתם של מחוזות אלו, הם מוצאים עיגון בתחום ההלכתי-משפטי. הנישואין הם אכן חוזה ויוצרים חובות, ובכך החירות לפעול על פי כל רצון נדחקת בסדרי העדיפויות. אלא שכאמור, זו הגבלה לצורך הגדלה. זו הגבלה כדי לקיים את הרצון הראשון, המקורי, שיצר את הנישואין: לחיות חיים מלאים ועשירים עם בן הזוג. הרצון זקוק למחויבות כדי לממש

72. ע"א 8489/12. עי' לעיל, פרק א, 2.

עצמו ולהוציא עצמו אל הפועל במלוא כוחו. אכן, כתבה פרופ' נילי כהן כי מגמת החוק הינה לרופף את הקשר הפנימי. בכך, מתקיים מעין אבסורד, שבחוזים הממוניים, שמשמעותם קטנה משל הנישואין, יש התחייבות על פי חוק, ואילו בנישואין, שמהותם עמוקה מני ים, אין עוגן התחייבותי, מאחר שאין מחויבות בעולם של רצונות.

מערכת המשפט מגבילה את ערך החירות במקום שראוי לעשות כן.⁷³ מסתבר אפוא שרבים מן השופטים כיום אינם תופסים את הברית הזוגית כסיבה ראויה לכך. לעומת זאת, תורת ישראל מגדירה ערך זה כדבר שעבורו יש הכרח המצדיק להגביל את חופש הפעולה של האדם, וזו אינה הדוגמה היחידה לכך. הפרזה בערך החירות יוצרת דווקא **שעבוד עיוור** לתביעה להשתחרר ממחויבות מכל ערך, שהיא למעשה התנערות מכל מה שאינו רצוי לחלקים הנמוכים ביותר של הנפש האנושית (והגבול היחיד שהיא מציבה הוא הפגיעה בזכויותיו של אדם אחר).⁷⁴ וכאמור לעיל, נדמה שההגדרה הנכונה היא **שהתורה מגבילה את מה שנדמה כחירות, בשביל להגיע אל החירות האמיתית, בניית בית בטוח, שיש בו אהבה לאורך זמן ושיש בכוחו לגדל ילדים ולחנכם**. יש בכוחה של החירות ליצור דבר גדול יותר ממנה, והוא התא המשפחתי היציב והנאמן.

אגב, פרופ' נילי כהן ציינה כי התפיסה בעבר של חיי הנישואין הייתה של בעלות רכושנית, עם מאפיינים של קבלת מרות וצייתנות, מה שגרם לקיום יחסים מחוץ לנישואין להוות עוולה משפטית בימי קדם. אני יודע כיצד היא רואה את תפיסת תורת ישראל את הנישואין, אולם בוודאות יש להכריז כי

73. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

74. **הערת העורך** (ע"א): תפיסה מודרנית זו התקבעה בעקבות הצהרת החירות הצרפתית, שנכתב בה בין השאר: "החירות מבוססת על החופש לעשות כל מה שאינו פוגע במישהו אחר; לפיכך להגשמת זכויותי הטבעיות של כל אדם אין שום גבולות, מלבד אלה המבטיחים ליחידים אחרים בחברה את ההנאה מאותן זכויות". יש לציין כי תפיסה זו של חירות מרוקנת את החירות עצמה מכל תוכן. שכן בהיעדר כל ערך מוחלט ומחייב, החירות איננה אלא החופש לבחירה גחמנית בין אינסוף אפשרויות, ללא כל קנה מידה. בחרנות מסוג זה אינה חירות. התפיסה היהודית מעצבת חירות במובן של יכולת לממש את הזהות האישית והלאומית, ולכן חג החירות היהודי משולב במלואו עם גיבושה והפנמתה של הזהות היהודית; ואת כל זה התפיסה העכשווית מבקשת לעקור מן השורש.

תפיסה זו אינה, ולא הייתה מעולם, תפיסתה של תורת ישראל.⁷⁵ ה"קניין" האמור בנישואין ההלכתיים אינו קניין חפץ (והארכנו בכך במאמר זה. עי' לעיל, פרק ב, 3). תורת ישראל אוסרת יחסים מחוץ לנישואין לא בגלל שהאישה מוגדרת כממון הבעל, חלילה, אלא כדי ליצור מסגרת מחייבת שבה בני הזוג יוכלו לבנות, לקיים ולהעצים את הקשר שלהם, מתוך נאמנות ובלעדיות הדדית.

ד. הערה. או: אולי החלק החשוב ביותר במאמר

הלגיטימציה שמערכת המשפט נותנת לקיום קשרים מחוץ לנישואין נובעת מתפיסתה את זכותו של האדם לחיות כרצונו. כבר כתב נשיא בית משפט העליון לשעבר, אהרן ברק,⁷⁶ שסדר הדברים הוא שהיחסים המעוררים מראש גרמו לקשר הנוסף, האחר; הסיבה לפירוק הנישואין אינו הקשר שבא מבחוץ, אלא להיפך: הקשר שבא מבחוץ בא בעקבות הפירוק הנפשי של הנישואין. בכאב אעיר שפעמים רבות, הסדר הוא הפוך: הקשר בתוך הבית מתנהל באופן תקין למדי, אך העיניים והלב פנויים, זמינים, לקשרים אחרים, וכידוע: הדשא של השכן תמיד נראה ירוק יותר (אף שאינו כך בהכרח). כל שנותר הוא לתהות כיצד יכול בן הזוג שבא מחוץ לנישואין להיות בטוח שאותו דבר לא יקרה גם לו, ושגם הוא לא יידחק הצידה בגלל דשא אחר, על לא עוול בכפו.

ואולי, גם האדם השלישי נכנס למערכת יחסים חדשה מתוך ידיעה כי גם אם יתמסר אליה בליבו ובנפשו, היא עדיין תלויה ועומדת, כמעט נסיבתית בלבד. והסיכוי לבניית מערכת יחסים יציבה ועמוקה הולך ופוחת.

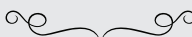
75. עי' מלבי"ם, בראשית ד, כד: "...ובזה יספר איך יצאו בני קין לתרבות רעה והתפארו ברצח, עד שגם את נשיהם הפחידו בהרג וטבח והכניעום תחתם לשפחות, וכמו שנודע שבימי קדם הייתה האישה קנין בעלה לעשות עמה כחפצו".

76. ע"א 5258/98. עי' לעיל, פרק א, 3.

הרב ד"ר ישראל ויינברגר

הנישואין - בין חירות לשייכות

'שעבוד הגוף' למסגרת הזוגית
אל מול החירות האישית



מבוא

א. עבד עברי

ב. חזרת פועל

ג. שעבוד הגוף בהלכה

ד. שעבוד הגוף במשפט הישראלי

ה. מורד ומורדת

סיכום ומסקנות

מבוא

במאמר זה ברצוני לדון בשאלת היחס שבין המחויבות לזוגיות ובין זכותו של האדם לחירות, דרך עיון היסטורי והלכתי במושג השעבוד. במאמר זה יוסבר עד כמה אנו מוצאים התנגדות תורנית-הלכתית למושג השעבוד בכללו ולשעבוד גופו של אדם בפרט, למעט חריגה אחת, המופיעה בתחום היחסים שבין איש לאשתו. הן ההתנגדות לשעבוד והן החריגה ממנו בתחום הזוגי יוסברו בחלקיו האחרונים של המאמר תוך השוואה לתפיסות היסטוריות ולמשפט הישראלי המודרני.

הדיון לא יתמקד בשאלה אם בהלכה מתקיימת זכות לחירות (הן במובנה המקובל בליברליזם הקלסי, כערך הנושא על גביו את האחריות המוסרית של האדם, והן במובנה הרווח בשיח העכשווי, כחופש הניתן לאדם לעשות ככל העולה על רוחו) או זכות כלשהי, שכן השימוש במושגי הזכות והערך עבר גלגולים רעיוניים שונים,¹ וככזה נעשה בו שימוש לא מדויק המעורר אינטואיציות שליליות, כאילו אל מול הזכות המערבית עומדת לה החובה היהודית.² לכן, במקום להשתמש במאמר במושג ה"זכות", נשתמש במושג "ערך". כפי שידגם במאמר זה, חלק גדול מהקונפליקטים שבין ההלכה ובין זרמים תרבותיים ורעיוניים שונים איננו נמצא בשאלה אם ישנם ערכים מוחלטים או קיימות זכויות אישיות בלתי תלויות. עיקרו של הקונפליקט נעוץ בשאלה כיצד יש לאזן בין ערכים שונים ואילו ערכים יש להציב בראשה של התפיסה המשפטית-מוסרית.³

1. על כפל המשמעות של המילה 'זכות' (ובעיקר המקור שלה במונח האנגלי 'right') כדבר ה'נכון' וכדבר ש'מגיע לאדם' ועל השימושים השונים בו במהלך ההיסטוריה של הרעיונות ראו אהוד לוז, מבוא ל"הזכות הטבעית וההיסטוריה", ירושלים: הוצאת שלם, תשס"ה.
2. לגישה נוספת ביחס המורכב שבין הערכים עי' במאמרו של השופט פיליפ מרכוס, "מ'שיח זכויות' לתפיסת עולם של מצוות (ביהדות אין 'זכויות', וטוב שכך)", בספר "שיח הראויות", עמ' 43 ואילך.
3. ראה: Emmanuel Levinas, "The Rights of the Man and the Rights of the Other", *Outside the Subject*, trans. Michael B. Smith, Stanford: Stanford University Press, 1993, p.120

ובתרגום חופשי: מעבר לזכות לחיים ולביטחון, המושג המודרני של זכויות האדם התרחב כל כך!... (הזכות) לחירותו של אדם והבטחת טובתו, ולשוויון בני האדם לפני החוק, לחירות המחשבה והבעותיה, לחינוך והשתתפות בסדר הפוליטי – כולן זכויות שמרחיבות או הופכות את הזכויות הבסיסיות להיות ממשיות וקונקרטיות. ובכללן: הזכות לבריאות, אושר, עבודה, מנוחה, מקום מחיה, חופש התנועה וכן הלאה. אך גם מעבר לכל זאת, הזכות לדחות את הניצול של השלטון או של בעלי ההון (הזכות להתאגדות), ואפילו הזכות ליתרון סוציאלי (אוטופי או משיחי), לעידון וזיקוק של המצב האנושי, הזכות לאידיאולוגיה כמו הזכות להילחם עבור הזכות המלאה של האדם,

א. עבד עברי

כיצד ניתן לקיים מודל היררכי המאזן בין החוב המוסרי והחברתי להחזיר הלוואה או לעמוד בהתחייבות לבין החובה לאפשר לאדם חירות על גופו? האם במדרג הזכויות התורני נכון יהיה לכפות על אדם לבצע מלאכה כדי להחזיר את חובו?

בחוקי המזרח הקדום, השעבוד של אדם לחובותיו היה מלא, ואדם שלא שילם את חובו היה צריך לעבוד בגופו את בעל החוב עד אשר החזיר לו את חובו.⁴ אולם בתורה לא מצאנו שעבוד מסוג זה.⁵ המקרה היחיד שבו נמכר אדם לעבד בעל כורחו הוא כאשר נתפס בגנבתו ואין לו ממון לשלם על כך (שמות כב, ב). וכך כותב הרא"ש בתשובה (כלל סח סי' י):

דבר ברור הוא, שאם אין ללווה ממון לפרוע, לא יתפוס המלווה גופו של לווה וישתעבד בו, או ימכרנו, בשביל חובו. דדווקא בשביל גנבה הוא נמכר, דכתיב: "ואם אין לו ונמכר בגנבתו", ודרשו חז"ל (קידושין יח): "בגנבתו ולא בכפילו, בגנבתו ולא בזממו", והוא הדין "בגנבתו ולא בחובו"; ואפי' אם שעבד גופו לכך, אין השעבוד חל על גופו.

ראוי לעיין בשאלה אם מכירת הגנב לעבדות מהווה עונש פלילי (חלופה לבתי הכלא בתקופה המצרית או הבבלית וכן חלופה לעונשים גופניים שהיו מקובלים במקרה של גניבה במזרח הקדום) או תהליך חינוכי של הכרת העבד את בעל הבית ולמידה מדרכיו.⁶ עם זאת, בספר מלכים אנו מוצאים כי תרבות נוכרית זו חדרה לתוך החברה בישראל, וכפי שאמרה אותה אישה מנשי בני הנביאים לאלישע הנביא (מל"ב ד, א): "והנושה בא לקחת את שני ילדי לו לעבדים". על פי זה יש להבין על דרך הפשט את נבואת התוכחה של עמוס (ב,

הזכות להבטיח את ההכרחיות של המצב הפוליטי עבור מאבק. אך אמת, זה גם הכרחי להבטיח את הדחוף. יש לייצר סדר והיררכיה של הגרסאות השונות של הזכויות, ולדרוש מאיתנו לבחון אם הן מתאימות לזכויות היסודיות ביותר, מכיוון שכאשר כולן נלקחות בחשבון מלא נוצרת רמיסה של חלקן.

4. J. Mendelsohn, *Slavery in the Middle East*, 1949, pp. 32-33.

5. **הערת העורך** (ע"א): אומנם מסתבר שחלה עליו חובה מוסרית לעבוד כדי לפרוע את חובו, אבל חובה זו היא עניין שבינו לבין הקב"ה או לבין מצפונו האישי, כאשר בעל החוב אינו יכול לכפות עליו לעבוד.

6. עי' בהרחבה במאמרו של אורן אביצור, "יכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך – לביורור מוסד העבדות", גולות ד, ישיבת עתניאל, תשנ"ו.

1): "כה אמר ה', על שלושה פשעי ישראל ועל ארבעה לא אשיבנו, על מכרם בכסף צדיק ואביון בעבור נעליים".

הד לקשר שהיה קיים בפועל בין החובות לבין שעבוד הגוף נמצא בדברי נחמיה בתהליך הפקעת החובות שהוביל: במהלך תקופת הבנייה של ירושלים בראשית ימי הבית השני היה עליו להתמודד עם משבר ציבורי עקב המצב הכלכלי הקשה שהעם היה נתון בו. נחמיה שמע את תלונות העם וכעס על העשירים שניצלו את המצב לשעבוד העניים. הוא כינס את הציבור והוכיח את העשירים, והציע להם להחזיר את האדמות ולבטל את החובות של העניים (נחמיה פרק ה); וכדי לשמש דוגמה הוא היה הראשון לעשות כהצעתו והצהיר כי הוא ומקורביו מוותרים על חובותיהם של העניים. מתוך הקשר דבריו דייקו כמה פרשנים כי שוחררו העבדים העברים שנשבו בשל חובותיהם בתקופה זו, ומאז לא שמענו כלל על עבדים עבריים.⁷ לא מצאנו שהתקיימה יותר מכירה לעבדות בשל גניבה, לא מכרו עצמם עניים מחמת דוחקם (אף שבימי בית שני ידע העם היהודי תקופות דוחק קיצוניות), וודאי לא שמענו על שעבוד הגוף לחובות.

בתקופה ההלניסטית והרומאית, מכירת אדם לעבד בשל חובותיו הומרה בעונש מאסר, וחלק מההיסטוריונים טוענים כי זהו הרקע לשתיקה שאנו מוצאים בקשר לעבדים בחברה היהודית בימי הבית השני.⁸ עם זאת, אורבך⁹ מעיר כי מתוך המשיניות המשיחות לפי תומן נראה כי עבד עברי לא היה זר כלל בימי חז"ל. דוגמה מובהקת לכך היא המשנה במסכת מעשר שני (פ"ד מ"ד): מערימין על מעשר שני. כיצד? אומר אדם לבנו ולבתו הגדולים, לעבדו ולשפחתו העבריים, הא לך את המעות האלו, ופדה לך בהן את המעשר הזה. אבל לא יאמר כן לבנו ולבתו הקטנים, לעבדו ולשפחתו הכנעניים, מפני שידם כידו.

אולם התלמוד הבבלי בעצמו (גיטין סה, א) שואל, כיצד ניתן לומר שהיו לאדם עבדים, שהרי לפי הברייתא שנשנתה בדור אושא דין עבד עברי תלוי בקיומו של היובל. וכך נכתב בגמרא (ערכין כט, א):

7. ראו גם: ג' אלון, "תולדות היהודים בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד", הקיבוץ המאוחד תשכ"ז, ח"ב, עמ' 229; א' גולאק, "תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד", ברלין תרפ"ב, ח"א, השעבוד וחובותיו.

8. גולאק שם, עמ' 15; יהושע גוטמן, "שעבוד גופו של אדם בתורת ישראל", ספר דינבורג, ירושלים תש"ט, עמ' 68.

9. א"א אורבך, "הלכות עבדים כמקור להיסטוריה החברתית בימי הבית השני ובתקופת המשנה והתלמוד", ציון תש"ך, עמ' 141-189.

אין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג, שנאמר: "עד שנת היובל יעבוד עמך"...

אכן, רבנו תם (ספר הישר סי' קד) סבר שמכיוון שירמיהו החזיר מעשרת השבטים היובל נהג בבית שני, אך לעומתו, הרמב"ן בחידושו למסכת גיטין (לו, א ד"ה אבל) וראשונים רבים אחרים סברו שנהגו את דיני היובל עבד עברי אחרי גלות עשרת השבטים רק לחומרה, ולכן אסור היה להחזיק בעבדים בימי הבית השני. ונראה לפי דבריהם שכל המשניות המשיחות לפי תומן כי קיימים עבדים עבריים הינן מסורות עתיקות מאוד, או שנכתבו כדיונים תיאורטיים ומושגיים שבאו בעקבותיהן.

יתר על כן, גם בתקופה שבה מוסד העבדות היה מותר, ההלכה אסרה על האדם למכור את עצמו לעבדות במטרה לשפר את רמת החיים שלו. וכך נכתב בספרא (בהר סי' ז):

מניין שאין אדם ראשי למכור את עצמו ולהניח באפונדתו וליקח לו בהמה וליקח לו כלים וליקח לו בית, אלא אם כן הָעֶנִי? ת"ל "וכי ימוך ונמכר" – הא אינו נמכר אא"כ הָעֶנִי.¹⁰

הפיתוי של אדם להפוך לרכושו של אדם אחר כדי לשפר את מצבו הכלכלי או את מצב משפחתו היה גדול ביותר במהלך התקופה ההיא, אך חז"ל עמדו באופן גורף כנגד עמדה זו.¹¹ ניתן לומר כי בבחירה שבין הזכות לחיים בכבוד, הזכות לקניין פרטי וערך החירות – ההלכה נטתה באופן בולט לכיוון החירות. להעדפה זו הייתה השפעה רבה על אורח חייהם של העניים שסבלו רבות בתקופות שונות בימי הבית השני ובימי חז"ל. אולם חכמינו ראו בחירות (במקביל למה שמקובל לדבר על היום על חירות גופנית ועל חופש המחשבה, התנועה והעיסוק¹²) ערך גדול כל כך, עד שהיו מוכנים להכפיף לכך את רווחתם של העובדים. מסתבר שהסיבה לכך שלובה ביכולותיהם הרוחניות המנוונות של העבדים, שנובעת מתוך ההבנה כי החירות הכרחית לפיתוח האישיות בכלל, ולפיתוח אישיות מוסרית בפרט. דברים אלו פורשו על ידי התנאים בדור החורבן ותלמידיהם. וכך מובא במסכת קידושין (כב, ב):

10. וכן נפסק להלכה ברמב"ם, הל' עבדים פ"א ה"ג.

11. עי' במאמרו של אורן אביצור, לעיל הערה 6.

12. כמובן, לא בכל מימוש שלהם; שכן ישנם מימושים אסורים של החופש בתחומים אלו, כמו: כפירה, כניסה למקדש בטומאה ועיסוק בזנות, אלא בעצם האפשרות של האדם להשתמש בהם כדי לתקן את דרכיו ולהוציא לפועל את צלם האלהים שבו.

ומה ראה אוזן להירצע מכל שאר אברים שבגוף? אמר רבי יוחנן בן זכאי: אוזן זאת, ששמעה על הר סיני "לא תגנוב" והלך וגנב – תירצע. ואם מוכר עצמו, אוזן ששמעה על הר סיני "כי לי בני ישראל עבדים", והלך וקנה אדון לעצמו – תירצע.

ר' שמעון היה דורש מקרא זה כמין חומר: מה נשתנו דלת ומזוזה מכל כלים שבבית, אמר הקב"ה דלת ומזוזה שהיו עדים במצרים כשפסחתי על המשקוף ועל שתי המזוזות ואמרתי "כי לי בני ישראל עבדים" – עבדי הם ולא עבדים לעבדים, והלך זה וקנה אדון לעצמו – יירצע בפניהם.¹³

רעיון זה הובע באופן מפותח יותר בהגות היהודית המאוחרת. וכך כותב המהר"ל מפראג בגבורות ה' (פרק ז):

כי השעבוד הוא מורה על מיעוט המציאות, כי אשר הוא משועבד לאחרים הרי נתלה באחר; ואין זה נקרא מציאות, כיון שתלוי באחר.

וביתר חריפות – בדרך חיים (פ"ג מ"ד):

שכל דבר שהוא תחת רשות אחר, הרי אין לו מציאות גמור בעצמו; שהרי הוא אינו נמצא מצד עצמו והוא נכנס תחת רשות אחר. על גבי יסוד זה בונה המהר"ל (גבורות ה' פרק ט) קומה נוספת, וכותב: כי הגאולה היא החירות אשר ע"י ההתדבקות בו יתברך ואין רשות לאחר עליו.

וכן בנתיב העבודה (פרק ט):

כי התפילה, דבקות האדם בעילתו יתברך; ואין הדבקות הזו, רק כאשר אינו תחת רשות אחרים ונגאל משם, ואז יש כאן התדבקות העלול בעילה.¹⁴

את קו המחשבה של המהר"ל ממשיך בעל שפת אמת (משפטים תרנ"ז, ד"ה בפסוק):

...לכן זה העבד, הגם שיוכל להיות כי טוב לו אצל רבו, ויוכל לקיים את המצוות כפי מה שהוא... אבל בני ישראל נבראו להיות מוכנים רק לשמוע דבר ה', וצריכין לצפות לגאולה כדי להיות מוכן לקיים

13. וכן תוספתא בבא קמא פ"ז ה"ה; פסיקתא רבתי, פיסקא כא – 'הדברות פ' קמייטא; רש"י שמות כא, ה-ו.

14. ועי' נתיב העבודה, פרק יח.

מצוותיו בכל עת, אפילו שנהיה בסכנה ביותר, "כל הקרב אל משכן ה'"... לכן האומר "אהבתי [את אדוני]" כו', לא אצא חופשי – פוגם בשמיעה.

השפת אמת מלמד כי בני ישראל היו מודעים לסכנות שבחירות,¹⁵ אבל בחרו בה בשל היתרון הגדול שיש בקרבה אל ה', קרבה המצריכה גמישות נפשית וזמינות כלפיו.

ב. חזרת פועל

מתוך דיון זה אנו באים לדון בהתחייבותו של השכיר. עד כה הוכחנו כי בסולם הערכים של חז"ל, לערך החירות נקבע מקום גבוה יותר מאשר הזכויות לרווחה כלכלית, והוא נשלל רק במקרים של עוני קיצוני או סיכון כבד להשחתה מוסרית.¹⁶ אולם כיצד נכון לאזן בין חירותו של אדם לבין התחייבותו כלפי אדם אחר? בתלמוד הבבלי (ב"מ י, א) פסק רב כי פועל יכול לחזור בו בחצי היום. ובטעם הדבר פירשה הגמרא, שאם לא כן יהיה הפועל כעבד; וזה דבר אסור, כפי שלימדנו לעיל רבן יוחנן בן זכאי.

האם ישנה הבחנה קטגוריאלית בין פועל לבין עבד? ואם כן, מהי? לדעתם של בעלי התוספות (ב"מ י, א ד"ה כי), דבריו של רב מוכיחים כי רק היכולת לחזור בו מהסכם השכירות בכל רגע היא המבדילה בין הפועל לבין העבד, שכן בעוד העבד נדרש לפעולה פורמאלית מצד מעסיקו כדי לצאת לחירות, פועל יכול לעשות זאת באופן חד צדדי:

נ"ל דמ"מ מותר אדם להשכיר עצמו; דדוקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום "עבדי הם".

אולם מהר"ם מרטנברג טען בתשובתו (ח"ד, דפוס פראג, סי' עב), כי הבדל זה איננו מהותי שכן גם עבד יכול לפדות עצמו בדמי השחרור וההבחנה בין עבד לבין פועל היא במשך הזמן שהוא משכיר עצמו:

כתבת שזה נשבע לבטל את המצוה שתקע כפו לבעל ביתו ללמוד את בנו עד הפסח, דכתיב "כי לי בני ישראל עבדים" וכו'. לדבריד, א"כ

15. רעיונות דומים פותחו בהרחבה בהגות המודרנית, על הטרגדיה בכך ש'האדם נידון לחירות' ראו ג' פ' סארטר, 'האקזיסטנציאליזם הוא הומניזם'.

16. עי' רמב"ם, הל' עבדים פ"ד ה"ב, שכתב: "אין האב רשאי למכור את בתו אלא אם כן הִעָנִי ולא נשאר לו כלום, לא קרקע ולא מטלטלין, ואפילו כתונת שעליו". ועי' משפטי עוזיאל ח"ב, אה"ע סי' צא.

היאך יכול מלמד להשכיר עצמו לזמן אחד, הרי הוא עובר בעשה כמו עבד עברי המוכר עצמו? ואע"ג דמלמד פועל [יכול] לחזור בו, עבד עברי נמי יוצא בגרעון כסף לכשירצה, אפ"ה עובר! אלא אני אומר, דעד ג' שנים נקרא שכיר ולא עבד, כדכתיב "כי משנה שכר שכיר עבדך" והיינו "שש שנים".¹⁷ הלכך **יכול להשכיר עצמו שנה או שנתיים או ג' רצופין; יותר לא מצי להשכיר את עצמו רצופות, דעד ג' שנים נקרא שכיר ולא עבד.**

...ואי אמרת לאו דווקא, דה"ה טפי שרי, ואיכא למימר דשאני עבד עברי דנמכר סתם לעבד, דהיינו יום ולילה לעבוד לו ולמסור לו רבו שפחה כנענית, אבל ללמוד או לכתוב או למלאכה, לא מקרי עבד ולא עבר ב"כי לי בני ישראל עבדים ולא עבד לעבדים" – מ"מ מדמי ליה שפיר לעבד עברי לענין חזרה, משום דמעבד עברי ילפי לה בק"ו: ומה עבד עברי שגופו קנוי, יוצא בגרעון כסף כשירצה, פועל שאין גופו קנוי, לא כ"ש! והתוספות הקשו זה, היאך יכול אדם להשכיר עצמו? ותירצו תירוץ אחר; **ולא נהירא לי תירוצם.** מ"מ מודים הם ששכיר אינו עובר ב"כי לי בני ישראל" וגו'.

ואחרי שהוכחתיך שאין איסור... נכריחהו לקיים תקיעת כפו ללמוד עד הפסח... אם לא יתן לו בעה"ב רשות.¹⁸

דבריו אלו נפסקו לחומרה על ידי הרמ"א (שלג, יא), שהגביל את תקופת השכירות לשלוש שנים. פרופ' נחום רקובר מעיר כי גישה זו עמדה בבסיס הצעת החוק חוזה עבודה התשמ"ה (סעיף 111):

חוזה עבודה לתקופה קצובה העולה על חמש שנים, רשאי העובד לסיימו לאחר תום חמש שנים במתן הודעה של תשעים ימים מראש...¹⁹

ההקבלה שבין פועל שכיר לבין עבד שימשה גם את בעל ספר החינוך (מצוה תפב), שלמד כי יש לתת מענק שחרור גם לשכיר בתום תקופת שכירותו. השימוש באיסור העבדות כדי להגמיש את היישום של 'דיני החוזים' ו'דיני

17. וכן פירש האבן עזרא שם, דברים טו, יג.

18. על דבריו של מהר"ם יש להקשות שכן פועל יכול לחזור בו גם ללא תשלום גירעון עבודתו ולהגדירה כמלווה ואילו בעבד אינו יוצא אלא אם שילם בפועל את כל חובו, ונראה שאף על פי שמהר"ם מסכים לעיקרון זה הוא איננו רואה בו הבדל עקרוני המבדיל באופן קטגורי את הפועל מהעבד.

19. נ' רקובר, המשפט העברי בחקיקת הכנסת, ספריית המשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 981. המחוקק דורש הודעה של 90 יום מראש כדי לתת למעסיק די זמן כדי להיערך למציאות החדשה.

העבודה' מלמד כי חז"ל לא תפסו את ההבחנות שבין הפועל המודרני לעבד של העת העתיקה. על כן הם ראו את המלחמה בעבדות כמאבק מתמשך שלובש ופושט צורה במשך הדורות, כאשר בזמנם 'העבד' שאליו כיוונה התורה הוא הפועל.²⁰

דוגמה לדבר ניתן למצוא בדבריו של הרב אהרון ליכטנשטיין. לאור זה שבפוסקים החילו דין זה על פועל דווקא ולא על קבלן,²¹ הסיק הרב ליכטנשטיין כי החירות שעליה הקפידה התורה היא חירות הזמן, וכותב:

...פועל יכול לחזור בו בכל שעה מכוח הכלל של "עבדי הם – ולא

עבדים לעבדים". לעומת זאת, דינו של הקבלן שונה ואין הוא רשאי

לחזור בו בכל שעה שירצה. יש כאן איפוא הבדל מהותי בין קבלן

לבין פועל. הפועל הוא עבד, ואילו הקבלן אינו עבד. ומה בין זה לזה?

דומה שמקור השוני טמון **בהשתעבדותו של הפועל למסגרת זמן**

המוכתבת לו מלמעלה. לפועל אין מקציבים מכסת עבודה אלא

מכסה של זמן. משועבד הוא למערכת מסויימת של שעות עבודה,

שבהן אין הוא רשאי לעשות דבר מלבד עבודתו של בעל הבית. חיובו

גדול עד כדי כך שחכמים פטרו אותו מלומר ברכה רביעית של ברכת

המזון על מנת שלא ייבטל ממלאכת בעל הבית. לא כן קבלן. הקבלן

מקבל על עצמו עשיית מלאכה מסויימת, וחופשי הוא לתכנן את

מועדי עבודתו ככל אשר יחפוץ. אין הוא משועבד לעשות מלאכתו

בשעות מסויימות. הקבלן **אינו עבד הזמן** אלא אדונו ומושלו.

האדם המודרני עלול להיחמס בעיקר על ידי לקיחת זמנו ולא על ידי

לקיחת גופו, לקיחה זו עצמה גם היא נמצאת במאבקם של חז"ל

לשחרור מהעבדות, שכן אדם שזמנו משועבד לאחר לא יכול לייצר

את סדר העדיפויות הראוי בעיניו, סדר עדיפויות זה הוא היחיד

המאפשר לשמוע את קול ה' הקורא אליו מסיני ובכל רגע ורגע.²²

ראוי לציין כי חכמים נקטו כמה הגבלות לדין זה כדי לשמור על פרנסתו של

בעל הבית, שכן היכולת להשתמש בדין זה באופן שתפגע בעסק שלו היא גדולה

למדי. על כן במקרה של "דבר האבד", דהיינו הפסד בעל הבית שנגרם כתוצאה

20. ע"א 25/50, וולפסון נ' ספיניס, פ"ד ה' 265 (=נ' רקובר, המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט, עמ' 865).

21. עי' בית יוסף ח"מ סי' רלג בתחילתו, וש"ך שם ס"ק יד.

22. שיחה שנאמרה בישיבה בליל ש"ק בא, תשל"ב. כתב: הרב אליהו בלומנצוויג. ערך: אביעד הכהן.

נמצא באתר ישיבת הר עציון בכתובת:

www.etzion.org.il/he/עבדי-הם-ולא-עבדים-לעבדים_#ftn1

מהפסקה בלתי צפויה של הפועל [שלא נבעה ממחלה או מוות של קרוב משפחה]²³, הפועל צריך לשלם לבעל הבית את דמי ההפסד או דמי פועלים יקרים יותר שיוכלו להגיע מייד במקומו. אולם ברור מהלכה זו שמטרתה לשמור על עסקו של בעל הבית ולמנוע ניצול מצד העובדים, אך אין היא מחייבת אותם לעבוד.

לסיכום פרק זה עולה מדברי חז"ל והראשונים כי המאבק לחירות האדם איננו מתמצה בביטול העבדות. חז"ל והפוסקים נטו שלא למתוח קו מוחלט המפריד בין פועל לבין עבד, ולכן בכל כפיפות של פועל למעבידו קיים חשש של עבדות אסורה אלא אם כן יחולו על הפועל חוקי עבודה שיבטיחו את חירותו.²⁴ גם כאן הזכות לחירות גוברת על חובתו של העובד לכבד את ההסכם שחתם עליו ואף על זכותו של המעביד ליציבות עסקו.

ג. שעבוד הגוף בהלכה

המושג "שעבוד הגוף" בהלכה הינו המשגה של הראשונים,²⁵ הבאה לבאר את החוב המוטל על גופו של אדם כלפי רעהו. רבנו אליהו, מבעלי התוספות, השתמש בו כדי להסביר כיצד חלה הכתובה²⁶ (מאחר שלא ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם, וחווה אינו יכול להיות התחייבות מופשטת).²⁷ רבנו תם סירב

23. במקרים אלו משיתה ההלכה את ההפסד על בעל הבית. עי' טור ושו"ע חו"מ רלג, ה.

24. ניתן להדגים זאת באמצעות הנושא של "העסקה פוגענית", המשפילה את העובד או מסכנת את חייו ובריאותו.

עי' שו"ת חוות יאיר סי' קו: "והנה בדבר יציאת השפחה **בטענת הכבדת עול**... נחזי אנן אם מנהג בני העיר בשפחותיהם להטיל עליהם עול ההוא. אם ידוע איך ינהגו הרוב – ניזל בתרייהו, ואין זה בכלל שאין הולכים בממון אחר הרוב... במלאכה גופיה שטרו יתברך קודם, **ולא יטיל בעל הבית עליה עול שאינו נהוג בבירור**... וכן בסגירת דלתי שידה תיבה שבו הלחם. אם מפורסמת האישה בזה והמשרתת מבנות העיר – סברה וקיבלה; ואם לאו – גם כן **אזלינן בתר מנהג נשים שהם ביכולת לערכה** [=דומות לה במעמדן]. ואם הוא נגד המנהג, לא תוכל עשוהו **אף על פי שתעשה כן לבניה. אם בניה סובלים, שפחתה אינה מחויבת לסבול**..."

ועי' אגרות רא"ה ח"א סי' פט (עמ' צה), באיגרת העוסקת ביחס לעבדות: "למשל, עכשיו אנחנו צריכים להעלות מוסריות לדאוג בעד חיי העובדים, החומרי והמוסרי, והעשיר שלבו אטום לועג לכל צדק ומוסר, ויותר נוח לו שבמנהרה יחסר אור ואוויר, אף על פי שעל ידי זה יתקצרו חייהם של עשירות אלפים אנשים, וייעשו חולים אנושים, רק שלא יוציא מכיסו עשירות אלפים שקלים לכוון את המנהרה במצב יותר טוב, ואם לפעמים תיפול מכרה, וייקברו חיים עובדיה – לא ישים על לב, כי ימצא עבדים אחרים נשכרים".

25. עי' גם חיים פוברסקי, "יסודות שעבוד הגוף ושעבוד נכסים בחשיבה ההלכתית: היבטים של החיוב במשפט העברי מבחינה אנליטית", עבודת דוקטור, תל אביב תשמ"ה.

26. תוספות כתובות נד, ב ד"ה אע"פ; שם סג, א ד"ה באומר איני זן ואיני מפרנס.

27. בתפיסה המשפטית המודרנית ההתחייבות חלה על ה'מילים'. עי' בספרו של יצחק ברנד, יש מאין:

לראות בשעבוד הגוף חובה של האדם להשכיר את עצמו,²⁸ אבל חידש מושג זה כדי להסביר את חוב האדם להלוואתו ("עבד לווה לאיש מלווה"), וכדי להסביר מדוע המוכר את החוב לאחר עדיין יכול למחול עליו (דברי שמואל בכתובות פה, ב – פו, א, ובבא בתרא קמז, ב, ושינויי נוסחאות²⁹). למרות חידושו של מושג זה, תחולתו איננה קיימת במובנו הפשוט. הראשונים לא חידשו מושג זה כדי לחזור ולשעבד את הלווה למלווה כפי שהיה נהוג בעת העתיקה, אלא בסך הכול ביקשו להגדיר ביתר דיוק את חובתו האישית והדתית של האדם לפרוע את חובו, כפי שנאמר במסכת כתובות (פו, א):

א"ל רב כהנא לרב פפא, לדידך דאמרת: פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא נחא לי דאיעביד מצוה, מאי? א"ל, תנינא: במה דברים אמורים – במצוות לא תעשה, אבל במצוות עשה, כגון שאומרים לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה – מכין אותו עד שתצא נפשו!³⁰

דווקא הסנקציות הקשות שמתירה התוספתא מלמדות על מוגבלותו של "שעבוד הגוף לבעל חוב". שעבוד נתפס כחל על האדם וכנובע ממנו, אך לא ככזה ה'לכוד' את גופו של אדם.³¹ עיקרון זה נתפרש בדברי הרא"ש בתשובותיו (כלל סח סי' י; כלל עח סי' ב) ונתבאר בהרחבה בתשובת הריב"ש (שו"ת סי' תפד). הראשונים למדו עיקרון זה מדיני חזרת פועל; שכן גם פועל שקיבל את שכרו מראש יכול לחזור בו, ואף אם איננו יכול להחזיר את שכרו הרי זה נזקף עליו כמלווה. הרא"ש הביא מקור נוסף לעיקרון זה, והוא שאין אדם יכול לומר לחברו: קרע את כסותי או סמא את עיני.³² הריב"ש הוסיף ולמד זאת מכך

עסקאות בנכסים מופשטים במשפט התלמודי, ירושלים: מאגנס 2017.

28. אולם כן ראה בו שעבוד המחייב את האדם לעבוד כדי לפרנס את אשתו. עי' בהמשך.

29. סיבת הדבר היא שבכל חוב יש גם שעבוד הגוף של הלווה למלווה וגם שעבוד ממון; וכאשר נמכר שטר החוב, ניתן למכור רק את שעבוד הממון ולא את שעבוד הגוף. שעבוד הגוף פירושו התחייבות אישית, אך אין היא מייצרת כפיפות של הגוף עצמו לעבודה, כפי שיוסבר.

30. לשון "תנינא" משמעה שזו משנה השנויה במקום כלשהו; אך מקבילה נמצאה לה רק בתוספתא מכות פ"ד ה"ז.

31. עי' אבן האזל, הל' מכירה פ"ה ה"ד. לדעתו, שיעבוד הגוף של הלווה למלווה איננו שיעבוד של גופו של הלווה אלא זכות למלווה במעשי ידיו של הלווה.

ועי' גם אבני מילואים, סי' ק ס"ק ז, שכתב: "ודע דמ"ש הפוסקים בשם ר"ת הא דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול משום דשני שיעבודים יש על הלווה שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסי כו' – לאו דווקא שיעבוד הגוף, דהגוף אין בו משום שעבוד, דאי הוי הגוף משועבד א"כ כי מטא זמן פרעון היה רשאי להשתעבד בו לפרעון חובו כי היכי דשיעבוד נכסי כי מטי זמניה הבי"ד מגבין אותו. אלא העיקר כמ"ש בשיטה מקובצת פרק הספינה שם [עו, ב] בטעמא דר"ת, **דיש על הלווה חיוב גוף ושיעבוד נכסי כו', ע"ש**."

32. עי' ריב"ש שם, שכתב: "דאפילו בממון, המתחייב מחמת צער הגוף, שקיל וטרי בגמרא, בבבא קמא

שאדם איננו יכול להתנות על מצוות עונה, מפני "שאיין אדם רשאי לצער את גופו".³³ מכל זה עולה שאין אדם יכול לחייב את עצמו לעבוד בחובו. וכך נפסק בשו"ע (ח"מ צז, טו):

כשהגיע זמן הפרעון ובא לגבות חובו, וזה אינו רוצה לפרוע, והוא בחזקה שיש לו מטלטלין ומבריהם – שלח בית דין נכנס לביתו למשכנו, ויפרע לזה חובו, שפריעת בע"ח מצוה, ומכין אותו עד שתצא נפשו כדי לקיימה. אבל אין כופין אותו להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע. ואפילו התנה על עצמו שיתפוש המלוה את גופו, וכתב לו זה בשטר – אינו מועיל, ואינו יכול לא לאסרו ולא להשתעבד בו.³⁴ הגה: ודווקא שאין לו לשלם. אבל אם יש לו... כופין אותו לשלם.³⁵

וטעם הדבר מבואר (סמ"ע ס"ק כט):

נראה דהוא מטעם דכתיב "כי לי בני ישראל עבדים" – שטר דהש"י הוא קודם. ודווקא בגנב משל חבירו כתיב "ונמכר בגנבתו" – ולא בהלוואתו, שלהוצאה ניתנה.

בסוף פ' החובל (צ"ג): אם אדם מוחל על צערו, או לא. ואע"ג דמסקינן התם, דכל שאמר לו בפירוש ע"מ לפטור; או בלאו כמתמיה, שהוא כהן, פטור. וכדתינא: הכני, פצעני, ע"מ לפטור, יש לאו שהוא כהן; יש הן שהוא כלאו. מ"מ, זה אינו אלא לענין פטור הממון, וחובו: בשהיכחו ופצעהו. אבל שיוכל להכותו ולפצעו לכתחילה, ולעבוד בלאו של מכה חבירו, דאזהרתיה, מקרא ד'ארבעים יכנו, ולא יוסיף' מפני הרשות שנתן לו – זה הא דאין לא אפשר'.

33. שם: "כדאמרינן בפ"ק דקדושין (יט, ב), גבי: המקדש את האשה, ע"מ שאין לך עלי שאר, כסות, ועונה. רבי יהודה אומר, בדבר שבממון, תנאו קיים. הא בדבר שבגוף, אין תנאו קיים. ופי' המפרשים ז"ל, דבר שבממון – שאר, כסות. דבר שבגוף – עונה, לפי שמצטערת בגופה, במניעת העונה. ובכאן נמי, להיות נתפס בגופו, איכא צערא דגופא; ואינו יכול להתנות בר' (בראשית הפרק הראינו כי חז"ל העדיפו לצער את הגוף במלקות ולא לשעבד אדם למלאכה, דבר זה מלמד כי אין הקבלה בין שעבוד הגוף לבין צער. עם זאת עונש גופני מסור לבית הדין בלבד ולא לתנאי בין אנשים כפי שפירש הריב"ש בדבריו שהובאו לעיל בהערה הקודמת). הצער במניעת עונה הוא צער שלילי ואף על פי כן לא התירו חכמים להתנות עליו, קל וחומר הצער בשיעבוד שהוא מצער את האדם באופן אקטיבי.

34. עי' גם טור ח"מ ס' צט: "ומה שטוען שמעון שיעשה עמו מלאכה כדי לפרוע חובו – אין ב"ד כופין אותו לכך, שלא אמרה תורה אלא 'והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבוס החוצה'; ואפי' שליח ב"ד קאמר שמואל, נתוחי אין משכוני לא, כל שכן שלא ישלחו יד בגופו לכופו להשתעבד לפרוע חובו".

35. בסוף הסעיף מביא הרמ"א שיטה אחרת – בשם הריב"ש (סי' תפד), שלפיה האדם יכול להישבע להיות בכלל אך לא לשעבד גופו לעבודה: "וי"א דאפי' אם אין לו לשלם, אם נשבע להיות חבוס עד שישלם, צריך לקיים שבועתו".

אם כן ברור כי לא ניתן לחייב אדם לעבוד בהחזרת חובו, ולא רק על ידי בעל חוב, אלא אף בית דין אינם יכולים לכפותו לכך. אולם עדיין יש לשאול אם האדם מחויב מצד עצמו לעשות כן, ובשאלה זו נחלקו האחרונים. וכך נכתב בפתחי תשובה (חו"מ סי' צז ס"ק ה):

בספר שער משפט [סק"ג] דן בענין אם החיוב מוטל עליו בעצמו להשכיר את עצמו, והאריך בזה, ומסיק וכתב וז"ל: "זאת תורת העולה מדברינו, דנלע"ד, דאף שלכו"ע אין בית דין כופין אותו להשכיר עצמו כדי לפרוע חובו, מ"מ לענין אם החיוב מוטל עליו בעצמו להשכיר עצמו לפרוע חובו, תליא בפלוגתא דרבוותא, דלשיטת התוס' [ב"מ י ע"א ד"ה כי] אינו חייב כלל להשכיר את עצמו לפרוע חובו, אבל לשיטת הגהות מרדכי [ב"מ סי' תנט ד"ה כי לי] בשם מוהר"ם, שהיא ג"כ שיטת הרמ"א ז"ל בסימן שלג [סעיף ג], אף דאין כופין אותו, מ"מ חייב בעצמו להשכיר את עצמו בכדי לפרוע חובו.

שיטת המהר"ם (המובאת בהגהות מרדכי) מתבארת מתוך דברי עמדת המחנה אפרים (הל' שכירות פועלים סי' ב), לפיה כל האיסור הוא להשתעבד לאדם מסוים; אך אם מדובר בהתחייבות לעבוד כאשר השעבוד אינו לאדם מסוים אלא חל כחוב על גוף האדם – הרי שהדבר מותר. וכך הוא כותב:

דאיכא למימר ד(=אינו יכול לשעבד עצמו) דווקא שאין המלווה יכול לתופסו להשתעבד בו בעל כורחו; ואף ששעבד עצמו לכך – אין תנאו מועיל, דאין עבד עברי נוהג בזמן הזה. אבל לענין שישכיר עצמו אצל מי שירצה – כל שהתנה וחייב עצמו בכך, אנו כופין אותו שישכיר עצמו וירוויח לפרוע לבעל חוב כמו שהתנה.³⁶

36. המחנה אפרים כתב דברים אלו כדי לתרץ סתירה בדברי הרא"ש. שכן בתשובה אחת (כלל סח, י) כתב הרא"ש שגם אם אדם התנה במפורש שיעבוד אצל בעל הבית הרי שתנאו בטל, ואילו בתשובה אחרת (כלל עח, ב) כתב: "ואפשר שרבינו אליהו היה מודה בשאר בעל חוב שאין מחייבים אותו להשתעבד ולפרוע, אלא דוקא במזונות אשתו; ומספר כתובה נלמד דכתיב: 'ואנא אפלח ואוקיר ואפרנס'". ומשמע שאם התחייב במפורש בכל שטר יכול להתחייב במלאכה. ותירץ שבמלאכה שאינה לאדם מסוים יכול להתחייב.

אולם ישנה דרך פשוטה יותר לתרץ את קושייתו של המחנה אפרים, שכתובה אינה מלמדת על יכולתו של אדם להתחייב לעבוד באמצעות כתיבה בשטר אלא שהיא חושפת ששעבוד בכתובה הוא גם בגופו ממש. וכפי שכתבו בפד"ר ח"ב עמ' 85: "פירוש הדברים אחר הוא, ואין הכוונה לומר כי במזונות חייב הבעל להשכיר עצמו, מפני שכתב 'ואנא אפלח' והתחייב לכך, כי אם אינו חייב מצד הדין להשכיר עצמו אין בכוחו להתחייב לכך כמפורש ברא"ש בתשובה הנ"ל, וכמבואר; אלא מכיון שכותבים בכתובה 'ואנא אפלח' – הרי זו הוכחה שהוא חייב מצד הדין להשכיר עצמו כדי

כדבריו פסקו למעשה כמה מדייני בתי הדין בישראל.³⁷ ועל פי עמדה זו, לא עצם השעבוד לעבודה הוא הדבר האסור אלא השעבוד לאדם מסוים.

לסיכום פרק זה: ישנה חובה הלכתית להחזיר חובות, וניתן לכפות עליה כפי שכופים על שאר המצוות. עם זאת, כפייה זאת יכולה לכל היותר להיות מניע של בעל החוב לעבודה פיזית לשם החזרת החוב, אך לעולם איננה משעבדת את גופו לפעילות מסוימת או לאדם מסוים. שעבוד כזה הינו טאבו הלכתי. כיצד ניתן להסביר דין זה? אם עקרון החירות הוא גבוה כל כך עד שהוא עומד כנגד התחייבותו של פועל כלפי בעל הבית וכנגד חיובו של הלווה כלפי בעל חובו, מדוע מותר לכפות אדם בשוטים לקיים מצוות? נראה כי התפיסה המוסרית המשתקפת מתוך הלכות אלו טוענת כי מניעת צער מהגוף הינה פחותה במעלה מחירות הזמן. מניעת צער הגוף הינה כלי למימוש הערכים שבהם החברה המחויבת להלכה מאמינה, אך חירות הזמן היא הערך העליון בעצמו, מהותו של מתן תורה, שדבר איננו יכול להיות מוכפף אליה, חירותו של האדם היא צלם האלהים שלו ולא שלמות גופו.³⁸

ד. שעבוד הגוף במשפט הישראלי

השופט מנחם אלון, השתמש בעקרון החירות בהיותו בדעת מיעוט לגבי שלילת החירות של אדם באמצעות מעצר טרם בירור משפטו ובשל חומרת העבירה בלבד.³⁹ בנימוקים לעמדתו כתב השופט אלון:

חכמינו הורונו: "חביב אדם שנברא בצלם" (אבות ג, יד). ערך יסוד זה שבעולמה של יהדות הוא התשתית, לב ליבו של עקרון חירות האדם. חביבותה של חירות כל יחיד ויחיד, של חופש כל אדם באשר הוא אדם, ממנה פינה וממנה יתד לחביבותם של חירות הביטוי וחופש ההפגנה. מתוך מכלול החירויות שאנו מצווים על שמירתן, ההגנה הראשית והראשונה היא זכותו של היחיד הבודד וה'אפור',

לפרוע את המזונות, גם אם אינו כותב ואנא אפלה, כי אם אינו מחוייב להשכיר עצמו למה כותבים ואנא אפלה, דבר שאינו מחוייב בו, ולא מועיל בו התחייבותו".

37. עי' במה שכתב הרב חיים צמבליסט, בתוך 'אוהל אבי עזרי', שערי משפט, עמ' תלו.

38. לעמדה הפוכה ראו 'צלם אלהים' מאת פרופ' יאיר לוברבוים, הוצאת שוקן, תשס"ד, הטוען כי שלמות הגוף היא עיקר ה'צלם' שעליו הקפידו חז"ל בהלכותיהם. ביקורת מקיפה על עמדתו נכתבה על ידי הרב ד"ר יצחק ליפשיץ, "האנשה בלתי מוצדקת", תכלת 19 (אביב תשס"ה).

39. ב"ש 16,61/87, דננאשוילי נ' מדינת ישראל, פד"י מא (2), 281, בעמ' 289. מאוחר יותר התקבלה דעתו על ידי חקיקה ראשית בחוק סדר הדין הפלילי התשנ"ו.

שהרבים, לעתים קרובות, אדישים כלפיו, והוא נשכח במאבקו, שלא תישלל חירותו ושלא ייפגע חופשו. שמירת זכות זו קודמת – ובבחינת תנאי בל-יעבור – לזכות חירות הביטוי של היוצר והאמן ולחופש ההפגנה של בעלי דעה פוליטית והשקפת עולם, שהציבור חש בקיומם ועוקב אחר פעילותם ולא ייתן להם להישחק מהעין הרואה ולהיעלם מהיד הכותבת.

כאן הטרימה ההלכה את המשפט הישראלי בעמידה על זכותו של האדם לחירות הגוף כבסיס לחירות בתחום חופש הדעות. אומנם הסנקציה הפלילית מופעלת כאן רק כשלילת חירות התנועה ולא ככפייה חיובית של אדם לפעולה (דבר שלדעת חלק מהפוסקים אפשרי בהלכה רק במקרים חריגים), אולם ההלכה מכירה גם היא בחשיבות השמירה על זכות זו, שכן היא מתירה במקרים נדירים בלבד כליאתו של אדם ללא עוולה מוכחת.⁴⁰

בעקבות ההלכה היהודית השוללת שעבוד למעסיק או לבעל חוב כתב השופט שפירא:

בהצעת החוק שלנו... קבענו את העיקרון כי התרופה המקבלת דין בכורה היא בראש וראשונה תרופה של ביצוע בעין. אדם שחתם על חוזה והתחייב לקנות או למכור משהו במחיר מסויים, חייב לעשות את אשר קיבל עליו. יש כמה יוצאים מן הכלל... אבל היוצא מן הכלל העיקרי והקלאסי הוא חוזים של שירות אישי. התחייב אדם לעבוד אצל מישהו או התחייב אדם להעסיק את מישהו, אין לבית-המשפט דרך המחייבת אותו לעבוד או להיות מעביד. הרעיון הזה מקובל גם על המשפט העברי וגם על המשפט האנגלי. אין specific performance on service contracts – יאמר המשפט האנגלי; ואין אכיפתו של ביצוע בעין על חוזה שירות – יאמר המשפט העברי. הטעם האמיתי של הדבר לגבי העובד, שאין להכריח אדם לעבוד מפני שזו התחלת עבודתו, אם גם עבודתו לזמן קצר. אבל אם אתה מכריח אותו לעבוד, יש בכך משום עבודתו... והנה מה שנתברר לנו: הרעיון של ביצוע בעין, שנתחדש בעולם האנגלו-סאכסי לפני 400

40. הרמ"א (ח"מ צ"ז, טו) בסוף הסעיף מביא שיטה אחת שלפיה האדם יכול להישבע להיות בכלא אך לא לשעבד את גופו לעבודה: "וי"א דאפי' אם אין לו לשלם, אם נשבע להיות חבוס עד שישלם, צריך לקיים שבועתו (ריב"ש סי' תפד)".

שנה בערך, רעיון זה היה חי וקיים במשפט העברי במאה האחת-עשרה, ויש רגליים לדבר שהיה קיים כבר במאה השלישית.⁴¹ עם זאת, גם במקומות שהושגו לבסוף הסכמות בין ההלכה לבין המשפט הישראלי, פערים מהותיים נותרו בעינם. בעוד לדעתן של נשיאות בית המשפט העליון הזכות לקיום מינימאלי בכבוד היא זכות היסוד שעליה ראוי לבסס את שאר החירויות⁴² (מלבד כמובן הזכות לחיים), בהלכה הערך היסודי ביותר הינו חירותו של האדם.

ה. מורד ומורדת

כאמור לעיל, חירות הגוף היא עיקרון מכונן בהלכה. עם זאת, ישנו מקרה אחד המאיים לשבור עיקרון זה והוא שעבוד הגוף לקיום בכבוד של אשתו, כפי שהבעל מתחייב לאשתו בכתובה:

ואנא אפלח ואזון ואוקיר ואפרנס ואכלכל ואסובר יתיכי ליכי... בקושטא.

וכך כותב הטור (ח"מ סי' צט [יח]):

וכתב ר"ת בתשובה, שאינו חייב להשכיר עצמו לפרוע חובו. וחולק עם רבי אליהו, שכתב שחייב אדם להשכיר עצמו לפרנס אשתו. ואפשר שגם רבי אליהו מודה בשאר חוב שאין מחייבים אותו להשתעבד לפרוע, רק במזונות אשתו; דמספר כתובה ילפינן דכתיב ביה: "ואנא אפלח ואזון ואפרנס".

חיוב זה של עבודת הבעל כלפי אשתו, וכן להיפך זכה להמשגה הלכתית ייחודית בשם מורד/מורדת. "מורד" הוא ביטוי של סירוב האדם להיות כפוף לבן הזוג שהוא אמור להיות כפוף לו על פי דין. כפיפות זו לדעת ר' אליהו חלה גם על גוף האדם ממש. כפיפות זו הינה של האיש ושל האישה גם יחד. בתלמוד נחלקו האמוראים אם דין 'מורדת' מוחל רק על תחום האישות או גם על חובות העבודה והפרנסה ההדדית.

העמדה ההלכתית המקובלת פוסקת כרב הונא שהמושג מורד/ת מוחל רק על תחום האישות.⁴³ אולם הראשונים פסקו שבכמה מלאכות בסיסיות גם

41. דברי הכנסת, כרך 56, עמ' 57 (=המשפט העברי בחקיקת הכנסת, עמ' 4-722).

42. ראו נאור: בג"ץ 3734/11 דודיאן נגד כנסת ישראל סע' 33. בייניש: בג"ץ 10662/04 סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, סע' 26-36.

43. במאמרו "ודבק באשתו והיו לבשר אחד" (שיח זכויות מול מוסר יהודי – החובה ההדדית ליחסי אישות כמקרה מבחן), פרק י, המופיע בספר זה, עמד ידידי הרב זאב שמע על המורכבות בהגדרת

המסרבת/ לעבוד נחשב/ת כמורד/ת. יתר על כן, הרמב"ם פוסק בהל' אישות (פכ"א ה"י) שמורד או מורדת ממלאכה – כופים אותם בשוטים כדי שיעבדו. בפרקים הקודמים ראינו שההלכה התנגדה לשעבוד גופו של אדם לעבודה עבור אחר. מדוע נשתנתה הכתובה משאר חובותיו של אדם שהיא יכולה ליצור שעבוד לעבודה ולא רק חוב? את השאלה הזאת שאל הרב גדעון בנימין במאמרו "מורדת ממלאכה" (שעלי דעת ז, ישיבת שעלבים תשמ"ו, עמ' 148): המכנה המשותף לאמצעים אלו (כפייה בשוטים, מיעוט מזונותיה ושמטתא) הוא: שמטרתם ללחוץ את האישה לעבוד. ויש לדון מדוע בכלל אפשר לכופ את האישה, הרי קיימא לן (חוי"מ צז, טו) שאין אומרים לכופ את הלווה להשכיר עצמו או לעשות מלאכה, וה"ה לפועל שחזר בו, ואף אם קיבל את משכורתו יכול לחזור בו, והמעות חוב עליו (חוי"מ שלג, ג). וצ"ל שחיובי האישה אינם כחיובי בע"ח או פועל גרידא, **כיון שחיובה אינו נובע מהתחייבות כלפי מעביד אלא מתקנת חכמים** שנועדו לבסס את חיי בני הזוג בצורה נאותה, ולכן נתנו כוח ביד הבעל לכופה.

אך מדוע תיקנו חכמים דברים אלו בניגוד לרוח פסיקתם בשאר המקומות? נראה שהסיבה לכך היא התפיסה כי הקשר הזוגי כולל במהותו את הכפיפות הגופנית. החזון איש טען שמדובר בשעבוד שאיננו שעבוד חוב (שחל על ממונו של אדם) אלא 'שעבוד אישות'. כלומר, לא חוב בלבד אלא שעבוד של כל אישיותו של אדם, ובכלל זה האינטימיות שלו, עבור צרכיה של אשתו, וכך הוא כותב (חוי"מ, ב"ק סי' כג ס"ק כח):

בשאר חוב... דאף אם ישתעבד בהדיא להשכיר עצמו לא מהני, דהוי קנין דברים בעלמא. ולדעת רבינו אליהו... דדווקא למזונות אשתו, דשעבוד אישות אפשר דישנו בגופו כמו עונתה והכי נמי בשארה וכסותה. תדע: שהרי אף רבינו תם דחולק עליו בתוספות שם, מודה דחייב לחרוש ולזרוע כדי לפרנס אשתו, כמבואר בתוספות שם, ולא מצינו חוב זה בשאר בעל חוב; אלא **שעבוד אישות שאני**.

המרידה. מחד גיסא כדי שתהיה מרידה אין להסתפק בכך שהאישה איננה מעוניינת בחיי אישות מסיבות בריאותיות או מכך שאיננה נמשכת לבעלה, "לא בעינא ליה" או בלשון הראשונים "מאס עלי". אלא במקרה שבו אומרת האישה, "בעינן ליה ומצערנא ליה". כמו כן דן הרב זאב בשאלת היחס שבין גדרי המצווה לשאלה עד כמה בן הזוג צריך לכפות עצמו לקיים מצווה זו. האם ההלכה מצווה על האדם לעורר את הרגש שלו, עד כמה? האם היא רואה חובה הלכתית בקיום יחסים ללא הרגש הטבעי? מה היחס בין סוגיה זו לדברי הגמרא בנדרים (דף כ, ב) שנזפה במי שבא על אשתו שלא מתוך אהבה ומכנה את בניו "בני אנוסה"?

כלומר, הלכה זו שאין אדם חייב להשכיר עצמו בשביל פירעון חוב, נאמרה בחוב ממוני גרידא. וטעם הדבר שחוב ממוני אינו יוצר שעבוד על גופו של החייב, הוא מפני שהשתעבדות הגוף לכפייה לעבודה בגלל חוב ממון הרי היא בבחינת עבדות, ועבדות אין בכוחו של אדם להטיל על עצמו; והתחייבות להשכיר עצמו בלי השתעבדות הגוף אין לה ערך כלל, כי הרי זה קניין דברים בעלמא. אבל שונה הוא חיוב המזונות של בעל לאשתו, שאיננו חוב ממוני גרידא שהבעל חייב לאשתו כסף לצורך מזונות, אלא חיוב זה הוא חלק מעצם האישות, וכמו שיש שעבוד הגוף – כחלק משעבוד האישות – למצוות 'עונה', שעבוד כזה – כחלק משעבוד האישות – הוא חיוב המזונות. חיובי הבעל לאשתו – "שארה, כסותה ועונתה" – שלושתם יחד מהווים את שעבוד האישות של הבעל.⁴⁴

ההשוואה בין חיוב מזונות לחיוב אישות אפשרה לדיינים להגדיר חיוב זה באופן שונה מכל חוב ממוני אחר, ועל כן פסקו הדיינים כי ניתן לעכב ולשעבד עליו גם להבא (בניגוד לחוב שחל רק על הסכום שעבורו כבר הגיע זמן הפירעון). אולם השוואה של דין אחד הסותר את עקרון החירות לעיקרון אחר הסותר את עקרון החירות איננה פותרת את הבעיה אלא מרחיבה אותה. אם עקרון החירות הוא הבסיס של תפיסת ההלכה, מדוע שעבדה התורה את גופם של הבעל והאישה בתחום שהוא אקוטי כל כך לחירותם?

ניתן לומר כי לא ניתן לראות במעשה האישות הסכם חופשי. משמעותו הדתית והשפעתו על נפש האדם הינה תמידית ועל כן סברה ההלכה כי ראוי לעגנו בחוזה ארוך טווח מסוג אחר, שניתן לכנותו 'ברית'. בהקשר זה, שעבוד הגוף בחיי בני זוג ממלא את כל תחומי החיים ועל כן לא נותרת ברירה אלא להגדירם כשעבוד גופני ממשי. ההלכה מבססת את ההתקשרות הזוגית באופן הקשור להבנת ההבדל הקריטי שבין נישואין לכל חוזה אחר.

אפשרות אחרת להבנת ההבדל שבין השעבוד שבנישואין לבין שאר החובות נובעת מכך ששעבוד זה הוא הדדי,⁴⁵ ושעבוד הדדי איננו מפר את הכלל של "כי לי בני ישראל עבדים – ולא עבדים לעבדים". הדבר דומה למה שכתב הראב"ד (הל' שלוחין ושותפים פ"ד ה"ב), כי אדם יכול להקנות את גופו לשותפות בקניין עבדים, וכפי שפסק הש"ך (חור"מ סי' שלג ס"ק יד).

44. ועיי' תיק מאה ושלש – תש"ז, בבית הדין ת"א-יפו (בפני הדיינים: הרבנים א' גולדשמידט, י' קולין וש' מזרחי, בעניין: המבקש: א' (ב"כ ע"ד נ' כדיר) נגד: המשיבה: ב' (ב"כ ע"ד א' לובוצקי) עיכוב יציאה מהארץ ועיקול נכסים להבטחת פרעון חוב. – מובא בפד"ר ח"ב עמ' 84-89.

45. עיי' כתובות מז, ב.

על פי זה כתב הגר"ש ישראלי (משפטי שאול סי' לד, עמ' רלא):
אכן במתחייב באופן כזה כלפי אשתו אינו שייך איסור זה, כמש"כ
הש"ך... הרי גם באישה יש גם לה שעבודי אישות כלפיו ומשתעבדי
אהדדי...

וזה נ"ל גם בטעם תקנת חז"ל לשעבד האישה למלאכות הבעל,
אעפ"י שנראה פשוט שגם אישה היא באיסור "עבדי הם" וכו' (פ"ת
[סי'] שלג סק"ד מהחו"י), אלא משום שבעל ואשה משועבדים
אהדדי, על כן לא שייך כלל משום לתא דעבדות בזה.⁴⁶
אפשרות שלישית לביאור שלילת החירות של האדם בחיי הנישואים היא מפני
שבחיים אלו מגיע האדם למימוש ייעודו. החירות איננה תכליתו של האדם,
"צלם אלהים שבאדם", אלא אמצעי לקראת הצלם המלא המורכב מבני זוג,
כפי שנאמר (בראשית ה, א-ב):

...ביום ברוא אלהים אדם, בדמות אלהים עשה אותו. זכר ונקבה
בראם, ויברך אותם, ויקרא את שמם אדם ביום היבראם.
יתר על כן, החירות אינה אלא אמצעי לשמיעת קול ה' על ידי האדם.⁴⁷ חירות
הפרט מהווה אמצעי לקיום זוגיות ומשפחה באופן של התמסרות מיטבית,
והמשפחה היא השומעת את קול ה'.

סיכום ומסקנות

במאמר נפרד הראינו כיצד פעלו חכמי ישראל בכל הדורות באופן הדרגתי למען
ביטול העבדות של הגויים הכפופים לישראל.⁴⁸ במאמר זה ביקשנו להוכיח כי
ערך החירות, כפי שהוא נלמד מהתורה שבכתב ושבעל פה, הינו אוניברסלי
במהותו ואינו כפוף דווקא לתפקיד הייחודי של ישראל בהיסטוריה. החירות
היא תנאי לגילוי צלם האלהים שבכל אדם, ואלו שזוכים בצלם זה יכולים,
וממילא צריכים, לבוא בברית עם ה'. אך גם אם לא הגיעו למעלה זו עדיין
ראויים הם לממש את חירותם. על כן ניתן לראות את המתח שבין החירות

46. תירוצ נוסף ביחס להתחייבות הבעל כתב הגר"ש ישראלי, שם, עמ' רלא-רלב, שמאחר שהבעל יכול
להיפטר בכל רגע מחיובו כלפי אשתו בכך שיגרשנה, אין בהתחייבות לעבוד משום עבדות. אולם
אפשרות זו לא קיימת אצל האישה, המחויבת לבעלה למעשה ידיה ולמלאכות הבית, וגם אצל
הבעל היא לא קיימת כיום, לאחר שנתקבל חרם דרבנו גרשום האוסר לגרש אישה בעל כורחה.

47. עי' לעיל, סוף פרק א.

48. "הזכות לחירות טרם הכניסה לברית, עיון בהלכות עבדים", טרם פורסם. מופיע באתר האינטרנט
של מרכז 'אחוה'.

לבין חיי המשפחה כמתח אוניברסלי ואת העמדה היהודית כנכונה לכל החברה האנושית.⁴⁹

שיח הזכויות המודרני מיטלטל מבחינה משפטית ופילוסופית בין עקרונות אוניברסליים מופשטים לתפיסות אישיות ופרטיקולריות הניתנות לתביעה ממשית. ה"זכות לחירות" שונה במהותה מזכויות אחרות שכן משמעותה היא שלילת ההתערבות של גורמים זרים ולכן היא נוטה להיות אישית וניתנת למימוש באופן מלא ומוחלט. עם זאת, לעיתים, הגנה אקטיבית על זכות זו דורשת משאבים רבים (כמו: משטרה שתשמור מפני לסטים חוטפי אדם, או מערכת בחירות יקרה שתבטיח את קיומו של שלטון דמוקרטי המאפשר חירות וכדו'). יתר על כן, הזכות לחירות איננה חפה משיקולים ערכיים מקומיים, כמו תפקיד המשפחה או הגדרת האדם, שכן היא נידונה ביחס לערכים אחרים כמו שלמות המשפחה, הזכות לחיים בכבוד, או החובה להחזיר חוב. שאלת היחס בין "הזכות לחירות", או ערך החירות, לבין ערכים אחרים – היא הנושא של מאמרנו.

49. כתבו על כך בהרחבה הרב עזריאל וער"ס חדווה אריאל, במאמרם: "דרושה אהבה – בין רומנטיקה לתודעת 'אנחנו'", בספר "משפחה, מפעל חיים", הוצאת ידיעות אחרונות וספרי חמד, תשע"ט, עמ' 443-444: "אידיאל הנישואין... יצירת תודעה משותפת של 'אנחנו', תודעה של ברית. תודעה זו אינה מבטלת את האני, האת' או האתה'. כל אחד מבני הזוג חווה את האנחנו' כהרחבה של אישיותו הפרטית. מתוך כך הוא חווה את וויתורו למען זולתו או למען האנחנו' – לא כצמצום והקטנת עצמו אלא כביטוי לגדילה והתרחבות אישית. ומאידך גיסא, גם האתה' והאנחנו' נכונים לפנות מקום כדי לתת מרחב ל'אני' כשהוא זקוק לו. בדרך זו ניתן יהיה לנהל בדרך טובה מתח נוסף המעיק על הקשר הזוגי בדורנו... בין הצורך ב'חירות' לצורך ב'שייכות'. זוגיות שיש בה שייכות הדוקה מאיימת להגביל את החירות האישית, ואילו הדגשת החירות ומימוש הצרכים והערכים האישיים מאיימת לפרק את השייכות הזוגית ולהותיר את האדם בודד. תודעה... של אהבה, כמי שלא באה למוסס את האני' אל תוך האנחנו' אלא לתת לו עוצמה וממד עומק מחודש, דווקא מתוך ההקשר הזוגי, מאפשרת יצירה של קשר זוגי בה 'חירות' וה'שייכות' יכולות לקיים ביניהן 'זוגיות טובה'. בני זוג החיים בתודעה זו, ינהלו את חילוקי הדעות ביניהם בדרך דיאלוגית, וליתר דיוק: טריאלוגית, הנעה בין שלושת הקטבים: מה טוב לי? מה טוב לך? או לך? מה טוב לנו? הביורור המשותף על איכותו ועל מאפייניו של מה ש'טוב לנו' הינו עבודה שבני הזוג מוזמנים אליה במשך כל ימי חייהם. כמו כן, זוהי עבודת עומק, לגלות שמה ש'טוב לי' הוא לא בהכרח מה ש'בא לי כרגע', אלא מה שעונה על הצרכים הרגשיים העמוקים (ואף הבלתי מודעים) שלי. חשיפה הדדית של הצרכים הרגשיים העמוקים והסמויים של כל אחד מבני הזוג בתוך דיאלוג מכבד, כאשר לצדם מניחים ביחד גם את הצרכים החשובים של הזוגיות עצמה – מביאה כל אחד מבני הזוג לחוויה של חירות אישית עמוקה יותר. זו חירות בוגרת, המחוברת לתודעה של אחריות, שלא באה להגביל ולבטל אותה אלא להעצים ולבטא אותה".

כפי שהראינו מתוך העיון בהלכה, חכמינו הדגישו כי חירות הגוף (הכוללת בתוכה מרכיבים של חופש התנועה והעיסוק, ואף חופש הדעות⁵⁰) הינה מעל ה"זכות לקיום כלכלי בכבוד". יתר על כן, הם קבעו כי ערך זה לא ניתן להידחות לשם תשלום חובו של האדם לחברו או לחברה, ולכן לא ניתן לשעבד אותו לשם כך. אולם זכויות אחרות, כגון זכות הקניין וכדומה, אכן ניתנות לשעבוד. שעבוד הגוף יכול לחול במקרים שבהם החיים עצמם נמצאים בסכנה, כמו במקרה של עוני גמור או במקרה של פיקוח נפש ציבורי.⁵¹ יוצא מכלל זה הוא שעבוד הגוף בנישואים. שעבוד זה חל הן בעניינים הקשורים באופן מלא ליחסי האישות, והן בעניינים המהווים תנאי לקיומה הכלכלי של הזוגיות והמשפחה.⁵² דבר זה מפורש על ידי בעל הפרישה (ח"מ סי' צז ס"ק מא):

מה שנראה לי מסברא והוא: דמזונות אשתו... מסתברא דלא חייבו התורה ולא חכמים בתורת חוב... **אלא חייבו התורה או חכמים להיות אשתו כגופו**, דהיינו ליתן לה שארה וכסותה כמו שמאכיל ומלביש נפשו.

המושג "אשתו כגופו" – המשמש בתלמוד לתיאור דיני ערוה בין איש לאשתו⁵³ או דיני נאמנות בדיני ממונות⁵⁴ ואיסורים,⁵⁵ ובדיני הדלקת נרות חנוכה,⁵⁶ ועוד⁵⁷ – מקבל בדיונו מובן חדש, ועתה הוא מופנה כלפי תפיסת החירות הגופנית של האדם. ההנחה של ההלכה היא כי תפיסת היסוד האנושית והדתית נפגמת כאשר האדם איננו מקיים את חובותיו כלפי בן בריתו, ועל כן היא הכפיפה אליה גם את היסוד המשפטי והדתי העליון מאז יציאת מצרים – יסוד החירות.

50. גבולותיהן של הבחנות אלו דורשים מאמר נפרד.

51. עי' מאמרנו "שעבוד הגוף והגיוס הצבאי", אמונת עתיד, גיליון 117, עמ' 98-90.

52. עי' פד"ר ח"ב, עמ' 89-92, הלומדים את חיוב המזונות כלפי הילדים משיעבוד הגוף של האדם לאשתו בכתובתה.

53. משנ"ב סי' עג ס"ק ה; ערוה"ש שם סע' ב.

54. ערוה"ש ח"מ לד, יג.

55. ערוה"ש יו"ד שיד, ב; אה"ע ז, ג-ה.

56. שעה"צ סי' תרעה ס"ק י.

57. עי' משנ"ב סי' שז ס"ק א; בה"ל סי' ריט סע' ד"ה ואין. וכן בערוה"ש, או"ח סי' ריט סע' ט; רנ, ג; יו"ד קפה, א; רנב, י; חו"מ רצא, נג; שלט, ט; שמו, טז.

"ודבק באשתו והיו לבשר אחד"

שיח זכויות מול מוסר יהודי -

החובה ההדדית ליחסי אישות כמקרה מבחן



חלק א - מבוא

א. פתיחה

ב. התשתית הרעיונית: אורגניזם מול אינדיבידואליזם

ג. אינדיבידואליזם ואורגניזם בחיי הנישואין

ד. הנישואין כברית

1. בדברי הנביאים

2. מרכיבי הברית

ה. הנישואין כמיזוג בני הזוג לאחד

חלק ב - משמעות ה'קניין' בקידושין ובנישואין

ו. הקידושין - כסוג של 'בעלות'

1. דעת הרמב"ם

2. דעת הרשב"א

3. הגבלת הקניין

4. בין קניין אישות לקניין ממון

ז. החובה ליחסי אישות - מצווה, שעבוד או בעלות?

1. חובת הבעל וחובת האישה

2. בהשוואה לשיח הזכויות

ח. חשיבותם של יחסי האישות

1. מרכזיותה של מצוות 'עונה'

2. חובתו היתרה של הבעל

3. חובתה היתרה של האישה

4. ההבדל בין הבעל לאישה

5. בהשוואה לשיח הזכויות

חלק ג - הגבלת הזכות ליחסי אישות

ט. הגבלות ערכיות על זכויות הבעל

י. קיום יחסי אישות בכפייה

1. כפיית האישה

2. דין 'מורד' ו'מורדת'

3. "בלא דעת נפש לא טוב"

4. זכויות שאינן בנות מימוש

5. בהשוואה לשיח הזכויות

יא. מחובה וזכות לראויות ואחריות

1. תפיסת עולם של אחריות

2. בהשוואה לשיח הזכויות

סיכום ומסקנות

1. בנוגע ל'שיח הזכויות' בכללו

2. בנוגע לקשר הזוגי ול'זכויות האדם' בתוכו

3. היחס לקשר הגופני בנישואין

חלק א – מבוא

א. פתיחה

במאמר זה אדון בחובות ההדדיות של בני הזוג ליחסי אישות, ואבחן את גישת ההלכה בשאלה זאת בהשוואה לתפיסות מערביות-ליברליות הרווחות כיום. ההשוואה בין גישת ההלכה בסוגיה זו לבין תפיסות אחרות תשמש מקרה מבחן להשוואה כוללת בין שיח הזכויות הליברלי-מערבי לבין תפיסה אלטרנטיבית המבוססת על מקורות היהדות.

במאמר זה אבחן כיצד מתייחסת ההלכה לחובותיהם של בני הזוג זה לזה בתחום יחסי האישות; האם המונח המתאים לתאר אותה הוא: חובה, זכות, אחריות, בעלות, חירות, ברית, או שמא הגדרה אחרת? אשווה זאת ליחסם של זרמים בולטים בתרבות המערבית הנוכחית. (לצורך הדיון, אבחר להציג את התפיסה המערבית דווקא מתוך הדוברים שהם הסמן הקיצוני של הגישה שלה. כמובן, ישנן גם תפיסות מתונות יותר, ובפרט בחברה הישראלית שמושפעת משתי תפיסות העולם – היהודית והמערבית, ויש בה נטייה שמרנית חזקה). השוואה זו תסייע לנו להבין בצורה עמוקה יותר את עמדתה של תורת ישראל.

התפיסה המערבית הליברלית כיום סבורה כי לכל אדם יש "זכויות טבעיות" השייכות לו מכוח היותו אדם, ובראשן – זכותו המלאה לעשות בגופו כל מה שליבו חפץ כל זמן שאינו פוגע שלא כדין בזכויותיו של האחר, ולהימנע מלעשות בגופו של הזולת כל מעשה שאינו בא מתוך רצונו המלא והחופשי.¹ לפי תפיסה זו, חירותו של האדם היא כמעט מוחלטת, ויש בה שינוי קיצוני לעומת התפיסות ששררו בעבר. לשם הדגמה הקשורה לנושא הנידון נזכיר את דבריו של מתיו הייל:²

1. בהצהרת זכויות האדם והאזרח הצרפתית (1789) נכתב: "החירות מבוססת על החופש לעשות כל מה שאינו פוגע במישהו אחר; **לפיכך להגשמת זכויותיו הטבעיות של כל אדם אין שום גבולות**, מלבד אלה המבטיחים ליחידים אחרים בחברה את ההנאה מאותן זכויות". תפיסה זו באה לידי ביטוי גם בספר שהשפיע בצורה חריפה מאוד על התפיסה המערבית הליברלית – "על החירות" (1859), שנכתב ע"י הפילוסוף האנגלי ג'ון סטיוארט מיל (1806-1873) (תרגום עופר קובר בהוצאת ספרי עליית הגג, 2006, עמ' 54): "ביחס לעצמו, ביחס לגופו ונפשו שלו, היחיד הוא הריבון".

2. משפטן אנגלי בן המאה ה-18 למניינם. הציטוט מופיע בדברי השופט בכור בע"פ 91/80.

הבעל אינו יכול להיות אשם בעבירת אינוס שביצע באשתו החוקית, כי על ידי ההסכמה ההדדית וחווה הנישואין האישה מסרה את עצמה לבעלה בעניין זה, ואין היא יכולה לחזור בה.³ כדוגמה מעשית לשאלה שאני מבקש לדון בה, אציג פסיקה של בית המשפט העליון הקשורה לנושא, ועוסקת בתביעת נזיקין של בעל כלפי אשתו שבגדה בו:

קשר הנישואין אינו יוצר בעלות על גופו ורצונותיו של בן הזוג, ואין לבן הזוג הנבגד עילה וזכות תביעה... ההתחייבות של בני הזוג לקבל על עצמם את האיסור של "לא תנאף" היא במישור החברתי-מוסרי-דתי אך אין לייבאה אל תוך המשפט.⁴ התפיסה הליברלית-פרוגרסיבית ביחס לחירות האדם בכלל מיושמת גם בתחום האינטימי של חיי בני זוג שנישאו, בקביעה כי לאיש אין סמכות לפגוע בזכותו של כל אחד מבני הזוג על גופו ובחופש שיש לו לעשות בגופו כרצונו.⁵ וכל זמן שבני הזוג לא התחייבו זה לזו באמצעות חוזה מפורש לנאמנות מוחלטת ביניהם, החברה ובית המשפט לא יהיו מוכנים לראותם כמחויבים לכך.⁶

אומנם הפסיקה של בית המשפט העליון עוסקת באישה שבגדה בבעלה, אולם הגישה המוצגת בה משליכה במישורין גם על היחס לחובת בני הזוג זה לזו ליחסי אישות בהיותם נשואים.

לאור דברים אלו אבקש להשוות בין שתי התפיסות ביחס למערכת היחסים הזוגית – היהודית והמערבית-ליברלית (הבאה לידי ביטוי בין השאר בדבריהם של שופטי בית המשפט העליון), ולתת מענה לשתי שאלות ראשיות במחקר:

3. בהשוואה זו עסק גם הרב מיכאל פואה בספרו "בשורת הצדק", עמ' 107-116. ועי' במאמרו בספר זה: "הזכויות והאחריות בקניין הנישואין – בין משפט התורה למשפט העמים", פרק ג.
4. פסיקת בית המשפט העליון, ע"א 8489/12 (השופטים: דנציגר, עמית, שוהם) בתאריך 29.10.2013.
5. ביטאה זאת השופטת כרמית פאר גינת במאמרה "תחילתו בהסכמה וסופו באינוס: הלכה משפטית מול יישום עובדתי קיומם של יחסי מין בנושא חזרה מהסכמה במהלך" (הסניגור 156 עמ' 7): "ההחלטה אם לקיים יחסי מין אם לאו, אם להיכנס למערכת יחסים אינטימית אם לאו, היא חלק מחירותו של כל אדם ואדם. אלה הן החלטות שהשלטון אינו יכול להתערב בהן, אך הוא מחויב להגן עליהן".
6. בתי המשפט נוהגים להכיר בנסיבות מסוימות בהסכמים למניעת בגידה. ראה <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001196848> יש להעיר כי הדבר נראה כעומד בסתירה להיגיון העומד בבסיסה של תפיסת העולם הליברלית, מאחר שבהתחייבות זו יש פגיעה חמורה בזכויות ובחירות של בן הזוג.

א. מה ההשוואה מלמדת על הקשר הזוגי ועל מקומן של 'זכויות האדם' בתוכו?

ב. מה יחסה של התורה וההלכה לשיח הזכויות בכלל?
אגב הדיון בשאלות אלו אבקש לחקור שאלה נוספת: מה מלמדת אותנו השוואה זו על היחס לקשר הגופני בנישואין?

ב. התשתית הרעיונית: אורגניזם⁷ מול אינדיבידואליזם

בעולם המודרני חל שינוי בתפיסת היחס שבין הפרט לבין הקולקטיב. בעבר – לתודעת השייכות של האדם אל החברה שבה חי היה משקל גדול ומשמעותי הרבה יותר מאשר היום. האדם בדרך כלל ראה את עצמו כחלק מקולקטיב בעל אופי לאומי – ברמת המקור, וכחלק מן הקולקטיב המשפחתי (הגרעיני או המורחב) – ברמת המיקרו. העידן המודרני הביא לפירוקם של המבנים החברתיים המסורתיים, ופירוק זה הביא להתמקדות בפרט כישות נפרדת ואוטונומית ולהתרחבות של זכויות הפרט,⁸ כאשר הכלל נתפס רק כאוסף של פרטים שאין לו שום קיום ממשי כשלעצמו. בבואנו לדון בשאלת החובות ההדדיות ליחסי האישות יש לתת את הדעת לתפיסת העולם בסוגיה כללית זו, כי יש לה חשיבות גדולה בעיצוב היחס לנושא זה.

ההתמקדות בפרט בעולם המערבי-ליברלי לא באה לידי ביטוי רק במילוי וסיפוק של צורכי היחיד. היא כוללת גם את ההכרה בכך שכל אדם הוא אוטונומי ברצונו לפעול כאוות נפשו. יפה בניה, חוקרת במרכז שלום הרטמן, היטיבה לתאר את אופיו של האדם המודרני:

מושג האוטונומיה הינו מרכזי בתחומים רבים: בפילוסופיה פוליטית, באתיקה, בחינוך ועוד. "אוטונומיה" (ביוונית: אוטו=עצמי, נומוס=חוק) היא הנהגה-עצמית או הכוונה-עצמית. "אוטונומיה" מתייחסת לעצמאות ולאותנטיות של הרצונות

7. במילון אבן שושן, בערך 'אורגני', נאמר: "אורגניזם: הקשור לדבר קשר אמיץ כקשר של האיברים לגוף: בלתי נפרד מן השלם, קשור למהותו הפנימית".

8. ד"ר דניאל שליט, במאמרו "מסכת ההווה – מסביב לשיח הזכויות", פרק ב (בספר "שיח הראויות", עמ' 21), עומד על הקשר שבין האינדיבידואליזם לבין שיח הזכויות, וכותב: "מוסר הזכויות התפתח כאמור יחד עם התחזקות 'האני' השכלי (בתקופת הנאורות) והרצוני (ברומנטיקה). והנה לאורך המהלך הזה הולך ונעשה מבודד בפני עצמו, אין הוא מרגיש את עצמו קשור עם שום מקור שמעבר לעצמו, לא עם הטבע ולא עם אלהים... במצב מנותק זה, מה שיש לו לאדם לעשות הוא להילחם על מרחב לרצונותיו, דהיינו על זכויותיו".

(הערכים, הרגשות וכו') המניעים את האדם לפעול. להיות אוטונומי משמעו לפעול באופן חופשי ועצמאי, מתוך מניעים, סיבות וערכים הנובעים מן האדם עצמו. האדם האוטונומי הנו אדון למחשבותיו, איננו שבוי בידי סמכות חיצונית לו, והוא ניחן ביכולת לחשיבה עצמאית וביקורתית.⁹

התפיסה האוטונומית של האדם, הרואה באדם עצמו את מקור הסמכות, מובילה אותו לאורח חיים אינדיבידואליסטי המסרב לקבל תכתיבים מבחוץ. תפיסה זו רואה באדם פרט העומד בפני עצמו בתוך החברה. האדם המודרני פונה פנימה לרגשותיו ולתפיסתו הסובייקטיבית, ובאמצעותם הוא מבקש להבדיל בין טוב לרע. כדי להיות "מאושר", האדם המודרני מלבן עם עצמו מה טוב לו. בחירתו של אדם לחלוק את חייו עם מישהו אחר הינה מראש בחירה מתוך הבנה שהצרכים הרגשיים, הכלכליים והאחרים הם בני שינוי, ובחירה שמתאימה להיום לא תתאים בהכרח אפילו לעתיד הקרוב. לכן, מלכתחילה, ישנה נטייה לראות את הקשר הזוגי כמחייב פחות מאשר בעבר.¹⁰

בניגוד לתפיסה המערבית האינדיבידואליסטית, וגם בניגוד לתפיסות קולקטיביסטיות קיצוניות שרווחו בעולם בעבר הלא רחוק – היהדות רואה את האדם בשתי הפנים שלו: היבט אחד של אישיותו הוא הווייתו הפרטית, והיבט שני הוא היותו חלק בלתי נפרד מן הכלל, שיש לראותו כישות אורגנית

9. במאמרה "אוטונומיה התייחסותית", לקסי-קיי (כתב עת מקוון בהוצאת מכללת קיי), 3, ינואר 2015, עמ' 3-5.

10. פרופ' נילי כהן, במאמרה "ירידתה ועלייתה של הבטחת הנישואין" (המשפט יא, תשס"ז, עמ' 32-31), תיארה באופן דומה את השינוי שחל בין תפיסת הזוגיות בעבר לבין התפיסה כיום: **"אם בעבר נתפסו הנישואין כהסדר פטריארכלי-רכושי, שעיקרו הבאת ילדים לעולם, ואשר סיפק עוגן כלכלי ומעמד חברתי לנשים, שעליהן היה נטל גידול הילדים והטיפול בענייני הבית, היום שונה הדבר. קשר הנישואין מושתת על שוויון ועל האוטונומיה של הרצון של שני בני הזוג... הרחבתה של החירות להתחייב בנישואין פועלת במקביל להרחבתה של הזכות להתחרט ולצאת מהם. הזכות להתחרט, כלומר היכולת לצאת מקשר לא רצוי, נראית היום מובנת מאליה. נישואין לנצח נראו טבעיים למדי בתקופה שבה תוחלת החיים עמדה על שלושים-ארבעים שנה. תוחלת החיים עלתה במאה השנים האחרונות באופן דרמטי, והיא עוד צפויה לעלות. במהלך השנים הארוכות שאנו עוברים מיום לידתנו עד יום מותנו, אנו משנים בחירות, העדפות, אפשר אף לומר זהויות. האנשים שהיינו בגיל עשרים, שונים מאלה שהפכנו להיות בגיל ארבעים. בעקבות זאת, גם הבחירות הרגשיות שעשינו בגיל עשרים יכולות לעבור תהפוכות. אבל אפשר לשנות העדפות לא רק לאחר עשרים שנה, אלא גם תוך זמן קצר, במיוחד כשמדובר בהעדפות בתחום הרגש. העולם כולו עובר תהליך של מעבר מגירושין-על-פי-אשמה לגירושין-על-פי-דרישה כשמדובר בהעדפות בתחום הרגש".**

וכמכלול שלם. ולכן האדם אינו אוטונומי לקבוע בעצמו מה טוב ומה רע.¹¹ הכרעה זו מסורה בידי התורה שניתנה לאומה (ולאנושות) בכללותה. ועם זאת, האדם אוטונומי ביכולתו לבחור אם וכיצד לממש את דרישת הטוב שהקב"ה מציב בפניו.¹²

על הדרך למצוא סינתזה בין תפיסת העולם האינדיבידואליסטית לבין זו האורגנית כתב מרן הרב קוק זצ"ל במקומות רבים.¹³ כאן נביא מקורות אחדים כמייצגים את שיטתו.

וכך הוא כותב (אורות הקודש ב, תמז):

איש יחידי צריך למצוא עצמו בעצמו. ואחר כך הוא מוצא את עצמו בעולם המסבבו שהוא חברתו, ציבורו ועמו. הציבור מוצא את עצמו בעצמו, ואחר כך הוא מוצא את עצמו באנושיות כולה. מרן הרב מודע למתח הקיים בין שני הכוחות הללו, ועל כך הוא כותב במקום אחר (אורות הקודש א, מח):

בציבור, התכונה המבדילה את הפרטים, המחטבת את האינדיבידואליות, והמאחדת ומשווה את הכול באיכות ציבוריותה – אלה שני כוחות, איתנים וסותרים, מכים הם את כוח קווייהם זה על זה.

אולם למרות הניגוד שבין ההכרה באדם כאינדיבידואל לבין היותו חלק מהאורגניזם החברתי הכללי, שתי הנטיות הללו מתאחדות לישות אחת. והוא כותב בהמשך הדברים:

נפלא הוא כוחן של ישראל באיחוד זה של התפרדות האינדיבידואליות עם החטיבות האחדותית.

11. כך כותב הרש"ר הירש (בראשית ב, ט), כשהוא מסביר את חטאם של אדם וחווה: "נראה אפוא, שהעץ נקרא על שם סופו, בו תוכרע הדעת טוב ורע; בפריו יבחר האדם מה טוב ומה רע בעיניו. הארץ יכולה להפוך לגן עדן, אך תנאי אחד בדבר: שנקרא טוב ונקרא רע, רק מה שהקב"ה קראו כן; ואל נבחין בין טוב לרע כראות עיני החושים. אם נקבל על עצמנו את הכרעת החושים, יינעלו עלינו שערי גן עדן; ורק בדרכים רחוקות ועקלקלות תשוב האנושות אליהם".

12. על הבחירה לעשות את הטוב, כותב הרמב"ן דברים ל, טו: "להגיד להם כי שני הדרכים בידם וברשותם ללכת באשר יחפצו בה ואין מונע ומעכב בידם לא מן התחתונים ולא מן העליונים". הפן האינדיבידואליסטי-אוטונומי ביהדות בא לידי ביטוי רק בבחירה בין דרכים שונות לעשות את הטוב, כגון מה שנאמר בגמרא (עבודה זרה יט, א): "אין אדם לומד תורה אלא ממקום שלבו חפץ, שנאמר (תהילים א, ב), כי אם בתורת ה' חפצו". הרחיב בכך הרב קוק זצ"ל במקומות רבים. עי' עקבי הצאן עמ' קיח; אורות התורה פרק ט סע' א, ו, יב; עין איה ברכות ט, רעח; שם שבת א, ו; אורות הראי"ה עמ' לו.

13. עי' אגרות הראי"ה ח"א, עמ' קלד ועמ' קעד; אורות הקודש ח"ב עמ' תכז, תמד, תקטו.

במקום אחר באורות הקודש (ב, תלט-תמא) מסביר הרב קוק כיצד מתיישבת הסתירה בין שני הכוחות. כדי שהאדם ישלים את עצמו הוא צריך לפתח את הצד האינדיבידואלי. כוח זה מאפשר לו להתחבר לנקודה הפנימית שלו ולשכלל ולבנות אותה. אך המטרה בפיתוח העצמיות של האדם היא שמכוחה יוכל לתרום את חלקו לבניינו של הכלל שהוא חלק ממנו. כך נוצרת השלמה בין הצד האינדיבידואלי שבאדם לבין היותו חלק מן האורגניזם הכללי. לדעת הרב, החיים מתחילים מהצד האינדיבידואלי ומסיימים באיחוד עם האורגניזם הכללי:

סטרא דקדושה שרי (=צד הקדושה מתחיל) בפירודא (=בפירוד), וסיים בחיבורא, וְשֵׁם גופיה איקרי שלום. העולם כולו מחובר בקשר אורגני, אבל באופן משמעותי יותר בא הדבר לידי ביטוי בעם ישראל. הדבר עולה ממקורות רבים, ואחד הבולטים והנוכחים שבהם הוא בפירושו של המלבי"ם לספר יהושע (ז, א):
עכן לקח מן החרם ואיך מעלו בני ישראל מעל? האיש אחד יחטא ועל כל עדת ישראל יקצוף?
מודיע, כי כל ישראל קשורים כגוף אחד, עד שכל איש ואיש מהם, ייחוסו אל הכלל בייחוס אבר אחד מן הגוויה אל הגוויה, וכמו שע"י חולי או הפסד אבר אחד יתהווה חולי או מום בגוף כולו, כן במה שלקח עכן מן החרם נחשב כאילו מעל העם כולו, וז"ש: "וימעלו בני ישראל, ויקח עכן".¹⁴
הקשר שבין הפרט לחברה אינו רק סדר חברתי, הזיקה ביניהם מלמדת על שייכותו של האדם לחברה במובנים רחבים בהרבה. ישנם קשרי השפעה וגומלין עמוקים בין היחיד בישראל לבין הכלל שהוא חלק ממנו.

14. ועי' עוד: רדב"ז, הלכות ממרים פ"ב ה"ד; מהר"ל, נתיבות עולם, נתיב התוכחה פרק ב; העמק דבר ויקרא יט, יח; שמירת הלשון ח"א, שער התבונה פרק ו.
ועי' בהקדמתו של הגר"ש שקופ לספרו 'שערי ישר', שכתב: "כי בזה יומד מעלת כל האדם לפי מדרגתו, האיש הגס והשפל כל 'אני' שלו מצומצם רק בחמרו וגופו, למעלה ממנו מי שמרגיש ש'אני' שלו הוא מורכב מגוף ונפש, ולמעלה מזה מי שמכניס לה'אני' שלו בני ביתו ומשפחתו. והאיש ההולך על פי דרכי התורה, ה'אני' שלו כולל את כל עם ישראל, שבאמת כל איש ישראל הוא רק כאבר מגוף האומה הישראלית. ועוד יש בזה מעלות של איש השלם ראוי להשריש בנפשו להרגיש שכל העולמות כולם הוא ה'אני' שלו, והוא בעצמו רק כאבר קטן בתוך הבריאה כולה, ואז גם רגש אהבת עצמו עוזר לו לאהוב את כל עם ישראל, ואת כל הבריאה כולה". ואכמ"ל.

לסיכום: התפיסה המערבית הנוכחית רואה את האנושות כאוסף של אינדיבידואלים אוטונומיים, שבו כל פרט הוא גוף עצמאי נפרד ואין שייכות ביניהם. לעומתה התפיסה היהודית רואה באינדיבידואל חלק מהאורגניזם החברתי של העולם, ורואה בקיומו וצמיחתו של הפרט חלק בלתי נפרד מן ההתפתחות של הכלל. העולם הוא אחדותי, עם ישראל הוא נשמה אחת, והפרטים מחויבים לאחרים ולערכים המשותפים מתוקף אחדות זו.

ג. אינדיבידואליזם ואורגניזם בקשר הנישואין

הצגנו את תפיסת העולם האינדיבידואליסטית והשווינו אותה לתפיסה התורנית המשלבת בין אורגניזם לאינדיבידואליזם. בפרק זה נבחן את המשמעות של תפיסות עולם אלו בהקשר הזוגי.

השופטת כרמית פאר-גינת מסבירה את משמעותה של התפיסה האוטונומית המערבית בהקשר של נישואין, וכותבת:

באופן הדרגתי עלתה חשיבותה של הזכות לאוטונומיה של הפרט, הזכות של האדם על גופו, בחברות ליברליות-דמוקרטיות. בה בעת ניתן יותר משקל לזכות של אישה על גופה... הזכות לאוטונומיה של הרצון הפרטי היא חלק מההגדרה של חברה כחברה ליברלית-דמוקרטית. בלעדי השמירה על האוטונומיה של הרצון הפרטי לא ניתן לדבר על חירות אמיתית של הפרט. החלטה על נישואים, הקמת משפחה, חינוך לילדים ועוד, הן החלטות הניצבות בלב לבו של אותו מתחם פרטי. אלה הן ההחלטות האישיות ביותר של כל אחד ואחד וההגנה עליהן צריכה להיות ערך עליון בחברה הרואה את עצמה כחברה ליברלית, כחברה חוקתית.¹⁵

ומכאן מסיקה פאר-גינת כי:

ההחלטה... אם להיכנס למערכת יחסים אינטימית אם לאו, היא חלק מחירותו של כל אדם ואדם.

הכותבת רואה את האוטונומיה כמרכיב מהותי של הפרט וכגורם דומיננטי בהחלטות האינטימיות של האדם. ועם זאת יש לציין כי היא אינה מתייחסת במפורש לשאלה אם לאחר הנישואין התפיסה האוטונומית ממשיכה להתקיים בדיוק כפי שהייתה לפני כן.

15. במאמרה "תחילתו בהסכמה וסופו באינוס: הלכה משפטית מול יישום עובדתי קיומם של יחסי מין בנושא חזרה מהסכמה במהלך", הסניגור 156, עמ' 7.

שופטי בית המשפט העליון התייחסו לשאלה זו, וקבעו ביחס לאיסור הניאוף:

הכרה בזכות תביעה (=נזיקין) עקב מערכת יחסים זו (=ניאוף) משמעה סיכול ופגיעה בזכויות וחירויות בן הזוג וכפיפותו באופן מלא לבן זוגו ולרצונותיו.¹⁶

אף שפסיקה זו עוסקת במקרה של ניאוף ובזוגיות הנמצאת בתהליכי פירוק, משתמעת ממנה עמדה ברורה גם באשר למערכת היחסים בין בני הזוג הנשוי בשלום, והיא שאין לאיש מבני הזוג חובה כלפי זולתו בכל הקשור ליחסי האישות, מאחר שההכרה בחובה זו עומדת בסתירה לחירות האדם ולזכותו המלאה על גופו. בני זוג שלא התחייבו בחוזה לשמור אמונים, פסיקת בית המשפט אינה רואה אותם כמחויבים זה לזה.¹⁷ לפי תפיסה זו, האוטונומיה של האדם נשמרת גם בתוך קשר הנישואין, ובפרט בחלק האינטימי בחייו.¹⁸ בכך השופטים יוצקים תוכן התואם את תפיסת העולם הליברלית ביחס לחובה ההדדית לנאמנות בנישואין, וקבעו שההתחייבות לכך אינה כלולה בעצם ההסכמה להינשא.¹⁹

16. בפסיקה שהבאנו ממנה לעיל, פרק א.

17. טענה זו נטענה ביתר חריפות על ידי "שדולת הנשים בישראל", במסגרת בקשה להצטרף כידיד לבית המשפט בעתירה נגד פסק הדין שניתן בבג"ץ בהרכב של שלושה שופטים, 4780/17, 4602/13 פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול (18.11.2018). וכן נכתב בחוות הדעת של השדולה (סע' 56): "אך הטעם העיקרי לדחיית עקרון האשם בחלוקת הרכוש של בני הזוג אינו במורכבות מערכת היחסים (והוסר הרצון לברר רגשות ותחושות במסגרת שיפוטית), אלא בכך שהחירות לבחור עם מי, מתי ובאילו תנאים לקיים יחסי מין היא חלק בלתי נפרד מהאוטונומיה של הפרט. קשה לדמיין רכיב מהותי ומרכזי יותר בזכותו של אדם לאוטונומיה, מאשר החירות לבחור, **בכל רגע נתון**, כיצד לממש את מיינותו. חירות זו אינה יכולה להיות מושא להסדרה בחוזה, וודאי שאין מקום לקבוע כי ניתן, באמצעות הקונסטרוקציה של חוזה מכללא, לצמצמה".

18. ברוח זאת נקבע גם בע"פ 2963/98 גלעם נ' מדינת ישראל, שם נאמר: "הזכות לפרטיות היא, בין היתר, אחת הנגזרות של הזכות לכבוד. הכרה בפרטיות היא ההכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי לייחוד אל מול האחרים... זכות זו מהווה את אחת מזכויות היסוד של האדם בישראל. היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו הזכות לפרטיות מהווה אחת מהחשובות שבזכויות האדם...".

19. תפיסה זו מושפעת מהשבר המתרחש בתרבות המערבית הליברלית, שאינה מייחסת חשיבות לנאמנות בין בני הזוג, ובכך הופכות את קשר הנישואין לקשר רגשי בלבד, הניתן לפירוק בקלות רבה. וכך נכתב בחוות הדעת הנ"ל (לעיל הע' 17) של שדולת הנשים בישראל (סע' 138): "והגם שבמרוצת השנים הופחת המשקל שניתן לנאמנות מינית בהליכים משפטיים הקשורים בפירוק התא המשפחתי, וחלו תמורות באופן יישום הכללים בדבר אי נאמנות מינית, האתגר לנתק את הזיקה במוסד הנישואין בין התנהגות מינית לבין זכויות רכושיות ואחרות, עודו קיים".

תפיסת האוטונומיה של הפרט כעיקרון מכונן של החיים החברתיים, שאומצה בעולם המערבי, מציבה בפני חלקים מהחברה האנושית סימן שאלה גדול על תוקפו וכדאיותו של מוסד הנישואין. אם כל אחד מבני הזוג הוא אוטונומי בדיוק כפי שהיה לפני כן, הרי קרסה התשתית של הנישואין, כאשר אין בהם שום התחייבות לחיים של שיתוף ונאמנות מלאים.²⁰

התפיסה היהודית, לעומת זאת, אינה רואה בזיקה שבין בני הזוג חוזה מסחרי בין שני אינדיבידואלים ככל חוזה אחר. הנישואין יוצרים יחידה אורגנית חדשה, ומהווים את שיאו של קשר אחדותי שהביטוי העמוק ביותר שלו הוא יחסי האישות, ולכן רמת האוטונומיה שיש לכל אחד מבני הזוג בתחום האינטימי היא נמוכה יותר; מה שמתבטא באיסור המוטל על הניאוף מכאן ובחובות ההדדיות ליחסי אישות מכאן.²¹

ד. הנישואין כ'ברית'

1. בדברי הנביאים

הנביא מלאכי (ב, יג-יד) מוכיח את בני ישראל על כך שנשאו נשים זרות במקום לשמור אמונים לנשותיהם:

וזאת שנית תעשו כסות דמעה את מזבח ה' בכי ואנקה, מאין עוד פנות אל המנחה ולקחת רצון מידכם.²² ואמרתם: על מה? על כי ה'

20. על התהליך שעברה המחויבות ליציבותו של מוסד הנישואין משחר ימי האדם ועד ימינו, כתב ד"ר אהוד נהיר, במאמרו "רק מחויבות יוצרת משמעות" (מקור ראשון, י"א בניסן תשע"ט): "חוקרי אבולוציה מניחים כי תכלית הקשר הזוגי היא הישרדות. בעולם הפרדהיסטורי אישה לא יכלה להתקיים ללא גבר שישן עליה, וגבר לבדו לא יכול היה ליצור המשכיות. גם בציוויליזציות המפותחות יותר קשה היה להתקיים ללא קשרי נישואין. משחר ההיסטוריה האנושית ועד העת החדשה קשרים אלו נועדו למטרות הגנה, למעמד חברתי, למסחר ולעוד. רק בעקבות המהפכה הטכנולוגית והטבת תנאי החיים נכנסה הרומנטיקה כמרכיב בקשר הזוגי. היום, ככל שאדם עצמאי יותר ובעל מעמד כלכלי וחברתי איתן יותר, כך הוא חופשי יותר בבחירת בן הזוג או בת הזוג שלו; ככל שמצבו של הפרט משתפר כך הוא פחות זקוק להגנה, ושיקולי תועלת כספית או מעמד חברתי אינם מהווים עבורו חלק מההחלטה להינשא. התיאוריה האבולוציונית מבהירה היטב מדוע כיום אין עוד טעם לנישואי שידוך, שהיו חלק מסדר חברתי ישן. משעה שעברנו שלב יש הצדקה רק לקשרי אהבה רומנטיים שנועדו לשם הנאה ולשם סיפוק צרכים רגשיים. לפי גישה זו, ברור מדוע טווח התוחלת של הקשרים הרומנטיים מתקצר והולך. בניגוד לזוגיות ההיסטורית, שמראש נועדה לטווח ארוך, קשר האהבה הרומנטי מבוסס על רגשות וצרכים זמניים, ולכן מלכתחילה הוא בר חלוף".

21. בשאלה זו עסק גם הרב שראל ויינברגר במאמרו בספר זה, "הנישואין – בין חירות לשליחות (שעבוד הגוף) למסגרת הזוגית אל מול החירות האישית)", פרק ה.

22. ומפרש רש"י שם: "לפי שנתפחמו הישראליות ברעב ובגולה ונתגנו עליהם, והיה מושיבה בביתו צרורה כאלמנות חיות והנוכרית היתה גברת. כסות דמעה את מזבח – שהיו באות לפני מזבח ה'".

העיד בינך ובין אשת נעורֶיך אשר אתה בגדתה בה, והיא חברתך ואשת בריתך.

מדברי הנביא עולה שהנישואין הינם כריתת ברית בין הבעל לאישה, ועל כן, כל הפרה חד-צדדית שלהם מוגדרת כבגידה. ביטוי זה חוזר שוב ושוב בדברי הנביא (שם, טו-טז):

ונשמרתם ברוחכם ובאשת נעורֶיך אל יבגוד. כי שנא שלח, אמר ה' אלהי ישראל, וכיסה חמס על לבושו אמר ה' צבאות, ונשמרתם ברוחכם ולא תבגודו.²³

תפיסה זו שונה מאוד מתפיסת הנישואין, כפי שבתי המשפט מפרשים אותה כסוג של חוזה בין שני אינדיבידואלים אותו יכול כל צד להפר בתנאים מסוימים, ולכל היותר לפצות את מי שנפגע מן ההפרה.²⁴

תפיסת הנישואין כברית עולה גם מתוך דברי הנביא יחזקאל (טז, ח):
ואעבור עלייך ואראך והנה עֵתך עת דודים, ואפרוש כנפי עליך ואכסה ערוותך ואשבע לך ואבוא בברית אתך נאום ה' אלהים, ותהיי לי.

על כך כותב ר' יצחק אברבנאל (שם):

לכן המשיל זה לנערה שהגיע פרקה להינשא ואמר: "ואשבע לך ואבוא בברית אתך" וגומר – הוא ענין מתן תורה... ואמר "ותהיי לי" – שלקחה לו לאישה. ובנמשל, מה שאמר: "ואתם תהיו לי ממלכת כוהנים וגוי קדוש".

על פי עיקרון זה, כאשר אונקלוס מתרגם את המילים "אשת חיקך" (דברים יג, ז), הוא לא מפרש כפשוטו של מקרא, כמו תרגום יונתן, הכותב: "אתתך דדמכא בעודך", אלא כותב: "אתת קיימך", דהיינו, "אשת בריתך". וכן בפרשת כי תבוא, מתרגם אונקלוס את המילים "איש חיקה" (שם כח, נו) וכותב: "בגבר קיימה", בעוד שתרגום ירושלמי כותב: "בבעל טליותה (=נעוריה)" ותרגום יונתן כותב: "בבעל דדמך בעובה".

ובוכות לפניו ואומרות, מה חטאנו ומה מצאו אנשינו בנו עוול?... מאין עוד פנות וגו' – עד שאינכם כדאי שאפנה אל מנחתכם ולקחת ריצוי מידכם".

23. בפרק זה, פס' י-טז, מופיע השורש בג"ד חמש פעמים!

24. למעשה, פסיקת בית המשפט העליון פוטרת את הצד הבוגד אפילו מחובת הפיצוי, ובכך מגדירה את קשר הנישואין בהקשר הזה כמחייב פחות מכל חוזה אחר. וכך כתבו בפסיקה שהבאנו לעיל, פרק א': "לגופו של עניין, קשר הנישואין הינו נושא אופי מיוחד, המבוסס בראש ובראשונה על שותפות רגשית, ולכן, הואיל ואין זה חוזה רגיל, לא ניתן להתייחס למאהב כמי שגרם להפרת חוזה הנישואין". ועי' לעיל, הע' 19.

שומה עלינו להבין את מהותה של הברית אליה רומזים הנביאים, ומה היא הגדרתה הכוללת של ברית הנישואין על פי היהדות. מן המקורות השונים ניתן ללמוד על מרכיביה של ברית זו, ומתוך כך ניתן לעמוד על התוכן שלה.²⁵

2. מרכיבי הברית

המרכיב הראשון של מושג ה'ברית' בנישואין הוא התביעה המוחלטת לנאמנות. כך עולה מדברי הנביא מלאכי (שם), כשהוא כותב (פס' יד):

אשר אתה בגדת בה והיא חברתך ואשת בריתך.

ומסביר המצודת דוד (ד"ה על):
והיא אשת בריתך – כי מקיימת הברית שכרְתָּ עמה להיות לך לאישה
כי אינה פונה אל מול הזרים.

ומדבריו עולה ששמירת אמונים בין בני הזוג היא מרכיב מהותי בשמירת הברית.²⁶

השני שבהם הוא **הטווח הארוך** של ההתחייבות ההדדית. הנביא יחזקאל (טז), (ס) אומר בהמשך נבואתו כי הקב"ה יחדש את הברית עם ישראל, וברית זו תתקיים לנצח:

וזכרתי אני את בריתי אותך בימי נעורייך והקימותי לך ברית עולם.
בכך אנו פוגשים מאפיין נוסף של הברית – **נצחיותה**.²⁷ כך לפחות להלכה, גם אם לא תמיד זה מתממש למעשה.²⁸

25. הרב יונתן זקס, בספרו "מועדים לשיחה", עמ' 257, כתב על כך בהרחבה: "חוזים נחתמים בין אנשים על בסיס האינטרסים של כל אחד מהם. החוזה יוצר שותפות מוגבלת למטרת רווח הדדי. הברית, לעומת זאת, מכוונת לקשר עמיד יותר של מחויבות ונאמנות הדדיות... במערכת יחסים של ברית, הצדדים חוברים לזה לזה, מתוך הכרה הדדית בכבוד ובחירות של כל צד, ליצירה משותפת של דבר שאף לא אחד מהם יכול להשיג לבדו – אהבה, חברות, נאמנות, נישואים, אמן. בריתות יוצרות, לא רווח אישי אלא טוב משותף, כלומר, דברים הקיימים רק בזכות היותם משותפים. הנישואים הם בעיני המקרא הדוגמה העילאית לברית. הם נתפסים כקשר של זהות בין הבעל לרעה. הנישואים נשמרים לא בכוח ולא בשל היתרונות שהם מקנים לכל צד אלא בשל זיקה מוסרית של אהבה ואמונים...".

26. וכך כותב גם הנביא הושע (ב, כב): "ואירשתיך לי באמונה", דהיינו בנאמנות, כפי שכותב הראב"ע: "תהיי לי לבדי באמונה". ועי' בספרו של הרב יונתן זקס, "מועדים לשיחה", עמ' 201-202..

27. וכך כותב הושע (שם, כ): "ואירשתיך לי לעולם". ועל הפסוק "ואירשתיך לי באמונה", כותב הרד"ק: "שעניינו בקיום שלא ימוט לעולם".

28. אכן, התורה נותנת מקום לגירושין (דברים כד, א-ד). אולם אם נבחן את היחס ה**ערכי** לנישואין לאורך התורה כולה, נראה שהיא רואה את הנישואין כדבר נצחי. כך עולה מסיפור בריאת אדם וחוה שנבראו מראשיתם כגוף אחד (בראשית ב, כא-כג; ועי' כתובות ח, א), מדברי הנביאים

על רקע תפיסה זו ניתן אפוא להבין מדוע חז"ל ראו צורך בתקנת הכתובה. הסבר לתקנה זו אנו מוצאים בתוספתא (כתובות פ"ב ה"א):
בראשונה, כשהיתה כתובתה אצל אביה, היתה קלה בעיניו להוציאה. התקין שמעון בן שטח שתהא כתובתה אצל בעלה וכותב לה: כל נכסין די איתאי לי אחראין ומערבין לכתובתיך דא.
מטרתה של תקנת הכתובה היא להביא לכך ש"לא תהיה קלה בעיניו להוציאה". חכמים ראו לנכון לחזק את מוסד הנישואין ולהקשות על פירוקו. הברית נועדה להימשך לנצח עד שהמוות יפריד בין בני הזוג.
את הרעיון הזה מבטא בבהירות הגרב"צ עוזיאל (שו"ת פסקי עוזיאל, סי' נד), וכותב:

... שכלל גדול בתורת הנישואין, שהם צריכים להיות קשר קיימא בין האיש והאישה ולא הסכם הדדי שעלול להתבטל בכל מקרה שהוא. מטעם זה שקדו רז"ל ותיקנו, שיהיה כותב לה: "כל נכסי אחראין לכתובתה", כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה. ומטעם זה אמרו: "אסור לאדם שישהה את אשתו אפילו שעה אחת בלא כתובה" ... כי כל נישואין שאפשר לבטלם בכל שעה אפילו בנתינת גט – אינם נישואי ברית קיים, ואין בהם מקדושת הנישואין הישראלים שנאמר בהם: "היא חברתך ואשת בריתך".
תפיסה זו, הרואה בברית התחייבות נצחית, עומדת בבסיסו של הקשר הזוגי.²⁹

שמתארים את הנישואין כברית, ומדברי חז"ל שהגבילו את הרשות לגרש (גיטין צ, א-ב) ואף את החובה לגרש (נדרים צ, ב – צא, ב), ותיקנו כתובה (כתובות פ"א מ"ב) וגט מקושר (ב"ב קס, ב) כדי להקשות על הגירושין. אומנם התורה נותנת אפשרות מעשית לנתק את קשר הנישואין, אך נראה כי אפשרות זו היא בבחינת "גלגל הצלה" ולא אפשרות רצויה. על כגון זה כתב הרב קוק זצ"ל (שמונה קבצים ח, קסה): "כמה נחוצה היא לנו... לאחד בעבודת התורה את כל הצדדים הפזורים, את כל ההגיונות והרצאות הדעות הנראים כסותרים זה את זה". ועי' עוד עין איה ברכות ט, צב.
הבנה זו שוללת מכול וכול את מה שכתב השופט העליון חיים כהן בפסק דין (ע"א 337/62), בו ביקש להוכיח מעצם האפשרות לגירושין בהלכה היהודית (בניגוד למקובל בנצרות) שהנישואין הם "חווה" בלבד. הדברים מובאים בספר זה, במאמרו של הרב יעקב יהודה יקיר, "משפחה – אישות, מהות והגדרות משפטיות (החייב לאישות כמגדיר נישואין)", פרק א, 4.

29. לאור זאת נראה שיש מקום לבקר חלק מן הנוסחים של הסכמי קדם נישואין, שאף שמטרתם היא למנוע עגיונות, הם "שופכים את התינוק עם מימי האמבטיה" ויוצרים מהפך בתודעה המלווה את מוסד הנישואין. בתודעתם של בני הזוג, הנישואין מפסיקים להיות נצחיים במהותם, וההסכם מחתים (ומכתים) אותם בחותם הארעיות. מהפך תודעתי זה הופך את הנישואין מ'ברית' ל'חווה'. ועי' עוד במאמרו של הרב איתי אליצור "אעפ"כ שלא תהא קלה", צהר, גיליון כד, עמ' 122-123, ובמאמרו של הרב אברהם צבי שינפלד, "הסכם ממון קדם נישואין", תחומין, כרך כב, עמ' 152.

זאת ועוד. הרמב"ם מציין שהמטרה של הנישואין היא לפרות ולרבות.³⁰ אין הכוונה רק להולדת הצאצאים, אלא גם לגידולם בדרכם של הוריהם. כך מסביר הרש"ר הירש (בראשית א, כח), כי ההבדל בין 'פרייה' לבין 'רבייה' נעוץ בכך שה'פרייה' היא ההתרבות הפיזית, ואילו ה'רבייה' היא עיצוב עולמם הרוחני של הבנים בדמות עולמו הרוחני של האב ויצירת המשכיות רעיונית.³¹ והוא כותב:

אולם, "רבה" כולל למעלה מזה. חובת ההורים להתרבות בבניהם: הם יקומו בדמות בניהם; והבנים יהיו דומים להוריהם – לא רק מבחינה גופנית, אלא מבחינה רוחנית ומוסרית. על ההורים לשתול ולפתח בבניהם את מיטב כוחותיהם הרוחניים והמוסריים; קיצורו של דבר: עליהם לעצב ולחנך את בניהם מבחינה רוחנית ומוסרית. רק אז יקומו ההורים בדמות בניהם ויקיימו את מצוות "רבו". "רבו" מצווה אפוא על ייסוד הבית והמשפחה, שרק בהם יצלח חינוך האדם.

הציווי לפרות ולרבות נאמר לאדם וחווה דווקא כבני זוג ולא כפרטים. רק בהקמת משפחה המתקיימת לאורך זמן ניתן יהיה לגדל דור ממשיך שיהיה מעוצב מבחינה רוחנית, מכוח השפעתה של המשפחה על הצאצאים, וכפי שהסביר זאת הרב עוזיאל (שם):

והכי מסתברא, שלא יעלה על הדעת שמותר לאדם לקדש לו אישה לזמן ידוע ואחרי כן יגרשנה בגט להתיר לו בעילתו. שהקידושין בישראל אינם באים להתיר הזימה, אלא לקדש את הזוג בקדושת ברית הנצח של הנישואין לתעודתם הקדושה; השראת השכינה בבית ישראל, וכאמרם ז"ל, "איש ואישה, זכו – שכינה ביניהם" (סוטה יז, א), ולהולדת בנים כשרים וקדושים בקדושת היהדות; וכל מקום שהקידושין הם ארעיים וזמניים לשם התרת הזדווגות מינית, הם בכלל איש ואישה ש"לא זכו – אש אוכלתן".³²

מטרתה של המשפחה היא להנחיל את מורשתה לדורות רבים, ואת זה אי אפשר לעשות אם מפרקים אותה כבר בדור הראשון.

המשמעות הנצחית של הנישואין מקבלת משנה תוקף בהתחייבויות ההדדיות שבין הבעל והאישה למען ילדיהם, כפי שכותב הרמב"ם (הל' אישות פי"ב ה"ב):

30. עי' רמב"ם, הקדמה להלכות אישות, מצוה ד; הל' אישות פט"ו ה"ד והט"ז.

31. עי' גם בפירושו בבראשית לח, א.

32. עקידת יצחק בראשית שער כב (פרשת חיי שרה): "כיון שראה תחילת דבריו מתקיימים השתומם כשעה מחריש לדעת ההצליח ה' דרכו בהסכמת שאר התנאים יש לדעת אם היא מזרע כשר ומשפחה הגונה אשר הוא עיקר הכל".

ול להיות בנותיה ממנו ניזונות מנכסיו אחרי מותו עד שיתארסו, ול להיות בניה הזכרים ממנו יורשין כתובתה... ומניקה את בנה. הדאגה המשותפת של ההורים לילדיהם מדגישה את זה שהנישואין הם התחייבות ארוכת טווח הכוללת אחריות על מצבים עתידיים, אף אם אינם צפויים.

מאפיין שלישי של הנישואין כברית הוא היותם מקיפים תחומי חיים רבים. דבר זה הוא חלק מהותי מההתחייבות ההדדית שבין בני הזוג ביום נישואיהם. וכך מצאנו בדברי הרמב"ם (הל' אישות פ"ב ה"א-ה"ב) שהוסיף על מה שהבאנו לעיל:

כשנושא אדם אישה... יתחייב לה בעשרה דברים ויזכה בארבעה דברים.

שארה – אלו מזונותיה, כסותה – כמשמעה, עונתה – לבוא עליה כדרך כל הארץ.

...עיקר כתובה לרפואתה אם חלתה, ולפדותה אם נשבת, ולקברה כשתמות, ול להיות ניזונת מנכסיו ויושבת בביתו אחר מותו כל זמן אלמותה...

ועוד כותב הרמב"ם (הל' אישות פכ"א ה"ה):

יש מלאכות אחרות שהאישה עושה לבעלה בזמן שהן עניים ואלו הן: אופה את הפת בתנור... ומבשלת את התבשילין, ומכבסת את הבגדים, ומניקה את בנה, ונותנת תבן לפני בהמתו... ומטחנת...

החיובים שבהם מתחייבים בני הזוג בנישואין כוללים מרחב גדול של תחומים, ובכך הם נושאים אופי של ברית ולא של חוזה. חוזה הוא נקודתי ונוגע רק לנושאים הכלולים בו במפורש (כמעט תמיד – נושאים כלכליים).³³ ואילו ברית מקיפה חלק גדול ומשמעותי ממרחב החיים של השותפים לה.

על ההבדלים הללו שבין ברית לחוזה בהקשר של נישואין הרחיב הרב חיים נבון בספרו 'שיעורי בית' (עמ' 78-79), על פי הגותו של הגר"ד סולוביצ'יק:

33. הבחנה נוספת העולה מתוך הדברים הללו של הרמב"ם לגבי אופייה של הברית, היא שהברית היא **הדדית** ולא חד-צדדית, אף שהמרכיבים שלה הם א-סימטריים. להרחבה על רעיון הברית ומרכיביו (בהקשרים נוספים): 'הדדיות', 'הסכמה', 'נצחיות', 'אות הברית' ו'התחייבות בשבועה' עי': Daniel. J. Elazar, *Covenant and Polity in Biblical Israel*, New Brunswick, 1995, pp. 25-28; וכן: דניאל י' אלעזר, "הברית כסוד המסורת המדינית היהודית", עם ועדה, ירושלים, 1991, עמ' 27-54.

במה בכל אופן נבדלת ברית מחוזה? לפי הרב סולוביצ'יק, בשני דברים: **טוטליות ונצחיות**.

הדוגמה המובהקת היא הברית של עם ישראל עם אלהיו. ראשית אין מדובר בהסכם ממוקד ומוגבל, זוהי ברית מוחלטת ומקיפה, שהופכת את עם ישראל לעם ה' ואת הקב"ה לאלהי ישראל "ולקחת אתכם לי לעם והייתי לכם לאלהים". בדומה לה גם ברית הנישואין אינה מתייחסת רק לכמה תחומים מבודדים בחיי האדם. היא תובעת התמסרות כוללת. האיש והאישה מתיכים את חייהם זה בזה בכל מאודם. שנית הברית של עם ישראל עם הקב"ה היא נצחית... "וארשתיך לי לעולם" (הושע ב, כא), כמוה גם ברית הנישואין היא נצחית במהותה... באופן בסיסי נישואין הם לנצח. גירושין הם רק כיסא מפלט במקרה של אסון.³⁴

בדבריו נמצאים אם כן שני מאפיינים עיקריים לברית הנישואין: (א) הם נעשים על דעת שלא להיפרד, ולכן כלולה בהם התחייבות הדדית לשמירת אמונים. (ב) זו התחייבות המקיפה תחומי חיים רבים של בני הזוג.³⁵ מאפייני ברית הנישואין הללו בונים במערכת הזוגית את הקומה הבאה. על כך אמר הרב אברהם גיסר, רבה של עפרה:

חוזה הוא הסכם, פרי של מפגש אינטרסים. סחורה או נדל"ן, הסכם עבודה או אפילו הסכם שלום מדיני. לעומתם הברית באה על מנת להגשים ייעוד כדי לאפשר מימוש עצמי או לאומי שלם. בכריתת הברית נותנים הצדדים זה לזה מרכיבים חיוניים הנחוצים לכל אחד לשם השלמת עצמו. מרכיבים שבלעדיהם מימוש העצמי לקוי ומציאות קיומו חסרה. כזו היא ברית האהבה והנישואין, אלו הם לוחות הברית וכך היא ארץ הברית.³⁶

תקנותיו של רבינו גרשום מאור הגולה, שלא לשאת אישה שנייה ושלא לגרש אישה בעל כורחה,³⁷ נתנו ביטוי חזק עוד יותר לתפיסת הברית שבין הבעל לאישה. בכך נעשה קשר הנישואין להתחייבות מוחלטת גם מצד הבעל כלפי בת זוג אחת בלבד, ולברית שאינה ניתנת להפרה חד-צדדית על ידי מי מהם.

34. הרב נבון הרחיב על כך גם בעמ' 188-195.

35. כל זה מוביל למאפיין נוסף של הברית, שהיא טעונה במטען רגשי כבד, ולכן היא נכרתת בטקס רב רושם המעניק לה ממד של **קדושה**, ואילו החוזה נטוע כולו בעולם של **סתמיות וחולין**.

36. הרב גיסר רגיל לומר דברים אלו לזוגות שעומדים להינשא. הוא אישר את הפרסום בניסוח זה.

37. שו"ע אה"ע א, י; רמ"א שם קט, ו.

ה. הנישואין כמיזוג בני הזוג לאחד

המרכיבים השונים של הנישואין מגדירים את החיבור בין הבעל לאישה כברית שמשמעותה היא יצירת איחוד בין בני הזוג.

בעל 'כלי יקר' (בראשית, ב, יח) מסביר את האופן שבו נוצרה חוה מאדם: אם היה האדם נוצר כל אחד מהם מחומר בפני עצמו – אם כן יהיו שניים גופים מוחלקים, ולא יהיה הטוב דבק בהם יען כי יהיו נעדרים מן האהבה והאחדות ויהיו קרובים לבוא לידי פירוד ומריבה ... והאדם מדיני (=חברתי) בטבע צריך יותר אל האהבה והאחדות מכל שאר בעלי חיים. לפיכך אמר, שלא טוב היה אם יהיה האדם נוצר מן חומר אחד והאישה מן חומר אחר, לפיכך אעשה לו עזר כשיהיו מן חומר אחד – אז יהיה כל אחד לעזר ולהועיל אל השני, ויהיו זה כנגד זו פונים פניהם זה לזה, כי זה מורה על האהבה... לאפוקי בזמן שהמריבה מצויה, כל אחד פונה לחבירו עורף ולא פנים...

ה'כלי יקר' שואל: מדוע ברא הקב"ה את חוה מאדם ולא ברא אותם מראש כשני גופים נפרדים? ועל כך הוא משיב, שאילו לא היו נוצרים כישות אחת, לא היו יכולים לחיות בצורה הרמונית. הקב"ה ברא אותם כגוף אחד מאותו חומר כדי שתהיה להם אפשרות להתמזגות מלאה.

הרשב"א מסביר בתשובה (ח"א סי' ס), כי ההשלמה ההדדית שנוצרת בין האיש לאשתו היא יצירה מחודשת המחזירה אותם להיות גוף אחד, כלשון התורה (בראשית ב, כד): "ודבק באשתו והיו לבשר אחד", ואלו דבריו:

והוא שהכתוב אומר: "עצם מעצמי ובשר מבשרי וגו' על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו" וגו'. רוצה בו, על כן נבראת עצם מעצמיו – להיות הדבקות בהם אמת, וחזק יותר מדבקות הבן לאב ולאם שהוא מגופם; כי זה יותר דבר שנלקח חלק ממש מאבריו.³⁸

תפיסת עולם הרואה את העולם כאחדות, רואה את השותפים הרבים כממלאים פונקציות שונות שכל אחת מהן מהווה מרכיב חיוני באחדות הכוללת.³⁹

על כך מרחיב הרש"ר הירש (בראשית ב, כד):

38. וכן בעקידת יצחק, בראשית שער ח, בפסקה "ולזה ראתה חכמתו", ובגור אריה בראשית ב, יח.
39. יש מקום עוד להאריך ולהסביר את ההבדל בין מהות החיבור הזוגי שמתרחש בנישואין בין העולם המערבי ליהודי, אך הבדל זה מסיט את נושא הדיון לשאלת השוויון בין בני הזוג, מה שאינו מעניינו של מאמר זה.

ומכאן ההבדל העמוק בין חיי המין של שאר היצורים לבין חיי הנישואין של האדם. גם שאר בעלי החיים חלוקים בין זכר לנקבה. אך שני המינים יצאו מן האדמה בנפרד, אין הם זקוקים זה לזה למילוי ייעוד חייהם. הם מוצאים זה את זה **רק לצורך הזיווג ורק לשיעור הזמן הדרוש לו**. לא כן הדבר באדם: האישה היא חלק מן האיש, "עזר כנגדו", האיש הוא חסר ישע ונטול עצמאות אם אין אשתו עמו. **רק שניהם כאחד קרויים "אדם"**. החיים על כל משמעותם דורשים את חיבורם זה עם זה. רק באדם הוא אומר: "ודבק באשתו". רק האדם זכה לחיי נישואין.

האחדות של האיש והאישה בנישואין באה לידי ביטוי במיוחד ביחסי האישיות, בהם הקרבה הגופנית מבטאת ומעצימה את השייכות ההדדית שלהם. את הרעיון הזה מבטא בבהירות בעל 'גרש ירחים' בפירושו למסכת גיטין (צ, ב), כשהוא מתייחס לנבואת מלאכי (ב, יג-יד; הובאה לעיל פרק ד, 1):

אך נראה שהתרעם על שבגדו באשת נעורים, וכתב: **"והיו לבשר אחד"**, היינו שבתחילה נברא אחד להורות על קרבות שלהם, שיהיו לבשר אחד, בגוף וגם ברוח – אחד. וזהו "ודבק באשתו" – דביקות רוחא ברוחא, "והיו לבשר אחד". – נמצא שהם בגוף ורוח אחד, כמו שבתחילת בריאה שנבראו דו פרצופין ורוח אחד להם, כמו כן אחר שנסרס הקב"ה, מכל מקום על ידי דיבוק נעשים רוח אחד דרוחא שביק בגווה, וזהו "ולא אחד עשה ושאָר רוח לו" (מלאכי ב, טו), רימז על השארת רוח שלו בגווה...

הערך הגדול שיש ביהדות לנישואין נובע מכך שהם מחברים את האיש והאישה באופן המבטא את היותם גוף אחד המכיל בקרבו שני צדדים; מה שבא לידי ביטוי מיוחד ביחסי האישיות וביצירת חיים חדשים מכוחם.

חלק ב – משמעות ה'קניין' בקידושין ובנישואין

ו. הקידושין כסוג של 'בעלות'

כפי שהזכרנו בחלק הקודם של המאמר, משמעות הנישואין היא איחוד שלם של האיש והאישה, שבא לידי ביטוי מיוחד ביחסי האישיות. לאור זה יש לשאול כיצד בא עיקרון זה לידי ביטוי במעשה ה'קידושין', בו נכרתת הברית ביניהם. ניתן להציג שתי הבנות אפשריות של הקידושין:

הבנה אחת היא לראות אותם כעין 'מעשה קניין' שבו האישה נקנית לבעלה. אלא שעל כך יש לשאול: מהי משמעותו של 'קניין' זה ומה 'נקנה' בו? הרי האישה אינה הופכת להיות שפחתו של בעלה!⁴⁰

הבנה שנייה היא לראות את מעשה הקידושין כפעולה שיוצרת התחייבות הדדית בין בני הזוג לתחום האישות, וכפי שהסביר זאת היש"ר מקאנדיא בפירושו לתורה (דברים כ, ז):

אירוסין הוא ההסכמה שבין איש ואישה להיות לזה זכות על גופה של זו ולזו זכות על גופו של זה להוליד בנים ולתקן ענייני הבית, כנודע.

בהמשך הפרק נבחן את שתי ההבנות הללו, לאור דבריהם של הראשונים: הרמב"ם והרשב"א.

1. דעת הרמב"ם

הגמרא במסכת נדרים (טו, ב) דנה בבעל שאסר על עצמו בנדר את יחסי האישות עם אשתו וקובעת שהנדר אינו תקף. הגמרא מנמקת זאת ואומרת: והא משתעבד לה מדאורייתא, דכתיב (שמות כא, י): "שארה כסותה ועונתה לא יגרע"!

הנדר אינו חל, מפני שהבעל משועבד לאשתו לעונתה כשם שהוא משועבד לסיפוק צרכיה הממוניים.

מתוך כך, יש לדון בהנמקה להלכה שנפסקה במקרה ההפוך, בו נדרה האישה, וגם כאן הנדר אינו חל:⁴¹ האם גם כאן הנימוק יהיה זהה ורק יבוא מכוח הטענה ההפוכה, שהאישה **משועבדת** לבעלה?

בשאלה זו נראה כי נחלקו הראשונים:

הרמב"ם (הל' נדרים פ"ב ה"ט), אף שהוא משווה את ההלכה למעשה בין המקרים, הוא מנמק אותם בדרכים שונות, וכותב:

האישה שאמרה לבעלה: הנאת תשמישי אסורה עליך – אינו צריך להפר. הא למה זה דומה? **לאוסר פירות חבירו על בעל הפירות.**

וכן הוא שאומר לה: הנאת תשמישי אסורה עליך – לא אמר כלום, מפני שהוא **משועבד לה בשאר כסות ועונה.**

לדעת הרמב"ם, האישה מנועה מלאסור את עצמה על בעלה בשל סוג של **בעלות** שיש לו עליה, ואילו האיש מנוע מכך מפני שהוא התחייב לאשתו

40. עי' שו"ת דברי יציב אה"ע סי' נה, אות ג; סי' נו אות ב.

41. שו"ע יו"ד הלכות נדרים רלד, סז.

ושעבד לה את עצמו. לדעה זו, אין לראות את הבעל והאישה בתחום האישות כשותפים שווי משקל. כך ניתן להבין גם מהגדרת מעשה הקידושין, בדבריהם של בעלי התוספות (כתובות ב, ב ד"ה מציא):
דהאישה היא ישדה' של הבעל ואין הבעל ישדה' שלה.
ומכאן עולה כי יש לבעל סוג של בעלות על אשתו, אלא שבעלות זו מוגבלת לתחום האישות שלה בלבד.⁴²

2. דעת הרשב"א

לעומת שיטה זו, הבינו הרב משה חברוני⁴³ והרב פרופ' נחום רקובר,⁴⁴ כי הרשב"א חולק על הרמב"ם, ולדעתו, הנימוק מכוח השעבוד תקף גם ביחס לאישה שנדרה, שכן הוא כותב בחידושיו למסכת נדרים (שם, ד"ה ואמר):
ומסתברא דלאו משום מצוה בלבד (=מצוות עונה) קאמר, אלא משום **דנשתעבדו** זה לזה לכך, שע"י כך עמדו ונישאו... תדע לך, שהרי האישה אינה מצווה בעונה, ואפ"ה באוסרת הנאתה על בעלה לא חייל נדרה כלל; וא"צ להפר, מהאי טעמא **דשעבדו משעבדי** ליה.
מדברים אלו של הרשב"א נראה אפוא כי חיובה של האישה בקיום יחסי אישות אינו נובע מבעלות הבעל על תחום האישות שבה,⁴⁵ כי אם משעבודם ההדדי של בני הזוג זה לזה בשעה שנישאו. שעבוד זה יוצר זכויות הדדיות לעונה, שמקורן בגמירות דעתם של בני הזוג בשעת הנישואין, שעל דעת כן נישאו.⁴⁶

42. וכן כתב המחנה אפרים, הל' נדרים סי' כא: "דדמי לאוסר פירות חברו וכו', **דגופה קניי לו לכך**. ולא דמי למעשה ידיה, דאין ידיה קנויות לו, וכמ"ש התוס' בר"פ הזורק. ונמצא לפי דעת הרמב"ם ז"ל דאסרה הנאת תשמיש על בעלה מדינא לא חייל האיסור".
את ההבנה שהזיקה של האישה לבעלה היא סוג של קניין לתחום האישות, ניתן לראות במקום נוסף בדברי הרמב"ם (הל' אישות פ"ב ה"א-ה"ב), שם הוא כותב: "כשנושא אדם אישה... יתחייב לה בעשרה דברים... "עונתה" – לבוא עליה כדרך כל הארץ... ויזכה בארבעה דברים... והארבעה שזוכה בהן כולם מדברי סופרים, ואלו הן: להיות מעשה ידיה שלו, ולהיות מציאתה שלו, ושיהיה אוכל כל פירות נכסיה בחייה, ואם מתה בחייו יירשנה...". בין ארבעת הדברים שהבעל זוכה בהם, הרמב"ם אינו מונה את יחסי האישות, אע"פ שהוא מונה אותם בין עשרת הדברים שהבעל מתחייב בהם לאשתו. ובהכרח עליו לומר שהקניין באישה ליחסי אישות הוא עצם קניין הקידושין, וכאן הרמב"ם מזכיר רק את החובות הנוספות של האישה.
על כל זה עי' במאמרו של הרב מיכאל אדרעי, "אופי שיעבוד הבעל והאישה למעשה ידיים ועונה", חמדת הארץ ח"ב עמ' 138, וכן עי' בס' לב לאברהם, סי' צט, עמ' קסט-קע.

43. עי' משאת משה (הרב אברהם משה חברוני), קידושין סי' יא עמ' נט.
44. הרב פרופ' נחום רקובר, "יחסי אישות בכפייה בין בעל לאשתו", שנתון המשפט העברי ו-ז, עמ' 317-295.

45. וכך כותב הרשב"א גם בחידושיו לקידושין ו, ב: "וי"ל, כיון דגופה ממש לא קני ליה, לא הוי ריביית".
46. כך כתב הרב אליהו חיון, בספרו 'מנחת אליהו', סי' ג, עמ' 974: "ועוד אפשר לבאר באופן אחר,

ברם, נראה כי גם הרשב"א סבור כי לבעל יש בעלות על תחום האישות של אשתו, כפי שכותב הרמב"ם, ולא רק שעבוד. כך עולה מחידושו למסכת כתובות (ז, ב, ד"ה ואסר לנו), שם הוא דן אם אירוסין מתירים את בני הזוג זה לזו ביחסי אישות מדאורייתא, וכותב:

מ"מ לענין היתר ביאה, מכיון שנתקדשה, הרי היא קנויה לבעל ומותרת לו מעתה...⁴⁷

לאור דברים אלו נראה שכוונת הרשב"א במסכת נדרים היא שבין הבעל לאישה קיימת חובה הדדית ליחסי אישות מתוקף הנישואין; אולם חובה זו נובעת מנימוקים שונים: חובת האישה היא מתוקף **בעלותו** של הבעל על תחום האישות שנוצרה בקידושין, ואילו חובת הבעל היא מתוקף **השעבוד** שלו אליה (וכפי שיבואר לקמן, פרק ז).

על כל פנים למדנו כי מעשה הקידושין יוצר סוג של "בעלות" בתחום האישות, מכוחה נוצרה החובה של האישה ליחסי האישות.⁴⁸ ואילו חובתו של הבעל כלפיה נובעת מהשעבוד שלו אליה מכוח הציווי "שארה כסותה ועונתה לא יגרע".⁴⁹ עם זאת, נראה שההבדל בין שתי ההגדרות הוא מצומצם, שכן גם הקניין וגם השעבוד יוצרים אצל כל אחד מבני הזוג זכויות, אותן יכול הוא לתבוע מהאחר.⁵⁰ על התנאים ליכולתם של בני הזוג לממש זכויות אלו נדון בחלקו השלישי של המאמר (פרקים ט-יא).

3. הגבלת הקניין

על הבנה זו, שיש לבעל מעין קניין על תחום האישות של אשתו, יש להקשות מדברי הרמב"ם עצמו במקום אחר (הל' אישות פ"ד ה"ח):
האישה שמנעה בעלה מתשמיש המיטה היא הנקראת 'מורדת'... אם אמרה, מאסתיהו ואיני יכולה להיבעל לו מדעתי – כופין אותה

דאף אמנם שלא עשו הבעל והאשה קנין על ענין זה שישתעבדו זה לזה לתשמיש; אבל מ"מ הוי זה כעין תנאי בקנין הנישואין, שהוא על דעת זה שישתעבדו זה לזה לענין תשמיש.

47. וכך עולה מעוד כמה מקומות בחידושי הרשב"א: עי' גיטין עה, א ד"ה מכלל; נדרים כט, ב ד"ה אלא אי; יבמות ע, ב ד"ה אלמא לא.

48. מאמרנו מתמקד בשיטת הראשונים שסברו כי יש בקידושין מעשה קניין, מפני שהדבר מסייע לחדד את הדיון ביחס לשיח הזכויות דווקא מתוך נקודת מוצא המעניקה לזכויות של הבעל באשתו משמעות חזקה. מסקנות הדיון תהיינה נכונות ביתר שאת מתוך נקודת מוצא שיש לבעל שעבוד בלבד, כפי שיש לאישה.

49. עי' שו"ת דברי יציב חלק אה"ע סי' נה, אות ו.

50. עי' לקמן, פרק ז, 1, שם הוזכרו ההבדלים שבין שעבוד לבעלות.

להוציא לשעתו,⁵¹ לפי **שאינה כשבוייה** שתיבעל לשְנוי לה...

לאור דברינו, שהבעל הוא כעין בעלים על תחום האישות באשתו, כיצד יכולה האישה לחייב אותו לגרשה מכוח הטענה כי היא הבעלים על גופה ולא הוא? עוד יש לשאול, כיצד ניתן לכופ את הבעל לוותר על מה שהוגדר כקניינו ולגרש את אשתו במצב כזה?

על השאלה הזאת עונה שו"ת בית אפרים (אה"ע סי' קמב):
לפי"ז אתי שפיר דברי הרמב"ם ב'מאס עלי', דגם בזה אומדן דעת דמעיקרא אדעתא דהכי עמדו וקידשו, שאם לא יהיה מתקבל עליה שיהא מחויב להוציאה.

לדעת הבית אפרים, ישנו אומדן דעת ברור שהסכמת האישה להתקדש לבעלה ולחיות עימו היא מוגבלת מיסודה, ואינה כוללת מציאות שבה היא תמאס בו. משמעות הדבר היא שהבעל אינו קונה לצמיתות את תחום האישות של אשתו, וזכותו בה מוגבלת למצב שהיא אכן רוצה בהמשך הקשר עימו.⁵²

ומכאן יש ללמוד כי אף אם נאמר שאכן יש לאיש סוג של בעלות לענייני אישות על אשתו בדומה לבעלות על ממון, בעלות זו מוגבלת מיסודה. היא נוגעת רק לענייני אישות ולא לתחומים אחרים, ואף בתחום זה היא תלויה בתנאים ובנסיבות. וכפי שיתבאר לקמן (פרקים ט-י), גם במקום שבעלות זו קיימת, אין היא מאפשרת לבעל לעשות באשתו ככל העולה על רוחו, ויש לה משמעות תודעתית יותר מאשר מעשית.

4. בין קניין אישות לקניין ממון

מעשה הקידושין מוגדר בלשון חז"ל כ'קניין'.⁵³ ולאור מה שכתבנו לעיל (סע' 3), יש לשאול: מהי המשמעות של השימוש במונח 'קניין', הלקוח מתחום קניין הממון, לקידושי אישה?⁵⁴

51. אומנם בשו"ע (אה"ע עז, ב) נפסק שגם במצב זה אין כפייה בשוטים. אולם למעשה, ניתן להפעיל במקרה זה את "הרחקות דרבנו תם".

52. לקמן, פרק י', נדון במצב שהאישה רוצה עקרונית בהמשך הקשר אבל מסרבת לקיים יחסי אישות. עי' קידושין ב, א ואילך.

54. ישנם מקורות המצביעים על זיקה הדוקה בין קניין הממון לבין קניין האישה בקידושין. כך כותב התשב"ץ (ח"ב סי' סז): "ושמענין שפיר מינה דאינה מתקדשת אלא לדעתה; שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בהקדש, ואישה אינה נאסרת בהקדש אלא מפני **שקנאה** האיש מדעתה והוא שלו, וקניינו ואיסורו באין כאחד". ובדומה לכך נכתב בשטמ"ק (נדרים כ, ב): "אבל חכמים אומרים אין הלכה כן, אלא כל מה שאדם רוצה לעשות באשתו עושה, **דהתורה הקנה לו כחפץ הקניי בדמים**, דכתיב, כי יקח איש אישה". ונראה שכן היא גם דעת הנצי"ב, שו"ת משיב דבר ח"ד סי' לה: "העניין הוא שהאישה היא **קנויה** ומקודשת ושני דברים הם. **דקניין** הוא שהיא

נראה כי הדמיון שבין קניין ממון לבין קידושין נעוץ בכך ששני המצבים הללו מחילים איסור על כל אדם אחר: קניין הממון מחיל את איסורי גזל וגניבה, ואילו הקידושין מחילים את איסור הניאוף.⁵⁵ אולם לצד נקודת הדמיון הזאת, נקל להיווכח שאיסור ניאוף שונה במהותו מאיסור גזל. בקניין הממון, ממנו נובע איסור הגזל, הזכות של האדם על רכושו היא גמורה. ומכיוון שכך, הבעלים רשאים למחול על בעלותם, להרשות שימוש בחפץ השייך להם, למוכרו לאחר, ואף לקלקל ולכלות אותו מן העולם. לעומת זאת בנוגע לאיסור ניאוף, ה'קניין' של הבעל באשתו אינו בעלות גמורה במובנה הממוני. באמצעות קניין הקידושין האישה נכנסת לבית בעלה, במטרה להקים משפחה ולגדל בה ילדים, ומסיבה זו היא נאסרת לאחרים. אבל הבעל אינו רשאי למחול על 'בעלותו' בתחום האישות של אשתו ולהתיר לה לנאוף עם אדם אחר, אינו יכול לסחור בה, וקל וחומר שאסור לו לפגוע בגופה או בנפשה. הבעל אינו בעלים על גופה של אשתו במובן הממוני, והאישה אינה קנויה לו במובן זה כלל ועיקר.⁵⁶

מחויבת להיזקק לבעלה כמו שהעבד מחויב לעשות מלאכת בעליו. וקידושין שהוא כהקדש, היינו שהיא אסורה לאחר, ותרי מילי ניהו". אולם, כפי שנראה לקמן, גם הם יודו שיש הבדלים בולטים בין שני הקניינים.

55. עי' בדרך המלך (רפפורט, הל' גירושין פרק יב), שביאר את משמעותו של קניין הקידושין לאור המגבלות הרבות שיש בו: "והוא משום דכיוון שאין בידו לעשות בו חפצו, לענין מה חשוב שהוא שלו, א"כ היכא אמרינן דשייך קנין אישות בחייבי לאווין, אף שאין האיסור מחמת הקידושין, דלענין מה יחול הקנין כיון שאסורה היא לו...? אך באמת הקנין אישות איננו שיקנה אותה לעצמו, רק עיקר הענין [=של ה]קידושין היא שאסרה על כולי עלמא כהקדש, ובזה שאסרה אכולי עלמא היא ניתרת לו. ועי' תוספות ריש קידושין. אבל לא שנימא שקניינו הוא שקונה אותה לעצמו".

הרש"ר הירש, במדבר ה, יד, לעומת זאת, נותן משמעות אחרת למושג הקניין בנישואין, וכותב בפרשנותו לפרשת סוטה: "...זו משמעות 'קנא' – לטעון טענת קניין ובעלות; לדרוש דבר בטענה שהוא קניינו; ומכאן, 'קנא ב' – לתבוע דבר שהוא בידי אחרים בטענה שהוא מגיע לו וראוי להיות קניינו. המקנא באחר, עינו צרה בו על דבר שהוא בידיו. נמצאת זו משמעות 'קנא את אשתו' – לטעון לזכותו על אשתו; לתבוע אותה בטענה שהיא קנויה לו; להזכיר לה את הזכויות שיש לו עליה כבעל ולהזהיר אותה מלפגוע בהן... 'רוח קנאה' היא התחושה, שזכותו כבעל נפגעה על ידי אשתו, או החשש שזכות זו עלולה להיפגע...". אולם גם הוא לא רואה את הקידושין כסוג של קניין ממון. ועי' לקמן, הע' 87.

כמו כן יש לעיין במשמעות ההשוואה שיש באיסור "לא תחמוד" בין "בית רעך" לבין "אשת רעך". ועי' ערוה"ש חו"מ סי' שנט סע' י-יא.

56. על פי דברים אלו ניתן גם להבין מדוע האיש חייב כשהזיק את אשתו, אף אם הנזק נעשה במהלך יחסי האישות (ש"ע אה"ע פג, ב; חו"מ תכא, יב). מאחר שזנז מעין זה מקורו בחוסר זהירות (כך כותב הלבוש, חו"מ סי' תכא: "דקרוב לפשיעה הוא"), יש לומר שעל דעת יחסי אישות כאלו לא

נקודת דמיון נוספת בין קניין הממון לבין הקידושין נעוצה בהיתר ובזכות ליחסי אישות מכוח הקידושין, שיש בהם דמיון להיתר ולזכות שיש לכל בעל ממון להשתמש ברכושו.

אולם גם בנקודה זו יש הבדל בולט בין השניים. לקמן (פרקים ט-יא) נראה כי בזמן שזכות השימוש בממון היא חד-צדדית ונתונה למגבלות מועטות וצדדיות בלבד (כמו: השחתה, צער בעלי חיים, ומלאכה בשבת), יכולתו של הבעל לממש את זכויותיו באשתו היא מוגבלת מאוד. יתרה מכך, זכות זו אינה בלעדית אלא הדדית, כאשר גם לאישה יש זכות מקבילה בגופו של בעלה, אף אם היא מוגדרת בדרך שונה, של שעבוד. ולאחר שכל קהילות ישראל קיבלו על עצמן את חרם דרבינו גרשום או מנהג מחייב הדומה לו, חל איסור מקביל על הבעל לשאת אישה נוספת וקשר גופני עם פנויה אסור ממילא על פי ההלכה לרוב ככל השיטות;⁵⁷ ובכך היטשטשו עוד יותר ההבדלים שבין קניינו של הבעל לבין זכויותיה של האישה.

ז. החובה ליחסי אישות - מצווה, שעבוד או בעלות?

בפרק הקודם דנו במשמעותו של מעשה הקידושין ונוכחנו כי הקידושין יוצרים קניין של הבעל על תחום האישות של אשתו.

בקידושין יוצרים בני הזוג התקשרות המחייבת אותם ליחסי אישות ברמה **העקרונית**, כאשר הזמן לכך הוא רק לאחר הנישואין.⁵⁸ לעומת זאת, במשך חיי הנישואין יחסים אלו הם חובה **מעשית**.⁵⁹ כדי להבין את מהותה של חובה זו, יש לברר את מקורה ביחס לכל אחד מבני הזוג.

1. חובת הבעל וחובת האישה

החובה המוטלת על הבעל ליחסי אישות באה מכוח הציווי (שמות כ, י): "שארה, כסותה ועונתה לא יגרע". ציווי זה הוא מצוות לא תעשה, כמו מצוות רבות שיש בתורה.⁶⁰ אולם כריכת מצוות עונה עם חיובי שאר וכסות שבפסוק

הקנתה האישה את גופה לבעלה. מדברים אלו מתחדדת ההבנה כי הבעל הוא בעלים רק על "תחום האישות" של אשתו אך לא על גופה ואישיותה בכללם.

57. עי' ספרא ויקרא פר' ג פרק ז; רמב"ם וראב"ד הל' אישות פ"א ה"ד; רמ"א אה"ע כו, א; פרי מגדים או"ח סי' תרו, משבצות זהב ס"ק א בסופו; רש"י הירש ויקרא יט, כט; שו"ת באהלה של תורה ח"א סי' עג וסי' עה.

58. עי' שו"ע אה"ע כו, א והגהת הרמ"א שם, ערוך השולחן אה"ע נה, א-ב.

59. עי' רמב"ם, הל' אישות פ"ב ה"א-ה"ב.

60. על היחס שבין ההיבט המצוותי והאיסורי לבין ההיבט המשפטי, עי' לקמן, חלק ג.

נועדה ללמד על אופי הציווי של מצוות עונה: שעבוד הבעל לאשתו ליחסי אישות, כשם שהוא משועבד לה להתחייבויותיו הממוניות.⁶¹ שעבוד זה הוא בעל תוקף משפטי גמור, הבא נוסף על החיוב הדתי שיש לו ככל מצוות לא תעשה שבתורה.⁶²

לעיל (פרק ו) הובאו דברי הגמרא במסכת נדרים (טו, ב), המסבירה מכוח פסוק זה את ההלכה הקובעת שאין תוקף לנדר שנדר הבעל להימנע מיחסי אישות, שכן הוא משועבד לאשתו לעונתה. ושם הובאו דברי הרשב"א, הכותב שמלבד המצווה הדתית המוטלת על הבעל מכוח פסוק זה, מוטל עליו גם שעבוד במובן המשפטי, ולכן יש הבדל בין מצווה רגילה שאדם חייב לקיים לבין מצוות עונה. את מהות ההבדל היטיב לבטא הר"ד סולוביצ'יק (רשימות שיעורים, שבועות כד, א):

נראה שעלינו לחלק בין החיוב לקיים מצוות דעלמא לחיובי הבעל לקיים מצוות עונה עם אשתו: בעונה יש לאישה שעבוד ממשי (הדומה לשעבודי ממון) על גופו של הבעל, דהיינו, ה'חפצא' של הגוף שלו משועבד לה עבור תשמיש. עקב כך אינו יכול לאוסרו בנדר, כי אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. במצוות אחרות, לעומת זאת, אין גוף האדם משועבד כ'חפצא' לקיום המצוות, אלא ה'גברא' משועבד ומחויב לקיימן, ולכן אפשר לנדר ולאסור את ה'חפצא' של גופו למצוה, כגון כשנדר "גופי אסור בישיבת סוכה", שחל.

אדם מחויב בכל המצוות, אך בציוויים אלו לא חל שעבוד ממשי על גופו במובן הממוני של המושג, אלא מוטלת עליו החובה המעשית לקיים את המצווה. ומאחר שגופו של אדם הוא ברשותו ואינו משועבד לקיום הציווי – יש תוקף לנדר שאדם אוסר על גופו את קיום המצווה. אולם לגבי מצוות עונה, גופו של האדם הוא המשועבד למצווה זו כשם שהוא משועבד לצרכיה הכלכליים של אשתו, ולכן אין אפשרות לאסור בנדר את קיומה.

61. על כך עי' בהרחבה במאמרו של הרב ישראל ויינברגר בספר זה, "הנישואין – בין חירות לשייכות ('שעבוד הגוף' למסגרת הזוגית אל מול החירות האישית)", פרק ה.

62. את חובתו היתרה של הבעל מסביר הנצי"ב (ב'ברכת הנצי"ב' על המכילתא): "הסברה נותנת שעל זה נשתעבד, וכול יודעין למה כלה נכנסת לחופה, וגם כי נאסרה על ידי בעלה להשיג הנאה זו ממקום אחר, ואם כן הוא גוזל הנאתה ממנה... שאין היא כשבויה אצלו למנוע ממנה תענוגיה". על כך יש להוסיף, שמאחר שמדאורייתא מותר לגבר לשאת שתי נשים ורק לו יש כוח ליזום גירושין (כל זה לפני שנתקבל חרם דרבנו גרשום) – יוצא שסיפוק הצרכים שלו לא תלוי באשתו, בעוד סיפוק הצרכים שלה תלוי בו באופן בלעדי, ולכן הוטלה עליו החובה לספק את הצרכים שלה בתחום האישיות. ואכן, בפשוטו של מקרא, הציווי על כך נאמר במצב של גבר הנושא מספר נשים (שמות כא, י): "אם אחרת ייקח לו – שארה, כסותה ועונתה (=של הראשונה) לא יגרע".

לעומת הבעל, שיש עליו גם **מצווה דתית** וגם **שעבוד משפטי** ליחסי אישות, חובת האישה – כפי שכתבנו בפרק הקודם – היא מצב משפטי, בו יש לבעל סוג של **קניין** על תחום האישות שלה, אך לא מוטלת עליה מצווה דתית מן התורה בהקשר זה.⁶³

להבחנה המשפטית שבין חובת הבעל, הנובעת משעבוד, לבין חובת האישה, שמקורה בסוג של קניין הבעל על תחום האישות שלה, יש כמה השלכות:

ההשלכה הראשונה היא, שאם הבעל אינו יכול לקיים מצוות עונה (אפילו מסיבות מוצדקות, כגון שהוא חולה), תוכל האישה לדרוש ממנו להתגרש כעבור שישה חודשים.⁶⁴ לעומת זאת, כאשר מדובר באישה שאינה יכולה לשמש עם בעלה לאחר הנישואין, אין הבעל יכול לגרשה בלא כתובה, וכך נכתב בשו"ע (אה"ע קיז, א):

אבל אם אירע לה חולי זה אחר שנישאת, נסתחפה שדהו...

וכאן, "בעלותו" של הבעל על תחום האישות של אשתו נהיית לו לרועץ. ההשלכה השנייה של הבחנה זו היא לגבי תדירות החיוב של כל אחד מבין הזוג כלפי זולתו ליחסי האישות: לדעת חלק מהאחרונים בדעת הרמב"ם, הבעל יהיה משועבד לאשתו רק בעונות האמורות במשנה (כתובות סא, ב), כי לכך התחייב והשתעבד לה,⁶⁵ ואילו האישה תהיה מחויבת לבעלה בכל עת, מכוח ה'קניין' שיש לו בה.⁶⁶ ויש מן האחרונים החולקים על הבנה זו וסוברים שגם זכות הבעל היא רק בעונות הקבועות.⁶⁷ אולם, כפי שנראה לקמן (חלק ג), אפילו

63. לקמן, פרק ח, 3, נדון במצווה המוטלת עליה מדרבנן.

64. עי' רמב"ם, הל' אישות פ"ד ה"ז.

מקורה של השוואה זו, במאמרו של הרב מיכאל אדרעי, "אופי שעבוד הבעל והאשה למעשה ידיים ולעונה", חמדת הארץ ב, תשס"ב, עמ' 138.

65. עי' לקמן, פרק ח, 2.

66. כך עולה מדברי הרמב"ם, הל' אישות פט"ו ה"ח, שכתב: "נשמעת לו בכל עת שירצה". וכך נכתב בשו"ת עמודי אור, סי' עח, כג: "דבשלמא איהי משעבדא ליה תמיד, **בכל עת שירצה**; משא"כ שעבודה עליו אינו אלא בעונה הכתובה בתורה". ועי' פיתוחי האבן דומב, עמ' שלז, רסז-רע; שו"ת אבני ישפה חלק ה, סי' קמד; הרב צבי יהודה כהן, חיובי אישות, עמ' לו; הרב יששכר דוב הכהן אייכראן, פי כהן, הל' נידה עמ' תקלו.

בירור רחב של הנושא מופיע במאמרו של הרב יגאל צפירה, "יחסי אישות בכפייה", תחומין, כד עמ' 224. וכן בשו"ת דברי יציב, אה"ע סי' נה אות ד.

67. כך כותב המהר"ט בתשובה, ח"א סי' ה: "דהא ודאי לא משעבדה ליה בכל שעה אם היא אינה רוצה; שלא מצינו מורדת אלא באומרת 'מאיס עלי' או 'מצערנא ליה', אבל אם היא טוענת [=שרצונה רק] בעונה האמורה בתורה... נראה דלא כייפי לה, **שאינה שבוית חרב להזדקק לו בכל שעה**" (ונראה שלמד זאת מדברי רבו, המב"ט, בקרית ספר, הל' אישות פ"ד). על כך מעיר הרב

לפי הדעה הראשונה – חובה זו של האישה, אף שהיא קיימת להלכה, נתונה למגבלות רבות ביישום שלה למעשה. השלכה שלישית היא האחריות הגדולה יותר המוטלת על הבעל בכל הנוגע לקיומם של יחסי אישות. וגם על כך נרחיב לקמן (פרק ח, 4).

2. בהשוואה ל'שיח הזכויות'

מפרק זה עולה מסקנה משמעותית הנוגעת לחלופה היהודית ל'שיח הזכויות'. כפי שכתבנו לעיל במבוא, 'שיח הזכויות' רואה את האדם כבעל זכות לחופש מוחלט בנוגע ליחסי אישות – הן בהחלטה לקיים אותם בכל עת עם מי שירצה,⁶⁸ והן ביכולת להימנע מהם כרצונו. התפיסה המשפטית המקובלת רואה את הזכות הראשונה כברירת מחדל כל זמן שאין התחייבות מפורשת לנאמנות בין בני הזוג. ואילו ביחס לזכות להימנע מיחסי אישות עמדתה קיצונית יותר, ואינה מכירה בתוקפה של התחייבות הסותרת את "זכות האדם על גופו". ההלכה, לעומת זאת, אינה מכירה ב'חירות טבעית' של הפרט ליחסי אישות, שכן היא אוסרת אותם לחלוטין מחוץ למסגרת הנישואין, וכן אינה מכירה ב'חירות טבעית' להתכחש לחובה ההדדית ליחסי אישות בין בני זוג נשואים. להיפך, ההלכה מכירה בזכותו של כל אדם נשוי ליחסי אישות ומטילה על שני בני הזוג את החובה להיענות זה לזו. לאור זאת יש לראות את זכותם של בני הזוג ליחסי אישות כסוג של "זכות משפטית" הנובעת מעצם הסכמתם להינשא, אף שיש הבדל בהגדרה המשפטית של זכות זו בין הבעל לבין האישה. להלן (פרק ח, 4) נדון במשמעותה של תפיסה זו.

אליקים אלינסון, בספרו האישה והמצוות, ח"ג, עמ' 205 הע' 99, שהוראתו של הרמב"ם (הל' אישות פט"ו הי"ח): "אלא נשמעת לו בכל עת שירצה" אינה חובה גמורה במובן המשפטי. והראיה – שאין דין 'מורדת' שלא בעונות שנבקעו בהלכה. וכך הסיק גם בשו"ת ברכת יהודה ח"ח סי' י ובשו"ת דברי יציב אה"ע סי' נה אות ד.

ועי' חלקת מחוקק, אה"ע סי' עז ס"ק יט, שכתב ביחס לספן: "אבל במורדת, מי ימחה בידו לקרב עונתה? וצריך לומר דמייירי שהולך עתה לים ואין דעתו לבוא רק לשישה חודשים, והיא אומרת, לכשתבוא לא אשמש עמך, אז מתחיל המרד מעתה". ומכאן יש מקום להסיק שהבעל יכול לדרוש מאשתו לקיים יחסי אישות בכל עת, אפילו יותר מאשר "עונת טיילין", שהיא בכל יום, כמו הדעה הראשונה. מאידך גיסא נכתב על כך בפס"ד (תיק 1004627/1 בבית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו) מאת הרב אחיעזר עמרני, הרב אפרים כהן והרב יהודה יאיר בן מנחם: "אך אין בכל זה כדי ללמד שמי שמסרב לקיים חיי אישות מעבר לקבוע בהלכה נקרא 'מורד', והם מבארים, ש"זמן שהספן מתעכב בביתו אין כל טעם להעמיד את עונתו על שישה חודשים, שהרי הוא אינו זקוק לכך, ועל כן במשך כל אותו זמן שבו הוא להיות כאחד ה'טיילין' השונים פרקם ולנים בביתם". וכך נכתב בשו"ת אגרות משה ח"ג סי' כח.

68. וביחס להיבט המוסרי, עי' לעיל, פרק א, בדברי שופטי בית המשפט העליון.

ח. חשיבותם של יחסי האישות

כפי שראינו, החובה ליחסי אישות היא חובה הדדית, שחלה על כל אחד מבני הזוג מכוחו של קשר הנישואין ביניהם, ויש לכך השלכות בכיוונים שונים.

1. מרכזיותה של מצוות עונה

חובת העונה היא מהותית לנישואין. הדבר בא לידי ביטוי בהלכה שנפסקה בשו"ע (אה"ע לח, ה):

התנה בשעת הקידושין שלא יהא לה שאר וכסות – תנאו קיים... אבל אם התנה שלא יתחייב בעונה – תנאו בטל, וחייב בה. הרב משה שורקין, בשיעוריו למסכת קידושין (עמ' 183), מביא שלושה נימוקים לכך שאין תוקף לקידושי אישה ללא חיוב עונה:

והא דלא מהני תנאו לעונה, ג"כ לפי זה יש לומר משום דעונה צערה דגופה;⁶⁹ ולכן אי אפשר לומר שלא אמרה תורה אלא ברצונה. דכמו שחובל בעצמו אסור, אי אפשר לומר שהדבר תלוי בה. אי נמי יש לפרש, דשאני עונה דהוי מצוות המלך, כמו תפילין וציצית, ד'לשבת יצרה'.

אי נמי יש לפרש בדרך אחרת, דשאני עונה שזהו עיקר האישות; ואם יתנה לבטל העונה הלא מהו הנישואין? והוי כתנאי ומעשה בדבר אחד. הנימוק הראשון רואה את חיי הנישואין ללא יחסי אישות כעינוי לאישה, ולכן אין תוקף למחילה עליהם. הנימוק השני רואה את חיי האישות כמצווה בין אדם למקום, שאינה ניתנת למחילה בידי אדם. והנימוק השלישי מסביר שחיי אישות הם עיקר הנישואין, ולכן, אם ישנה התניה על כך שלא יתקיימו – אין כלל נישואין. על פי כל אחד מן הנימוקים הללו יש מקום להסבר שונה לשאלה מאיזה טעם הטילה התורה שעבוד הדדי זה על בני הזוג.

נראה שדברי הראשונים שהבאנו לעיל, הרואים את מעשה הקידושין כקניין של בעלות על תחום האישות של האישה, יעלו יפה לפי הטעם השלישי הרואה בחיובי ה'עונה' את עיקר חיי הנישואין. המהות הקניינית של הקידושין היא בעלותו של הבעל על תחום האישות של אשתו, ובמקביל לכך גם הבעל מתחייב כלפיה למצוות עונה. ומכל זה יוצא שחיוב 'עונה' הוא המרכיב החיובי המהותי ביותר של הקידושין, כפי שאיסור הניאוף הוא המרכיב השלילי המהותי ביותר שלהם.

69. עי' רש"י ב"מ נא, א: "אבל עונה, שהיא צער הגוף – לא ניתן למחילה".

לפי הבנה זו, עיקר הנישואין הוא החיבור הפיזי שבין האיש והאישה, שאינו מעשה גופני גרידא אלא מעשה שיש בכוחו להביא לדבקות פיזית, רגשית ורוחנית מלאה.⁷⁰ ברם יש לשאול, הרי התורה מקדשת את ערך החירות, שכן "עבדי הם – ולא עבדים לעבדים" (ב"מ י, א), ואיך היא נותנת את ידה לשעבוד החלק הפרטי והרגיש ביותר בגוף האדם לצורכי זולתו?

התשובה לכך היא מעמדה המשפטי והערכי של הברית הזוגית (עליה הרחבנו בפרקים ד-ה), שבה אין אנשים פרטיים אלא ישות אחת משותפת, וכל איבר בה ערב לצורכיהם של האיברים האחרים. על כן, החובה ההדדית למעשה האישיות מבטאת את הרעיון שהאיש והאישה נבראו כגוף אחד ואת שייכותם ההדדית הבלתי נפרדת.⁷¹

מכאן ניתן להבין מדוע מצוות העונה מחייבת את בני הזוג זה לזו גם למעשה ולא רק להלכה, כ'בעלות רדומה'.⁷² הנישואין במהותם הינם חיבור מלא של האיש והאישה ולכן אינם יכולים להתקיים ללא מחויבות קבועה ליחסי אישות.⁷³

70. כמבואר לעיל, פרק ה, בדברי הר"ש ירחים'.

הרחיב על כך הר"ש הירש (ויקרא יח, ו): "בין הדברים המוציאים את הזיווג מכלל 'ערוה' של חיי בהמה – ומעלים אותו לכלל מצוה קדושה ומקדשת – יש להזכיר גם את זה כבעל חשיבות לא מועט: כי החיבור הגופני של המינים יאחד אותם גם ברוח ובנשמה; ישכין ביניהם 'אהבה ואחוה, שלום ורעות' – כלשון ברכת הנישואין שלנו; יצמיח את האהבה המיוחדת במינה – שהיא 'עוזה כמוות' [...] ונהרות לא יטפחו' כדברי שיר השירים (ח, ו-ז) על אהבת איש ואשה ואהבת ה'. כללו של דבר, 'דבק באשתו' יטהר מכל חושניות של ערוה ויתקדש בקדושה מוסרית עליונה – אם יביא באמת לידי נס כל הניסים של אחדות 'והיו לבשר אחד'; ואמיתה של אותה אחדות היא היסוד לכל אושר משפחתי ומדיני... כך תתעלה גם הבחינה המינית של הנישואין ותגיע לדרגה של טהרה מוסרית; כל עצמה תהא בטלה באהבת בני הזוג, שהתחילה בה ונובעת גם ממנה..."

71. עי' במאמרו של הרב ישראל ויינברגר בספר זה: "הנישואין – בין חירות לשייכות" (שעבוד הגוף' למסגרת הזוגית אל מול החירות האישית)", פרק ה.

יש להדגיש, כי בניגוד לתפיסות קולקטיביסטיות מודרניות, המחויבות לישות הזוגית המשותפת אינה מבטלת את הצרכים והרצונות של כל אחד מהם. על כך נדון בפרקים הבאים (ט-י), העוסקים בהגבלות על היכולת לכפות את יחסי האישות על מי שאינו מעוניין בהם.

72. עי' רמב"ם הלכות אישות פ"ב ה"ב, ה"ו-ה"ז; רמב"ן שמות כא, ט

73. בשו"ע, אה"ע, ו, אומנם נפסק: "האישה שהרשית את בעלה אחר שנישאת שימנע עונתה, הרי זה מותר". אך כבר נקטו האחרונים שאין מדובר כאן במחילה תמידית אלא במחילה זמנית. וכך נכתב בילקוט יוסף, שובע שמחות ח"א, פרק כג הע' מ: "ובלחם משנה (הל' אישות פט"ו ה"א) תירץ בתי' ב בזה"ל, א"נ דה"נ אינה מחילה, אלא שכל זמן שהיא אינה תובעת ונותנת לו רשות מותר לו להימנע, אבל בידה לתבוע כל עת שתמצא... וכי"ב ב' המל"מ (פ"ו מה' אישות ה"י בד"ה עוד נ"ל), דהא דהאישה יכולה להרשות לבעלה שימנע עונתה, לא מדין מחילה נגעו בה, דהא צערא דגופא

2. חובתו היתרה של הבעל

החובה ליחסי האישות באה לידי ביטוי בגדרי מצוות 'עונה', המחייבת את הבעל לא רק להיענות לרצונה של אשתו, אלא אף ליזום יחסי אישות בכל אחת מן העונות. וכך נפסק בשו"ע (אה"ע עו, א):

"עונתה", כיצד? כל איש חייב בעונה כפי כוחו וכפי מלאכתו...

בהמשך הדברים (סע' א-ד) מפורטות העונות שנקבעו במצבים שונים. ומוסיף השו"ע (סע' יא):

אסור לאדם למנוע מאשתו עונתה; ואם מנעה כדי לצערה – עובר

בלא תעשה ד"עונתה לא יגרע"...

ההלכה הרחיבה חיוב זה גם מעבר לגדרים הפורמליים של המצווה.

המקור לחובה היתרה של הבעל לאשתו הוא בדברי רש"י, על דברי הגמרא

(פסחים עב, ב):

...אמר רבא: חייב אדם לשמח אשתו בדבר מצוה.

ועל כך כותב רש"י (ד"ה לשמח):

אפילו שלא בשעת עונתה, אם רואה שמתאוות לו.

מרחיב על כך הראב"ד, בספר בעלי הנפש (שער הקדושה):

עוד נאמר, כי העונות שנתנו חכמים, על דרך הסתם קבעו אותם, כי

אמדו דעת האישה שהיא מתפייסת מבעלה בכך לפי מה שהוא כוחו

ותענוגו; אבל אם יראה שהיא מבקשת אותו המעשה והיא צריכה

לכך בהשתדלותה עמו ובהתקשטה לפניו – הרי הוא חייב לשמחה

בדבר מצוה, כמו שאמרו בפסחים (עב, ב): "אמר רבא, חייב אדם

לשמח את אשתו בדבר מצוה" – אפילו שלא בשעת עונתה ואפילו

היא מעוברת; וכשהיא צריכה לאותו מעשה קאמר.

ועוד אמרו (יבמות סב, ב): "אמר ריב"ל, כל היודע באשתו שהיא

יראת חטא ואינו פוקדה – נקרא חוטא, ואם בשעת עונתה –

דאורייתא הוא, דכתיב: שארה וגו', אלא לאו אפילו שלא בשעת

עונתה וכשהיא צריכה לאותו מעשה.

והראב"ד מוסיף (בתחילת השער):

והשלישית... שהיא משתוקקת וכו', וכן בעת צאתו לדרך וכו' – גם

על זו יש קיבול שכר; והיא היא מצוות העונה שאמרה תורה, דמיון

שארה וכסותה שהם צרכי האישה והנאותיה.

לא ניתן למחילה, אלא שכל זמן שהיא אינה תובעת מותר לו לימנע מעונתה הואיל ונתנה לו רשות. אבל אם חזרה בה ותבעה, פשיטא שמחויב בעונתה".

ומשמע מדבריו שחובה זו היא מדאורייתא.⁷⁴ וכך מסביר הגר"מ פיינשטיין (שו"ת אגרות משה אה"ע ח"ג סי' כח):

כמו כן הוא עונתה, שנאמר שם דג"כ הוא בעת צורכה שהוא בשעה שמשתוקקת, דרך אז הוא צורכה; אבל מחמת דרוב הנשים הן צנועות ולא ניכר כל כך רצונם, שיש אנשים הרבה שלא יכירו שהיא מתאוה לזה ע"י ענייני חיבה שמראה לפניו... **קבעו חכמים זמנים שאמדו לבד כוח האיש** אלא גם דעת הנשים שרובן לא ישתוקקו ליותר ביודעם בטרדת הבעל.

ולדעתו חובה זו היא עיקר העונה מדאורייתא. ויש החולקים על כך וסוברים שחובה זו אינה אלא מדרבנן.⁷⁵

על פי זה נפסק להלכה בשו"ע (או"ח רמ, א):

וכן אם... הוא מכיר בה שהיא משדלתו ומרצה אותו ומקשטת עצמה לפניו כדי שיתן דעתו עליה, חייב לפקדה.⁷⁶

אחריותו של הבעל לפקוד את אשתו בשעה שהיא משתוקקת כוללת את חובתו להיענות לאשתו גם אם הוא עייף או חסר חשק.⁷⁷ החובה אינה מסתכמת רק בקיום הטכני של יחסי האישות אלא בחובת האיש לעורר את עצמו ולקיים זאת "ברצון שניהם ובשמחתם".⁷⁸

יש להעיר כי יישומה של הלכה זו צריך להיות מתוך התחשבות במידת הקדושה הראויה לאדם, וכך כותב הראב"ד (שם):

74. כך כתב בדעתו הגר"ח זוננפלד, הנהגות ופסקים, הלכות צניעות, סע' א. ועי' חכמת אדם, שער בית הנשים כלל קח, בינת אדם ס"ק ב; נדרי זריזין נדרים טו, ב ד"ה והא משתעבד. הדיין הרב ניסים בן שלמה, בספרו 'מטמוני זהב', עמ' 89, כותב שחובה זו היא רק מכוח המצווה "עונתה לא יגרע" ולא מכוח השעבוד של הבעל לאשתו, ולכן מובא דין זה להלכה רק בחלק 'אורח חיים' ולא בחלק 'אבן העזר' של השו"ע; ומסיבה זו האשה אינה יכולה לתבוע את בעלה כ'מורד' בשל כך.

75. שו"ת אחיעזר ח"ג סי' פג.

וכן נראה מדברי שו"ע הרב, יו"ד קפד, לב, ס"ק לא, שכתב: "לפקוד אשתו. **שהאשה משתוקקת** על בעלה בשעה שיוצא לדרך, **וציוו חכמים** למלאות חפצה ותשוקתה, ומצאו סמך מהכתוב, ופקדת נווך ולא תחטא".

יש להעיר שהלכה זו אינה כתובה כלל ברמב"ם. ועי' במה שכתב על כך בספר 'טהרת התורה', ח"א עמ' 116.

76. ועי' פסקי תשובות שם, אות ז, שהגבילו חיוב זה.

77. על כך כתב הרב שלמה אבינר, בחוברת 'עצם מעצמי', עמ' 8: "נכון שלפעמים אין לאיש חשק, אבל לא החשק הוא הקובע היחיד בחיים, ויש גם חובות מוסריות כלפי אשתו".

78. עי' מה שכתב על כך הרב שלמה אבינר בחוברת 'עצם מעצמי', עמ' 7-9.

ואחרי שראינו את כל אלה, שהאדם חייב לעשות חפצי אשתו ולשמחה במצוה זו בכל עת שהיא צריכה לה – על כן התיירוהו שתהא שמאל דוחה וימין מקרבת, פן תסיתנו לעבור על המידה ותמשיכהו אחריה אל הבלי העולם ויאבד מן העולם בעבורה. וע"כ צריך האדם לשבור את תאוותו ולהכניע את יצרו בדחיית השמאל כדי שלא יבוא לידי איסור ויגיע לידי עונש.⁷⁹

3. חובתה היתרה של האישה

על החובה היתרה של האישה לבעלה כתב הרמב"ם (הל' אישות פט"ו ה"ח):
וכן ציוו חכמים על האישה... ולא תמנע מבעלה כדי לצערו עד שיוסיף באהבתה, אלא נשמעת לו בכל עת שירצה...

ומשמע שחובה זו, שהיא מדרבנן,⁸⁰ אמורה גם מעבר לעונות שקבעו חכמים.⁸¹
יתרה מזאת, חז"ל ראו בעין יפה מצב שהאישה יוזמת יחסי אישות. וכן נכתב בגמרא (עירובין ק, ב; נדרים כ, ב):

אמר ר' שמואל בר נחמני אמר ר' יונתן: כל אישה שתובעת בעלה לדבר מצוה – הוויין לה בנים שאפילו בדורו של משה לא היו כמותן... אינני!... – מלמד שהאשה תובעת בלב, והאיש תובע בפה, זו היא מדה טובה בנשים... – כי קאמרין, דמרציא ארצויי קמיה.⁸²
על כך כותב רבינו חננאל (עירובין שם):

אלא דמרציא ארצויי קמיה בלבישת [בגדים] נאים ותיקונם של גוף ודברים בניחותא שמרגילין את האדם לדבר מצוה.
מסקנת הגמרא היא שלאישה אסור לתבוע קיום יחסי אישות בפה במילים בוטות,⁸³ ברם מותר לה – ואף רצוי – שתבקש זאת באופן צנוע. ומכאן עולה

79. עי' שו"ת משנה הלכות ח"ט סי' שיא; פסקי תשובות שם.

80. על קביעה זו יש מקום להקשות, לדעת הרמב"ם לבעל יש זכות מדאורייתא לבעול "בכל עת שירצה", ומדוע חובת האישה להיענות הינה רק מתוקף ציווי חכמים? ונראה לומר שמכיוון שחכמים אסרו על הבעל לכפות יחסי אישות והצריכו שהם יעשו "ברצון שניהם ובשמחתם", הבעל אינו יכול לממש את זכותו, ולכן ציוו חכמים את האישה לעשות מאמץ ולהיענות בכל זאת.

81. ועי' אליה רבה סי' רמ ס"ק כה.

82. שכן התובעת בפה היא מכלל "בני ט' מידות", שנאסרו. עי' נדרים כ, ב. ולכן נכתב בדברי השו"ע שהבאנו לעיל (סע' 2): "שהיא משדלתו ומרצה אותו ומקשטת עצמה לפניו כדי שיתן דעתו עליה".

83. על כך כתב הרב שלמה אבינר, בחוברת "עצם מעצמי", עמ' 8: "...אם אינו מבין, בוודאי יכולה האישה לומר לו בפה מלא. כי מה שכתוב שאינה תובעת בפה, אין זה דין גמור אלא מידה טובה, ולכן אם אין האיש מבין את הרמז, בוודאי יכולה לאמור לו ישירות, ותעשה זאת בצניעות כמה שאפשר". ועי' רמב"ם הל' אישות פכ"ד ה"ב; שו"ע אה"ע קטו, ד, וח"מ שם ס"ק יג.

כי טוב הוא שהאישה תראה את עצמה כאחראית לעורר את בעלה.⁸⁴ ומסתבר שחז"ל ראו בחיוב את יוזמתה של האישה דווקא כשהדבר נעשה לשם קיום מצווה – של 'עונה' או פרייה ורבייה.⁸⁵

אחריותה של האישה באה לידי ביטוי גם בחובה להיענות לבקשתו של הבעל ליחסי אישות כאשר הוא מבקש זאת ממנה, אף על פי שהיא עייפה או שאין לה מספיק חשק. חובת האישה במקרים אלו גדולה מחובתו המקבילה של הבעל, מכיוון שמעבר לכך שיש לו סוג של בעלות על תחום האישות שלה, הדבר גם חיוני לסייע לו להימנע ממכשול בדבר עבירה.⁸⁶

4. ההבדל בין הבעל לאישה

מן הדברים הללו עולה כי אומנם לשני בני הזוג ישנה אחריות על מימוש הקשר הגופני ביניהם, אבל אחריותה האקטיבית של האישה היא מידת חסידות ואילו אחריותו האקטיבית של הבעל היא הלכה מחייבת.

בהסבר ההבדל שבין אחריות הבעל לאחריותה של האישה נראה לומר, שהוא נובע ממה שכתבנו לעיל (פרקים ו-ז) על ההבדל בין מעמד המשפטי של בני הזוג בקידושין, ושם ראינו כי לעומת האישה, שיש לה רק **שעבוד** בגופו של בעלה, לבעל יש סוג של **בעלות** על גופה. הבעלות, בניגוד לשעבוד, מטילה

84. הרחיב על כך הרב שלמה אבינר (שם): "אין שום חיסרון אם האישה יוזמת, ואדרבה, רבי אליעזר פאפו, בעל ספר פלא יועץ, כותב (עפ"י קבלה) שאם ההתעוררות מתחילה מן האישה, זה נקרא לשם שמים... החיד"א כתב שכאשר אשתו משתוקקת, זו עונה אמיתית (מראית עין על נידה לא, א ד"ה ויהיו דאמר ר' יוחנן), וכמו ליל טבילה (כיצד לאדן דף רעז ע"ב ד"ה אפשר לפרש)".

85. עיקרון זה בא לידי ביטוי במדרשי חז"ל ששיבחו את בנות ישראל במצרים, שעוררו את בעליהן להביא ילדים לעולם למרות הגזירות והשעבוד. עי' סוטה יא, ב: "בשכר נשים צדקניות שהיו באותו הדור נגאלו ישראל ממצרים. בשעה שהולכות לשאוב מים, הקב"ה מזמן להם דגים קטנים... ושופות שתי קדירות, אחת של חמין ואחת של דגים, ומוליכות אצל בעליהן לשדה, ומרחיצות אותן וסכות אותן ומאכילות אותן ומשקות אותן ונזקקות להן בין שפתיים...". וכן בשמות רבה א, יא. וביתר פירוט בתנחומא פקודי ט, בעניין "במראות הצובאות" (מובא ברש"י שמות לח, ח). ועי' מהר"ל, חידושי אגדות סוטה שם, וגבורות ה' פרק מג.

גם יוזמתה של לאה לומר ליעקב "אלי תבוא", שהגמרא שם משבחת, אף שלא הייתה בזמן עונתה, שהרי היה זה זמנה של רחל, הייתה לצורך פרייה ורבייה, ומזה נולד יששכר.

86. הרב שלמה אבינר מוסיף (עצם מעצמי, עמ' 10): "כשם שהאיש צריך להתחשב באשתו כאשר היא משתוקקת לחיבור, כך צריכה האישה לעשות כלפי בעלה ככלפי כפליים. נכון שלפעמים אין לאישה כל כך הרבה חשק, אבל צריכה היא להתרומם להבנה שקיום חובה מוסרית הוא אושר גדול". ומוסיף (עמ' 15): "אם יש לבעלה יצרא דעריות גדול, מוטלת על אשתו חובה מוסרית כפולה להצילו מן החטא. והצלה זו נעשית גם על ידי זה ש'נשמעת לו בכל עת שירצה'. ואם האיש בא על אשתו להינצל מחטא, גם זה נחשב מצוה (ראב"ד)".

על הבעל את האחריות האקטיבית על רווחתה האינטימית של אשתו,⁸⁷ ואילו השעבוד אינו כולל בתוכו אחריות, ולכן אינו מטיל על האישה את החובה ליזום יחסי אישות עם בעלה.⁸⁸

5. בהשוואה לשיח הזכויות

אם נשווה את המסקנה העולה מהתפיסה היהודית לבין "שיח הזכויות" בתחום יחסי האישות, נראה כי בתפיסה היהודית ישנו יחס ישר בין עוצמתה של הזכות לבין החובה הנגזרת ממנה. אחת ההשלכות העקרוניות של מושג הבעלות בהלכה היא **האחריות**.⁸⁹ האחריות ליחסי אישות נובעת מן האיכות של זכות זו. ומסיבה זו, הבעל, שהזכות שלו באשתו חזקה יותר בהגדרה הקניינית שלה, נושא מתוך כך גם באחריות רבה יותר לקשר הגופני שביניהם. ב"שיח הזכויות", לעומת זאת, אין זיקה בין זכות לבין אחריות. מבחינתו אין ביחסי האישות שום יחס של אחריות כלפי הזולת, מפני שהם שייכים לתחום החופש האישי, ואין לראות בהם חובה או אחריות כלפי בן הזוג. ומתוך כך, המדד המוסרי היחיד הבוחן את יחסי האישות הוא מניעת הכפייה על בן הזוג – מדד התואם את תפיסת העולם האינדיבידואליסטית המערבית של ימינו. "שיח הזכויות" אינו מכיר בזכויותיהם של בני הזוג ליחסי אישות, זה כלפי זה, ומתוך כך גם אינו מכיר באחריות כלשהי שיש לאחד מהם כלפי זולתו.⁹⁰

87. עי' רש"י הירש בראשית כג, יט: "גם קידושי אישה נלמדים מקיחת שדה עפרון." 'היהודי קונה את אשתו' – כך מאשימה אותנו תקופה חסרת מחשבה. אמת ויציב, הוא קונה את אשתו; אך כנגד זה היא נשארת שלו, והרי הוא מכבד אותה כקניינו העליון עלי אדמות".

88. להסבר זה יש להוסיף, שהתורה מכירה באופיו היוזם של הגבר, ומצד שני מעודדת את צניעותה של האישה, שלא תתבע את עונתה בפה, ולכן הוטלה האחריות האקטיבית ליחסי אישות בעיקר על הבעל. וכך כותב רש"י (בראשית ג, טז): "ואל אישך תשוקתך – לתשמיש, ואף על פי כן אין לך מצח לתובעו בפה אלא הוא ימשול בך, הכול ממנו ולא ממך". בדברים אלו קושר רש"י את שני ההסברים זה לזה.

89. הקשר בין הבעלות לאחריות פותח במשנתו של שבתי בן דוב, שהובאה בספרו של הרב מיכאל פואה, "בשורת הצדק – לחידוש משפט התורה". והוא כותב: "אך במערכת המשפט התורתית יש עוד ממד שאינו מופיע כלל במערכות המשפט האחרות והוא האחריות. כאשר רכושו של אדם מזיק תיבדק בשלב ראשון הבעלות בהתאם לדיני הקניין, והתביעה לפיצוי עבור הנזק תופנה לבעלים. 'כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו' (ב"ק פ"א מ"ב). ועי' עוד שם בפרק ד, "משמעות הבעלות – זכות ואחריות", עמ' 48-54. ועי' במאמרו של הרב מיכאל פואה בספר זה, "הזכויות והאחריות בקניין הנישואין – בין משפט התורה למשפט העמים", פרק ד.

90. בזמן שההלכה היהודית אינה נרתעת מלהציג את מערכת היחסים הזוגית כ**היררכית**, שיח הזכויות יוצא מתוך נקודת מוצא של **שוויון מוחלט** בין בני הזוג. בתפיסה היהודית, מעמד גבוה בסולם

חלק ג – הגבלת הזכות ליחסי אישות

ט. הגבלות ערכיות על זכויות הבעל

לאור חובות אלו, המוטלות גם על הבעל וגם על האישה, יש להתבונן מה היחס בין החובה ההדדית להיענות לבקשה ליחסי אישות לבין מצבים שונים של פער בין הרצונות של בני הזוג. בדילמות אלו ידונו הפרקים הבאים ודרכם נברר את יחסה של התורה ביחס למימושן של זכויות בהלכות אישות בפרט, ובהלכה בכלל.

הרמב"ם כותב בהל' איסורי ביאה (פכ"א ה"ט) שאף שאשתו של אדם מותרת לו בכל עת ובכל אופן, לא נכון שיעשה בה מעשים שאינם כדרך וכמנהג כל הארץ. וכך הוא אומר:

אשתו של אדם מותרת היא לו, לפיכך כל מה שאדם רוצה לעשות באשתו – עושה: בועל בכל עת שירצה... **ואף על פי כן, מידת חסידות** שלא יקל אדם את ראשו לכך **ושיקדש עצמו בשעת תשמיש**, כמו שביארנו בהלכות דעות, ולא יסיר מדרך העולם ומנהגו... בהפניה להל' דעות כוונתו לדבריו שם (פ"ה ה"ד):

אף על פי שאשתו של אדם מותרת לו תמיד, **ראוי לו** לתלמיד חכם **שינהיג עצמו בקדושה** ולא יהא מצוי אצל אשתו כתרנגול... ולא יהיו שניהם, לא שיכורים ולא עצלנים ולא עצבנים, ולא אחד מהן, ולא תהיה יִשְׁנָה, ולא יאנוס אותה והיא אינה רוצה, אלא **ברצון שניהם ובשמחתם**, יספר וישחק מעט עמה כדי שתתישב נפשה... משמעות הדברים היא שיש מקום לקיום היחסים רק "ברצון שניהם ובשמחתם", דהיינו, לא רק בהסכמתה של האישה אלא ברצונה החיובי בכך. ומדברי הרמב"ם מבואר שאף שיש לבעל זכות משפטית ליחסי אישות, אין לראות זכות זו כגורם יחיד המעצב את היחסים הללו. לצד זכות זו הרמב"ם מעמיד ערכים נוספים המגבילים את מימושה, ויש לדון בהם ובמשמעותם.

הערך הראשון הוא מידת **הקדושה**. נראה שמקורם של דברי הרמב"ם הוא דברי הגמרא (שבועות יח, ב):

ההיררכי גורר בעקבותיו בעיקר הוספה של **חובות ואחריות**, ורק כפועל יוצא מכך נגזרות גם זכויות נוספות. על כך עי' בהרחבה במאמרו של הרב ד"ר יצחק ברויאר, "מעמד האישה, העבד והנוכרי" (מופיע באתר האינטרנט של מרכז 'אחוה').

אמר ר' בנימין בר יפת אמר ר' אלעזר: כל המקדש את עצמו בשעת

תשמיש... שנאמר: "והתקדשתם והייתם קדושים".

ייתכן שאף שמושג ה'קדושה' קשור יותר לצניעות ולאיפוק בכלל בכל הנוגע לסיפוק צורכי הגוף,⁹¹ הוא מכיל בתוכו גם את ההתחשבות ברצונה של האישה.⁹² האיפוק שמכתיבה מידת הקדושה יוצר מתוכו עמדה של נתינה והתחשבות, המנוגדת לעמדה האנוכית והאגוצנטרית של מי שכופה על אשתו את הקשר הגופני.

הערך השני הוא **האהבה** מצד הבעל לאשתו, מכוחה של מצוות "ואהבת לרעך כמוך", שנאמרה ביתר שאת על הקשר הזוגי,⁹³ האהבה מתגלה ביחסי אישות כאשר היא נעשית "ברצון שניהם ובשמחתם".⁹⁴

מלשוננו המדוקדקת של הרמב"ם, הפותחת בתחילת דבריו בשורת הדין ולאחר מכן מוסיפה מידת חסידות, נראה כי הוא מבחין בין הזכות המשפטית של הבעל על תחום יחסי האישות, **שלהלכה** אינה מוגבלת, לבין גורמים הקשורים למצוות, לערכים ולמידות טובות, כמו: אהבה, צניעות וקדושה, המגבילים אותה **למעשה**. ערכים אלו, המביאים את הבעל להתחשב באשתו, הם גורמים נפרדים מהזכות המשפטית.⁹⁵

את התפיסה שלא לראות את הזכויות המשפטיות ואת החיובים ההלכתיים היבשים כשיקול היחידי ביחסי האישות, אפשר לבאר באמצעות המעשה המובא במסכת בבא מציעא (פג, א). באותו מעשה רב חייב שם את רבה בר בר חנה לשלם לפועליו העניים שהזיקו לו. וזאת אף שמעיקר הדין יכול היה

91. עי' רמב"ן ויקרא יט, ב, על מצוות התורה "קדושים תהיו"; מסילת ישרים פרק יג, בביאור מידת הפרישות.

92. עי' תורה תמימה ויקרא יא, מד, הערה ר, שכתב: "המקדש עצמו בשעת תשמיש – כלומר, שמצמצם ומעציר תאוותיו".

93. קידושין מא, א; רמב"ם, פירוש המשנה קידושין פ"ב מ"א, והל' אישות פ"ג מ"ט; שר"ע אה"ע לה, א; לז, ח.

ועי' יבמות סב, ב; סנהדרין עו, ב, משם לקוחים דברי הרמב"ם, הל' אישות ו, יט: "ציוו חכמים שיהיה אדם מכבד את אשתו יתר מגופו ואוהבה כגופו", בדומה ללשונו בהל' דעות פ"ו ה"ג: "מצוה על כל אדם לאהוב כל אחד ואחד מישראל כגופו".

94. בדומה לכך כתב רש"י (סנהדרין נח, ב ד"ה שלא כדרכה): "שמתוך שאינה נהנית בדבר אינה נדבקת עמו".

95. עי' במאמרו של הרב מיכאל פואה בספר זה, "הזכויות והאחריות בקניין הנישואין (בין משפט התורה למשפט העמים)", פרק ג, שמסביר את הסוגיה הזאת בדרך שונה. את דעתנו נבסס בפרק הבא.

לתבוע מהם לשלם לו את נזקו, ואף היה פטור מלשלם להם את שכרם. רב הסתמך על הציווי "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור" (משלי ב, כ), המורה לנהוג לפני משורת הדין.⁹⁶ מסיפור זה עולה יסוד חשוב בתפיסת חכמים את דיני התורה. לצד התפיסה המשפטית של ההלכה, קיימת גם תפיסה ערכית. התפיסה הערכית אומנם אינה שווה בכל המצבים, אך היא מצפן המורה את ההנהגה שאליה ראוי לשאוף ועל פיה ראוי לנהוג גם במצבים שבהם יש לאדם זכויות ברורות על פי שורת הדין.⁹⁷ במסגרת של חיי משפחה ויחס אינטימי בין בעל לאישה, ברור שהנהגה המבוססת על הצד המשפטי בלבד תפגע פגיעה קשה בחיי הנישואין, ולכן יש לתת מקום משמעותי לצד הערכי.

הזיקה שבין הצד המשפטי, המקנה לבעל זכות ליחסי אישות, לבין הצד הערכי, המגביל זכות זו בהתאם למצוות ולערכים של קדושה ומוסר, מעלה את השאלה כיצד נדרש לנהוג במצבים שונים שבהם יש ניגוד ביניהם. שהרי אם ההיבט הערכי גובר למעשה על הצד המשפטי, יש צורך להבין מה מלמד הצד המשפטי ובאיזה אופן הוא רלוונטי.

כדי לברר את היחס בין שני הצדדים נצטרך לברר את התשתית למגבלות במצבים שונים ביחסי אישות. האם הן משפטיות, ובכך מצמצמות את זכות הבעל ביחס לחיי אישות ויוצרות אצל האישה זכות הפוכה לסרב לו, או שמא ההגבלות המוטלות על הבעל הן בעיקר במישור הערכי?⁹⁸ לבירור זה תהיה משמעות עמוקה בשאלת יחסה של היהדות ל"שיח הזכויות".

96. הדברים מובאים להלכה בב"י, חו"מ סי' שד.

97. את העיקרון הזה ניתן לראות גם בדברי הרש"ר הירש בפירושו לפרשת בהר (ויקרא כה, יד): "יצוין, שדיני ישראל מבדילים במקומות רבים בין רשות משפטית לבין היתר מוסרי. יש דברים שפסק בית הדין יאשר אותם על פי המשפט האובייקטיבי, אך מבחינת הדרישה המוסרית הנעלה יותר, אין רוח חכמים נוחה הימנ".

והוא מרחיב את הרעיון הזה בפירושו לפרשת כי תצא (דברים כד, ו): "גם היחיד חייב לדחות את **תביעתו המוצדקת במשפטו הפרטי, לבל יתערערו תנאי הקיום של אחיו שנשעתבד לו בחובו**. כבר נאמר... שאסור לו ללחוץ עליו לשלם אם הוא יודע שכרגע אין הוא מסוגל לשלם... כמו כן כבר נאמר... שאם קיבל משכון כחוק כדי להבטיח את חובו שכבר הגיע זמן תשלומו, הרי הוא חייב להחזיר אותו ללווה כל אימת שייגיע הזמן להשתמש בו, ולקבל במקומו חפץ אחר. וכשהשלמה נאמרה כאן ההלכה שאסור לו מלכתחילה למשכן כלי אוכל נפש, אפילו יש בדעתו להחליף אותם בשעת הצורך..."

98. בשאלה אם יש מגבלות מקבילות גם על זכויות האישה, נדון לקמן, פרק 4.

י. יחסי אישות בכפייה

בפרק הקודם הובאו השיקולים הערכיים, שמכוחם מצופה מהבעל לוותר על מימוש זכותו ליחסי אישות. בפרק זה אדון במצבים שבהם יש איסור הלכתי גמור בכך. ולשם כך אציג את השאלה בחריפות: האם מותר לאחד מבני הזוג לכפות על זולתו לקיים יחסי אישות כאשר הוא אינו רוצה בכך? במסגרת זו יש להביא בחשבון מנעד רחב למדי, הכולל רמות שונות של חוסר רצון, מהתנגדות של ממש בקצה האחד ועד חוסר עניין בדבר בקצה השני.

1. כפיית האישה

בשני מקומות מתייחס הרמב"ם לכפיית יחסי אישות על האישה. בהל' דעות (פ"ה ה"ד-ה"ה), אותן הבאנו בפרק הקודם, הוא כותב:

ראוי לו לתלמיד חכם שינהיג עצמו בקדושה... ולא יאנוס אותה **והיא אינה רוצה**, אלא **ברצון שניהם ובשמחתם**...

כל הנוהג מנהג זה... אם היו לו בנים, יהיו נאים וביישנים ראויין לחכמה ולחסידות; וכל הנוהג במנהגות שאר העם ההולכים בחושך יהיו לו **בנים כמו אותם העם**.

ואילו בהלכות איסורי ביאה (פכ"א ה"ב) הוא כותב:

וכן **אסרו** חכמים... ולא יבוא עליה **על כורחה** והיא יראה ממנו... ואם עשה כן, **הבנים אינן הגונים**, אלא מהן עזי פנים ומהן מורדים ופושעים.

כדי להבין את דברי הרמב"ם, עלינו לעמוד על מספר הבדלים בין המקורות הללו:

- א. בהל' דעות הרמב"ם מדבר על הנהגת **תלמידי החכמים**, ואילו בהלכות איסורי ביאה מדובר על **כל אדם** מישראל.
- ב. בהל' דעות הרמב"ם מגדיר את הכפייה כהתנהגות **שאינה ראויה**, ואילו בהל' איסורי ביאה הוא מגדיר אותה **כאיסור הלכתי גמור** (אם כי מדרבנן).
- ג. הכפייה מתוארת במילים שונות: בהל' דעות – **"היא אינה רוצה"**, ואילו בהל' איסורי ביאה – **"והיא יראה ממנו"**.
- ד. ההשפעה על אישיותם של הבנים בשני המקומות היא שונה: בהל' דעות, הרמב"ם כותב שהבנים יהיו **"כמו אותם העם"**, דהיינו, רק כמו עמי הארצות שאין להם מידות טובות. ואילו בהל' איסורי ביאה הוא כותב עליהם שיהיו בעלי מידות רעות ומושחתות ממש.

כמה מן האחרונים⁹⁹ מסבירים בדעת הרמב"ם שהוא מבחין בין שני אופנים שונים של כפייה: הכפייה המוזכרת בהל' איסורי ביאה מקורה בסוגיית "בני ט' מידות" (נדרים כ, ב), שם נאמר:

"וברותי מכס המורדים והפושעים ב" – אמר ר' לוי: אלו בני תשע מידות: בני אימה, בני אנוסה, בני שנאה... בני מריבה, בני שכרות, בני גרושת הלב.

המושג 'אנוסה' מתייחס לקיום יחסי אישות בזמן שהאישה מסרבת לקיים אותם, והיא מאפשרת את קיומם רק בגלל ש"היא יראה ממנו". זהו איסור גמור.¹⁰⁰ לעומת זאת, ביחס לדברי הרמב"ם בהל' דעות, "והיא אינה רוצה" – כתב בעל 'סדר המשנה' שהכוונה היא למצב שהבעל "כופה אותה עד שתאמר רוצה אני, והיא מתרצית קצת ואינה מתרצית לגמרי", דהיינו הסכמה חלקית או מאולצת. מצב כזה אינו נכלל באיסור "בני ט' מידות", אך אינו ראוי מבחינה מוסרית. הבחנה זו מעוגנת בלשון הרמב"ם, שבהל' דעות כתב: "ראוי לו לתלמיד חכם", ואילו בהל' איסורי ביאה כתב: "וכן אסור חכמים".

יש אפוא כמה רמות של כפייה בקיום יחסי אישות:

א. **סירוב מוחלט** של האישה יוצר איסור מוחלט לקיום יחסי אישות, גם אם הדבר לא נעשה בכוח. איסור זה הוא איסור הלכתי גמור מדרבנן, החל על כל אדם.¹⁰¹

ב. כאשר האישה מתרצה באופן חלקי, לא ראוי לשמש עימה.¹⁰² אין מדובר באיסור הלכתי אלא בהנהגה בלתי ראויה בתחום המידות. מהותה של ברית הנישואין היא אהבה. האישה ראויה לכך שבעלה יכבד את צרכיה הרגשיים, ולכן אין זה ראוי שיחסי אישות יתקיימו באופן שהאישה אינה רוצה ושמחה בהם.

99. עי' עבודת המלך הל' דעות שם; ס' 'סדר המשנה' הלכות דעות פ"ה הל' ד"ה "מבואר שיש הבדל" (מדע, בוסקוביץ, בנימין זאב וולף בן שמואל הלוי); קונטרס 'ענייני תשע מידות' להרב משה דיין (מובא בספר 'מה אשיב לה' , לדיין ניסים בן שלמה עמ' 314).

100. עי' תוס' נדה יב, א ד"ה בין ישנות; פירוש הרא"ש נדרים כ, ב ד"ה בני נידוי; אור זרוע ח"א, הל' נידה סי' שנו; ט"ז יר"ד סי' קפד ס"ק א וש"ך שם ס"ק לא; פסקי תשובות סי' רמ הע' 83-84.

101. נראה שתקנה זו של חכמים מבוססת על מצוות "ואהבת לרעך כמוך".

102. הגבולה זו אינה מוסבת דווקא על תלמיד חכם אלא על כל אדם. וכך כותב הלחם משנה (הל' דעות שם פ"ה ה"ד): "בגמרא אמרינן שלא יהא ת"ח מצוי אצל אשתו כתרנגול, ולאו דווקא ת"ח. ובפכ"א מהל' איסורי ביאה כתב רבינו, אין דעת חכמים נוחה למי שמרבה בתשמיש וכו'. ולכך יש לתמוה קצת על רבינו בדין זה וקצת דינים אחרים אשר הם נוהגים בכול, כגון, לא יהיו שניהם שיכורים ולא עצלנים וכו', ולא היה ראוי לכתוב כאן אלא הדברים המיוחדים לת"ח. ואולי י"ל דאפילו הדברים הנוהגים בכל שאר העם הנזכרים כאן כתבם גבי ת"ח מפני שהוא צריך להיזהר בהם ביותר".

ג. בשו"ת דברי יציב (אה"ע סי' עז אות ג) מובאת דרגה חמורה יותר, מעל שתי הדרגות הללו, והיא כפייה בכוח. ולדעתו הדבר אסור **מן התורה**.

2. דין 'מורד' ו'מורדת'

כפי שראינו, עולה מדברי הרמב"ם שאף על פי שיחסי אישות הינם זכות של כל אחד מבני הזוג, ישנן מגבלות הלכתיות וערכיות המצמצמות את היכולת לממש זכות זו, ומחייבות להתחשב ברצונו של השני. מצד שני, הגדרת יחסי האישות כ'זכות משפטית' אמורה להקנות לבית הדין את הסמכות להתערב במימוש שלה על ידי בני הזוג כמו בהפרה של כל זכות ממון. בפרק זה אבחן את היחס של ההלכה לכפיית יחסי אישות על ידי בית הדין.

כאשר אחד מבני הזוג מסרב לחלוטין ליחסי האישות הוא נידון בהלכה כ'מורד'. החומרה שבה התייחסה ההלכה למרידה זו נובעת מכך שסירוב לקיום יחסי אישות מנוגד למהותם של הנישואין.¹⁰³

אולם למרות חומרתה של חובה זו, ניתן לראות כי דרכי הכפייה על המימוש שלה הן מוגבלות מאוד, כדברי השו"ע (אה"ע עז, א):

המורד על אשתו ואמר: הריני זן ומפרנס, אבל איני בא עליה מפני ששנאתיה – **מוסיפין לה על כתובתה משקל ל"ו שעורים** של כסף בכל שבוע, וישב ולא ישמש, כל זמן שתרצה היא לישב; ואף על פי שכתובתה הולכת ונוספת, הרי הוא עובר בלא תעשה, שנא': "לא יגרע". ואם היא רוצה – כופין אותו מיד להוציא וליתן כתובה. הסנקציה היחידה שמשתמשים בה כלפי הבעל היא קנס כספי – לא גדול¹⁰⁴ – שמטילים על המורד או כפיית גט, אולם אין שימוש בשום אמצעי כפייה כוחני כדי להביא אותו לקיום יחסי האישות.

מדין המשנה (כתובות פ"ה מ"ז) הסנקציה המוטלת על האישה גם היא אינה אלא קנס כספי המצטבר והולך במשך הזמן. ההלכה בשו"ע היא שונה בהיבט המעשי, אף שאינה שונה ברמה העקרונית, וכך כותב מרן המחבר (שם, סע' ב): האישה שמנעה בעלה מתשמיש... אם מרדה מתחת בעלה **כדי לצערו**... שולחין לה מבי"ד ואומרים לה: הוי יודעת שאם את עומדת במרדך, אפילו כתובתך ק' מנה הפסדת אותם. ואחר כך מכריזין

103. עי' לעיל, פרק ח, 1.

104. ל"ו שעורים הם 1.59 גרם, 1/66 מ-200 זוז – הערך של סכום זה כיום (תש"ף) הוא בערך 3 שקלים. ואם נתרגם את זה לכוח הקנייה של ימי חז"ל, שאז 200 זוז נדרשו למחיתו של אדם למשך שנה – מדובר על דמי מחיה שאמורים להספיק לאדם לחמישה-שישה ימים.

עליה... ואחר ההכרזה שולחין לה ב"ד פעם שנית... אם עמדה במרדה ולא חזרה... תאבד כתובתה... ואין נותנים לה גט עד י"ב חודש; ואין לה מזונות כל י"ב חודש.

ולמרות ההבדל בפרטי ההלכה בין האיש לאישה, הצד השווה שבהם הוא שמשתמשים כלפי הצד המורד באמצעי לחץ מתונים למדי.

לכאורה, אם יחסי האישות הם זכות משפטית גמורה, היה מקום להשתמש באמצעי הכפייה המקובלים בתחומים אחרים בהלכה. מצאנו ששליחי בית דין לוקחים ממון בכוח ממי שמסרב לשלם את המוטל עליו.¹⁰⁵ ישנם מקרים שבהם "עביד איניש דינא לנפשיה".¹⁰⁶ וכן מצאנו כפייה בשוטים כלפי אדם המסרב לקיים מצווה¹⁰⁷ או במי שמסרב לפסיקת בית הדין לגרש את אשתו.¹⁰⁸ אולם מדברי חז"ל ומפסיקת השו"ע עולה כי בתחום האישות ההלכה שונה מהכללים הרגילים של כפייה,¹⁰⁹ ומדובר באמצעי לחץ מתונים

105. עי' רמב"ם, הל' מתנות עניים פ"ז ה"י: "מי שאינו רוצה ליתן צדקה או שיתן מעט ממה שראוי לו – בית דין **כופין אותו ומכין אותו מכת מרדות** עד שיתן... ויורדין לנכסיו בפניו, ולוקחין ממנו מה שראוי לו ליתן; וממשכנין על הצדקה..."; הל' ערכין וחרמין פ"ג ה"ד: "חייבי ערכין ודמים ממשכנין אותן ולוקחין מהן בעל כורחן מה שנדרו"; הל' נזקי ממון פ"י ה"ד: "ממשכנין את מי שנתחייב בכופר בעל כורחו"; שו"ע חו"מ צז, טו: "...אבל כשהגיע זמן הפירעון ובא לגבות חובו, וזה אינו רוצה לפורעו – ...שליח בית דין נכנס לביתו למשכנו, ויפרע לזה חובו, שפריעת בע"ח מצוה; ומכין אותו עד שתצא נפשו כדי לקיימה".

106. עי' שו"ע חו"מ ד, א.

107. כתובות פו, א; רמב"ם בפי"ה מ, כתובות פ"ד מ"ו. ועי' במחלוקת קצות החושן, סי' ג ס"ק א, ונתיבות המשפט, שם ס"ק א, אם כפייה זו נוהגת רק בב"ד או בכל אדם.

108. רמב"ם הל' אישות פט"ו ה"ז; הל' גירושין פ"ב ה"כ.

109. יש להעיר שהמדריך (קידושין, רמז תקל) חולק על דברי הרמב"ם וסבור כי אפשר לכפות את בני הזוג ליחסי אישות, ואלו דבריו: "מעשה באחד שאסר אשתו עליו ואמר שזינתה מאחר, ונשאל למורי ה"ר שמעון מאונפילא אם נאמן... והשיב... **כופין אותו ומשמשו**, כמו במורדת; **שנראין הדברים שכופין המורדת**, וגם הוא אם מורד. ופחיתת הכתובה ותוספת כתובה – **במקום שאין יכולים לכוף או היכא דניחא להו בהכי**...".

דברים אלו אף הובאו להלכה בהגהת הרמ"א (אה"ע קעח, ט), בעניין אישה שהודתה שזינתה, לאחר שנתקבל חרם דרבנו גרשום שאין לגרש אישה בעל כורחה, והביא שם שלוש דעות: "י"א שהבעל אינו נאמן להאמינה... וי"א שאם הבעל טוען שמאמין לאישה למרות שהאישה חזרה ונתנה אמתלא לדבריה הראשונים – **כופין אותו ומשמש עמה**. וי"א שאף בזה"ז הבעל נאמן".

אולם נראה שדעה זו – הסוברת שכופין את הבעל לשמש – לא נפסקה להלכה. עי' בספר "בני אהובה", הל' אישות פכ"ד ה"ח, שכתב: "איברא, דקשה על הרמ"א, דכיון דלעיל בסי' עז... לא הביא הך דעה כלל דבמורד כייפינן ליה, רק ס"ל דסגי בהוספה על כתובתה; וגם באומר הריני מגרשך אלא דאגיד מחמת חדר"ג פסק לעיל, סי' עז סע' א דלא נקרא מורד בלי הביא דעת החולק, וכאן הביא דעת ר"ש דנקרא מורד, וגם אם היא רוצה כייפינן ליה בכל מיני כפיות. וצ"ל **דרמ"א**

בהרבה.¹¹⁰ והדבר מעלה את השאלה: מדוע אמצעי הכפייה ביחסים הזוגיים שונים ממה שנאמר בתחומים אחרים בהלכה?

3. "בלא דעת נפש לא טוב"

הבית שמואל (אה"ע סי' עז ס"ק ד) מסביר מדוע אין לכפות את הבעל המורד לשמש:

ואין כופין אותו לשמש, דאיסור היא, דכתיב: "בלא דעת נפש לא טוב", דצריכים דעתו ודעתה.

ומקורו מדברי הגמרא (עירובין ק, ב), הדנה בכפייה על האישה: "גם בלא דעת נפש לא טוב" (משלי יט, ב) – זה הכופה אשתו לדבר מצוה.

הגר"ש אלישיב, בתשובה המופיעה בהתכתבות שלו עם הגר"ש ישראל בשו"ת משפטי שאול (סי' לד), מרחיב את העיקרון הזה כשהוא דן באפשרות הכפייה על הבעל:

וצ"ל דמדין שעבוד לא שייך לכופו, שהרי באה"ע נאמר: "וישב ולא ישמש", וכי הב"ש: "ואין כופין אותו לשמש, דאיסור הוא, דכתיב, בלא דעת נפש לא טוב". ומבואר ברמ"א שם דאי רוצה לגרש, אף בלאו ד"לא יגרע" אינו עובר, ולכן כתב דענין הכפייה (=דהיינו האופנים שבהם כופים את הבעל) הוא שלא יעבור על לאו ד"לא יגרע", וכיפין אותו ויהפוך לבו לאוהב אותה תחת שנאה אשר שנה אותה או יגרשנה.

ולדעתו, כפיית הבעל איננה מכוונת לכך שיקיים את מצוות 'עונה' בעל כורחו, אלא שעליו "לרדת מן הגדר" ולהחליט אם ברצונו לחיות עם אשתו באהבה או להתגרש ממנה.

העתיק הך דעה רק לרווחא דמלתא; אבל עיקר דעתו נוטה להלכה כדעת מהר"ם שהביא באחרונה, דאף בזמן הזה נאמן...".

ועי' שו"ת ישכיל עבדי ח"ב, אה"ע סי' א; פד"ר ח"א עמ' 321; שו"ת באהלה של תורה ח"א סי' עח אות ב-ג.

110. ועי' עוד בספר "בת נעוות המרדות", לר' רפאל אהרון ב"ר שמעון (מהדורת מכון טוב מצרים, התש"ס), חלק "אם במרד", פרק ב אות ב. ועי' שו"ת דברי יציב אה"ע סי' עז אות ג. ועי' רמב"ם הל' אישות פכ"א ה"י, שכתב: "אישה שתימנע מלעשות מלאכה מן המלאכות שהיא חייבת לעשותן, כופין אותה ועושה, **אמילו בשוט**...". אולם הראב"ד השיג עליו וכתב: "מעולם לא שמעתי ייסור שוטים לנשים, אלא שממעט לה צרכיה ומזונותיה עד שתיכנע". ההבחנה של הרמב"ם בין כפיית מלאכה לכפיית יחסי אישות ממחישה היטב את הרגישות הרבה שבה מתייחסת ההלכה לכפייה בתחום עדין זה.

את הנקודה העקרונית, שמכוחה אין מקום לכפות על הבעל את קיום יחסי האישות, הסביר בשו"ת בית אפרים (סי' עד) ביחס לכפייה על האשה: ...פשיטא דמה שאינו יכול לכופה להיות עמו אינו מצד שהדין עמה בזה; דפשיטא דזה אינו, דהא ודאי דמשעבדא ליה לתשמיש... דאיך תמנע ממנו עונה בעל כורחו? ואיך כוחה יפה מכוחו? רק שראו חכמים שלכופה על תשמיש הוא דבר שאי אפשר להיות, שהוא מבני תשע מידות – בני אנוסה בני מורדת בני מריבה... ולכך קנסוה רק בכתובתה.

בית הדין נמנע מלכפות את המורד או המורדת על קיום יחסי אישות בשל הקביעה "בלא דעת נפש לא טוב". קביעה זו נובעת מטיבם של יחסי האישות, שאמורים להתקיים מתוך אהבה ורצון הדדי. ולכן, הכפייה מצד בית הדין לא יכולה להיות מכוונת כלפי יחסי האישות עצמם. מן הסיבה הזאת, ההלכה מטילה במקרה זה רק סנקציה כספית שנועדה לגרום לבן הזוג המורד לחזור בו ממרדו. כך עולה גם מדברי הר"ן (לר"ף כתובות כו, ב), הסובר שהקנס אינו פיצוי לצד הנפגע, אלא אמצעי לחץ המופעל על הצד המורד, ולכן כתב שהתשלום מתחייב רק במקרה שבו ניתן להשפיע באמצעותו על המורד לחזור בו.

אומנם לכל אחד מבני הזוג יש זכות ליחסי אישות המחייבת את זולתו להיענות לבקשותיו בתחום זה. אולם אין על כך כפייה ממשית, שכן יחסי אישות כפויים הם מעשה אסור.¹¹¹

על כך ניתן להוסיף שיחסי האישות מהווים ביטוי לאחדות המלאה בין בני הזוג – רוחנית, רגשית וגופנית,¹¹² ועל כן עליהם להתקיים דווקא ממקום של רצון הדדי ושמחה משותפת. בית הדין אינו מתנער מאחריותו למימוש זכויותיו

111. בית הדין אינו יכול לכפות אדם לעשות מעשה אסור. דוגמה לכך היא כפיית הלווה לעבוד כדי להחזיר את חובו. בית הדין אינו יכול לכפות עליו לעבוד (חו"מ צז, טו), משום שכפייתו לצאת לעבוד סותרת את האיסור להיות עבד – "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים" (סמ"ע ס"ק כט). ניתן לדמות כפיית יחסי אישות גם לפועל שהתחייב לעשות מלאכה אסורה בשבת. אם המעסיק יתבע את הפועל לדין על הפרת ההתחייבות, אין מצב שבו יכפה עליו בית הדין לעמוד בהתחייבותו. וכמו כן, בית הדין אינו יכול לכפות על האשה קיום יחסי אישות באופן שבו הם אסורים על פי ההלכה. אולם נראה שנד"ד הוא מקרה קיצוני עוד יותר. כאשר מדובר על מלאכה בשבת, למלאכה עצמה יש ערך, אלא שבזמן שבו היא נדרשת היא אסורה. אולם כאן, יחסי אישות בכפייה הם חסרי ערך אמיתי, מאחר שאינם מבטאים ואינם יוצרים חיבור ואיחוד בין בני הזוג. זאת ועוד: בכפייה לחילול שבת, לא המעביד הוא העושה מלאכה בשבת אלא הפועל, ואילו בנד"ד, הבעל המבקש את הכפייה הוא הוא העובר עבירה בכך שהוא מממש אותה בעזרת בית הדין.

112. עי' לעיל, פרק ה.

של כל אחד מהם, אך הקו המנחה את פעילותו הוא ההבנה כי התערבות בצורה של כפייה ליחסי אישות לא תשיג את המטרה האמיתית, מאחר ש"אחדות כפוייה" היא תרתי דסתרי במהותה. מסיבה זאת, בית הדין רק מפעיל לחץ מתון שיביא את בני הזוג להכרעה ביחס לעתידם המשותף.

4. זכויות שאינן בנות מימוש

המסקנה העולה ממכלול הפרק הזה היא כי ישנם שלושה סוגים של הגבלות המוטלות על הבעל כשהוא בא לממש את זכויותיו ליחסי אישות:

א. הגבלות של מידת חסידות, שמקורן במצוות "ואהבת לרעך כמוך" ומערכים של קדושה ומוסר.

ב. איסור הלכתי מדרבנן על כפייה.

ג. הימנעות של בית הדין מכפיית יחסי אישות.

מסתבר לומר שלפחות ברמה העקרונית, ההגבלות המוטלות על הבעל נאמרו גם ביחס לאישה, ואף לה אסור לכפות על בעלה יחסי אישות.¹¹³ וכן גם היא צריכה להימנע מללחוץ עליו עד שיסכים לכך שלא 'ברצונו ובשמחתו', שכן "בלא דעת נפש לא טוב".

מכל זה עולה כי האיסור לכפות על אישה יחסי אישות אינו נובע ממגבלה משפטית המונחת בעצם קניין הקידושין של הבעל. בקידושין הבעל אכן קונה את תחום האישות של אשתו במובנים מסוימים. אין בהסכמת האישה להינשא לבעלה התניה של האופנים והזמנים המסוימים שבהם יתקיימו יחסי האישות,¹¹⁴ אלא הסכמה עקרונית לחיי אישות עם אדם זה במשך כל ימי חייהם המשותפים. במקרה שהאישה אינה מסוגלת לקיים יחסי אישות בגלל שמאסה בבעלה,¹¹⁵ אכן ישנה הגבלה משפטית בקניינו של הבעל, שלא זו בלבד שהוא אינו יכול לאלץ את האישה לקיום היחסים אלא שכופים עליו לגרשה, מאחר שחייהם המשותפים הגיעו לידי סיום. ברם, במקרים שבהם האישה לא

113. יש להניח שחז"ל לא התייחסו לכך במפורש, בשל הנדירות של אפשרות זו. אולם אין לטעון שכפייה כזו היא בלתי אפשרית, שכן גם לרשות האישה עומדים אמצעי לחץ שהיא יכולה להפעיל על בעלה, כפי שעשתה דלילה לשמשון (שופטים טז, טז). הדבר אסור גם אם נקבל את ההנחה שהגבר נפגע פחות מאישה במצב מעין זה. אולם למעשה, בדרך כלל הרבה יותר קל לאישה לעורר את רצונו של הבעל גם אם מלכתחילה לא רצה בכך, ולכן שאלה זו היא יותר עקרונית מאשר מעשית.

114. עי' רמב"ם הל' איסורי ביאה פכ"א ה"ט.

115. ועי' כתובות עז, א: "ואלו שכופין אותו להוציא, מוכה שחין ובעל פוליוס והמקמץ והמצרף נחושת והבורסי...".

מאסה בבעלה לחלוטין והיא מתנגדת לקשר הגופני רק בשל קושי חולף, איסור הכפייה נובע מסיבות ערכיות ומוסריות ולא משפטיות. מכאן יוצא שאף שההלכה אינה מכירה באוטונומיה של כל אחד מבני הזוג על גופו ברמה העקרונית, היא נותנת לה מקום רב ברמה המעשית; ולאור המגבלות השונות על כפיית יחסי אישות מצד כל אחד מהם, מתברר שזכות זו מתרוקנת במידה רבה מתוכנה. מה שיוצר את המהפך בין העיקרון לבין היישום שלו הוא הכפיפות של מימוש ה'זכות' לערך המוסרי הנלמד ממצוות "ואהבת לרעך כמוך", כדברי הלל הזקן (שבת לא, ב): "דעלך סני, לחברך לא תעביד". ובכל זאת, התשתית ההלכתית של הדיון, המגדירה את יחסי האישות כ'זכות' גמורה במובנה המשפטי, מעגנת עמוק את חובותיהם ההדדיות של בני הזוג זה לזה. השעבוד ההדדי יוצר אצל כל אחד מהם תודעה של אחריות לטיפוחו של הקשר הזוגי באמצעות הביטוי הגופני שלו.

5. בהשוואה ל"שיח הזכויות"

"שיח הזכויות" אינו נותן מקום להצבה של תפיסות מוסריות מחייבות לצד תפיסות משפטיות הנובעות מעולם הזכויות. לדידו, המוסר הוא עניין מצפוני של הפרט, שאינו נוגע כלל לדיון המשפטי, ואילו המשפט דן אך ורק באיזון בין זכויות מתנגשות. פשטנות זו של שיח הזכויות מביאה אותו בהכרח לבחור באחד משני קצוות: או שיש לבעל זכות על גופה של אשתו, ואז אין שום דרך להגביל אותו במימוש של זכויותיו, או שיש לאישה זכות מלאה על גופה, ואז אין שום דרך להגביל אותה בדרך בה היא בוחרת לממש את זכויותיה. וכך כותבת השופטת כרמית פאר-גינת:¹¹⁶

זכותו של כל צד למערכת יחסים אינטימית לשמור על המרחב של האוטונומיה הפרטית שלו היא זכות מוחלטת. לבן הזוג אין יכולת להגביל או לפגוע במרחב זה של אוטונומיה פרטית.

התפיסה היהודית, לעומת זאת, מכילה בתוכה שיקולים משפטיים ומוסריים כאחד. ומשמעות הדבר היא שהזכויות אינן חזות הכול, ושיקולים מוסריים וערכיים עשויים למנוע את מימושן.¹¹⁷

116. במאמרה "תחילתו בהסכמה וסופו באינוס: הלכה משפטית מול יישום עובדתי קיומם של יחסי מין בנושא חזרה מהסכמה במהלך", הסניגור 156, עמ' 7. עי' לעיל, פרק ג.

117. יש להיזהר משימוש מוגזם בהבנה זו, שכן במקומות רבים ההלכה נצמדת לשיקולים המשפטיים ונמנעת מלעבר בהם שיקולים מוסריים. הדוגמה הבולטת ביותר לכך היא מצוות התורה (שמות כג, ג): "ודל לא תהדר בריבוי". וכן (ויקרא יט, טו): "לא תעשו עול במשפט לא תישא פני דל ולא

יא. מחובה וזכות לראויות ואחריות

1. תפיסת עולם של אחריות

לעיל (פרק ח, 2-3) עמדנו על חובותיהם ההדדיות של בני הזוג זה לזו גם בהיבט האקטיבי. חובת הבעל לזיום יחסי אישות בעונות שקבעו חז"ל וחובתו להיענות לזיומנה של אשתו – מחד גיסא, וחובת האישה להיענות לבעלה, ואף הערך שיש ביוזמה עדינה שלה לקיומה של המצווה – מאידך גיסא. בפרק הקודם נוכחנו לדעת כי לצד זכותם של בני הזוג ליחסי אישות, עליהם להימנע – במצבים מסוימים מכוח איסור הלכתי ובמצבים אחרים מכוח מידת חסידות – מלכפות את היחסים זה על זו.

ארבעת המרכיבים של ההלכות הללו – **הזכות** ליחסי אישות, החובה או מידת החסידות לזיום אותם לטובת הצד השני, החובה להיענות לבקשה, והאיסור לכפות את היחסים, מתוך שאיפה לקיימם "ברצון שניהם ובשמחתם" – יוצרים ביחד אחריות הדדית כפולה: גם אחריות של כל אחד מבני הזוג לספק את הצרכים הגופניים והרגשיים של משנהו, וגם אחריות של כל אחד מהם שלא לגרום צער לרעהו ולהביא לכך שהחיבור ביניהם יהיה שלם גם מבחינה רגשית.

לכל אחד מבני הזוג יש זכות לדרוש מבן זוגו להיענות לו – זה מכוח בעלותו וזו מכוח שעבודו; ולכן כל אחד מהם מצווה לספק את הצורך של השני כשה מתעורר. ומאידך גיסא, אם השני כופה את עצמו להסכים ליחסים רק בגלל שבן זוגו דורש זאת ממנו, והוא מרגיש כפוי – יוצא שהצד הכופה אינו נוהג כשורה בכך שהוא מצער את מי שהדבר נכפה עליו. יתירה מזאת, גם הנכפה ליחסי אישות אינו ממלא את חובתו כראוי, מפני שיחסים כאלה אינם יוצרים חיבור שלם בין בני הזוג.¹¹⁸

תהדר פני גדול בצדק תשפוט עמיתך". וכן דברי ר' עקיבא במשנה (כתובות פ"ט מ"ב-מ"ג): "אין מרחמין בדין". לעומת זאת, מפורסם הכלל ההלכתי (ב"ב יב, ב ועוד): "כופין על מידת סדום", וכן "דינא בר מצרא" (ב"מ קח, א-ב ועוד), המבוסס על מצוות התורה (דברים ו, יח): "ועשית הישר והטוב בעיני ה'". ומעבר לכך, ההנחיה המתבססת על הפסוק "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור", שנידונה לעיל, פרק ט.

במרחב העדין של חיי המשפחה, ובמיוחד בתחום הרגיש של יחסי האישות, הקפידו חז"ל במיוחד לסייג את יישומו של המשפט על ידי התחשבות בשיקולים מוסריים.

118. ביחס לבעל כתב רש"י (נידה יז, א): "מתוך שהוא נאנס בשינה, אינו מתאווה לה כל כך ומשמש לקיום מצוות עונה בעלמא או לרצותה ולבו קץ בה, והוא מבני תשע מידות...". וביחס לאישה כתב הרב שלמה אבינר (עצם מעצמי, עמ' 14), שלא נכון לנשים "להתמסר לבעליהן... כמו בול עץ בלי רוח חיים".

כאן הופך 'שיח הזכויות' ההלכתי ל'שיח של חובות', כאשר כל אחד מבני הזוג מחויב להתחשב בצורך המנוגד של חברו. כל זה יוצר אצל בני הזוג תודעה משותפת של אחריות לקיומם של יחסי אישות יציבים ותקינים, מתוך הכרה של כל אחד מהם בכך שזולתו ראוי לסיפוק מרבי של צרכיו הגופניים והרגשיים. והתוצאה המעשית היא משא ומתן פתוח וחופשי בין בני הזוג המביא אותם לקבל במשותף החלטה על הדרך המתאימה ביותר בשבילם לנהוג בה באותו רגע.¹¹⁹

2. בהשוואה ל'שיח הזכויות'

'שיח הזכויות' הוא נוקשה מעצם טיבו. מי שיש לו זכות תובע אותה מן הנמען החייב לספק לו אותה. ומי שאין לו זכות (כמו יחסי אישות בנישואין, שאינם מוכרים במשפט העכשווי כזכות אלא נתפסים כתוצאה של רצון חופשי בלבד) אינו יכול לצפות לשום דבר מזולתו, למעט מה שנובע ממצפונו הפרטי, שאין לו שום תוקף אובייקטיבי מחייב. 'שיח הזכויות' הוא גם אינדיבידואלי, וממוקד כל כולו בזכויותיהם של פרטים.

ההלכה היהודית שונה מתפיסה זו בשני מובנים:

- א. מתוך תפיסת הקשר הזוגי כ'ברית' הפועלת לאור מטרות משותפות,¹²⁰ היא רואה את הזוגיות כ**יצירה אורגנית** העומדת בפני עצמה,¹²¹ ואשר הבניין הנכון שלה מטיל את האחריות על שני בני הזוג לטפח אותה על ידי קיום יחסי האישות באופן סדיר מכאן, ו"ברצון שניהם ובשמחתם" מכאן.
- ב. גם כאשר היא מתבוננת על הזוגיות כ**דיאלוג בין פרטים**, היא רואה את תחום האישות כתחום מורכב מאוד, אשר האיזון העדין בין המרכיבים השונים שלו מחייב שיח רך וגמיש. שיח גמיש זה נובע בשורשו מכך שאין לראות את זכותו של האדם כדבר העומד בפני עצמו, אלא יש לראותה כעיון חוקי של תפיסה עמוקה יותר, הרואה אותו כ"ראוי לטוב". תפיסה זו, שברצוננו לכנותה תפיסת ה'**ראויות**', מעצם טיבה מייצרת שיח גמיש יותר.¹²²

119. **הערת העורך (ע"א):** אחריות משותפת זו יכולה לבוא לידי ביטוי בדרכים שונות. לעיתים צד אחד פועל מתוך דאגה לעצמו, אך מתוך רגישות לזולתו, ולעיתים הוא פועל מתוך דאגה לזולתו אך מתוך רגישות לעצמו.

120. עי' לעיל, פרק ד.

121. עי' לעיל, פרק ה.

122. עי' במאמרו של הרב עזריאל אריאל, "לא בעל זכות; האדם הראוי לטוב – מחובה וזכות לראויות", בספר שיח הראויות, עמ' 105 ואילך.

שני ההיבטים האלו משלימים תמונה אחת, המציבה את הזוגיות כמשולש הבנוי משלוש צלעות: האיש מכאן, האישה מכאן, והצלע השלישית היא הזוגיות עצמה. זה הופך את השיח הזוגי מדיאלוג לטריאלוג, בו כל החלטה נבחנת לאור שלוש אמות מידה: מה טוב לאישה, מה טוב לאיש ומה טוב לזוגיות עצמה.

יב. סיכום ומסקנות

1. בנוגע ל'שיח הזכויות' בכללו

- א. בניגוד לתפיסה המערבית, המקדשת את "זכות האדם על גופו" – הן לעשות בו ככל העולה על רוחו בתנאי שאינו פוגע בזכויותיו המשפטיות של הזולת, והן להשתחרר מכל מחויבות המוטלת על הגוף – ההלכה היהודית מטילה חובות על גופו של האדם כלפי זולתו.
- ב. בניגוד לתפיסה המערבית, הרואה כל זכות משפטית כניתנת למימוש מלא כל זמן שאינה פוגעת בזכות מקבילה של הזולת, ההלכה היהודית מכפיפה במקרים רבים את מימוש הזכות להגבלות מוסריות וערכיות שונות, אף אם אין להן תוקף משפטי.
- ג. במקרים שמימוש הזכות כרוך בעצמו במעשה אסור, בית הדין אינו יכול לאכוף את הדבר גם אם בעל הזכות תובע את זכותו. התפיסה המשפטית המערבית אינה מבחינה בין המישור המשפטי לבין המישור המוסרי. ולפיה – אם הערך המוסרי אינו מעוגן בחוק, המשפט לא אמור להתחשב בו כלל; ואם הוא מעוגן בחוק, הרי הוא יוצר 'זכות' ההופכת לחלק בלתי נפרד ממערכת השיקולים המשפטית עצמה.
- ד. בניגוד לתפיסה המערבית, שאינה יוצרת זיקה בין זכות לבין אחריות, ההלכה היהודית קושרת ביניהן; וככל שזכותו של אדם חזקה יותר כך גוברת גם אחריותו.

2. בנוגע לקשר הזוגי ול'זכויות האדם' בתוכו

- א. תפיסת העולם המערבית הליברלית היא תפיסה אינדיבידואליסטית המקדשת את האוטונומיה האישית. התפיסה היהודית, לעומת זאת, רואה את החברה האנושית כמכלול שלם, כאורגניזם שחלקיו השונים מרכיבים יחידה שלמה; וככל שהקשר בין הפרטים הוא טבעי יותר, האחדות ביניהם גדולה יותר (בעל ואישה, משפחה, שבט, אומה, אנושות).

- ב. בניגוד לתפיסה המערבית הרואה את הנישואין כ'חוזה', התפיסה היהודית רואה את הנישואין כ'ברית'. המאפיינים של הברית הם: ציפייה לנצחיות, תביעה לנאמנות, טוטליות (נוגעת בכל תחומי החיים) וממד של קדושה.
- ג. חירות האדם מכל שעבוד לזולתו היא ערך מקודש. יש מקום לשעבוד החלקים הרגישים ביותר של האדם לצורכי זולתו במסגרת הנישואין מאחר שהם 'ברית', בה הגבר והאישה יוצרים ביחד ישות חדשה הכוללת את שניהם. וזאת בניגוד לתפיסה המערבית, שמחשיבה את בני הזוג כאינדיבידואלים נפרדים, ורואה כל אחד מהם כאדם אוטונומי וחופשי.
- ד. ההתחייבות ההדדית ליחסי אישות ולנאמנות בתחום זה נובעת ממהותם של הנישואין, והם יוצרים מצב שבו לכל אחד מבני הזוג ישנה זכות בגופו של זולתו ליחסי האישות. וזאת בניגוד לתפיסה המערבית, השוללת את כוחם של הנישואין להגביל את "זכות האדם על גופו".
- ה. זכות הבעל ליחסי אישות (לפחות לדעת הרמב"ם והרשב"א) נובעת מקניין הקידושין, היוצר בעלות שלו על תחום האישות של האישה; ואף שאין ציווי מפורש בכתובים על חובת האישה ביחסי אישות, זו קיימת מכוח הקידושין.
- ו. חכמים הגבילו בעלות זו בכך שהאישה רוצה להמשיך לחיות עם בעלה למרות קשיים חולפים; אולם אם האישה מואסת בבעלה, הדבר מביא להפקעה של כל זכויותיו בגופה, והוא מחויב להתגרש ממנה.
- ז. זכות האישה ליחסי אישות מקורה בציווי: "שארה, כסותה ועונתה לא יגרע", הכולל בתוכו גם מצווה דתית וגם שעבוד גופו של הבעל לכל חובותיו לאשתו.
- ח. לזכויותיהם ההדדיות של בני הזוג ליחסי אישות יש תוקף משפטי, המאפשר לכל אחד מבני הזוג לפנות לבית הדין בבקשה להתערבות במקרים בהם זכות זו אינה מתממשת.
- ט. ישנם כמה הבדלים בין חובת הבעל הנובעת משעבוד לבין חובת האישה שמקורה בסוג של קניין הבעל על תחום האישות שלה:
 1. בעל שחלה ואינו יכול לקיים יחסי אישות למשך שישה חודשים מחויב לגרש את אשתו, ואילו אם חלתה האישה נסתחפה שדה הבעל ואינו רשאי לגרשה בלא כתובה.
 2. חובת הבעל היא בעונות הקבועות – מכוח השעבוד שלו אליה, ומצד מצוות "עונה" – בזמן שאשתו מביעה את השתוקקותה לכך. מציווי

חכמים האישה מחויבת לבעלה "בכל עת שירצה", וישנה מחלוקת אם מתוקף שעבודה היא מחויבת לבעלה בכל עת או רק בעונות הקבועות. 3. אחריות הבעל היא מצוות עשה מן התורה, ואילו אחריותה האקטיבית של האישה היא מידת חסידות. אחריותו היתרה של הבעל נובעת מכך שיש לו סוג של בעלות על אשתו, וביהדות, הבעלות כרוכה במהותה באחריות.

י. אף שההלכה אינה מכירה באוטונומיה של כל אחד מבני הזוג על גופו ברמה העקרונית, היא נותנת לה מקום ברמה המעשית בכך שהיא מטילה מגבלות שונות על כפיית יחסי אישות מצד כל אחד מהם.

3. היחס לקשר הגופני בנישואין

א. המרכיב הדומיננטי ביותר בברית הנישואין הוא חיי האישות. מעשה הקידושין יוצר זיקה בלעדית בין האישה לבעלה בתחום חיי האישות. וחרם דרבנו גרשום, כשהוא מצטרף לאיסור המוטל על כל סוג של קשר גופני מחוץ לנישואין, יוצר את הזיקה הבלעדית שלו כלפיה.

ב. נישואין אינם יכולים להתקיים ללא התחייבות לחיי אישות. יחסי אישות מבטאים את ההשתייכות של האישה לבעלה והיותה חלק ממנו.

ג. תפיסת הנישואין כ'ברית' מחייבת שיחסי האישות יתקיימו מתוך אהבה, "ברצון שניהם ובשמחתם". ולכן, אסור לאחד מבני הזוג לכפות על האחר את קיום חובתו לכך. כפייה על מי שמסרב לחלוטין אסורה מדרבנן, ואילו הפעלת לחץ המביאה להסכמה חלקית – אינה ראויה, וההחלטה על כך צריכה לבוא מתוך משא ומתן חופשי בין בני הזוג.

ד. ההלכה אינה מאפשרת לבית הדין שימוש באמצעי כפייה ממשיים על קיום יחסי האישות.

ה. בית הדין אינו כופה על קיום יחסי אישות גם במקום שבו הם מחויבים על פי ההלכה, משום שעליהם להתקיים "ברצון שניהם ובשמחתם"; ובמקרה של 'מרד' הוא מפעיל לחץ מתון למדי, במטרה לאלץ את המורד או המורדת להחליט אם להמשיך את קשר הנישואין באופן מלא או להביא לגירושין.

ו. האחריות המשותפת של בני הזוג לקיום יחסי אישות הופכת את הדיון על כך מ"שיח זכויות" ל"שיח של אחריות", כאשר כל אחד מבני הזוג מחויב להתחשב בצורך המנוגד של זולתו.

הרב מיכאל פואה

הזכויות והאחריות בקניין הנישואין

בין משפט התורה למשפט העמים



הקדמה

מבוא

א. מהות הקניין בכלל

ב. הבעלות

ג. הקניין בקידושין

ד. האחריות בקניין הנישואין

סיכום

הקדמה

במאמר זה נעסוק בהבנת משמעות מעשה הקניין בנישואין, בזכות ובאחריות של הבעל, ובזכות ובאחריות של האישה. נעמוד גם על השלכות הבנה זו על הקשר בין בני הזוג בבניית משפחתם. כל זאת תוך השוואה בין משפט התורה למשפט העמים ובכללו החוק במדינת ישראל¹.

כשבני זוג מחליטים להתחתן הם מקבלים כפי הנראה את ההחלטה המשמעותית ביותר בחייהם. החלטה זו קושרת ביניהם בכמה תחומים:

1. חיים במשק בית משותף.
 2. התחייבות הדדית לחיי אישות.
 3. הקמת משפחה² – הבאת ילדים לעולם והאחריות לגידולם.
- קשר זה נוצר מבחינה הלכתית על ידי מעשה הקידושין שהוא מעשה קנייני – "בשלושה דרכים האישה נקנית"³, ובכניסה לחיים בבית משותף המסומלת בחופה ו/או בחדר הייחוד – "מכניסה לביתו"⁴. במשפט העמים כיום, קשר זה נוצר בדרך כלל באמצעות טקס סמלי ורישום אצל רשם הנישואין⁵. ניתוח המשמעות של המעשה הקנייני וההשלכות הנגזרות מכך מבוסס על ספרו המונומנטלי של שבתי בן דב (להלן: שב"ד), "תורת דיני הקניין"⁶.

-
1. נושא זה נדון בספרנו "בשורת הצדק – לחידוש משפט התורה" (בהוצאת עמותת "מוסרי – ארגון זכויות אדם יהודי", כסלו תשע"ט), פרק ח, ובמאמר זה נוסף נופך חדש.
 2. **משפחה** – מסביר הרש"ר הירש (ויקרא כה, ה), שהיא משורש שפ"ח הקרוב אל **ספ"ח**. כלומר, המילה משפחה מבטאת את **ההסתפחות** של הצאצאים אל הזוג. וכך במילון אבן שושן ערך "משפחה": "שם כולל להורים וילדיהם...". זו דרכה של השפה העברית לבטא את ההבדל המהותי בין בני זוג, שיכולים להיפרד, לבין משפחה שלעולם חלקיה נשארים קשורים אלו לאלו, גם לאחר גירושין.
 3. משנה קידושין פ"א מ"א.
 4. שו"ע אה"ע נה, א.
 5. החוק במדינת ישראל אינו מאפשר נישואין אזרחיים אך מכיר בהם אם נעשו במדינה אחרת. כמו כן החוק מכיר במי שמנהלים חיים משותפים – "ידועים בציבור", כבני זוג נשואים.
 6. שבתי בן דוב נולד בשנת תרפ"ד בוויילנא, נפטר בשנת תשל"ט בירושלים. היה חבר מחתרת הלח"י, חוקר, הוגה דעות, משפטן, תלמיד חכם אוטודידקט ומהפכן. סיפור "מהלך חיי", כפי שכתב על עצמו, התפרסם בספר "סולם למלכות ישראל היעודה", כך, א, עמ' 35. הספר "תורת דיני הקניין" הועלה למרשתת על ידי מחבר המאמר. <https://sites.google.com/site/shabetaybendov>

מבוא

הזכרנו בהקדמה שלושה תחומים שבהם נוצר קשר של התחייבות בין איש ואישה שנישאים:

הקשר הראשון שהזכרנו הוא הקשר הכלכלי – בעיקרון מדובר בקשר חוזי שכל תנאי מועיל בו,⁷ ולכן אין בקשר זה דבר שמויחד דווקא לנושא קניין הקידושין. מסיבה זו לא נעסוק בו במאמר זה.

הקשר השלישי להקמת משפחה – קרי: הבאת ילדים לעולם וגידולם – נוצר בעקבות הקשר השני שהזכרנו – ההתחייבות לחיי אישות. התחייבות זו היא לא התחייבות שניתן להקנות אותה בדיני הקניין היות שהילדים עדיין לא באו לעולם ואין דיני הקניין הרגילים חלים על דבר שלא בא לעולם.⁸ ולכן גם בקשר זה לא נעסוק במאמרנו.

במאמר זה נעסוק בקשר השני – שהוא ההתחייבות ההדדית לחיי אישות הנוצרת בעת הקידושין. נברר מה משמעות הקניין שעושה האיש באשתו, ואם יש ממש בהבנה הפשטנית כי היא קנויה לו כרכוש לכל דבר ועניין.

א. מהות הקניין בכלל

נחלקו הוגי הדעות בעולם ביחס לקניין בכלל: יש הטוענים כי הבעלות היא קשר ממש בין הבעלים לבין החפץ שברשותם. לטענתם, יש לאדם זכות ריאלית בחפץ עצמו. לעומתם טוענים אחרים כי אמירה זו היא חסרת שחר, ואי אפשר לתאר שום יחס ממש בין החפץ לאדם; ולכן, המובן היחיד של הבעלות שניתן לדבר עליו הוא ההסכמה בין בני אדם על כך שחפץ מסוים שייך לאדם מסוים ואנו לא מפריעים לו לעשות בחפץ זה ככל העולה על רוחו. זכות זו נקראת זכות פרסונלית. ניתן לומר כי המחלוקת מתמקדת בשאלה אם הקניין הוא דבר מציאותי או הסכמי. באופן כללי ניתן לקבוע כי במשפט התורה הקניין הוא ריאלי, כלומר, השייכות שבין האדם לנכס הנקנה היא מציאות ממשית. להגדרה זו יש השלכות הלכתיות, כמו דין "ולקחתם לכם" בנטיילת לולב, האומר שארבעת המינים צריכים להיות בבעלותו של הנוטל אותם.⁹ לעומת זאת, במשפט העמים, הקניין במהותו הוא פרסונלי, כלומר, הסכם בין

7. עי' במאמרו של הרב יעקב אריאל בספר זה, "חובות וזכויות בני הזוג במשפחה המודרנית", פרק ו.

8. עי' רמב"ם, הל' מכירה פכ"ב ה"א ו-ה"י.

9. שו"ע או"ח תרמט, ב.

אנשים.¹⁰ גם הריאליסטים שבין הוגי הדעות מודים למעשה שתוקף הקניין ייבחן תמיד מול תביעה של אדם אחר ואין לו משמעות בפני עצמו.¹¹ ישנו הבדל נוסף ומשמעותי שבין שתי השיטות: במשפט העמים, הבעלות הנרכשת במעשה הקניין היא **זכות**,¹² כאשר אין שום חוק המגדיר את **החובות** הנגזרות מכך. לעומת זאת במשפט התורה כל זכות קניינית מתורגמת מייד **לחובת אחריות**.¹³

ב. הבעלות

כפי שציינו, הבעלות הנוצרת מהקניין במשפט העמים היא **עניין הסכמי**, אך דווקא משום כך בעלות זאת היא **טוטאלית**. אם החלטנו כחברה שנכס מסוים שייך לפלוני אז יש לו זכויות מלאות בנכס, וכל הגבלה של זכויות אלו או מתן אפשרות לאחר לעשות שימוש כלשהו בנכס, היא פגיעה ב"זכות הקניין". לעומת זאת, תפיסת הבעלות במשפט התורה היא אחרת לגמרי. הבעלות היא למעשה רשות – **חירות הפעולה בנכס** – הנושאת בחובה גם את **האחריות** עליו. רשות זו באה לידי ביטוי ביכולת הבעלים להחזיק בנכס, ליהנות ממנו ומפירותיו, להעבירו לאחר ולמנוע מאחרים להחזיק בו או ליהנות ממנו, ואף לבער אותו מן העולם. **רשות זו יכולה להתפצל ולהתקיים במקביל בכמה רמות על ידי אנשים שונים**.¹⁴ הסתכלות זו מובנית בתפיסת עולמו של האדם המאמין. מצד אחד הריבון על הכול הוא בורא עולם, "לה' הארץ ומלואה",¹⁵ ומצד שני, "והארץ נתן לבני האדם".¹⁶ משמעותה של נתינה זו היא הענקת **רשות שימוש**, שמאפשרת לנו בעלות על דברים, בעלות שאינה פוגמת בכהוא זה בבעלותו של בורא עולם. כאשר אדם אוכל תפוח שהוא "שלו" בכל מאת האחוזים – עליו לברך; ואם לא בירך, הרי הוא כמי שגזל אותו מבעליו האמיתי,

10. ויכוח דומה קיים גם ביחס למושג המשפחה, אם היא טבעית או הסכמית. עי' במאמרו של הרב עזריאל אריאל בספר על שיח הזכויות במשפחה (עדיין לא פורסם), "המשפחה מול המדינה (מסירה לאימוץ של ילד הסובל מהתעללות או הזנחה כמקרה מבחן)", פרק א סעי' 3.
11. פסקה זו נכתבה על פי העולה מדברי שב"ד ב"דיני הקניין", ספר א פרק א.
12. וכך גם נקבע בחוק היסוד שנועד להגדיר את זכויות הפרט (חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, סעי' 3): "אין פוגעין בקניינו של אדם".
13. עי' בהרחבה בספרי "בשורות הצדק", פרק ד.
14. שב"ד, דיני הקניין, ספר א ח"א פרק ב סעי' ג-ד, ושם ח"ב פרק ד סעי' ד (ועי' שם, הע' יג).
15. תהילים כד, א.
16. תהילים קטו, טז.

שהוא הקב"ה.¹⁷ גם כאשר הקרקע היא "שלו" והגידולים "שלו" הוא צריך להפריש חלק למעשר ותרומה כחלק מהשיתוף עם בורא כול. בכלל זאת, דיני היובל והשמיטה הבאים להשריש בתוכנו את ההבנה "כי גרים ותושבים אתם עמדי".¹⁸ בכל ההלכות האלה אין לראות מגבלה מוסרית או דתית שהיא חיצונית לבעלות, אלא **הגבלה של זכות הבעלות עצמה**. אומנם בורא עולם איננו ישות משפטית, והבעלות שהוא מאפשר לנו בני האדם תחת רשותו אינה עומדת למבחן משפטי, אך ההבנה שניתן להחזיק נכס בבעלות משותפת בלי שתפגע זכות הקניין, מקרינה על מערכות היחסים שלנו כבני אדם.

ג. הקניין בקידושין

נעבור עתה לבחון את משמעות מעשה הקניין בקידושין. נקדים ונאמר כי הסתכלות אובייקטיבית קרה על מערכת היחסים הזוגית מלמדת כי בכל קשר אינטימי שבין בני הזוג עושה הגבר מעשה בעלות. בכל חיבור בין איש לאישה נכנס האיש לתחומה של האישה ומזריע בה את זרעו. פעולה זו עשויה לחולל שינוי מהותי בגופה ובחייה של האישה בכך שהביצית שבגופה תופרה וברחמה יגדל צאצא שלאחר תשעה חודשים ייוולד. מעשה זה הוא מעשה מובהק של בעלות, הן מבחינת התנהגותו והן מבחינת תוצאותיו, ולא לחינם נקרא הבעל בשם זה. לא פלא הוא שאחת הדרכים שבהן האישה נקנית היא ה'ביאה' (משנה קידושין פ"א מ"א). אולם מה המשמעות של קניין זה? האם האישה קנויה לאיש כשפחה לאדון? האם גופה קנוי לו לכל מה שירצה לעשות בה?

הדרך לבחון שאלות אלו היא במקרה קיצון – מקרה בוחן. מקרה הבוחן הקיצוני ביותר¹⁹ שיש הוא כאשר אישה מסרבת לקיים יחסי אישות עם בעלה, האם מותר לו לעשות זאת בכוח בניגוד לרצונה או לא? כפי שאפרט, בנושא זה חל שינוי משמעותי ביותר במשפטי העמים בעשרות השנים האחרונות. אשר על כן נבחן את התייחסות משפט העמים לפני השינוי ואחריו. במשפט

17. עי' ברכות לה, ב: "אמר רב יהודה אמר שמואל, כל הנהנה מן העוה"ז בלא ברכה כאילו נהנה מקדשי שמים, שנאמר, לה' הארץ ומלואה. ר' לוי רמי. כתיב, לה' הארץ ומלואה, וכתיב, השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם. לא קשיא, כאן קודם ברכה כאן לאחר ברכה. אמר ר' חנינא בר פפא, כל הנהנה מן העוה"ז בלא ברכה, כאילו גזול להקב"ה וכנסת ישראל".

18. ויקרא כה, כג.

19. חשוב לציין שהדיון הוא ביחס לדיני אישות בלבד. קניין האיש באשתו אינו מתיר לבעל למכור את אשתו או להשכירה כפי שהוא יכול לעשות ביחס לבהמתו, ואם חלילה הוא חובל בה הוא חייב לשלם הכול (רמב"ם, הל' חובל ומזיק פ"ד ה"ד).

העמים טרום השינוי היה פשוט וברור שזכות הבעל באישה היא מוחלטת, והיא קנויה לו באופן מוחלט לנושא קיום יחסי האישות גם באונס. היטיב לבטא את היחס לאישה המשפטן סר מתיו הייל, שעמד בראש מערכת המשפט האנגלית, ובשנת תצ"ו (1736) כתב כך:

הבעל אינו יכול להיות אשם בעבירת אינוס שביצע בעצמו באשתו החוקית, כי על-ידי ההסכמה ההדדית וחווה הנשואין האישה מסרה את עצמה לבעלה בענין זה, ואין היא יכולה לחזור בה.²⁰

רק בשנת תשנ"ג (1993) פרסם האו"ם הצהרה על המאבק באלימות נגד נשים ובכלל זה אונס על ידי בן זוג, ורק בשנת תשנ"ד (1994) שינה הפרלמנט באנגליה את החוק בעניין זה והפך את האונס בנישואין לעבירה פלילית.²¹ בשנת תשע"ד (2014) אושרה אמנת מועצת אירופה שבה יש מחויבות להבטיח שמעשים מיניים שלא בהסכמה שבוצעו במסגרת הנישואים יהיו בלתי חוקיים.²² עם זאת, עדיין במדינות רבות אישה אינה יכולה לקבל הגנה משפטית מפני אונס של בעלה; ובתרבות הנוהגת בחברות רבות בעולם, מעשה זה אף אינו נתפס כפסול או בעייתי מבחינה מוסרית.

משמעות הדבר היא שתפיסת הבעלות הטוטאלית שעליה דיברנו לעיל, פרק א, הקרינה על מערכת היחסים בין בעל לאשתו, וכל עוד האישה נתפסה כקניינו של הבעל המשמעות הייתה שמותר לו לעשות בה ככל העולה על רוחו. אולם היות שכל נושא הבעלות הוא במהותו הסכמי, במקום שבו השתנה היחס לאישה השתנתה גם משמעות הקניין כפי שיתבאר להלן. לעומת זאת במשפט התורה פשוט לגמרי שלבעל אין זכות לאנוס את אשתו. וכך פוסק הרמב"ם (הל' אישות פט"ו הי"ז):

ולא יאנוס אותה ויבעול בעל כורחה אלא לדעתה ומתוך שיחה ושמחה.

וכן בהלכות איסורי ביאה (פכ"א הי"ב):

ולא יבוא עליה על כורחה והיא יראה ממנו...

במקרה שהאישה אינה מעוניינת לקיים יחסי אישות מסיבה כלשהי – יש לכך השלכות כלכליות ובנסיבות מסוימות היא תפסיד את כתובתה, שזה סוג של כפייה המותרת,²³ אך אסור לבעול אותה בעל כורחה.

20. הציטוט מופיע בדברי השופט בכור בע"פ 91/80.

21. "איסור אינוסה של בת הזוג במשפט העברי" – עו"ד שלומי בוני (פורסם באתר Best-Lawyers).

22. ויקיפדיה, ערך "אונס בנישואין".

23. שו"ע אה"ע עז, ב.

אפשר היה לטעון כי ה'זכות' או ה'בעלות' של הבעל היא מוחלטת ברמה המשפטית, אלא שישנה רמה אחרת – דתית או מוסרית – המגבילה אותה.²⁴ ניתן לדמות מצב זה לבעלות שיש לאדם על גפרור, שאף שהוא נמצא בבעלותו המלאה, אסור לו להדליק אותו במהלך השבת, וגם ביום חול אסור לו להדליק באמצעותו את רכושו של הזולת. אולם יש להוכיח כי האיסור לכפות יחסי אישות מהווה הגבלה בקניין עצמו, מדברי הרמב"ם במקום אחר בהל' אישות (פי"ד ה"ח):

אשה שאמרה: "מאסתיהו ואיני יכולה להיבעל לו מדעתי" – כופין אותו להוציא לשעתו, **לפי שאינה כשבויה שתיבעל לשנוי לה**. הלכות אלו מתאימות לתפיסת הקניין התורנית שהבאנו לעיל. לאיש יש אומנם רשות²⁵ באישה עצמה, רשות שאת משמעותה נסביר להלן, אך רשות זאת עומדת במשותף ותחת רשותה וריבונותה העליונה של האישה עצמה על גופה. לכן, מצד אחד יש לבעל זכות קניינית שמכוחה חייבת האישה להיזקק לו.²⁶ ומצד שני אין לו שום זכות לעשות זאת בכוח כאשר היא מסרבת.²⁷ סירובה של אישה למעשה הבעילה, אין בו פגיעה מהותית

24. עי' במאמרו של הרב זאב שמע בספר זה, "ודבק באשתו והיו לבשר אחד", פרקים ט-יא.
25. המשמעות של מושג הקניין נמשכת ממושג הרשות – מושג אשר מרכז הכובד שלו איננו דווקא ממוני, והוא שופע מובנים שונים. במובן הפשוט ביותר, "רשות" היינו **הסמכה או היתר**. אם אומרים אנו כי יש לאדם רשות משפטית פירושו של דבר הוא כי המשפט **איננו אוסר** את נשוא הרשות **ואינו מכיר בסמכותו של אדם אחר להפריע להוצאתה של הרשות אל הפועל**. במובן רחב יותר, ה"רשות" עומדת במקום ה"החזקה", שהיא הביטוי הקלאסי לבעלות. רשות, לפי זה, היא בראש ובראשונה מקום פיזי, כדברי ר' יוחנן (ב"מ ז, א): "גזל ולא נתייאשו הבעלים – שניהם אינם יכולין להקדישו; זה – לפי שאינה שלו, וזה – לפי שאינה ברשות". אולם מתוכנה של המימרה עולה בבירור שהבעלים לא איבדו את בעלותם על הדבר הנגזל, ולגזלן אין רשות להשתמש בדבר ולהקדישו. הרשות מבטאת את הזיקה שיש בין הדבר לבין בעליו הן בכך שהוא ברשותו הפיזית והן בכך שהוא ברשותו המשפטית על כל מרכיביה (זכות השימוש, זכות המניעה מאחרים, הזכות בפירות, הזכות להעביר לאחרים והאחריות על הדבר) ואת היכולת לפצל רשויות אלו לכמה אנשים במקביל. רשות הבעל באשתו למעשה חופפת לזכות השימוש בגופה, למניעה מאחרים, לפירות ולאחריות. אך אין לשניהם רשות להעביר זכות זו לאחרים.

26. עי' שר"ת משיב דבר ח"ד סי' לה בתחילת הפסקה "וקניין אישה לאיש", שכתב: "וקנין אשה לאיש בענייני אישות, הוא מועיל לא מבעיא לדעת הרמב"ם שאסור לבעול פנויה, אפילו לדעת החולקים אינו אלא רשות, אבל אינה מחויבת להיזקק לו ואם הוא מאנסה ח"ו חייב לשלם בושת ופגם, והרי הוא כגזלן וכאשר יקום איש על רעהו והכהו, **משא"כ אישה שהיא קנויה לו היא מחויבת להיזקק בכל עת שירצה**".

27. עי' שו"ת מהרי"ט, ח"א סי' ה, שכתב: "דהא ודאי לא משעבדה ליה בכל שעה אם היא אינה רוצה; שלא מצינו מורדת אלא באומרת 'מאיס עלי' או 'מצערנא ליה', אבל אם היא טוענת [=שרוצנה רק] בעונה האמורה בתורה... נראה דלא כייפי לה, שאינה שבויית חרב להזדקק לו בכל שעה"

בבעלותו של האיש כפי שהדבר נתפס במשפטי העמים, היות שהרשות שהיא נותנת לו לקיים יחסי אישות איתה, נמצאת תחת הרשות העליונה שלה על גופה. עליונות זו של רשותה באה לידי ביטוי בלגיטימיות שלה²⁸ לסרב באופן נקודתי לקיום יחסי אישות. כאשר היא אומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה"²⁹, אומנם היא נקראת "מורדת" ומאיימים עליה שאם תעמוד במרדה תפסיד את כתובתה, אבל לא מצאנו שיש מי שמתיר לבעול אותה בכפייה. יתרה מזו, לדעת הרמב"ם, אם היא טוענת "מאיס עלי", **כופין אותו להוציאה מייד**, אם כי בלי כתובה.³⁰

על כך יש להוסיף. כפי שכתבנו לעיל (פרק א), משמעותה של הבעלות איננה רק **אוסף של זכויות** והיא כוללת בתוכה גם את **ממד האחריות**. קניינו של הבעל באשתו מטיל עליו את האחריות לסיפוק של כל צרכיה בתחום האישות. אסור לו למנוע ממנה את עונתה כשהיא חפצה בכך, שהרי קניינו הוא זה שמונע ממנה כל דרך אחרת לסיפוק הצורך הזה. עם זאת, בזמן שהוא מקיים איתה יחסי אישות בהסכמתה עליו להיזהר שלא יזיק אותה ואם הזיק הוא

(ונראה שלמד זאת מדברי רבו, המב"ט, בקרית ספר, הל' אישות פ"ד). – מובא בבה"ט ס"ק ז. על כך מעיר הרב אליקים אלינסון, בספרו "האישה והמצוות" ח"ג עמ' 205 הע' 99, שהוראתו של הרמב"ם (הל' אישות פט"ו ה"ח): "אלא נשמעת לו בכל עת שירצה" אינה חובה גמורה במובן המשפטי. והראיה – שאין דין 'מורדת' שלא בעונות שנקבעו בהלכה. אומנם בשו"ת משיב דבר שהבאנו בהערה הקודמת כתב בסוף הפסקה: "ואם אינה מזדקקת לו ברצון יכול לכופה כמו שהאדון כופה שפחתו לעשות מלאכתו". אך כפייה זו בפשטות מוגבלת במה שכתב היש"ש, ב"ק פרק ג סי' כא, שלא ניתן לפרש כל כפייה ביחס לאישה בדרך שתתיר לבעל לעבור על איסור "לא יוסיף פן יוסיף להכותה", ממנו למדנו איסור הכאה לכל אחד מישראל.

לכאורה ניתן להוכיח ההיפך מהגמרא במסכת נדרים כ, ב, שם נאמר: "כל מה שאדם רוצה לעשות באשתו עושה; משל לבשר הבא מבית הטבח, רצה לאכלו במלח – אוכלו, צלי – אוכלו, מבושל – אוכלו, שלוק – אוכלו; וכן דג הבא מבית הצייד". וכך משמע מדברי השיטה מקובצת שם, שכתב: "כל מה שאדם רוצה לעשות באשתו עושה, **דהתורה הקנה לו כחפץ הקניי בדמים**, דכתיב, כי יקח איש אישה". אולם יותר נראה שהדיון בסוגיה זו מתמקד בהיתר לקיים יחסי אישות בכל מיני דרכים לא שגרתיות כאשר הדבר נעשה בהסכמת שני הצדדים. וכך כותב המאירי: "לא דיברו חכמים אלא כנגד יצר הרע, שאי אפשר לכל בני אדם לקדש עצמם במותר להם". וכן במסכת כלה רבת, פרק א, מול עדותו של ר' יוחנן בן דהבאי שאמר: "ארבעה דברים שחו לי מלאכי השרת...", אמרו חכמים: "כל מה שאדם רוצה לעשות...", וכשנשאלו מדוע לא הוודו לדברי ר' יוחנן בן דהבאי שאמר את דבריו בשם מלאכי השרת ענו: "אמרו ליה רבנן, כי קאמרת משמיה דמלאכי השרת הכי הוא, מיהו **אסור אין איסור**", כלומר, הדיון הוא האם בכלל מותר לקיים יחסי אישות בדרכים אלו ולא האם מותר לעשות זאת בכפייה.

28. עי' במה שמובא בהערה הקודמת מדברי המב"ט והמהר"ט.

29. שו"ע אה"ע עז, ב.

30. לעומת זאת, לדעת השו"ע, אה"ע עז, ב, אין כופין אותו לגרשה.

חייב לפצותה על כך.³¹ הלכה זו מביאה לידי ביטוי את בעלותה של האישה על גופה גם אחרי קניין הקידושין.

למעשה, השינוי במשפטי העמים התרחש מכוח משפט התורה, כאשר בשנת תש"מ (1980) נדרש בג"ץ לסוגיה זו. אף על פי שבהתאם לחקיקה האנגלית ולמקובל במשפט האנגלי אין כלל אפשרות להאשים את הבעל באונס אשתו, כפי שצוין לעיל, פסק בית המשפט שהדבר אסור לחלוטין. בית המשפט הסתמך על חוות דעתו של פרופ' נחום רקובר, שעמד אז בראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, וקבע שהיות שעל פי המשפט העברי אסור לבעל לכפות יחסי אישות על אשתו, ניתן וצריך לחייב את הבעל האונס במקרה שנדון לפניו.³² חידוש זה של הבג"ץ התייחס רק לציבור היהודי במדינת ישראל, שבכל הנוגע למעמד האישי הוא כפוף להלכה היהודית, האוסרת את האונס באשתו. רק בשנת תשמ"ח (1988) תוקן החוק בעניין זה והוחל על כל אזרחי המדינה. בעקבות מדינת ישראל הלכו מדינות נוספות, ובשנת תשס"ט (2009) הצהיר דו"ח של האו"ם כי לפחות 52 מדינות הוציאו את האונס על ידי בן זוג מחוץ לחוק;³³ אך עדיין במדינות רבות שינוי זה לא נעשה.

אם כן, אף על פי שבמשפטי העמים טרם השינוי האישה הייתה מסורה בידיו של בעלה באופן מוחלט כפי שנתפס הקניין במערכת זו, לכאורה תוקן הדבר במדינות המתקדמות באמצעות איסור האונס. בכך לכאורה הושוו משפטי עמים אלו למשפט התורה שבו מובנה איסור האונס בתפיסת הקניין כפי שביארנו לעיל. אך כפי שאבאר להלן, אין הדברים כן, ועדיין נותר הבדל משמעותי בין משפט התורה לבין משפטי העמים גם לאחר התיקון הזה. הבדל זה נגזר מהדרך שבה הגענו לתוצאה של איסור האונס. במשפט העמים מדובר בהעמדת אישה כשווה בכל מובן לאיש, ואילו במשפט התורה האיש הוא המקדש את האישה ואין ביניהם שוויון. כדי להבין את המשמעות של הבדל

31. עי' יש"ש ב"ק פרק ג סי' כא, שכתב: "המזיק אשתו בתשמיש המיטה – חייב (לב, א), אף על גב דברשות קעביד, משום דאיהו קעביד מעשה, והוה ליה לעיוני... צא וראה מה שחייבו חכמים אותו במזיקה בתשמיש, אף דלהכי נבראת ועומדת, ופשיטא דלהכי נסבה – אפ"ה צריך לעיוני, ולהתאפק ולמשול ביצרו שלא להזיקה".

32. איסור האונס של הבעל באשתו תורגם בבית המשפט הגבוה לצדק, ולאחר מכן במשפט העמים, לעבירה פלילית. על פניו נראה שמדובר בצעד הרסני, הפוגע ביכולת הלימוד המשותפת של בני הזוג הבונה את רקמת החיים הזוגיים בעדינות ובהקשבה, ומכניסה את בית המשפט למקום שבו הוא אינו יכול להועיל אלא רק להרוס. הצורך בפסיקה זו נוצר במקום שבו חיי הנישואין הם סוג של 'חזוה' הדומה לכל התקשרות אחרת – רומנטית או גופנית, בין אנשים ונשים שלא במסגרת הנישואין, קשר אשר הוא פסול ביסודו על פי התורה.

33. ויקיפדיה, ערך "אונס בנישואין".

זה נשאל על משפט התורה: אם בכל מעשה בעלות נדרשת הסכמת האישה "ולא יאנוס ויבעול בעל כורחה אלא לדעתה", מהי משמעות הקניין בעת הקידושין? התשובה טמונה במורכבות של מעשה הקידושין כפי שבא הדבר לידי ביטוי בכפל הלשון של חז"ל. כידוע, פרק א במסכת קידושין מתחיל בביטוי: "בשלושה דרכים האישה נקנית", ואילו פרק ב מתחיל בביטוי: "האישה מקדש". כלומר, באותו מעשה יש גם קניין וגם קידושין. נראה שבמעשה הקניין מוסרת האישה את עצמה לבעלה ובכך היא מתייחדת רק לו. "וכיון שנקנית האשה ונעשית מקודשת... הרי היא אשת איש, והבא עליה חוץ מבעלה חייב מיתת בית דין" (רמב"ם הל' אישות פ"א ה"ג). בדין זה אין הדדיות ושוויון בין האיש לאישה. כך עולה מדברי הגמרא במסכת קידושין (ז, א):

אמר רבא: התקדשי לי לחצי – מקודשת, חציך מקודשת לי – אינה מקודשת. אמר ליה אביי לרבא: מאי שנא חציך מקודשת לי דאינה מקודשת? 'אישה' אמר רחמנא – ולא חצי אישה. הכא נמי, 'איש' אמר רחמנא – ולא חצי איש! אמר ליה: הכי השתא?! התם איתתא לבי תרי לא חזיא, אלא גברא מי לא חזי לבי תרי? והכי קאמר לה: דאי בעינא למינסב אחריתי נסיבנא.

הרמב"ם (הל' אישות פ"ג ה"ט) פוסק כרבא, וכותב:

האומר לאישה: התקדשי לחצי – הרי זו מקודשת, הא למה זה דומה? לאומר לה: תהיי אשתי את ואחרת, שנמצא שאין לה אלא חצי איש. אבל אם אמר לה: חציך מקודש לי – אינה מקודשת, שאין אישה אחת ראויה לשניים. וכן האומר: הרי את מקודשת לי ולזה – אינה מקודשת.³⁴

מדין תורה, אישה אינה יכולה להיות נשואה לשני גברים, אף שגבר יכול להיות נשוי לשתי נשים. אדם אינו יכול לקדש חצי אישה, אבל אישה יכולה להתקדש לחצי גבר. משמעות הדבר שבמעשה הקניין הנעשה בעת הקידושין מוסרת האישה לאיש את גופה כדי לקיים יחסי אישות. בכך היא מתייחדת רק לו ואוסרת את עצמה על כל הגברים בעולם חוץ ממנו. מדובר בהבדל עצום בהתייחסות התורה בין האיש לבין האישה – דבר שדורש הסבר בייחוד בדורנו, דור שבו ערך השוויון הפך להיות הערך המדובר ביותר.

התורה שבכתב וחז"ל לא נתנו הסבר מפורש להבדל המשמעותי כל כך בין איש לאישה. אך במבט מעמיק יותר נראה כי ההסבר להבדל זה הוא פשוט:

34. וכך נפסק להלכה גם בשו"ע, אה"ע לא, ח.

בהנחה שמטרת הקשר הזוגי היא קיום מצוות "פרו ורבו" והקמת משפחה הכוללת אב אם וילדיהם הביולוגיים, הדרך היחידה ליצור מצב שבו לכל ילד יש אב ואם מובחנים היא הקביעה שלכל אישה יש רק גבר אחד. באופן עקרוני, אם לאיש יהיו מספר נשים, עדיין יישמר העיקרון שלכל ילד יהיו אב ואם מובחנים. אך אם לאישה יהיו כמה בעלים, לא יהיה לוולד שיוולד ממנה אב מובחן באופן טבעי.³⁵ למותר לציין את החשיבות העצומה שיש לכל ילד בהכרת הוריו מולידיו, ואת החשיבות החברתית שיש לאחריות ההורית ולמסגרת המשפחתית שנשמרות בדרך זו. האיסור של האישה להתייחד עם גבר זר הוא תוצאה של הרשות שנתנה האישה לבעלה בגופה בקניין הקידושין, היות שרשות זו יכולה להינתן רק לגבר אחד לפי משפט התורה כפי שביארנו. עם זאת, קניין זה אינו פוגע בריבונותה של האישה על גופה וביכולתה לסרב לקיום יחסי אישות מסיבה כלשהי. במקרה שאישה נשואה תיבעל לגבר זר באיסור (אפילו בהסכמת בעלה), יתרוקן למעשה קניין הנישואין מכל תוכנו בגלל איסור התורה על האישה לזנות, ויהיה עליהם לבטל את הנישואין גם מבחינה רשמית באמצעות גט.

השינוי שנעשה בהתייחסות לבעלות האיש ביחס לאישה במשפט העמים הוליד תוצאות אחרות לגמרי ממשפט התורה. כפי שצינו לעיל (פרק ב), בתפיסת העולם של משפט העמים הקניין הוא טוטאלי, ולכן אם לאישה בעידן החדש יש זכות על גופה, זכות זאת היא טוטאלית ואין דרך להגביל אותה. מכאן נובע שמבחינת יחסי אישות אין שום משמעות לנישואין: מצד אחד, אין לאישה שום מחויבות לקיום יחסי אישות עם בעלה, ומצד שני, האישה חופשייה לקיים יחסים גופניים עם מי שהיא רוצה. הדבר בא לידי ביטוי בפסק דינו של השופט יהודה פרגו:

משהחליט בן זוג נשוי – ובענייננו אשת התובע – לנהל מערכת יחסים עם אחר – בענייננו הנתבע – זכותו לעשות כן ולא ניתן למנוע זאת ממנו, גם אם הדבר נראה לא ראוי בעיני אחרים... קשר הנישואין אינו יוצר בעלות על גופו ורצונותיו של בן הזוג. יש לכבד את היותו אדם בן חורין. אלו הם מעיקריו ואושיותיו של 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'.³⁶

35. עי' רס"ג, אמונות ודעות, מאמר ג פרק ב, שכתב: "ומן החכמה לאסור את הזנות, כדי שלא יהו בני אדם כבהמות עד שלא ידע כל אחד את אביו שיכבדהו כגמול על שגדלו, ויוריש לו האב מה שחננו ה' כמו שירש ממנו את מציאותו, וכיר את יתר קרוביו אחי אביו ואחי אמו, ויהנה במה שימצא אצלם מן החמלה". ועי' בספרו של הרב הנזיר, "זכו שכונה ביניהם", עמ' נג, בפסקה השנייה.

36. בית המשפט המחוזי בת"א, ת"א 14657-11-09.

למהלך מחשבה זה יש תוצאות הרסניות כלפי המשפחה, שהיא אבן היסוד לכל חברה בריאה. אם עד לשנים האחרונות נתפסה האישה שלא בצדק כרכושו המוחלט של הבעל, נעה עכשיו המטוטלת בכל הכוח לעבר השני ושחררה את האישה מכל מחויבות. הרצון ליצור שוויון לכאורה בין האיש לאישה, יצר טקסי נישואין ריקים מתוכן שבהם האיש והאישה מצהירים על אהבתם ולכלל היותר יוצרים מחויבות לשיתוף כלכלי ביניהם.³⁷ המחשבה שהאישה היא הבעלים המוחלט על גופה גם בזמן הנישואין, פועלת למעשה למחיקת ה'קידושין' מהקשר הזוגי. אין עוד התייחדות של האישה לבעלה, שהרי במשפט העמים אין מקום לבעלות משותפת, וכמו שהיא יכולה להחליט שאין היא רוצה בקיום יחסי אישות עם בעלה, לשיטה זו, היא גם יכולה להחליט שהיא רוצה לנאוף עם אחרים. כתוצאה מכך, כל ילד שייוולד לאישה זו יעמוד תחת סימן השאלה באשר לאביו מולידו.³⁸ מציאות זו מובילה להתפוררות מוסד המשפחה – תופעה שאנו חווים בכל העולם ולהשלכות מרחיקות לכת על החברה, ועליהן כדאי להרחיב במאמר נפרד ומיוחד. נראה שאחד מהגורמים המשמעותיים להתפוררות זו טמון בהבנת משמעות הקניין ומערכת היחסים הנבנית בין האיש לאישה בנישואין.

ד. האחריות בקניין הנישואין

נושא נוסף שאי אפשר להתעלם ממנו בהבדל שבין שתי המערכות ביחס לקניין בנישואין הוא נושא האחריות. כפי שציינתי לעיל, פרק א, בסעיף "מהות הקניין", הקניין לפי משפט התורה נושא בחובו באופן מובנה גם את האחריות הנגזרת מהבעלות, לעומת משפט העמים שבו הבעלות היא זכות ותו לא. עתה נחבר את הפרטים שהזכרנו תוך כדי הרצאת הדברים. האיש המקדש את האישה למעשה קונה אותה למטרת אישות, ומקבל אחריות מלאה לקניין זה שבו היא מתייחדת רק לו והוא משועבד לה למילוי צרכיה – הן מבחינה גופנית "עונתה לא יגרע", הן צרכיה הכלכליים, והן באחריות לפרנסת הילדים

37. לפי פסיקות בית המשפט העליון "ידועים בציבור" נחשבים כנשואים בעצם היותם חיים במשק בית משותף, ואם כן, טקס הנישואין נעשה חסר ערך אמיתי גם בצד הכלכלי.

38. ניתן לטעון כי היום אפשר לברר באמצעות בדיקות ד.נ.א. מי הוא האב, ואם כן אין יותר צורך בייחוד זה. מבלי להיכנס לדיון על מידת המהימנות של בדיקות אלו, ברור שבדיקות אלו נתונות בידי אדם שתמיד מועד לטעות בשוגג או במזיד. כמו כן, כל עוד לא נעשו הבדיקות, הן אינן קיימות. אין להשוות בדיקות אלו לוודאות הטבעית של חזקת הבעל כאב שאינה דורשת שום בדיקה והוכחה.

שייולדו. מדין תורה מותר לאיש לשאת עוד נשים אם יוכל לעמוד בכל ההתחייבויות הללו, אך מאז חרם דרבנו גרשום למעשה הוא מקבל על עצמו גם שלא לשאת אישה נוספת ולהיות מיוחד רק לה.³⁹ ברור שהתורה וחי"ל, שקבעו את המסגרת הזו של ההתחייבויות, ראו לנגד עיניהם את טובת המשפחה ויצרו מסגרת שתיצור את התנאים האופטימליים לביסוסה. כפי שציינו, חי"ל אומנם קבעו את ברירת המחדל לגבי מערכת היחסים הכלכליים בין האיש לאישה, אך ניתן להתנות ולשנות אותה ככל שעולה על דעתם של בני הזוג בתחום זה למעט ויתור על עיקר הכתובה ועל דיני הירושה. בנוגע לכתובה, כנראה הבינו חכמינו שאף על פי שמדובר בתנאי כלכלי, מדובר בתנאי שלמעשה הופך את הנישואין מ'חווה' – העומד להפרה בכל עת, ל'ברית' – שאינה עומדת להפרה, ובלשון חכמים (יבמות פט, א): "שלא תהא קלה בעיניו להוציאה". לכן עיגנו חכמינו הגבלה זו בהלכה "שאסור לו לאדם לשהות עם אשתו אפילו שעה אחת בלא כתובה".⁴⁰

לעומת זאת, בחוק המדינה, כל נושא האחריות על מילוי הצרכים הגופניים, נשאר למעשה בתחום ההצהרתי בלבד ללא שום התחייבות ממשית. בנושאים הכלכליים האחריות נגזרת מעצם המגורים המשותפים וניהול משק הבית המשותף ולא מהנישואין.⁴¹ ביחס לילדים אומנם קבע החוק אחריות הורית משותפת במסגרת חוק הכשרות המשפטית בפרק השני, אך לא הגדיר מיהו 'הורה'. המציאות המשפטית הנהוגה היום במדינת ישראל מאפשרת לאדם להיפטר מאחריותו כאב אם מכר את זרעו, ולאישה להיפטר מאחריותה כאם אם מכרה את הביצית שלה או השכירה את רחמה.

סיכום

במשפט העמים ראינו שתי התייחסויות קיצוניות: האחת – שהאישה היא רכוש בעלה כשפחה עד כדי היתר גמור לאינוסה, והשנייה – שהאישה היא בת חורין בלי שום אחריות משפחתית. לעומת זאת משפט התורה, באמצעות דיני הקניין הייחודיים לו, מכיר בחירותה של האישה, בכבודה ובזכותה על גופה, כשהם קיימים לצד בעלותו של הבעל. מורכבות זו יוצרת את המחויבות והאחריות שבין איש לאישה בחיי הנישואין, שהן התנאים ההכרחיים לבניית משפחה בריאה.

39. בנוסח הכתובה הספרדי נכתב בפירוש: "ולא ישא ולא ישדך ולא יקדש שום אשה אחרת עליה".

40. רמב"ם, הל' אישות פ"י ה"י.

41. ראה באתר "כל זכות", בנושא: "ידועים בציבור".

הרב יעקב אריאל

חובות וזכויות בני הזוג במשפחה המודרנית



פתיחה

א. המשפחה – יחידה אורגנית אחת

ב. מחלוקת הרבנים דיכובסקי ושרמן

ג. שירות אישי של האישה לבעלה

ד. חובות הבעל כלפי אשתו

1. פירקונה

2. רפואתה

3. מזונותיה

ה. היחסים בתוך המשפחה

1. כיבוד הוריהם של הבעל והאישה

2. כיבוד הבעל ואשתו על ידי ילדיהם

ו. עריכת חוזה שותפות

סיכום

פתיחה

השינויים הכלכליים והחברתיים שהתחוללו בעולם בדורות האחרונים לא פסחו על המבנה המשפחתי. שינויים אלו מחייבים גם התייחסות הלכתית. במאמר זה ננסה לעורר חלק מהשאלות ההלכתיות שנתקלתי בהן והצעת פתרון מעשית לפחות לחלקן.

מחד גיסא, ניתן להגדיר את מערכת היחסים בין האיש לאישה במסגרת שיח הזכויות. לכל אחד מבני הזוג מגיעות זכויות. ומאידך גיסא אפשר להגדירה במסגרת שיח החובות. כל אחד מבני הזוג חייב לחבירו. לענ"ד יש דרך שלישית – המסגרת האורגנית. המשפחה היא יחידה אורגנית אחת שבה כל איבר זקוק לחבירו ותורם לחבירו. בעצם הוא תורם בכך לעצמו, כי אין לו קיום עצמי משלו ללא חבירו (עי' להלן, פרק א).

מבנה המשפחה הקלאסי בנוי על המצב שנוצר לאחר גירוש האדם מגן עדן. על האיש נגזר "בזיעת אפך תאכל לחם", ועל האישה נגזר "בעצב תלדי בנים". עול הפרנסה הוטל כולו רק על האיש, כשבמקביל עול גידול הילדים וניהול הבית הוטל רק על האישה. בדרך כלל האישה לא הייתה יכולה לפרנס את עצמה, והייתה תלויה כלכלית בבעלה. הבעל לעומתה התמחה במקצוע שבו עבד קשה מבוקר עד ערב להביא טרף לביתו.

על רקע מציאות כלכלית-חברתית זו תוקנו תקנות חז"ל לניהול החיים המשותפים שעקרונותיהם נוסחו על ידי הרמב"ם (הל' אישות פרק יב):

א. כשנושא אדם אישה... יתחייב לה בעשרה דברים ויזכה בארבעה דברים.

ב. והעשרה – שלושה מהן מן התורה, ואלו הן: שארה, כסותה ועונתה.

(1) שארה – אלו מזונותיה,

(2) כסותה – כמשמעה,

(3) עונתה – לבוא עליה כדרך כל הארץ.

והשבעה – מדברי סופרים, וכולן תנאי בית דין הם:

(1) האחד מהם – עיקר כתובה.

והשאר הם הנקראין תנאי כתובה, ואלו הן:

(2) לרפאותה אם חלתה,

(3) ולפדותה אם נשבית,

(4) ולקברה כשתמות,

- (5) ולהיות ניזונת מנכסיו ויושבת בביתו אחר מותו כל זמן אלמנותה,
 (6) ולהיות בנותיה ממנו ניזונות מנכסיו אחרי מותו עד שיתארסו,
 (7) ולהיות בניה הזכרים ממנו יורשין כתובתה יתר על חלקם בירושה שעם אחיהם.
 ג. והארבעה שזוכה בהן – כולם מדברי סופרים, ואלו הן:
 (1) להיות מעשה ידיה שלו,
 (2) ולהיות מציאתה שלו,
 (3) ושיהיה אוכל כל פירות נכסיה בחייה,
 (4) ואם מתה בחייו יירשנה, והוא קודם לכל אדם בירושה.
 ד. ועוד תיקנו חכמים:
 (1) שיהיו מעשה ידי האשה כנגד מזונותיה,
 (2) ופדיונה כנגד אכילת פירות נכסיה,
 (3) וקבורתה כנגד ירושתו לכתובתה,
 לפיכך אם אמרה האשה: איני ניזונת ואיני עושה – שומעין לה ואין כופין אותה. אבל אם אמר הבעל: איני זנך ואיני נוטל כלום ממעשה ידיך – אין שומעין לו, שמא לא יספיק לה מעשה ידיה במזונותיה, ומפני תקנה זו ייחשבו המזונות מתנאי הכתובה.

לפי תקנות אלו, כל רכוש הבית, כולל רווחיה של האשה, שייכים בלעדית לבעל, ואין לאישה סמכות להתערב בניהולם, אלא אם כן היא רואה את עצמה נפגעת מדרך ניהולו של הבעל את הנכסים. הרווחים מיועדים לרווחת הבית.¹ המציאות הכלכלית-חברתית בימינו השתנתה. האשה רוכשת בדרך כלל מקצוע משלה ועובדת בו מחוץ לביתה. יש שהיא משתכרת לא פחות מבעלה, ולפעמים אף יותר. ומכיוון שבעל המעה הוא גם בעל הדעה, למעשה האשה היא שותפה מלאה לבעלה בכל הוצאות הבית. גם הרכוש שהיא מביאה עימה אינו מסור למעשה בלעדית בידי הבעל לעשות בו כטוב בעיניו. הקופה משותפת, והאישה רואה עצמה שותפה שוות זכויות בכל הרכוש המשותף, בין זה שלה ובין זה של בעלה.

יש לשער, שאם יתבע בעל זכויות בלעדיות ברכוש הבית, יורו לו, לפחות משום שלום בית, להימנע מכך. יתרה מזאת, ייתכן שעל דעת כן הביאה האשה

1. עי' למשל שו"ע אה"ע פה, יג ואילך.

עימה את רכושה והכניסה את משכורתה לקופה המשפחתית, כדי שתהיה שותפה שווה ברכוש. האומנם נשתנו הטבעים, ותקנות חז"ל שתוקנו במציאות חברתית אחרת אינן תקפות עוד?

א. המשפחה – יחידה אורגנית אחת

נראה לענ"ד, שתפיסתה העקרונית של התורה את מבנה המשפחה לא השתנתה, וגם לא תשתנה לעולם. לפי תפיסה זו, המשפחה אינה שותפות עסקית של שני אינטרסנטים שווים, המשקיעים את הונם ואונם בעסק משותף. **המשפחה היא גוף אורגני אחד**, שבו כל אחד משקיע על פי יכולתו ומקבל לפי צרכיו.

נביא רק שתי דוגמאות לתפיסה האורגנית:

א. **פדיית אישה משבי** ביותר מדמיה (אה"ע עח, ב בהגהת הרמ"א) בניגוד לכלל ש"אין פודין את השבויים יתר על כדי כדי דמיהן" (גיטין מה, א). ההסבר לכך נכתב בתוספות שם (ד"ה דלא), שאשתו של אדם שונה מכל אדם אחר מאחר שהיא נחשבת כגופו (לכללים "אשתו כגופו" או "בעלה כגופה" יש השלכות לתחומים רבים בהלכה, ואכמ"ל).

ב. **חוב מזונות**. כשאין לבעל די מזון לעצמו עליו להתחלק עם אשתו במעט שיש לו (אה"ע ע, ג בהגהת הרמ"א), בניגוד לכלל ש"מסדרין לבעל חוב" ומשאירים בידו מזון כדי חייו (ב"מ קיג, ב).

על פי הנחה זו, לעולם לא יוטל כל העול הכלכלי לפרנסת המשפחה על האישה, כי תפקידה הוא גם להביא חיים לעולם, בפרט בתקופת הפוריות. גם בחיים המודרניים אין תחליף, ולא יהיה כזה לעולם, לאישה כאם לילדים. דבר זה מחייב התחשבות מרבית בעומס הגופני והנפשי המוטל עליה, ולכן הבעל הוא זה שחייב לשאת בעיקר בעול הפרנסה. עבודת האישה מוסיפה לרווחת הבית, אך לא נועדה לקיים אותו.² מכאן נובע שתקנות חז"ל תקפות בעיקרן גם בימינו, אם כי יישומן שונה בהתאם לנתונים המשתנים.

גישתה של האישה המודרנית לחיי הנישואין היום היא אחרת. אומנם גם היום אישה נורמלית (להוציא נשים קרייריסטיות חריגות המעדיפות את קידומן החיצוני על פני קידומן המשפחתי) רואה בבית ובתפקידה האימהי

2. מניסיוני אני יכול להעיד ששוחחתי עם **מאות** זוגות ממגזרים שונים ובעלי מקצועות מגוונים, וכשהסברתי לזוג את חובת הבעל לפרנס את אשתו, לא נתקלתי **מעולם** באישה שוויתרה על זכותה זאת.

עיקר. אולם בתחום הכלכלי אישה אינה מוכנה להכניס את עצמה למצב שבו היא תהיה תלויה בזולת והיא רוצה להיות שותפה בפרנסת הבית. וכתוצאה מכך שהמציאות החברתית היום שונה מבעבר, השתנו גם ציפיותיה של האישה באשר לחלקה בצבירת הרכוש.

אומנם אישה אינה צריכה להיות מפרנסת ראשית, אולם גם כמפרנסת שנייה היא זכאית, לדעתה, לחלק שווה ברכוש המשותף. מקובל כיום בחברה להתייחס לעבודת האישה בצורה שווה לעבודת הגבר, והיא גם מתוגמלת בהתאם.³ אי לכך, גם עבודות הבית והטיפול בילדים ראויים בעיני הנשים לשכר הולם. וממה נפשך: אם האישה מתמסרת רק לילדיה, יש לה "מיג", שהייתה יכולה לצאת לעבודה במקום לעסוק במלאכות הבית; ואם היא עובדת במשרה מלאה מחוץ לבית ומכניסה את כל רווחיה לקופת המשפחה, היא באמת לא חייבת לשאת בעול נוסף. תחזוקת הבית אינה מוטלת עליה יותר מאשר על הבעל.⁴ יתרה מזאת, אישה העובדת שעות נוספות מעבר לנורמות המקובלות אצל נשים, או שהיא עובדת בתורנות לילה, זכאית לשמור את רווחיה לעצמה.⁵

כלומר, האישה בימינו נכנסת לחיי הנישואין על בסיס של הבנה שונה – פחות תלות, ויותר הדדיות. אומנם הדדיות אין פירושה שוויון. אצל אנשים החיים בקשרים משפחתיים עמוקים אין מקום לפנקסנות קטנונית מעין זו, ודי להם ביחסים שיש בהם הדדיות א-סימטרית, הנותנת מקום לאופי, לתפקיד ולצרכים הייחודיים של כל אחד מהם. מחד גיסא, אי אפשר להשוות כלל את הסיכונים והייסורים שאישה עוברת בהיריון ובלידה לדאגתו של הבעל. ומאידך גיסא, אי אפשר להשוות בעל שעמל בפרך במקום רחוק ומנותק מביתו, לעבודתה של אשתו שנשארת בבית. המשפחה אינה מפעל כלכלי שבו ניתן לפצות כל עובד לפי כרטיס עבודה. עם זאת, מוסכם על בני הזוג שהם למעשה שותפים שווים. גם אם הדברים אינם נאמרים במפורש ואינם נחתמים בחוזה מיוחד, המציאות החברתית יצרה נוהג שעל דעתו כל הזוגות נישאים כיום. האם נוהג זה משנה גם את ההתייחסות ההלכתית העקרונית?

3. אכן, אין שום הצדקה לקיפוח נשים בשכרן. אלא שבדרך כלל נשים רבות מעדיפות לעבוד במשרה חלקית או לעבוד בעבודות ששכרן נמוך יותר, כדי שתוכלנה להתמסר לילדיהן; ולכן רבות מהן נמנעות מלטפח קריירה מחוץ לביתן, למרות כישוריהן.

4. עי' להלן, פרק ג, שם כתבנו שדינה כמו אישה עשירה המביאה איתה שפחות, שהיא פטורה מחלק גדול מעבודות הבית (שו"ע אה"ע פ, א).

5. ח"מ וב"ש סי' פ ס"ק ב.

ב. מחלוקת הרבנים דיכובסקי ושרמן

באשר לשאלה העקרונית אם חל בימינו שינוי מהותי בבעלות על הרכוש, נחלקו שני חברים לשעבר בבית הדין הגדול, הרבנים שלמה דיכובסקי ואברהם שרמן (תחומין יח-ט).⁶ דיונם נסוב בעיקר סביב השיתוף בנכסים וזכות הבעל בפירות אשתו.⁷

הרב דיכובסקי טוען שמכיוון שבכל המשפחות ובכל המגזרים נהוג כיום שהאיש והאישה מנהלים את כל ענייני הממון שביניהם בשותפות, הפך נוהג זה להלכה מחייבת, שהרי על דעת כן נכנסו לחופה. לכן, אין לבעל זכות מועדפת בפירות נכסי מילוג של אשתו.

חולק עליו הרב שרמן, וטוען שזהו עימות בין שתי השקפות עולם, ואין ביכולתה של השקפת עולם שונה מההלכה לעקור את ההלכה. לדעתו, ההלכה נשארה כמות שהיא – הפירות של נכסי המילוג שייכים פורמלית לבעל, אלא שהבעל מוחל משום שלום בית ומשתף את האישה בכל ההכרעות הנוגעות לשימוש בהם. אולם אין כאן ויתור עקרוני על הזכויות עצמן; אלו נשארו בעינן. הנפקא מינה תהיה כאשר מתגלע סכסוך ביניהם – אז אין האישה יכולה לטעון לבעלות מלאה על רכושה, כולל הפירות, ואף לדרוש להחזיר לה למפרע את כל פירותיה. ואילו הרב דיכובסקי אינו רואה בשיתוף הנכסים השקפת עולם זרה, אלא מציאות חברתית שהשתנתה, והיא מקובלת על הכול.

דוגמה קרובה מאוד לענייננו מצויה בשו"ת מהר"י בן לב (ח"ב סי' כג), שבה הוא פוסק שהאלמנה זכאית במחצית הרכוש, כמנהג פורטוגל, שממנה היגרה אותה אלמנה, אף על פי שלפי ההלכה האלמנה זכאית למדור ומזונות, אולם לא למחצית הרכוש. וזו לשונו:

6. מאמרו של הרב דיכובסקי, "הלכת השיתוף – האם דינא דמלכותא?" נדפס בתחומין, כרך יח, עמ' 31-18, לצד מאמרו של הרב שרמן, "הלכת השיתוף לאור משפטי התורה", שם, עמ' 32-40. תגובה נוספת של הרב שרמן נדפסה בכרך יט, עמ' 205-216, תחת הכותרת "הלכת השיתוף אינה מעוגנת בדיני ישראל". בעמ' 216-219 שם הודפסה תגובתו של הרב דיכובסקי, ובעמ' 219-220 תשובתו של הרב שרמן.

7. הרב דיכובסקי מסתמך בין היתר על האמור בשטר התנאים "שישלטו בנכסיהם שווה בשווה" (תחומין, יח, עמ' 25). אולם זה קשה, שכן רבו בימינו הזוגות שאינם כותבים כלל שטר תנאים. ובכלל, בני ספרד לא נהגו לכתוב נוסח כזה. ועוד, הזוג עצמו אינו חותם על שטר התנאים. הם רק נשאלים על הסכמתם להינשא זה לזו, כאשר ההורים הם החותמים על שטר התנאים. האם חתימתם מחייבת את הזוג הצעיר למשך כל הנישואין? ובכל זאת סביר להניח שהם מסכימים לנאמר בשטר התנאים, שיתחלקו ברכושם שווה בשווה.

שאלה: ילמדנו רבינו. במלכות פורטוגאל יש חוק ומנהג שהאלמנה תזכה במחצית הנכסים אשר הניח הבעל, בין שהכניסה הרבה או מעט בנדונייתה. ויש להסתפק, דהוי דבר שלא בא לעולם, וגם דהוי בלא קנין. אע"פ שכותבים כתבים וחזוקים בערכאות של גוים, וגם הוא מנהג קבוע ביניהם על הסתם...

תשובה: יראה לי דכל אפין שווין, ולית ספיקא כלל דזכתה האלמנה במחצית הנכסים. ולא מבעיא אם תפשה, שאין מוציאין מידה; אלא אפילו שיהיו הנכסים ביד היורשים, מוציאין מידם ונותנים מחצית הנכסים לאלמנה, כמנהג אותו המלכות...

ואיברא, דאילו לא הוה אלא תנאי שהיו מתנים ביניהם הבעל והאישה בשעת הנישואין לחלק הנכסים בין האישה ובין היורשים, דוודאי דהויא פלוגתא דרבוותא – דהרמב"ם ז"ל כתב בפרק ד דשותפין, דהאומנים שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידם אינם שותפים בדבר...⁸ ובנדון דידן כל אפין שווין, דזכתה האלמנה במחצית הנכסים... וכמו שכתב הרשב"א בתשובת שאלה, "דהיכא שרבים הסכימו, אפילו שאינם כל בני העיר אלא שהם כל בני האומנות שבאותו העיר, שהסכמתן קיימת בלי שום קנין". וכתב מהר"י קולון...: "ונראה לעניות דעתי, דכן סבירא ליה להרמב"ם, דהיכא שכל אומני העיר הסכימו להשתתף, שהסכמתן קיימת בלי שום קנין, ואין אחד מהם יכול לחזור בו, שכוח הרבים יפה, כדכתב הרשב"א... ומשום תיקון הרבים, דומיא דרישא דקתני 'רשאים בני העיר להתנות על המידות ועל השערים'..."

וכיון דכן הוא הדין בנדון דידן, מצד המנהג שנהגו שהנושא אישה בסתם דהיא חולקת הנכסים עם היורשים מחצה במחצה – מילתא דפשיטא היא דאליבא דכולי עלמא דזכתה האלמנה במחצית הנכסים. וכן כתב הרמב"ם [הל' אישות פכ"ג הי"א-ה"ב]: "מנהגות רבות יש בנדוניא... ובכל הכתובים האלה וכיוצא בהם, מנהג המדינה עיקר גדול הוא, ועל פיו דנין. והוא שיהיה מנהג פשוט בכל המדינה..."

מכל הני יראה דבר ברור, דאפילו היה המנהג הזה במקום אחד בארצותינו היה מבטל ההלכה.

8. דברי הרמב"ם מובאים לקמן, פרק ו.

עם זאת נראה לענ"ד שיש לחלק בין זכות האלמנה במחצית הנכסים, שהמנהג מבטל הלכה, לבין נידון דידן. אצלנו מדובר **בזעזוע מהותי וחוסר איזון של כל מבנה המשפחה**. הפירות ניתנו לבעל תמורת פירקונה (שהיא חובת הבעל לפדותה אם נשבתה, עי' לקמן, פרק ד, 1). לפי המצב החדש, חובתו בפירקונה נותרה בעינה, אולם תמורתה – הפירות – נשללה ממנו. אין כאן איזון משאבים, אלא אדרבה הפרת האיזון העדין שעליו בנויה המערכת המשפחתית. אי אפשר לבדוד את נושא הפירות ולהתעלם מתנאים אחרים שבהם עדיין הבעל חייב חיוב מלא. האם על דעת כן כל אחד מוכן לקבל עליו את המנהג החדש?

איני רואה עצמי בר-סמכא להכניס את ראשי בין הרים גדולים. אולם מכיוון שלוויכוח ביניהם יש השלכות רבות על כל חיי המשפחה, ברצוני לתרום את חלקי לדיון כשרגא בטיהרא. אין באמתחתי הדלה מענה לכל השאלות המתעוררות; יש בה שאלות רבות מאשר תשובות. אולם היא הנותנת: מטרת השאלות היא לעורר את החשיבה ההלכתית, ועל ידי תשועה ברוב יועץ לסלול את הדרך שבה נוכל לצעוד ולהצמיד את המשפחה הישראלית בימינו בבטחה. נעשה זאת על ידי העלאת מקרים מחיי המשפחה. נבדוק באמצעותם את יישומה של ההלכה בחיי המשפחה העכשוויים, ואולי נוכל להסיק מהם גם מסקנות כלשהן. בחלק מהמקרים יוכח שהרב דיכובסקי צודק, באחרים יוכח שהרב שרמן צודק, ויימצאו מקרים המצריכים עיון. המקרים שיידונו כאן הם מדגם חלקי, בוודאי יש עוד מקרים רבים הראויים לדיון, ולא עליך המלאכה לגמור. ולא באתי אלא לעורר.⁹ ואגב כך נוכל להראות כיצד נכון לבני הזוג להתנהל למעשה בכל הנוגע למימוש זכויותיהם ההדדיות.

ג. שירות אישי של האישה לבעלה

יש חיובים שאף שהם חלק מהסכם הכתובה, בכל זאת איש לא יחייב כיום אישה לקיימם, כגון: רחיצת פניו וידיו ורגליו של הבעל או עבודה בצמר וכדו'.¹⁰ כל אלו עברו ובטלו מן העולם, ואף אישה אינה חייבת בהם כיום. לעומת זאת יש דברים אחרים שנשים קיבלו על עצמן. למשל רוב הנשים עובדות כיום מחוץ לביתן. בוודאי עבודת האישה מחוץ לביתה פוטרת אותה מהמלאכות

9. חלק מהמקרים עוסקים במערכת היחסים הכללית בין בני הזוג, ולא דווקא במישור הממוני, אולם נראה לענ"ד שיחסי הממון משליכים את השלכותיהם על המערכת כולה.

הערות העורך (ע"א): מקרים נוספים מובאים במאמר המקורי, שנדפס בתחומין.

10. עי' שו"ע אה"ע סי' פ ובית-מאיר שם סע' א.

שהייתה חייבת בהן בעבר בתוך הבית. אישה העובדת במשרה מלאה מחוץ לבית פטורה מבישול, מכיבוס, מאפייה, מאריגה ומיתר עבודות הבית. רבות מעבודות אלו נעשות היום על ידי מכשירים (האם רק האישה חייבת להפעיל אותם?). חלק מתמלא על ידי קניית מוצרים מוכנים, כגון: בגדים ואוכל מבושל (האם רק האישה חייבת לקנותם?).

כלומר, מבנה המשפחה השתנה, אך אין הכרח לומר שתנאי הכתובה השתנו באופן מהותי. חלק מהם הומר בתנאים אחרים. המצב היום דומה לאישה שהכניסה כמה שפחות, שהיא פטורה אפילו מהצעת מיטות (שו"ע אה"ע פ, ח). אומנם רחיצת פניו ידיו ורגליו ומזיגת הכוס לכאורה אינן תלויות בעבודותיה האחרות של האישה, שהרי גם מי שמכניסה כמה שפחות חייבת בהן (שם סע' ד), ואם כך בימינו גם אישה עובדת תתחייב בהן לכאורה, מכל מקום היום לא מקובל שאישה עושה מלאכות אלו לבעלה. מאידך גיסא, יש מעשי חיבה אחרים שהאישה צריכה להיות חייבת בהם.

אין ספק שמערכת היחסים בין הבעל לאישה השתנתה, וכל זוג נכנס לחופה על דעת שינהג כמנהג המדינה. ההלכה מכירה במנהג זה, ותחייב את בני הזוג לפעול על פיו.

ד. חובות הבעל כלפי אשתו

1. פירקונה

פירות נכסי מילוג תוקנו כתמורה לפירקונה של האישה. חכמים לא אפשרו לאישה למחול על חובת פירקונה על ידי הבעל. אין האישה יכולה לומר: איני נפדית ואיני נותנת פירות. חז"ל תיקנו כך כדי שלא תיטמע בין הגויים.¹¹ ואם כך, אין צדק בכך שהאישה תזכה בפירותיה, בעוד הבעל ימשיך להתחייב בפירקונה. ומכיוון שהאישה אינה יכולה לוותר על פירקונה, ההדדיות מחייבת שהבעל יזכה בפירות נכסיה. על כורחנו נאמר אפוא שהתקנה העקרונית לא זזה ממקומה, והבעל זכאי בפירות, אלא שהוא מוותר כרגע על זכותו ליטול את הפירות לעצמו, והוא משתף את האישה בניהול נושא הפירות.

אומנם מצינו שהבעל יכול למחול על זכות פירותיו – האומר "דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן" (כתובות פג, א), אולם זאת רק כאשר הוא מוחל במפורש. ויש לומר שמחילתו קבלה דמי, וכאילו אכל פירות. אך ללא הסכמתו המפורשת של הבעל, אין לנו זכות לקבוע שמן הסתם הוא מוותר על הפירות,

11. תוס' כתובות מז, ב ד"ה זימנין; שו"ע אה"ע עח, א ו-סט, ה בהג"ה.

ובכל זאת נשאר חייב בפירקונה. אילו ידע הבעל שהוויתור הוא חד-צדדי, לא היה מסכים לוותר. ומכיוון שחובת פירקונה אינה ניתנת למחילה מצידה של האישה, אין אפוא כל תוקף לויתור החד-צדדי של הבעל על הפירות ללא הסכמה מפורשת מצידו.

בימינו פדיון שבויים הינו נדיר, ומצד זה יש אולי מקום לדון בתוקפה של תקנת חז"ל שתיקנו פירות תחת פירקונה. אומנם גם בזמן חז"ל הוא לא היה מצוי,¹² אך בימינו הוא הפך להיות נדיר ביותר. וגם כשנופל מישהו כבן ערובה (דבר נדיר) הפדיון ייעשה בדרכים פוליטיות, ולא באמצעות כופר אישי. גם במקרה של סחטנים שיחטפו חלילה אישה וידרשו עבורה כופר, המשטרה תשאיל לבעל את הסכום הנדרש כדי לתפוס באמצעותו את הסחטנים.

תופעה מצויה יותר היא הצורך לשחרר אישה בערבות או לשלם עבורה קנס, שאם לא תשלמו תושלך לכלא. דעת רוב הפוסקים היא שבמקרה שהאישה אשמה אין הבעל חייב לפדותה.¹³ אך בשחרור בערבות לפני משפט אין היא אשמה בהכרח. אדרבה, היא בחזקת זכאית עד שתוברר אשמתה. במקרה כזה הבעל חייב לחתום על הערבות, ודבר זה מצוי יותר. אלא ששחרור בערבות אינו דומה לנפילה בשבי, ואין בו חשש שמא תצא לשמד. מיהו ייתכן שחכמים לא חילקו בין שחרור לשחרור, וגם במקום שאין חשש לשמד הטילו חז"ל על הבעל את חובת שחרורה של אשתו מכל מאסר שהוא; ואין האישה יכולה לוותר על חובה זו של בעלה, שהיא חובה מוחלטת.

2. רפואתה

נראה שתקנת פירות היא בת תוקף בימינו, בעיקר, משום שהיא תוקנה גם כנגד רפואה שיש לה קצבה. לדעת הרא"ש ריפוי כזה הוא בכלל פירקונה.¹⁴ ואלו דבריו (כתובות פ"ד סי' כג):

לקתה – חייב לרפאותה. ת"ר: אלמנה ניזונת מנכסי יתומים; ואם היתה צריכה רפואה, הרי היא כמזונות. רשב"ג אומר: רפואה שיש לה קצבה – תתרפא מכתובתה; רפואה שאין לה קצבה – הרי היא כמזונות. והלכתא כרשב"ג. אמר ר' יוחנן: עשו הקזת דם בארץ ישראל כרפואה שאין לה קצבה, לפי שבארץ ישראל היו רגילין להקזיז דם תדיר, ואין לה קצבה, והוא כמזונות. אבל רפואה שיש

12. עי' כתובות מז, א: "אמר אביי, תיקנו מצוי למצוי, ושאינו מצוי לשאינו מצוי".

13. עי' פתחי-תשובה אה"ע סי' עח ס"ק א, שכתב כך שלא כדעת הבית-מאיר.

14. עי' בית-שמואל אה"ע סי' עט ס"ק א.

לה קצבה דמיא לפרקונה, דאתי בבת אחת; וכי היכי דאין היורשין חייבין בפרקונה, הכי נמי לא מיחייבי בה.

וצריך עיון מהו גדרו של הביטוח הרפואי הנהוג בימינו – אם הוא בכלל ריפוי שיש לו קצבה, כי הוא תשלום קצוב מדי חודש בחודשו; ואם כך הבעל חייב לבטח את אשתו בביטוח רפואי (וביטוח משלים, אם רמת חייו אכן מצדיקה זאת) ותמורתו הוא זכאי בפירותיה. או שמא הוא נחשב לרפואה שאין לה קצבה, שכן אין הוא תשלום חד-פעמי, אלא תשלום מתחדש מדי חודש בחודשו, ודינו כמזונות.

נראה שיש ללמוד זאת מהגדרת הרא"ש הנ"ל, שהקזת דם דינה כרפואה שאין לה קצבה, בגלל שהיו רגילין להקזי דם תדיר. משמע שגם ביטוח רפואי הוא רפואה שאין לה קצבה. ועוד, שאין הדבר דומה לפירקונה, שהוא תשלום חד-פעמי (כי מסתמא אין דרך לפדות שבויים בתשלומים חודשיים). מיהו יש מקום לומר שהביטוח בא לפטור אותו גם מהוצאות רפואיות חד-פעמיות – כלומר, בעצם לפנינו רפואה שיש לה קצבה, והביטוח כשמו כן הוא: כדי להימנע מתשלום גדול וחד-פעמי בגלל מחלה פתאומית אנו מבטחים את עצמנו. אם כן, ביטוח כזה הוא בכלל פירקונה ויש לבעל זכות לפירות תמורתו. לכאורה הדבר דומה למקרה המובא בגמרא (כתובות נב, ב):

קריביה דרבי יוחנן הוה להו איתת אבא, דהוות צריכה רפואה כל יומא. אתו לקמיה דרבי יוחנן, אמר להו: איזילו קוצו ליה מידי לרופא.

כלומר, אפשר להפוך רפואה שאין לה קצבה לרפואה שיש לה קצבה על ידי הסדר תשלומים חד-פעמי עם הרופא. ואם כך ייתכן גם לומר להיפך: במקום לשלם תשלום חד-פעמי, הביטוח גובה סכומים קצובים מדי חודש בחודשו. אנו מתייחסים אפוא לצורת התשלום בפועל, ולא לחיוב הרפואה עצמה. אם כן, מבחינת צורת התשלום בפועל, הביטוח החודשי הוא רפואה שאין לה קצבה, וחיובה הוא מדין מזונות ולא מדין פירקונה.

מאיך גיסא, יש לחלק בין המקרה הנ"ל לביטוח רפואי. שם האישה חלתה כבר, והיה צורך לרפאותה רפואה שאין לה קצבה, והיתומים הגיעו להסדר תשלומים עם הרופא, שישלמו לו תשלום חד-פעמי תמורת כל הטיפולים. מה שאין כן כאן – האישה בריאה כרגע, והביטוח בא לבטח אותה שאם תחלה אי פעם בעתיד, היא תזכה לטיפול רפואי תמורת הפרמיות ששולמו עבורה. אין פה אפוא המרה של ריפוי חד-פעמי בתשלומים קצובים, אלא תשלומים קצובים

אשר יכסו כל טיפול רפואי עתידי. מכל מקום נראה שמאחר שהתשלום אינו חד-פעמי, דינו כרפואה שאין לה קצבה, והוא בכלל מזונות ולא בכלל פירקונה. וצריך עיון אם אישה יכולה לומר ברפואה שאין לה קצבה: איני מתרפאת ואיני עושה. לכאורה, יכולה לומר כן; אך אם תזדקק לטיפול רפואי יקר, כשהיא אינה מבוטחת, ואין בידה לשלמו, הבעל יהיה חייב לרפאותה, כדין אישה שמזונותיה לא הספיקו לה. ואם כך, יש מקום לחשוש שאם תחלה יהיה צורך בתשלום גבוה וחד-פעמי שבעלה לא יוכל לעמוד בו, וכתוצאה מכך היא לא תירפא. לכן נראה שיש לחייב את הבעל לבטח את אשתו בביטוח רפואי, גם אם היא ויתרה עליו.

לפיכך גם באישה מבוטחת, מכיוון שלמרות הביטוח עלול לקרות שהיא תזדקק לטיפול רפואי חד-פעמי, כגון ניתוח מסובך, ולשם השגת רופא מיוחד יהיה צורך בתשלום חד-פעמי, הבעל יתחייב לשלם הוצאה זו מדין פירקונה. ולכן יש לו זכות בפירותיה.

נראה לענ"ד, שגם ברפואה שיש לה קצבה לא תוכל האישה לומר איני מתרפאת ואיני נותנת לך פירות. כשם ששקדו חז"ל על תקנת בנות ישראל שלא תטמענה בין הגויים, כך מסתבר ששקדו על תקנתן שלא תבואנה לידי סכנה. ומה ההבדל בין פיקוח נפש רוחני לבין פיקוח נפש גופני? ועוד, כשם שאין אדם רשאי לחבול בעצמו, כך מסתבר שאין אדם רשאי לוותר על ריפוי. הרפואה איננה רק זכות, אלא גם חובה, מדין "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם".¹⁵ ואם כך, חזרנו לטענתנו הראשונה שהפקעת זכות הפירות מהאיש מצד אחד וחויבו בריפוי אשתו מצד שני הם עוול משווע, ואיננו יכולים להכיר בו. ואף על פי שהנוהג המקובל הוא שאיש ואישה רואים עצמם שותפים מלאים בפירות, אין בכך משום מחילה גמורה על עצם זכות הפירות של הבעל, הניתנת לו תמורת מחויבותו לרפאותה.

ולכאורה, היא הנותנת: מאחר שהאיש והאישה בפועל הם שותפים מלאים בכל נכסיהם, האישה יכולה לממן את הוצאותיה בעצמה. הביטוח הרפואי, למשל, ממומן בדרך כלל מחשבונה של האישה, והוא מנוכה ישירות ממשכורתה או מחשבונה. אולם כאשר מדובר בניתוח יקר, שאין לו כיסוי בביטוח הרפואי הרגיל, ולא ניתן לממן אותו מהחשבון המשותף – מאחר שהוא הוצאה חד-פעמית, הוא נחשב לריפוי שיש לו קצבה, ולכן הבעל חייב במימון הניתוח על חשבוננו, תמורת זכייתו בפירות נכסיה של אשתו.

15. על כך עי' במה שכתבנו בשו"ת באהלה של תורה, ח"א סי' נו אות ב.

האם העובדה שהאישה יכולה לממן את הוצאותיה בעצמה, אם מהכנסותיה האישיות ואם מחשבונם המשותף, מפקיעה את חובותיו של הבעל כלפי אשתו? או אולי בעצם הבעל נשאר חייב בהוצאותיה, אלא שלמעשה, בגלל מבנה המשפחה המודרני, האישה עושה זאת בעצמה, אך בעצם אינה אלא שליחתו של בעלה?

הדעת נוטה שגם בימינו הבעל חייב בפירקונה של אשתו וברפואתה. אלו תוקנו תמורת פירותיה. לא יעלה על הדעת שנאחז את החבל בשני ראשים: מצד אחד נזכה את האישה בשיתוף נכסים מלא, ופירותיה יהיו שייכים לה; ומצד שני נחייב את הבעל לפדותה ולרפאותה (ונוסף על כך גם חיוב המזונות לילדים יהיה מוטל רק עליו). אילו היו הבעלים יודעים שמשמעותו של שיתוף הנכסים הוא אי-סימטריה לרעתם, לא היו מוכנים לשיתוף כזה, ואדעתא דהכי לא היו מוחלים על זכויותיהם.¹⁶ נמצא שאי אפשר לומר שהמנהג למעשה משנה את ההלכה העקרונית בנדון דידן.¹⁷

3. מזונותיה

בחלקים מסוימים של החברה הדתית קיים נוהג שהאישה היא המפרנסת הראשית של המשפחה, ועל דעת כן נכנס זוג כזה לחופה. האם במצב זה יכולה

16. הרב דיכובסקי (תחומין, יח, עמ' 29) עמד על העוול שנוצר באי-סימטריה זו, אולם למרות זאת נשאר בדעתו שמנהג השיתוף מחייב גם מבחינה הלכתית. אולם לענ"ד, העוול האמור מפקיע את הסכמת השיתוף.

17. בית המשפט העליון, בלתיטותו ליצור "שוויון" בין הגברים והנשים, זיכה את האישה בפירות נכסיה, אולם לא בדק את השלכותיה של פסיקה זו ואת העוול שהיא יצרה. לכן אי אפשר לומר שהמנהג המקובל בחיי המשפחה המודרנית, שהאיש והאישה מנהלים את חייהם בשיתוף מלא, חופף את פסיקת ביהמ"ש, לא רק למעשה אלא גם להלכה. כל עוד החיים מתנהלים במישור, אין שום בעיה בנוהג זה למעשה; אך כאשר מתעוררות בעיות, והגברים מופלים לרעה, אין הצדקה לאפליה זו, וחוזר הדין למקומו להלכה על חובותיו וזכויותיו של כל צד, כפי שתיקנו חז"ל. לאור זה יש לעיין בחיובו של הגבר במזונות ילדיו לאחר הגירושין. אילו חלוקת הרכוש הייתה לטובתו, על פי ההלכה שהייתה מקובלת בעבר – הייתה הצדקה לחייבו במזונות גם כשהוא משתכר פחות מגרושתו. אולם לאחר שחלוקת הרכוש היא שוויונית, מדוע לא יחולקו גם מזונות הילדים בצורה שוויונית, ביחס לשכר של כל אחד מההורים?

על כך יש לומר שחיוב המזונות ילדים מתחלק לשלושה חלקים: (א) עד גיל שש זו חובתו של האב מעיקר הדין. (ב) מגיל שש עד בר/בת המצווה חובת האב היא מדין צדקה, אלא שחובה זו בצדקה אינה נתונה לשיקולו הוולונטרי של האב, אלא ביה"ד לוחץ עליו, ואם הוא עשיר אף כופין עליו לזון ילדיו. (ג) מהבגרות ועד גיל 15 או 18 זו צדקה גמורה, אלא שהרבנות הראשית הפכה אותה לתקנה מחייבת. אי לכך, כאשר האישה משתכרת משכורת נאה, ניתן לחייב אותה מדין צדקה להשתתף במזונות ילדיה. ואכן, לאחרונה בתי הדין מחייבים גם אימהות להשתתף במזונות ילדיהן.

האישה לטעון שמעשה ידיה שלה, שהרי היא מפרנסת את בעלה ולא הוא אותה?

המהר"ט התייחס לשאלה דומה (בשו"ת ח"ב חו"מ סי' סז):

ומה שמספקא עלי בנשים האלו, שהנה גבירות ונכנסות בחצרות שרי מלכים וטירותם, והמה כאניות סוחר להביא טרף לביתה, ומכלכלים את בעליהם זה כמה שנים, ומפרי ידיהם עשתו, גם גברו חיל עושר ונכסים – אם נאמר שאישה כזאת אין לבעלה זכות בכל אשר עשתה חיל? כי מאחר שהוא אינו מעלה לה מזונות, אדרבא היא מכלכלת את בעלה ואת בניה ואת כל אשר אתה בבית, אין הבעל זוכה במעשה ידיה בסתם. ואינה צריכה לפרש ולומר איני ניזונת ואיני עושה, דכל שאין הבעל זנה, במאי זכי במעשה ידיה?

ומנא אמינא לה? מהא דמייתי הר"ן ז"ל בפרק אלמנה ניזונת משם הרמב"ן ז"ל, גבי אלמנה ששהתה עשר שנים וכו', שאם לא נתן לאשתו מזונות ועשתה ואכלה, אפילו שהותירה, אין לבעלה עליה כלום. דכל היכא דאיהו לא יהיב לה מזונות, אינה צריכה להתנות בפירוש ולומר איני ניזונת וכו', אלא זכתה במעשה ידיה, אפילו דרך שתיקה. וזו היא ששנינו: "אם אינו נותן לה מעה כסף לצרכיה, מעשה ידיה שלה".¹⁸

מבואר בדבריו, שיש מקרים שבהם אין צורך בהתניה מפורשת, אלא כל בר דעת יודע שעל דעת כן נכנסה האישה לחופה, שאם תפרנס את בעלה לא תתחייב לתת לו את מעשה ידיה. האם נוכל להסיק מדבריו, שבחברה שבה נהוג שהאישה מפרנסת את הבעל, מעשי ידיה שלה? ומכיוון שמעשי ידיה הושקעו ברכוש הבית, יש לה חלק גם ברכוש? מאידך גיסא, האם הבעל יוכל לכופ את אשתו לפרנס אותו בכל משך חיי הנישואין מכוח המנהג בלבד? כבר כתבנו לעיל, שאין בכוחו של מנהג בחלק אחד של המערכת לחולל שינוי כה מהותי, ויש צורך בחוזה מפורש בין בני הזוג המאפשר זאת (שבו יוותר הבעל על הפירות כאשר החיוב המקביל – פירקונה – אינו ניתן למחילה. עי' לעיל, פרק ד, 1). אין הדבר דומה לאשת החיל שבה דן המהר"ט, שאינה צריכה להתנות במפורש שאינה ניזונת ואינה עושה, מכיוון שאצלה כל הדיון מצטמצם למעשי ידיה ומזונותיה בלבד. לפי זה, אכן, בחברה שבה הנהוג הוא שהאישה עובדת והבעל לומד – כל עוד האישה מפרנסת את בעלה, יכולה היא

18. ועי' משנה-למלך הל' אישות פכ"א ה"א.

לטעון שמעשי ידיה שלה. אך אם ברבות הימים תטען האישה שאינה יכולה יותר לפרנס את המשפחה, ותדרוש שבעלה יהיה המפרנס הראשי, לא יוכל הבעל לדרוש מאשתו להמשיך ולפרנס את המשפחה לעולם על סמך הנוהג הקיים, כי כאמור אין בכוחו של נוהג לקעקע לגמרי את מבנה המשפחה. הרי בכתובה התחייב הבעל לפרנס את האישה, ולא להיפך.

גם הסוברים שהאומרת איני ניזונת ואיני עושה אינה יכולה לחזור בה,¹⁹ יודו בנידון דידן שלא היה ויתור מפורש מצד האישה על מזונותיה, אלא הסתמכות על המנהג. וכאמור, אין בכוחו של המנהג לעקור את כל ההלכה ממקומה ולפטור את הבעל לגמרי מלפרנס את משפחתו. לכן, האישה יכולה לחזור בה מהתחייבותה לפרנס את המשפחה.²⁰

עוד נראה לענ"ד, שאישה המפרנסת את בעלה על מנת שילמד תורה שונה מאשת החיל שעליה מדובר בתשובת המהר"ט. הבעל דידן יוכל לטעון שהייתה ביניהם שותפות של יששכר וזבולון, ולכן חלקו בנכסים אינו פחות משלה; ובשקידתו בתורה (אם אכן הייתה כזאת) הוא נעשה שותף ברכוש שאשתו צברה.²¹

ה. היחסים בתוך המשפחה

1. כיבוד הוריהם של הבעל והאישה

בעיקרון, אישה נשואה פטורה מממצוות כיבוד אב ואם כלפי הוריה, משום שאין סיפק בידה. הר"מ פיינשטיין פירש באגרות-משה (או"ח ח"א סי' קנח) שהסיבה העיקרית לכך היא העתקת מקום מגוריה של האישה מבית הוריה לבית בעלה. אולם כיום רחוקים נעשו קרובים, בעיקר משום שהתחבורה נוחה (ובפרט כאשר האישה יודעת לנהוג, ויש למשפחה רכב ואפילו שניים). כמדומני שכיום לא יעז בעל למנוע מאשתו טיפול בהוריה בטענה שעליה לכבדו (אלא אם כן הם גרים בריחוק מקום ממש). כלומר, הבעלים מחלו לנשותיהם על כך, וממילא גם אישה נשואה חייבת היום בכיבוד הוריה. וזו לשון הש"ך (י"ד סי' רמ ס"ק ט):

ונראה, דאם אין בעלה מקפיד, חייבת בכל דבר שאפשר כמו האיש. מה שהיה בזמן הש"ך תופעה חריגה, הפך להיות בימינו למנהג המדינה.

19. שו"ע אה"ע סט, ד בשם הר"ן שכ"כ בשם הרמ"ה.

20. בעניין זה עי' תחומין, טו, עמ' 289, בפסיקתו של הרב דיכובסקי עצמו.

21. ועי' בתשובתו של הר"מ פיינשטיין, אגרות-משה י"ד ח"ד סי' לז, בגדר השותפות של יששכר וזבולון.

עם זאת, נראה לענ"ד שאם המטופלת בילדים אינה חייבת להזניחם כדי לטפל בהוריה, ואינה יכולה להטיל את הטיפול בילדים על בעלה. ואף על פי כן, לא שמענו שבעל יסרב לסייע בטיפול הילדים, כשאשתו זקוקה לטפל בהוריה. בעל שידרוש מאשתו לוותר על טיפול בהוריה, על סמך הפטור שהתורה פטרה אותה מכיבוד אב ואם, הדעת נוטה שנורה לו לוותר לה ולא לעמוד על עיקר הדין. ייתכן שאפילו מעיקר הדין אין היום סמכות לבעל למנוע מאשתו לכבד את הוריה, כי אדעתא דהכי אישה נכנסת היום לחופה, שבעלה ינהג כמנהג גוברין יהודאין בימינו, שמוותרים לנשותיהם לצורך קיום מצוות כיבוד אב ואם.

2. כיבוד הבעל ואשתו על ידי ילדיהם

בשו"ת אגרות-משה (ח"מ ח"א סי' ה) דן הר"מ פיינשטיין באיש ואישה הגרים בנפרד בשני מקומות שונים, ובאים לדין – מי הולך אחרי מי? האם האישה יכולה לדרוש שבעלה יבוא לדון בעירה, או להיפך? וז"ל:

עכ"פ כבוד זה, שהוא מענייני התחייבות, והוא גם דין בין מהאישה להאיש ובין מהאיש להאישה, לא שייך שיכריח זה שהיא תלך לב"ד שבמקומו, כיון דיש גם טעם להיפוך.

לפי האמור שם, אם הבעל והאישה מסוכסכים ביניהם ועומדים לפני גירושין, אף על פי שעדיין לא התגרשו, בטלה התחייבותם ההדדית לכבד זה את זה. ואף שיש מקום לשאול: הרי יתר ההתחייבויות ההדדיות לא פקעו, כגון מזונות, ומדוע חובות הכיבוד פקעו? וצריך לומר שכבוד הוא יחס נפשי, ואין אפשרות לדרוש יחס כזה כאשר הרקע הנפשי בטל. מה שאין כן חיובי ממון.

לפי זה, יש לדון מחדש בבן להורים מסוכסכים, שלא התגרשו עדיין, הנקלע למצב המובא בגמרא (קידושין לא, א), שאביו אומר השקיני מים ואימו אומרת השקיני מים, ושם נשאלה השאלה איזה מהם קודם? בגמרא שם נפסק: "הנח כבוד אמך ועשה כבוד אביך, שאתה ואמך חייבים בכבוד אביך". אבל לפי המובא לעיל, במצב של סכסוכים ערב גירושין אין האישה חייבת עוד בכבוד בעלה, ואז יהיה הדין כמו לאחר גירושין, שאז אמר ר' יהושע: "הטל להן מים בספל וקעקע להן כתרנגולין". כלומר, אין הבן חייב להעדיף את כבוד האב, אלא שניהם שווים.²²

אולם בימינו נעשתה לכאורה השאלה רלוונטית לא רק לשעת סכסוך, חלילה. אם נניח שהאב והאם שווים בפועל, כשתהיה התנגשות כזו בין

22. בעניין דומה, עי' שו"ת באהלה של תורה ח"ה סי' מה.

דרישותיהם של האב והאם, האם נאמר שהשתנו הטבעים, ושוב אין הבן צריך להעדיף את אביו על פני אימו? כמדומני שמסקנה כזו תהיה מופרזת. גם בימינו כיבוד האב צריך להיות קודם לכיבוד האם, לפחות משום שגם כיום החובה לפרנס את הבן וללמדו תורה מוטלת בעיקרה על האב.

אבל אם כן, צריך עיון מה יהיה הדין במשפחה שבה האם היא המפרנסת העיקרית, והיא המגדלת את הילדים לתורה? הרי לימוד התורה העיקרי נעשה היום דרך סוכני משנה – בית הספר, ולא האב – האם היא זו הנמצאת עם הילדים ועוזרת להם בהכנת שיעוריהם, גם אלו התורניים. האם הבן יתחייב בכבוד אימו יותר מאשר בכבוד אביו? הרי מה שהבן מתיירא יותר מאביו הוא מפני שמלמדו תורה (קידושין לא, א)! האם נאמר שמכיוון שלא האב מלמדו תורה בפועל, אלא האם, האם מוראה חייב להיות גדול יותר משל האב?

מסתבר שגם כיום זו היא חובתו העקרונית של האב ללמד את בנו תורה, ולא חובתה של האם. גם אם האם מממנת את לימודי בנה, דינה כאדם הפורע את חובו של חברו. ואף אם היא מלמדת את בנה תורה, יש לראות בה שליחה של האב לעניין זה. מכיוון שכך, חובת הבן לכבד את אביו קודמת לחובתו לאימו (אם כי אין ספק שאם המלמדת את בנה תורה ראויה לכבוד נוסף, יתר על היותה אם).

במה דברים אמורים? כאשר יש תיאום מלא בין ההורים באשר לחינוך ילדיהם, ורק משום שהאב עסוק מאוד, האם רואה את עצמה כממלאת מקומו בחינוך הילדים. אך אם האב אדיש לחינוך ילדיו, או כשהם מסוכסכים, והאם נטלה על עצמה את האחריות לחינוכם, יש מקום לומר שהיא אינה רואה את עצמה שליחתו של האב (אלא אם כן נאמר שהיא מזכה אותו שלא בפניו, אם הוא רואה בכך זכות). במקרה זה יש להסתפק אם הבנים חייבים להעדיף את כבוד אביהם על פני כבוד אימם. בכל זאת נראה, שמכיוון שהאחריות העקרונית לחינוכם ולפרנסתם מוטלת בעיקר על האב – חובתם לכבדו יותר. אומנם, אם האב מזניח את ילדיו, יש להחשיבו כרשע.²³ ועוד: ייתכן שבמקרה כזה יש להחשיב את אימם מורתם לרבם, והרי כבוד הרב קודם לכבוד האב. על כל פנים, העולה מכל זה הוא שחובת הכיבוד של האישה את בעלה הינה חלק מהסכם בלתי כתוב בין הבעל והאישה ביום נישואיהם. מעתה, אם תימצא אישה מודרנית, שאינה רואה את עצמה מחויבת לחובת הכיבוד של בעלה, האם זכותה לדרוש מילדיה שיכבדוה לפני בעלה או בשווה לו?

23. עי' מאמרו של הרב אלחנן שבת, "כיבוד הורים שאינם שומרי תורה ומצוות", תחומין, ו, עמ' 122 ואילך.

לאור האמור לעיל נראה לענ"ד, שמאחר שגם כיום הבעל הוא זה שחייב לשאת בעיקר עול הפרנסה, הן של האישה והן של הילדים, והוא האחראי לחינוכם, וממילא לאווירת הבית, הוא נחשב כראש המשפחה. על כן, על האישה לכבדו, בין היתר כדי לתת דוגמה נאותה ליתר בני הבית. במקביל, כמובן, חייב הבעל לכבד את אשתו יותר מגופו.²⁴

ו. עריכת חוזה שותפות

העולה מכל מה שכתבנו הוא שיש דברים שבהם מוסכם על הכול שהנוהג מחייב שותפות מלאה בין בני הזוג; יש דברים שהנוהג אינו משנה את ההלכה; ויש דברים מסופקים. כדי להבטיח שותפות מלאה בכל התחומים ולמנוע אי-הבנות וחילוקי דעות, יש מקום להציע, ברוח פסיקתו של המהר"י בן לב שהובאה לעיל (פרק ד), לכל זוג שיחתום עוד לפני הנישואין על הסכם שותפות ביניהם.

אלא ששותפות כזו תלויה במחלוקת הרמב"ם והראב"ד (הל' שלוחין ושותפין פ"ד ה"ב). הרמב"ם פסק:

האומנין שנשתתפו באומנות – אע"פ שקנו מידם, אינן שותפין. כיצד? שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהן בשווה, אין כאן שותפות כלל, שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם. אבל אם היו לוקחין הבגדים בממון עצמן, ותופרין אותן ומוכרין ולוקחין השתי והערב ממעותיהן ואורגים ומוכרין ונשתתפו במעות שלוקחין בו – הרי אלו שותפין, וכל מה שירויחו בשכר מלאכתן ובמשאן ובמתנן הרי אלו לאמצע.

על כך השיג הראב"ד:

ורבותי הורו, שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקניין, כדין עבדים, וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן.

בעקבותיהם נחלקו המחבר והרמ"א (ח"מ קעו, ג). ולכאורה, לנוהגים כהרמ"א, שנקט כדעת הראב"ד, תנאי כזה הוא בר תוקף; אולם לנוהגים כמרן, הסובר כדעת הרמב"ם, תנאי כזה אינו בר תוקף.

מיהו המהר"י בן לב (ח"ב סי' כג) הראה דרך שבה גם הרמב"ם יודה לראב"ד:

24. רמב"ם הל' אישות פט"ו ה"ט.

מצד אחד, הבעל חייב לכבד את אשתו "יותר מגופו", מצד שני, האישה חייבת לכבד את בעלה "יותר מדי" (שם הל' כ). לכאורה שניהם שקולים. בכל זאת "יותר מדי" הוא כנראה מעט יותר מ"יותר מגופו". חוט השערה הזה, המבדיל בין שניהם, יוצר את העדיפות היחסית של האב על האם.

וכבר היה אפשר לומר, דאפילו הרמב"ם והרמב"ן ז"ל מודו בכי האי גוונא דמחייב את עצמו דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ויוכל להתקיים ענין השותפות, וכמו שכתב הרב בעל הטורים זאת הסברא בסימן ס בלי שום חולק. והרב בעל המישרים כתב גם כן, וזה לשונו: "דע"כ יש הפרש בין מחייב עצמו בחוב למקנה, כי מחייב את עצמו יכול לשעבד את עצמו, ואע"פ שאינו ברשותו. אבל מקנה שנותן או מוכר אינו יכול להקנות דבר שאינו ברשותו". עד כאן. וכבר בא מעשה לידי במי שהקנה לחבירו וחייב את עצמו בסחורות שלא היו בידו וברשותו, וכתבתי בכל אלו החקירות, אי הרמב"ם והרמב"ן מצו למימר כסברת הראב"ד והתוספות והרא"ש.²⁵

בשו"ע (חו"מ ס, ו) פסק כדעת הטור, אף שבס"י קעו פסק לעניין שותפים כמו הרמב"ם.

לפי הצעה זו, תוקפו של הסכם השותפות לא יפוג עם הנישואין, אלא יימשך למשך כל תקופת הנישואין, עד לפירוקם בדרך של גירושין או אלמנות, או עד שביה"ד יקבע שהשותפות תפורק. תוקפו של חוזה שותפות כזה, הנחתם בין בני הזוג לפני הנישואין, עומד בפני עצמו, ולא יתערער כתוצאה מהנישואין וחתימת הכתובה שתבוא אחריו. מאידך גיסא, גם לכתובה שתיחתם עם הנישואין יהיה תוקף. הבעל יתחייב בכל האמור בכתובה, אולם מימוש התחייבותו ייעשה מרכושם המשותף, שהרי אין לו רכוש פרטי משלו.

לפי הצעתנו, הרכוש המשותף יישא בכל הוצאות המשפחה. עם זאת, כאשר הסכום לא יספיק, כגון שהאישה חולה וכדו', הבעל יתחייב לכלכל את מחלת אשתו, שהרי התחייב לכך במיוחד, מעבר להסכם השותפות ביניהם, ומעולם לא נפטר מחיובו זה.

ואם ישאל השואל: לשם מה לסרב כל כך את המערכת? מדוע לא נסתפק בחוזה שותפות בלבד במקום הכתובה? אף אתה אמור לו, על פי הנחת היסוד שהנחנו בתחילת דברינו (פרק א), על התפיסה האורגנית של המשפחה על פי ההלכה: ברצוננו להבטיח את זכויותיה של האישה בכל המצבים האפשריים. מכיוון שהאישה היא היולדת והמיניקה את הילדים, יכולתה לעמוד בהתחייבותה להיות שותפה מלאה בכלכלת הבית אינה תמיד בת ביצוע. לכן, הבעל הוא שחייב לשאת בעיקר בעול, והאישה רק מצטרפת אליו על פי אפשרויותיה. זאת הסיבה שבגללה לא אפשרו חז"ל, לדעתנו, לאישה, לוותר

25. וכן פסק מהר"י בן לב גם בס"י לו וס"י לח.

על רפואתה שיש לה קצבה, וכללו אותה בזכות פדיונה. אפילו ויתורה על מעשה ידיה מתאפשר רק כאשר די בכך לפרנס את עצמה. אולם כשהיא אינה יכולה לפרנס את עצמה, בעלה חייב במזונותיה, למרות ויתורה עליהם. העיקרון המנחה אותנו הוא זה האמור בראשית דברינו: גישת ההלכה היא התפיסה האורגנית של המשפחה, הבנויה על מערכת חובות שבהן נושא כל אחד מבני המשפחה. לאיש יש חובות שאין לאישה; לאישה יש חובות שאין לאיש; ולשניהם יש חובות כלפי ילדיהם; וכן לילדים חובות כלפי הוריהם. זכויותיו של כל אחד ואחד נגזרות מחובותיו – בזה ייחודה של המשפחה הישראלית.²⁶

סיכום

הבאנו מדגם של כמה מקרים בחיי הזוג – שירותים אישיים של האישה לבעלה, פירקונה, רפואתה, חיוב הבעל במזונותיה, כיבוד הורי הבעל והאישה וכיבודם על ידי ילדיהם. בחלקם מנהג השיתוף מחייב גם לפי ההלכה, לדעתנו; בחלקם – לא; ובחלקם יש להסתפק. כמו כן הצענו דרך לצאת מכלל ספק. אך, כאמור, לא באנו לקבוע מסמרות אלא רק לעורר את המחשבה ולמצוא מענה לשאלות שהזמן גרמן בחיי המשפחה.

משלל הנושאים שהעלינו, נמצאנו למדים שמערכת היחסים במשפחה מורכבת, יש בה פנים לכאן ולכאן, להעדפת צד אחד מכאן, להעדפת הצד האחר מכאן ואף לשותפות מאוזנת, יש בה מקום לחובות מכאן ולזכויות מכאן. אך מעל כולם עומד ערכה של המשפחה כיחידה אורגנית אחת. יש בה איברים שונים ויש צורך לשמור ולטפח כל איבר ואיבר ואת כולם ביחד. "ויקרא את שמם – אדם" (בראשית ה, ב)!

26. הערת העורך (ע"א): על כך עי' בהרחבה במאמרו של הרב ד"ר יצחק ברויאר, "משפט האישה, העבד והנוכרי", בספרו "ציוני דרך" (נדפס גם במוריה, הוצ' מוסד הרב קוק תשמ"ב), המופיע באתר האינטרנט של מרכז "אחוזה".

רשימת הכותבים

הרב יעקב יהודה יקיר	פסגות; ראש בית המדרש 'תורת המדינה – בית אורות', ירושלים
הרב יובל גלאס	הרצליה; חוקר במכון מחקר תורה וחברה, גרעין תורני הרצליה
הרב ד"ר שראל ויינברגר	בנימינה; רב קהילה, לשעבר חוקר במרכז 'אחוה', ניצן
הרב זאב שמע	באר שבע; חוקר במרכז 'אחוה', ניצן
הרב מיכאל פואה	מצפה נטופה; עמית מחקר במרכז 'אחוה', ניצן
הרב יעקב אריאל	רמת גן; רב העיר תש"ן-תשע"ח