

עגונות

עקרונות-על בהלכה

הרב יהודה ברנדס

היתר עגונות

הפרקים האחרונים של מסכת יבמות עוסקים בהיתר לאישה שבעלה נעדר להתייבם או להינשא.¹ המושג המקובל לאישה שאינה יכולה להינשא הוא "עגונה", ושורשו, כנראה, ב"עוגן", הקושר את הספינה למקומה ואינו מאפשר לה להמשיך לשוט. ראשונה השתמשה בשורש הזה נעמי בשיחתה עם כלותיה:

הֲלֵהֶן תִּשְׁפְּרְנָה עַד אֲשֶׁר יִגְדְּלוּ הֵלֶהֶן תִּעְגְּנָה לְבִלְתִּי הָיֹת לְאִישׁ אֶל בְּנָתִי כִּי מֵר לִי מְאֹד מִכֶּם כִּי יִצְאָה בִּי יָד ה'!²

כגמרא במסכת בבא בתרא קושרים את המושגים:

המוכר את הספינה מכר את התורן ואת הנס ואת העוגין ואת כל המנהיגין אותה.

עוגין — תני רבי חייה אלו עוגינין שלה וכן הוא אומר (רות א) הלהן תשברנה עד אשר יגדלו הלהן תעגנה לבלתי היות לאיש.³

הרב ד"ר יהודה
ברנדס עומד
בראש בית המדרש
כבית מורשה

1 שיעור סיכום לאחר לימוד הפרקים האחרונים במסכת יבמות, בית מורשה, זמן קיץ תשס"ו. תודתי ללומדים וללומדות בבתי-המדרש בבית מורשה, ולעמיתיי, הרב ד"ר בני לאו והרבנית עו"ד מיכל טיקוצ'ינסקי, על השתפות בלימוד ועל הביקורת הבונה.

2 רות א, יג.

3 בבא בתרא עג, ע"א.

המושג ”עגונות“ משמש במקורות חז”ל לא רק לנשים שאסור להן להינשא, אלא לכל מי שאינה נשואה. בביקורת על נדב ואביהוא מוזכרות הנשים הפנויות שהמתינו להם שיישאון, כעגונות.⁴ גם אישה נשואה, היושבת וממתנת לבעלה שנסע למרחקים נחשבת לעגונה.⁵ עם זאת, אף-על-פי שכל אישה היושבת לבדה ואינה חיה חיי אישות בקשרי נישואין סדירים עם בעלה, נחשבת ל”עגונה“, השימוש העיקרי במונח ”עגונה“ הוא לאשת איש שאינה יכולה להינשא מכיוון שלא השתחררה מכבלי העיגון לבעל, אם מפני בעיה בהסדרת הגט, ואם מפני חוסר ידיעה להיכן נעלם הבעל.

העגונות שבהן עוסקים הפרקים האחרונים של מסכת יבמות⁶ הן עגונות מן הסוג השני, נשים שבעליהן נעדרים והן מבקשות להינשא בשנית מאחר שקיימות עדויות על כך שהבעל מת. פרקים אלו עוסקים במצבים שונים שבהם אין העדויות מבוססות די הצורך.

עקרון-העל של דאגה לעגונות עומד בבסיסם של פרקים אלו ומאפשר להקל ולהתירן להינשא אף שהעדויות אינן עדויות מספקות מבחינת כללי דיני העדות. בכל המקרים הנידונים במשנה, אין שני עדים כשרים ובלתי מעורערים המעידים שראו באופן ברור ומוחלט את מיתת הבעל.

העדויות הפגומות שבהן מדובר בפרקים אלו הן: הסתמכות על עדות האישה עצמה, הסתמכות על עדות קרובים ופסולי עדות אחרים, הסתמכות על עדותו של עד אחד, וקבלת עדויות שאינן מבוססות על ראייה ישירה אלא על ראיות נסיבתיות, או על זיהוי לא-מוחלט של המת.

העיקרון של מניעת עגינות הוא עקרון-על בהלכה, הגורם לקולות בתחומים נוספים של הלכות אישות.⁷ דוגמה לתחום כזה מצויה בהלכות גיטין, שם הקלו להתיר לקבל חתימת עדים שאינם יכולים לקרוא ולחתום את שמם כראוי על הגט, כדי ”שלא יהו בנות ישראל עגונות“,⁸ אף שבשאר שטרות אין חתימתם מתקבלת.

הביטוי ”משום עיגונא אקילו בה רבנן“ מופיע פעמים אחדות בש”ס,⁹ והוא הביטוי המובהק לעקרון-העל שאנו עוסקים בו. ובלשונו של הרמב”ם: ”הקלו חכמים בדבר זה ... כדי שלא ישארו בנות ישראל עגונות“.¹⁰ אולם העיקרון הזה אינו מנוסח בצורה ברורה במקורות תנאיים או בשם אמוראים. לפיכך יש לברר תחילה כיצד הסיקה אותו הגמרא מהלכות הסדרות במשנה.

4 ויקרא רבה, פרשה כ, י.
 5 איכה רבה, פרשה א, א.
 6 בעיקר פרק עשירי: 'האשה רבה', ושני הפרקים האחרונים: פרק טו – 'האשה שהלכה', ופרק טז – 'האשה שלום'.
 7 למקורות רבים בנושא עיינו י”ז כהנא, ספר העגונות, ירושלים תשי”ד.
 8 גיטין יט, ע”ב.
 9 יבמות פח, ע”א ומקבילות.
 10 רמב”ם, משנה תורה, הלכות גירושין, יג, כט.

תצא מזה ומזה

המשנה בפרק עשירי ביבמות, העוסקת בבעיה הקלסית של העיגון – "אשה שהלך בעלה למדינת הים" ולא שב – מדגישה מאוד דווקא את החומרה והחששות בהיתר האישה להינשא כאשר הבעל נעדר. היא פותחת בתיאור המקרה של ההיתר השגוי ובנוזקיו: "האשה שהלך בעלה למדינת הים, ובאו ואמרו לה מת בעלך, ונשאת, ואחר כך בא בעלה"¹¹. זהו המקרה המפיל את חיתתו על פרשת היתרי העגונות כולה. כשמתרחש אסון כזה, נאסרת האישה על שני הבעלים, הקודם והנוכחי. הילדים שנולדו לה מן הבעל השני ממזרים, והיא מפסידה את כל זכויותיה הממוניות משני הבעלים.¹² הניסוח של המשנה הוא ניסוח "פיוטי"¹³ שנועד להבהיר את עוצמת האסון:

תצא מזה ומזה
 וצריכה גט מזה ומזה
 ואין לה כתובה
 ולא פירות ולא מזונות ולא בלאות
 לא על זה ולא על זה
 אם נטלה מזה ומזה תחזיר
 והולד ממזר מזה ומזה
 ולא זה וזה מטמאין לה
 ולא זה וזה זכאין:
 לא במציאתה ולא במעשה ידיה ולא בהפרת נדריה
 היתה בת ישראל – נפסלה מן הכהונה
 ובת לוי – מן המעשר
 ובת כהן – מן התרומה
 ואין יורשים של זה ויורשים של זה יורשים את כתובתה
 ואם מתו –
 אחיו של זה ואחיו של זה חולצין ולא מיבמין¹⁴

החשש מפני הסכנה של היתר שאינו מבוסס אמור להכתיב מדיניות שקולה וזהירה עד מאוד בהתרת עגונות. אולם מן העבר השני מתגלה גישה מקלה ביותר בסדרי העדות. מתקבלות עדויות שברוך כלל נחשבות לפסולות: "הכל נאמנים להעידה"¹⁵.

11 יבמות י, א.

12 דוגמה לסיפור מחריד כזה מופיעה בשו"ת ממעמקים של הרב אשרי מקובנה, חלק ג, סימן ט.

13 ראו א' וולפיש, 'שיקולים ספרותיים בעריכת המשנה ומשמעויותיהם', נטועים, א (תשנ"ד), עמ' 60-33, ובפרקי המבוא של הדיסרטציה שלו 'שיטת העריכה הספרותית במשנה על פי מסכת ראש השנה', ירושלים תשס"א.

14 משנה יבמות, שם.

15 יבמות טו, ד. במשנה מוזכרות חריגות בודדות בלבד מן הכלל הזה, ולא נעטוק בהן כאן.

בראש ובראשונה, האישה עצמה נאמנת להעיד. כמו כן, נאמנים בעדות זו גם נשים, גם נוכרים המסיחים לפי תומם, גם עד אחד, עד מפי עד, מפי עבד, מפי שפחה.¹⁶ נאמנות זו מנוגדת לכלל היסודי בהלכות עדות “אין דבר שבערווה פחות משניים”.¹⁷

ההסבר המוצע בגמרא לקולא זו הוא “משום עיגונא אקילו בה רבנן”.¹⁸ כלומר, קיים עקרון-על בהלכות אישות, שעניינו למנוע עיגון של נשים.

אפשר להסביר את העיקרון הזה בשתי דרכים: האחת אישית – הדאגה המובנת לטובתה של האישה; והשנייה חברתית – חכמים לא ראו בעין יפה את נוכחותן של נשים פנויות בחברה, וסברו שיש בכך כדי לערער את יציבותה של הקהילה ושל המשפחות שבה.

בהלכות עגונות עומדים תמיד זה כנגד זה שני עקרונות מתנגשים. מצד אחד קיים הרצון לשחרר את האישה מכבליה ולאפשר לה להינשא מחדש ולהקים בית בישראל. מצד אחר רובצת תמיד הסכנה שהנישואין הראשונים לא בטלו, הבעל יופיע לפתע, ויתברר ששני בתיים חרבו באחת: הבית הראשון, שהותר והופקע שלא כדין, והבית השני, שהוקם טרם זמנו, ולא זו בלבד שאין לו קיום לגיטימי, אלא שהוא גם הופך להיות בית של איסור: עברות עריות ופרייזן – ממזרות, רחמנא ליצלן.

מובן שעצם העובדה שיש רצון למנוע עגינות אינה מספיקה להתיר אישה שבעלה נעדר, ועדיין יש צורך לקבוע מסמרות משפטיים שעל-פיהם יופעל כוח ההיתר הזה. השאלה היא כפולה: האחת, כיצד גובר עקרון-העל של מניעת עגינות על עקרון היסוד של הלכות עדות; השנייה, כיצד מאפשר עקרון-העל של מניעת עגינות להתגבר על החשש הֶרְאֵלִי מהופעתו של הבעל הראשון ומהחרכת עולמם של האישה וביתה.

לכאורה, אפשר היה להסדיר את החשש מפני הופעת הבעל על-ידי פתרונות משפטיים מתוחכמים יותר או פחות שהיו בידי חכמים. חלקם הם פתרונות מראש, כדוגמת חיוב הבעל היוצא לדרך רחוקה במתן גט-על-תנאי, וחלקם פתרונות שבדיעבד, כדוגמת הפקעת קידושין, שתידון להלן.

ואולם דעת חכמים אינה נוחה מפתרונות אלו. באופן כללי אפשר לומר שבפתרונות מן הסוג הזה יש שני חסרונות, המשלימים זה את זה. החיסרון האחד הוא בכך שהנישואין אינם ערך משפטי בלבד, אלא ערך אנושי ומציאותי. הופעתו של הבעל אינה טענה “משפטית” המערערת את נאמנות האישה, אלא מצב אנושי קשה ומשבר חמור. בית-דין יכולים להפקיע ממון על-ידי “הפקר בית דין הפקר”, ולהפקיע קידושין על-ידי “כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש”, אולם הם אינם יכולים להפקיע חיים בפסק דין. לפיכך הבעל החי הוא מציאות הטופחת על פני האישה, על פני הבעל האחר ועל פניה של המערכת המשפטית כולה. חובת הזהירות מפני מציאות כזאת היא אפוא חובה רְאֵלִית, ולא רק עמדה הלכתית.

16 יבמות טז, ה-ז.

17 יבמות פח, ע”א ומקבילות.

18 הרב אליעזר ברקוביץ, ההלכה כוחה ותפקידה, ירושלים תשמ”א, עמ’ 150-151.

הבעיה השנייה הכרוכה בבעיה הראשונה היא המגמה של התורה לקדש את מערכת הנישואין, לבצרה ולחזקה. רבים מן הפתרונות המוצעים לפתרון בעיית העגונות, בין שמדובר בתקנה מראש, דהיינו התניה בהסכמי קדם הנישואין, גט על תנאי וכדומה, ובין שמדובר בתקנה שלאחר מעשה, דהיינו הפקעת קידושין – פתרונות כאלה מרופפים את התוקף המוחלט והבלתי מתפשר של מסגרת הנישואין,¹⁹ והפוסקים אינם נוטים לקבל פתרונות מן הסוג הזה. אם נמשיך את הדימוי של עגינה, הרי שמטרת מצוות הקידושין והגיטין, יבמות וכתובות, היא לעגן את ספינת הנישואין עגן היטב בקרקע מוצקה, כדי שלא תתנודד כקליפת אגוז על המים הסוערים של היצרים והתאוות וחולשות האנוש מצד אחד, ועל משברי הגלים החברתיים המתנפצים אל סיפונה של ספינת המשפחה מצד אחר.²⁰

לפיכך עולם ההלכה ועולם הפסיקה אמורים לנווט את דרכם בזהירות בין שני קטבים אלו – הצורך להתיר עגונה והצורך לשמור עליה מפני חורבן עולמה לאחר שתינשא מחדש. מתוך כך מעוצבים דיני עגונה בש"ס ובפוסקים. בהמשך המאמר נעקוב אחרי מקצת הגלגולים והפרטים של הלכות עגונות כדי להמחיש את מימושו של הרעיון הבסיסי שתואר עד כאן.

עקרונות על בהלכה

ההלכה מורכבת מפרטים ומכללים. חכמים ממליצים לעסוק בכללים, גם בשל התועלת הטמונה בהם לזכירה ולהבנה וגם בשל השימוש הנעשה בהם במלאכת הפסיקה.²¹ הכללים עצמם נחלקים לסוגים שונים. יש כללי פסיקה, הקובעים את מעמדן של מצוות מסוימות או קבוצות של מצוות, כדוגמת דאורייתא-דרבנן, כריתות ומיתות בית-דין, הלכות ומנהגים. יש כללים הקובעים כמי לפסוק במחלוקת ואימתי לפסוק לחומרא או לקולא. יש כללים הקובעים הנחות יסוד לגבי העשייה האנושית, כדוגמת חזקות, כגון "חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו". הכללים משקפים לעתים קרובות עמדות עקרוניות, הנוגעות ליסודות הרוחניים ולמערכת הערכים הבסיסית היונקת משרשי האמונות והדעות של התורה.

במחקר ההלכה נוהגים לכנות חלק מתפיסות היסוד העקרוניות הללו בשם "מטא-הלכה", שבתרגום לעברית משמעותו "מעל ההלכה". זהו ביטוי מטעה, מכיוון שהוא יוצר הבחנה כביכול בין ההלכה עצמה ובין מה שמעבר להלכה או מחוץ לה. האמת היא שהכללים אינם נובעים מאיזו מערכת חיצונית ונבדלת אלא הם חלק אינטגרלי ומובנה בתוך ד' אמותיה של ההלכה עצמה.²² השימוש במונח המסורתי "כללים" מלמד שאין

19 עיינו בחידושי הרשב"א על כתובות ג, ע"א, ד"ה 'כל המקדש', המסביר מדוע אי אפשר להשתמש בהפקעת קידושין "בכדי", אף-על-פי שהוא מבין היטב שזהו פתרון נוח ביותר לבעיות ממזרות.

20 להצעות פתרון שונות ולביקורת הפוסקים על פתרונות אלו ראו א"ח פריימן, סדר קידושין ונישואין, ירושלים תש"ה, עמ' שעז-שפה.

21 עיינו ספרי דברים, פיסקא שו, עמ' 336-338.

22 ראו הרב יעקב אריאל, 'מטא-הלכה בפסיקת הרב קוק', הצופה, מוסף ספרים וספרים, עש"ק פרשת בלק, ח' בתמוז תשס"ה, 1.7.2005, ובאתר האינטרנט של עיתון הצופה.

מדובר בחידוש של המחקר החדש. התביעה לעסוק בכללים מופיעה כבר בדברי חז"ל, וקבצים וחיבורים העוסקים בכללים ובעקרונות היסוד של ההלכה נתחברו בכל הדורות והיו כר פורה לעיון וללימוד.

בכותרת המאמר בחרנו להשתמש במושג "עקרונות-על" ולא במונח המקובל "כללי הלכה" מכיוון שביקשנו להתמקד בסוג מסוים של כללים. אלו הם כללים המבטאים התייחסות עקרונית לתחום מסוים בהלכה, והם חושפים השקפת עולם יסודית בתחום מוגדר של מצווה או מערכת הלכות מסוימת. לדוגמה, כללי הפסיקה "יחיד ורבים הלכה כרבים" או "הלכה כרבי יוסי מחברו", בהיותם מקיפים את כל הש"ס, שייכים למגננון הכללי של הפסיקה, ואינם מבטאים עמדה מסוימת כלפי תחום מסוים. לעומתם הכללים "הלכה כדברי המקל בעירובין", "הלכה כדברי המקל באבל" או "אין הולכין בממון אחרי הרוב", משקפים עמדות עקרוניות בנושאים המסוימים שבהם הם עוסקים. העיון בהם, בטעמיהם ובדרך השימוש בהם מאפשר לחשוף עמדות עקרוניות של בעלי ההלכה בנושאים הנידונים. עיון בעקרונות-העל של ההלכה הוא במובן מסוים עיון במערכת הערכים של התורה, כפי שהיא משתקפת בעולם המעשה ההלכתי.

מחקר ההלכה המודרני מרבה לעסוק בניסיון לחשוף השקפות עולם חיצוניות המשפיעות על עיצוב ההלכה של הפוסקים. דומני שמגמה זו אינה מקרית. היא נובעת מן הרצון לכפוף את ההלכה למערכות שיקולים חיצוניות ולאפשר בכך הכנסתן של מערכות נוספות כאלה לתוך הפסיקה ההלכתית בימינו. אם מניחים שההלכה מתקיימת בנפרד מן המטא-הלכה, והמטא-הלכה "מכופפת" לעתים את ההלכה, ניתנת לגיטימציה להכנסת שיקולים כביכול חוץ-הלכתיים לעיצוב ההלכה ופסיקתה. משל למה הדבר דומה? ליחסי הדרג המדיני והצבאי בישראל. הצבא שייך לרשות המבצעת, והוא כפוף להחלטות הדרג המדיני. במובן הזה הצבא הוא "ניטרלי": יחליט הדרג המדיני להורות לו לצאת למלחמה, יצא למלחמה; יחליט הדרג המדיני להורות לו לעקור יישובים, יעקור יישובים; יחליט להורות לו לתמוך בכינונם ובחיוזוקם של מאחזים בלתי חוקיים – יתמוך בכך. וכן הלאה.

בדומה לכך מתייחסים מקצת חוקרי המטא-הלכה ליחסים שבין ההלכה למטא-הלכה. ה"מטא" היא קובעת המדיניות, ההלכה היא הרשות המבצעת. לפיכך, אם משתנה הרוח – תשתנה ההלכה. והרוח אינה נקבעת על-ידי ההלכה אלא מחוץ לה. משום כך, אם הרוח המודרנית נוטה לליברליזם, תצטרך ההלכה "לספק את הסחורה" ו"ליישר קו" עם דרישות ליברליות.

בדברנו על "עקרונות-על" אנו מבקשים לבחון את ערכי היסוד המונחים בתוך ד' אמותיה של ההלכה. הטענה היסודית היא ששאלות של השקפה והגות אינן חיצוניות לעולם ההלכה, אלא הן הנחות הכרחיות בתוכה, ובלעדיהן אין היא קיימת כלל. מאמר זה מתמקד בבחינת סוגיית היתר עגונות מנקודת המבט של עקרון-העל, כדגם לתפקידם של עקרונות אלו.

אחד התחומים שבהם מרביתם כיום לדבר על הצורך של ההלכה להתחדש ולהציע פתרונות ההולמים את רוח השעה והדור הוא תחום העגונות.²³ הרושם הנוצר לפעמים מן השיח הציבורי בנושא העגונות הוא שהפוסקים והדיינים מוגבלים ומצומצמים לכאורה ביכולתם להקל על מצוקת העגונות. מכיוון שמניעי הפעולה שלהם הם "הלכתיים" בלבד, והצורך לדאוג לבעיה האישית והחברתית אינו חלק מתפיסת עולמם כאנשי הלכה, לפיכך אין ביכולתם להיענות לצרכים הללו. כנגדם מוצגת גישה "מטא-הלכתית" המושפעת מהלכי רוח מקובלים בחברה המודרנית, ובכלל זה עמדות הומניסטיות וליברליות המתחשבות יותר בצורכי הפרט, ועמדות פמיניסטיות הרגישות יותר למעמדן של הנשים.²⁴ הגברים והנשים הדוגלים בגישה הזאת מציבים לפני הדיינים דרישה להגמשה ולמציאת פתרונות הלכתיים ש"יבואו לקראת" הנשים העגונות.²⁵

טענת היסוד העולה מלימוד הפרקים במסכת יבמות היא ש"הליכה לקראת" נשים עגונות אינה ערך "מטא-הלכתי", אלא היא יסוד מוסד בהלכות עגונות מקדמת דנא, היא מעצבת את גופי ההלכות ואת שיקולי הפוסקים בכל הדורות. את הסיבה למתח סביב בעיית העגונות יש לחפש במקום אחר, ולא בפער כביכול המתקיים בין הלכה למטא-הלכה.²⁶

23 אין ככוונת מאמר זה לדון במכלול הבעיות של עגונות, ולא נעסוק כאן בכלל בבעיה הקרובה, אך השונה במהותה, של "מסורבות גט". בעיית העגונות נוגעת לנשים שבעליהן נעדרים, ואילו מסורבות גט הן נשים שנקלעו לקשיים עם בעלים הנמצאים בפניהן אך מסרבים לפטור אותן בגט. הלכות עגונות שייכות למסכת יבמות, והלכות מסורבות גט שייכות למסכת גיטין. הבעיה העיקרית הרובצת לפתחם של הפתרונות למסורבות גט היא החשש מ"גט מעושה", ואילו הבעיה העיקרית הרובצת לפתחם של הפתרונות לעגונות הוא החשש שמא הנעדר שהוכרו כמת יופיע לפתע בבחינת "בא הרוג ברגליו".

24 דיון מעמיק במטא-הלכה ובשינויים בהלכה האורתודוקסית הנדרשים בעקבות המהפכה הפמיניסטית ראו במאמרה של תמר רוס, 'אורתודוקסיה, נשים ושינוי ההלכה', עמחי ברהולץ (עורך), מסע אל ההלכה: עיונים בין-תחומיים בעולם החוק היהודי, תל-אביב 2003, עמ' 387-437.

25 הביקורת על זהירות-היתר של החכמים במתן היתר לנשים להינשא היתה אחד מכלי זיגם של סופרי תקופת ההשכלה, כגון הפואמה המפורסמת של י"ל גורדון 'קוצו של יוד' (נכתבה בשנת תרל"ה, נדפסה במהדורת כל שיריו, הוצאת פטרבורג תרמ"ד), ובעקבותיה מאמרו של מ"ל לילינבלום 'פתח תקוה', שהציע פרוגרמה שיטתית לתיקונים בהלכות אבן העזר (כל כתביו, קראקא תר"ע-תרע"ב). הרומן די עגונה שכתב הסופר היידי חיים גראדה (ותרגומו לעברית: העגונה, תל-אביב תשכ"ב) מציג עמדה מורכבת ומאוזנת יותר, באשר הוא משמיע את קולו של פוסק "מקל" הנוטה להתיר בעקבות תשובה של הר"א מוורונה. ש"י עגנון התעניין בסוגיה זו כבר באחד מסיפוריו המוקדמים, שעל-פיו שינה את שמו מ'צ'צקס לעגנון: 'עגונות'. הוא חזר ונדרש לכך ב'היה העקוב למישור'. חוקרי עגנון עסקו בסוגיה זו לא מעט. חשוב להזכיר כמובן שחכמים הם שקבעו את עקרון-העל של הקלה משום עגונות, ולכן אי אפשר להאשים אותם באטימות כללית לצורכי האישה. הביקורת יכולה להיאמר בזמן נתון – אפשר להאשים בדור מסוים ובתנאים חברתיים מסוימים את החכמים שאינם עושים די כדי לממש את עקרון-העל ההלכתי בדונם בהלכות הכרוכות בעגונות. בצד הביקורת יש לבחון שמא הנטייה להאשים את החכמים באדישות ובחוסר רצון לפעול או בחוסר רגישות למצוקת האישה נובעת מראייה חד-צדדית של הצרכים; שכן לעתים עמדתם של הדיינים עשויה להיות זהירה יותר מפני שהיא מביאה בחשבון מערכת שיקולים ועקרונות יסוד נוספים המחייבים אותם למשנה זהירות.

26 סוגיה זו טופלה בהרחבה על-ידי חוקרים רבים, מדיסציפלינות שונות, בעיקר בתחומי הפילוסופיה והמשפט. עיינו לדוגמה אצל אבינעם רוזנק, 'אגדה והלכה', מסע אל ההלכה, ובייחוד עמ' 307-312 ובמקורות שציין בהערותיו. ועיינו גם מאמרו 'הלכה, מטא-הלכה והגות דתית מודרנית: קיום

נוסיף ונאמר עוד: ברור לכל מי שעוסק במשפט וחוק, שעקרונות-על אינם מכשירי פעולה ישירים. אם המחוקק או מערכת המשפט מחליטים שיש להחמיר עם עברייני תנועה, אי אפשר לקפוץ ולהחיל על עברייני תנועה מאסרי עולם. ברור שמנגנון החקיקה נדרש להגדיר בפרוטרוט את סדרי העונשין, ומנגנון השפיטה נדרש לפעול על-פי החוקים הקיימים. שופט יכול להחמיר ולהטיל על נאשם שהורשע בעברת תנועה את העונש המרבי המופיע בחוק. אולם הוא אינו יכול לפעול שלא במסגרת דיני הראיות, ולמהר להרשיע נאשם שאשמתו לא הוכחה כראוי. כמו כן, אין הוא יכול להטיל עונש מעבר לעונש המרבי המפורט בחוק.

הוא הדין בעקרונות-על בהלכה. הקביעה ש”הלכה כדברי המקל בעירובין” אינה מאפשרת להקל אלא במקום שיש דעה מקלה במקורות המוסמכים. הקביעה ש”אין הולכים בממון אחרי הרוב” אינה מתירה לשופט לנהוג כראות עיניו בדין שיבוא לפניו – עליו להשתמש בכלים האחרים שהעמידה לרשותו ההלכה כדי להכריע בשאלות ממוניות. כך גם בדיני עגונות, העובדה שקיימת מדיניות עקרונית של השתדלות מרבית לצמצום מקרי העגינות ומשכם, אינה מאפשרת להחליט באופן שרירותי לשחרר אישה מכבלי עגינותה, בצו שאין לו יסוד הלכתי מבורר. כאמור, בפרשת עגונה יש לכך שתי סיבות, האחת כללית והאחת פרטית. הסיבה הכללית היא שמנגנון השיקולים של ההלכה, כמו של כל מערכת משפט, אינו יכול להסתפק בעקרונות, ועליו להתפרט לפרטי פרטים שיש להם תוקף משפטי. משום כך, לא די לומר שנקבל עדות עד אחד להתרת עגונה, אלא יש להבהיר מהו התוקף המשפטי של עדות זו, באילו מן המקרים היא קבילה ובאילו אינה קבילה, במה נבדלת תקפותו של עד אחד מזו של שני עדים, וכיצד באלה.²⁷ הסיבה הפרטית, המיוחדת למקרים של עיגון אישה, היא שכנגד עקרון-העל של מניעת עגינות עומד ערך אחר, שיש להיזהר בו במידה רבה לא פחות, והוא הערך של הגנת האישה מפני תקלה חמורה: קיים חשש מתמיד שהבעל, שהועד על מותו, יופיע לפתע, בבחינת ”בא הרוג ברגליו“. או אז יתברר למפרע שהאישה נישאה באיסור אשת איש, ילדיה יהיו ממזרים, ועוד תקלות ובעיות משניות ייגזרו מכך. חשש האיסור והממזרות מדאיגים לא פחות מחשש העגינות, והמטרה של פרטי ההלכות היא גם לדאוג לכך שלא תהיה קלות-יתר בקבלת ההחלטה על מות הבעל.

הקלו חכמים

לשאלה כיצד אפשר להתגבר על העיקרון ”אין דבר שבערווה פחות משניים“ כדי להקל בעיגון ולהתיר להסתמך על עדויות חלקיות, ניתנו פתרונות אחדים על-ידי המפרשים. נמנה שלושה פתרונות עיקריים:

למחשבת יוסקה אחיטוב, אבי שגיא ונחם אילן (עורכים), תרבות יהודית בעין הסערה: ספר היובל לכבוד יוסקה אחיטוב, תל-אביב תשס”ב, עמ’ 85-116.
 27 יובל סיני, ’חקירת עדי עגונה – להתהוותן של תפיסות משפטיות’, שנתון המשפט העברי, כב (תשס”א-תשס”ד), עמ’ 329-368.

פתרון אחד מבוסס על ההנחה שהחיוב בשני עדים הוא חיוב דרבנן, ולפיכך יכולים היו חכמים לפטור מן החיוב דרבנן. עקרון ההחמרה בעדות מדרבנן נדחה מפני עקרון ההקלה בעגינות.²⁸

פתרון שני מבוסס על ההנחה שהחיוב בשני עדים הוא חיוב דאורייתא, ולכן אי אפשר שחכמים יתירו באופן ישיר אישה מנישואיה על-ידי עדות פסולה מדאורייתא. לדעה זו, חכמים השתמשו כאן באופן חריג בכוח הפקעת קידושין.

פתרון שלישי מבוסס גם הוא על ההנחה שהחיוב בשני עדים הוא חיוב דאורייתא, אולם הוא מניח שבמקרה של עדות עגונה אין צורך בהחלת דיני עדות מלאים.

נפנה עתה לפרט כיצד פועלת ההלכה המקלה לפי כל אחת מן השיטות.

לפי דעתו של הנודע ביהודה,²⁹ הנאמנות של עד אחד להתיר אישה היא מדאורייתא, והוא אף הציע לכך מקור ממדרש ההלכה התנאי, בספרי: "לא יקום עד אחד באיש ... מה תלמוד לומר 'אישה'? לעון הוא אינו קם, אבל קם הוא באשה להשיאה, דברי ר' יהודה". לדעתו, חכמים הם שהחמירו "שאיין דבר שבערווה פחות משניים", והם שהקלו במקום הצורך, כשיש חשש לעיגון. אף-על-פי שהחידוש של הנודע ביהודה מבוסס היטב בלשון מדרש ההלכה התנאי, יש בו ממד מפתיע, מכיוון שהדעה המקובלת ברחבי סדר נשים היא שהדין "איין דבר שבערווה פחות משניים" הוא דין יסודי מן התורה.³⁰

דברי הנודע ביהודה פותרים את השאלה מדוע מסתמכים על עד אחד, אך אין בהם מענה מספק לשאלה מדוע ניתן להסתמך גם על עדות אישה, נוכרי מסיח לפי תומו, עד מפי עד ועד מפי הכתב. הנודע ביהודה מוצא בדברי הרמב"ם רמז להבחנה בין שני סוגי ההיתרים, והצדקתו לשאר ההקלות, מלבד קבלת עד אחד, דומה לצידוק של הרמב"ם, שיוסבר לקמן, כשיטה השלישית.³¹

רש"י והרשב"א סבורים שאין אפשרות לקבל עד אחד להתיר אישה נשואה מן התורה. לפיכך, ההיתר מיוסד לדעתם על תקנת חכמים של הפקעת קידושין: כדי למנוע את העגינות, הפקיעו חכמים את הקידושין מעיקרא. יש שתי דרכים עיקריות להסביר איך חכמים מפקיעים את הקידושין. הסבר אחד הוא שמכוח "הפקר בית דין הפקר" הם מבטלים למפרע את בעלות הבעל על הפרוטה שבה קידש את אשתו, ומתוך כך מתחוויר למפרע שמעולם לא היתה אשתו.³² הסבר אחר ומקובל יותר הוא שהמקדש מקדש "ארעתא דרבנן", דהיינו שכל קידושין הם קידושין על תנאי – שיסכימו להם חכמים. ואם חכמים מחליטים שאין לקיים את הנישואין, מתברר למפרע שהתנאי של רצון חכמים לא התקיים, והקידושין אינם תקפים.³³

28 היסוד להחשיב עדות עד אחד כעדות מספקת מדאורייתא מופיע בפתחת סוגיית הגמרא לפרק 'האשה רבה' (פז, ע"ב) ומבואר שם בראשונים.

29 שו"ת, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן לג.

30 שאלת "עד אחד ביבמה" נידונה לפני רב ששת ביבמות צג, ע"ב. בגמרא ובראשונים על אתר דנו בהבנת תוכן השאלה ובהיקף הבעיה.

31 ראו צוריאל וינר, 'היתר עגונות דאורייתא וגם דרבנן', הגיון, ה (תשס"א), עמ' 105-112.

32 ואם קידש בכיאה – "שויוה רבנן לבעילתו בעילת זנות". עיינו כתובות ג, ע"א ובמפרשים שם.

33 הדרך של הפקעת קידושין כשיטה לפתרון בעיות שונות בענייני נשים, כגון התרת עגונות ופתרון למסורבות גט, נידונה הרבה על-ידי פוסקי זמננו. ראו לדוגמה: י"ד גילת, 'בית דין מתנין לעקור

שיטה זו דחוקה מאוד, משתי סיבות.

ראשית, היות שהיא מניחה שבמקרה של בעל נעדר, התירו את האישה על-ידי הפקעה גמורה של הקידושין מעיקרם, נוצר מצב אבסורדי שבו בעצם אישה זו לא היתה נשואה מעולם, גם אם חיייתה בשלום ובמישור עם הבעל הראשון שנים רבות, נולדו להם ילדים, דור ישרים מבורך. כעת מתברר למפרע שמעולם לא היו נשואים. אמנם אין בכך פגם לילדים, אבל טעם לפגם בכל הנישואין הללו, ודאי וודאי שיש בכך.

שנית, אם מתברר למפרע שמעולם לא היתה אשתו, אין שום סיבה מדוע כאשר יתברר חלילה שהבעל חי, תצטרך לצאת מן הבעל השני, ילדיה ממנו יהיו ממזרים, וכל שאר החומרות שהוזכרו במשנה יתקיימו בה. מדוע לא נאמר שנישואיה השניים כשרים לכל דבר?

כדי לפתור את הבעיה השנייה הסביר הרשב"א³⁴ שביטול הנישואין למפרע היה מותנה בפני עצמו – אם יתברר שהבעל חי, חכמים לא הפקיעו את הנישואין, ואם כן, שבה בעיית הממזרות למקורה. הסברה לכך בדברי הרשב"א היא שחכמים לא רצו לוותר על הסנקציה והאיום המחייבים את האישה, הבעל השני והדיינים להיזהר מאוד בבואם להתיר אותה. אם אכן הפתרון יהיה פשוט כל כך, יאבד ממד ההרתעה, וההחלטה על מות הבעל והנישואין השניים יכולה להיעשות מתוך קלות דעת מסוכנת. לפיכך נעשה ההיתר בדרך כזאת שהאיום לא יוסר. לשאלה הראשונה לא נמצא, לענ"ד, פתרון משיביע רצון בדברי הראשונים. ייתכן שאין גם צורך לחתור לפתרון כזה, שהרי מדובר כאן במצב חריג, מצב של בדיעבד, ותקנת החכמים נועדה להציע פתרון טוב ככל האפשר בנתונים הקיימים, אף כי יש לו מחיר בצרו.

השיטה השלישית היא שיטתו של הרמב"ם, הסובר שלמרות החיוב הכללי בשני עדים מן התורה, במקרה של היתר אישה להינשא אין צורך בשני עדים.

לדעת הרמב"ם חברו שני גורמים להיתר ההסתמכות על עד אחד. העובדה שמדובר ב"מילתא דעבידא לאגלוויי"³⁵ והעובדה שמדובר בשאלה מציאותית ולא בשאלה משפטית:

אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים הערה החמורה, בעדות אשה או עבד או שפחה או גוי המשיח לפי תומו ועד מפי עד ומפי הכתב ובלא דרישה וחקירה, כמו שבארנו.

דבר מן התורה, ספר השנה בר אילן, ז-ח (תשל"ל), עמ' 117-132; הרב אליעזר ברקוביץ, 'הגדרת כוח חכמים לעקור דבר מן התורה', סיני, עה (תשל"ד), עמ' רכז-רלח (וגם בספרו של ברקוביץ, ההלכה כוחה ותפקידה, עמ' 199-214 ולעיל, הערה 118); אליאב שוחטמן, 'הפקעת קידושין – דרך אפשרית לפתרון בעיית מעוכבות הגט?', שנתון המשפט העברי, כ (תשנ"ז), עמ' 349-397; הרב שלמה ריסקין, 'הפקעת קידושין – פתרון לעגינות?', תחומין, כב (תשס"ב), עמ' 191-209; השופט אליקים רובינשטיין, 'לתקנת עגונות', תחומין, כו (תשס"ו), עמ' 190-204.

34 בחידושו לכתובות ג, ע"א.

35 עיינו בשו"ת ריב"ש, סימן קנה, המפרט את הדרגות השונות של "מילתא דעבידא לאגלוויי" ואת ההשלכות של מידת הבררות של הגילוי על מידת האמינות של עדויות לא-תקניות.

שלא הקפידה תורה על העדת שני עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בריו, אלא מפי העדים ובעדותן, כגון שהעידו שזה הרג את זה או הלוח את זה. אבל דבר שאפשר לעמוד על בריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני, לא הקפידה תורה עליו. שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר. לפיכך הקלו חכמים בדבר זה והאמינו בו עד אחד מפי שפחה ומן הכתב ובלא דרישה וחקירה כדי שלא ישארו בנות ישראל עגונות.³⁶

כדי להיטיב להבין את גישתו של הרמב"ם, כדאי לראות את עמדתו הכללית בנושא תפקידו של בית-הדין בתהליך המשפטי:

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת, והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה. ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע. כיצד? הרי שנתחייב אדם שבועה בבית דין, ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה, יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול, הואיל וסמכה דעתו של דיין על דברי זה, אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו, הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו, סומך עליו ודן.

ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד. וכן אם יצא שטר חוב לפניו, ואמר לו אדם שסמך עליו, אפילו אשה או קרוב: זה פרוע הוא, אם סמכה דעתו על דבריו יש לו לומר לזה: לא תפרע אלא בשבועה...

אם כן למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים, ידון על פי עדותן. אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר. כל אלו הדברים הן עיקר הדין. אבל משרבו בתי דינים שאינם הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול, וכן בשאר כל הדינים. ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו, כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה.³⁷

לדעת הרמב"ם, הגורם המכריע בניהול המשפט הוא שיקול הדעת של בית-הדין. כל דיני הראיות וסדרי הנוהל המשפטיים הם כלי עזר לגיבוש דעת הדיין, במקום שבו אין באפשרותו להגיע למסקנות מתוך התבוננות בדברי המתדיינים עצמם. רק כאשר פחתה מעלתם של הדיינים, ולא ניתן היה עוד לסמוך על יושרתם, הפכו הנהלים של בית-הדין לעיקר, ושיקול דעתו של הדיין לערך משני. לפי דעתו הדיין רשאי, ואף חייב, לסמוך על עדותם של אישה או קרוב, המוכרים לו ואמינים בעיניו, אף שפורמלית הם פסולים לעדות. מכך אפשר להבין שחכמים היו יכולים להשתמש גם

36 רמב"ם, הלכות גירושין, יג, כט.
37 רמב"ם, הלכות סנהדרין, כד, א-ב.

בשיקול דעת כללי, שבו במצבים מסוימים הדעת נוטה לקבל גם עדות שאינה עומדת ב"תקן" הרגיל.³⁸

שתי השיטות הראשיות של הראשונים, שיטת רש"י, הרשב"א וסיעתם, ושיטת הרמב"ם, מבוססות על הכוח של חכמים לפעול בדרכים העוקפות את סדרי הדין הרגילים. רש"י סבור שיש בכוחם של חכמים להפקיע קידושין, והרמב"ם סבור שיש בכוחו של בית-הדין לפעול שלא על-פי דיני הראיות המקובלים.³⁹ שתי השיטות הללו חייבות להיות מוגבלות בגדרים ברורים ויציבים, שכן שימוש מופרז בכוח עלול למוטט את המערכת המשפטית.⁴⁰

חומר שהחמרת בסופה

השאלה השנייה העומדת על הפרק, כנגד העיקרון של הקלה בעדות להתרת אישה, היא החשש מפני הופעתו של הבעל שנחשב למת, והנזק החמור שייגרם בעקבות זאת. כיצד אפשר להסתמך על עדות חלקית במקום שבו עשויה לצמוח תקלה חמורה מהוראת טעות?

הגמרא מהפכת את החשש הזה ועושה אותו לגורם מסייע להקלה דווקא: "אישה דייקא ומינסבא". "מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה – הקלת עליה בתחילתה". ההנחה היא שמכיוון שהאישה עצמה חוששת מאוד מפני האפשרות שהבעל יופיע לפתע, וכל

38 למרות דברי הרמב"ם, שכיום שוב אין אפשרות לסמוך על שיקול הדעת של הדיינים, הגישה המקורית שלו שכך היא דרכה של הפסיקה, עדיין מצויה במחשבה הרבנית ובהתנהלות בתי-הדין. בדרך כלל שיקולים אלו אינם נאמרים במפורש, אולם קיימים מקרים שבהם הפוסקים נותנים ביטוי לדרך החשיבה הזאת, כמו בדוגמה הזאת:

"ובחבצלת השרון, להגאון מטרנפול, שהי' מיראי הוראה גם בעניני עגונות, כנראה מספרו, כתב בספרו סי' כ"ח וז' מריש כל אמינא מה ששמעתי מפי הגאון ר' בעריש רפפורט האבר"ק ראוה, שהיה מקובל מפי רבו הגאון נודע בשערים האבר"ק לובלין, בבוא לפניו איזה שאלה, מקורם הי' שוקל בשכלו על אמיתת הענין לפי שכל האנושי האיך הוא, ואם נראה לו לפי שכל האנושי שהדבר אמת, אז הוא מציין עפ"י חוקי תוה"ק מה משפטו – וכן הוא אצלי, בבוא לפני שאלת עגונה וכדומה, אם ברור הדבר בעיני לפי השכל ודעת בני אדם שהדבר אמת, אז אנכי מייגע א"ע למצא צד היתר עפ"י חוקי ומשפטי תוה"ק וכו' עכ"ל – ובני"ד נמי לאחר ט"ו שנים שלא חזר המדובר הנ"ל, שידוע שהי' על אניה שנטבעת במיקוש, וכשרבנים מובהקי ההוראה שקלו בדעתם להתיר, ודאי זה דין אמת, וגם אני מצטרף לשירותא דהאי איתתא להתירה מכבלי העיגון – והשי"ת יצלינו משגיאות, ולראות נפלאות בתוה"ק על דרך האמת". שו"ת חלקת יעקב, אבן העזר, סימן נו. עיינו במאמרו של א"א אורבך, 'מסורת והלכה', מעולמם של חכמים, ירושלים תשמ"ח, עמ' 94, שהביא פסקה זו.

39 הריטב"א הקשה מדוע בכלל נזק הרמב"ם לטעם של "משום עיגונא". הרי לדבריו, משום שמדובר ב"מילתא דעבידא לאגלווי" ו"משום חומר שהחמרת בסופה – אישה דייקא ומינסבא", הרי "אנן סהדי" שהעד האחד נאמן, ונחשב לנאמן מדאורייתא. ותירץ, שאלמלא הצורך להקל על עגונה, היה ראוי לחכמים להחמיר כפי שהחמירו בכל מקום. ראו חידושי הריטב"א, יבמות פח, ע"א, ד"ה 'מתוך חומר'. ועיינו שם בכל הסוגיה בדברי הריטב"א שמנה את שיטות הראשונים העיקריות הנזכרות כאן ושקל את היתרונות והקשיים שבכל שיטה.

40 ודאי שלא מקרה הוא שבמרכזו של פרק 'האשה רבה' שובצה סוגיה רחבת היקף, העוסקת בכוחם של חכמים להפקיע דבר מן התורה (יבמות פט, ע"א-צ, ע"ב).

ההלכות החמורות האמורות במשנת "האשה שהלך בעלה" יחולו עליה, היא תישמר מלהקל ראש בהיתר, כפי שהוסבר לעיל גם לגבי העדים, בעיקר בדברי הרמב"ם.⁴¹

תוספת ביאור: בדרך כלל תפקידה של המערכת המשפטית לווסת בין הנטיות של הצדדים המתדיינים. כל צד רואה זכות לעצמו, ולכן יש להקפיד על דיני הראיות כדי למנוע הטיה לכאן או לכאן. לא כן הדבר במקרה של עגונה. כאן ההנחה היא שהרצון להשתחרר מן הכבלים מאוזן על-ידי החשש מפני נישואי איסור, ולכן מטרתה של האישה בבואה לבית-הדין אינה להשיג היתר בכל מחיר, אלא לברר את האמת המציאותית. משום כך אפשר לסמוך על כך שהיא, ומקורות המידע שלה, ידייקו בדבריהם ובבחינת העדויות.⁴²

עדיין יש לתמוה על כך שהמשא הכבד של האחריות לאמינות העדויות הועבר אל כתפיה של האישה העגונה. כיצד באמת תדע האישה שהמידע שהגיע, שאינו עומד אפילו ב"תקן" המשפטי הרגיל, ראוי לסמוך עליו? ומדוע להטיל על כתפיה את האחריות הזאת?⁴³

פתרון מסוים לתמיהה זו מציע הגרא"י אונטרמן, על סמך דברי המהר"י חאגיז, וזו לשונו:

ובס' הלכות קטנות להרר"י חגיז (בתשובה רע"ב) מפרש אשה דייקא ומינסבא באופן אחר: היינו שהיא יודעת ומכירה בבעלה אם התנהג אתה באהבה ושלום ואוהב את בניו או לא. כי אם שררה אהבה ביניהם היא סוברת כי מה שלא בא הוא מפני שמת, אבל אם התקוטט עמה ושונאה לא תנשא מהרה עד שתדע שאינו בחיים, מפני שחוששת שמא עזבה והלך למקום אחר, ואינו חושש לשוב, ואח"כ יבוא. עיי"ש.

ולדבריו הדיוק הוא מעין רגש פנימי בקרבה, ולבה אומר לה אם היעלמו של הבעל הוא מפני שקרהו אסון או כי רצונו להתרחק ממנה...

לפי דברי הר"י אונטרמן, בית-הדין מעבירים את כובד האחריות אל האישה מפני שהם סבורים שיש בידיה אמצעים טובים יותר מאילו שבידיהם לברר את האמת בדין הזה. הם גם סומכים עליה שתזהר ולא תקל לעצמה, מכיוון שברקע עומד החשש מפני

41 יש שתי רמות של הקניית אמינות לאישה. ברמה האחת קיימת אמינות עדותה של האישה עצמה על מות בעלה. זו מבוארת במשנה ובגמרא בתחילת פרק 'האשה שהלכה'. הרמה השנייה מקנה, מכוח זהירותה של האישה ש"דייקא ומינסבא", גם אמינות למקורות מידע אחרים, בלתי שלמים מבחינת הלכות עדות, כגון עד אחד, עד מפי עד וכדומה. הרמה השנייה מעצימה עוד יותר את ההסתמכות על זהירותה של האישה, עד כדי כך שהיא מהווה בקרה לעדויות של אחרים המעורבים בעניין.

42 ההנחה היא שגם העד יישמר יותר שלא להכשילה. עיינו תשובת הנודע ביהודה הנ"ל (לעיל, הערה 29).

43 יש להוסיף קושי אחר, והוא שבנסיבות מסוימות, כגון בעת מלחמה בעולם, האישה עשויה לדמות או לשער שבעלה מת, אף-על-פי שלא ראתו מת ממש. במקרים כאלה אין מקבלים את עדותה. ראו משנה וגמרא ראש פרק 'האשה שהלכה'; שולחן ערוך, אבן העזר, יז, מג-נה. בהמשך נדון בסיבת ההבדל: מדוע מקלים בקבלת עדות שאינה תקפה הלכתית בשאר דיני עדות, אבל אין מקלים בקבלת עדות המבוססת על ראיות נסיבתיות. עיינו בדברי הרא"ש ביבמות, פרק טו, סימן ב.

נישואי איסור וכל התקלות הכרוכות בהם. זהירות היתר, בצירוף "הרגש הפנימי", עושים את האישה לדיין הטוב ביותר האפשרי במקרה הזה.⁴⁴

הטעות כאונס

עד כה פירשנו את משנת "תצא מזה ומזה" בהנחה שההלכות החמורות שנמנו בה הן מעיקר הדין. אולם פירוש זה אינו מוסכם בגמרא. בסיפא של המשנה מובאת גם דעה אחרת: "ואם ניסת שלא ברשות מותרת לחזור לו".⁴⁵ אפשר להסביר את המשפט הזה כדעה חולקת על הרישא, או כדעה משלימה את הרישא. הפירוש שדעה זו משלימה את הרישא, מסביר כך: אם נישאת שלא ברשות, היינו שלא נזקקה כלל לרשות בית-דין, והיו שני עדים כשרים שהעידו בפניה על מות בעלה, ולאחר מכן הגיע בעלה הראשון, אין אומרים "תצא מזה ומזה", אלא היא חוזרת לבעלה הראשון, כדין אשת ישראל שנאנסה. ההחלטה להינשא על-פי עדות שניים, אף כי היתה שגויה, נחשבת לאונס גמור, וממילא אין להענישה על כך, ואין דינה כדין אשת ישראל שזינתה.⁴⁶ אמנם אם נולדו לה מן השני ילדים, הם יהיו ממזרים, אולם האם עצמה לא נאסרה.⁴⁷ רק אם היא אשת כוהן, שאסורה גם באונס, לא תוכל לשוב לבעלה, אם כי גם כלפיה לא יחולו כל הסנקציות הממוניות המופיעות במשנה.

החומרה של דין המשנה, ש"תצא מזה ומזה" ו"כל הרברים האלה נאמרו בה", היא רק במקרה שנישאת ברשות בית-דין. דווקא אז, כשלא היו עדויות ברורות וחד-משמעיות, אלא שנזקקה לשיקול מורכב של בית-דין שסמך על עדויות חלקיות, כפי שהוסברו לעיל, אז משתמשים בכל הסנקציות הללו. המטרה היא ליצור מאזן הרתעה, כדי שלא יקלו להתירה, ולא תקל היא לעצמה, כפי שהוסבר לעיל. מאזן ההרתעה נועד למנוע הסתמכות לא-אחראית על עדויות חלקיות.

לדעת רב הונא, בשם רב, יש במשנה מחלוקת בין תנא קמא לרבי שמעון. תנא קמא סבור שבכל מקרה אמרינן "תצא מזה ומזה" וכל הרברים האלה נאמרו בה, ואילו רבי

44 על המתח שבין רצונה של האישה להינשא או להתייבם, משום "דזימנין דרחמא ליה" ליבם, ובין אהבתה לבעלה, והגורם הנוסף של חשש נישואין באיסור ותוצאותיו הרות האסון, עיינו בחידושי הרמב"ן, יבמות צג, ע"ב, ד"ה 'ואיכא דאמרי', וברשב"א, ד"ה 'והכא דזמנין, איכא דאמרי'.

45 יבמות פז, ע"ב.

46 הסברה ההופכת אותה לאנוסה היא "מאי הוה לה למעבר". סברה זו נידונה בהרחבה ביחס למקרים שונים של שגגות וטעויות בתחומים שונים של ההלכה, בסוגיה ברף צא, ע"א – צב, ע"ב. עיינו במחלוקת בעל המאור והרמב"ן במלחמות על דברי הר"ף בסוף פרק 'האשה רבה': דעת בעל המאור להלכה היא שאם נישאת על-פי שני עדים מותרת לחזור לבעלה הראשון. השאלה קשורה גם לסוגיית "אומר מותר", שעיקרה בשבת עב, ע"ב, בסנהדרין סא, ע"ב – סב, ע"א ובמכות ט, ע"א. ועיינו בערוך לנר במכות ט, ע"א מה שפירש בסוגיה זו. סוגיה זו נתבארה באריכות על-ידי ר' חיים מוולוז'ין ונדפסה בשו"ת חוט המשולש, חלק א, סימן יג. ועיינו בדיון למעשה בדבר אשת איש שנישאה כביכול על-פי היתר בית-דין, בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, סימן כב.

47 השאלה אם האם חוששת רק ל"קלקולא דידה" או גם ל"קלקולא דזרעא" תלויה בנוסחי הגמרא ביבמות צד, ע"א ובמחלוקת הראשונים התלויה בהם. עיינו בחידושי הרמב"ן, ד"ה 'וכתוב בנוסחאות'.

שמעון חולק, כמוסבר לעיל. רב ששת הוא שחולק עליו וסבור שההבחנה בין רשות בית-דין ובין הסתמכות על עדים מוסכמת גם על תנא קמא.⁴⁸

הרעיון שאישה הנישאת על-פי עדים ומתוך מחשבה שבעלה מת, נחשבת לאנוסה, ובשל כך לא נאסרת עליו, ואם יתברר שהוא חי תוכל לחזור אליו, יכול להוות גורם מדרבן להחלטה להינשא. כך הדבר לפחות באשת ישראל, בהנחה שהיא דואגת בראש ובראשונה לעצמה שלא תיאסר, והיא מוטרדת פחות מבעיית המזורים העלולה להיווצר.

אלא ששוב אנו נתקלים בסתירה בין שתי מגמות. הקולא יכולה להפוך לחומרא: אם ניטה להקל ולהתיר לה להינשא על סמך השיקול שאפילו אם יתברר שהיתה זו טעות, היא לא תינזק מכך לגמרי מכיוון שתיחשב לאנוסה ותוכל לשוב לבעלה הראשון, אזי יש לחשוש לקלות-יתר בהחלטה להינשא, שכן הסיכון שהיא נושאת בחובה נמוך יותר. לכן מתחייב שוב הצורך באיזון עדין או, בנוסח בוטה יותר, בקיומו של "מאזן אימה": אם ההיתר להינשא היה מבוסס על עדות חלשה יותר, לא נחשיבנה לאנוסה, כדי שלא תבוא להקל ולסמוך על עדויות כאלה. כדי שתיחשב לאנוסה היא צריכה להישען על עדות מלאה ומוחלטת של שני עדים.

מים שאין להם סוף

בניגוד להלכות המקלות בדיני עדות, מחמירים מאוד בדיני הראיות. שום עדות נסיבתית אינה מתקבלת. מי שטבע במים שאין להם סוף – כלומר, שאין רואים את הצד השני של מקווה המים, ויש חשש שיצא בצד האחר בלי להיראות – אינו נחשב למי שטבע.⁴⁹ מי שהושאר גוסס אך לא ראוהו מת – אינו נחשב למת.⁵⁰ מי שראוהו מת, אבל יש פגמים בסימנים המזהים, כגון שלא ראו פרצוף הפנים עם החוטם – אי אפשר להעיד עליו שמת.⁵¹ אין מעידים על-פי סימנים מזהים בכליו או בחלקי גופו

48 לא ניכנס במסגרת זו לדרון בשאלות הקשורות למבנה הפרק ועריכתו ולאופן הצגת השיטות השונות בו. נראה שהסוגיה הפותחת, שבה מופיע העיקרון של "משום עיגונא קלו", ו"חומר שהחמרת בסופה", היא דווקא סוגיה מאוחרת, ודברי תנאים ואמוראים ראשונים בפרק אינם מותאמים לה באופן מלא. הדיון היסודי בעניין זה נמצא בחיבורו של פרופ' ש"י פרידמן על פרק 'האשה רבה', בתוך מחקרים ומקורות: מאסף למדעי היהדות, ערך ח"ז דימיטרובסקי, בית המדרש לרבנים, ניו יורק, חלק א (תשל"ח), עמ' 275-441.

49 יבמות טז, ד, ושאר משניות הפרק, ה-י; יבמות קטו, ע"א-ע"ב, קכא, ע"א-ע"ב. ראו גם מפרשים ופוסקים על אתר.

50 עם זאת, כשמעידים על היותו בנסיבות שאי אפשר לצאת מהן בחיים, יש מקרים שבהם תתקבל העדות. עיינו סיכום ההלכות ברמב"ם, הלכות גירושין, יג, טז-יח.

51 יבמות קכ, ע"א-ע"ב. הגמרא מבחינה בין זיהוי על-פי סימנים לזיהוי על-פי טביעת עין. טביעת עין מבוססת על היכרות בלתי אמצעים עם האדם. אף כי ייתכן שהיא מכלול של פרטים, ואם כן, אף היא סוג של זיהוי על-פי סימנים (עיינו תוספות, ד"ה 'אין מעידין' וד"ה 'הכרת פניהם' ביבמות קכ, ע"א, וליתר ביאור בשיטת רבנו תם והחולקים עליו. עיינו בשבש שמעתתא, שמעתא ז, פרק יג; בקצות החושן, סימן רנט, ס"ק ב; ובנדודע ביהודה, מהדורת תנינא, אבן העזר, סימן סב).

האחרים של המת.⁵² לא נאריך כאן בפרטים, אך העיקרון היסודי ברור לגמרי – אף שסומכים על עדים קלושים המעידים שמת בוודאות, אין סומכים אפילו על עדים מהימנים ביותר, לרבות שני עדים או האישה עצמה, כאשר לא זיהו באופן ודאי את הבעל שמת.⁵³

שוב רואים התנגשות בין שני עקרונות-על: מול העיקרון של הקלה בעדות עגונה עומד העיקרון של אי-הסתמכות על זיהוי לא-מוחלט של המוות.

מובן שאפשר לטעון באופן פשוט שאם לא היה זיהוי מוחלט, קיים חשש שהנעדר לא מת.⁵⁴ אבל באותו האופן אפשר לטעון שאם לא היתה עדות של עדים כשרים, קיים חשש שהבעל חי. ובכל זאת, הקלו בעדים.

יתר על כן, יש מן הפוסקים הסבורים שיש אמות מידה אחרות של ודאות בזיהוי, לתחומים אחרים בהלכה. כך למשל הרמב"ם סבור שדי בסימנים או בעדות נסיבתית חזקה לענייני ממונות:

מי שטבע במים שאין להם סוף ובאו עדים שטבע בפניהם ואבד זכרו, אע"פ שאין משיאין את אשתו לכתחלה הרי היורשין נוחלין על פיהם, וכן אם באו עדים שראוהו שנפל לגוב אריות ונמרים או שראוהו צלוב והעוף אוכל בו, או שנדקר במלחמה ומת או שנהרג ולא הכירו פניו אבל היו לו סימנים מובהקין בגופו והכירו אותם, בכל אלו הדברים וכיוצא בהן אם אבד זכרו אחר כך יורדין לנחלה בעדות זו אף על פי שאין משיאין את אשתו, שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת אבל לענין ממון אם העידו העדים בדברים שחזקתן למיתה והעידו שראו אותן הדברים ואבד זכרו ואחר כך נשמע שמת הרי אלו נוחלין על פיהן, וכזה מעשים בכל יום בכל בתי דינין ולא שמענו מי שחלק בדבר זה.⁵⁵

אמנם יש חשש משני שאם ינהגו בעניינים מסוימים כאילו הנעדר מת בוודאות, ייווצר הרושם שקיימת ידיעה ודאית על מותו ויטעו להתיר מתוך כך את אשתו. בשל החשש הזה הורו להימנע מלנהוג אבלות בכל מקרה שבו לא ניתן להתיר את האשה, אבל זהו כאמור חשש משני. מעיקר הדין, לשם נהיגת אבלות די היה בעדות פחותה.⁵⁶

52 השאלה אם סימנים הם דאורייתא או דרבנן היא היסוד שממנו מתפתח בגמרא הדין בשאלת הזיהוי על-פי סימנים. עיינו עוד ביבמות שם, ובמקבילות בבבא מציעא יח, ע"ב – יט, ע"א, בסוגיית השבת גט על-פי סימנים, שבסופו של דבר היא שאלה עקרונית דומה לשאלת זיהוי חללים – היתר אישה להנשא על-פי סימנים. כן עיינו בדיון הכללי על סימנים בפרק 'אלו מציאות', בבא מציעא כז, ע"א-ע"ב.

53 סיכום ההלכות ברמב"ם, הלכות גירושין, יג, טו-כט, ובשולחן ערוך, אבן העזר, יז, כט-לו.

54 מקצת הראשונים תולים את הדין הזה ב"חיישינן למיעוטא" – שיינצלו וישארו בחיים. עיינו תוספות, ד"ה 'כל הצלמים' בעבודה זרה מ, ע"א, שם הוא דן בשאלה אימתי "חיישינן למיעוטא" ואימתי לא, גם בהקשר של סוגייתנו.

55 רמב"ם, הלכות נחלות, ז, ג.

56 עיינו שולחן ערוך, יורה דעה, שעה, ז, ובש"ך שם, ס"ק ז.

לענ"ד, לא די יהיה להסביר את הדרישה לזיהוי ודאי בחשש שמא לא מת, שכן חשש זה קיים כאמור בכל הלכות עגונות. חייב להיות טעם נוסף, עיקרון אחר, המסביר מדוע אין מקבלים זיהוי מוות חלקי.⁵⁷

כפי הנראה קיים טעם אחר, והוא העיקרון המשותף גם להלכות פיקוח נפש והצלת חיים. עיקרון זה קובע שאדם הוא בחזקת חיים כל עוד לא הוכח באופן מוחלט שהוא מת. זהו עקרון על שמשמעותו המוסרית ברורה: החובה להתאמץ ולהשתדל להציל כל עוד יש אפילו סיכוי קלוש שיש את מי להציל.

כאשר עדים מעידים לאישה שבעלה מת, יהיו העדים מי שיהיו, אין עומדת לפנינו השאלה אם עדיין אפשר להצילו. השאלה היא רק אם אפשר להתיר את האישה. בנסיבות כאלה, אפשר להקל. אולם כאשר מדובר בעדות נסיבתית על מוות, לא-ודאי, יש חשיבות להבהיר לכול שאדם אינו נחשב מת עד שלא ראו בבירור שמת. זו גם הדרכה מוסרית ומעשית למי שיוצא עם חברו או קרובו למקום סכנה ולמדינת הים: אם האישה לא ראתה בבירור את בעלה מת, אם החברים שהלכו עימו בדרך לא ראו שמת וקברוהו,⁵⁸ אין הם יכולים לחדול מן הניסיון למצאו, להושיט לו עזרה ולהצילו.

מול הערך האנושי של דאגה לאישה העגונה עומד הערך האנושי לא פחות שאין להתייאש מהסיכוי למצוא ולהציל את הנעדר. והביטוי לערך הזה הוא האי-נכונות לקבל עדות שאינה מוחלטת על מותו של אדם.

סיכום – עקרונות וערכים

עקרונות-העל של ההלכה מבטאים, לעתים קרובות, ערכים. בדוגמה שלפנינו, החובה להקל בהתרת העגונות מבטאת את הערך הרב המיוחס לנישואי אישה ואת ההתנגדות להישארותה פנויה. במדרש הבא מובעת ביקורת כלפי נרב ואביהוא בני אהרן שלא נשאו נשים, מנקודת המבט של הישארותן עגונות:

ר' לוי אמר שחצים היו הרבה נשים היו יושבות עגונות ממתינות להם מה היו אומרים אחי אבינו מלך אחי אמנו נשיא אבינו כהן גדול ואנו שני סגני כהונה אי זו אשה הוגנת לנו, ר' מנחמא בשם ר' יהושע בן נחמיה אמר (תהלים עה) בחוריו אכלה אש למה בחוריו אכלה אש משום בתולותיו לא הוללו.⁵⁹

במדרש רות מודגשת תחושת העליבות של נשים שנותרו בלא בעל, והן יושבות עגונות:

57 כפי הנראה, שיטתו של רבי אליעזר מוורונה ("מוורדון" כלשון המרכזי והפוסקים המצטטים אותו), המקל מאד ב"מים שאין להם סוף", נובעת מכך שהחיל את עקרון הקולא בעגונות גם לזיהוי נעדרים ולא רק להלכות העדות. עיינו בתשובה המובאת בראבי"ה, חלק ד, סימן תקא, וברעות החולקות עליו שם. והשוו אור זרוע, חלק א, הלכות עגונה, סימן תרצג.

58 לחלק מן הדעות, נחוצה עדות על קבורה ולא רק על מיתה. יבמות קכב, ע"א; רמב"ם, הלכות גירושין, יג, יט ונושאי כליו, שם.

59 ויקרא רבה, פרשה כ, י.

וגם הייתי שילדתי בנים הא אילו הייתי הלילה לאיש ילדתי בנים אלא הלהן תשברנה, יכולות אתם יושבות עד אשר יגדלו הלהן תעגנה יכולות אתם יושבות עגונות לבלתי היות לאיש, אל בנותי אללי בנותי, כי מר לי מאד מכם בשבילכם כי יצאה כי ובכני ובכעלי יד ה'.⁶⁰

משום כך, משמש הדימוי "עגונה" גם למצבה של כנסת ישראל בעת החורבן והגלות: היתה כאלמנה. שהיא יושבת עגונה ממתנת את בעלה שהניחה והלך לו בדרך רחוק, ולא אלמנה ממש, וכה"א כי לא אלמן ישראל ויהודה מאלהיו (ירמיה נא ה). כאלמנה.⁶¹

במארג הדימויים המשווה בין יחסי כנסת ישראל והקדוש ברוך הוא ובין יחסי אישה ובעלה, דימוי העגונה משמש לתיאור מצב הניתוק והריחוק הקיים בזמן החורבן והגלות. הדרישה ההלכתית לתיקון ולפתרון מצב העגינות מתייחסת לא רק אל המציאות האנושית אלא משקפת גם את הרצון לתיקון הקשר שבין עם ישראל לאלוקיו.⁶² ברם, כפי שציינו לעיל, עקרונות-העל בהלכה, המייצגים עמדות רוחניות והשקפות עולם, מהווים חלק מתוך עולם ההלכה ואינם מובאים מחוץ לה. ככאלה הם חייבים להתפרט לנוסחאות משפטיות "תקניות" ולפעול באמצעות הכלים המשפטיים של ההלכה, בלא למוטט את המנגנון ההלכתי. מפת הסוגיה או הנושא ההלכתי עשויה להיות תרכובת של מערכת עקרונות-על שונים ובחלקם אף סותרים. השורה התחתונה של הפסק ההלכתי יכולה להתפרש לפיכך גם כהכרעה מידתית בין עקרונות שונים: עד כמה נייחס משקל לעיקרון אחד ובאיזו מידה לעיקרון המנוגד, באילו מקרים נעדיף לתת ביטוי-יתר לעיקרון האחד, ובאילו מקרים — לעיקרון האחר.

60 רות רבה, פרשה ב, יז.

61 איכה רבה, פרשה א, א.

62 יעל ליון, 'כל המתיר עגונה אחת כאילו בנה אחת מחורבות ירושלים', דיני ישראל, כג (תשס"ה), עמ' 163-197.