

בין איסור לקניין

תגובה למאמרה של רבקה לוביץ

דוד ביגמן

מורי ורבי ר' ישראל זאב גוסטמן היה נוהג לומר ש'אבן העזר' הוא קו התפר בין 'יורה דעה' ו'חושן משפט'. כלומר, בדיני אישות יש היבטים של דיני איסור והיתר יחד עם היבטים משפטיים של דיני קניין. הלומד גמרא לשמה, כהנאה צרופה, נהנה מהמסכתות של סדר נשים דווקא בגלל התפר המיוחד הזה, ובתפר הזה נמצא המפתח להבנת הבעיה שלוביץ מציפה במאמרה.

המוטיבציה של רבקה לוביץ לתקוף את המושג 'חופה וקידושין כדת משה וישראל' מובנת בוודאי לקורא הנכון. ללא מושג זה לא היינו צריכים להתמודד עם בעיית מסורבות גט ובעיית הממזרות. פועלה רב השנים של לוביץ למען העגונות, הממזרים ויתר העשוקים שבכיים אינו נשמע, ראוי לכל הערכה ואף אני שותף לשאיפתה לצמצם את סבלם ככל האפשר. אבל חוששני שכדרך הדוגלים באידיאולוגיות מודרניסטיות ובתפיסה פרוגרסיבית כנקודת מוצא, סקירתה של לוביץ והניתוח שלה לוקים בחסר בכמה נקודות. בשורות הבאות אבקש להצביע בקצרה על כשלים אלה, ואידך פירושא הוא.

שימוש מגמתי במקורות

סקירתה של לוביץ סלקטיבית מאוד. ניכר שהיא מצטטת כמעט רק את אותן דעות המחזקות את טענתה אבל כמעט כל המושגים שהיא מציגה כהוכחה, תלויים ועומדים במחלוקת פוסקים ומפרשים, ראשונים כאחרונים. לעתים מדובר במחלוקות בעלות השלכות הלכתיות של ממש, ולעתים במחלוקות שנראות לכאורה כדיוקים זניחים, אך במבט מעמיק הם עשויים להתברר כמשמעותיים מאוד מבחינת ההבניות התרבותיות

הרב דוד ביגמן,
ראש ישיבת
מעלה גלבוע,
פועל במשך
שנים ארוכות
למציאת פתרונות
לבעיות עגונות
וסרבנות גט. יזם
את הקמת בית
הדין הבינלאומי
לענייני אישות,
ומשמש בו כדיין

והחברתיות שהם מכוננים. חלק מהציטוטים המובאים ידועים בחריגותם, חלקם אפילו נסתרו על ידי אותו פרשן או פוסק במקום אחר. אין זה המקום להאריך בפרטי הדיון כולו, אך לשם דוגמה נפנה לסוגיית 'נסתחפה שדהו' במסכת כתובות (ב, ע"א). לוביץ מצטטת בחדא מחתא את דברי התוספות ותוספות הרא"ש:

השפה שבה משתמשים הראשונים והאחרונים ביחס לאישה אינה מותרת מקום לספק באשר לתפיסתה כקנויה לבעל. אומר התוספות (שם): "אינו יכול לטעון שאדרבה מזלה גרם [...] שהאשה היא שדה של הבעל ואין הבעל שדה שלה". וכן תוספות הראש: 'נסתחפה שדהו. הא דתליא במזלו ולא במזלה [...] משום דהאשה קנין כספו של האיש, כמו עבדו שורו וחמורו ותלויה במזלו (לוביץ, לעיל).

לטענתי, מדובר כאן בקפיצה לוגית שיש בה כמה בעיות. ראשית, התוספות שם מביא שני תירוצים. על הראשון בהם לוביץ מדלגת: "ואינו יכול לטעון דאדרבה מזלה גרם דכיון דלא מיפקדא אפריה ורביה לא מיענשא" [= שכיוון שאינה מצווה על פריה ורביה אינה נענשת].¹ מהסבר זה לא משתמעת כלל תפיסה קניינית. גם את התירוץ השני של התוספות שהיא מביאה: "דהאשה היא שדה של הבעל ואין הבעל שדה שלה" – אין הכרח לקרוא כזהים לדברי תוספות הרא"ש, "דהאשה קנין כספו של האיש", אלא באופן רך ומטפורי יותר. עולה אפוא שלשונו הצורמת של הרא"ש משפיעה על הבנת תירוץ השני של התוספות, אך היא איננה דברי התוספות עצמם.

שנית, ביאורו של הרא"ש לביטוי 'נסתחפה שדהו' חריג לחלוטין בדברי הראשונים בסוגיה. כך מבאר רש"י את הביטוי: "לשון 'מטר סוחף', נשטפה שדך כלומר מזלך גרם כי מהיום אני מוטלת עליך לזון"; וכך הרמב"ן: "ופי' [רש] נסתחפה שדהו כך הוא – אף על פי שנאנסתי אני כיון שאין העכבה מדעתי אלא אנוסה אני חייב אתה ליתן לי מזונות כיון שהגיע זמן וכיון שתעלה לי מזונות נמצא האונס לחובתך מעתה יהי' כשדה שלך נסתחפה". שאר הראשונים חוזרים על לשון רש"י או הרמב"ן בניואנסים שונים, ואף אחד אינו נוקט בניסוח תוספות הרא"ש.

שלישית, הרא"ש עצמו אינו משתמש בניסוח זה במקומות אחרים. להפך, בכמה מקומות שבהם הגמרא מדברת על כך שהאישה היא 'קניין כספו' של האיש, טורח הרא"ש להבהיר שאין מדובר בקניין ממש.² אמנם דבריו נאמרו בשפה שאינה הולמת תפיסות מערביות עכשוויות, אך היא רחוקה מאוד מהניסוח בכתובות.

ורביעית, נראה שלשונם של חכמים מטרידה את לוביץ יותר מההשלכות הפרקטיות של דבריהם. אולם יותר משחשובה הלשון, חשוב להבחין במגמת הפסיקה. ואכן, אם נעיין בדבר, נראה שעל פי רוב, כאשר הפוסקים דלו מתוך המקורות את עניין הקניין,

1 ביאור דבריהם: במקרה של 'נסתחפה שדהו' שבו דנה הגמרא, אי-אפשר לטעון שמניעת הנישואין היא עונש על האישה, אף על פי שהאישה היא שחלתה (משום שהאישה אינה מצווה על פריה ורביה ואין לה עונש ברחיית הנישואין). לפיכך הבעל אינו יכול לטעון שמזלה גרם, אלא מזלו. בהקשר זה יש להעיר שפטור נשים בפריה ורביה פחות חד מהדרך שבה נוהגים לתאר אותו בדרך כלל. להרחבה ראו בתשובה שכתבתי על השאלה 'האם ראוי להקצות משאבים קהילתיים לעזור לרווקה מבוגרת להרות בהפריה מלאכותית?', באתר ישיבת חובבי תורה.

2 עיינו למשל בתוספות הרא"ש על קידושין ה ע"א, ד"ה "והאי קנין כספו היא"; על קידושין י ע"ב, ד"ה "ארוסה בת ישראל אוכלת בתרומה"; וכן על גיטין פה ע"א, ד"ה "חזון מתרומותיה מהו".

הם עשו זאת דווקא לטובת האישה. כך לדוגמה, בכל סוגיית 'נסתחפה שדהו', מדובר בטענה שהאישה מעלה או שמעלים בשמה על מנת להגן על זכויותיה.³

טענת האפולוגטיקה

את האמירות המעדנות את ההיבט הקנייני בקידושין, המסייגות אותו וההופכות אותו לקניין סמלי, פוטרת לוביץ בטענה שהן אמירות אפולוגטיות. אך קשה לטעון טענה זו כלפי רובן המוחלט של האמירות אשר נאמרו בהקשר למדני טהור, כהסבר למקור שטעון ביאור. כך לדוגמה, כאשר הרב מרדכי גיפטר, ראש ישיבת טלז, שאל את הרב יחיאל וינברג על קושי בהבנת הרמב"ם, הרב וינברג השיב כי הפתרון נעוץ בהבנה שקידושין אינם קניין ממש, אלא "קניין סמלי".⁴ כך גם מורי ורבי הגרי"ז גוסטמן, בשיעור הראשון בקונטרסי שיעורים לקידושין, מציין את המומנט הקנייני אך מראה בהמשך השיעור שאין מקום להבין את מושג הקניין כפשוטו כי הבנה זו נסתרת במקורות. בדומה לכך כתב הרב נפתלי טרופ, בעקבות עיון בסוגיות ובראשונים: "דאם קידש אשה אינו זוכה בה כלום רק שלאיש יש שעבוד על האשה ולאשה יש שעבוד על האישה".⁵ בכל המקרים הללו וברבים אחרים, לא באו הפרשנים לתרץ קושי רגשי או אידיאולוגי בדרך אפולוגטית אלא לענות על קושי למדני טהור. אין ספק שכל פוסק וכל פרשן פועל בתוך רקע חברתי ותרבותי מסוים, אך ניכר שהאמירות נאמרו בכנות, מתוך התמודדות עם מורכבות הסוגיות ב"דרך משא ומתן של תורה שבעל פה",⁶ ולא כתירוצים אפולוגטיים.

שנית, האמירות המעדנות את ממד הקניין בקידושין מתחילות כבר בתלמודים וממשיכות בראשונים ובאחרונים, לכן הטענה כי מדובר באמירות אפולוגטיות היא טענה אנכרוניסטית המטילה על העבר את נקודת המבט בת זמננו; לא נכון להוציא אמירות אלה אל מחוץ לשיח מבלי להתייחס להקשר זמנן ומקומן.

קניין ואיסור

עיקר הבעיה העומדת לפתחו של בית הדין במקרה של זוגיות שמתפרקת, אינו הצד הקנייני-משפטי אלא דווקא הצד האיטורי – חומרת איסור 'אשת איש'. גם המקלים, המחפשים דרכים יצירתיות להתיר עגונות, מוטרדים מחומרת אשת איש ומהתקלות שעשויות להתרחש כאשר המצב הנתון של זוגיות שאינה מתפקדת אינו מגולם בהיתר

3 בדומה לכך, כדי לחזק את עמדתה, הביאה לוביץ פסיקה של ר' יצחק אלחנן ספקטור שבה הוא מרחיב את המושג 'נסתחפה שדהו': "אין אוסרין עליו אשתו דאין לנו יכולת להפסיד זכות השעבוד שיש להבעל על אשתו ומקריא שדה של הבעל" (שו"ת עין יצחק חלק א, אבן העזר סימן טז). אולם ההקשר שם הוא דווקא לטובת האישה והזוגיות החדשה שלה. השימוש במושג הקניין נועד כדי לפסוק שאין לבית הדין זכות להתערב ולאסור אישה זו על בעלה.

4 שרידי אש מסכת קידושין, סימן יא וסימן יג, ד"ה: "והנה ראינו לעיל"; ושו"ת שרידי אש חלק א, סימן פד.

5 חידושי הגרנ"ט סימן צב.

6 לשון הגר"י הוטנר, פחד יצחק: חנוכה, מאמר ג.

הלכתי. במקרים כאלה, דווקא הצד הקנייני הוא שמאפשר לפרק את הנישואין ללא גט. הפתרונות העתיקים שהושבו לאחרונה למודעות, כגון 'מקח טעות' ו'אומדנא דמוכח', הם כלים משפטיים מתחומי הקניין, והשימוש בהם על מנת להתיר עגונות מבוסס דווקא על כך שיש בקידושין צד קנייני. לפני שנים, באחת הפעמים שהעברתי שיעור דומה לזה שלימים פורסם במאמרי שמזכירה לוביץ,⁷ אמרה לי פרופסור סוזן לאסט-סטון, חוקרת המשפט העברי, שחובה להדגיש דווקא שיש פן קנייני בקידושין, כי הוא הפן שנותן למסורבות גט תקווה.

מדברינו עולה שדווקא הפן האיסורי בקידושין הוא הנמצא בעוכרינו ועלינו לשאול, מה המשמעות של ויתור עליו. המושג 'איסור' הוא מושג מכונן בתרבות ובחברה שלנו. אנו מנסים לכונן חברה שעניי חבריה נשואות לא רק כלפי העולם הסובב אלא גם כלפי שמיא; כלפי אמות מידה מוסריות תורניות שאינן תלויות רק בנחשולי הזמן אלא גם בערכי נצח שיסודם בהררי קדם. לשד החיים של התורה הוא האמירה הקיומית הברורה שאנו חיים בצל צו אלוהי, ובכוחה של העמידה הזאת בצל הצו, לרומם את התנהגותו של האדם ולהגביה את חיו. איש או אישה העומדים מול הצו האוסר, המתיר או המחייב, ויודעים מה למעלה מהם, מסוגלים יותר לעמוד במשימה העומדת לפתחם ולנהוג בצורה ראויה. כמובן, אין זה מבטיח לחלוטין התנהגות ראויה, "כִּי אָדָם אֵין צָדִיק בְּאָרֶץ אֲשֶׁר יַעֲשֶׂה טוֹב וְלֹא יִחָטָא" (קהלת ז, כ), והחיוב ההלכתי אינו מסוגל להועיל כאשר הוא עומד לבדו בלי חיגוך משלים; אבל החיים בצל תורה ומצוות יש בהם בשורה לחיי אנוש ראויים ומשמעותיים.

דברים אלה נאמרים ביתר שאת כלפי איסורי עריות. אמנם בשלבים קדומים היה איסור 'אשת איש' חד-צדדי, אבל כבר בתקופת הראשונים הוא הפך לדו-צדדי והדדי. בשלב ראשון, כאשר אשת איש קיימה יחסים עם אדם פנוי, הם עברו על איסור חמור מאוד, אך כאשר אדם נשוי קיים יחסים עם הפנויה הוא עבר על איסורים קלים בלבד (ואם היא הייתה פילגש קבועה, לפי דעה אחת הייתה מותרת לגמרי). כאשר התקבלה התקנה המכונה 'חרם דרבננו גרשום' האוסרת על פוליגמיה, ו'תקנת הריב"ש' האוסרת על טבילת פנויות, נוצר מצב שכל מערכת יחסים מחוץ לנישואין נאסרה באיסור חמור. ההבדל בין בגידת האיש לבגידת האישה הצטמצם כמעט ללא הכר. כאשר איש בוגד באשתו ומקיים יחסים עם פנויה, עוברים גם הוא וגם היא על איסור ערווה; וכאשר אישה נשואה בוגדת בבעלה, עוברים גם היא וגם הוא על איסור ערווה. אף חומרת העוון זהה בשני המקרים, ומדובר באיסור כרת.⁸ כך הציווי האוסר יכול לשמש תמרור אזהרה משמעותי, שבמקרים רבים עשוי למנוע את מעשה הבגידה.

הדרישה לבטל את מושג הקידושין כולו משמעה לא רק ביטול הצד הקנייני אלא גם ביטול הצד האיסורי, על כל ההשלכות הכרוכות בכך. איני נאיבי; איני חושב שעצם קיומו של איסור חמור מונע כל סטייה מדרך הישר והטוב, אולם אי-אפשר שלא לתת את הדעת לתוצאות החיוביות של הבניה קדושה זו ולרף הראוי שהן מציבות כשאיפה חברתית.

7 'מ'אני אבחר כך' עד "את כי תבחריו": קווי מתאר להתפתחות הקידושין בספרות חז"ל, מעגלים, ט: מעגלי תורה ומוסר (תשע"ז), עמ' 43-60.

8 ראו רמב"ם איסורי ביאה א, א. אמנם העוברים על איסור 'אשת איש' דינם מיתה בחנק בנוסף על הכרת (שם הלכה ו), אולם זה רק במקרה שהיו עדים והתראה, ובניאוף זה מקרה נדיר ביותר.

פנינו לעתיד טוב יותר

בנקודה זו יש לשוב אל הבעיה הקשה המניעה את המחברת – בעיית העגונות ומסורבות הגט. חשוב לשוב ולומר: יש פתרונות רבים שמיושמים כעת, שמאותתים שפנינו לעתיד טוב יותר, מבלי לוותר על האתוס המכונן של נישואין כדת משה וישראל. חלקם פתרונות של 'לכתחילה', כגון ההסכם לכבוד הרדי, קידושין על תנאי או כתב הרשאה לגט; וחלקם פתרונות של 'דיעבד', בשלב פירוק הנישואין ח"ו, בין בבתי הדין הממלכתיים ובין בבתי דין פרטיים.⁹ אמנם אין פתרון מוסכם ועל כל אחד מהפתרונות יש מערערים. אף אני חוכך בדעתי מהו הפתרון הנכון והיעיל ביותר. אולם כל הפתרונות הללו מבוססים, ישירות או בעקיפין, על הצד ההסכמי-קנייני שבקידושין. חכמים וחכמות שבדורנו יושבים על המדוכה במטרה להציע את התקנה הטובה ביותר, שתשאיר את הפן של איסור וקדושה על-כנו, מבלי להפנות עורף לדמעת העשוקים.

9 לסקירת הפתרונות ראו מה שכתבתי במאמרי 'אין לך שעת הדחק גדול מזה', מקור ראשון, מוסף 'שבת' (פרשת לך לך תשע"ט).