

לשאלת תוקף קניין האישה בקידושין

רבקה לוביץ

בצעירותי הרהרתי רבות במשנה במסכת קידושין הקובעת: "האישה נקנית בשלוש דרכים" – מה פירוש המילה 'נקנית'? האם בנישואין כדת משה וישראל אכן קונים את האישה? מהו אותו 'קניין' ומהי מהות הקידושין? הניסיונות שלי במשך השנים לברר סוגיה זו עלו בתוהו, ולא מצאתי תשובה שתניח את דעתי.

אכן, סוגיה זו קשה לדיון ולליבון מעמיקים בשל המטען הסותר שהיא נושאת עמה בקרב המאמין הרתי – דבקות הלכתית ושכל ישר. כבני המאה העשרים ואחת, כבר איננו יכולים לקבל את המושג 'קניין' ביחס לבני אדם, באותו האופן שבו הבינו וקיבלו אותו חכמים בדורות קדומים. כשאני כותבת 'איננו יכולים', אני כוללת בזה את כלל הציבור, גם החרדי והאדוק ביותר, שכן גם הוא אינו מחזיק עוד בדעות המקבלות קניין ממשי על עבד ושפחה, ועל אישה. ולא מדובר על קושי מוסרי כזה או אחר שבו אנו נתקלים בסוגיות הלכתיות שונות, אלא על העובדה הפשוטה שבימינו, אפשרות הקניין על בני אדם אבדה מן העולם.

המאמין המודרני נתקל פעמים רבות בדיסוננס בין תפיסת עולמו לאמונתו והוא נוקט דרכים שונות להתגבר עליו. פעמים שהוא מעניק משמעויות מודרניות לביטויים שאיבדו את משמעותם המקורית, ופעמים שהוא מסביר את הפער בכך שהביטוי נעוץ בימים עברו, בעולם שתאם את התרבות הקדומה, המקראית, התנאית וכדומה. אך מה יעשה המאמין המודרני כאשר הדיסוננס מגיע לפתחו, לחייו ממש, ויש לכך השלכות קריטיות על חייו היום?

* תודה מיוחדת לעו"ד ניצן כספי-שילוני אשר טרחה רבות על המאמר, העירה והאירה. תודה לעו"ד ד"ר סוזן וייס, מורתי. תודה לרב דב לינור ולרב ד"ר אריאל פיקאר על הערותיהם המועילות. תודה לאישי הרב ד"ר רונן לוביץ על עזרתו, תמיכתו וסבלנותו הרבה. תודה להדס אחיטוב על העריכה המדויקת שלה, הערותיה והארותיה הנפלאות. הטעויות הן כמובן באחריותי בלבד.

רבקה לוביץ היא
טוענת רבנית,
ממובילות
המאבק לקידום
פתרונות
הלכתיים לעגונות
וממזרים,
ומחברת הספר
'מסוף העולם
ועד סופו: מסע
הייסורים של
נשים בבית הדין
הרבני'

ישנו פער גדול בין קביעת המשנה המפורשת 'האישה נקנית', לבין האופן שבו אנו מסתכלים על נישואין בימינו. האדם הדתי, המאמין שתורת משה אמת אך אינו מסוגל לקבל את רעיון הקניין על בני אדם, ינסה, במודע או שלא במודע, להתנער מן הבעיה ולהכחיש אותה.

התגובה הנפוצה ביותר היא ביטול המשמעות הקניינית של הקידושין – הקידושין אינם קניין; תגובה שנייה תתייחס לטקס כאל שריד לקניין עתיק שאכן התקיים בעבר אך כיום כבר אינו קיים, ונותר כסמל; תגובה שלישית תדחה מראש את עצם השאלה תוך ייחוס לשואלת מניעים נסתרים של עקירת מסורת מישראל וניגוח התורה ושומריה. דומני שהגיעה העת לרון באופן רציני ועמוק בשאלת מעמדה האישי של האישה בחיי הנישואין. הרי המשפחה היא המוסד המרכזי ביותר ביהדות, ודווקא בימינו, כאשר מוסד זה כבר אינו מובן מאליו בעולם המערבי, ומשפחות מסוגים אחרים מאתגרות את המשפחה המסורתית, גובר הצורך לבחון את מעמדה האישי של אישה הנישאת כדת משה וישראל. לא נוכל לברוח מהעובדה ששאלת הקניין והקידושין, כמו שאלות אחרות בתחום מעמד האישה בנישואין, מחזירה אותנו לתקופה שבה תפיסת המיניות של האישה ומעמדה במשפחה היו שונים בתכלית מאלו של ימינו, עד שייתכן שאין לנו כלל יכולת וכלים להבין את מה שנתפס בעיני אבותינו ואמותינו כברור וכמובן מאליו. לא בלתי אפשרי אם כן, שאפילו מקורותינו שלנו, שנכתבו לפני מאות ואלפי שנים, הגם שהם כתובים בשפה העברית ונדמים כמובנים לנו, אינם נהירים לנו היום. במאמר זה ברצוני לטעון, ראשית, שמעשה הקידושין ההלכתי הנהוג עד ימינו הוא אקט ממשי של קניין – האישה אכן 'נקנית' במובן מסוים על ידי בעלה, ויש לכך השלכות הלכתיות ברורות וחמורות הנוגעות למערכת היחסים בין הצדדים הנשואים, למערכות היחסים של האישה עם שאר העולם, ובעיקר ליכולת של האישה להתגרש מן הבעל בניגוד לרצונו. הבנה זו היא הבסיס לטענתי השנייה, כי דווקא משום כך, הקניין אינו תופס בימינו, משום שהוא סותר את 'דינא דמלכותא דינא' ובעיקר משום שהוא עומד בסתירה לתודעתנו כאנשים מודרניים, וכשאנו עומדים מתחת לחופה, גברים ונשים, תודעתנו אינה של קניין ועל כן הקידושין בימינו אינם תקפים ('מקח טעות'). לסיום, בנספח, אציע לגבש טקס הלכתי נטול מרכיב הקידושין והקניין, המבוסס על הצעות שונות שכבר פורסמו בעבר, טקס שיהיה חלופה דתית ראויה לטקס הקיים אשר יעניק ממד של קדושה לברית שכורתים ביניהם בני זוג המבקשים להינשא כדת משה וישראל.

הקידושין כקניין

לשון הקניין במעמד הקידושין מופיעה כאמור במשנה: "האשה נקנית בשלש דרכים וקונה את עצמה בשתי דרכים. נקנית בכסף בשטר ובביאה. [...] וקונה את עצמה בגט ובמיתת הבעל" (קידושין א, א). הלשון "הרי את קנויה לי", על פי הגמרא במסכת קידושין (ו, ע"א), היא גם אחת הלשוניות המועילות בקידושין.

מהות הקידושין כמעשה של קניין הבעל את האישה עולה ממקורות חז"ל, מראשונים ואחרונים.¹ היטיב לנסח זאת הרב משה טרגין שקבע: "לא ניתן להכחיש את מציאות הקניין כאחד הגורמים המצויים בתהליך הקידושין".²

הפרק במסכת קידושין בו ממוקמת המשנה לעיל דן בסוגי קניין שונים, המסודרים על פי סדר חשיבות יורד: אישה, עבד עברי (אמה עבריה), עבד כנעני, בהמה ונכסים. לכל אחת מחמש הקטגוריות הללו מוקדשת משנה המבהירה מהן דרכי הקניין וההשתחררות שלה. הדמיון בין האישה לבין העבד אינו רק בדרכי הקניין שלהם אלא גם בדרך ההשתחררות שלהם מן הארון: אישה משתחררת בגט ובמיתת הבעל, והעבד הכנעני משתחרר בכסף, בשטר (קרי: גט) או בראשי איברים.³

סוגיות אחרות בגמרא מבהירות כי האישה היא קניינו של האישי. במסכת כתובות נז, ע"ב, לדוגמה, דנה הגמרא בשאלה מה דין אישה המאורסת לכהן שעדיין לא נישאה ומתגוררת בבית אביה – האם היא אוכלת בתרומה משום שהיא מאורסת לכהן, או שהיא אסורה לאכול בתרומה משום שהיא עדיין לא נשואה לו, ואביה אינו כהן. הגמרא קובעת שהאישה המאורסת אוכלת בתרומה משום שהיא מוגדרת 'קניין כספו' של המקדש, בהסתמך על הפסוק "וְכֹהֵן פִּי יִקְנֶה נַפְשׁ קַנְיָן פְּסָפוּ הוּא יֵאָכֵל בּוֹ וְיֵלֵד בֵּיתוֹ הֵם יֵאָכְלוּ בְלֶחְמוֹ" (ויקרא כב, יא). גם הירושלמי מגיע לאותה המסקנה: "וכהן כי יקנה נפש קניין כספו, דלא כן מה בין קונה אשה ובין קונה שפחה?" (כתובות ה, ד) וכן הספרא: "מנין לכהן שנשא אשה וקנה עבדים שיאכלו בתרומה? תלמוד לומר 'וכהן כי יקנה נפש קניין כספו הוא'".⁴

בסוגיה אחרת במסכת כתובות (ב, ע"ב) נדרשים חכמים לשאלה, מה דין אישה מאורסת אשר חלתה בין הקידושין לבין הנישואין – האם הבעל יכול לגרשה ללא כתובה? השפה שבה משתמשים הראשונים והאחרונים ביחס לאישה אינה מותירה 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 האישי, כמו עבדו שורו וחמורו ותלויה במזלו'. ומסביר מהרי"ט: "והיינו טעמא שהאשה היא שדה של בעל, לפי שעל ידי כתובה זוכה בה, כל זמן שהוא רצה יוציא וייתן כתובה".⁵ הרשב"א אומר את הדברים המפורשים הבאים: "דאשה זו קנויה

1 ראו ערך 'קניין איסור' באתר ויקישיבה. כמו כן ראו Judith Romney Wegner, *Chattel or Person? The Status of Women in the Mishnah*, New York 1988 ורות הלפרין-קדרי, 'דיני נישואין וגירושין והבניית המגדר', מרגלית שילה (עורכת), *להיות אשה יהודייה: דברי הכנס הבינלאומי הראשון 1999*, כרך א, ירושלים תש"ס, עמ' 155-167; צבי טריגר, "המשפט הישראלי הוא אחר": דיני המשפחה וסחר בנשים בישראל כשני הקצוות של רצף אחד', שולמית אלמוג, דורית ביניש, יעד רותם (עורכים), *ספר דליה דורנר*, ירושלים 2009; אריאל פיקאר, *הלכה בעולם חדש: שיח רבני בחברה מודרנית*, ירושלים 2012.

2 בשיעור שנתן בנושא זה בישיבת הר עציון. ראו באתר הישיבה: הרב משה טרגין 'קידושין כקניין', VBM - בית המדרש הוירטואלי ע"ש ישראל קושיצקי, שיעורי הלכה, אבן העזר.

3 רמב"ם, הלכות עבדים פרק ה. בהלכות עבדים פרק ו הלכות ח-יב הרמב"ם עורך השוואה מסודרת בין גט אישה לבין גט של עבד כנעני.

4 ספרא פרשת אמור, פרשה ה' הלכה א', ירושלמי, יבמות ז, ע"א.

5 ר' יוסף מיטראני, שו"ת המהרי"ט א, ק"ג.

היא אצל הבעל, וקנינו קרייה רחמנא, כדכתיב כי יקח איש אשה, וקנין כספו היא, וכדאמרין לקמן [...] והילכך כשאתה בא לסלקו משלו בעל כרחו – אל תסלקנו".⁶ תפיסת קניין הבעל באשתו לא פגה מן העולם עד לאחרונים, וגם רבנים כמעט בני זמננו נקטו לשון זו בשאלות הלכתיות שהובאו לפניהם. הרב יצחק אלחנן ספקטור, בן המאה התשע-עשרה, שנחשב כאוטוריטה בתחום התרת עגונות, נשאל מה דינה של אישה שנישאה כשהייתה מעוברת ולא חיכתה שלושה חודשים מיום הגט, אם עקב כך חייב הבעל לגרשה. הרב ספקטור סבר ש"אין אוסרין עליו את אשתו, דאין לנו יכולת להפסיד זכות השעבוד שיש להבעל על אשתו ומקריא שדה של הבעל".⁷ בתשובה אחרת הוא דן בעניין עגונה שבאה להינשא על פי עד ששמע מפי עד אחר שבעלה הראשון מת. הוא קובע שיש לדון את האישה כדין חפץ שעליו יש חזקת 'מרא קמא'. לדבריו: "היכא דאנו דנין לספק נתקדשה דיש לה מעלת חזקת מ"ק כעין מוכר ולוקח דדנין על קרקע וחפץ הנמכר דיש על הקרקע והחפץ סברת אוקי אחזקת מ"ק דלא יצתה מרשות הראשון".⁸ הוא ממשיך ומדגיש את היות האישה קניינו של בעלה: "דהא אמרו בהלשון דאשה ניקנית לבעלה ואשה היא קנינו של האיש ומה"ט אמרו דאם נולדו מומין אחר הקידושין דנסתפחה שדהו וכמש"כ התוס' בכתובות (דף ב' ע"ב) ד"ה מצי אמרה כו' דהאשה היא שדה של הבעל" (שם).

גם פסיקת בתי הדין הרבניים בימינו חושפת את תפיסתם כי הקידושין מבטאים קניין של ממש ולא קניין סמלי. בפסק דין של בית הדין הרבני בחיפה בשנת 2014, אשר קבע להתיר אישה מעגינותה על סמך טענת מקח טעות בקידושין, מתמודד הרב מימון נהרי עם השאלה העקרונית בנוגע ליכולת האישה לטעון טענת מקח טעות, שכן היא עצמה המקח(!).⁹ הרב נהרי מביא את דעת הר"ן, ממנה עולה כי אכן האישה אינה נחשבת שותפה למקח, שהרי היא אינה יוצרת את הקניין בקידושין אלא, אדרבה, היא נדרשת לבטל דעתה לחלוטין עד כדי הפיכת עצמה ל'הפקר' כדי שהקניין יחול. ובלשון הר"ן: "אלא כיון שהתורה אמרה כי 'יקח איש אשה' ולא אמרה כי תלקח אשה לאיש, לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל [...] אלא מכיון שהיא מסכמת לקידושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה, ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר, והבעל מכניסה לרשותו, הלכך אין אנו דנין בקידושין מצד האשה אלא מצד הבעל".¹⁰ לדעת הרב נהרי, למרות דברי הר"ן, לאישה היה חלק בקניין ועל כן תוכל לטעון טענת 'מקח טעות'. הוא מבסס זאת על דבריו של הגר"ש שקאפ (שקופ): "שעניין ביטול דעתה היא סיבה מוקדמת שיוכל המקדש לקדשה, משא"כ בשאר הפקר שאין ההפקר מועיל כלום לקנין של הזוכה. ומשום הכי כל דאיכא מעשה אצל האשה לענין ביטול דעתה, דבר זה בעצמו הוא סיבה למקדש שיוכל עי"ז לקדשה, דהמעשה שלה והביטול דעת שלה הכל ביחד הוא הזמנה וסיבה להכין למקדש סיבות מוכנות לעניין הקידושין שלו".¹¹

6 חידושי הרשב"א, גיטין עה, ע"א.

7 הרב יצחק אלחנן ספקטור, שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן טז.

8 שם, סימן כז.

9 תיק (רבני חיפה) 870175/4 פלוגית נ' פלוני, (פורסם בנוב, 29.12.14).

10 הר"ן על נדרים ל, ע"א.

11 נהרי (לעיל, הערה 9). הוא מצטט את השקופ מתוך חידושו על מסכת קידושין סימן א' ומספר שערי

הרב נהרי מסכם בפסק הדין ואומר כי האישה שותפה במעשה הקניין שלה עצמה בעצם הפעולה האקטיבית שלה לבטל את עצמה ולהפוך ל'הפקר', ובכך גורמת שהקניין של הבעל יחול עליה. בכך שותפה האישה לקניין ותוכל לטעון טענת 'מקח טעות'.¹² למרות הלשון המפורשת שהאישה היא קניינו של הבעל, רבים מבחינים בין 'קניין ממון' ל'קניין איסור', וסבורים כי קניין הבעל באישה אינו קניין לשעבוד אלא קניין איסורי בלבד. כלומר, קניין המתייחס אך ורק לכך שהבעל מייחד את האישה ליחסי אישות עמו, והיא נאסרת על כל שאר העולם. יש המצטטים את דברי הרמב"ן, "שאיין אישה זו ממנו של בעל אלא ברשות עצמה היא להינשא",¹³ כראיה לכך שאין האישה נחשבת לקניינו הממוני של הבעל. אולם ראוי להדגיש שהרמב"ן לא כתב זאת בהקשר של מעמד האישה בנישואין אלא רק כהבחנה בין דיני גט לדיני שטרות ממוניים. על דברי הגמרא לעיל, שמדין תורה ארוסה אוכלת בתרומה, כתב השיטה מקובצת שארוסה "והאי נמי קנין כספו [=של הארוס] הוא. שקנאה בכסף קידושין".¹⁴ לדברי קצות החושן, כוונתו של השיטה מקובצת היא לציין שאמנם "אין קנין ממון לארוס גבי ארוסתו, לכך מפרש קנין כספו היינו שקנאה בכסף קידושין ועיקר אכילתה משום קנין איסור שבה שאסורה לכל העולם משום אשת איש, וכיון שאותו קנין איסור נקנה לו ע"י כסף מקרי קנין כספו".¹⁵

רבי אברהם מן ההר כותב: "שהיא קנויה לו לתשמיש, כדכתיב: 'כי יקח'".¹⁶ לדברי הנצי"ב: "דמן התורה אין לאיש על אשתו שום קנין כי אם לאישות בלבד אבל זולת אישות אין לבעל שום קנין".¹⁷ הרב יוסף אליהו הנקין מסביר: "מיהו לאישות, שתשמשנו ודאי קני לה".¹⁸ והרב אלחנן וסרמן: "דבקדושין יש קנין ואיסור [...] שהמקדש עושה קנין והאיסור הוא בתולדה מכה הקנין, או להיפוך, שעושה האיסור והקנין נמשך מהאיסור".¹⁹

ובכן, הגם שהיו שצמצמו את תחולת הקניין לאישות בלבד, עדיין האלמנט הקנייני קיים במעשה הקידושין. מעבר לכך, אין ספק שהשפה משקפת את הרעיון באופן מוחלט: 'האישה נקנית', 'קונה את עצמה', 'קנויה לו', 'קניין כספו', 'זוכה בה', 'שדה של בעל', 'זכות השעבוד שיש לבעל על אשתו' וכמובן עצם השימוש בכינוי 'בעל' – כל אלה משקפים את ההפנמה העמוקה שהאישה קנויה לבעלה, אם באופן המצומצם, לעניין אישות בלבד, ואם באופן הרחב.

יושר, שער ז' פרק יב.

12 נהרי, שם.

13 חידושי הרמב"ן למסכת גיטין ט, ע"א.

14 הרב בצלאל אשכנזי, שיטה מקובצת, כתובות נז, ע"ב.

15 ר' אריה לייב הכהן הלר, שו"ת אבני מילואים, סימן יז.

16 פירוש רבי אברהם מן ההר על מסכת נדרים טו, ע"ב.

17 הנצי"ב מוולוז'ין, שו"ת משיב דבר, חלק ד, סימן לה.

18 ר' יוסף אליהו הנקין, פירושי איברא, חלק א, סימן ד, סעיף א.

19 הרב אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, חלק א, הערות למסכת קידושין, סימן נג.

20 ראו אורית קמיר, 'זאם בעל – קנה: טרמינולוגית "בעילה" בעבירות המין בשיח המשפט הישראלי', פלילים, ז' (1998), עמ' 121-160.

התמודדות עם הדיסוננס בימינו

אחת האפשרויות לצמצם את הדיסוננס של האדם הדתי בן זמננו, היא כאמור, להכחיש את מרכיב הקניין בקידושין ולחלופין, להפוך אותו לסימבולי בלבד. המחשבה שלבעל יש אכן קניין באשתו מביכה ואיננה תואמת את עולם הערכים של בני המאה העשרים ואחת – אנשי חינוך, אנשי אקדמיה ואף רבנים – המחפשים דרכים לעקוף רעיון זה. יש המכחישים בתוקף כל קשר בין הקניין בקידושין לבין קניין האישה המתקדשת, ורואים בלשון הקניין ביטוי משפטי גרידא לקשר המחייב בין הצדדים. יש המודים שבעבר אכן היה בנישואין היהודיים אלמנט של קניין, אך במהלך ההיסטוריה היהודית הוא סוגי וצומצם.

גישה אפולוגטית: אין קניין אישה בקידושין – הקניין הוא לשם גמירות דעת בלבד

על פי הרב אליעזר מלמד, קניין הקידושין הוא מעין 'חווה' או 'ברית' בין האיש והאישה, אשר הופך את סטטוס האישה מ'פנויה' ל'אשת איש'. ה'קניין' יוצר גמירות דעת בין הצדדים, החתן והכלה, ברומה ללחיצת יד או חתימת חווה:

כריתת הברית בין החתן והכלה נעשית על פי התורה בקניין קידושין, מעשה קניין שנותן ביטוי ממשי ומחייב לאהבה ולחלומות שנרקמו בליבם של בני הזוג. וכמו שכל שינוי במעמד של אדם או חפץ נעשה על ידי מעשה קניין, כך גם החתונה והמעבר של האשה ממעמד של פנויה למעמד של אשת איש נעשה על ידי קניין, קניין שנקרא קידושין, משום שעל ידו הכלה מתייחדת ומתקדשת לבעלה.²¹

הרב מלמד מדבר על 'כל שינוי במעמד של אדם או חפץ', אך למעשה, מדובר על נשים שנישאות ועל עבדים שנקנים בלבד.

גם הרב רצון ערוסי עונה באופן דומה לשאלה שהופנתה אליו באתר מורשת בעניין קניין אישה ואומר: "כמו כן קניין האישה, אינו חלילה קניין גופה שהיא שייכת לו ובבעלותו, כמו שקונים נכס, שהנכס הופך להיות בבעלות הקונה, אלא הקניין הוא קשר משפטי מחייב".²²

בעקבות פסק הדין של בית הדין הפרטי בראשות הרב פרופ' דניאל שפרבר, ששחרר לאחרונה את העגונה צביה גורדצקי, כתב הרב מיכאל אברהם בבלוג שלו: "אין פירוש הדבר שהבעל קונה את האישה או שהוא בעלים שלה כמו בעל של ממון. מוסכם כמעט על כל הראשונים ובוודאי האחרונים שלא. אין כאן שום בעלות. זו עסקה רק מבחינת המאפיינים המשפטיים שלה, אבל לא מבחינת תוכנה. זהו חווה בין שני צדדים שדורש הסכמה, אבל לא נוצרת בו בעלות במובן הקנייני".²³

21 אליעזר מלמד, פניני הלכה, ליקוטים ג, משפחה, הר ברכה תשע"ב, עמ' 90.

22 ראו הרב רצון ערוסי, 'קניין אישה', אתר מורשת – שאל את הרב, ג' בשבט תשס"ה.

23 הרב מיכאל אברהם, 'ביטול קידושין ומסורבות גט – המבנה הפרודוקסלי', הבלוג של הרב מיכאל אברהם, טור 147, 8 ביוני 2018, הערה 6.

בפינת 'שאל את הרב' באתר כיפה נשאלה השאלה הבאה: "למה שמישהי תרצה למכור את עצמה תמורת טבעת?". ברוח דברי הרבנים לעיל ענה לה ירון מ'חברים מקשיבים':

נתינת הטבעת מצד עצמה הינה חסרת כל חשיבות, כל כוחה ועניינה הוא הלכתי, כך גם שאר סדר הקידושין (החופה), לכן כשאדם נותן לאשה טבעת לשם קידושין נוצר מצב הלכתי של קידושין המבוצע על ידי קניין [...] למעשה, בעת הקניין הבעל יוצר חלות של ברית; מדובר בתהליך בו נוצרת זיקה בין האישה לאשה. בהלכה, לשם הכרזה על גמירות דעת מבצעים פעולה של קניין [...] לסיכום: אף אחת לא מוכרת את עצמה בתמורה לטבעת – קניין הקידושין נעשה באמצעות טבעת ומטרת הקניין ליצור ברית בין האישה והאשה.²⁴

פרופ' אליאב שוחטמן מסביר עמדה זו במאמרו בכתב העת נקודה:

האם אמנם, על פי תורת ישראל, האישה היא קניינו של הגבר? [...] 'קניין' היא הדרך המשפטית הנקוטה בהלכה היהודית לשם מתן תוקף לפעולות משפטיות. הוא עשוי לתת תוקף לעסקת מכר, ואז הופך הבעלים לבעלים של נשוא המכר. קניין עשוי לתת תוקף לעסקת משכנתא, ואז הופך הבנק לבעל זכות המשכנתא (ולא לבעלים של הנכס הממושכן). וקניין עשוי לתת תוקף לקידושין, שהם פעולה משפטית לכל דבר, ההופכת את האישה להיות אשתו של הבעל, ולא רכוש, ובאמצעותה נוצרת זיקת אישות בין האישה ובעלה. זו גם משמעותו של המונח 'קידושין': איסורה המוחלט של האישה על כל העולם כהקדש, במובן זה שהיא מיוחדת ומזומנת אד ורק לבעל שקידשה, ואינה מותרת לשום אדם אחר בעולם.²⁵

הסברים אלה על מהות הקניין הם הסברים אפולוגטיים ואינם עולים בקנה אחד עם גישתם של המקורות, כפי שהראינו לעיל. הם אינם מתמודדים עם המשמעות הקניינית שתוארה לעיל ומנסים לרכך אותה במילים הדדיות ורכות יותר כמו 'ברית', 'חווה', 'ייחוד' או 'קדושה'. אלא שבסופו של דבר, חוסר השוויון נשאר על-כנו שכן האישה אינה מיוחדת ומזומנת רק לאשתו ומותר לנשים נוספות והאישה אינה יכולה להשתחרר מהנישואין אלא ברצונה.

גישה היסטוריוסופית: התקדמות מקניין בימי קדם לצמצומו בימינו

דרך שנייה לצמצום הדיסוננס אינה מתעלמת מהמשמעות הקניינית של הקידושין אך גורסת התפתחות ושינוי שלהם במהלך ההיסטוריה עד כמעט ביטולם בימינו. אכן, במקרא האישה עברה כחפץ מבעלות האב לבעלות הבעל תמורת מוהר, אפילו מבלי לתת את הסכמתה לכך, כתיאורו של פרופ' יעקב נ' אפשטיין: "בימים ההם 'נקנית' האישה כמו ש'נקנה' העבד";²⁶ אך בתקופה מאוחרת יותר נזנח מנהג תשלום המוהר

24 ירון, 'למה שאשה תרצה להתחתן – האם אשה שייכת לבעלה?', אתר כיפה – שאל את הרב, 17 בפברואר 2017.

25 אליאב שוחטמן, 'מקדושת, לא קנויה: על מעשה הקניין בקידושין', נקודה, 223 (ניסן תשנ"ט), עמ' 47-46.

26 יעקב נחום אפשטיין, מבוא לספרות התנאים, ירושלים:תל אביב תשי"ז, עמ' 53. וראו: Judith

והומר בקניין סמלי של האישה. במקורות התנאים נראה שהקשר המשפטי בין החתן והכלה נעשה ביניהם על ידי קניין, בכסף שהחתן מוסר לכלה בלי התערבותו של אבי הכלה. בהמשך התקופה התנאית נדחק עוד יותר רעיון הקניין וגברה התפיסה הרואה בנישואין ברית בין שני צדדים בזוגיות של אחווה.

לדעת החוקרים, לשון המשנה נותנת תימוכין לתיאוריה זו. אמנם המשנה בפרק הראשון של מסכת קידושין משקפת את התפיסה שהאישה נקנית כמו עבד ובהמה; אבל מן הפרק השני והלאה המשנה משתמשת בלשון אחרת: 'אישי מקדש בו ובשלוהו', 'האשה מתקדשת', 'התקדשי לי בכוס זה' וכדומה. המעבר משימוש במילה 'קניין' לשימוש במושג 'קידושין', משקף לדעתם שינוי תפיסה ביחס למעמד האישה ולתפיסת מהות קשר הנישואין – לא עוד עסקה קניינית בין אבי הכלה לחתן הרואה באישה חפץ, אלא חווה בין שני צדדים, החתן והכלה, שיש בו קדושה.

ראש ישיבת הקיבוץ הדתי במעלה גלבוע, הרב דוד ביגמן, טוען כי על בסיס הבנה זו, אפשר לצעוד צעד נוסף אשר יצמצם עוד יותר את אלמנט הקניין בקידושין וייתן לאישה תפקיד אקטיבי יותר במעמד הנישואין. הוא מסתמך על דעת יחיד שנדחתה במסכת קידושין (ו, ע"ב – ז, ע"א), דעת רב פפא, שלפיה, גם אם האישה היא זו שנתנה לאיש את כסף הקידושין והיא זו שהייתה אקטיבית ואמרה את מילות הקידושין – הקידושין תופסים.

נראה איפה שרבא אוהז עדיין בתפיסה המשווה בין קידושין לקניין [...]. לעומת זאת, רב פפא מחדש חידוש תפיסתי רדיקלי, כאשר הוא מתעלם לחלוטין מהממד הקנייני עסקי ומעמיד את האמירה לבדה במרכז מעשה הקידושין [...]. רב פפא מציב עצמו בעמדה מהפכנית, והוא משמש נושא הדגל בתהליך הסבוך של המעבר מקידושין כקניין לקידושין כמעשה סמלי, דתי ורומנטי של כריתת ברית בין בני הזוג.²⁷

לדברי הרב ביגמן, אף שדעתו של רב פפא נדחתה, "יש בה כדי לייצג את קצה התהליך של המעבר מדגם נישואין קנייני ופטריארכאלי לדגם רומנטי, זוגי ואף שוויוני" (שם). בגישה זו טמון סיכוי אמיתי לשינוי תפיסת הקידושין כקניין. אין כל ספק שמעמדה של האישה אכן הוטב במשך ההיסטוריה, והאלמנט הקנייני צומצם והפך למופשט יותר ויותר – ממוהר לקניין ומקניין לקידושין. גישתו של רב פפא עשויה לאפשר לנו לעלות מדרגה נוספת ולבטל לחלוטין את משמעות הקניין בקידושין. דא עקא, שהיא אינה תואמת בפועל את יכולת האישה בימינו לקבל את החופש שלה בחזרה ולהשתחרר על פי רצונה מבעל שאינו מוכן לגרש אותה. מחסום נעול זה מוכיח שהיא עדיין 'קנויה' לבעל. אילו אלמנט הקניין בקידושין אכן הצטמצם ונדחק לשולי הליך הקידושין,

27; Hauptman, *Rereading the Rabbis, A Women's Voice*, Boulder, Colo 1998, pp. 68-69
 משה הלברטל, *מהפכות פרשניות בהתהוותן*, ירושלים תשנ"ז, עמ' 69-93; עדיאל שרמר, *זכר ונקבה בראם: הנישואים בשלהי ימי הבית השני ובתקופת המשנה והתלמוד*, ירושלים תשס"ד, עמ' 326-321; ברכיהו ליפשיץ, 'סוגיות בטיב גיטין, קידושין ונישואין', אריה ארדעי ואחרים (עורכים), *הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון*, ירושלים 2018, עמ' 527-558; והשוו: יקותיאל נויבואר, *תולדות דיני הנישואין במקרא ובתלמוד*, ירושלים תשנ"ד.

הרב דוד ביגמן, 'מ'אני אבחר בך' עד 'תבחרי בי' קווי מתאר להתפתחות הקידושין בספרות חז"ל', *מעגלים*, ט: מעגלי תורה ומוסר (תשע"ז), עמ' 43-60.

כדברי האוחזים בתפיסה זו, היינו רואים הקלה באפשרות של האישה להתגרש בניגוד לרצון בעלה. אבל הצורך לפייס את הבעל בגירושין כבעבר, וכובד המשקל של רצון הגבר בגירושין, משקפים את העובדה המצערת שגם היום האישה היא קניין של הגבר, לא פחות מכימים עברו.

מהות המושג 'קניין'

המושג 'קניין' משמעותו: 'שייכות'. חפץ שנקנה שייך לקונהו ולא לאחר. בעל החפץ רשאי לעשות בחפץ כרצונו – להפקיר, לתת או למכור אותו לאחר. כאשר אובייקט הקניין הוא בן אדם, הבעלים בדרך כלל מוגבל יותר, ובמקרה של קניין בקידושין, שכבר הזכרנו שהקניין הוא לעניין אישות בלבד,²⁸ הבעל אינו יכול להפקיר, למכור או לתת את אשתו לאחר. אם כן, מהי משמעות 'קניין האישות', או 'קניין האיסור', שיש לבעל באשתו?

א. קניין = זכות הבעל לאישות

פרשת הנדרים בספר במדבר פרק ל מעלה כי הבעל רשאי להפר את נדרי אשתו. הגמרא במסכת כתובות (עא, ע"ב) מפרטת ומסבירה שהבעל זכאי להפר נדר שנדרה אשתו בעניינים שנוגעים להנאתה ובעניינים שבינו לבינה, על כן אם נדרה ואמרה 'הנאת תשמישך עליי' הבעל רשאי להפר את נדרה. אולם במקרה שאישה נדרה 'הנאת תשמישי עליך', אין אפילו צורך שהבעל יפר את נדרה, אלא 'כופה ומשמתו', משום שהיא משועבדת לו והבל פיה אינו יכול לשנות עובדה זו.²⁹

אמנם גם לגבי הבעל נאמר שהוא משועבד לאשתו לעניין עונה, כדברי הרמב"ם: "אם אמר לה תשמישי אסור עלייך או שנשבע שלא ישמש מיטתו לא נדר כלום. ואם נשבע נשבע לשוא מפני שהוא משועבד לה".³⁰ אולם חשוב להבחין בין שעבוד האישה לבעל לבין שעבוד הבעל לאישה, משום שהשימוש במילה 'שעבוד' במקרים הללו הוא שיתוף השם בלבד.

על פי ההלכה, "כשנושא אדם אישה [...] יתחייב לה בעשרה דברים ויזכה בארבעה דברים".³¹ הבעל מתחייב מן התורה בשארה (מזונות) כסותה (כמשמעו) ועונתה (חיי אישות) של האישה, ומדרבנן ברפואתה, פדיונה, קבורתה, שתהא ניונת מנכסיו לאחר מותו, יושבת בכיתו באלמנותה, להיות בנותיה ניונות מנכסיו עד ארוסיהן ובניה

28 יהודית וגנר (לעיל, הערה 1), עומדת על מורכבות הנושא ומנתחת את ההבדלים במעמד 'קטנה' לעומת 'בוגרת', 'נשואה' לעומת 'גרושה', וכן 'אלמנה' לעומת 'במה' במשנה. הקטנה, הנשואה והיבמה משויכות לגברים בכל מה שקשור למיניותן ולפוריותן. הקטנה ברשות אביה, אשר רשאי להשיא אותה ואף למכור אותה לאמה; הנשואה חוסה תחת בעלה והיא נתונה לו בנושא אישות; והיבמה מנוהלת על ידי אחי בעלה. לעומתן, בהתאמה, הבגירה, הגרושה והאלמנה משוחררות לחלוטין ויש להן מעמד עצמאי.

29 ראו רש"י על אתר וכן שטיינזלץ והאורח חיים. וראו נדרים טו, ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות יד, ח.

30 רמב"ם, משנה תורה, הלכות אישות יד, ו.

31 שם, יב, א.

יורשים מכתובתה יתר על חלקם בירושה מאחיהם. הבעל זוכה בארבעה דברים: מעשה ידיה, מציאיתה, להיות אוכל פירות נכסיה בחייה וירושה.³²

על חובת העונה מתחייב הבעל בכתובה. חובה זו נידונה במקורות והיא מוגדרת וברורה, בעלת זמנים קבועים, על פי עיסוקו ומגבלותיו של הבעל ובהתחשב במקצועו. אך 'חובתה' של האישה כלל אינה מוגדרת ואיננה מצוינת בשום מקום. לכאורה, אין עליה חובה כלפי הבעל בעניין אישות, אלא שעצם מהות הקידושין יוצר את מעמדה של האישה כשייכת לבעל, במובן שהוא זכאי למיניותה. זוהי 'חובה' הדומה יותר לחובתו של העבד לעבוד את אדוניו; הוא אינו צריך להתחייב לעבוד אותו, שהרי עצם מהותו כעבד היא העבדות שלו והשייכות שלו לאדונו. כך הם פני הדברים גם כאשר לאישה המקודשת – היא אינה 'מתחייבת' לבעלה באישות אלא זכותו של הבעל במיניותה, היא עצמה מהות הקידושין. אם כן, האישות היא זכות בסיסית של הבעל באשתו ולדעת פוסקים מסוימים, היא נדרשת להיות זמינה תמיד לבעל.

הכרל מהותי זה עולה מדברי הרמב"ם בסוגיה זו: "האשה 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 כמו שבארנו בהלכות אישות".³³ מיניותה של האישה היא בבחינת פירות השייכים לבעל הפירות, ואילו שעבוד הבעל לאשתו לעניין עונה היא אחת מהמחויבויות שלו, כמו שארה וכסותה.³⁴

הבחנה זו מקבילה להבחנה הקיימת במשפט האזרחי בין חובות חוזיות/אובליגטוריות לבין זכויות קניין. לבעל יש חובות חוזיות כלפי אשתו: לזון אותה ולפדות אותה מן השבי, ואף לאישה יש חובות חוזיות כלפי הבעל: לעשות בצמר או למזוג לו את הכוס. חובת הבעל לעונה היא חובה חוזית, בדומה לשאר חובותיו כלפיה, אך 'החובה' של האישה כלפיו באישות היא זכות קניינית של הבעל.

אחרונים ופרשנים שופכים אור על משמעות הקניין של הבעל באשתו. בהמשך דברי המהרי"ט שהוזכר לעיל, הוא אומר: "אבל האשה לא התחייבה כלום לבעל, אלא גופה עצמה הקנתה לו על תנאי שיוזן אותה". כלומר, האישה מקנה לבעל את גופה תמורת הבטחתו שיפרנס אותה. הנצי"ב שופך אור על הנושא מזווית אחרת:

וקנין אשה לאיש בענייני אישות, הוא מועיל לא מבעיא לדעת הרמב"ם שאסור לבעול פנויה, אפילו לדעת החולקים אינו אלא רשות, אבל אינה מחויבת להזקק לו ואם הוא מאנסה ח"ו חייב לשלם בושת ופגם, והרי הוא כגולן וכאשר יקום איש על רעהו והכהו, משא"כ אשה שהיא קנויה לו היא מחויבת להזקק בכל עת שירצה ואם אינה מזדקקת לו ברצון יכול לכופה כמו שהאדון כופה שפחתו לעשות מלאכתו.³⁵

32 שם, יב, ב.

33 שם, הלכות נדרים יב, ט.

34 השו"ת לרשב"א שמשביר בחידושיו לנדרים טו, ע"ב 'דנשבבעדו זה לזה לכך, שע"י כן עמדו ונשאו'. דעתו היא דעת מיעוט. אבל במקומות אחרים דווקא הרשב"א מבטא עמדה מאד ברורה שהאישה היא קניין כספו של האישי, לדוגמה שו"ת הרשב"א חלק ד, סימן מ': 'דאשה קנויה היא לבעל וקניין כספו קרינן ליה'.

35 הנצי"ב, משיב דבר, חלק ד, מט.

הנצי"ב עושה הבחנה ברורה בין אונס אישה נשואה על ידי בעלה לבין אונס אישה פנויה. גבר שכופה עצמו על אישה פנויה הוא כגולן וצריך לשלם לה בושת ופגם; אך גבר שכופה עצמו על אישה שהתקדשה לו, אינו כגולן והיא מחויבת להיזקק לו בכל עת שירצה.

עמדות אלה יונקות מן הסתם מדברי הגמרא בנדרים (כ, ע"ב) שאומרת שאדם יכול לעשות מה שהוא רוצה באשתו: "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". ולדברי הרמב"ם: "אשתו של אדם מותרת היא לו; לפיכך כל מה שאדם רוצה לעשות באשתו, עושה – בוועל בכל עת שירצה, ומנשק בכל אבר שירצה, ובא עליה בין כדרכה, בין שלא כדרכה, בין דרך אברים".³⁶ אמנם קשה לומר בוודאות שיש כאן אישור לבעל לעשות גם מעשים בניגוד לרצון אשתו, אולם פרשני הגמרא קישרו בין הרשות של הבעל לעשות מה שהוא רוצה לבין נושא הקניין. הר"ן אומר שם: "דכתיב 'כי יקח איש אשה', שהיא לקוחה לו לעשות בה כל חפצו". ובדומה לזה אומר השיטה מקובצת על-אתר: "אלא כל מה שאדם רוצה לעשות באשתו עושה, דהתורה הקנתה לו כחפץ הקנוי דמי דכתיב 'כי יקח איש אשה'".

הרעיון שאישה היא קניינו של הבעל, שהוא רשאי לעשות בה כבשלו בתחום האישות, ושהיא אינה אמורה לסרב לו – אינו סותר את דרישת חכמים להתייחס בכבוד לנשים ואת התנגדותם לאיננוס אישה נשואה על ידי בעלה. הגמרא (נדרים כ, ב) מתריעה "אסור לאדם שיכוף אשתו לדבר מצוה [...] כל הכופה אשתו לדבר מצוה הווין לו בנים שאינן מהוגנין"; וכן "אלו בני תשע מדות [...] בני אימה בני אנוסה"; ואף הרמב"ם מזהיר "לא יאנוס אותה ויבעול בעל כרחה אלא בדעת ומתוך שיחה ושמחה".³⁷ וכן "אף על פי שאשתו של אדם מותרת לו תמיד, ראוי לו לתלמיד חכם שינהיג עצמו בקדושה [...] ולא יאנוס אותה והיא אינה רוצה, אלא ברצון שניהם ובשמחתם"³⁸ – אך כל אלה אינן הלכות אלא הוראות והמלצות להתנהגות טובה של יהודי,³⁹ ואין בהן כדי לסתור את התפיסה העולה מן המקורות שלבעל יש קניין באשתו וזכות אישות בה.

יש שראו במקור הבא של הרמב"ם איסור אינוס אישה נשואה, ומכאן ביקשו להסיק כי לבעל אין קניין באשתו: "האשה שמנעה בעלה מתשמיש המטה היא הנקראת מורדת ושואלין אותה מפני מה מרדה. אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי כופין אותו לשעתו לגרשה לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוא לה".⁴⁰

ואולם, הרמב"ם אינו אומר שלבעל אסור לאנוס את אשתו, אלא קובע כי זכותה של אישה שאינה סובלת את בעלה להשתחרר ממנו. אדרבה, דווקא מדבריו של הרמב"ם עולה כבדרך אגב שכל זמן שאישה יושבת עם בעלה הוא זכאי במיניותה והיא מנועה

36 רמב"ם, משנה תורה, הלכות איסורי ביאה כא, י.

37 שם, הלכות אישות טו, יז.

38 שם, הלכות דעות ה, ד. נציין גם שההוראה נגד אונס האישה באה לדאוג לקדושתו של הבעל ולא להגנתה של האישה.

39 להשוואה ראו: נחום רקובר, 'חסי אישות בכפיה בין בעל לאשתו', שנתון המשפט העברי, ו-1 (תשל"ט-תש"ס); יגאל צפירה, 'חסי אישות בכפיה', תחומין, כד, עמ' 222-227.

40 רמב"ם, משנה תורה, הלכות אישות יד, ח.

מלסרב לו. וכדי שלא תהיה האישה כשבויה שנבעלת לשנוא עליה – יש מקום להתערב ולעזור לה להשתחרר ממנו.

יתרה מזאת, האיסור לאנוס אישה נשואה אינו מהווה הוכחה לכך שאין לבעל זכות קניינית באשתו. כבר ציינו לעיל שזכות קניינית אינה היתר גורף לבעלים לעשות בקניין שלהם ככל העולה על רוחם, במיוחד כשמדובר בקניין חי. אפילו עבד כנעני יוצא בשן ועין למרות שהוא משועבד בגופו לבעליו.⁴¹

התפיסה הגורסת שלבעל זכות לעשות באשתו כבשלו אינה ייחודית להלכה היהודית. היא שלטה בעולם כולו עד לפני עשרות שנים, וגם כיום היא רווחת במקומות רבים בעולם. על בסיס תפיסה זו, עד שנות השבעים של המאה העשרים אונס אישה נשואה לא נחשב במדינות רבות כעברה פלילית, ולא היה עליו עונש בחוק. המייצג המרכזי של תפיסה זו הוא סר מת'יו הייל, שעמד בראש מערכת המשפט באנגליה במאה השבע-עשרה:

אך הבעל אינו יכול להיות אשם באונס אשתו החוקית כי באמצעות הסכמת נישואין הדדיים וחווה שכרתו ביניהם, מסרה האישה את עצמה לידי בעלה בעניין זה לבלתי חוזר בה.⁴²

לדברי עירית נגבי ותמר ברנבלום, התפיסה של הייל, שלפיה "עם נישואיה נותנת האישה, במסגרת חוזה הנישואין, הסכמה גורפת ובלתי הפיכה לכל מעשי האישות עם בעלה",⁴³ היא למעשה, "קניין בלבוש חוזה: לשון החוזה באה לכסות על התפיסה האומרת כי הנישואין מעניקים לבעל זכויות קניין על גופה של אשתו, והיא ניתנה לו למעשה כחפץ, לעשות בה כרצונו" (שם).

כיום, כמעט בכל מדינות העולם המערביות אונס אישה נשואה על ידי בעלה אינו חוקי ואמנה בין-לאומית המחייבת מדינות להבטיח שמעשים מיניים שבוצעו שלא בהסכמה במסגרת הנישואין יהיו בלתי חוקיים, נכנסה לתוקף בשנת 2014.⁴⁴ יש מקום להתגאות במשפט הישראלי שהקדים בתי משפט ברחבי העולם המערבי,⁴⁵ כאשר קבע בראשית שנות השמונים שבעל שאונס את אשתו דינו כאנס. את פסיקתו ביסס בית המשפט העליון על המשפט העברי, אשר לדבריו, אוסר לקיים יחסי אישות בכפייה.⁴⁶ אך אף שבית המשפט למד זאת מן המשפט העברי – אין אנו למדים מבית המשפט העליון הלכה, וקביעתו אינה סותרת את העובדה שמן המקורות עולה באופן ברור

41 ראו שמות כא, כו-כז.

42 מתורגם מן המקור המובא במאמרו של יורם שחר, 'אנוסה על פי דין?', **עיוני משפט**, ח (תשמ"ב), עמ' 660.

43 עירית נגבי ותמר ברנבלום, 'מבט פמיניסטי ביקורתי על הישגי הרפורמות החקיקתיות בדיני האונס', **המשפט**, ט"ז תשע"א, עמ' 209-237.

44 ראו על כך בערך 'אונס בנישואין' באתר ויקיפדיה.

45 החוק באנגליה למשל לא ראה באינוס אישה נשואה עבירה פלילית עד תחילת שנות התשעים.
46 הפסיקה התבססה על חוות דעתו של פרופ' נחום רקובר (לעיל, הערה 39), אשר קבע באופן נחרץ כי במקורות היהודיים אסור לאנוס אישה נשואה. חוקרים רבים קיבל את דעתו כנתון. ראו שחר (לעיל, הערה 42); דנה פוגין, "ברצון שניהם ובשמחתם" – אינוס בידי בן זוג והתווית גבולות המשפט הפלילי בחברה משתנה, דפנה ברק-ארז ואחרות (עורכות), **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם**, ירושלים תשס"ו, עמ' 501-544.

שהאישה קנויה לבעלה לעשות בה כל חפצו בעניין אישות. ובשום אופן לא ניתן להסיק שאונס אשתו חמור באותה חומרה של אונס אישה פנויה.

ב. קניין = איסור האישה לעלמא

לית מאן דפליג שמעשה הקידושין אוסר את האישה על שאר הגברים בעולם, אך אינו אוסר זאת באותה מידה על הגבר, אשר על פי ההלכה רשאי לקיים יחסי אישות עם נשים אחרות פנויות. הקידושין אם כן יוצרים שינוי בסטטוס של האישה ולא של האיש, וכך נוצר מצב בלתי שוויוני בעליל בין הבעל לאישה.

לנוכח זאת, קשה להבין אמירות שהובאו לעיל הרואות בקניין "ביטוי ממשי ומחייב לאהבה ולחלומות שנרקמו בליבם של בני הזוג" (הרב מלמד); "קשר משפטי מחייב" (הרב ערוסי); "חווה בין שני צדדים שדורש הסכמה" (הרב אברהם); "ברית בין האיש והאשה" ('ירון', חברים מקשיבים), ואף את עמדתו של הרב ביגמן, אשר סבור כי שיטתו של הרב פפא בגמרא "יש בה כדי לייצג את קצה התהליך של המעבר מדגם נישואין קנייני ופטריארכאלי לדגם רומנטי, זוגי ואף שוויוני". המהות ההלכתית של הקידושין אינה שוויונית ואינה הדדית!

ג. קניין = יוצאת רק ברצון הבעל

הגירושין היהודיים יכולים להיעשות על ידי הבעל בלבד, אשר מוסר גט כשר לאישה בפני שני עדים כשרים ("וקונה את עצמה בשתי דרכים, בגט ובמיתת הבעל"). הדגש הוא על רצון חופשי של הבעל: "ועשרה דברים הן עיקר הגירושין מן התורה, ואלו הן – שלא יגרש האיש אלא ברצונו".⁴⁷

שני התנאים הללו הם הגורמים העיקריים לקשיים של מסורבות גט ועגונות, לאורך השנים ועד ימינו. גם במקרים הקיצוניים שבהם קבעה ההלכה שמותר לכפות על הבעל את נתינת הגט, פירשו חכמים שמעשה נתינת הגט נעשה ברצון הבעל:

מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו, ולא רצה לגרש – בית דין של ישראל בכל מקום ובכל זמן, מכין אותו עד שיאמר רוצה אני [...] אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה, או לעשות עבירה, והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו, או עד שנתרחק מדבר שאסור לעשותו – אין זה אונס ממנו, אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה. לפיכך, מי שאינו רוצה לגרש – מאחר שהוא רוצה להיות מישראל, רוצה הוא לעשות כל המצוות ולהתרחק מן העבירות; ויצרו הוא שתקפו, וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני – כבר גירש לרצונו.⁴⁸

יפים לעניין זה הם דבריו של הנצי"ב, אשר מבהיר שהקניין של הבעל באשתו הוא כ'הקדש', וחזק יותר מאשר קניין של חפץ, אותו יכול בית הדין להפקיר ולהפקיע:

ובאמת אפילו סנהדרי גדולה של ישראל אין להם כח לגרש אשת ישראל כי אם לכפות את הבעל שהוא יגרש אותה, היינו שהוא יאמר לסופר לכתוב

47 רמב"ם, משנה תורה, הלכות גירושין א, א.

48 שם, הלכות גירושין ב, טז-יח.

ולעדים לחתום, והוא בעצמו או ע"י שלוחו יתן לידה הגט ויאמר לה הרי את מגורשת ממני [...] ומזה אנו למדים שקנין אשת ישראל לבעלה אינו כקנין שאר חפצים שב"ד יכולים להפקיע ולהפקיע שלא ברצון בעלים אלא כהקדש. וכמו שא"א לב"ד הגדול להקדיש בהמת האדם בלי רצונו ודיבורו שיאמר רוצה אני להקדיש כך א"א לב"ד הגדול להפקיע קדושת אשה לאיש וכדאיתא ריש מס' קידושין דאסר לה אכ"ע כהקדש [...] מבואר דאשה לבעלה הרי הוא הקדש קדושת הגוף, ומשום הכי א"א להוציא מהקדשו בלי דבריו וכדת משה וישראל.⁴⁹

לסיכום, קניין הבעל באשתו עולה באופן מובהק מן המקורות ובא לידי ביטוי גם בהלכות שראינו, הקובעות כי יש לבעל זכות קניינית במיניותה של אשתו, גם אם הוא אינו אמור לאנוס אותה; שהאישה אסורה על כולי עלמא; ושרק הוא, ברצונו, יכול לשחרר את אשתו.⁵⁰

ביטול העבדות כמשל

כדי להבין את מושג הבעלות הקניינית של הבעל באשתו ואת התוקף שלו בימינו, ראוי להשוותו למודל הקלאסי של בעלות על בני אדם, היינו העבדות. בתורה קיימת כידוע אפשרות של עבדות ביחס לעבד עברי וכיחס לעבד כנעני. האם אפשרות זו של קניין עבדים קיימת גם בזמננו? האם אנו מסוגלים לקבל עבדות כבת-תוקף? העבדות חלפה מן העולם. היא איננה חוקית במדינות העולם המודרניות (המערביות) וגם העולם הדתי כבר אינו מכיר בתוקף הבעלות על עבדים. סביר להניח כי אם תבוא בפני פוסק הלכה בימינו שאלה הלכתית בדבר אדם שקנה אדם אחר כעבד, גם אם יודה אותו אדם כי הוא 'עבד' של האיש – הרב לא יפתח ספר על מנת לברר מהן ההלכות החלות עליהם, אלא יפנה אותם לשירותי בריאות הנפש או למשטרה. מהו המנגנון ההלכתי שמאפשר לומר שאין תוקף היום לעבדות? כיצד ויתרה ההלכה על דיני תורה כה מפורטים? ייתכן כי המפתח להבנת קניין האישה בקידושין טמון בהבנת המנגנון שאפשר לחכמים לוותר על העבדות בימינו.

ביטול העבדות בשל 'דינא דמלכותא דינא'

בשני מאמרים שפורסמו לאחרונה בכתב העת ההלכתי תחומין,⁵¹ מתייחסים הרב יעקב אריאל והרב זלמן נחמיה גולדברג לנושא ביטול העבדות בימינו, בהקשר שאלת טיהור ממזרים. אחת הדרכים לטיהור ממזרים היא ההצעה הקדומה של ר' טרפון בגמרא, שהממזר יישא שפחה כנענית (קרי: אישה גויה שהוא יקנה כשפחה).⁵² ומכיוון שייחוס הילדים הולך אחר אדם, ואין ממזרות בגויים, הילדים יהיו אמנם גויים אך לא ממזרים,

49 הנצי"ב (לעיל, הערה 35). ההדגשות שלי.

50 ראו: סוזן ווייס, 'בשלוש דרכים אישה מתגרשת', ארץ אחרת, 13 (תשס"ג), עמ' 42-47.

51 הרב יעקב אריאל, 'טיהור ממזרים ומעמד העבדות בימינו', תחומין, לז (תשע"ז), עמ' 167-174; הרב זלמן נחמיה גולדברג, 'גדרי היתר ממזר בשפחה', תחומין, לז (תשע"ז), עמ' 154-166.

52 ראו משנה, קידושין סט, א.

ולאחר שיגורו, הממזרות לא תימשך בהם ובצאצאיהם. בסיום הלידות 'ישחרר' הבעל את שפחתו מעבדותה, והיא תהפוך להיות יהודייה כשרה. אלא שה'פטנט' ההלכתי הזה לטיהור ממזרים נסמך על האפשרות ההלכתית שאפשר לקנות שפחה בימינו. הרב אריאל מסביר שהלכות עבדות בטלות היום משום 'דינא דמלכותא דינא':

אך בימינו שרוב רובן של המדינות בעולם שוללות את העבדות מכל וכל וחוקקו חוקים כלליים ושוויוניים לכל רכרי האוכלוסייה שהעבדות אינה חוקית, גם החולקים על הרשד"ם והריב"ל מודים שבימינו העבדות בטלה מן העולם. וגם אנו חייבים לחוקק חוק דומה ולפסול את העבדות לגמרי [...] ואכן נטיית פוסקי דורנו לשלול את העבדות בגלל דינא דמלכותא דינא, ויהודי שקנה עבד הקניין בטל.⁵³

הרב אריאל מציע כפתרון לקנות את השפחה בקניין איסור ללא שעבוד – קניין שלדבריו אינו נחשב כקניין בעיני הגויים ועל כן אינו מתבטל בשל 'דינא דמלכותא דינא'. לדעת הרב גולדברג, הסבור שאין אפשרות לקנות קניין איסור ללא קניין ממון, על הבעל להתנות את הקניין של השפחה בכך שהוא ישחרר אותה משעבוד שעה אחר הקנייה: "ונראה עוד שבאופן כזה אין דינא דמלכותא מקפדת, כיון שקנאה ואין לו אפשרות בפועל להשתעבד בה, אין המלכות מקפדת שלא יהיה לאדם קנין איסור בשפחה".⁵⁴

ביטול העבדות בשל סתירתה לתודעת האדם המודרני

אני מבקשת להציע הסבר מעט שונה לכך שהעבדות אינה תקפה מבחינה הלכתית בימינו. בתודעתו של האדם המודרני, נטילת חירותו ועצמאותו של אדם על ידי זולתו איננה אפשרית בפועל. החפצת אדם בדרך של קנייתו ומכירתו לאדם אחר פוגעת באופן יסודי ועמוק בערכי המוסר, עד כי הדבר נחשב כחסר תוקף לחלוטין בחברה המודרנית. מכירה וקנייה הן מעשים התלויים בתודעה החברתית ועל כן אין להן תוקף אם הן עומדות בניגוד חריף למוסר החברתי.⁵⁵ כך למשל, מכירת איברים פנימיים של אדם חי אינה מוסרית, ועל כן אין לה תוקף חוקי, גם אם היא מגובה בחוזה משפטי וגם אם הכסף שולם. חברה שאינה מקבלת כמעשה מוסרי את האפשרות שאב ימכור את בתו לאדם אחר לאישה – המכירה תהיה בטלה מלכתחילה.⁵⁶

53 הרב אריאל (לעיל, הערה 51), עמ' 172.

54 הרב גולדברג (לעיל, הערה 51), עמ' 156.

55 בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 נכתב: "חווה שכריתתו, תכנו או מטרותו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הצבור – בטל". ראו גם בפסק דין בג"ץ עא 294/91, חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992), שם קובע ברק כי חווה שנוגד את המוסר או את תקנת הצבור דינו להיבטל: "לא יעלה על הדעת כי ניתן לערוך חווה בישראל בין שני פרטים, ולפיו האחד הופך להיות העבד של האחר. חווה עבדות זה הוא בלתי חוקי ובלתי מוסרי".

56 ראו מאמרו של הרב יוסף חיים אסייג, 'אב שקדש את בתו בעקבות סכסוך משפחתי', תחומין, כו (תשס"ו), עמ' 148-155. במאמר מתואר מקרה מפורסם בו אדם טען שקידש את בתו הקטנה, ולא רצה לומר למי אלא אם תמלא האישה את דרישותיו הכספיות. הרב אסייג טוען שהבת מותרת להינשא, בעיקר משום שאין לאב נאמנות ממספר טעמים, ומשום ש'אין אדם משים עצמו רשע', שהרי אסרו חכמים על אדם להשיא את בתו הקטנה. חבל שהרב אסייג כלל לא העלה בדעתו שהאפשרות שאב משיא את בתו אינה תקפה בימינו.

ההסבר הזה אינו רחוק מן הטעם של 'דינא דמלכותא דינא', אך הוא מעביר את הדגש מהחוק החיצוני, תלוי המקום (דין המלכות), אל התודעה הפנימית של החברה המודרנית ושל האדם בן זמנה, תודעה שמשפיעה על החוק ועל התפיסה ההלכתית של פוסקי הדור.

קריאה לביטול תוקף קניין הקידושין

שתי הסיבות שמנינו לעיל לביטול העבדות בימינו נכונות גם לגבי תקפותו של קניין אישה בקידושין, אשר כפי שהוכחנו, הוא אקט של קניין ממשי ולא סימבולי, ועל כן חסר תוקף. ראשית, קניין של אישה, אפילו רק לעניין אישות, נוגד את 'דינא דמלכותא דינא' במדינות בעולם המערבי – אף מדינה אינה מקבלת בחוק את הרעיון שמנסח בבירות המהרי"ט: "האשה לא התחייבה כלום לבעל, אלא גופה עצמה הקנתה לו על תנאי שזון אותה". כפי שראינו בדברי הייל, רעיון זה היה מקובל בעולם המערבי, אבל בעשורים האחרונים הוא נדחה מכול וכול וכיום לא עולה על הדעת לקבל את דברי המהרי"ט או את דברי הנצי"ב: "אשה שהיא קנויה לו היא מחויבת להזקק בכל עת שירצה ואם אינה מזדקקת לו ברצון יכול לכופה כמו שהאדון כופה שפחתו לעשות מלאכתו". כמו כן, אין עוד מדינה מערבית אשר תמנע מאשה יציאה לחירות מנישואין כושלים ותתנה זאת בריצוי ופיצוי הבעל, או כדבריו של הרב יצחק אלחנן ספקטור: "שאיין לנו יכולת להפסיד זכות השעבוד שיש לבעל על אשתו שנקראת 'שדה של הבעל'".

שנית, בתודעת בני זמננו, לא עולה על הדעת שלבעל תינתן זכות על מיניותה של אשתו. בניגוד למה שהיה מקובל רק לפני כמה עשורים,⁵⁷ כיום שוררת התפיסה כי זכותה של האישה על גופה ועל מיניותה היא זכות מוחלטת וברורה. למעשה, זוהי זכות בסיסית כל כך, עד כי לא עולה על הדעת שהיא תילקח ממנה ותינתן לאדם אחר, גם אם זה האיש שעמו בחרה לחיות יחד חיי זוגיות. האנושות התרחקה מרחק רב מהימים שבהם לא רק שהזכות למיניות האישה נמסרה לבעלה, אלא אף הזכות למסור אותה לאיש אחר ניתנה בידי אביה, כמו גם הזכות למכור אותה לעבדות ולשעבוד.

טיעון זה, בדבר שינוי התודעה החברתית, דומה במובן מסוים לטיעונו של הרב פרופ' מאיר שמחה הכהן פלדבלום, בעניין 'חסרון דעת מקנה'. במאמרו משנת תשע"ז,⁵⁸ 'בעיית עגונות וממזרים – הצעת פתרון מקיפה וכוללת',⁵⁸ טען פלדבלום שנשים (במיוחד חילוניות) אינן מתכוונות ואינן מקבלות על עצמן להיות 'קניין' לבעל, ולפיכך הקידושין שלהן הם בבחינת מקח טעות. פלדבלום ראה את האפיון המרכזי של 'קניין' בכך שהאישה כלואה במסגרת של נישואין ללא יכולת להשתחרר מהם בניגוד לרצונו של הבעל:

57 דוגמה לכך ראו את סיפורו של ברכה טרי, 'קריעה', לילי רתוק (עורכת), הקול האחר, סיפורת נשים עבריות, בני ברק 1994, עמ' 36-50.

58 הרב פרופ' מאיר שמחה הכהן פלדבלום, 'בעיית עגונות וממזרים – הצעת פתרון מקיפה וכוללת (הצעה לדין הלכתי והשקפתי)', דיני ישראל, יט (תשנ"ז-תשנ"ח), עמ' רג-רטז.

במצב העכשווי מתעוררת שאלה על חסרון דעת מקנה מהסיבות דלהלן: בחברה החילונית של היום, רבות מן הנשים אינן מודעות כלל לכך, שבמעשה הקידושין יש אספקט של קניין, שאפשר לבטלו אך ורק על ידי הסכמתו של הבעל. לאור החתירה של הנשים בימינו לשוויון בכל תחומי החיים, ישנה אצל רבים אומדנא, ואפילו 'אומדנא דמוכח', כי נשים רבות, לו היו מודעות לנ"ל, לא היו מסכימות כלל וכלל לקניין הקידושין, וזאת בניגוד למה שהיה עד לשנים האחרונות. הנחה זו מקבלת משנה תוקף מהצהרותיהן של אותן נשים המודעות לקניין של קידושין, שהן אינן מסכימות לו, ודעתן היא אך ורק על התקשרות של נאמנות להדדי, לפי"ז נוצרת אומדנא שיש כאן חסרון של דעת מקנה.⁵⁹

פלדבלום ממשיך וטוען שהקידושין הללו בטלים:

אבל בזמנינו אנו, אצל נשים שאינן שומרות מצוות יש אומדנא, וגם אומדנא דמוכח, וגם הצהרות מפורשות מפיהן, שהן מסכימות אך ורק להתקשרות של נאמנות, ולא לכוזו שלא יוכלו להשתחרר ממנה מבלי רצונו של הבעל, נשים אלו אינן בודדות, שדעתן בטלה! לפיכך יש ספק גדול אם קידושין אלו שלהן, תקפים מן התורה או אפילו מדרבנן.⁶⁰

אני אמנם צועדת בדרכו של פלדבלום, אשר רואה את הקניין כבעיה המרכזית של הנישואין היהודיים, אך בשונה ממנו, אני סבורה שהקניין אינו תקף לכתחילה, לא רק אצל נשים שלא העלו על דעתן שהן נכנסות למסגרת שממנה לא יוכלו לצאת אלא ברצון הבעל, אלא לגבי כלל הנשים. טענתי היא, שלא מדובר רק בחוסר אינפורמציה של נשים חילוניות, המוביל לחוסר כוונה שלהן במעמד הקידושין ('מקח טעות'), וגם לא מדובר בבעיה מוסרית גרידא, אלא מדובר בחוסר נכונות של כלל הנשים בנות ימינו, למסור את הבעלות על גופן ועל מיניותן לבעל באופן שהן לא תוכלנה להשתחרר ממנו.

אין ספק שבעבר, הקשר הקנייני היה הקשר הנכון והטוב ביותר לאישה, שסיפק לה הגנה וביטחון במעבר מחסות אביה לחסות בעלה. אבל כיום, הקניין אינו תקף משום שנשים היום אינן מקבלות את הרעיון שמניותן שייכת לבעליהן, ואף אינן מסוגלות להפנים אותו לעומק. ולא רק הן אלא כלל החברה ומדינות העולם המערבי אינן מקבלות יותר את הרעיון שמניותה של האישה יכולה בכלל להיות זכות קניינית של הבעל. אני צועדת אם כן צעד נוסף בעקבות הרב פרופ' פלדבלום וטוענת שלא רק הקידושין של נשים ממגזר מסוים הם בבחינת 'מקח טעות' ובשל כך אינם תקפים, אלא כל הקידושין היהודיים בימינו – אשר נוגדים את 'דינא דמלכותא דינא' ואשר נוגדים את התודעה החברתית שלנו – אינם תקפים כלל וכלל. הפתרון אינו 'ליידע את הנשים' ולהסביר להן את מהות הקניין שאליהן הן נכנסות במעמד הקידושין, אלא לבטל את הקידושין מעיקרם, מעצם היותם אקט קנייני שאיבר את תוקפו בעולמנו.

59 שם, עמ' רט. ההדגשות במקור.

60 שם, עמ' רי. ההדגשות במקור.

אני מודעת לחומרת דבריי; טענות של עקירת דבר מן התורה, של ביטול הגרעין היסודי והקדוש של התא המשפחתי היהודי ושל זלזול במסורת ההלכתית בוודאי יופנו כלפי, ועמן גם אולי טענות מזלזלות החושדות בי במניעים נסתרים, המאשימות אותי בחוסר ידע ועוד. מאמר זה נכתב מדם לבי, כאישה שההלכה יקרה ללבה ולאחר שנים רבות של שאלות ותהיות מול הדיסוננס שהוצג בראשית דבריי, שלא נתן לי מנוח. קיימות כמוכן תשובות קלות יותר שנוחות יותר לאוזן המודרנית – זו הטוענת שהקניין בקידושין נעשה אך ורק לשם גמירות דעת בין הצדדים, או זו הטוענת שאלמנט הקניין של האישה נחלש עם השנים, עד שכמעט אינו קיים. שיטות אלו לכאורה מיטיבות עם הנשים, מחזקות את ההרדיות במעמד הקידושין ושומרות על המסורת היהודית מימים ימימה. גם המסכימים עם הבעייתיות שהוצגה כאן, יעדיפו גישה 'אבולוציונית', הדרגתית, שלא תזעזע את העולם הדתי, ויעלו את הסכנות (האמיתיות) הטמונות בגישה 'רבולוציונית', שמטרותיה מקדשות את האמצעים ועלולות לחולל הרס רב. אך כנגד כל אלה עומד הדיסוננס, חוסר ההלימה המשווע בין תפיסותינו המודרניות לבין המשמעות הקניינית של מעמד הקידושין, והתשובות המובאות לעיל לא רק שהן יוצרות שקר פנימי בעבודת ה' שלנו, אלא שהן גם אינן עומדות במבחן האמיתי של המשמעות ההלכתית של הקניין – מעמד הגירושין. כל עוד ההלכה ודייני בתי הדין מפרשים את ההלכה ככזו הכובלת את האישה לנישואין בניגוד לרצונה, לא נוכל לחמוק מהאמת המרה שאין לטשטשה – שהאישה קנויה לאיש.

מאמר זה לא בא להציע פתרונות אלא לשקף ולחדד את הבעיה שלפתחנו, משום שצעד ראשון בדרך לפתרון הוא ההכרה בקיום הדיסוננס שתואר כאן. בנספח להלן יובאו כמה דרכים שבהן החלו ללכת תלמידי חכמים שונים, ועוד רבה הדרך. נראה שכל מי שההלכה ומסורת ישראל יקרות ללבו, ואין ברצונו עוד לעשות שקר בנפשו – לשבת על המדוכה ולמצוא חלופה ראויה ויהודית לכריתת קשר בין איש ואישה המבקשים לחיות יחד חיים של קדושה, דרך שתהיה קבילה מבחינה הלכתית, ויחד עם זאת יתקיים בה מתאם בין כוונות בני הזוג ובין הברית שהם כורתים ביניהם.

נספח: הצעות חלופיות לנישואין כדת משה וישראל ללא מרכיב הקניין

בשנים האחרונות העלו כמה תלמידי חכמים ומלומדים הצעות שונות, בעלות תוקף הלכתי, שיכולות לשמש כמסגרת זוגית יהודית לגיטימית חלופית, ושמאפשרות לקיים בין בני הזוג חוזה שאין בו קניין ואין צורך בגט לשם פירוקו. בכל ההצעות הללו נמנע גם החשש מממזרות, מכיוון שהן מבטלות את המושג הקנייני 'אשת איש'.⁶¹

הצעת פלדבלום: 'ייחוד' ללא קידושין

כמתואר לעיל, הרב פרופ' מאיר שמחה הכהן פלדבלום טען שנשים רבות בימינו אינן מקבלות את רעיון הקניין ולא נישאות על דעת זה שייתכן שיהיו במצב של שבויות בידי בעל שאינו מוכן לשחרר אותן בגט.⁶² לפיכך, במקרים כאלו הנישואין הם לדעתו בבחינת 'מקח טעות' ואינם תופסים. פלדבלום מצביע על מקורות תלמודיים שלפיהם בסיטואציה מסוימת – קטנה שאביה מת ואמה ואחיה השיאו אותה – מורשים האיש והאישה לחיות יחד כזוג לכל דבר מבלי שהאישה מקודשת בקידושי קניין. כלומר, הקטנה מותרת לחיות עם בן זוגה ללא קידושין, ואם היא תרצה לעזוב אותו גם לאחר שבגרה, היא תוכל לעשות זאת ללא גט ומבלי שילדיה הבאים ייחשבו כממזרים. פלדבלום מבקש להעתיק מבנה זה – זוגיות של ייחוד ללא קידושין – לנשים חילוניות בימינו. הוא אמנם אינו מציע לוותר לגמרי על קידושין כדת משה וישראל למעוניינים בכך, אלא טוען שיש להנהיג שני סוגי נישואין: קידושי תורה ו'דרך קידושין', שבהם ייאמר הנוסח 'הרי את מיוחדת לי', ללא עדים, עם או בלי כתובה. פלדבלום ראה לנגד עיניו פתרון לנשים חילוניות שימנע ממזרים וירחיק אותן מנישואין אזרחיים, אבל נוכל לאמץ את גישתו כחלופה עבור כלל הנשים.

הצעת זוהר: מודל הפילגשות

הרב פרופ' צבי זוהר טוען שדעה מרכזית בקרב פוסקי ההלכה הראשונים ובני המאה השש-עשרה הייתה שהסדר פילגשות, קרי: קשר קבוע עם בת זוג ללא כתובה וללא צורך בגט, אינו אסור מן התורה.⁶³ לדעתו של זוהר, מידע זה, שהפילגשות מותרת, הוסתר מן הציבור ביודעין מחשש שיעודר זנות או יגרום לעבירות של איסור כרת בבעילת נידה. זוהר מציע ליידע את הציבור בימינו בדבר אפשרות זו, כדי שפנויים ופנויות שאינם מעוניינים להתחתן יוכלו לקיים מערכות יחסים מותרות מבלי לחשוב שהם חוטאים. זוהר אמנם ראה לנגד עיניו פתרון לפנויים ופנויות המבקשים לקיים

61 ראו על כך גם בספרי, מסוף העולם ועד סופו: מסע הייסורים של נשים בבית הדין הרבני, תל אביב 2017; וכן בקטלוג התערוכה 'ממזרים', נורית יעקבס-ינן ואמילי ד' בילסקי (עורכות), ממזרים: סימון ומחיקה, ירושלים 2017.

62 פלדבלום (לעיל, הערה 58).

63 צבי זוהר, 'זוגיות על-פי ההלכה ללא חופה וקידושין', אקדמות, יו (שבט תשס"ו), עמ' 11-31. וראו באותו גיליון תגובות על המאמר המביעות התנגדות להסדר הפילגשות: יהודה הרצל הנקין, 'אחריתה מי ישרונה?', שם, עמ' 33-40; שמואל אליהו, 'פילגשות אינה חברות', שם, עמ' 41-66; מיכל טיקוצ'ניקסי ורחל שפרכר פרנקל, 'תזהירם מן הפילגש', שם, עמ' 67-75.

מערכת יחסים לפני הנישואין, אבל ניתן לאמץ את הפתרון עבור אנשים המבקשים להתחתן, בטקס שאינו כולל את מרכיב הקידושין.

הצעת פיקאר: נישואי בני נוח

הרב ד"ר אריאל פיקאר טוען שישנם פוסקים הלכתיים אשר מכירים בתוקפם של נישואין אזרחיים,⁶⁴ בניגוד למה שסברנו כל השנים, שנישואין אזרחיים הם חסרי תוקף. הדברים עולים מתוך פסק דין שפורסם בשנת 2011 בבית הדין הגדול, ובו נטען כי 'נישואין אלו הינם בני תוקף ככל נישואי בני-נח, ואף בני ישראל מבני בניו של נח הם'.⁶⁵ לדעת פיקאר, פסק דין זה פותח פתח לא רק להכרה בדיעבד בנישואין ובגירושין אזרחיים, אלא אף לשינוי מעמדם כך שתהיה להם משמעות דתית לכתחילה.

לפנינו אם כן שלוש הצעות של תלמידי חכמים מלומדים שישבו על המדוכה וחיפשו מענה הלכתי לבעיות זמננו, כל אחד בדרך אחרת, אך כולן באות מהשיח ההלכתי ומציעות מסגרת חלופית של מערכת יחסים קבועה בין בני זוג יהודיים, ללא קידושין וללא קניין. לטעמי, ההצעה של פיקאר היא הטובה ביותר והמתאימה ביותר להתקבל בציבור, משקפת כבוד ושוויון בין המינים ומשתלבת בחיים המודרניים. לתוך החתונה האזרחית יכולים בני זוג לצקת מוטיבים טקסיים ומשמעויות דתיות, אשר ישקפו היטב את רצונם לבוא בברית של קדושה, אהבה ושוויון.

64 אריאל פיקאר, 'כדת משה וישראל: מהות הנישואין בעיניהם של פוסקי ההלכה במאה העשרים: הנישואין האזרחיים כמקרה מבחן', *תרבות דמוקרטית*, 12 (תש"ע), עמ' 207-245.

65 תיק ס"ג/4276. מצוטט בהדין והדיין: פסקי דין רבניים בנושא משפחה 5, (שבט תשס"ד, פברואר 2004), עמ' 5-9.