

האיש מגרש - האשה מתגרשת

הסבר הלכה זו כעזר לפתרון בעית הנישואין למגזר החילוני

הרב אלישע אנצ'לוביץ'

איתא במסכת אבות "אם אין בינה אין דעת". בינה היינו הכללים של ד"ת, היינו טעמי הדברים... וזה פ"י אם אין... האדם יודע הכלל שהוא טעם הדבר אינו יכול לדעת הפרט, כי מפרט אחד לא יודע הפרט השני. וכן להפך, אם... תמצא לומר אדע הכלל ולא אצטרך ללמוד הפרט, על זה אמרו... לא יהיו מסודרים אצלך הפרטים, לא תדע שורש הכלל לאמיתו איך יוכל להסתעף.

- מי שילוח חלק ראשון - פרשת ויחי, ד"ה ויחי יעקב

כאשר אנו בוחנים את מערכת הנישואין המוגדרת בהלכה אנו שמים לב לכך שההלכה מעניקה את כוח הגירושין אך ורק לבעל¹. השאלה הפשוטה העולה מעובדה זו היא מדוע המערכת ההלכתית אינה מעניקה כוח זה לאשה? שיטת הדיון:

לפני הדיון בסוגיה, יש להציג את שיטת העבודה בה אנו עובדים במאמר זה. למרות שאיני שולל את ההתייחסות לשאלה ההיסטורית², איני מחפש תשובה היסטורית אלא תשובה ההולמת את מכלול ההלכות, במבט סיכרוני (בו-זמני) על ים ההלכה. אנחנו נתייחס להלכות כביטויים לערכים ונלמד אותן בשיטה דיאלקטית. נתחיל בהנחה שמאחר שכל הערכים המוסריים נמצאים בים

¹ דברים כד: א.ג. משנה ערכין כא ע"א, יבמות קו ע"א, קדושין ב ע"ב, גטין מט ע"ב, ורמב"ם

גירושין ב: כ.

² כפי שיתברר בסוף המאמר, לא הצעתי טעם אשר לא שימש כשיקול אמיתי בעבר. אמנם, יכול להיות שבמאמרי שיקול זה מקבל משקל יתר מזה שהיה לו בעבר וכנגד זאת פחת חשיבותו של שיקול אחר. שינוי במשקל הטעמים השונים של הלכות כבר הוכר על ידי הר"י - עיין בתוספות שני על עדיות א ה לאור תוספות הרא"ש המבוססים על תוספות שני, כפי שציין אורבך, מגלי התוספות, מהד' רביעית, עמ' 590. לגיטין ו ע"ב ד"ה "נימא מצא והקפיד". להרחבת הבנת שיטה זו, עיין חיים פרלמן, הלוגיקה המשפטית. תרגום מצרפתית אורה גרינגרס. הוצאת מאגנס, עמ' 130.

ההלכה, הם אמורים להימצא בכל הלכה והלכה בפרט ואת הסתירות הערכיות בין הלכות שונות ניישב בהתייחסות לשיקולים נוספים השייכים בהלכה אחת ולא בחברתה³. כמובן ששיטה דיאלקטית כזו מבוססת על הגישה הקלאסית שלימוד מקורות ההלכה אינו ניסיון לגלות את הכוונה המקורית של מחבר דעה

בהלכה (תנא, אמורא, וכו') אלא לפרשה ביחס למקורות השונים בהלכה⁴. במסגרת המאמר נעסוק בשאלה בשיטה זו למרות המודעות לכך שלעתים, הלכות שונות התפתחו בכוונים שונים⁵, ולעתים ההכרעה של פסיקה אינה משקפת ערך בשלמותה לאור מחויבותו של הפוסק לפסיקות קודמות⁶. המודעות הזאת תעמוד לנו ברקע אבל לא תכבול אותנו מאחר שלא באנו עד עתה כי אם לעסוק בלימוד הלכה למעשה. מאחר שהעול המוחלט המוטל על יהודי הוא לעשות את הטוב (שהגדרתו על פי השלכות מעשיו⁷), ברור שתפקיד הפרשנות של מקורות ההלכה לפסיקת הלכה הוא לעצב את ההלכות כך שהשלכותיהן תהיינה טובות⁸ (במבט הכללי, כמובן). כדברי הרדב"ז⁹: "צריך

³ עיין יעקב כ"ץ, "עוד על 'סובלנותו של ר' מנחם מאיר המאירי," ב- הלכה וקבלה. הוצאת מאגנס, עמ' 307-308.

⁴ השווה את הניגוד בין שיטת הרמב"ם בסוף ההקדמה למורה נבוכים [עמ' יד במהדורת קאפח] ובתשובה שמד [במהדורת בלאו, עמ' 616] לשיטת בעלי התוספות [לסקירת גישות החוקרים לשיטת בעלי התוספות, עיין: ישראל מ. תא-שמע, הלכה, מנהג, ומציאות באשכנז 1100-1350, הוצאת מאגנס, עמ' 19-30 והערה 22 בעמוד 35].

⁵ "פדראליזם הלכתי" בלשונו של חיים סולוביצ'יק, הלכה כלכלה ודימוי עצמי. הוצאת מאגנס, עמ' 79-80.

⁶ כפי שמציין ראש הישיבה הרב דוד ביגמן.

⁷ אפילו אם הדבר מוגדר כעבירה (שו"ת "משיב דבר" ח"ב ס"ט). להסבר טוב של שיטה אתית כזו הדרשת שכל יחיד ידון את מעשיו על פי ההשלכות למרות שעדיין יכנה מעשים אלו כעבירה, עיין: John Charret, *The Idea of an Ethical Community* (Ithaca: Cornell University Press), 134-146. M.B.E. : עיין: Smith, "Is There a *Prima Facie* to Obey the Law?" *The Yale Law Journal* 82 (1973): 950-970.

⁸ אין להקשות עלינו מסנהדרין כא"א ומגיטין מט ע"ב שאנחנו עוסקים בטעמא דקרא שהרי החכמים אשר אינם דורשים טעמא דקרא אינם שוללים את החיוב להתייחס לסיבתן והשלכותיהן של ההלכות. שיטתם היא שאם הנימוק אינו מפורש בתורה יש להתייחס להלכה בהכללות. (אולי משום אותו החשש שיעשו תורות רבות כדברי הרמב"ם במורה נבוכים ג: מא) על פי דברים אלו ניתן להבין את מחלוקת רב ששת ועולא ביבמות דף צא ע"א-ע"ב בשיטת רבנן.

שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא¹⁰. זאת חובתנו למרות ש"האדם בשכלו נמנע מלהשיג את האמת האמיתית"¹¹.

דיון ראשוני: בדיקת התועלת לצדדים השונים בתא המשפחתי

נשוב אל שאלתנו: מדוע האשה אינה מגרשת את האישי? אין לומר שזאת משום שלא הוכר זכותן של נשים לפרוש מחוזה המגביל אותן. שכן מצינו שכשם שיש לכל פועל¹² (כולל עבד עברי¹³) זכות לפרוש מחוזה המגבילו, כך יש זכות לאשה לפרוש מההגבלות והזכויות הכלכליות בחוזה הנשואין באומרה "איני ניוזנית ואיני עושה"¹⁴. מאחר שאנו רואים שהסיבה אינה הפליה כוללת¹⁵ כנגד נשים¹⁶

⁹ שו"ת רדב"ז ג: תרכז. (למקורות נוספים, עיין אבי שגיא, אלו ואלו. הוצאת הקיבוץ המאוחד, עמ' 159-172).

¹⁰ לשאלה: "אם אכן עלינו לפרש את מקורות ההלכה כך שהם "טובים", למה עלינו בכלל להתייחס למקורות אלו?" יש לענות שמקורות ההלכה נובעים מצדיקים השלמים במידות. מאחר שההיגיון רק מביע את הרצון (מדרש תהלים יד: א), יש מקום לדרוש לימוד מאנשים טובים ביותר (חגיגה טו ע"ב) - למרות שגם הם פוסקים מתוך אופים, תרבותם, ומינם. יתירה מזו, מקורות ההלכה בהיותם מורכבים מכריחים אותנו לאזן ו"לאמת" את החלטותינו. (אני מתייחס למושג אמת כפי שפירשו וויליס גיימס - *Pragmatism*, 45, 53-54) במלים אחרות, הם משמשים לא רק כמקורות לעקרונות שונים הסותרים תפיסה פשטנית בכל נושא אלא גם כמודלים לאיזון בין עקרונות שונים.

¹¹ עיין בהקדמה ל"קצות החושן".

¹² משנה בבא מציעא ד: א וגמרא שם עו ע"ב, ש"ך חו"מ שלג: יד, וערוה"ש שלג: ח.

¹³ משנה קדושין א: ב ורמב"ם הלכות עבדים ב: ח בדין עבד עברי שרק חייב להחזיר את (אחוז) הכסף שקיבל.

¹⁴ גיטין עז ע"ב, ושו"ע אה"ע פ: טו עם נושאי כליו. אף הראשונים המצמצמים כלל זה, מודים שאשה יכולה להימנע מכל תפקידי הנישואין במחיר כתובתה. כן הדבר אף בשיטת הרמב"ם המובאת ברמ"א שם - עיין ברמב"ם הלכות אישות יד: ח.

¹⁵ "השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינין שבתורה" (בבא קמא טו ע"א).

¹⁶ ואין להקשות עלי מספר החינוך (מצוה תקעט) אשר כתב בענין גירושין: "משרשי המצוה, לפי שהאשה נבראת לעזר לאדם והיא לו כאחד מכלי חמדתו, ומענין שאמרו זכרונם לברכה [סנהדרין כב ע"ב] אין האשה כורתת ברית אלא למי שעשאה כלי...". ובדומה לכך כתב (במצוה תקנב) שקדושין הן "כדי שתתן אל לבה לעולם שהיא קנויה לאותו האיש. ולא תזנה תחתיו, ולא תמרוד בו, ותתן לו יקר והוד לעולם כעבד לאדונו... ויתקיים הישוב ברצון האל שחפץ בו." אין מקור זה מהוה בעיה עבורי מאחר שהטעמים בספר נכתבו רק "לעורר לב הנער בני והילדים חבריו בכל שבוע ושבוע" (שם, בהערות המחבר בהקדמה, באיגרת המחבר) ולכן אינן כולן מבוססות הלכתית (מצוות קי"ז ושצ"ז) ואני לא מצאתי סברא זו במקור הלכתי (למרות דבריו בסיום ספר ויקרא).

עלינו לחפש יתרון אשר יסביר לנו מדוע מותר לאשה להקנות את עצמה לגבר לעולם¹⁷, בניגוד לאיסור על כל אדם מישראל למכור את עצמו או את בתו לעבדות אפילו למספר שנים (חוץ מלצורך מחיה)¹⁸. בהמשך המאמר, נעלה מספר הסברים להלכה זו, אשר לעניין אינם מספקים, ולבסוף נציג את הסברנו.

כדי להבין הלכה דאורייתא זו שרק הבעל מגרש, השייכת לכל נשואין, עלינו להגדיר את התוכן המינמלי של נשואין מדאורייתא. (כמובן אנו עוסקים במישור המשפטי של ההלכה ולא במישור של המוסר הדתי השואף לנישואין אידיאליים¹⁹, האוסר לבעל לגרום צער לאשתו בין על ידי גירושין בעל כורחה²⁰ בין ע"י כבילתה בתוך התא המשפחתי²¹, וכן אוסר כך על האשה²²). הנה, נישואין אינם חייבים לכלול יחס כלכלי²³. וכן מותר לבעל ואשה להימנע מיחסי אישות כל עוד קיימו מצות פריה ורביה²⁴.

לאור זאת נאמר שישנן שלוש הלכות קבועות בנשואין המוגדרות כמצוות דאורייתא: (1) הבעל מגרש ולא האשה, (2) שניהם חייבים לשמור על יחוד הנישואין: אסור לאשה לנאוף ואפילו ברשות בעלה²⁵ ואסור לבעל לחיות עם

¹⁷ משנה קדושין ב ע"ב.

¹⁸ תוספתא ערכין ה: ז-ח ורמב"ם הלכות עבדים א: א. היהודי היחיד המוגבל מלצאת מחוזה כלכלי הוא העבד הנרצע וזאת על מנת להרתיע אנשים מלהישאר עם אדוניהם (שו"ת בית רידב"ז סי' כ"ז).

¹⁹ בראשית ב: כד, סנהדרין כב ע"ב.

²⁰ גיטין צ ע"ב.

²¹ בבא מציעא נט ע"א.

²² יבמות סג ע"ב וסנהדרין כב ע"א.

²³ שהרי בעל ואשה יכולים להתחתן על תנאי שהיא מוותרת על זכויות שאר וכסות. (כתובות נו ע"א, ושו"ע אבה"ע"ז סט: ו). יתרה מזו ישנם אמוראים שהבינו שבין לר' מאיר ובין לר' יהודה אין הבעל חייב לפרנס את אשתו אלא מדרבנן (כתובות נח ע"ב-נט). בענין התפתחות הלכה זו בין התנאים לאמוראים, עיין יצחק ד' גילת, פרקים בחשלתשלות ההלכה (בר-אילן, תשנ"ב), עמ' 243-239.

²⁴ כתובות סא ע"ב בצירוף עם יבמות סא ע"ב, ושו"ע אבה"ע"ז עו: ו"פתחי תשובה" שם א: א.

²⁵ שמות כ: יג, ויקרא כ: י. ודלא כמו שחטאו בימי הנביא עמוס על פי דרשתו של ר' אבהו בשבת סב ע"ב (הדבר הטריד מאד את חז"ל עד שגזרו כנגד גירושין אשר בהן הבעל מגביל את אשתו לגבר מסוים כפי שפירש רב נחמן בגיטין פד ע"א).

אשתו הנואפת²⁶ או סוטה²⁷, וכן אינה יכולה להיות נשואה ליותר מגבר אחד²⁸, (3) הזוג חייב לחיות חיי אישות כל עוד הם לא קיימו מצות פריה ורביה. מתוך הלכות אלו נצטרך לחפש היתרון שבגיננו נשללה זכותה של האשה לפרוש מהתחייבות חוזית שהיא לעולם, שהרי לא מצינו הגבלה כזו בשום הלכה אחרת²⁹.

הסברים לטובת הבעל

האם ניתן לומר שהסיבה שהאשה אינה מגרשת היא כדי שתעזור לבעל לקיים "מצוה רבה"³⁰ של פריה ורביה³¹? מצוה זו היא חשובה עד כדי כך שמותר למכור ספר תורה כדי שהעני יוכל לקיימה³² וכל המבטלה נחשב כאילו שופך דמים וממעט את הדמות³³. אבל פרוש זה אינו מספק לאור העובדה שהאשה אינה מקבלת זכות גירושין לאחר שהבעל מקיים מצוה זו³⁴ וגם לא במקרה שמתגלה

²⁶ סוטה כח ע"א.

²⁷ יבמות יא ע"א, ובשו"ע אהע"ז יא: א. כמוכן שהאשה אינה נענשת על האונס עיין כתובות נא ע"ב. ואכמ"ל בהסברת דינה של אשת כהן.

²⁸ קדושין ז ע"א, ושו"ע אהע"ז לא: ח.

²⁹ לפי ר"ת קיימת הגבלה זמנית כזו אבל רק כשבן אדם מתחייב למשימה ספציפית (תוס' בבא מציעא מח ע"א ד"ה "והא" וברמ"א חו"מ שלי"ג: א).

³⁰ תוס' גיטין לח ע"א ד"ה "כל המשחרר".

³¹ וכן המקום היחיד שאנו מוצאים הגבלה בכוחו של אדם לצאת מהתחייבות פעולה, הוא בדין אפוסטרופוס אשר אינו יכול לחזור בו (תוספתא בבא בתרא ח: ג ושו"ע חו"מ רצ: כג) וזהו מפני שהתחייב במצוה (קצות החושן שם סעק"ה). אמנם, אפילו שם הוא רק מתחייב לזמן מוגבל - עד שהיתום מתגבר, וכן צרכיו של האפוסטרופוס גוברים על חיוב זה (עיין שו"ת תשב"ץ ג: רנא מובא בב"י וברמ"א שם).

³² מגילה כז ע"א, ושו"ע אהע"ז א: א.

³³ יבמות סג ע"ב-סד ע"א.

³⁴ וברור שאין לומר שהיא מחויבת מדאורייתא להישאר נשואה כדי שהבעל יקיים את המצוה היותר פחותה להמשיך להוליד ילדים (מצות "לערב אל תנך ידך") למרות שלדעה אחת בהלכה ספר תורה נמכר כדי לקיים מצוה זו (שיטת רבי יהושע ביבמות סא ע"ב על פי גרסתנו ושיטה אחת בשו"ע אהע"ז א: ח, ועוד עיין בב"ש שם סעק"ב וט"ז שם סעק"ב) שהרי מצוה זו היא רק מדרבנן (רמב"ם הלכות אישות טו: טז) לכן מותר לגבר לבטל מצוה זו ולהתחתן עם אשה אשר אינה פוריה כדי למנוע קטטה עם ילדיו (תרומות הדשן ח"א סי' ריג ורמ"א אהע"ז א: ה) וכן אינו חייב לגרש את אשתו העקרה כדי לקיים מצוה זו (רא"ש יבמות ו: ט). מכאן מוכח שמכירת ספר תורה אינה

שהם אינם מסוגלים להוליד ילד יחד והוא חייב לישא אחרת³⁵, ולאור העובדה ששיקול זה אינו מגביל את כח הבעל לגרש³⁶. כן, ברור שאין לפרש שהאשה מוגבלת כדי להציל את הגבר מעבירה³⁷ - למרות ששיקול זה מחייב גבר להתחתן אפילו אם אין ידו משגת אלא אשה שתגרום קטטה³⁸ - שהרי שיקול זה אינו מגביל את כח הבעל מלגרש את אשתו³⁹; שיקול זה אף אינו מתיר לגבר לעבור על חרם דרבינו גרשום ולשאת אשה נוספת במקרה שאשתו מורחקת ממנו מנסיבות שאינן בשליטתה⁴⁰. יתירה מזו, אסור לגבר לכופף את אשתו המונעת ממנו יחסי אישות; אלא על ידי איום שיגרשה ללא תשלום כתובתה⁴¹. אם כן הדבר, היה מקום להרשות לאשה לגרש בהפסד כתובה או בתשלום כתובה מצידה⁴².

הסברים לטובת הילדים

למרות שלא מצאנו סיבה להלכה זו בצרכי הבעל, אין לחפש את הסיבה בצרכם של הילדים, שהרי הבעל אינו מוגבל מלגרש את אשתו⁴⁴ למרות הקשיים שהוא

מוכיחה על מצוה שהיא דוחה צרכים נפשיים של האדם (וכן כתוב בב"ש אהע"ז א: יז שמונת לגבר להתבטל ממצות פרו ורבו כדי למנוע קטטה).

³⁵ רמ"א אהע"ז א: כא, קיט: ו.

³⁶ שיקול זה אינו עולה בשום מקור: עיין במשנה בסוף גיטין וגמרא שם (דף צ).

³⁷ עיין דברי ר' חייא ביבמות סב ע"ב ושו"ע אהע"ז א: ד.

³⁸ ב"ש אהע"ז א: יז.

³⁹ אין לטעון לאור הדעה בהלכה שכופים את הבעל בשוטים לגרש אשה עקרה כדי לקיים מצות פרו ורבו (הדבר נתון במחלוקת בכתובות עז ע"א ונשאר ספק בהלכה למעשה ברמ"א אבן העזר קנד: כא), שבית דין ימנעו את הבעל מלגרש שהרי דבר זה לא נמצא במקורות ההלכה למיטב ידיעתי, בכל מקרה, גם אם נגדיר גירושין אלו כעבירה, סיוע בית דין אינו דרוש לגט ועדים לא יפסלו משום עדותם ואזי האשה תהיה מגורשת כרצון בעלה.

⁴⁰ שו"ת נודע ביהודה מובא בפתחי תשובה אהע"ז א: יד. בנוסף לדברי בגוף המאמר יש לשים לב לעובדה שבעלו של חצי-עבד חייב לשחררו רק כדי שהעבד יוכל להוליד (משנה גיטין מא ע"א) ולא כדי להצילו מהעבירה.

⁴¹ השווה רמב"ם הלכות אישות יד: ח.

⁴² עיין בפירושה של הגמרא לדברי ר' שמעון בגטין מט ע"ב.

⁴³ כל התועלות לבעל בנשואין שבדקנו הועלו יחד באליהו רבה פרשה י ובנפרד ביבמות סג ע"א.

⁴⁴ כך מוכח מדברי בית הלל ור' עקיבא במשנה האחרונה של גיטין (צ ע"א), המתירים לבעל לגרש בלי התייחסות לילדים. ואפילו בית שמאי מודים - לפי רבא (שם) - שיש לבעל כוח לגרשה אף אם לא מצא בה ערות דבר.

מטיל על הילדים⁴⁵ אלא רק נדרש לדאוג לטובת ילדיו לאחר הגירושין⁴⁶. ואין לטעון שבנוגע לאשה יש יותר מקום לדבר על התחייבותה מאחר שהיא החליטה להוליד למרות שאינה מחויבת בכך⁴⁷, על אף שמצינו שאדם פטור מאחריות להשלכות מעשיו הנעשים ב"אונס" חיוב מצוה⁴⁸. פטור כזה אינו שייך בהלכה הדורשת את ההשלכות עצמן ולכן האב חייב במזונות ילדיו למרות ה"אונס", ולדעה אחת בהלכה חיוב זה הינו חלק מקיום מצות פריה ורביה⁴⁹. יתרה מזו הנה מצינו שהאם אינה חייבת אפילו להניק את בנה אלא אם כן האב מפרנס אותה⁵⁰.

הסברים לטובת האשה⁵¹

גם אם נפנה לאשה לא נמצא, לכאורה, סיבה מספקת. אין לומר שאשה מוגבלת

⁴⁵ למרות שגירושין פוגעים בבן יותר ממותו של האב (Ellis Cose, *A Man's World: How Real is Male Privilege and How High is its Price?* (Harper Collins, Judson T. (1995), 173-186. לא ברור שעדיף לילדים לגדול בבית מלא קטטה. עיין- Landis, "A Comparison of Children from Divorced and Non-Divorced Unhappy Marriages", *Family Life Coordinator* 11: 61-65.

⁴⁶ כתובות נט ע"ב, ושו"ע ורמ"א אהע"ז פב: ה, ז.

⁴⁷ כפי שר"י יהודה מחלק בין מצוה ורשות לענין נזק הנגרם מנר, במשנה בבא קמא ו: ו.

⁴⁸ בבא קמא לב ע"א וטו"ע חו"מ שעח: עח. (להרחבת ענין זה, עיין בשו"ת פנים מאירות א: מז).

⁴⁹ מהרש"ל בחכמת שלמה על שו"ע אהע"ז א: א. כסיוע לדבריו, עיין שמות רבה מז: ה.

⁵⁰ אלא אם כן התינוק מסרב לינוק מאשה אחרת. עיין כתובות נט ע"ב ושו"ע אהע"ז פב: ה.

⁵¹ אף שכבר אמרנו שאין אנו עוסקים בשאלה ההיסטורית של נשואין הלכתיים, לאור השרדותה של שיטה זו ברור שאכן היתה לאשה איזו שהיא תועלת. (עיין אריסטו, הפוליטיקה א: ח. לדיון על המתח בין שררה לאספקת צורכי הנשלטים עיין - Antonio Gramsci, *Selections from Prison Notebooks*, edited and translated by Quintin Hoare and Geoffrey Nowell-Smith [London: Lawrence and Wishart, 1971], 161. נשים בחברה פטריארכלית, עיין- Constance Cronin, "Illusion and Reality in Sicily," in Alice Shlegel, ed., *Sexual Stratification: A Cross-Cultural View* (New York: Columbia University Press, 1977), 67-93.

אבל גם שים לב לטענה שבלי דמיון של אופציה אחרת, הנשלטים אינם יוצרים מתח לשינוי: Naomi Scheman, "Anger and the Politics of Naming," in Sally

כדי שתקיים מצות הולדת ילדים שהרי אין האשה חייבת במצות פריה ורביה מדאורייתא⁵² (ואפילו לענין חיוב מדרבנן הדבר נתון במחלוקת⁵³), וכן חיוב זה אינו מספיק חשוב כדי לקבוע מצוה על האשה להתחתן⁵⁴. יתרה מכך, אפילו גבר, המחויב במצוה זו, יכול לגרש את אשתו למרות שלא קיים מצוה זו⁵⁵. וברור שלאור העובדה שאשה אינה מצווה להתחתן, גם אין לומר שאשה מוגבלת מצד חוק פטרנליסטי הדואג שתוליד לעצמה בן אשר יקיימה בעת זקנותה (למרות שנשים מברכות על דבר זה⁵⁶ ובית דין כופים בעל עקר לגרש את אשתו הדורשת גט כדי שתוליד בן אשר יפרנסה⁵⁷) שהרי אשה אינה מצווה להתחתן. ברם, נראה במקורות ההלכה שאשה רוצה להיות נשואה למרות שכבר הולידה בנים. לכן אנו חוששים שאשה שדרשה גט חזרה בה⁵⁸ וגם משערים שאשה המתחנת לוקחת בחשבון ומקבלת על עצמה את האפשרות שתתייבם לאחי בעלה⁵⁹. במקביל, אין אנו חוששים שאשה שנאלצה להתחתן על ידי שליח כי לא מצאה בעל במקומה - אם מחמת היותה עניה או עשירה ובמעמד גבוה - תשנא את בעלה שהוא האופציה הטובה ביותר (=הרע במיעוטו), בעת נשואיהם⁶⁰. ברם, בינתיים לא זיהינו את התועלת לאשה. לסיכום, לא מצאנו הסבר לעובדה שרק בהבעל מגרש, לא משיקולים לטובת הבעל, הילדים או האשה.

McConnel-Ginnet, Ruth Borker, and Nelly Furman, eds., *Women and Language in Literature and Society* (Praeger Books), 184-186.

⁵² תנא קמא במשנה יבמות ו: ו, וש״ע אהע״ז א: יג.

⁵³ לסקירת מקורות, עיין חלקת מחוקק אהע״ז א: ב.

⁵⁴ רמב״ם אסורי ביאה כא: כו ואישות טו: טז, ועיין עוד בש״ת ריטב״א סימן מג.

⁵⁵ כפי שראינו לעיל.

⁵⁶ ברכות נט ע״ב, ש״ע או״ח רכג: א.

⁵⁷ רב נחמן ביבמות סה ע״ב, ש״ע אהע״ז קנד: ו.

⁵⁸ יבמות קיח ע״ב, וירושלמי גיטין ו: א. אלא אם כן גילתה דעתה עד שעת זכייה שרוצה היא בנט

– עיין בית יוסף אבן העזר סימן קמ ד״ה ״ומדברי בעל העיטור״.

⁵⁹ בבא קמא קיא ע״א על פי רש״י ד״ה ״דמינח ניחא״. למרות שהגמרא כותבת ״ניחא לה בכל דהו״ רש״י אינו מסביר שהיא רוצה להתחתן עם המוכה שחין אלא ״דניחא לה להתקדש לראשון שהוא שלם על ספק זה שאם ימות תזקק לאחיו״. ברם, גם לאשה יש גבולות. (כנראה שמקורו של רש״י הוא סופה של המשנה בכתובות עז ע״א).

⁶⁰ קדושין מא ע״א.

דין כופין את הבעל לגרש

לפני שנענה על השאלה: "למה האשה אינה יכולה לגרש את האישי?" יש להעמידה במלא חריפותה. הנה במקרים מסוימים כופים את הבעל לגרש את אשתו הדורשת גט⁶¹. ברם, אם חוסר כחה של האשה לגרש נובע מהתועלת שיש לה בנישואין, ברור הדבר שנסיונות אלו (המצוינות בהערה קודמת⁶²) גוברות על כל תועלת בנישואין. אם כן, מדוע לא נאפשר לה לגרש במקרים אלה? אלא נראה לאור זאת שיש סיבה לכך שאשה נקנית על ידי הבעל ואינה יוצאת אלא מדעתו אפילו במקרים שכופים אותו לגרשה.

דיון על פי בדיקת ההלכות המיוחדות של נישואין הלכתיים

ראינו שהאשה נקנית על ידי הבעל. השלכות קנין זה הן שהאשה אסורה לשאר הגברים באיסור מוחלט וכן יש קשר מיני בין בני הזוג, שהרי אף שאינם חייבים לקיים יחסי אישות הרי כל צד יכול לדרוש זכות זו מהשני. במלים אחרות, נישואין הם קנין של זכות ביאה בין שני הצדדים האוסר את האשה לשאר גברים באיסור מוחלט. איסור זה הינו חשוב מאד שהרי נואפים חייבים מיתה, וכן אסור לאיש להישאר נשוי לאשתו אם ניאפה או אפילו אם התייחדה עם גבר אחר כנגד אזהרתו מלהתייחד עם גבר זה. לכן איסור הניאוף מתבטא בצורת מעשה הקידושין: חסר מעשה קנין הנעשה על ידי המקנה - האשה⁶³. הקידושין אינם מתקיימים בפחות משווה פרוטה (או דינר)⁶⁴ או בהלוואה⁶⁵ - למרות

⁶¹ משנה כתובות עז ע"א, טור ושו"ע אהע"ז קנד: א. (מבלי להיכנס לכל השיטות בכפיית הבעל, עלינו לזכור שבמישור הדתי אסור לבעל לכבול את אשתו אשר סובלת ממנו מאחר שאסור לו לגרום לה כאב, עיין הערה 20 לעיל ועוד עיין שו"ת יבעע אומר אהע"ז ג', יח אות יג).

⁶² האשה תעשה חשבון לעצמה אם רצונה בגט ואם תכריע שרצונה בכך תגרש את בעלה. (אולי היא מעדיפה לחזור לבית אביה - עיין בתוספתא יבמות ו: ו ולהבדיל, ביוון, באיסכילוס, שבע הטרגדיות, תרגם מיוונית: שלמה דיקמן (ירושלים: מוסד ביאליק), עמ' 193 הערה 339. ושם לכך כיוון רבי תנחומא בשם רב הונא בירושלמי יבמות י: ה שאין קדושין אלא באמר ולא בעריות.

⁶³ למרות שהאשה "מוכרת את עצמה" (רשב"ם בבא בתרא מח ע"ב ד"ה "תלויה וקדישי") היא אינה עושה שום מעשה קנין עיין תוספות קדושין ד ע"ב ד"ה "היכא דיהבא", ור"ן נדרים לע"א ד"ה "ואשה". אפילו קנין חליפין - הדורש הגבהת החפץ מצד המוכר [רמב"ם מכירה ה: ה] - אינו מועיל לקדושין.

⁶⁴ משנה קידושין א: א.

⁶⁵ דברי אביי בקידושין ו ע"ב.

שמעשה קנין רק דרוש לבטא גמירת דעתה של האשה⁶⁶ ולמרות שאשה מתקדשת בשטר השווה פחות מפרוטה⁶⁷, כן האשה נקנית בקנין אשר אינו מצויים בשום קנין אחר - בשטר הנתון על ידי הגבר [הקונה] ובקנין חזקה, ביאה⁶⁸. נראה לפרש שכדי לקדש - לקנות קנין עולם של זכות אישות באשה האוסר אותה לגברים אחרים - דרוש מעשה לקיחה חד-צדדי⁶⁹ המביע לעולם שגבר זה לוקחה לו לאשתו⁷⁰. אפשר להביע לקיחה זו על ידי מוכנות הגבר לתת לה כסף או דבר שווה ערך⁷¹, על ידי מסירת דבריו בכתב לכך שלוקחה, או על ידי מעשה אישות בפני עדים.

⁶⁶ עיין במסקנות הגמרא בקדושין ט ע"א (אכן, גם לדברי רבא הסובר שיש קדושין כל עוד שהבעל לא שיקר, יש לומר שמאחר שהיא קיבלה ממנו את החפץ הרי היא גמרה דעתה להיות אשתו אלא אם כן יתגלה שהמקח היה מקח טעות - ואין זה מוריד מכוח הקדושין שהרי אשה יכולה להתחתן על תנאי ושיידך בה איסור אשת איש למרות שהקדושין או אפילו הנשואין יכולים להתבטל - עיין בדברי רב יהודה אמר שמואל משום רבי ישמעאל ביבמות ק ע"ב.

⁶⁷ עיין קדושין ט ע"א (אין לומר שדין זה שאשה אינה מתקדשת בפחות משווה פרוטה אינו מיוחד מאחר שכבר מצינו בקנין מטלטלים שאין קנין אשר אינו ראוי, כסף במקרה של מטלטלים, קונה למרות ששני הצדדים הסכימו שהקנין יחול בכך [=למרות שהייתה גמירת דעת]. הקבלה זו היא מוטעת שהרי במטלטלים הכסף היה קונה לולי שחכמים עשו חיזוק לדבריהם ודרשו משיכה (עיין ש"ך חושן משפט סימן קצח: י) מה שאין כאן שהקדושין אינם חלים מדאורייתא למרות שיש גמירת דעת. וכן מצינו שבקנין קרקע אפשר לקנות בפחות משווה פרוטה אלא שאז דרוש מעשה מצד המקנה המביע גמירת דעת - קנין חליפין (קדושין יג ע"א).

⁶⁸ א. משנה ראשונה בקדושין.

ב. מעשה ביאה הוא קנין חזקה באשה כמו שנעילת דלת היא חזקה בקרקע וכמו שהעבדה בעבודת פרך הוא קנין בעבד כנעני אלא שניסוח זה יותר מבהיר. [לדעה קבלית המחלקת בין קנין חזקה לקנין ביאה, עיין ב-מצודת דוד: טעמי מצוות לרדב"ז במצוה קכה (דף כה עמ' א)].
⁶⁹ בקנייני כסף, שטר, וביאה [=חזקה] אין המקנה חייב לעשות או לומר כלום (עיין רמב"ם הלכות מכירה א: ד, ח; ג: ה).

⁷⁰ השווה את חדושי רבנו חיים הלוי על הלכות יבום וחליצה ד: טז.

⁷¹ ולפי בית שמאי על פי רב יוסף (קדושין יא ע"א) דרוש סכום כסף "תורני" כדי להוכיח שכוונתו לקדושין תורניים. אפשר לפרש שלפי בית הלל אין צורך בכך מאחר שקנין בפרוטה הוא נתפס כקנין אשר לאחריו יועבר שאר הכסף למוכר (בבא מציעא עז ע"ב) ולכן קנין זה מסמל את הקדושין הקלאסיים שהגבר לוקח את האשה תחת חסותו ותומך בה כלכלית (וכן במשנה האחרונה בגיטין, אנו מוצאים שלא ביאה בלבד מהווה את תוכן הקדושין לבית הלל).

מי מרוויח ממערכת דינים זו? לכאורה, הגברים. על ידי הלכות אלו מובטח להם שילדי נשותיהם הם ילדיהם⁷². ואם תקשה: "מה זה משנה אם הם אכן ילדיו הביולוגים שהרי בכל מקרה הילדים יקומו על שמו, אפילו אם אשתו נואפת⁷³, ויהיו מחויבים כלפיו⁷⁴ בכל חיובי בנים לאב⁷⁵?", יש לענות על כך שאצל רוב גברים קיים צורך נפשי לילדים משלהם.

אמנם יש להוכיח מעבד עברי ושפחתו הכנענית, הניתנת לו מאדונה, שהאיסור והעונש בניאוף אינו נובע מצורכם הנפשי של גבר לילדים משלו. הנה, לפנינו גבר יהודי לכל דבר (עבד עברי) החי עם אשה (שפחה כנענית, המיוחדת לו) ומוליד ילדים אשר הוא מרגיש קשור כלפיהם⁷⁶ למרות שהם לא לו במישור המשפטי. יהודי זה הוא אבן בוחן לבחון האם הצורך הפסיכולוגיוביולוגי של גבר בילדים משלו הוא הסיבה לחיוב מיתה בניאוף ולקנין בקדושין. הנה אנו מוצאים שלמרות הקשר שבין האב לילדיו, האונס שפחה זו אינו חייב כלום. רק במקרה שפיתה אותה⁷⁷ למעשה ביאה אשר השפחה מכירה בו כביאה⁷⁸, השפחה מתחייבת במלקות והבועל בקרבן חטאת. נראה אם כן שהאיסור על הנואף אינו מצד הולדת ילדים במרמה כילדי העבד העברי אלא מצד סיוע לשפחה לבגוד באשה; מאחר שראינו שהאיסור אינו שייך בכל מקרה של ביאה נצטרך לומר

⁷² כמובן שהלכות אלו אינן מבטיחות זאת לגבר במאה אחוז; ישנן נשים ה"מזנות ותולות בבליהן" (יבמות דף ק"ח ע"ב וכתובות דף ע"ה ע"א).

⁷³ סוטה כז ע"א וש"ע אהע"ז ד: טו.

⁷⁴ כסיוע לדבריו, עיין שמות רבה מו: ה וחכמת שלמה אהע"ז א: א.

⁷⁵ קדושין לע"א-לב ע"א ומשנה שם לג ע"א, שו"ע יו"ד סי' רמ-רמא.

⁷⁶ "ואם אמר יאמר העבד אהבתי את אדני את אשתי ואת בני לא אצא חפשי" (שמות כ"א, ד-ה).

⁷⁷ כריתות יא ע"א ורמב"ם הלכות איסורי ביאה ג: טו.

⁷⁸ משנה כריתות י ע"ב וכן הרמב"ם לעיל לאור הלכות איסורי ביאה א: י, סוברים שאין כאן חיוב אלא בגמר ביאה בלבד ולא בהכנסת עטרה (שלא כדעתו של רבה בר בר חנה בשם ר' יוחנן ביבמות נה ע"ב). לדעתי הדבר נובע מכך שמעיני השפחה אין זה נחשב לביאה ממש (משום רמת המוסר המיני בסביבתה של השפחה הגדלה בין עבדים כנענים המלאים זימה - משנה יבמות ו: ב לאור אבות ב: ז וברכות מה ע"ב, בדומה למוסר המיני בחברה פרוצה המתירה ביאה שלא כדרכה בראשית ס: ה). ביאה בהכנסת עטרה בלבד דומה לביאה שלא כדרכה בכך שנשארים התולים ולכן הדבר היה לגיטימי בחברות כאלה (כל עוד שהנערה לא התעברה). כנראה שר' יוחנן החולק על המשנה סובר שכל עוד שיכלה להתעבר ממעשה זה השפחה תופסת אותו כביאה.

שהבעיה בבגידתה אינה אלא פגיעה בנפשו של העבד עברי ולא הולדה במרמה⁷⁹. על נזק זה שהאשה גורמת ל"בעלה" אין לה כי אם עונש מלקות ולגבר המסייע לה חיוב קרבן בלבד⁸⁰. אם כן, נראה שהסיבה להגבלת גרושין בידי הבעל אינה משום התחשבות בצרכו לילדים והנזק הנפשי היחיד שמתחשבים בו הוא בגידה. אמנם עדיין ניתן להקשות מדיני בני נח⁸¹: מדוע אצל נכרים קיים איסור ניאוף במקרה של אונס ואפילו באדון השוכב עם שפחתו אשר נתן לעבדו⁸²? יתרה מזו, אם ההסבר של איסור זה אינו מפני זכויות האב לדעת שהילדים הם שלו, איך נבין את הדין שבעובדי כוכבים קיים איסור ניאוף אם בא עליה כדרכה⁸³ אף שלא במעשה ביאה שלם - שדי בכך שהמעשה הוא מעשה הזרעה על מנת שנחייבו בכך?

כדי לענות על קושיא זו (שיש איסור ניאוף בכל מעשה ביאה מזריע של נכרי) עלינו לזכור שהלכות בני נח הן הלכות מינימליות ביותר המעצבות חברה פרועה. למרות שבחברה זו יש איסור ניאוף ואיסור ערוות אמו, אין איסור ערוות בתו⁸⁴. למרות שיש בהן איסור ניאוף, אין הוא קיים כי אם כשהאשה גרה תחת גבר מסוים (ולא על ידי קדושין). בניגוד לזכות האשה היהודית לדרוש גט, אין לבת

⁷⁹ ולכן הנואף חייב על כל שפחה חרופה בנפרד - מאחר שלכל שפחה יש בן זוג יהודי אחר - ואינו חייב אלא קרבן אחד על כל הבעילות שמעל בשפחה אחת (כריתות ט ע"א).

⁸⁰ כריתות דף י ע"א. דוגמה זו של שפחה חרופה ועבד עברי מבוססת על פי הבנתו של ר' ישמעאל בדין שפחה חרופה, שם.

⁸¹ אין להקשות מדיני בני נח מכך שהנואפים חייבים מיתה גם על אונס ומכאן שאין מדובר בפגיעת האשה בבעלה במעשה הניאוף, שהרי בני נוח חייבים מיתה על כל עבירה הנאסרת עליהם (חוץ מעבודת ע"ז שלא כדרכה), אפילו על גניבת פחות משוה פרוטה ועל זחיית תשלום לפועל (רמב"ם הלכות מלכים ט: ט - אף שהעונש ניתן לשינוי לדעת שו"ת "חלקת יואב" מהדורה תניינא סוף סימן יד) ולכן גם על ביאה - שהיא מעין גניבת אשתו.

⁸² ר' חנינא בסנהדרין נח ע"ב, ורמב"ם ט: ח (האף שלפי הרמב"ם מותר לאדון להוציאה מעבדו. ועיין רדב"ז שמסביר שלפי הרמב"ם אין כאן איסור גזל - שהרי השפחה שייכת לאדונה - אלא איסור אשת איש).

⁸³ רבא בסנהדרין נח ע"ב, ורמב"ם מלכים ט: ז והוא שונה משלא כדרכה בזה שמעשה זה יכול להוליד.

⁸⁴ עיין סנהדרין נח ע"ב - נח ע"א. לאור הלכה זו יש מקום להפריח את שיטת בעז כהן בדיני בני נח, כפי שכתב ב- *Jewish and Roman Law: A Comparative Study* (Jewish - Theological Seminary, 1966), 342, 378, 384-385.

נח מצור בחוק⁸⁵; אם היא מצליחה לפרוש היא נחשבת פנויה ואם לאו היא נחשבת אשת איש⁸⁶. בחברה כזו, המשפט מעניש גבר הנואף מאחר שהבעל תופס את אשתו כרכושו, והורגים על גניבת יכולתו של הבעל להזריע את אשתו⁸⁷. ניתן למצוא סיוע לטענה שדיני בני נוח מעצבים חברה יותר פרימטיבית, בהלכה המקובלת על "רוב פוסקים"⁸⁸ שלמרות שמדאורייתא יהודי קונה בכסף⁸⁹, גוי קונה במשיכה⁹⁰, שהוא קנין ראשוני⁹¹. לענייננו אין זה משנה אם הגוי קונה

⁸⁵ לטענה של אדם המוגן ומוגבל על ידי החוק יש יותר חירות מאשר לאדם שאינו מוגן ומוגבל,

עיינין: Richard William Southern, *The Making of the Middle Ages*:

(Yale University Press, 1953), 107-109.

⁸⁶ רמב"ם הלכות מלכים ט': ח. בחוקי בני נח אין מוסד של ארוסה, של "אשתו אשר איננה עמו" (בלשון מכילתא דרבי ישמעאל - מס' דנזיקין משפטים פרשה א) והשווה התפיסה הפרימטיבית של בעלות בחפץ מחייבת שליטה בו: Hans Kummer and Marina Cords, "Cues of Ownership in Long-Tailed Macaques, *Masaca fascicularis*," *Animal Behaviour* (1991) 42: 529-549. והשווה דברים אלה למדרש תנאים לדברים כד: א על המלים "ושלחה מביתו" (כנגד ספרי דברים פיסקא רסט "ונתן בידה" הפוסק את ההלכה המקובלת בישראל שהאשה מגורשת במתן גט בלבד).

⁸⁷ בענין חשיבות הזרעה לגברים, עיינין תוספתא נדה ב: ב בדין מינקת והשווה מחקרים בהמתת קטינים של קופים ובני אדם על ידי בעלים חדשים של האם, ובראשם: Sara Blaffer Hrdy, *The Langurs of Abu: Female and Male Strategies of Reproduction*. Harvard University Press, 1980.

ובתשובה לשאלה הנדרשת, "מדוע לא הורגים על ביאות שונות?", יש לענות שדרישה כזו אינה מתאימה לכל חברה פרועה שהרי חברות רבות מתמודדות בצורות שונות עם המתח בין רצונם של גברים לשכב עם מספר רב של נשים כנגד רצונם להיות בעלים בלעדיים על גופן של הנשים. (עיינין: SA Queen, RW Habenstien, and JB Adams, *The Family in Various Cultures*.

JB Lippincott, 1961. לכן החוק לבני נח אינו מתערב יותר מהנדרש.

⁸⁸ לשון המשנה ברורה תמח: יז.

⁸⁹ שיטת ר' יוחנן בבא מציעא מז ע"ב.

⁹⁰ אכן, אין זה ברור אם השוואה זו היא טובה. מדברי אממר ורב אשי בעבודה זרה דף עב ע"א מוכח שהשאלה של קנין בגוי היא שאלה התלויה בנורמות של אותה החברה בה חי מאחר שהיא שאלה של גמירת דעת (בדומה ליהודים - עיינין במיוחד בחזון איש, חושן משפט, סימן כב ד"ה "כלל גדולי"). מכל מקום, אם טענה זו אינה מוסיפה היא גם אינה גורעת.

במשיכה בלבד⁹² או בין בכסף בין במשיכה⁹³. שהרי אם הוא קונה במשיכה בלבד אין הגוי קונה מדאורייתא למרות ששילם, אלא אם כן הוציא מרשות המוכר (או עשה מעשה משיכה ובכך קנה אך סמך על המוכר בהשאירו את הנקנה ברשותו)⁹⁴. אם הוא קונה גם במשיכה למרות שיהודי קונה רק בכסף, זאת משום שהחוק הנכרי צריך להכריע שאם נעשה מעשה בעלות קיים קנין, שהרי אי אפשר להשאיר את מעמד החפצים בתחום "אינם קנויים אבל ישנו איסור (מוסרי) מלחזור בו" כפי שקיים אצל יהודים⁹⁵.

עד כאן ראינו שלמרות שלגברים יש צורך להוליד ילדים משלהם (כפי שהוכר אצל בני נח), אין היהודי מקבל "זכות" ענישת אשתו במיתה מכח צורך זה⁹⁶ (כפי שראינו בעבד עברי)⁹⁷. יתרה מזאת יש להוכיח שצורך זה אינו הסיבה להגבלת כח גירושין לבעל שהרי למרות שיקול זה אשת עכו"ם יכולה לגרש את בעלה⁹⁸, מה שאין כן ביהודיה. בנוסף לכך, ברור שאיסור ניאוף בין יהודים אינו רק מחשש הולדה לאחר, שכן אנו מוצאים שאיסור ניאוף ביהודיה כולל גם ביאה

⁹¹ משיכה והגבהה הן מעשי בעלות בסיסיים ביותר – עיין במאמרם של קומר וקורדז בהערה 86 לעיל.

⁹² עבודה זרה דף עב ע"א, ר"ת על פי תוספות שם ד"ה "רב אשי", רמב"ן בריש פרק ב' של הלכות בכורות, רמב"ם הלכות מאכלות אסורות יג: כג.

⁹³ שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן רכה. ברמב"ם הלכות זכיה ומתנה א: יד משמע שקונה בין בכסף בין במשיכה, וה"כסף משנה" שם מסביר שהרמב"ם פירש את הגמרא שהגוי קונה אף במשיכה.

⁹⁴ עיין בדברי אביי בבכורות יג ע"א; זהו דבר אשר אינו נדרש אצל יהודי כי אם מדרבנן – עיין בדברי ר' יוחנן בבבא מציעא מז ע"ב.

⁹⁵ עיין באמימר אליבא דר' יוחנן בבכורות יג ע"ב בהשוואה לברייתא (תוספתא בבא מציעא ג: יד) שפירשו אליבא דריש לקיש בבבא מציעא מח ע"א.

⁹⁶ דברים אלו אינם משקפים איזו עמדה בהתייחסות לצורך זה של גברים. בדומה לכך אנו מוצאים שאין תשלום ממון על בושה (בלי מעשה בגוף המתבייש) למרות שאונאת דברים יותר חמורה מאונאת ממון (בבא מציעא נח ע"ב). וכן אין זכות לגבר לגרש את אשתו בלי תשלום כתובה למרות התנהגותה הפוגעת (עיין יבמות סג ע"א-ע"ב). על פי הלכה דאורייתא, אין הכל שפוט.

⁹⁷ ההלכה אכן מכירה ברצון הגברי לבעול ארסה בתולה (דברים כ: ז) ולכן מענישה בעונש חמור יותר את הנואף עם הבתולה הארוסה מהנואף עם הבעולה (ברייתא בקידושין ט ע"ב ומקבילות; רש"י מסכת סנהדרין דף עג ע"ב).

⁹⁸ ירושלמי קדושין א: א. יתר על כן, לפי רש"י הסובר שאיסור ניאוף בגויים הוא איסור גזילה (רש"י סנהדרין נז ע"א ד"ה "נהרג עליו") משמע שיותר לגוי להרשות לאשתו לנאוף, דבר שאסור ביהודים.

שלא כדרכה⁹⁹ (וכן לכל העריות והאיסורים¹⁰⁰). יתר על כן קיימת שיטה התופסת את איסור ניאוף כשייך רק במקרה שנבעלה ע"י אחר (ולא במקרה שנזרעה באופן מלאכותי)¹⁰¹. אם כן עלינו להסביר מדוע קיימת מסגרת אשר בה האשה אינה יכולה לגרש את בעלה, וברור מכאן שהסבר זה חייב להיות קשור לאיסור ניאוף המיוחד, החל רק על יהודיות.

התועלת לנשים מקיום מערכת נישואין

נראה שיש להסביר מגבלה זו (שהאשה היהודית אינה מגרשת) בזיהוי התועלות אשר באות לנשים מכח הנשואין¹⁰². הנה, תועלת אחת שראינו לעיל היא שאשה יכולה להוליד ולקבל תמיכה כלכלית מהאב בעד ילדיו ותשלום לעצמה בשביל הטיפול בילדים¹⁰³. תועלת שניה - המורגשת על ידי כל אשה בחברה פטריארכלית היא ההגנה מפני גברי העולם אשר יכניסו אותה להריון בלא קבלת אחריות¹⁰⁴. האף שאיש חייב לפרנס את ילדיו ולשלם לאם בעד טיפול בילדים

⁹⁹ ספרי במדבר פיסקא יג, וספרי דברים פיסקא רלט. וכן ביאה כדרכה דרך גומי- שו"ת משפטי עוזיאל סימן מט' ב.

¹⁰⁰ המקרה היחיד שאנו מחלקים בין ביאה כדרכה לשלא כדרכה הוא במוציא שם רע אבל מקרה זה אינו שייך לדיוננו. בפשטות, החילוק נובע מכך שבבעל כדרכה ומוציא שם רע אנו חוששים לרשתנו ששכנע עדים לעזור לו בתביעתו מאחר שלא מצא לה בתולים (השווה את האיסור להעיד בשקר בשביל בעל דין אפילו אם ה"עד" משוכנע שבגלל הדין דובר אמת – שבועות לא ע"א). דבר זה סביר פחות במקרה שלא היה יכול לשכנע עדים להעיד למענו על פי טענתו, שהרי כיצד יכול הוא לגלות לביל החופה שאשתו ניאפה אם בעל אותה שלא כדרכה.

¹⁰¹ עיין ט"ז יו"ד קצה : ז.

¹⁰² כמובן שהאשה גם משלמת מחיר גבוה בנשואין – עיין רש"י גיטין מט ע"ב ד"ה "משום חינוא", ועיין שיר השירים רבה פרשה ב': "ר' הונא ורבי ירמיה בשם ר' חייא בר אבא אמר מפני מה נתעקרו אמהות כדי שיצאו רוב שנים בלא שעבוד".

¹⁰³ לביקורת של הנשואין כמוסד כלכלי התומך באשה, עיין: Cicely Hamilton, *Marriage as a Trade*. 1909. reprint: The Woman's Press, 1981. Elizabeth Frazer, Jennifer Hornsby and Sabina Lovibond, eds. *Ethics: A Feminist Reader*. (Oxford: Blackwell, 1992), 35-49. (EFR)

¹⁰⁴ עיין כתובות נט ע"ב – ס ע"א והשווה: Michael M. vs Superior Court, 420 U.S. (1981) 464 בהחלטת בית המשפט שם שאין להגדיר בעילת זכר בן שבע עשרה כאונס במידה והיחסים קוימו בהסכמתו מאחר שאין החוק מעניש בעילת קטין שנעשתה בהסכם שני הצדדים אלא אם מדובר בבחורה מאחר ששם קיימת החשלקה של הריון וילדים.

למרות שהוא אינו נשוי לה¹⁰⁵, קשה להוכיח שהוא האב בלי קשר אישות אקסקלוסיבי¹⁰⁶. אמנם, סיבות אלו אינן מספיקות להסביר את קיומם של קדושין ושל גירושין על ידי הבעל, מאחר שאשה יכולה להיות מוגנת בלי נשואין הלכתיים, כפי שמצינו בבני נח. במלים אחרות, אין האשה היהודיה צריכה להיות מוגבלת יותר מבת נח כדי להשיג תועלת זו.

יש לציין תועלת נוספת לאשה בנישואין ההלכתיים, שהיא ההגנה על האשה מפני התקפה מינית¹⁰⁷ ועל כן הנואף נהרג. למרות שמדובר רק בנזק פסיכולוגי, נזק זה יכול להיות חמור יותר מהנזק הנגרם לגבר על ידי בגידה ששם אין עונשים כי אם עונש מלקות לשפחה¹⁰⁸ וגרושין בלוי הפסד כתובה לאשה המודה – אפילו אם מודה רק תחת איום עונש מוות¹⁰⁹. (יתירה מזו, הגנה זו חשובה נגד הריון – אפילו בהתקפה אשר אינה מולידה; השפלת האשה במישור המיני היא פעולה מקובלת על מנת להחשיב את האשה כ"מותרת לכלי"¹¹⁰). כדי לממש תועלת זו האשה הופכת להיות קנינו של גבר אחד, על ידי קנין אשר אין בכוחה לבטל. כתוצאה מכך קידושין ודרישת גט מהווים טאבו השומר על האשה¹¹¹. כמובן שיכול להיווצר מצב שהטאבו איננו שווה המחיר לאשה ספציפית אבל כך היא דרכן (הכואבת ביותר) של הכללות משפטיים הדרשות שאנשים יסבלו כדי למנוע תופעה בלתי רצויה בעליל, וכך היא דרכה של חשיבה הלכתית במשך הדורות¹¹².

¹⁰⁵ עיין שו"ע אהע"ז ע"א: ד.

¹⁰⁶ בענין הקשר בין הולדת ילדים למעמד האשה בחברה וצורכה בנשואין, עיין בניתוח המרכסיסטי של Christine Delphy, "Continuities and Discontinuities in Marriage and Divorce," in EFR, 84-99.

¹⁰⁷ גיטין לח ע"ב.

¹⁰⁸ כפי שראינו.

¹⁰⁹ במלים אחרות: הסוטה המחליטה להתגרש בלא כתובה במקום לשתות את המים המרים.

¹¹⁰ לא נראה שדבר זה דורש מקורות. (למקורות שעולים בידי כרגע, עיין בעדותה של זונה לשעבר ב- EFR, 144-145 המובאים מתוך Nickie Roberts, *The Front Line: Women in the Sex Industry Speak*. London: Grafton, 1988. ("Criminal Injustice: Violence Against Women in Brazil" [Americas Watch, 1991], 13.)

¹¹¹ כמובן שהבעל גם יהנה ממסגרת זו. עיין משליו: לב-לה.

¹¹² גישה זו גם נמצאת בהלכות דאורייתא אחרות כפי שמתברר מתוך הפרטים של איסור רבית, ואסורי משכב זכר ומשכב אנדרוגינוס. יתירה מזו, גישה זו נמצאת בהרחבה באיסורים ועונשים

תועלת זו, המיוחדת לקדושין, הוכרה במפורש על ידי ר' יהודה בן ישראל אסאד (תקנ"ד-תרכ"ו) לגבי קטנה:

דה"ט דתקנו רבנן קדושין לקטנה {יתומה} כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר הרי מוכח דאי לא דתקנו דתפסי בה קידושין להצריכה מיאון נוהגים היו בה מנהג הפקר אע"ג שהיא מיוחדת לאחד כיון שאין לה דעת עד שאפי' פיתוי קטנה אונס הוא וע"י שתקנו לה קדושין נוהרין ממנה בני אדם ומיוחדת נעשתה ע"י הקדושין דרבנן איננה תו מופקרת¹¹³.

אף שלדברי כ"ת: "כיון דהגדילה ליתא תו לטעם התקנה" נראה לענ"ד שאין כוונתו לומר שלא קיימת בעיה של התנהגות הגברים. אלא כוונתו היא שעתה כשהאשה גדולה יכולה היא להתקדש מדאורייתא כדי להגן על עצמה¹¹⁴.

טעם זה מסביר מספר הלכות:

א. שיטה רווחת בעולם ההלכה היא שקיים איסור מדאורייתא לקיים יחסי מין בלי קידושין¹¹⁵. למרות שדעה זו אינה הכרחית מדברינו, היא רק מובנת על פי דברינו. לפי דעה זו הסוברת שאין לאשה אופציה אחרת מקידושין כדי למלא את צרכיה הנפשיים ליחסי אישות¹¹⁶ ולהולדת

דרבנן המגנינים על מצוות דאורייתא. בימים אלה אני לפני סיום כתיבת מאמר קצר המראה ששיקול זה הוא עיקרון המניע בהלכה. (בענין בעיית ההכללה המשפטית כלפי נשים, עיין- Martha Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law* (Cornell University, 1990), 230-231.

¹¹³ שו"ת "יהודה יעלה" ב: יט.

¹¹⁴ וכן יש לשים לב לחילוק ביבמות קיב ע"ב בין תקנת נשואין לקטנה (נקבה) כדי להגן עליה ותקנת נשואין לחרש (זכר) כדי שלא יישאר רווק. (וסברא זו שייכת אף לפי הרמב"ם הלכות יבום וחליצה ה: כג הגורס "חרשת"). הרמב"ם שם אינו בא אלא לחלק בין קדושי קטנה אשר תוקנו בשביל הגנה זמנית (כל עוד שהיא קטנה) כנגד נשואי חרשת אשר תוקנו כנשואין עולמים והייבום עדיף בחרשת מאשר בקטנה).

¹¹⁵ לסקירת השיטות, עיין באוצר הפוסקים סימן כו.

¹¹⁶ סוטה כע"א.

ילדים¹¹⁷ כולל בן אשר יפרנס אותה אי אפשר לומר שההגבלה נובעת מבחירתה של האשה להתחייב לבעל; שהרי לא היתה לה אופציה אלא להתקדש. לכן אי אפשר לפרש את הגבלת האשה כנובעת מבחירתה אלא כנובעת מצרכיהן של רוב הנשים¹¹⁸.

ב. בית דין מזהירים אשה מלהתייחד עם גבר זר מסוים (כדי שתהפוך לסוטה אם תתייחד) לא רק למען בעל אשר אינו מסוגל להזהירה מאחר שחבוש בבית האסורים¹¹⁹ אלא גם למען בעל שאינו בר דעת¹²⁰, דבר זה מונע תקדים של גברים המתייחדים עם אשת איש במצב המעורר חשדות ומונע בכך את החלשת הטאבו.

ג. שיטת הגאונים¹²¹ שאשה שנאלצה להסכים לקבל קידושין אין לקידושין אלו שום משמעות למרות שמכר תחת לחץ נחשב מכר תקין¹²². דין זה ברור לפי מה שכתבנו שאין נישואין אם האשה אינה משתייכת (כולל שהיא משייכת את עצמה) לבעל.

¹¹⁷ בראשית רבה מה: ב.

¹¹⁸ איני מתייחס לשאלה האם גם בחברות יהודיות בהם פסקו שאין איסור פילגש אכן הוצגה בפועל לאשה אופציה אחרת ריאלית. עייין-Friedrich Engels, *The Origin of the Family, Private Property, and the State* (1884: reprinted in *Marx-Engels Reader*), 743. ובספרים הפמיניסטיות - Betty Friedan, *The Feminine Mystique*. - Harmondsworth: Penguin, 1963. ו-Andrea Dworkin, *Right Wing Women*. London: Women's Press, 1983. *The Politics Of Domesticated Females*.

¹¹⁹ משנה סוטה ד ע"ב וגמרא שם, כז ע"א.

¹²⁰ שם. ואף על גב שאנו פוסקים בסוטה כה ע"א שבעל שמחל על קיונו (אזהרה ההופכת אשה לסוטה), קיונו מחול ולכן בית דין אינם מקנים כנגד רצון הבעל (עייין שו"ת חתם סופר ד: קח, ושו"ת נודע ביהודה מהדורה תנינא-אה"ע סימן קנט). אין זה מוריד מהמגמה לחזק את איסור הניאוף. ההגבלה הזו נובעת, כנראה, מהעובדה שבמקום שהבעל נמצא ואינו מזהירה, אנשי בלעל לא יתייחסו אליה כאסורה ביחוד ואזהרת בית דין תהיה לשוא (ולכן אין להם כח זה) מה שאין כן אם הבעל רוצה למחול לה לאחר שנתייחדה אין הרשות בידו (גמרא, שם) מאחר שהמתייחדים הבינו את חומר האיסור ונענשים על כך. דוגמה לחילוק כזה בין מחילה לפני המעשה המגדיר את המעשה כמותר למחילה לאחר המעשה אשר אינו מועיל, עייין ב"ברכי יוסף" י"ד רמ: יג בענין אב שמחל על כבודו.

¹²¹ עייין סמ"ג עשין מח.

¹²² כנגד פשטות לשון הגמרא (בבא בתרא מח ע"ב ועייין בית יוסף אבן העזר סימן מב) שלפי מר בר רב אשי הקדושין חלים על האשה אלא שאפקענהו רבנן לקידושיה מיניה. וברור שההסבר

ד. איסור על הגבר לגרש את אשתו אשר אינה שפויה לגמרי ונגררת אחר כל גבר לזנות – איסור זה מובן כביטוי נגד העוולה שתיווצר אם גבר יגרש אשה בשעה שהיא צריכה ביותר את כסות הנשואין אשר בשבילו התחתנה¹²³.

ה. זכות האשה לדרוש גט אם בעלה מסרב לקיים יחסי אישות למרות שקידשה על תנאי שאינו חייב בעונה, כנגד שאר וכסות אשר הוגדרו כממון ואשר ניתן למחול עליהם – לכאורה, דין זה אינו מובן שהרי הבעל לא התחייב בשום שלב ליחסים אלה; אי אפשר אפילו לדבר על זכות האשה לחזור בה ממחילתה מאחר שהחויב בכלל לא התחיל¹²⁴. אבל אם נבין שעיקר תפקיד הנשואין הוא לשייך את האשה לגבר אז נבין שעל הגבר המקדש מוטל חיוב שלא ליצור רושם שהוא אינו מתייחס אליה כאשתו. אסור לגבר ליצור מצב שגברים אחרים יתייחסו לאשה נשואה כמותרת מאחר שבעלה אינו מספקה או מצב שהיא אפילו תנאף ביוזמתה¹²⁵.

לשיטת הגאונים היא גם ההסבר להבנה זו בשיטת מר בר רב אשי. ולהבנת שיטת אמימר, שם, שהקדושין תופסים, יש להתייחס לדברים שכתבנו שהקדושין הן טאבו ולכן צריך להתייחס אליהם כמעשה אבסולוטי. (לענין הבעיה שהעלינו שאשה צריכה להשתייך לבעל, אפשר לומר שאמימר סבר כדברי התוספות (בקדושין ה ע"א ד"ה "שכן ישנן") המחלק בין קדושי קטנה כפחות בעייתיים לאשה מאשר מכירתה לעבדות).

¹²³ מאחר שהאשה אינה באמת שוטה והיא זאת אשר מחליטה לזנות, דין זה הוא רק מדרבנן (לפי ר' יצחק ביבמות קיג ע"ב. אבל השווה דברי דבי רבי ינאי בבלי כאן עם דבריהם בירושלמי יד: א ועיין בטושי"ע ונושאי כלים באבן העזר סימן קיט: ו).

¹²⁴ פשוט, שהרי מקרה זה הוא מקרה שהבעל משייר לעצמו "וכל שמשייר לעצמו כולי עלמא לא פליגי דשירו שיר" – חידושי הריטב"א קדושין כג ע"ב ד"ה הכא במאי עסקינן.

¹²⁵ בלשון הפרישה (אבהע"ז לח: יג) עונה "עיקר אישות היא".

ברור שחשש זה מניע את ר' אליעזר בסנהדרין עז ע"א "אל תחלל את בתך להזנותה, רבי אליעזר אומר: זה המשיא את בתו לזקן." ובמשנה כתובות ה: ה "רבי אליעזר אומר אפילו הכניסה לו מאה שפחות כופה לעשות בצמר שהבטלה מביאה לידי זימה". ר' אליעזר השמותי ממשך בעקבות בית שמאי הכופים את הבעל לגרש את אשתו אם סירב לדרישתה לקיום יחסי אישות במשך שבועיים (משנה כתובות ה: ו על פי שמואל בגמרא, שם, סא ע"א) למרות שהם אינם מתירים גירושין משום אי סיפוק צרכים (משנה גיטין ט: ז) ולכן גם אינם כופים את הבעל לגרש אחרי שבוע בלבד. (משנה כתובות, שם); ההסבר לכפיית הבעל לאחר שבועיים הוא הפגיעה הזאת ההופכת את הנשואין לאינם (או פחות) יעילים.

ו. הצורך בשני עדים לקידושין¹²⁶ וחיוב מיתה בניאוף אף שלא כדרכה. ברור שהאיסור מגן על נשים. בכך שאין רשות לאשה לנאוף אפילו ברצון בעלה הטאבו כלפי אשת איש עומד במקומו ונשים מוגנות מכך. וכן היא ההלכה שאין קדושין בלי עדים – בלי הכרת העולם בקנין - מאחר שכל הענין של מכירת זכות אישות בלעדית בגופה היא כדי לאוסרה על אחרים.

ז. היותה נשואה לגבר מבלי יכולת לצאת הופכת אותה כאסורה בעיני גברים אחרים משום היותה שייכת לגבר אחד¹²⁷.

אין להקשות, ממחלוקת ראשונים בשאלה אם נישואין הלכתיים הם לתועלת הגברים או הנשים: במקרה שבעל מגלה הוכחות (לא עדות) שאשתו זנתה, יש ראשונים הסוברים שחייב לגרשה¹²⁸ (טאבו מופשט), ויש הסוברים שהוא מקבל את הזכות לגרשה כל עת שירצה בלי תשלום הכתובה¹²⁹ (הפקדת כוח הנקמה בידי הבעל). לא ניתן לפרש את המחלוקת כך, מאחר שבמקרה של ניאוף הבעל אכן חייב לגרשה. אלא נראה שיש לפרש שדעה ראשונה אוסרת על בעל להתעלם מראיות של קיום ניאוף דיסקרטי. מנגד, דעה שניה אינה משוכנעת שהנהגה זו מעידה על ניאוף אבל נועדה למנוע יצירת התנהגות של פריצות יתירה (אפילו בלא ביאה) על ידי קביעת עונש פחות.

אכן היה אפשר לומר שאין צורך בנישואין כדי להגן על נשים אלא לקבוע עונש מוות על כל אונס. אלא שעונש זה לא נחשב "ריאלי"¹³⁰ ואינו מועיל לאשה

¹²⁶ לדיונו אין זה משנה כל כך אי בעינן שני עדים או מהני עד אחד. (עיין קדושין סה ע"א – סה ע"ב ובשו"ת תשב"ץ א: ע. להלכה, עיין בגר"א אבן העזר מב: ט אשר חולק על חומרתו של הרמ"א, שם, ואכמ"ל.)

¹²⁷ והשווה את דברי הר"ן בנדרים כט ע"א ד"ה "אמר ליה אביי" "אבל באשה כיון דאי לא הויה אשתו לעולם לא קני ביה קנין הגוף - וקנין דמים באשה לא אשכחן - אי אפשר שתהיה אשתו לזמן ידוע בלבד שכל כיוצא בזה אינו קנין גוף".

¹²⁸ עיין רש"י על יבמות כד ע"ב.

¹²⁹ רמב"ם הלכות אישות כד: טו.

¹³⁰ לשיקולים בחקיקת עונשים עיין מורה נבוכים ג: מא. לשיקול זה בפרט, עיין - Michael D.

Bayles, *Principles of Law: A Normative Analysis*. 1987. (במיוחד פרק ראשון).

הנפגעת¹³¹; במקומו נקבעו עונשים של תשלום¹³² ונישואין לעולם¹³³. האופציה השנייה אינה קיימת אם האשה נשואה; עונש כסף בלבד רק יחליש את הגנתה, מאחר שבעלה יוכל להחליט לשתף גברים אחרים. לסיכום, ראינו שקדושין הדורשים גט מתפקדים בעיקר כדי ליצור מסגרת מגנה על נשים. בנוסף לכך ראינו שבהשוואה לדיני בן נח מסגרת זו גם מועילה להמעיט את האלימות מצד הבעל נגד אשה אשר עזבתו; כנגד בת נח היוצאת בכוחות עצמה, ההלכה מכירה בזכויות האשה אשר לאורך הגבר מוכרח מצד עצמו לגרשה - צעד הגורם לו להפסיק להתייחס אליה כאשתו. בחברה אשר תכריח את הגבר לבצע בדיבור ובמעשה את הגירושין, אפשר לצפות לנדירות אלימות מצד בעל לעבר נגד אשתו. רוב גברים שיצאו מגירושין אשר החוק (שנקבע על ידי נציגי המוסר המקובלים על הבעל) דורש או שנפסקו על ידי שופטים שהחברה שלו מקבלת מרותם, ואשר הם עצמם מבצעים (תחת לחץ פיזי מתון) משלימים עם מעשיהם, ולכן לא ימשיכו להרגיש שהאשה עדיין שייכת להם¹³⁴.

הלכה למעשה לנישואין של חילוניים (לא של דתיים ולא של מסורתיים)

ברם, דין זה של קידושין הדורשים גט רק יוצר יתירה בחברה שגבריה מתייחסים לעבירה של בעילת אשה נשואה כטאבו¹³⁵; בחברה אחרת אשר בה הגברים אינם נרתעים מעבירה זו¹³⁶, הטאבו אינו מועיל כלפיהם.

¹³¹ כפי שהתלוננה דינה במדרש של רב הונא בבראשית רבה פרשה פ.

¹³² משנה כתובות ג: ד.

¹³³ דברים כ"ב: כט ומכות טו ע"א. ויש לתמוה על דברי הבית מאיר שחיובים אלו אינם שייכים

במקרה של נערה שהתפתתה בתנאי שהבחור יקדשה. (מובא בפתחי תשובה אבן העזר קעז: א.)

¹³⁴ משפט זה מנוסח כך כדי להימנע מלדון במחלוקת בדינו של גט הכפוי בטעות על ידי בית דין

כשר – עיין שו"ת היכל יצחק אהע"ז א: א.

¹³⁵ בדרך כלל אנו מוצאים התנהגות פומבית כאילו שקיים טאבו כזה מאחר שרוב גברים רוצים

הגנה זו על נשותיהם (משלי ו': כט-לה) ויסוד הצדק הוא החשש של בני אדם שמעשה מסוים הנעשה לזולת יעשה נגדם בעתיד (פוליביוס, *ההיסטוריה הכללית*, 1: ו); לכן עדיף להרוג את הבעל בסתר מאשר לשכב עם האשה בפומבי (בראשית י"ב: יב, כ': יא).

¹³⁶ להסבר לחוסר רתיעה זו בחברה האמריקאית, עיין - Catharine A. MacKinnon,

"Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade," in EFR, 356-357. יתרה מזו, על

מנת שנורמה תתקיים דרושה הפנמת הנורמה על ידי האוכלוסייה ולא פחד עונשים מטעם הרשויות בלבד (הרברט ל. הארט, *חוק, חירות, ומוסר*. תרגמה מאנגלית אליה גילדין. הוצאת אדם, 1987.)

לפי דברים אלו יוצא שיש מקום לחלק בין דתיים וחילוניים בדרישה לנישואין הלכתיים. הרי לפי דברינו אין בעיה של איסור "לפני עוור" בביטול החוק המגביל את נישואי יהודים לנישואין הלכתיים בלבד.

הנה אם נתייחס לאיסור לפני עוור כאוסר את הכשלת הזולת¹³⁷, בחברה החילונית אין תועלת בנישואין הלכתיים משום שאין טאבו מיוחד בנישואין הלכתיים. לענין השלמת הגבר עם הגירושין, אפילו תחת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו יש מקום לחייב גבר על ידי כוח פיזי להביע מעשה הכרה בחירות אשתו אשר החוק מכיר כגרושה ממנו. מכל מקום ישנם דרכים אחרות לטפל באלימות¹³⁸.

אם נתייחס לאיסור כאוסר את הכשלת הזולת בעבירה, הרי החילונים הבאים לפנינו כבר נכשלו בעבירה זו של יחסי אישות ללא קדושין¹³⁹, ומאחר שהם אינם מאמינים בתורה הם אינם חייבים על כל פעם שהם חוזרים על אותה עבירה¹⁴⁰. יתירה מזו, לאור העובדה שבתי המשפט במדינת ישראל מכירים בזכויות וחובות נישואין לזוג המקים בית משותף, אנשים בוחרים להתחתן בחו"ל, בטקסים יהודיים שאינם הלכתיים, ובחתימת חוזה, ולכן ביטול חוק זה אינו מכשיל¹⁴¹.

אפילו אם נתייחס לאיסור כאוסר לגרום מעשה עבירה בעולם¹⁴², נראה שעדיף לבטל את החוק מאחר שאיסור לפני עוור מחייב הסתכלות לטווח ארוך¹⁴³, שלא

וכדי שהנורמה תפעל נגד יצרים בסיסיים, עדיף שתתקיים "יראת אלקים" (בראשית ל"ט: ט. ג'ון לוק, *איגרת על הסובלנות*, מהד' מאגנס, עמ' 83-84. ותומס הובס, *לוינתן*, מהד' מאגנס, עמ' 132). ולכל הפחות תחושה של בושה (אבות ה. כ. מרקוס טוליוס קיקרו, *מחות המדינה ושלוש צורותיה*, ה: ד).

¹³⁷ ספרא קדושים ב: יד.

¹³⁸ Barbara Smuts, "Apes of Wrath: Why Males Beat Up Females," *Discover: The World of Science* 16 no.8 (August 1995): 35-37.

¹³⁹ יש מחלוקת בעצם קיום איסור זה ובחומרתו – עיין אוצר הפוסקים כו: ה.

¹⁴⁰ משנה כריתות ג: ב לאור החזון איש, יורה דעה א: ו.

¹⁴¹ בלשון הלכתית, אופציה לעבירה זו נמצאת ב"חד עבר דנהרא". (ושיטת ה"משנה למלך" הלכות מלוה ולוה ד: ב המגבילה קולא זו, אינה שייכת כאן. מכל מקום עיין בשו"ת מנחת יצחק ג: עט המפקפק בחומרתו של ה"משנה למלך").

¹⁴² שו"ת אגרות משה או"ח ה: יג ויו"ד א: ג, חזון איש יו"ד ס: ז.

¹⁴³ ספרי "קהילות יעקב" ב: ז ד"ה "ומלבד", וכן משמע ברמב"ם הלכות מלוה ולוה ב: ז.

לגרום עבירות יותר חמורות על ידי טיפול בעבירות פחות חמורות¹⁴⁴. ראשית, בחברה אשר בה שכיחה תופעת הניאוף אין למנוע מעשי איסור קדשה על ידי הוספת מעשי איסור ערות אשת איש¹⁴⁵. שנית, לאור התגובה השלילית של העולם החילוני לכפיית נישואין, יש לזכור שאסור ליצור רגשות של דחייה כלפי התורה כדי למנוע אדם מעבירה אחת בלבד¹⁴⁶ ובמיוחד אם הדבר גורם להם לאמץ ערכים פחותים מתוך זלזול במקורות תורניים¹⁴⁷. **אדרבא, לענ"ד יש להשתמש בכוח הפרלמנטרי של הדתיים כדי ליצור צורת נישואין וגירושין המתחשבת בפנים השונים של נישואין, כפי שההלכה התחשבה בהם במישור המוסרי-דתי (כפי שאמרנו בתחילת עמ' 100), למרות שלא התחשבה בהם במישור המשפטי (לדוגמה: הקמת מנגנוני יעוץ והדרכה בהישג יד של כל אזרח).**

לסיכום, נראה שעל הדתיים לפעול ליצירת אפשרות של נישואין מחוץ למסגרת ההלכתית, בד בבד עם תיקון מערכת הנישואין בחברה הישראלית.

¹⁴⁴ עיין רמב"ם הלכות ממרים ו: ט (במיוחד לאור הלכות רוצח ה: ה).

¹⁴⁵ למחלוקת אם קיים איסור ניאוף גם בלא קדושין, עיין באוצר הפוסקים כו: ו. מכל מקום, ניתן לחשוב לשיטה המחמירה על ידי הפקדת התחלת תהליך נישואין ברבנות, המציעים נישואין הלכתיים לזוג שבידו לבחור אופציה אחרת.

¹⁴⁶ שו"ת מנחת שלמה סימן לה.

¹⁴⁷ חוסר לימוד מוביל לעבירות בין אדם לחברו (עיין - חזון איש, על עניי אמונה, בטחון, ועד ג יב). אף החילוני חייב לקיים מצוות בין אדם לחברו לפרטיהן מאחר שאפשר לו ללמוד (מכות ט ע"ב) ואינו מנוע מלימוד מצוות אלו משום חוסר אמונה.