הרב אפרים ולץ

חופה ונישואין

מבוא

מן המפורסמות היא העובדה שכל בית בישראל מתכונן בשני שלבים. ראשית, הבעל קונה את האישה באחת מדרכי הקידושין - כסף, שטר או ביאה, ולאחר מכן נושא אותה לאישה על ידי חופה. רוב הסוגיות במסכת קידושין עוסקות בדיני ודרכי הקידושין ורק במקומות מועטים ישנה התייחסות לדיני הנישואין. בדרך כלל הדיון בדינים אלו אינו עוסק בדרך נשיאת האישה כפי שדנים בשלושת דרכי הקידושין, אלא רק בתוצאות ההלכתיות של הנישואין. עובדה זו בעצמה כנראה אינה מקרית, והיא כשלעצמה פותחת לנו פתח להבנת מהות הנישואין.

לאורך המאמר ננסה לבחון את סוגיית הנישואין בכמה הקשרים כדי שנוכל לעמוד על אופיים: מהי בדיוק הפעולה שהופכת את האישה לנשואה (אם אכן ישנה פעולה מסויימת כזו), מהי חופה, מה מוסיפים הנישואין על הקידושין, ומהן ההלכות המתחדשות מגדר זה.

נראה כי הבנה מעמיקה של משמעות הגדר 'נישואין' תוכל לתרום רבות להבנת האופן בו התורה תפסה את הבית ואת היחסים שבין איש לאשתו.

בין אירוסין לנישואין

כדי להבין את מרחב המושגים בהם נעסוק, נעמוד תחילה על ההבדלים ההלכתיים המובהקים שבין דין הארוסה לדין הנשואה.[1] הן בנישואים והן באירוסין האישה נקשרת באיש בצורה כזו שלא תופסים בה קידושין מאחר, חל עליה חיוב מיתה ודין

1. בנושא זה ראה מאמרו של מו"ר הרב חיים סבתו, "בין אירוסין לנישואין", בתוך: מדברה - אסופת מאמרים במסכת כתובות, מעלה אדומים תשע"ו. הרב סבתו סקר את הסוגיות בהן אנו מוצאים הבחנה בין ארוסה לנשואה, ובאופן כללי תלה את ההבדל ביניהן בפער שבין הפעולה הקניינית בקידושין ובין הנישואין שהם ההכנסה לבית ותחילת החיים המשותפים. במאמר זה נתמקד בגדרי החופה והנישואין וננסה לעמוד על האופי של אותם "חיים משותפים".

ממזרות אם זינתה והיא צריכה גט כדי להיות מותרת לשוק. לעומת זאת, ישנם דינים רבים בהם משתנה מעמד האישה לאחר שנישאת.[2]

השינוי הישיר והמובהק ביותר במעבר מן האירוסין לנישואין הוא היתר האישה לבעלה, אך זהו אינו אלא דין דרבנן, וכפי שנדון לקמן לא ברור כיצד בדיוק הנישואין מהווים 'מתיר' לביאת הבעל. ההבדל המרכזי בדיני תורה הוא שינוי עונשה של האישה, כאשר מאורסת שזינתה נידונת בסקילה והנשואה בחנק.

מעבר לזה אנו מוצאים הבדלים נוספים התלויים בשאלה עד כמה נכנסה האישה לרשות הבעל:

הפרת נדרים - לנשואה בעלה לבד מפר, לארוסה הבעל עם האב.

כהן מטמא לאשתו רק לאחר הנישואין.

בעל יורש את אשתו רק לאחר הנישואין.

חיובי הבעל לאשתו חלים רק לאחר הנישואין.

מהי החופה?

כאמור, בשביל לברר באיזה אופן פועל מעשה הנישואין, ננסה להבין מהו אותו מעשה. הנישואין מזוהים בדרך כלל עם החופה, בה אנו נפגשים בגמרא (קידושין ה, ב) לראשונה כאשר היא מעלה את האפשרות שחופה קידושין עושה מק"ו ומ"הצד השווה" של שלוש דרכי הקידושין במשנה.

באופן מפליא הגמרא כאן ובשום מקום אחר אינה דנה כלל בשאלה מהי החופה, איך עושים אותה על פי דין ומהו מקורה בכתובים. עובדה זו מתמיהה במיוחד לאור הדיון הארוך בגמרא לאורך עשרת הדפים הראשונים של מסכת קידושין בדבר מקורם, הגדרתם והואריציות השונות של שלושת קנייני הקידושין האחרים. החופה מוצגת בפני הלומד כמוסכמה גמורה, כנתון ידוע שאין צורך אפילו לבדוק אחריו, וזאת בניגוד מוחלט לשלוש דרכי הקידושין שאינם מובנים מאליהם ויש לדון בהם בפרוטרוט.

במקרא מצאנו את המושג חופה בשלושה מקומות:

יואל ב', טז- אִסְפוּ עָם קַדְּשׁוּ קָהָל קִבְּצוּ זְקֵנִים אִסְפוּ עוֹלָלִים וְיֹנְקֵי שָׁדָיִם יֵצֵא חָתָן מֵחֶדְרוֹ וְכַלָּה **מֵחֻפָּתָהּ**.

2. כפי שנציע בהמשך המאמר, יתכן ששלושת הדינים שהזכרנו בהם שווה הארוסה לנשואה אינם אלא דין באירוסין שבהם נקשרו לראשונה האיש והאישה וכל הדינים הללו הם פועל יוצא מובהק של קשר זה, והנישואין רק משמרים מצב קודם שיצרו האירוסין.

ישעיהו ד׳, ה- וּבָרָא ה׳ עַל כָּל מְכוֹן הַר צִיּוֹן וְעַל מִקְרָאֶהָ עָנָן יוֹמָם וְעָשָׁן וְנֹגַהּ אֵשׁ לֶהָבָה לָיְלָה כִּי עַל כָּל כָּבוֹד **חֻפָּה**.

תהילים י״ט, ו- וְהוּא כְּחָתָן יֹצֵא **מֵחֻפָּתוֹ** יָשִׂישׂ כְּגִבּוֹר לָרוּץ אֹרַח.

בפשטות נראה שמשמעות הביטוי מתייחסת ככל הנראה לדבר החופף, ומהווה חיפוי וכיסוי.[3] ביואל מפורש שהחופה היא מעין חדר שצריך לצאת ממנו (גם בתהילים ההקבלה לחופה מצויה בפסוק הקודם- ׳לשמש שם **אהל** בהם׳).

ניתן ללמוד על אופי החופה מהגמרא בסוכה (כה, ב) הפוטרת את החתן והשושבינים מן הסוכה כדי שיוכלו לקיים את שמחתם. הגמרא תוהה מדוע לא ישלבו בין האכילה בסוכה לבין שמחת החתן בחופה, ומסיקה מסיבות שונות כי השמחה תוכל להיות רק במקום החופה.

ברור מן הגמרא שהחופה לא היתה רק טקס אלא מקום של ממש, שבו התייחדו החתן והכלה ולא אמורים להיות בו אנשים נוספים. כך נראית גם משמעותו המקורית של המשפט (כתובות ח, ב) ׳הכל יודעים כלה למה נכנסת לחופה׳ - הכלה נכנסת למקום כלשהו כדי להתייחד עם החתן, ולא רק ״נכנסת לחופה״ במובן ההלכתי.[4]

ניתן להשלים את הגדרת החופה מן הגמרא ביבמות (נח, א), שם ברור שהחופה קשורה דווקא לביאה. הגמרא דנה באלמנת כהן שהתקדשה או נישאה לכהן גדול הפסול לה - האם פסלה מתרומה גם בלא שיבוא עליה. מדברי הגמרא מוכח שהחופה אינה מעשה משפטי בלבד כמו הקידושין, אלא היא מאופיינת בקירוב ביאה שבה:

> עד כאן לא קאמרי רבי אלעזר ורבי שמעון התם - אלא בקדושין, דלא קריבי לביאה, אבל **חופה דקריבא לביאה** הכי נמי דפסלה!

לפי מקורות אלו נראה יותר שהחופה לא היתה **מעשה** הלכתי-משפטי חד-פעמי, אלא התייחדות של החתן והכלה בביתו באופן שמהווה בפועל את תחילת חייהם המשותפים.[5] בגלגולה ההלכתי קיבלה החופה מעמד הלכתי פורמלי והפכה להיות מעין טקס, מעשה הלכתי חד פעמי שנערך תחת כלונסאות לעיני כל הציבור, כאשר

3. כך כתב ערוה״ש (אבה״ע נ״ה, טו): ופירוש חופה הוא מלשון חופף עליו כל היום והוא לשון כיסוי והבדל מאחרים. ובאגדה אמרו חז״ל (ב״ב עה, א) ׳עתיד הקדוש ברוך הוא לעשות ז׳ חופות לכל צדיק וצדיק׳ כלומר חיפויים של כבוד להבדילם מאחרים.
4. הד לזה אנו מוצאים בדברי הפוסקים שכותבים שאם החתונה נערכת במקום ציבורי, יש להשכיר לחתן את חדר הייחוד כדי שיהיה מעין ביתו (ראה למשל ערוה״ש נ״ה, יח).
5. באינציקלופדיה המקראית (ערך נישואין, עמוד 861) קושרים את המינוח נישואין ל׳נשיאה׳- הבעל נושא/סוחב את אשתו ולוקח אותה (מקביל לליקוחין).

הכלונסאות מהוות את החופה כביכול, אך באופן בסיסי החופה הינה הפתח לחייהם המשותפים של בני הזוג.

ערוה"ש (נ"ה, יד-טו) מתאר תהליך זהה ממש, אלא שהוא מבחין בין מושג הנישואין לחופה, ולדידו המושג חופה (שמשמעותו הבדלה וכיסוי) התייחס כבר מימי הנביאים לטקס ולא להתייחדות עצמה בבית הבעל:

> ונלע"ד דכל הפוסקים לא פליגי כלל דהנה באמת חופה לא כתיבא בתורה ורק נשואין כתיב כדכתיב ומי אשר ארש אשה ולא לקחה וזהו קיחה דנשואין, ומעיקר דין התורה כשבא עליה לשם נשואין שתהא כאשתו גמורה הרי היא נשואה כמ"ש הרמב"ם, אמנם אין דרך בני ישראל לעשות הביאה בפירסום וכשיעשה כן הרי נצריך עדים על היחוד לביאה ואף אם אפשר שאין צריך עדים לזה כמ"ש בסעי' ה' מ"מ יהיה העניין בפירסום שהרי צריכין לברכם מקודם הנשואין וסמוך לה בשבע ברכות ולכן קבעו רז"ל שהחופה תהיה תחת הנשואין, ומעולם היה כן גם בזמן הנביאים כדכתיב כחתן יוצא מחופתו ונאמר וכלה מחופתה ובוודאי שכן הנהיג משה רבינו את ישראל.

על פי תיאורו של ערוה"ש, החופה במקורה לא היתה מעשה שמתיר את הקשר בין איש לאשתו, שכן מדין תורה הארוסה מותרת לבעלה, אלא האדם פשוט הכניס את האישה לביתו והתחלת הקשר ביניהם בפועל היוותה את הנישואין - "כשבא עליה לשם נשואין שתהא כאשתו גמורה הרי היא נשואה". צורה טבעית כזו של נישואין-חופה נקטו גם חלק מן הראשונים באופן מובהק. למרות תובנה זו, גם ראשונים אלו סוברים שחז"ל עיצבו את הנישואין בצורת מעשה שיש בו אלמנטים משפטיים וציבוריים הדומים לקידושין. הביטוי הקיצוני ביותר למהלך זה מצוי בשיטות שנביא לקמן שהוציאו את ה'חופה' מן הבית לגמרי והפכו אותה לטקס עצמאי שלאחריו בא הייחוד כעניין נפרד.

בכל אופן, אין כאן רק תיאור היסטורי לגבי החופה הקדומה, אלא גם לאחר שאנו תופסים ומעצבים את החופה כ'מעשה' משפטי-פורמלי, עדיין ניתן למצוא את אופיה הטבעי של החופה (כפי שמתאר אותה ערוה"ש בתורה) בשיטות הראשונים השונות בהגדרת מעשה הנישואין.

הגדרת פעולת הנישואין

בהגדרת מעשה החופה והנישואין ישנה מחלוקת בין ראשונים, כאשר מן העבר האחד יש מי שתפס את החופה והנישואין כמצב טבעי של קשר של חיים משותפים בין בני הזוג, ומן העבר השני יש מי שסבר שהחופה היא מעשה הלכתי שמקדים את החיים המשותפים, מעין הדרך בה הגדרנו את הקידושין.

הביאה כמרכז החופה

הרמב"ם מניח במספר הקשרים את המוקד של הנישואין באופן מובהק סביב הביאה (אישות י', א-ב):

> הארוסה אסורה לבעלה מדברי סופרים כל זמן שהיא בבית אביה, והבא על ארוסתו בבית חמיו מכין אותו מכת מרדות. ואפילו אם קידשה בביאה אסור לו לבוא עליה ביאה שנייה בבית אביה עד **שיביא אותה לתוך ביתו ויתיחד עמה ויפרישנה לו, וייחוד זה הוא הנקרא כניסה לחופה, והוא הנקרא נישואין בכל מקום**, והבא על ארוסתו לשם נישואין אחר שקידשה **משיערה בה קנאה ונעשית נשואה** והרי היא אשתו לכל דבר.
>
> כיון שנכנסה הארוסה לחופה הרי זו מותרת לו לבא עליה בכל עת שירצה והרי היא אשתו גמורה לכל דבר, **ומשתכנס לחופה נקראת נשואה אף על פי שלא נבעלה** והוא שתהיה ראויה לבעילה.
>
> אבל **אם היתה נדה** אף על פי שנכנסה לחופה ונתיחד עמה **לא גמרו הנישואין** והרי היא כארוסה עדיין.

כפי שכתבנו לעיל, הרמב"ם מזהה את החופה והנישואין עם ההבאה לביתו וההתייחדות עימה, ולא עם טקס משפטי. הרמב"ם קובע כי משיתקיים התנאי המשולש - הכנסה לביתו, ייחוד והפרשתה לו,[6] נחשבת נשואה. הגדרה משולשת מעין זו כבר מצביעה על כך שאין כאן מעשה חד ומוגדר שמחיל עליה דין נשואה, אלא תהליך מורכב ומתמשך. עניין זה בולט גם כאשר מנתחים את הצורות השונות של חלות הנישואין לדעתו, ואת היחס בין הביאה ובין ההכנסה לביתו.

ניתן לראות כי עמדת הרמב"ם ביחס לחיוב הביאה בנישואין מורכבת, ובקריאה ראשונה של ההלכות נראה כי הוא אפילו סותר את עצמו. מחד, הרמב"ם קובע כי האשה נחשבת לנשואה משהכניסה לחופה אע"פ שלא נבעלה, דין שמניח במרכז חלות הנישואין את ההכנסה לבית. מאידך יש לפנינו שני דינים המדגישים דווקא את מרכזיות הביאה - כך בדין הבא על ארוסתו לשם נישואין בלא שהכניסה לביתו שקונה משיערה בה, דין שלכאורה מייתר את ההכנסה לבית,[7] ובדין חופת נידה שמחייב את החופה להיות ראויה לביאה בשביל שיחולו הנישואין באופן שלם.

6. בדיבור או מעשה המבטאים זאת (יד פשוטה).
7. את דין ההעראה פסקו גם הרב ניסים גאון (מובא בתוס' קידושין י, א ד"ה כל), והרי"ף (יבמות יח, ב בדפי הרי"ף). מפשט דברי הרמב"ם נראה שהבא עליה לשם נישואין קונה אותה גם בלא הכנסה לביתו. בירושלמי כתובות (ד', יב) הגמרא נשארה בספק אם אכן ביאה כזו גומרת את הנישואין (ראה שם בשיירי הקרבן שהתקשה בכך), אמנם היד פשוטה הסביר כי הירושלמי דן במי שבא עליה שלא לשם נישואין. הר"ן (קידושין ה, ב בדפי הרי"ף ד"ה גרסינן) הבין שהרמב"ם מדבר גם על הבא על ארוסתו בבית חמיו. אמנם יתכן שהרמב"ם

נראה כי העובדה שהרמב"ם פוסק שהבא על ארוסתו לשם נישואין עשה אותה לנשואה למרות שלא הכניסה לביתו, מצביעה על כך שגם ההכנסה לבית עצמה סובבת סביב עניין הביאה. הבא על ארוסתו קודם שהכניסה לביתו כביכול 'דילג' על שלב ההכנסה, ופנה היישר אל המוקד המאפיין את אותה הכנסה לבית, הביאה. מאותה הסיבה חופת נידה אינה "גומרת את הנישואין", שהרי הרמב"ם רואה את מרכז ההכנסה לבית ומרכז החיים המשותפים בין איש לאשתו באפשרות לביאה. למרות שהרמב"ם מדגיש כי על מי שהכניס אישה לביתו לא מוטלת חובה לבוא עליה כדי שתהיה נשואה, הנישואין אינם חלים אם אין אפשרות לביאה כלל. לפי זה, אין כאן כל סתירה בעמדת הרמב"ם שהרי גם ההכנסה לביתו ללא ביאה הופכת אותה לנשואה רק מכח העובדה שמשעה זו הם יכולים לחיות כבני זוג בצורה המלאה ביותר.

העולה מדברי הרמב"ם הוא שאין 'מעשה' נישואין, שהרי הן ההכנסה לביתו ללא ביאה והן ביאה ללא הכנסה לבית יכולים לבדם לגמור את הנישואין. נראה יותר להגדיר את הנישואין אצל הרמב"ם כמצב טבעי של חיים מלאים כבני זוג, מצב שניתן לכונן בביאה או בעצם ההכנסה לבית.[8]

הגדרה זו של הרמב"ם לחופה כייחוד בין האיש לאשה, ותפיסת הביאה כמרכז הקשר שמתכונן ביניהם, מצויה כבר בדברי הר"י מיגאש המובאים בחידושי הרמב"ן לכתובות שנקט גם הוא כי היחס בין ההכנסה לביתו ובין הביאה צריך להיות מובהק ולכן לדעתו אין חופה לנידה (ד, א):

> מדאמרינן כל אותן הימים הוא ישן בין האנשים והיא ישנה בין הנשים וכן מי שפרסה אשתו נדה, אמר ה"ר יהוסף הלוי ז"ל בשם ה"ר יצחק בר' ראובן ז"ל **שהנדה אינה ראויה ליכנס לחופה** ואין מברכין ברכת חתנים כלל עד שתטהר, **שאין חופה אלא ייחוד חתן וכלה לשם נישואין** ונדה הרי אסורה להתייחד.

הרמב"ן אמנם מסכים לתפיסת הר"י מיגאש והרמב"ם בהגדרת החופה והנישואין, אך לדעתו יש להימנע מחופת נידה רק מלכתחילה, אך בדיעבד היא נחשבת כנשואה:

בדווקא לא נקט כן, ולדעתו הבא על ארוסתו בבית חמיו גם אם יתכוון לנישואין הם לא יחולו, שהרי הרקע של מעשיו מוכיח כי אין כאן הכנסה אמיתית לביתו, ורק אם יבוא עליה במקום ניטראלי תוכל ביאה זו להחשב כנישואין.

8. עקרון זה בולט על רקע קושיית הר"ן (קידושין ה, ב בדפי הרי"ף ד"ה גרסינן): "כיון שביאת איסור היא, דהא קי"ל הבא על ארוסתו בבית חמיו לוקה, אינו בדין שתקנה", קושיית הר"ן קשה אם תופסים את הביאה כ'מעשה נישואין', ואז לא יתכן שמעשה שמוגדר כמעשה אסור יהיה מעשה שמחיל חלות חיובית. אך אם נכונים דברינו והביאה אינה 'מעשה' אלא יצירת מציאות חיים של זוג נשוי, ממילא אין זה משנה אם החיים הללו התחילו במעשה בעייתי שהרי זו עובדה מוגמרת שהם נשואים.

אלא דלכתחלה ודאי נדה לאו בת חופה היא וכן אמרו הגאונים, מיהו בדיעבד כיון דקי"ל בפ' הבא על יבמתו (נ"ז ב') דיש חופה לפסולות כגון אלמנה לכ"ג וחברותיה אף על גב דלא חזיין לעולם לביאה ולייחוד הא נמי לא גריעא מינייהו, כנ"ל.

הרמב"ן מסכים לתפיסה העקרונית שההכנסה לביתו צריכה לכלול אפשרות לביאה, ולכן בפחותה מבת שלוש שאינה בת ביאה אין נישואין תופסים כלל (סנהדרין סט, א) שהרי אין אפשרות ביאה, אך נידה לדעתו היא כמו פסולות חיתון שנישואין תופסים בהם שכן מבחינה מציאותית האדם יכול לבוא עליהן. בגישה זו שוב ניכר כי היסוד המכונן את הנישואין הוא לא ההלכתי אלא המציאותי, ואם בני זוג מתייחדים, גם אם יש מניעה הלכתית על הביאה, הרי שהם נחשבים כנשואים מכוח אותו מצב של חיים משותפים של איש ואשה.[9]

מדברי כל הראשונים הנ"ל, למרות המחלוקות שביניהם, נראה ברור כי החופה היא התייחדות שמאפשרת באופן מסוים את הביאה. החופה אינה מעשה משפטי אלא הסימן לכך שנוצר קשר שלם של נישואין בין בני הזוג. העובדה שאין מעשה או זמן ברור שבו הנישואין חלים, שכן עצם ההכנסה לביתו מספיקה ולא צריך ביאה בפועל ובהכנסה לביתו אין מעשה מסויים ומוגדר, מצביעה על כך שהנישואין נגזרים מתוך הקשר שנוצר בין בני הזוג בפועל ולא מכח מעשה משפטי מקדים.[10]

ההכנסה לביתו

הר"ן בריש כתובות מביא דעה נוספת בשם אחרים (וכן מובא בשם רי"ו בב"י אבה"ע סא) ששמה את הדגש במעשה החופה והנישואין על עצם ההכנסה לביתו, בלא קשר לעניין הביאה. לדעתם המקור לדין החופה וההכנסה לביתו הוא מפרשיית הנדרים:

אחרים אומרים דחופה לאו היינו יחוד. וראיה לדבר מדאמרינן לקמן [דף יב.] דאלמנה מן הנשואין אין לה אלא מנה אף על פי שעדים מעידין עליה שלא נסתרה ולא נבעלה, אלמא חופה לאו היינו יחוד, אלא **חופה היינו כל שהביאה הבעל מבית אביה לביתו לשם נשואין.** וילפינן לה מדכתיב ואם בית אישה נדרה דמשמע דכל זמן שהיא בבית אישה הרי היא ברשותו. וכי תימא פירסה נדה למה אינו מעלה לה מזונות הרי בידו להכניסה לחופה היינו טעמא שכיון שאין חופה זו מסורה לביאה לא חייבוהו חכמים לכנסה, ולפי שאנו נוהגין

9. בהמשך נראה כי גם הרמב"ם מסכים לקביעה זו, והבנה ברורה יותר של שיטתו בדין חופת נידה קשורה בהבנת דבריו בביטוי "לא גמרו הנישואין".

10. את החשיבות של הכנסה משמעותית לביתו אנו מוצאים בפסקי האחרונים שסברו שאם נתייחד עמה שלא בביתו, או הביא אותה לתוך ביתו ולא נתייחד עמה, אין זו חופה (לח"מ אישות י', ו; ודרישה ס"א, א), וכן אם לא הפרישה לו אלא הביא אותה לפי שעה לביתו ובא עליה שלא לשם נשואין, אין זו חופה (חלקת מחוקק נ"ה, ד; וב"ש שם, ב).

> עכשיו לעשות חופה בלא יחוד אין אנו מקפידין אם היא נדה אם לאו, ומכל מקום כשר הדבר שלא תכנס לחופה עד שתטהר.

ההכנסה לביתו מבטאת את האחריות שהבעל נוטל על האשה. לשיטה זו הכנסת האשה תחת חסותו של הבעל היא הביטוי המרכזי של תחילת החיים המשותפים שלהם יחד ולכן היא שמגדירה את הנישואין. אם כן, בדומה לשיטת הרמב"ם, גם לדעתם הנישואין הם מצב של חיים משותפים ולא מעשה מוגדר, אלא שבניגוד לרמב"ם ששם את המוקד על האפשרות לממש את החיים המשותפים בביאה, לדעתם הדאגה והאחריות הם המגדירים את הקשר בין בני הזוג.[11]

החופה כטקס

אצל בעלי התוספות (יומא יג, ב ד"ה לחדא) אנו מוצאים לראשונה את החופה כטקס. על פי שיטת תוספות היציאה של הכלה בהינומא נחשבת כבר כחופה:

> א"ר חנינא הדא אמרת הלין דכנסין ארמלן צריך לכונסן מבעוד יום שלא יהא כקונה קנין בשבת, נ"ל לפרש **בתולה שיש לה חופה מבעוד יום משעה שנכנסה לחופה** קנאה לכל דבר להכי מותר לבא עליה בשבת, אבל אלמנה שאין לה חופה ואינה נקנית לבעלה ליורשה וליטמא לה ולהפר נדריה אלא ע"י ביאה צריך לבא עליה מבעוד יום שלא יהא כקונה קנין בשבת. ואפילו את"ל שיש לאלמנה חופה קודם ביאה נ"ל דיחוד שמתייחדת עמו היינו חופתה וזה יש לעשות קודם השבת **אבל בתולה משיצתה בהינומא הויא חופה שלה**, וזה היו רגילין לעשות ביום אבל לא היו מייחדין אלא בלילה סמוך לביאה.

תוספות מבחינים הבחנה ברורה בין החופה שנעשית ביום והיא הנישואין אצל הבתולה, ובין הביאה שבאה אחריה (ואצל אלמנה רק היא מכוננת את הנישואין).

עוד מצאנו כי תוספות (כתובות ד, א ד"ה בעילת מצוה) פירשו את המונח 'בעילת מצוה' על שם מצוות פריה ורביה העתידה להתקיים בקשר שזה עתה נוסד בין הבעל לאשתו, ולא פירשו כדעת ראשונים אחרים (ראה למשל שטמ"ק שם, בשם תלמידי רבנו יונה) שהמצווה המדוברת היא מצוות הנישואין, שהרי לדעת תוספות הנישואין כבר חלו בחופה שהקדימה את הייחוד.

בדברי הראשונים ניתן למצוא מנהגים נוספים שנוהגים בהם לשם חופה ונשואין. הטור (אבה"ע ס"א) מעלה את הדעה שחופה היא פריסת הסודר על ראש החתן והכלה

11. נפק"מ הלכתית בין שיטה זו לשיטת הראשונים הסוברים שהביאה היא מרכז הנישואין הוא האם צריך שיהיו במקום הראוי לביאה ובזמן הראוי לה, או שמספיק שיהיו במקום צנוע כלשהו ואפילו בזמן שהוא פחות מן הראוי לביאה (ראה דרישה ס"א, א).

בשעת הברכה.[12] יש שכתבו (כלבו עה; יש"ש כתובות א, יז) שחופפים אותם בטלית מצוייצת.[13] אחרים כתבו (המנהיג קט; אבודרהם ברכת האירוסין) שפורס טליתו עליה לשם אישות, וחופה נקראת כן על שם שחופה אותה בטליתו.[14] כל המנהגים הללו יצרו בפועל מעשה סמלי ועצמאי המטרים את הייחוד של בני הזוג בפועל, והוא מוגדר כחופה שיוצרת את הנישואין.

בכיוון זה הלך הרמ"א שהביא את הדעות הללו שהחופה אינה הייחוד אלא הטקס המקדים לייחוד וכתב שכך המנהג (נ"ה, א):

> והמנהג פשוט עכשיו **לקרות חופה מקום שמכניסים שם יריעה פרוסה על גבי כלונסות**, ומכניסים תחתיה החתן והכלה ברבים, ומקדשה שם ומברכין שם ברכת ארוסין ונשואין, ואח"כ מוליכים אותם לבית ואוכלים ביחד במקום צנוע, **וזהו החופה הנוהגת עכשיו.**

לסיכום, התוספות הגדירו את החופה כמעשה פורמלי, אך לאור המקורות בחז"ל שהצביעו על כך שהחופה היא מקום של ממש, נראים הדברים שעיצוב זה של החופה הוא העתקת המשמעות של ההתייחדות האינטימית של בני הזוג לטקס ו'מעשה' משפטי מוגדר הנעשה ברשות הרבים. אכן, ברור שראשוני ספרד הבינו שהנישואין והחופה הינם מעשה ההכנסה לביתו, כאשר גם הרמב"ם ששם דגש על הביאה כמרכז היחסים בין האיש והאישה סבר כי מספיקה הכנסה לביתו. הנישואין אינם מהווים פעולה הדומה במהותה לקידושין, ואין כאן שתי פעולות קנייניות בזו אחר זו. בין השלבים השונים קיים פער איכותי - בעוד הקידושין הינם פעולה משפטית, הנישואין הינם תחילת החיים הזוגיים בפועל והמציאות היא שקובעת את המעמד המשפטי.

הנישואין כמצב טבעי של זוגיות

כפי שראינו, מפשטות דברי חז"ל ורוב הראשונים עולה כי מעשה הנישואין הוא מעשה ההכנסה לביתו של הבעל. אך כאמור, לא ברור מהו אופיו של מעשה זה ובאיזה אופן ומתי הוא מתרחש בדיוק. נראה בפשטות שאין כאן מעשה משפטי אלא קביעת מעמדה של האישה על פי המציאות שכבר התהוותה בפועל. צורת חשיבה כזו שבה לא המעשה המשפטי מעצב את המציאות, אלא המציאות מעצבת את המעמד המשפטי מתאימה במובן מסויים לעולם שעדיין אין בו את ההלכה והמשפט. אכן המעיין בתחילת הלכות אישות יווכח לדעת שכך הרמב"ם תיאר את המצב קודם מתן תורה (א', א):

12. על שם שנאמר: ויתיצבו בתחתית ההר, שכל מנהגי חתן וכלה למדו ממתן תורה, או על שם שנאמר ברבקה: ותקח הצעיף ותתכס.
13. לזרזם במצוות, והרמז על זה: כי יקח איש אשה, וסמוך לו: גדילים תעשה לך.
14. כענין שנאמר: ופרשת כנפך על אמתך.

> קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק אם רצה הוא והיא לישא אותה מכניסה לביתו ובועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאשה, כיון שנתנה תורה נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אשה יקנה אותה תחלה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאשה שנאמר: כי יקח איש אשה ובא אליה.

בפשטות, כוונת הרמב"ם היא שהתורה חידשה והוסיפה את המעשה המשפטי והציבורי של הקידושין, אך הנישואין עצמם נשארו כשהיו. כך סבר גם המנחת אשר שהגדיר את הנישואין כ"מצב של אישות" (בראשית סימן י, ב):

> ויש לתמוה על כל סגנונו של הרמב"ם בהלכה זו, דמה עניין יש להזכיר מה שהיה קודם מתן תורה, וכי זה דרכו של הרמב"ם לספר תולדות ימי עולם, ומה לפנים ומה לאחור? אלא נראה דמה שהיה הוא שיהיה, וגדר הנישואין הוא מעין גדר אישות שהיה קודם מתן תורה, **דאין הנישואין קניין וחלות שעושה האדם, אלא "מצב של אישות"** שמקורו במה דכתיב בפרשת נדרים "ואם בית אישה נדרה", ובאמת כל קניין הבעל באשתו מכח האירוסין הם, אלא שיש דינים שאינם חלים בפועל אלא שהאישה כבר בבית אישה, והנישואין אינם קניין אלא השלמת האישות שנקנה באירוסין.

רמז נוסף להבנה זו בדברי הרמב"ם מופיע בסוף פרק ב', שם הרמב"ם מונה את המושגים שהוא ביאר בשני הפרקים הראשונים להלכות אישות ואינו מזכיר את הנישואין:

> נמצאו כל השמות שביארנו ענינם בשני פרקים אלו עשרים שמות, ואלו הן, קידושין, ערוה, שנייה, איסורי לאוין, איסורי עשה, קטנה, נערה, בוגרת, אילונית, גדולה, סימן התחתון, סימן העליון, קטן, סריס חמה, סריס אדם, גדול, אנדרוגינוס, טומטום, חרשים, פקחים. שים כל השמות האלו לעומתך תמיד ואל ילוזו מעיניך כל ענייניהם כדי שלא נהיה צריכין לבאר ענין כל שם מהן בכל מקום שנזכיר אותו.

נראה שהרמב"ם לא ראה צורך להבהיר את המושג נישואין, ומכאן שלא היה זה לדעתו מושג שהתחדש על ידי התורה, אלא זהו מצב של אישות שהיה עוד קודם מתן תורה. הנישואין אינם פעולה משפטית הזוקקת ביאור והגדרה אלא מציאות של חיים משותפים בין בני זוג, ומאחר שזוהי דרך כל הארץ אין מה לברר בהבנת גדריו הטבעיים של המושג הזה. נראה כי מאותה הסיבה, כפי שאמרנו לעיל, לא מצאנו גם בגמרא בירור של מושג הנישואין ודיון במקורו שכן פעולת הנישואין אינה פעולה הלכתית במובן המשפטי, אלא מציאות של בני זוג החיים יחדיו לאחר הקידושין, ומעמד הקשר משתנה ממילא מתוקף אותה המציאות שהתחדשה.

בדרך זו בהבנת הנישואין הלך בעל הקהילות יעקב (קידושין יט):

והנראה דקידושין הם קניין מצד הדין... אבל במציאות אכתי אינה ברשותו לנהוג בה כאיש ואשתו. והנישואין הם **עשיית המציאות שמעכשיו היא כבר במציאות אשתו**, ואזי חל עליה תורת ביתו זו אשתו... כמו יבמה דאין צריך כוונה לקניין משום שכבר זקוקה ועומדת, הכי נמי לקניין נישואין אין צריך כלל כוונת קניין כיון שכבר קנויה ועומדת לו... כל שהסכימו להיות כנוסה אצלו ועשו מעשים המועילים לשוויי כנוסה, כגון ביאה וחופה, שפיר נחשבת נשואה אע"פ שלא נתווכנו לשם חולת קניין אלא לשם כניסה במציאות.

הרב סולוביצ'יק האריך ופיתח יסוד זה:[15]

אירוסין ונישואין שני שלבים הם בתהליך חלות האישות. מבליטים הם שתי צורות נפרדות של הקשר העתיק הנוצר בין איש לאשה. יש הבדל מסוים בין שני שלבי הריאליזציה של התקשרות האישות. **אירוסין מושתתים על קניין** (כסף, שטר וכו'), והזיקה נקבעת ע"י פעולה צורנית, הלכית-חוקית. מושרשת היא בהחלטת-רצון חופשית ובדעת מקנה ומתחייבת. הזיקה היא קניינית-איסורית. עדיין היא אסורה על בעלה מדברי סופרים. ארוס וארוסה שתי חטיבות אקסיסטנציאליות הן. תחומי קיומם מסויגים הם עדיין, תחום תָחום בייחודו המיטאפיסי. האיש בהתבדלותו והאשה בהתבדלותה. הגבול המפריד בין שני קיומים לא נמחה. במשמעות פסיכית-חווייתית עדיין זרים הם. הזיקה היא חיצונית, צורנית. ההטעמה הורכבה על הצד ההלכי הטכני.
בנישואין אופק האישות מתרחב ומתעמק. הריאליזציה של הנישואין באה על-ידי ייחוד-חופה. ר' חיים היה סבור, שנישואין אינם זקוקים לא לדעת מקנה וגם לא לעדות לשם קיום הדבר. רק כוונה נחוצה. **אין פעולת נישואין מסוימת קיימת כלל. ההישג בא מאליו.** אין מעשה קניין כרוך בנישואין ואין חלותם זהה עם הבחינה הצורנית ההלכית של מערכת האישות. מהי מהותו של ייחוד חופה? הארוס והארוסה כורכים את חייהם בקיום אחיד. גורליהם מתמזגים, ייעודיהם מתלכדים, ומן הייחוד נולדת היחדות האמתית. יש בייחוד-חופה מן הסמליות של שיתוף ניסיונות, הרפתקאות ואתגרים של כריתת ברית מיטאפיסית, אקסיסטנציאלית... הרגשות הנובעים מאפיק אחד מנשלים את האחרות הפרסונאלית של שני היחידים הזרים שנתקשרו בקשר אמיץ תוכני ועצמי.

להלן נבחן מספר סוגיות הלכתיות שיכולות להתבאר לאור תפיסה זו של הנישואין כשיקוף של מצב טבעי של חיים משותפים.

15. במאמר "מה דודך מדוד", בתוך דברי הגות והערכה עמוד 72. יסוד דבריו בשיטת רב ניסים גאון בסוגיית קידושי ביאה.

חופה קידושין עושה – באיזה אופן?

את היחס בין הקידושין לחופה ניתן לבחון דרך סוגיית הגמרא (קידושין ה, א) הדנה בשאלה אם חופה יכולה לתפקד כמעשה הקידושין. רב הונא רוצה ללמוד שחופה תועיל מק"ו, שכן בניגוד לדרכי הקידושין היא מאכילה את האשה בתרומה וגומרת את הקשר בין האיש לאשה. הגמרא פורכת את שני הלימודים, ולבסוף רב הונא רוצה ללמוד שחופה תקנה מהצד השווה:

> הצד השוה שבהן – שקונין בעלמא וקונין כאן, אף אני אביא חופה – שקונה בעלמא (רש"י: שגומרת ליורשה ולהפרת נדריה) וקונה כאן! מה להצד השוה שבהן – שכן ישנן בע"כ! ורב הונא? כסף מיהא באישות לא אשכחן בע"כ. אמר רבא, שתי תשובות בדבר: חדא, דשלש תנן וד' לא תנן; ועוד, כלום חופה גומרת אלא ע"י קידושין, וכי גמרי' חופה שלא ע"י קידושין מחופה שע"י קידושין?

כאמור לעיל, זוהי ההתייחסות המפורשת הראשונה לדין החופה. אמנם הגמרא מעלה את האפשרות שהחופה 'תקנה', אך לעומת כסף שטר וביאה שיכולים להתחבר במחשבתנו לדרכי קניין מוכרות,[16] לא ברור איזה מין קניין הוא קניין החופה. כמו כן, נשאלת השאלה מה היחס בין קניין חופה ובין קניין ביאה, והרי לכאורה בשניהם יש התייחדות בבית בפני עדים.[17] נראה ברור שרב הונא לא התכוון שחופה תפעל כמו ביאה, כי אז היה לומד אותה מביאה ולא מנסה ללמוד אותה מכסף ושטר. לאור זה יש לומר שרב הונא באמת לא תפס את החופה כדגם של ביאה בפני עדים, אלא כמושג רחב יותר של הכנסה לביתו.

בשביל לברר שאלות אלו נעזר במחלוקת הראשונים שדנו לפי ההוא אמינא שהחופה עושה קידושין, האם אח"כ צריך נישואין או שמא הקידושין והנישואין באים כאחד בעת עריכת החופה.

תוספות בסוגיה רצו ללמוד בק"ו שכסף יוכל לגמור את הנישואין כמו חופה. הם למדו זאת מן העובדה שחופה אינה קונה לעניין קידושין אך גומרת את הנישואין, ואם כן, כסף שקונה לעניין קידושין יוכל לגמור את הנישואין מכל שכן:

> וא"ת לדידן דאמר דחופה אינה קונה נימא דכסף גומר אחר כסף מק"ו דחופה מה חופה שאינה קונה גומרת כסף שקונה אינו דין שיגמור וי"ל דלא מצי לאוכוחי שיגמור אלא אחר כסף כחופה ומאי אולמיה האי כסף מהאי כסף.

16. לדוגמא, קרקע נקנית בכסף שטר וחזקה (קידושין א, ה).
17. נראה לקמן כי בנישואין לא ברור שצריך עדים, אבל בשביל קניין הקידושין ודאי שנצריך זאת.

תוספות דוחים את האפשרות שכסף יחיל את הקידושין, ואח"כ שוב יגמור את הנישואין, שכן אין כל הבדל בין שני הקניינים, וקשה לומר שיפעלו פעולות שונות - 'ומאי אולמיה האי כסף מהאי כסף'. לענייננו עולה מדברי תוספות שהם סברו כי הגמרא מראש העלתה רק את האפשרות שהחופה תחיל את הקידושין ולא את הנישואין.

בדרך זו הלך גם בתוספות ר"י הזקן שסבר כי ההתלבטות של הגמרא היא האם חופה עושה קידושין בלבד:

> חופה קונה - **קניין כאירוסין** אם מסרה לחופה לשם קידושין.

לעומת זאת, מדברי המהרש"א שתירץ את קושיית תוספות הנ"ל, ברור שהוא הבין כי הגמרא העלתה את האפשרות שהחופה תגמור את הקידושין והנישואין כאחד, וממילא אין להשוות אליה את קניין כסף ולומר שיכונן בתחילה את הקידושין ואח"כ שוב את הנישואין:

> ונראה די"ל כיון דכסף ושטר שוין הן בתחלת הקנין כמו דנימא מאי אולמיה האי כסף מהאי כסף נימא נמי מאי אולמיה האי שטר מהאי כסף, **אבל בחופה דקאמר שתקנה היינו שגומרת אף בתחלה.** ותדע דכן הוא דאל"כ לרב הונא מאי אולמיה האי חופה מהאי חופה.

כשיטה זו נראה גם מדברי רש"י שסבר כי ההוא אמינא היא שתהיה חופה בלי אירוסין ואין צורך לאחר מכן בנישואין:

> אף אני אביא חופה שקונה בעלמא - שגומרת ליורשה ולהפרת נדריה **יקנה נמי כאן בלא אירוסין.**

תוספות הרא"ש (קידושין ה, א) מעלה את שני הפירושים. לדעתו אם אכן רב הונא התכוון שחופה תקנה רק כקידושין, בתור שלב מקדים לנישואין, את הנישואין עצמם תחיל הביאה שלאחר החופה:

> חופה שמאכלת בתרומה אינו דין שתקנה. וכיון שהיא קונה גם היא גומרת דמאי אולמיה דחופה שאח"כ להיות גומרת טפי מחופה זו, או שמא לרב הונא חופה קונה וביאה שאח"כ גומרת.

היש"ש (קידושין א, ב) נוקט גם הוא שחופה אחת אינה יכולה לגמור הכל כאחת, ועל כן מציע שלפי ההווא אמינא יש לעשות חופה פעמיים:

> חופה בלא כסף אינו אלא קונה, וצריכים נישואין אחרים. ואין להקשות מה יועיל חופה אחרת, מה אולמי דהך מהאי, כמ"ש בתוספות (ד"ה חופה) על כסף אחר כסף וה"ה כסף אחר שטר, היינו משום שדין כסף ושטר אין דינו אלא

שיקנה, ולא שיגמור, אבל חופה שדינו שגומר, אלא שחופה בלא כסף אין גומר מכח דיו, א"כ חופה שנייה גומר שפיר כדינו לרב הונא.

פירושי התוספות, הרא"ש והיש"ש משתלבים עם שיטת התוספות שראינו לעיל לפיה החופה היא טקס פורמלי,[18] ועל כן ניתן להפריד בינה ובין הייחוד. רק לפי גישה זו ניתן להבין שההו"א בגמרא היא שהחופה תהווה את קניין הקידושין ולאחריה יהיו נישואין בייחוד.

בשיעורי ר' שמואל (קידושין אות סח) שאל ע"פ שיטת הרא"ש שאם אכן רב הונא התכוון שתהיה ביאה לאחר החופה, מאי אולמיה דאותה ביאה מכסף ושטר שברור לתוספות שאינם גומרים לאחר החופה. ר' שמואל עונה שביאה אכן לא תתפקד בעניין זה כמעשה קניין כמו כסף ושטר, אלא כסוג אחר של 'קירוב אישות'. בספר בית לחם יהודה (קידושין קעא) פיתח כיוון זה עד כדי לומר שחופה היא 'מעשה קניין לנישואין' לעומת ביאה שבהקשר הזה מתפרשת כ'ניהוג אישות'. דברי האחרונים מהווים הקצנה של ההפרדה שבתוך מעשה הנישואין. חופה שאין בה שום מעשה ברור הופכת להיות המעשה קנייני, ומופרד ממנה לגמרי מימד ההתייחדות שהוא ניהוג אישות בפועל.[19]

אמנם אם נבין שחופה אינה מעשה אלא מציאות ויצירת מצב של אישות, מתחייב לומר כשיטת רש"י שרב הונא סבר שהחופה תעשה את הקידושין והנישואין ביחד, שהרי לא ניתן ליצור את אותה מציאות שוב לאחר שהיא כבר נוצרה, ולא ניתן כלל לחלק בין שתי החופות. מצב הנישואים הוא עובדה קיימת - לאחר שהוא התרחש במציאות אי אפשר להחיל אותו באופן מלאכותי שוב.

אמנם, יש קושי גדול בהבנה זו, שנראה שעמד לעיני בעלי התוספות שהוזכרו לעיל. אם נכונים הם דברי רש"י שרב הונא מתכוון שבחופה אחת יגמרו הקידושין והנישואין

18. תפיסה שלא מסבירה עדיין איך היא מהווה קניין.

19. ברקע דיון זה של האחרונים עומדת בעיה עקרונית. אם אכן יש כאן שתי פעולות משפטיות אחת אחרי השניה, מה מוסיפה פעולת הנישואין על האירוסין. כדי ליצור שני שלבים שונים והתקדמות באופי הקשר בין שני הצדדים, צריך שהפעולה השניה תהיה בעלת אופי איכותי שונה. הקה"י (קידושין יט) ניסח זאת כך: "עניין קניין נישואין צריך ביאור, הלא כבר קנאה ומה חוזר וקונה בה עוד". קושי נוסף הוא בכך שתוספות כאמור אינם מסתפקים בכך שנאמר שבקניין הראשון בני הזוג מתכוונים למעמד אישותי אחד ובפעולה השניה לאחר, כפי שהוא שאל "מאי אולמיה האי כסף מהאי כסף", וצריך משהו במעשה הקניין שיצור שינוי. אמנם ניתן לדחוק שאם נתפוס את החופה כמעשה קניין מסוג מסויים, יש בה אולי כדי לרמוז על קשר יותר חזק בין בני הזוג. אך כאמור, ע"פ הרא"ש והיש"ש היתה הו"א שהחופה תהווה בכלל את הקידושין. לפי ההסבר שרואה את החופה כתחילת חייהם המשותפים ולא כמעשה משפטי, ברור שהוא שונה באופיו לחלוטין מן הקידושין, ומובן מדוע תוצאותיו שונות מהקידושין והן מקדמות את הקשר למישורים נוספים.

כאחד, הרי בכך הוא שומט את כל חידושה של התורה שהצריכה שיהיו קידושין המקדימים את הנישואין.

יתכן שצריך להסביר את רב הונא מעין הבעיא של הגמרא לקמן (דף י, א) האם קידושי ביאה עושים קידושין או נישואין, והכוונה היא שהחופה תחיל כאן את **הקידושין** כפעולת קניין, ולא את הנישואין[20] - אך במצב שיווצר לאחר שהכניס לביתו והתייחד עימה, יחולו **הנישואין ממילא**, שהרי אין בהם צורך במעשה ספציפי והם כבר חיים כזוג, ולכן הם יחשבו כנשואים מאותו רגע ואילך.[21]

עדות ותנאים בנישואין

דיונים נוספים הנגזרים מאופן תפיסת הנישואין הם האם צריך עדים על הנישואין, והאם ניתן להתנות בהם תנאים. מאחר שבדרך כלל על פעולות משפטיות, בודאי בתחומי אישות, אנו זקוקים לעדות, יש בשאלה זו כדי להעיד אם הנישואין הם פעולה משפטית או לא.

תוספות ר"י הזקן נקט בפשטות שהנישואין צריכים עדים (קידושין י, ב):

> חופה היא שמייחדים שניהם בפני רבים בבית אחד לבדם **ועדים רואין הייחוד**.

האבני מילואים כתב כן מסברא, שהרי דינה של נשואה שונה משל מקודשת, ואין דבר שבערווה פחות משניים (ל"ח, יז):

> ונראה לפי מה שכתבתי בסי' נ"ה **דנשואין צריך עדים**, וכשם שהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין משום דילפינן דבר דבר מממון, הכא נמי נשואין הוי ליה דבר שבערוה דכל עניני אישות צריך עדים, ולכמה דברים נשואה שאני מארוסה דארוסה בסקילה ונשואה בחנק.

האבני נזר חולק וסובר שהנישואין יחולו גם בלא עדים, ודין אין דבר שבערווה פחות משניים לא מתייחס לכל דין שמתחדש באשה, אלא רק במה שנוגע להיתרה לבעלה לעומת איסורה לעלמא, וזה נעשה כבר באירוסין (אבה"ע שצ"ה, ג):

> והנה נ"ל ברור **דחופה אחר הקידושין לא בעי עדים**, ולא דמי לקידושין דאפי' שניהם מודים לא מהני, דחופה לא הוי דבר שבערוה מצד מה שנאסרת להעולם דכבר נאסרת משעת אירוסין, ומצד מה שניתרת לבעלה לא הוי חב לאחרים, ומה שנעשית אשתו ליורשה ולטמא לה לא הוי דבר שבערוה. ותדע דלא

20. אמנם רש"י נקט שהחופה תקנה "בלא אירוסין", אך ניתן לומר שכוונתו היא שהחופה לבדה תגמור הכל בלא אחד מדרכי הקידושין המקובלות.
21. ראה לקמן שזו נראית סברת הפוסקים שניתן להקדים את הנישואין לקידושין, ושהם יחולו ממילא בשעה שהבעל יקדש את האשה.

משתמיט אחד מהפוסקים לומר דחופה צריך עדים, וכן מעשים בכל יום שאין מייחדין עדים לחופת אלמנה דהיינו יחוד.

גם ערוך השולחן (נ"ה, ה) כתב שאפשר שאין צריך עדים לייחוד הנישואין, ו"כיון שגלוי לכל הוה כעדים". ברור שאין כוונתו של ערוה"ש לעודת משפטית במובנה הרגיל, שכן לא מצינו עדות כזו בעלמא, ונראה שלדעת ואין צורך בעדות מיוחדת על מעשה הנישואין, ועצם העובדה שהוא מתייחד עימה והדבר ניכר לכל מספיקה כדי להחיל את הנישואין. אם אכן נכונה העמדה שהצגנו לעיל, ואין בכלל מעשה נישואין מסויים, מובנים דברי האבנ"ז שלא מצאנו בין הראשונים מי שיצריך עדות לחופה, שהרי אין מעשה מסויים שניתן להעיד עליו, ומראש ניתן לדבר רק על כך שהמציאות 'גלויה לכל'.

האור שמח (אישות י', ב) מסתפק גם הוא בשאלת העדות בנישואין וקושר את הדברים לשאלה האם תנאי מועיל בנישואין. מבחינה עקרונית שאלה זו מקבילה לדיון על הצורך בעדות. ההבנה הפשוטה היא שהאפשרות ליצור תנאי במעשה תהיה רק במעשה משפטי שבני אדם הסכימו עליו, והמעורבים במעשה המשפטי הקונקרטי החליטו לעצב אותו על בסיס המעשה המקובל עם תוספות או סייגים משלהם. במעשה מציאותי לא שייך לומר שיחולו תנאים, שהרי אף אדם לא יאמר "אני כורת ענף זה על מנת שאהיה עשיר", שהרי הענף כרות ועומד בין אם יתקיים התנאי או לא. בניגוד למעשה משפטי, על המציאות אי אפשר לבצע מניפולציות - היא פשוט קיימת. ממילא, אם אכן נתפוס את הנישואין כעניין מציאותי ולא כמעשה משפטי, לא יהיה שייך להתנות בהם תנאי.

האור שמח רוצה לפשוט את שאלת התנאי על פי הכלל שניתן לעשות תנאי רק בדבר שניתן לעשותו על ידי שליח, ונישואין הרי לא ניתן לעשות על ידי שליח. דברים אלו הם ניסוח הלכתי להסבר שלנו באפשרות ליצור תנאי. העובדה שלא ניתן לעשות שליח בנישואין נגזרת מכך שאין זה מעשה קניין משפטי, ואדם אחר לא יוכל להכניס את האישה לבית הבעל למענו (גם בלא בעיית הביאה שאינה מחוייבת בפועל), אלא זה מעשה שמבטא מצב של תחילת חיים משותפים שחייבים להיות מעורבים בו הבעל והאשה עצמם.

חופה לפני קידושין

סוגיה נוספת דרכה ניתן לבחון את שאלת אופיה של החופה היא במקרה שהקדימו את החופה לקידושין. לכאורה, הסברה נותנת שלא תהיה אפשרות להקדים את החופה והנישואין לקידושין, שהרי התורה חידשה את הקידושין והצריכה שהנישואין יבנו על גביהם. בכל זאת מצאנו דיון בעניין זה בדברי הראשונים.

המרדכי דן בשאלה המפורסמת על לשון ברכת הקידושין שם מקדימים לציין את החופה לפני הקידושין (כתובות קלב):

> 'מקדש עמו ישראל ע"י חופה וקדושין', משום דזימנין מקדש בשעת ברכת הנשואין **ואז הכנסת חופה קודמת לקידושין** כי הכנסת החופה היא שמוסרה בשחרית לחתן קודם הברכה.

המרדכי לא נמנע מלומר שיש מצבים בהם הנישואין מקדימים את החופה, ומדבריו נראה שאין בכך שום פסול.

כך מצאנו גם בהגהות מרדכי שמביא תשובת רש"י לשאלה על קידושין שהתבררו כפסולים מפאת פסול בעדים או שקידש בדבר שהתברר שאינו שווה פרוטה (קידושין תקמו):

> אע"פ שצריך לקדש פעם אחרת, **אין צריך לא כניסת חופה ולא ברכה אחרת של אירוסין ונישואין**, ואע"פ שצריך לקדש פעם אחרת **ונמצא חופה קודם קידושין – מה בכך**, הרי קטנה שהשיאוה אחיה ואימה אין הקידושין קידושין עד שיגדלו ויבעלו.

המשנה למלך הסתפק גם הוא בספק זה, ואמנם הוא מביא מבעל המשאת בנימין (סימן צ') שלמד מדברי חלק מן הראשונים שחופה קודם קידושין אינה כלום, אך הוא עצמו מוכיח מדברי הרמב"ן שיש חופה לפני קידושין. הרמב"ן דן בסוגיית הגמ' הדנה אם תחילת ביאה קונה או סוף ביאה. אחת הנ"מ של הגמ' היא האם מותר לכהן גדול לקדש בביאה, וכפי שהסביר רש"י:

> אי נמי לכהן גדול – אם מותר לקדש בביאה אי אמרת תחילת ביאה קונה מותר ואם סוף ביאה קונה נמצאת בעולה משעת העראה שלא לשם קדושין ואסירה ליה דכתיב (ויקרא כא) בתולה מעמיו יקח.

הרמב"ן מקשה: גם אם נאמר שתחילת ביאה קונה, עדיין הרי איסור בעולה לכהן גדול הוא רק מן הנישואין, ואפילו אם תחילת ביאה קונה יוצא שאותו כהן לא נושא בתולה, אלא את 'בעולת עצמו'. לכן הוא נאלץ לתרץ שמדובר במקרה שהנישואין קדמו לאירוסין, והמשנה מלך לומד מדבריו שחופה לפני הקידושין מועילה (אישות י', ב):

> ותירץ דמיירי **בשכנסה לחופה בלא קידושין, וקדשה בביאה** דכיון שקנאה בביאה נעשית כאשתו לכל דבר והיא נשואה גמורה בתחילת ביאה. שמעי' מינה

דחופה הקודמת לקידושין מהני.[22] ועיין בתשובת משאת בנימין סימן צ׳ שכתב דחופה דקודם קידושין לא קנה כלום וכו׳.

אכן, לפי תפיסת הנישואין כמעשה משפטי, קשה להבין איך הם יכולים לחול קודם הקידושין, שהרי כל קומה בנויה על חברתה.[23] לעומת זאת, על פי התפיסה שנישואין הם עצם החיים יחדיו, בפועל לא ניתן להתכחש לכך שהם חיים יחד כבעל ואשה, מאחר שזוהי המציאות. אמנם העובדה שבני זוג חיים יחדיו בפועל לא תהפוך אותם לנשואים קודם שהאיש קידש את האישה, שהרי התורה חידשה שחובה לקדש את האישה, אך בכל זאת מרגע שקידש את האשה אין לו עוד צורך במעשה נישואין נוסף, אלא הם יחולו מיד וממילא מכח העובדה שהם חיים כבר כנשואים.[24]

22. בשער המלך (קונטרס חופת סעיף ח) תירץ לשיטת המשאת בנימין שמאחר ומדובר בקידושי ביאה, יתכן שאמנם לא היתה כל משמעות לחופה שקודם הקידושין, אך ביאת הקידושין מחילה את הקידושין והנישואין כאחד. בהמשך המאמר נבאר איך יתכן שלמעשה משפטי אחד יכולות להיות שתי חלויות שונות.

23. המנח״א (קידושין כב) מסביר שהנישואין אינם עומדים לעצמם, אלא מציאות הנישואין היא ״תנאי בחלות הקידושין״, שעד שאינה נכנסת לבית אישה אין הקידושין שלמים. ממילא ברור שאין זה משנה מתי הנישואין התרחשו. דרך זו קשה בסברה לענ״ד בכך שהיא הופכת את הקידושין להיות במרכז ואת הנישואין להיות תנאי, בעוד שנראה כי עיקר הקשר מיוסד על הנישואין, והקידושין הם תנאי מקדים שחידשה והוסיפה התורה.
בכיוון אחר, הקרוב לדברינו, מסביר ר׳ אשר שהכוונה היא שחופה יוצרת ״מצב של אישות״, כמו אצל בנ״נ, אלא שמדין תורה אין זה מספיק, ולא חלים עליהם כל הדינים של נשואים אלא רק משתתקדש. לכן בשעה שמקדשה חלים ממילא כל הדינים שלהם כנשואים.

24. בדרך זו הלך הקה״י (קידושין יט) שכתב: ״אפילו את״ל שאין חופה מועלת אלא דוקא אחר קידושין, מ״מ תכף ומיד רגע אחר חלות הקידושין חל שפיר הנישואין קודם שהשיר את הבתולים״.
אולי לזה התכוון גם ערוה״ש שמסביר איך אנו עושים מעשים המזוהים עם הנישואין קודם שהאשה התקדשה (נ״ה, י): ״וי״א דהחופה הוא מה שמוסרין אותה לחתן קודם הברכה. ושני דיעות אלו אין כוונתם שמיד שמשימין עליה ההינומא נחשבת כנשואה, או מיד שמוסרין אותה להחתן, אלא הכוונה הוא כפי מנהגינו שמושיבין הכלה ומקלעין שערותיה ומזמרין לפניה בכלי זמר והחתן בא ומכסה פניה בסודר ומשם הולכין להחופה דזהו ההינומא והמסירה לחתן, ואצלינו פשיטא דאינה כנשואה, שהרי עדיין לא קידשה ואין נשואין קודם אירוסין, אלא **דזהו התחלת הנשואין ונגמרו אחר הקדושין** והברכות וגם דיעות אלו אין כוונתם אלא שזהו התחלת וסדר הנשואין״. לפי ערוה״ש הנישואין יכולים להיות ״מצב״ מתמשך, המתחיל קודם לקידושין ומסתיים וחל יחד עימם.

חופת נידה

אחת הסוגיות בה נגענו לעיל בפסיקת הרמב"ם המושפעת מן הגדרת הנישואין היא סוגיית חופת הנידה. מקור הדיון בעניין זה נמצא בסוגיה בכתובות (נו, א):

> בעי רבין: נכנסה לחופה ולא נבעלה, מהו? חיבת חופה קונה, או חיבת ביאה קונה?... בעי רב אשי: נכנסה לחופה ופירסה נידה, מהו? אם תימצי לומר חיבת חופה קונה – חופה דחזיא לביאה, אבל חופה דלא חזיא לביאה לא, או דלמא לא שנא? תיקו.

לאור נטיית הגמרא לומר שחיבת חופה קונה ואין צורך בביאה בפועל, פסקו כל הראשונים שהנישואין חלים גם ללא ביאה. אך לאור התיקו בגמרא, הם נחלקו האם גם בחופה שאין בה כלל אפשרות לביאה יחולו הנישואין.

הרי"ף קבע בעקבות התיקו בגמרא שחופת נידה אינה קונה (כתובות כב, ב):

> בעי רב אשי נכנסה לחופה ופירסה נדה מהו אם תמצא לומר חיבת חופה קונה חופה דחזיא לביאה אין חופה דלא חזיא לביאה לא או דילמא לא שנא תיקו הילכך אין קונה.

הר"ן[25] הבין שכל מה שנסתפקו בגמרא הוא רק לעניין תוספת כתובה שאותה קונה חיבת ביאה, וכך הוא פירש את הרי"ף, אך הנישואין חלו למרות אי היתכנותה של הביאה. לעומת זאת, הרמב"ם (אישות י', ב) סבר, כי "לא גמרו הנישואין", ונחלקו האחרונים בגדר מי שנישאה כשהיא נידה. החזו"א (נשים ס"ג, כא) כתב שלדעת הרמב"ם צריכה חופה מחודשת. לשיטתו קשים דברי הרמב"ם (שם הלכה ו) שכתב, "ולא תנשא נדה עד שתטהר, ואין מברכין לה ברכת חתנים עד שתטהר, **ואם עבר ונשא וברך אינו חוזר ומברך**", משמע שיש לנישואין בשעה שהיא נידה משמעות. כן כתב למשל בשו"ת דברי חיים (אבה"ע ח"א, סה) שגם לדעת הרמב"ם אין להצריכה חופה נוספת.

המנחת אשר (קידושין כב) מסביר ע"פ שיטתו שהנישואין הם תנאי בחלות הקידושין,[26] ו"לא גמרו הנישואין" כי לא הושלם התנאי, ומשתתטהר הוא יושלם ואין צורך בברכת חתנים מחודשת.

נראה כי על פי הדרך שבה הסברנו את הבנת הרמב"ם בגדר הנישואין, ניתן להסביר את גדר הרמב"ם באופן ברור.[27] אם אכן היו הנישואין מעשה חד פעמי של הכנסה לביתו, הרי מכיון שאין כאן אפשרות לביאה צריך יהיה להכריע באותה נקודת זמן אם

25. וכן כתב גם הרא"ש (כתובות ה', ו).
26. ראה לעיל הערה 23 מה שכתבנו בזה.
27. דברים קרובים לאלו כתב גם המנחת אשר עצמו (שם).

הנישואין חלו או לא. אך מאחר שגדר הנישואין לדעת הרמב"ם הוא תחילת חייהם המשותפים של בני הזוג בפועל ולא מעשה מוגדר וחד פעמי המטרים אותם, לא ניתן להתכחש לכך שגם בחופת נידה היתה הכנסה לבית הבעל ותחילת חיים משותפים. אמנם, בגלל שאין כאן אפשרות לביאה, הסימן המובהק לדעת הרמב"ם לחיים משותפים מלאים, לא הושלם התהליך עדיין ו"לא גמרו הנישואין",[28] אך משתטהר יושלם ממילא תהליך ההכנסה לביתו והם יחיו חיים מלאים של זוג נשוי, ואין צורך בדבר נוסף.[29]

אופי איסור בני הזוג קודם נישואין

הביטוי הראשוני והמובהק ביותר לפעולת הנישואין הוא לכאורה היתר הביאה. אך יש מקום לעיין מהו תוקף איסור אישה לבעלה קודם הנישואין. כמו כן, לא ברור באיזה אופן הנישואין מתירים ביאה זו, שהרי לכאורה נוצר כאן מצב פרדוקסלי בו הם אסורים אחד על השני עד שהם יעשו את את אותו מעשה האסור עליהם. הגדרת האיסור יכולה ללמד אותנו רבות על אופי האירוסין והמעבר ביניהם לנישואין - עד כמה בני הזוג כבר קשורים זה בזה באירוסיהם, ומה משתנה באופי הקשר בשעת הנישואין.

28. מבחינה הלכתית משמעות הדבר היא שמאחר והאשה יצאה מגדר ארוסה, אך לכלל נשואה לגמרי לא הגיעה, הרי היא רק "כארוסה" לחומרא, ולמשל אם תמות אחיה הכהן לא יטמא לה כדין אחותו ארוסה. בגלל המצב ההלכתי המסופק הזה מורה הרמב"ם בהלכה שלכתחילה "לא תנשא נדה עד שתטהר", אך אם נישאה תצא מכלל ארוסה אלא ש"לא גמרו נישואיה" (ראה בזה יד פשוטה שם).

29. כאמור לעיל, הרמב"ן הקשה על הרמב"ם איך יתכן שיש חופה לפסולות ואין חופה לנידה. הלח"מ מתרץ קושיה זו בסברה: "ונראה לי לתרץ **דהכל הולך בתר הכוונה** דכונס לחופה אם כונס לבא עליה אחר אותה חופה אעפ"י שהיא ביאה פסולה הרי קנאה ומשום הכי אמרינן התם דיש חופה לפסולות כלומר כשנשא אחת מחייבי לאוין וכנסה לחופה כיון דדעתו לבא עליה תיכף אחרי החופה אעפ"י שלא בא עליה קנאה דהא חזינן דנשאה, אבל כשכנסה נדה אין דעתו לבוא עליה אלא אחר שתטהר דודאי לאו אדעתיה למיעבד איסורא אלא לבא עליה אחר שתטהר ולא קנאה. וסעד לדבר זה שהכל הולך בתר כוונתו מצאתי בדברי ר"י הובא בבית יוסף ז"ל שכתב שאם דעתו שהיתה טהורה ונמצאת טמאה הרי היתה החופה בטעות ולא קנאה".

כלומר, מאחר שאצל פסולות לא תהיה לעולם אפשרות לביאה מותרת, ממילא אין צורך לחכות לביאה בפועל ועצם ההכנסה כבר קונה. לעומת זאת בחופת נידה, ודאי שבני הזוג ימתינו להסרת האיסור הזמני ולכן גם בתודעתם אין כאן עדיין חיבור שלם.

שוב אנו רואים שהנישואין אינם נגמרים ע"י מעשה מסויים אלא קשורים בפרשנות שלנו או של בני הזוג לשאלה אם נוצר כאן כבר קשר שלם ומשמעותי.

במקור האיסור ומעמדו נחלקו הראשונים. רש"י (כתובות ז, ב "ואסר לנו") והרמב"ם (אישות י', א-ב) סוברים שזהו איסור מדרבנן. רש"י כותב שחז"ל עיצבו את האיסור כאופיו של איסור ייחוד עם פנויה:[30]

> ואסר לנו את הארוסות - מדרבנן שגזרו על הייחוד של פנויה, ואף ארוסה לא התירו עד שתיכנס לחופה ובברכה.

הרא"ה חולק על עמדה זו וסובר כי איסור הבעל בארוסתו הוא איסור דאורייתא. הרא"ה מגדיר את הארוס כאדם זר לגבי הארוסה בכל הנוגע לביאה, והיא כביכול אסורה עליו כאשת איש אחר (שטמ"ק כתובות ז, ב):[31]

> ואסר לנו את הארוסות וכו'... וכיון דבעיא מסירה לחופה ש"מ דלא קניא לה לגמרי הילכך **הויא לה כארוסת אחר לגביה ואסירא ליה כדין אשת איש**.

כפי שציינו, ניתן ללמוד ממחלוקת זו רבות על תפיסת האירוסין והנישואין. בעוד שלשיטת רש"י והרמב"ם האירוסין מייסדים את הקשר בין בני הזוג בצורה שלמה, ואיסור הביאה עד לנישואין הוא לא בגלל חסרון בקשר עצמו אלא מגזרת חכמים, לדעת הרא"ה עד הנישואין הקשר בין בני הזוג אינו שלם, והאירוסין שונים באופן מהותי מן הנישואין.[32]

אמנם, ע"פ דעת הרא"ה הסובר כי מעשה האירוסין אינו מתיר מן התורה את הביאה, יוצא כי האירוסין יצרו קשר חלקי בלבד בין בני הזוג, וצריך לראות את הנישואין כמעשה משפטי המתיר את הביאה.[33] אך על פי ההבנה שהעלנו לעיל שהנישואין אינם מעשה משפטי מוגדר, ניתן לומר כשיטת רוב הראשונים שארוסתו של אדם אינה אסורה לו באיסור גמור מהתורה, וכבר בקידושין היא נקשרה בו בקשר גמור. לפי זה, עקרונית הקידושין הם שהתירו כבר את האפשרות של ביאה, אלא שחכמים גזרו על הביאה כי לא רצו שבני הזוג יחיו חיי אישות בלא שהם חיים יחדיו (מעין איסור פנויה שמזכיר רש"י) שהרי הקשר חסר עדיין את המימד הממשי של ההכנסה

30. הרי"ד (פסקי הרי"ד כתובות ז, ב) סבור כי היתר הביאה תלוי בחובה לברך שבע ברכות, שהוא גורם נפרד מן הנישואין, ומהווה "מתיר" לביאה.
31. הרשב"א (כתובות ז. ד"ה ואסר) הביא גם מן הראב"ד שמאחר שדין חופה הוא דאו', ממילא גם איסור ביאה קודם החופה הוא דאו'. הרשב"א עצמו דוחה שחופה היא ודאי דאו' לענייניים שמנינו לעיל, אך לא לעניין איסור ביאה קודם החופה, והאיסור בזה הוא רק דרבנן.
32. בדעת הרי"ד יש מקום להתלבט אם זהו דין בתקפות הנישואין או בדיני שבע הברכות.
33. בדרך זו נשאר עם הקושיה שהעלנו לעיל, איך יתכן שמעשה ההתייחדות עם ארוסתו יתיר את אותה ההתייחדות עצמה שנאסרה עליו עד אותו הרגע.

לבית. פעולת הנישואין וההכנסה לחופה משלימים את המימד הזה במציאות, וממילא האישה ניתרת לבעלה.[34]

הרקע למעשה הנישואין

למרות העיגון שמצאנו לשיטתנו בביאור אופיו של מעשה החופה, ניתן להעלות שני קשיים בשיטה זו, קשיים שההתמודדות עימן יכולה לחדד ולהעמיק את הבנתנו בעניין הנישואין.

חופה בעל כורחה

מהגמרא בקידושין (ה, ב) עולה כי לעומת שלושת דרכי הקידושין שמצאנו שהם פועלים במציאויות שונות בעל כורחה של האישה,[35] חופה לעולם היא ברצונה בלבד.[36] ולכאורה הלכה זו פחות ברורה ע"פ שיטתנו: הרי אם הנישואין חלים מתוך המציאות של החיים יחדיו ומצב של אישות ואין כאן פעולה משפטית, מדוע צריך את רצון האשה?[37]

נראה שיש להסביר כי הנישואין אינם תיאור של מצב פיזי בלבד. העובדה שהבעל כבר התייחד עם האשה בעל כורחה אינה מספיקה כדי להגדיר זאת כמצב של אישות. נראה יותר שההכנסה לבית אמורה לבטא נטילת אחריות של הבעל וחיים משותפים ברצון הדדי, ולא מצב של אדנות ואונס, מעין דברי הרמב"ם בתחילת אישות שהבאנו לעיל על המציאות קודם מתן תורה שנראה שממשיכה בנישואין גם בימינו, "רצה הוא והיא לישא אותה מכניסה לביתו". המושג כפייה מנוגד במהותו לחיים משותפים, ולכן אם הכניסה לביתו בעל כרחה לא עשה דבר.

34. אמנם כפי שכתבנו בתחילת המאמר, נשואה נתייחדה מארוסה בדינים נוספים כירושה, טומאה והפרת נדרים, אך המעיין בסוגיית "מסרה האב לשלוחי הבעל" (כתובות מח, ב) יבחין כי דינים אלו אינם חלים מכח הנישואין, אלא מכח היות האשה תחת ידי בעלה, ואם יווצר מצב שהיא תנשא לו בלי להכנס לרשותו, לא יחולו דינים אלו. לגבי חלות דין חנק על הנשואה נאמר גם כן בקצרה על סמך הסוגיה שם, שאין כאן חידוש מכח חלות הנישואין, והחידוש הוא שהארוסה מפאת חומרתה נהרגת בסקילה, ובנשואה "חוזר" הדין לחנק. והדברים ארוכים, ואכמ"ל.

35. רש"י – שקונה בעלמא ביאה ביבמה, ושטר בגירושין, וכסף באמה העבריה.

36. ראה שכך מוכח שסברו תוס בקידושין (ה, ב ד"ה כסף) ובכתובות (ב, א ד"ה נשאת).

37. דין שלכאורה מקביל באופיו לדין היבמה הוא דין יבמה שאם בא עליה בעל כורחה היא נעשית אשתו. אמנם ניתן לחלק שהקשר בין היבם ליבימתו כבר שלם והיא נחשבת כבר כחלק מביתו, וחסר רק את החותם האישותי, מה שאין כן באישה מקודשת שחסרה הכנסה לבית. אך עדיין צריך להבין מדוע לא יחולו הנישואין מעצם החיים יחדיו.

ביאה לשם נישואין

שאלה נוספת היא, שאם נכונים הם הדברים שאין כאן פעולה משפטית אלא סיטואציה מציאותית של זוג נשוי, מדוע הרמב"ם כותב שצריך שיבוא עליה לשם נישואין? מה רלוונטית דעתו של הבעל אם בסופו של דבר בני הזוג התנהגו כמנהג בעל ואשה?

נראה שיש לחלק כאן בין שני סוגים של כוונות - כוונה שמגדירה את המעשה עצמו וכוונה שמטעינה את המעשה בחלות משפטית.

ניתן להדגים את ההבדל בין הכוונות בכך שקטן יכול לשחוט ולחלוץ אם גדול עומד על גביו, אך מאידך הוא אינו יכול לקדש, ומה בין שחיטה לקידושין? מדוע לגבי קידושין אנו אומרים שאין לו מספיק דעת, בעוד שלגבי שחיטה דעתו מספיקה. מן העבר השני, בגדול אנו רואים מגמה הפוכה, שהרי מחד הוא ודאי ראוי לקדש, ומאידך אם הוא ישחט כמתעסק בלא כוונה (מעין קטן שאין בו דעת) - שחיטתו אינה כשרה. אנו רואים א"כ שישנם בהלכה סוגים שונים של כוונה במעשה, מה גורם לשוני בין המעשים והכוונות השונות?

ביאור העניין הוא שתודעת קיום המעשה כשלעצמה ישנה גם אצל קטן שיש בו דעת והיא מספיקה כדי להחשיב את מעשהו כמעשה שלם, ובמקרים מסויימים המעשה יגרור חלויות משפטיות שנובעות מן המצב החדש שנוצר בעקבותיו.[38] הכוונה במעשה יכולה להדרש מסיבות שונות - אם בשביל להחשיב אותו כמעשה (למשל דין "צרור וזורקו, אגוז ונוטלו" שמגדיר את התפיסה של הקטן בחפצים כבעלת משמעות, ולא שהחפץ במקרה מונח בידו), אם בשביל לייחס אותו לאדם (ולא שיהיה כ"מתעסק"), ואם בשביל להכריע בין שתי פרשנויות למעשה (למשל אם האדם התכוון להכות את חברו או לטפוח לו בידידות על שכמו).

אך יש מעשים שלכשעצמם אינם פועלים דבר, ותודעת האדם היא שאמורה לתת להם חלות משפטית, דוגמת קניין, קידושין והקדש. בזה לא מספיק 'שכל', שאותו יש

38. חלויות משפטיות מתכוננות פעמים רבות מאליהן מתוך מציאות חדשה שנוצרת. כאשר ילד נולד לאמו הוא מחיל דינים חדשים בעולם (איסורי עריות, לא תתייבם, אכילה בתרומה בבית אביה) מעצם קיומו גם בלי שאף אחד יתכוון לכך.
לפעמים גם כאשר נעשה מעשה על דעת מסויימת החלות באה מאליה, למשל בתנאי של 'צרור וזורקו, אגוז ונוטלו' שהוא תנאי מציאותי שבוחן את השאלה אם יש באותו קטן כוונה להחזיק בחפץ כשייך לו. אמנם אין בקטן דעת להחיל חלויות משפטיות וקנייניות, והא ראיה שהוא לא יוכל להקנות את אותו החפץ לאחר, אך העובדה שבאופן מציאותי החפץ מוחזק בידו בכוונה תחילה, גוזרת היא מאליה את ההשלכה המשפטית שהוא הופך להיות בעליו, ואכמ"ל.
וראה בקה"י (קידושין יט) שדן בכך שיש חלות לנישואין של קטנים שיתקדשו בגדלותם (דין זה תלוי במחלוקת לעיל בעניין הקדמת נישואין לקידושין).

גם לקטן במידות שונות, אלא דרושה אישיות בעלת תודעה משפטית, כזו שמבינה לעומק את השלכות המעשה ויכולה לטעון אותו במשמעויות אלו - תודעה כזו אין לקטן. כמובן שמה שמחלק בין שני סוגי המעשים הוא שיש מעשים שהמשמעות שלהם צומחת באופן ברור מתוכם, ויש מעשים שרק בגלל מוסכמות בני אדם הם מסמלים משמעות שאינה טבעית להם (למשל שנתינת כסף תקנה קרקע) והם צריכים שהאדם הפועל אותם יטעין אותם במשמעות המשפטית הראויה.[39]

על פי הגדרתנו את הנישואין נראה שאין צורך בדעת משפטית במעשה החופה מכיוון שזה אינו מעשה משפטי אלא יצירת מצב חדש במציאות, כאשר המשמעויות המשפטיות נובעות מן המציאות החדשה שנוצרה. מה שכן נצרך זו התודעה הבסיסית שתפרש את המעשה באופן הנכון ותיתן לו את הרקע של הכנסה לבית והחיים המשותפים, בניגוד לתודעת זנות שצובעת את הביאה ואת הקשר ביניהם בצבע אחר לגמרי. האיש שנושא את האשה אינו צריך לכוון לשאת אותה 'הלכתית', אלא רק שתהיה כוונתו לחיות עימה חיים מלאים ומשותפים, וממילא הנישואין יחולו.[40]

משני הדיונים הללו - דין חופה בעל כורחה שאינה נחשבת לנישואין, והגדרת אופי הכוונה בביאה לשם נישואין - אנו למדים שגם על פי ההבנה שהנישואין אינם מעשה משפטי אלא יצירת מציאות של מצב של אישות, לא המעשה הפיזי בלבד יוצר את הנישואין, אלא צריך שיהיה כאן הקשר, כוונה והסכמה הדדית שנותנים את הרקע הנכון ומכוונים לאופן המתוקן והשלם שבו תארה התורה את הנישואין.

סיכום

לאורך המאמר דנו בשאלת אופיים של הנישואין והחופה. ראינו כי עמדת רוב הראשונים היא שהחופה אינה מעשה טקסי העומד לעצמו, אלא היא ההכנסה של האשה לביתו של בעלה ותחילת חייהם המשותפים. לאור זאת, קשה להגדיר את המעשה והעיתוי המדוייק שבו חלים הנישואין, ויתכן שבעקבות כך לא מצאנו בין הראשונים מי שהצריך עדות על הנישואין.

39. ביטוי להבחנה זו נמצא בדיון האם ניתן לעשות תנאי במצוות (מג"א מ"ו סקט"ז ורעק"א שם) שהם מעשה מציאותי, ולא מעשה משפטי שאותו האדם מעצב באופן הסכמי, ויכול להכניס בו תנאים אם יחפוץ לשנות את אופן חלות המעשה. ראה עוד דיוננו לעיל בעניין תנאי בנישואין.

40. קושיה דומה הקשה במנחת אשר (קידושין כב) שאם הנישואין הם יצירת מצב מציאותי ולא פעולה משפטית, מדוע לא יחולו הנשואין מיד בקידושי ביאה? ע"פ האופן שבו בארנו ברור שביאה אינה זהה לנישואין, שכן היא אינה מכוננת בהכרח חיים משותפים. אם אכן הביאה תהיה בהקשר של חיים משותפים היא תחשב כחלק מן הנישואין, אך אם בא עליה וכל אחד הולך לביתו אין זה נישואין.

כפי שראינו, שאלת אופן תפיסת הנישואין משפיעה על הבנת הסוגיות השונות בדין חופה, כמו דין חופה לקידושין והקדמת החופה לקידושין.

תפיסת הנישואין כמצב מציאותי של תחילת החיים המשותפים ולא כמצב משפטי יוצרת איזון בין מגמת התורה לעיגון ומיסוד משפטי ופומבי של הקשר הזוגי בקידושין (כפי שמתאר הרמב"ם בהלכות אישות א', א), לבין הרצון לשמר את הטבעיות וההדדיות של הקשר כפי שהיה קודם מתן תורה, ולא להפוך אותו לקשר הבנוי על קניין והסכם משפטיים בלבד. לצורך כך היה הכרח ליצור שני שלבים, של הקידושין והנישואין, אֲשֶׁר בָּנוּ שְׁתֵּיהֶם אֶת בֵּית יִשְׂרָאֵל.