

# משפחה - אישות, מהות והגדרות משפטיות

## החיוב לאישות כמגדיר נישואין



### מבוא

#### חלק ראשון: המהפכה המשפטית בהגדרת המשפחה

##### א. פסקי דין שהובילו שינוי בתפיסת המשפחה

1. המצב הראשוני
2. השינוי
3. התהליך
4. חילון המשפחה והפיכתה לחוזה חופשי
5. קביעת ההגדרות על פי דעת 'הציבור הנאור'
6. הסתמכות על פרשנות מרחיבה להכרה ב'ידועים בציבור'
7. 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'
8. מהי אם כן המשפחה של בג"ץ?

##### ב. הביקורת המשפטית על הגדרת המשפחה

### מחדש

1. אין קיום לחברה ללא המשפחה
2. המחוקק לא העניק הכשר מוסרי וחוקי לידועים בציבור
3. עקרון המונוגמיה סותר הכרה בחיי אישות מחוץ לנישואין

4. אין לקבוע את ערכי המוסר על פי דעת

'הציבור הנאור'

5. המחלוקת המשפטית נובעת מתפיסות

עולם

6. סיכום

#### חלק שני: הגדרת המשפחה על פי התורה

##### ג. הגדרת המשפחה בדיני בני נח

##### ד. הגדרת המשפחה בישראל

1. קידושין - חיבור והקדש לפני הנישואין
2. הנישואין בישראל
3. החובה לאישות מדין קניין ומצוות עונה
4. החובה לאישות מדין שעבוד הדדי

##### ה. הנישואין - בין ישראל לעמים

1. קניין הגוף מול ייחוד לאישות
2. מהות הנישואין בישראל

#### חלק שלישי: משפט התורה, משפט העמים והמשפט במדינת ישראל

ו. האתגר בימינו

ז. המלצות



## מבוא

לבנת היסוד של החברה האנושית היא המשפחה. המונחים המתארים משפחה משותפים לכלל המין האנושי. בכל השפות קיימות המילים: חתונה, נישואין, אבא, אימא וילדים, סבא, סבתא ונכדים וכו'. גירושין היא המילה הכלל עולמית המתארת את פירוק המשפחה. השימוש במונחים הללו על ידי כולם הוא תוצאה של מסורת עולמית כללית, שראתה בנישואין התאחדות לחיי אישות של איש ואישה מתוך נאמנות הדדית.

לתורת ישראל ישנו מודל משפחתי המקיים את המשפחה היהודית אלפי שנים. במאמר זה נעמת את המודל התורני-הישראלי עם המודל המערבי כפי שהוא בא לידי ביטוי בתפיסה של בית המשפט; נבחן את התהליך המשפטי לשינוי הגדרת המשפחה בישראל ונציג את החלופה היהודית למשפחתיות יציבה ובתקיום. המאמר בוחן את תפיסת המשפחתיות דרך ליבת הנישואין – החיוב ההדדי ליחסי אישות בין בעל לאשתו. המאמר מבוסס על לימוד תורני וניתוח תרבותי, על פי מודל הבוחן שלושה מרכיבים: ערכים, תודעה ומדיניות.

## חלק ראשון: המהפכה המשפטית בהגדרת המשפחה

### א. פסקי דין שהובילו שינוי בתפיסת המשפחה

שינויים תרבותיים רדיקליים שעבר העולם בעשורים האחרונים שינו את הגדרות החתונה, הנישואין, המשפחה והגירושין מן היסוד ויצקו תוכן חדש למונחים אלו. אותם מונחים מבטאים תוכן אחר לגמרי. ההגדרות הפוסט-מודרניות, הנובעות מהלך מחשבה ליברלי ופמיניסטי, שאומצו על ידי מערכת המשפט בעולם המערבי בכלל ובישראל בפרט, משנות את מהותה של המשפחה. המשפט ממשיך להשתמש באותן המילים שבהן משתמש הציבור, אך מעוות את משמעותן ומגדירן מחדש.

#### 1. המצב הראשוני

עד לפני כמה עשורים, ההכרה בחשיבות מוסד הנישואין כללה שלילה מוחלטת של ניאוף ופסילת יחסים גופניים שלא במסגרת הנישואין. העיקרון כי נאמנות ביחסי אישות היא תשתית המשפחתיות היה מקובל על מערכות המשפט המערביות ועל מערכת המשפט הישראלית. וכך כתב השופט יצחק קיסטר:<sup>1</sup>

1. ע"א 4/66 פרץ נ' הלמוט.

הצו "לא תנאף", לא זו בלבד שהוא מצוי בעשרת הדברות, ונתקבל עלידי הדת הנוצרית, המוסלמית ועוד, כאחד היסודות החשובים עליהם מבוססים חיי המשפחה, אלא הוא היה מוכר אף בעולם התרבות לפני התפשטות הנצרות, והוא נובע מעצם קיום מוסד הנישואין... חיי אישות מחוץ לנישואין, ובמיוחד כאשר לפחות אחד מבני-הזוג נשוי, הינם פסולים, וכן פסולה היא גם הבטחה לחיים כאלה.

הוסיף וכתב השופט קיסטר:

הן באנגליה והן בארצות-הברית, מהווה גם הסכם לחיי אישות משותפים בין בני-זוג פנויים מחוץ לנישואין – הסכם בלתי-מוסרי (או בלתי-חוקי) שאין לתבוע בבית-משפט את ביצועו ואת מילוי ההתחייבויות הנובעות ממנו... היינו: לפחות מבחינה אזרחית קיים איסור לחיי אישות מחוץ לנישואין של אחד מבני-הזוג.

דהיינו, ההגדרה הבסיסית של הנישואין, הן על פי הדתות והן על פי המשפט עד לפני כמה עשורים, היא התאחדות לחיי אישות מתוך נאמנות. משמעות הנישואין היא קשר בין איש לאישה שבמרכזו יחסי האישות. המשמעות הנלווית היא כי ניאוף ויחסים גופניים מחוץ לנישואין הם פסולים, בלתי מוסריים ונוגדים את הסדר הציבורי. המשפחה הייתה יחידה חברתית בעלת משמעות משפטית מחייבת והמשפט ראה צורך לחזק את היחידה הזו ולהגן עליה. במסגרת רעיונית זו, אדם המצוי במסגרת נישואין אינו רשאי לקיים יחסים גופניים מחוץ לנישואין. מטרת החשיבה הזו היא הכרה משפטית בחשיבות הקיומית של התא המשפחתי ומילוי בתוכן משפטי, תוכן הקובע כי כל עוד אדם נמצא במסגרת הנישואין הוא מחויב לה ואינו יכול לחייב עצמו בחיובים הסותרים את החיוב הקיים. אדם נשוי שיבטיח לאישה זרה קיום מערכת אישות מחוץ לנישואין בטרם התגרש מאשתו הראשונה, סותר בהבטחה זו את קיומה של מערכת הנישואין, ולכן הבטחתו אינה מוסרית, אינה חוקית ואף בטלה על פי חוק החוזים הקובע:

הסכם שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל.<sup>2</sup>

2. סע' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

ההגנה הציבורית על הסכם מורכבת משלוש רמות הגנה: חוסר חוקיות, אי-מוסריות ו'תקנת הציבור'. אם הסכם אינו עומד באחד משלושה היבטים אלו דינו להתבטל.

מכיוון שהתפיסה המשפטית המסורתית הייתה כי בנישואין יש 'חיוב מכללא' לחיי אישות, השמירה על התא המשפחתי וחיזוק יציבותו היו חלק אינטגרלי מ'תקנת הציבור'. לכן קיבלו הנישואין הגנה משפטית, וחוזים הפוגעים בהם לא היו מקבלים סעד מבית המשפט.

לפי תפיסה זו, תקנת הציבור דורשת את חיזוק המשפחה ואת יציבותה, ומגדירה את הנישואין בהתאם לכך. תפיסה זו היא עדיין נחלת רוב הציבור בישראל. הציבור ברובו רואה במשפחה, תא חברתי אורגני, המיוסד על נאמנות בחיי אישות בין איש לאישה, ומהווה את לבנת היסוד של הלאום.

## 2. השינוי

דא עקא, אף שלא הוסמך לכך, רואה בית המשפט בישראל את עצמו כמעצב הערכים של החברה הישראלית. בית המשפט, הנוטל חלק מרכזי בניסיון להגדרתה המחודשת של המשפחה, חולל בעשורים האחרונים מהפכה בהגדרת המשפחה, ולמעשה הפך את המשפחה למושג מרוקן מתוכן משפטי. 'המהפכה המשפחתית' של בג"ץ קבעה כי גם במסגרת הנישואין היחיד נשאר ללא זיקה מחייבת לבן זוגו בהיבט יחסי האישות:

מוסד הנישואין נתפס כקשר חופשי בין שני יחידים, תוך שמירת זהותם הנפרדת ופיתוח אישיותם העצמאית. הנישואין מבטאים שיתוף פעולה ושיתוף של אינטרסים, תוך שימור האוטונומיה של כל אחד מבני הזוג... אישיותם הנבדלת של בני הזוג אינה מתבטלת מפני מוסד הנישואין, והיא אינה נבלעת בו.<sup>3</sup>

לאור עיקרון זה קבע בית המשפט כי אין פגם מוסרי בניאוף ובפירוק המשפחה: קשר הנישואין אינו יוצר בעלות על גופו ורצונותיו של בן הזוג, ומשבחרה אשת המערער מרצונה החופשי לקיים קשר רומנטי עם אחר, אין לבן הזוג הנבגד עילה וזכות תביעה כנגד בן זוגו של האחר... המשפט אינו מכיר בעוולת ניאוף ביחסים בין בני הזוג עצמם... ההתחייבות בין בני זוג לקבל על עצמם את האיסור של "לא

תנאף" היא במישור החברתי-מוסרי-דתי, אך אין לייבאה אל תוך המשפט.<sup>4</sup>

דהיינו, **אליבא דבג"ץ, אין לנישואין כל השפעה על קשר האישות בין האיש לאשתו**. הקשר ביניהם הוא חופשי ורצוני ואינו יוצר שום חיוב<sup>5</sup> משפטי לגבי האישות. הצו המוסרי הבסיסי "לא תנאף" אינו מוכר על ידי בית המשפט. האמת המוסרית-משפטית הפשוטה, שהוכרה על ידי כל הדתות והמשפט העולמי עד לא מכבר, אינה קיימת בתודעתו המשפטית. הניאוף מותר על פי המשפט של בג"ץ, ומוסד המשפחה הוא שישלם. ממילא, הבטחה של אדם המצוי במערכת נישואין להינשא לאחרת אינה נוגדת את תקנת הציבור, כפי שכתב השופט ברק:<sup>6</sup>

מאז שנות הששים חל שינוי ניכר בתפיסתו של הציבור את המוסר ואת תקנת הציבור. בגישה החברתית ביחס לסיום קשרי נישואין ולתופעת הגירושין חלו תמורות משמעותיות.

ההלכה כי הבטחות נישואין מצד אדם נשוי סותרות את תקנת הציבור התגבשה במשפט האנגלי בראשית המאה הקודמת... הלכה זו התבססה על התפיסה לפיה הפסקת הקשר עם בן הזוג החוקי לטובת קשר זוגי אחר, שבצידה הבטחה להתגרש ולהינשא נישואין חדשים, כל אלה אינם לגיטימיים. בתי המשפט חששו שמתן תוקף להבטחה יעודד התנהגות בלתי מוסרית (ניאוף) ואף פלילית (ביגמיה). ההלכה נקלטה במשפט הישראלי במתכונת מצומצמת, תוך התמקדות בעניין שיש לציבור בקיום מוסד הנישואין כתא ראשוני חברתי. הסכם הבא לפגוע בו, להרוס חיי משפחה, או "לקדם" גירושין נפסל מפני תיקונו של עולם...

4. 'עמית, ע"א 8489/12. עפ"י פסיקתו של יהודה פרגו, ת"א 11-09-14657.

5. **'חייב'**, בלשון משפט התורה הוא השעבוד המוטל על החייב לשלם את שעליו לשלם. על החייב לשלם את שעליו לשלם גם אם אין תובעים זאת ממנו. לעומת זאת 'חובה' אינה מוטלת על האדם אלא אם כן תובע אותה בעל דינו הזכאי בה. עיי' ב"ק ו, ב: "כשהזיק חב המזיק. חב המזיק? חייב המזיק מיבעי ליה!". ובתוספות שם, ד"ה חב: "דהתם לא שייך לשון חיוב אלא לשון חובה". על כך כתב הנצי"ב במרומי שדה שם, שלשון 'חייב' שייכת באדם ולשון 'חב' שייכת בממונו החב לבעליו. וכן הוא בחידושי הגר"א על המשנה. ובפורת יוסף, שם, כתב, 'ד'חב המזיק' היינו, שאין עליו חיוב לפרוע אלא אם כן הבעל דין תובע ממנו, וכמו שמצינו לגבי ריבית קצוצה, דכתב הט"ז יר"ד סי' קסא ס"ג, דאף על גב דיוצאה בדיינים, מכל מקום אין בעל חוב גובה ממנה אלא דווקא כשהלווה תבע אותה בב"ד, ואולם 'חייב המזיק', משמע דמחויב לילך ולפרוע את חובו אף על פי שהלה אינו תובעו'. לכן, נשתמש בלשון 'חיוב' ולא בלשון 'חובה'.

6. ע"א 5258/98 – פלונית נ' פלוני ואח'.

במהלך השנים השתנו התפיסות החברתיות ביחס לסיום קשר הנישואין ולתופעת הגירושין. ישנה הכרה בכך שגירושין הפכו חלק ממצואות החיים... ההלכה הישנה, המעמידה את תוקף החוזה על השאלה אם היחסים בין הצדדים מעורערים עד היסוד אם לאו, נראית בעיני כבלתי תואמת את תפיסותיה של החברה הישראלית דהיום.

כלומר, השופט ברק קובע כי חוזה שמשמעותו פירוק משפחה הוא חוקי ואינו נוגד את המוסר. ראוי לציין, שאף ברק<sup>7</sup> רואה את "שמירתו של התא המשפחתי" בתור "חלק מתקנת הציבור בישראל גם בימינו אלה", וכי "האינטרס החברתי תומך בנישואין יציבים". למרות זאת, הוא מחדש הלכה שיפוטית, הפוגעת במשפחה ונותנת לגיטימציה מוסרית וממילא חוקית לפירוקה.

הוסיפה וכתבה השופטת פרוקצ'יה:<sup>8</sup>

העולם המערבי, ובתוכו ישראל, עבר בעשורים האחרונים תהפוכות מרחיקות לכת בתפיסות ערכיות בסיסיות... תוך הכרה הולכת וגוברת בערך של חירות הפרט לעצב את אורח חייו... תהפוכות אלה משפיעות באורח מהותי על אורחות החיים ועל תפיסות המשפט (א' רובינשטיין, אכיפת מוסר בחברה מתירנית, עמ' 140). תמורות אלה משפיעות על שאלת היחס בין ערך ההגנה על מוסד הנישואין – אשר היה ונותר ערך בעל חשיבות מן המעלה הראשונה בחיי אדם – לבין מחויבות המשפט למי שנפגע מהפרת הבטחת נישואין – בין פגיעה ממונית ובין פגיעה שאינה ממונית. באיזון בין הצורך לתת תרופה שתפצה על עוצמת הפגיעה של מי שהסתמך על הבטחת נישואין שהופרה ויצר על יסודה תקוות וציפיות לעתיד משותף עם בן זוג, לבין הסכנה כי הטלת חובת פיצוי על המפר תפגע בחיי נישואיו, גובר הערך הראשון.

כלומר, כתוצאה מתהליכים תרבותיים מערביים, של ליברליזם ואינדיבידואליזם, משנה בית המשפט את פסיקתו ואינו מוצא פגם מוסרי בהסכם המוביל לפירוק המשפחה.

7. שם

8. שם.

### 3. התהליך

דיני הנישואין והגירושין מוגדרים בישראל כחלק מדיני המעמד האישי ולא כהסכם ממוני. הגדרת מרכיב הזהות המשפחתית של האדם במדינת ישראל, היותו נשוי או פנוי, נקבעת על פי הדין הדתי. הזהות המשפחתית של היהודים מוגדרת לפי הערכים והעקרונות של תורת ישראל.

אם כן, כיצד הצליח בית המשפט להגדיר מחדש את המשפחה? כיצד הצליח בית המשפט לשנות את הגדרת המשפחה ממוסד מקודש, שהצו 'לא תנאף' נובע מעצם קיומו, ל'חווה כבקשתך' שאינו נוגע לתחום האישות?<sup>9</sup>

מהי הקונסטרוקציה המשפטית לתהליך זה? ומהן נקודות הציון המרכזיות בו?

### 4. חילון המשפחה והפיכתה לחווה חופשי

נראה כי אחת מנקודות ההתחלה החשובות של שינוי הגדרת המשפחה על ידי בג"ץ הוא ע"א 337/62. בערעור אזרחי זה, בראשית שנות ה-60 של המאה שעברה למניין אומות העולם, דנו השופטים במעמדו המשפטי של: "הסכם בין גבר לאישה לחיי אישות מחוץ לנישואין והבטחת נישואין בין שניים אשר אחד מהם נשוי וביתדין טרם פסק על גירושיו"<sup>10</sup>. השאלה הייתה אם הסכמים אלו אינם מוסריים, וממילא אינם חוקיים – כפי שקובע חוק החוזים.<sup>11</sup>

השופט חיים כהן קבע בפסק דין זה:

לפי דיני ישראל אין בהסכם שכזה משום פגיעה במוסר הציבורי ובסדר הכללי ואין בו שמץ אי-חוקיות...

לדבריו, על פי התורה אין שום מניעה לפרק את המשפחה, ולקיים יחסים גופניים מחוץ לנישואין. כהסבר לעמדתו הוסיף וכתב:<sup>12</sup>

שלא כמשפט המקובל האנגלי, הרי המשפט העברי אינו מטיל על בני הזוג "סטטוס" של נישואין אשר, משהחליטו ונשבעו פעם להיכנס אל תחת כנפיו, שוב אינם יכולים לצאת ממנו אלא במעשה חקיקה

9. בית המשפט רואה במשפחה שותפות ממונית. עניין 'הלכת השיתוף' שחידש בג"ץ ביחס למשפחה דורש מאמר בפני עצמו, המעיין יפנה ל'בג"ץ בבלי', ולספרות הענפה הדנה בו.

10. כהן, ע"א 337/62.

11. סע' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (הובא לעיל): "הסכם שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". בהגדרת 'תקנת הציבור' לתפיסת בג"ץ נדון בהמשך המאמר.

12. כהן, ע"א 337/62.



או במעשה שפיטה מגבוה. **הנישואין של המשפט העברי הם קשר של חוזה**, ולו גם חוזה חגיגי ביותר, בין איש ואישה, – ברצותם עושים אותו, וברצותם מסיימים ומבטלים אותו! ואין תפקידם של בתי־הדין בנישואין וגירושין, כששני בניהזוג רוצים בהם ומסכימים ביניהם, אלא תפקיד של השגחה ושל הוצאה־לפועל בלבד. ובמקום שאתה מוצא את השוני הזה של המשפט העברי לעומת דיני הנישואין של האומות הנוצריות, שם אתה מוצא גדולתו, ואם תמצי לומר – מודרניותו: לא נוקשות של סקרמנט, אלא **חופש של חוזה, לא קביעת סטטוס** על אפך ועל חמתך, אלא **זכותך בזוגך לבחור במעמד של נישואין** ובמעמד של גירושין לפי שיקול־דעתכם. יש לשים לב, כי הדיון אינו על היתכנות הגירושין במערכת המשפט של התורה, אלא על משמעותם של הנישואין טרם פקיעת חלותם. השופט כהן גוזר מעצם היתכנות הגירושין את הגדרת הנישואין עצמם. לדידו, עצם האפשרות לגירושין מעתיקה את חיי הנישואין מדיני המעמד האישי לדיני החוזים. הנישואין הם למעשה מסגרת חוזית חופשית המושתתת על בחירה והגדרה אישית. ניתן להגדירם בחופשיות, לפרק אותם כשרוצים ולהפר את האמון שבהם בכל רגע. לשיטתו, איסור הניאוף אינו חלק מליבת היחסים הבין-אישיים ואינו מגדיר את הנחות היסוד המשפחתיות.

השופט כהן משתמש בתורת ישראל, שעל פיה נקבעים דיני המעמד האישי, כדי להגדיר את מוסריותם של ההסכמים הנוגעים לנישואין. הוא מוסיף וכותב:<sup>13</sup>

אין לנו לחפש אחרי המוסר הציבורי בענייני נישואין של יהודים, מעבר לדין המהותי החל עליהם.

לדידו, התורה היא מסגרת פורמליסטית גרידא לקיומו של חוזה נישואין, והיא אדישה למשמעותם הערכית והתרבותית של הנישואין. לקמן נתייחס לטענתו ונסקור את עושרה התרבותי המחייב של התורה ביחס לנישואין. השופט כהן מגדיר מחדש את המשפחה בישראל ומסמן את הדרך לצעידה במדרון החלקלק להרס התא המשפחתי.

### 5. קביעת ההגדרות על פי דעת 'הציבור הנאור'

השופט אלפרד ויתקון הצטרף לדעתו של השופט כהן וקבע כי אין לפסול את ההסכמים הנ"ל. נימוקו לקביעה זו שונה ומחודש. לדבריו:

כשמתייצבת לפנינו שאלה, שהיא, לאמיתו של דבר, **שאלה סוציולוגית** ולא משפטית, מצווים אנו, כשופטים, לתת ביטוי ותוקף, לא לדעותינו הפרטיות, אלא למה שנראה לנו כמשקף את **דעת הציבור, והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו.**<sup>14</sup> דהיינו, לשיטתו הגדרת המוסריות של ההסכם אינה תלויה בדיני ישראל ולא בחוקי מדינת ישראל בכנסת ישראל, אלא בדעת הציבור המתקדם והמשכיל. הנה כי כן, לפנינו **קונסטרוקציה חדשה** לשינוי מבנה המשפחה. לדעת השופט ויתקון, הגדרת המשפחה ומוסריותה תלויה בתפיסות התרבותיות המשתנות של ה'ציבור הנאור' בלבד.

### 6. הסתמכות על פרשנות מרחיבה להכרה ב'דועים בציבור'

נקודת ציון נוספת בתהליך ההגדרה מחדש של המשפחה על ידי בג"ץ, הוא ע"א 563/65, בהמשך שנות ה-60. גם במקרה זה נסוב הדיון על חוק ומוסר במשפחה. השופט צבי ברנזון אומנם הולך בדרכם של השופטים כהן וויתקון בהגדרת המוסריות של המשפחה, אולם נימוקו שלו נובע מפרשנות לעמדת המחוקק ביחס ל'דועים בציבור' (איש ואישה המקיימים משק בית משותף ללא נישואין).

הכנסת אומנם הכירה בבעלי מעמד זה בחוקים רבים – רובם בתחום הכלכלי-סוציאלי<sup>15</sup> – אך לא הגדירה אותם כנשואים. השופט ברנזון מנסה לגזור מכך הכרעה של המחוקק בשאלה המוסרית העומדת ביסוד המציאות הזו:

**חיי גבר עם אישה גם כשאחד מהם עדיין נשוי – אינו נגוע באי-חוקיות.** הרי זהו המקרה הנפוץ למדי של הזוג הידוע בציבור כבעל ואישה. וכבר הוחלט על-ידי בית-משפט זה, ברוב דעות, כי הסכם כזה לחיות כבעל ואישה שלא בנישואין אינו בלתי-חוקי. **הוא אינו פוגע במוסר הציבורי ואינו נוגד את טובת הציבור... הכנסת הכניסה את הידועה בציבור תחת כנפי חסותה** במספר רב של חוקים והעניקה לה זכויות כספיות וחומריות שונות. **כלום ייתכן שהמוסר הציבורי וטובת הציבור לא עמדו לעיני המחוקק בעת חקיקת**

14. שם.

15. דוגמאות: חקיקה המקנה זכויות לפיצויים, כמו חוק הנכים (תגמולים ושיקום), חוק הביטוח הלאומי, חוק משפחות חיילים שנספו במערכה ועוד. חקיקה העוסקת בזכויות שרכש עובד, כמו חוק פיצויי פיטורים, חוק שירות המדינה ועוד. ראוי לציין שחוקקו גם חוקים הנוגעים למעמד האישי, כמו חוק השמות וחוק הירושה.

החוקים הללו? המחוקק ראה לטוב לפניו לזכות את הידועה בציבור – גם בהיותה אשת איש אחר – בהנאות מהנאות שונות. האם בני חורין אנו לנשא את עצמנו מעל למחוקק ולפסוק כי היסוד להענקת הזכויות הללו – ההסכם לחיות כבעל ואישה – רעוע ומעורער? כלום יש שני סוגי מוסר וטובת הציבור, אחד בחקיקה ואחד בפסיקה?<sup>16</sup> השופט ברנזון משתמש בפרשנות מרחיבה לחקיקה של הכנסת ביחס ל'ידועה בציבור' כראיה לכך כי יחסים גופניים של גבר עם אישה ללא נישואין, גם כשאחד מהם נשוי, אין בהם בעיה מוסרית. לדעתו, המוסר הציבורי וטובת הציבור עמדו לנגד עיני המחוקק, והחקיקה קובעת את המוסר. דהיינו, מסכת החוקים המשפה את ה'ידועים בציבור' בשיפויים שונים ורבים היא המגדירה את המוסר הציבורי וממילא משנה את הגדרת המשפחה.

### 7. 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'

לבנת יסוד נוספת בתהליך הגדרת המשפחה מחדש היא 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', שנחקק בראשית שנות ה-90. לפני כעשור כתב השופט יהודה פרגו:<sup>17</sup> משתחלית בן זוג נשוי – ובענייננו אשת התובע – לנהל מערכת יחסים עם אחר – בענייננו הנתבע – זכותו לעשות כן ולא ניתן למנוע זאת ממנו, גם אם הדבר נראה לא ראוי בעיני אחרים... קשר הנישואין, אינו יוצר בעלות על גופו ורצונותיו של בן הזוג. יש לכבד את היותו אדם בן חורין. אלו הם מעיקריו ואושיותיו של 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'. הכרה בזכות תביעה עקב מערכת יחסים זו, משמעה, סיכול ופגיעה בזכויות וחירויות בן הזוג וכפיפותו באופן מלא לבן זוגו ולרצונותיו...

קדם לו השופט סלים ג'ובראן,<sup>18</sup> שכתב:

כברת דרך עשה המשפט המקובל בעניין זה. עוד בשנת 1949, נקבע באנגליה, כי אישה נחשבת כמסכימה מכללא לקיום יחסי מין עם בעלה, וכי באופן הגדרתי לא יוכל זה לבצע בה מעשה אונס, כל עוד חיים הם ביחד. בעניין זה, נחשבו יחסי המין כחלק ממחויבותה של האישה במסגרת הסכמתה לנישואין... בעניין זה ראוי לציין, כי בניגוד למשפט המקובל, מקדמת דנא ראה המשפט העברי בקיום

16. ע"א 563/65.

17. ת"א 14657-11-09.

18. ע"פ 7951/05, ע"פ 8281/05.

יחסי המין כקיום מצווה וכחובה של האיש לאשתו ולא כאל אמצעי לסיפוק יצריו בלבד. כן קבע המשפט העברי עמדה הלכתית נחרצת כנגד קיום יחסי מין בכפייה, אף כאשר המדובר בבני זוג נשואים ולא הניח קיומה של הסכמה כלשהי "מכללא"<sup>19</sup>.

הוא מתאר בדבריו את השינוי בהגדרת החיוב לאישות במסגרת המשפחה. כיצד הפכה המשפחה מ'הסכמה מכללא' לקיום חיי אישות, למוסד שאין בינו לבין חיוב לחיי אישות ולא כלום.

בהמשך הדברים הוא מסביר את הרציונל שעומד מאחורי השינוי:

נבדלים הם יחסי האהבה והאישות מכל משאב אחר, בו יכול בן אנוש לסחור ולקיים יחסים חוזיים. לא ניתן בעניינים שבלב, להעניק התחייבות בלתי חוזרת. על בית-משפט זה, כנושא הדגל של זכויות האדם וחופש הפרט במדינת ישראל, לעמוד ולהכריז בקול, כי בכל עת ובכל שעה מותר לו לאדם להחליט מה יעשה בנפשו ובגופו. תהא אשר תהא הסיבה אשר בגללה תחפוץ האישה בהפסקת היחסים – כאב פיזי, חששות ועכבות נפשיות, מוסריות או אחרות – אין כל זכות, לאף אחד, לפגוע בחירות זו ולהתעלם ממנה. העושה זאת ראוי לגינוי חברתי ולענישה הולמת.

הצטרף לדברים השופט רובינשטיין, שהוסיף וביאר:

הגישה של כיבוד בלתי מותנה... לאוטונומיה של האישה בכל הנוגע לגופה... היא צורך הזמן והמקום. "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו); "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (סעיף 4 לחוק היסוד) – הם הצו החוקתי החופה על עבירת האינוס.

דהיינו, 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', ותפיסת 'זכויות האדם' וחופש הפרט (שאגב, מבטאים תפיסה שונה מאוד מתפיסת החירות של הליברליזם הקלסי), סותרים מהותית את היכולת לקיים יחסים חוזיים בתחום יחסי האישות. על פי אותן התפיסות, האדם חופשי תמיד להחליט מה יעשה בגופו, ואינו מחויב לשום התחייבות שקיבל על עצמו בעניין גופו ונפשו. ממילא אי אפשר לראות בנישואין 'הסכם מכללא' לקיום חיי אישות. ההסכמה לחיי אישות היא בבחירה חופשית בכל רגע ורגע, כמו גם היכולת להפסיקם.

19. האמירה כי משפט התורה אינו מניח "קיומה של הסכמה כל שהיא מכללא" היא משוללת כל יסוד. בית המשפט עושה את משפט התורה פלסטר, כהרגלו. המשפחה בישראל בנויה על חיוב הדדי ליחסי האישות, כפי שיתבאר.

על פי תפיסה זו האיש והאישה נשארים אוטונומיים גם במסגרת הנישואין, ומשמעות הדבר היא כי לא נוצר חיבור אמיתי ביניהם. למעשה, אליבא דהשוטפ ג'ובראן, נשרו יחסי האישות מההיבט החוזי של הנישואין והגדרתה המשפטית של המשפחה איבדה את עצמותה ומהותה. פסיקה זו הותירה את הנישואין כהסכם שאינו נוגע כלל לחיי האישות ושתוכנו המשפטי בלתי ידוע. לסיכומו של פרק זה: במהלך עשרות השנים האחרונות, **בג"ץ שינה את הגדרת חיי האישות במשפחה מן הקצה אל הקצה**. בתחילת התהליך חילן בית המשפט את המשפחה והפקיע אותה מדיני המעמד האישי. בג"ץ הפך את המשפחה ממוסד מקודש לחוזה של חולין, בטענה שזו גם העמדה הפורמלית של התורה. בהמשך, בהסתמך על אמות המידה המוסריות של 'הציבור הנאור', ועל פרשנות מרחיבה לכוונתו של המחוקק בדיני ה'ידועה בציבור', פרץ בג"ץ את מסגרת חיי האישות במשפחה ונתן לגיטימציה משפטית לניאוף ולהסכמים לפירוק המשפחה. בסופו של דבר, בהסתמך על 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', **ביטל בג"ץ את החיוב ההדדי לחיי אישות, הנובע מ'כללא', מעצם הגדרת המשפחה**, השיר את יחסי האישות מחוזה הנישואין,<sup>20</sup> וקבע כי לפי

20. **הערת העורך** (ע"א): בהקשר זה חשוב להפנות את תשומת הלב לדיון שהתקיים בבית הדין הארצי לעבודה (עב"ל 17-02-45818, מתאריך 15.6.18). שתי אחריות רווקות שחיו במשק בית משותף במשך שנים רבות תבעו את המוסד לביטוח לאומי ודרשו שבפטירתה של אחת מהן תזכה חברתה לקצבת שארים. טענתן הייתה שחיהן המשותפים הממושכים אינם שונים במאום מזוג של גבר ואישה החיים כ'ידועים בציבור'. בית הדין דן בהיבטים משפטיים שונים של התביעה, ובין השאר עלתה שאלת היחסים הגופניים כאמת מידה להגדרת "משפחה" לצורך קבלת הקצבה. בא כוחן של התובעות טען כי "קיימים סוגים רבים ושונים של מערכות יחסים זוגיות אשר המרכיב המיני והרומנטי אינו בהכרח חלק מהן. כך למשל, לא תישלל גמלת שאירים מבת זוג של גבר שנהג כלפיה באלימות על אף שבין בני הזוג לא התקיימו יחסים רומנטיים... היעדרו של פוטנציאל לקיומם של יחסי אישות אינו שולל קיומה של מערכת יחסים זוגית... ככל שניתן להסיק ממכלול הנסיבות על קיומם של חיי שיתוף ממשי ורעיוני בין בני זוג, ניתן לוותר על... דרישת קיומם של יחסי אישות בין הצדדים, שכאמור ממילא נקבע בפסיקה כי אינה מהווה דרישה לעניין זה". נציגת הציבור בדיון טענה ש"בשנים האחרונות אנו עדים לסוגים חדשים ושונים של זוגיות, אשר חלקם זכו כבר בהכרה גם בפסיקה, תוך מתן פרשנות מרחיבה לחוקים שונים. הזוגיות המסורתית של נישואין בין בעל ואישה כבר אינה הזוגיות היחידה המקובלת כיום". בא כוחו של המוסד לביטוח לאומי, שביקש לדחות את התביעה, טען טענה רפה בעניין זה: "בהתייחס לשאלה האם שאלת יחסי האישות רלוונטית... השאלה כן רלוונטית גם אם לא מכרעת, והשאלה היא האם מבחינת תכלית התא המשפחתי יש להם או היה להם פוטנציאל של תא משפחתי מסוג הרומנטי, האינטימי... של בני זוג שיכולים להעמיד צאצאים...". בסופו של דבר, נדחתה תביעתן מנימוקים טכניים, כאשר השאלה העקרונית נותרה ללא הכרעה. אולם רוח הדברים בדיון הייתה שבאופן עקרוני אין מניעה מלהגדיר "משפחה" גם ללא קשר גופני בין חברה, ואף כאשר קשר כזה הוא בלתי אפשרי מיסודו, כמו בין שתי אחריות.

ערכי זכויות האדם וחופש הפרט, האדם מחליט בכל רגע מה יעשה בגופו ובנפשו, וממילא לא קיים חיבור בין איש לאשתו.

### 8. מהי אם כן המשפחה של בג"ץ?

תהליך שינוי ההגדרה המשפטית של המשפחה, כפי שתואר לעיל, מציב לפנינו במלוא עוזה את השאלה: מהי אם כן המשפחה של בג"ץ? על פי הדברים, תהליך החילון של המשפחה וביטול החיוב ההדדי לחיי אישות, השאיר אותנו בוואקום משפטי ביחס למשפחה. בלשון אחרת: "הכול יודעין כלה למה נכנסה לחופה"<sup>21</sup> – חוץ מבג"ץ. מהי המשמעות המשפטית של החתונה? הרי אפילו חוזה מרצון לחיות חיי אישות אין בה? אליבא דבג"ץ, הופכת המשפחה לאוסף של יחידים אוטונומיים, ולמעשה, הגדרתה המשפטית מבוטלת.

## ב. הביקורת המשפטית על הגדרת המשפחה מחדש

התהליך המשפטי לשינוי הגדרת המשפחה התקדם במהלך השנים למרות ביקורת עליו מתוך מערכת המשפט עצמה. בכל נקודת ציון עקרונית בדרך, הייתה התנגדות עניינית למתרחש. כפי שנראה, שופטים מתוך בית המשפט ערערו על התשתית הפילוסופית המשפטית שהובילה לחילון המשפחה. הם לא קיבלו את הגדרות 'הציבור הנאור' כמחייבות, ולא הסיקו מהחקיקה ביחס ל'ידועים בציבור' הכרה של המחוקק בחיי אישות ללא נישואין.

### 1. אין קיום לחברה ללא המשפחה

השופט משה זילברג<sup>22</sup> קבע כי הסכם ליחסים גופניים שלא במסגרת הנישואין, וכן הסכם המבטיח נישואין עתידיים הכרוכים בפירוק משפחה קיימת – אינם מוסריים ואינם חוקיים:

אין שמץ של ספק בלבי, כי מושגי המוסר המקובלים אצל העם היהודי, במדינת ישראל ומחוצה לה, רואים יחסי איש ואישה מחוץ לנישואין כדבר נקלה ופסול... ואין אני סבור, כי כיוון התקדמותו של המין האנושי הוא לעבר ההשתחררות מכבלי הקשר המשפחתי. רק כאשר ילדים יגדלו על העצים, תתרחש ישועה שכזאת! כל עוד התינוק זקוק לשדי אמו, והאם זקוקה לחבר, שישתתף איתה בצער גידול בנים, לא תסוף המשפחה, ולא תעבור מן העולם. אין קיום

21. כתובות ת, ב.

22. ע"א 337/62.

לחברה האנושית, אלא אס־כן שומרים כבבת־העין על התא הראשוני שלה הוא תא המשפחה. פילגשות ו-”אהבה חופשית” – חופשית לחדול – לא ישמשו תחליף לנישואין חוקיים. כי הללו הן יצורים קיקיוניים...

לדבריו, קיום החברה תלוי בחוסן לבנת היסוד שלה – המשפחה. המשפחה היא המסגרת היציבה והמקודשת המאפשרת גידול ילדים והמשך קיום לאומי.

## 2. המחוקק לא העניק הכשר מוסרי וחוקי לידועים בציבור

בהתייחסו לחקיקה בדבר ‘הידועים בציבור’, ולטענה כי המחוקק הכיר במוסריות ובחוקיות חיי אישות ללא נישואין, כתב השופט זילברג כך:<sup>23</sup>

העובדה, כי המחוקק הישראלי הכיר במציאותה של ‘האישה, הידועה בציבור’ לגבי כמה וכמה הוראות חוק, אינה מעידה על ריהביליטציה מוסרית של יחסי הפילגשות. ההגנה שנתן המחוקק באלה החוקים, היא הגנה כספית ותו לא, כפיצוי על הקורבנות החומריים, ש”הידועה בציבור” או “הידוע בציבור” הקריב למען השותף, או השותפה, בעת קיימם את יחסי האישות.

בפסק דין אחר<sup>24</sup> ביאר השופט זילברג את הדברים:

בפסלנו, מטעמי מוסר, את הסכם המזונות שנעשה – אם נעשה – בין המערערות והמשיב, אין אנו מתנשאים על, או חותרים תחת, ההשקפה המוסרית שאומצה עלידי המחוקק בהכירו ב’מעמדה’ של הידועה בציבור... **העובדה כי המחוקק הישראלי מעניק לאישה הידועה בציבור את הזכויות שנקבעו עלידו בכמה חוקים ישראליים, אינה מעידה כלל וכלל, כי הוא רואה כמוסרי את הסכם החיים המשותפים שנעשה בין בני־הזוג לפני החילום לחיות חיי אישות משותפים.** כי לשם הענקת הזכויות הללו אין הוא מחויב ‘לעגן’ אותן בתוך ההסכמים הנ”ל. די לו, למחוקק, ומספיק בהחלט, אם ייצא מתוך המציאות שצמחה כתוצאה מן ההסכמים, ויעלים עין לגמרי מן ההסכמים גופם... חוקי הידועה בציבור מחייבים אותנו להניח – זו היא גזירה היוצאת מלפני המחוקק – כי אין זה נוגד את טובת הכלל אם הידועה בציבור תקבל “שיפוי” כספי בעד הנזק שנגרם לה עקב יחסיה עם האיש. אבל נוגד גם נוגד את טובת

23. ש.ם.

24. ע”א 563/65.

הציבור אם יוכר תקפס המוסרי, וממילא החוקי, של הסכמים הגוררים אחריהם את יצירת היחסים... לשון אחרת, פשוטה יותר: ההבדל שבין זכויותיה החוקיות של הידועה בציבור לבין חוקיותו של ההסכם היוצר את היחסים הללו, כמוהו כהבדל שבין 'לכתחילה' ו'בדיעבד': המחוקק רואה את הדברים מבחינת ה'בדיעבד', ומנסה לתקן מבחינה כספית את המעוות שנגרם בעבר עלידי יחסי הגבר והאישה. חוקיותו של ההסכם היא שאלה של 'לכתחילה', כלומר מה הן הזכויות שהוקנו עלידי ההסכם לגבי העתיד. אלה הם שני אספקטים, לגמרי שונים זה מזה, ולכן אין אנו חייבים להסיק מתוך חוקי הידועה בציבור כי המחוקק העניק להם הכשר מוסרי וחוקי.

דהיינו, המחוקק מתייחס למציאות קיימת של 'ידועים בציבור', וקובע זכויות שונות ביחס אליה, אך אין הוא מעניק שום הכשר ליצירת מציאות זו. גם לשיטת המחוקק ניתן לומר כי חיי אישות שלא בנישואין נוגדים את תקנת הציבור ואינם מוסריים.

תפיסה דומה עולה גם מדבריו של פרופ' דניאל פרידמן<sup>25</sup> ביחס ל'ידועים בציבור'. בהתייחסו לסיבות לתופעה כתב:

קיימות סיבות אחדות לכך שבני-זוג בוחרים לחיות כבעל ואישה בלי לעבור טכס נישואין, המוכר כדין. אפשרות אחת היא, שאינם יכולים להינשא מחמת הגבלה דתית, שאיננה מקובלת על חלק נכבד מהציבור החילוני. קטגוריה זו כוללת מקרים נוספים... קרוב לוודאי שקטגוריה זו היא שעמדה לעיני המחוקק והיא שגרמה לחקיקה הנוגעת לידועים בציבור, שכן קיימת קבוצה גדולה של חברי כנסת, שמאחוריהם כוח פוליטי ניכר, אשר מצד אחד איננה מוכנה להשלים עם תוצאות החלת הדין הדתי לגבי קטגוריה זו, ויחד עם זאת, עדיין אין היא מוכנה לפתור את הבעיה באמצעות נישואין אזרחיים. ההכרה במוסד הידועים בציבור, יש בה, בנסיבות אלו, הן אלמנט של מחאה נגד שלילת זכות הנישואין והן אמצעי להרגעת המצפון על העדר פתרון אמתי לבעיה...

כלומר, גם לדבריו אין בהכרה ב'ידועים בציבור' אלא 'הרגעה של המצפון' של המחוקק, ולא הכרה והכרעה במוסריות וחוקיות התופעה, כפי שהיה הדבר אילו הכיר המחוקק ב'נישואין אזרחיים'.

25. במאמרו: "הידועים בציבור בדין הישראלי", עיוני משפט, כרך 3.2, עמ' 459.



### 3. עקרון המונוגמיה סותר הכרה בחיי אישות מחוץ לנישואין

השופט יצחק קיסטר הוסיף וטען כי עקרון המונוגמיה, שעליו בנוי הסדר הציבורי בישראל, מלמד כי המחוקק לא יכול להכיר במוסריות של יחסים גופניים שלא במסגרת הנישואין:<sup>26</sup>

אין ספק כי הסדר הציבורי במדינה מבוסס על עקרון המונוגמיה... אין כל יסוד לחשוב כי הענקת זכויות סוציאליות מסוימות לאישה, או מניעת הוצאתה מן הדירה בה גרה עם אדם שלא מתוך קשר נישואין, באה כהכרה בחוקיות או בחיוב המעשה, ובוודאי שאין להסיק מכך כי המחוקק רואה בהסכם לחיים משותפים ללא נישואין קשר המחייב את בני-הזוג באופן שבית-המשפט ייתן לו תוקף... ברור שאין מקום למסקנה שהמחוקק התכוון בכל אותם חוקים לאפשר יצירת קשר בעל תוקף משפטי מחייב לחיים משותפים מחוץ לנישואין, ובוודאי שלא התכוון להכיר ולתת תקף לקשר של פוליגמיה או פוליאנדריה למעשה עד כדי כך שאסור לחזור מהתחייבות כזו...

בוודאי שאין להסיק מתוך החוקים הנ"ל שכאילו היה ברצון המחוקק לבטל את שיטת הנישואין המונוגמיים, ולתת אפשרות להתקשר באופן חוקי בהסכמים והתחייבויות העומדים בניגוד למשטר הנישואין המונוגמיים המהוויים, לפי השקפת העולם התרבותי, בסיס של חברה בריאה, ובוודאי אין להסיק שבית- המשפט יראה כחוקי ויחייב אדם לקיים הסכם בו התקשר לחיי- אישות עם מי שאינה אשתו, או הסכם לחיי-אישות עם אישה נשואה לאחר, כל עוד קשר הנישואין לא בוטל, שהרי זה פוגע במוסד הנישואין בכלל.

מסופקני אם מבחינה מדעית ניתן להגדיר חברה כבעלת משטר נישואין מונוגמי כאשר איש הנשוי באופן חוקי יוכל ללא כל סיג לקיים בעת ובעונה אחת יחסי אישות קבועים עם אישה אחרת על- פי קשר המוכר כלגיטימי, אפילו שאין לאישה השנייה סטטוס של אישה חוקית אלא מעמד של פילגש או מעמד דומה. נראה לי שרחוק מן הדעת לאמור שהמחוקק אשר שאף להשרשת עקרון הנישואין המונוגמיים במדינה הסכים יחד עם זאת לפוליגמיה (ואף

לפוליאנדריה) אפילו היא מוסווית, אף אם הכרה זו היא הכרה בדיעבד בלבד.

ראינו אם כן, כי קיימת עמדה ברורה במערכת המשפט הסוברת כי יחסים אינטימיים מחוץ לנישואין סותרים את טובת הציבור, אינם מוסריים ואינם חוקיים. הסדר ציבורי בישראל המיוסד על עקרון המונוגמיה שולל יחסים אינטימיים מחוץ לנישואין. שמירת התא המשפחתי והצורך בחיזוקו, כבסיס לקיום החברה וצמיחתה, מחייבים לראות כל הסכם הפוגע במשפחה כבלתי מוסרי ובלתי חוקי. החוקים הסוציאליים ביחס ל"דועים בציבור" אינם מלמדים על סטייה של המחוקק מהסדר המונוגמי הקיים, אלא על קביעת שיפוי מעשי כתוצאה של מציאות חיים קיימת ותו לא.

#### 4. אין לקבוע את ערכי המוסר על פי דעת 'הציבור הנאור'

טענתו הנ"ל של השופט ויתקון, כי המוסר נקבע על פי "דעת הציבור, והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו"<sup>27</sup>, זכתה לביקורת נוקבת מהשופט קיסטר:<sup>28</sup>

בארץ, טרם ניתן פסקדין הקובע הלכות ברורות בדבר השאלה כיצד על בית-המשפט להגיע לכלל דעה מהו מוסרי ומהו בלתי-מוסרי. ב-ע"א 337/62... הועלתה על-ידי השופט ויתקון דעה שעל בית-המשפט לתת ביטוי ותוקף למה שנראה לו "כמשקף את דעת הציבור, והכוונה לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו". לצערי, קשה לי להסכים לגישה זו... השאלה המתעוררת היא כיצד, ובאיזו דרך, ייקבע בית-המשפט את ערכי המוסר?

אשר לערכה של ההשכלה, אינני חושב שיימצא אדם אשר יחלוק על החיוב שבה ועל היתרונות והטובות שהיא העניקה ומעניקה לאנושות. יחד עם זאת, אינני סבור שאפשר לייחס לה חשיבות כה רבה עד כדי כך שעל בית-המשפט יהיה לסמוך, בקביעת ערכי מוסר, אך ורק על דעותיו של החלק המשכיל והמתקדם של הציבור, כאמור, תוך כדי אי-התחשבות בערכי הדת והמסורת ובחוש המוסרי הבריא המפעם בקרב חלקים אחרים של הציבור.

כלום אפשר להתעקש היום ולטעון כי השכלתו של אדם היא בלבד עשויה להגן עליו ולחסן אותו מפני כל התנהגות שלילית והשפעת

27. ע"א 337/62.

28. ע"א 4/66.

דעות נפסדות? בעבר היו אמנם אנשים שהאמינו בסגולת הפלא של ההשכלה בת השמיים, כיפה למניעת כל פשע ומעשי עוולה אחרים בעולם. אך בזמננו, בתקופת השואה, כשניתן היתר אף למעשי רצח המוניים עלידי ראשיה של אותה מדינה שנחשבה לאחת מן המדינות הנאורות והמתקדמות, נתפסו גם רבים מחוגי המשכילים של מדינה זו ושל העמים שעזרו עלידה, לאותם רעיונות מעוותים ונפשעים שאין צריך להזכירם בזה...

דהיינו, טוען השופט קיסטר: היכן הייתה ההשכלה בשואה? כיצד התנהג "האדם הנאור" בצורה כל כך לא מוסרית? אם מפני רצח עם לא שמרה ההשכלה – איך ניתן לסמוך עליה בקביעת אמות מידה מוסריות? לדעתו יש להביא בחשבון את ערכי הנצח של עם ישראל, בקביעת המוסר הציבורי:

קיימת תורת ישראל שהיא יסוד תרבותו של עמנו. ראויה היא על-כן תורת ישראל שבארץ יתחשבו בה וינהגו בה בכובד ראש – על-כף פנים לא פחות מכפי שנוהגים כלפי כל דת או דעה אחרת. כידוע, דיני התורה רואים בנישואין יסוד מוסד למשפחה, ובעקבות זה לחברה בכללותה, מתייחסים בשלילה לחייאישות מחוץ לנישואין ורואים כעבירה חמורה ביותר חייאישות עם אשת-איש.<sup>29</sup>

## 5. המחלוקת המשפטית נובעת מתפיסות עולם

הנה כי כן, הגדרת המוסר הציבורי ו'תקנת הציבור' נתונים במחלוקת עמוקה בין שופטי בית המשפט. מדובר במחלוקת עקרונית הנובעת מתפיסות עולם, כפי שכותב פרופ' שחר ליפשיץ:<sup>30</sup>

שופטים ושופטות המזוהים עם עמדות חילוניות ליברליות, כגון השופטים חיים כהן, צבי ברנזון, והנשיא הנוכחי אהרן ברק, מצדדים בדרך כלל בעמדות המרחיבות את זכויותיהם של הידועים בציבור, ואילו שופטים שאיישו את כיסא "הדתי התורן" בבית המשפט העליון, כגון השופטים קיסטר, זילברג, אלון ושינבום, התנגדו באופן מסורתי להרחבת הזכויות של ידועים בציבור.

כלומר, אליבא דפרופ' שחר ליפשיץ, הקביעה המשפטית אם יחסים גופניים מחוץ לנישואין הם מוסריים או שאינם מוסריים, נוגדים את תקנת הציבור או

29. שם.

30. הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה, מבוא, עמ' 30.

שאינם נוגדים אותה – תלויה באג'נדה של השופטים ובתפיסת עולמם. רוב השופטים בבית המשפט הם בעלי עמדות חילוניות ליברליות ולכן נקבעת פסיקה ברוח עמדתם, הנותנת לגיטימיות לניאוף ולהרס המשפחה, אף על פי שאינה משקפת את דעת הרוב בעם ישראל.

לעומתו טוען השופט ברק<sup>31</sup> כי עמדת השופטים ביחס למוסר ול'תקנת הציבור' אינה תלויה באג'נדה, אלא מקצועית ואובייקטיבית: שופט מקצועי מסוגל לעמוד בנטל זה. חינוכו, ניסיונו והתרבות השיפוטית בה הוא חי הפנימו בו את ערכי העצמאות, אי התלות והיכולת להבחין בין ההשקפה האישית לבין דרישות התפקיד.

## 6. סיכום

לסיכומו של החלק המשפטי במאמר זה: בית המשפט העליון הוביל מדיניות של שינוי הגדרות המשפחה; ממערכת מקודשת ומחייבת, הפך בית המשפט העליון את המשפחה למערכת חופשית ולא מחייבת. אליבא דבג"ץ, המשפחה אינה כוללת נאמנות וחיוב הדדי של בני הזוג ליחסי אישות. בחלק הבא של המאמר נסקור את תפיסתה של תורת ישראל ביחס למשפחה.

## חלק שני: הגדרת המשפחה על פי התורה

על פי הגדרות התורה, המשפחה האנושית, שאינה יהודית, היא ברית טבעית, המתחילה ברצון האיש והאישה ומתפרקת כאשר אינם רוצים עוד בקיומה. במובחן מכך, המשפחה היהודית מתרוממת מהארציות אל הקודש. היא ברית קדושה המתחילה בקידושין ומתפרקת, מדין תורה, בגט הניתן מרצון הבעל, ולפי ההלכה הנהוגה כיום, כאשר שני הצדדים מסכימים לפרק אותה. התורה חידשה בה חיבור, קדושה, קניין, מצווה ושעבוד ביחס לחיי האישות.

בחלק זה של המאמר ננסה להגדיר את קשר האישות בין האיש לבין האישה על פי התורה. התורה מבחינה באופן מהותי בין משפחה בישראל לבין משפחה של בני נח. התורה מעמידה מודל משפחתי יציב ובר קיימא הן ליהודים והן לגויים. כדי לעמוד על משמעותם של המודלים השונים, הגדרתם ותוכן החיובים שבבסיסם, נבחן את מודל המשפחה הגויית, ואת מודל המשפחה הישראלית על פי התורה.

31. בג"צ מס' 693/91.

מתוך כך, נעמוד על השינויים בין שני המודלים ועל משמעותם, ועל מהות חיי האישות העולה מתוך הדברים, ונתבונן במשמעות החיבור, הקדושה, הקניין, המצווה והשעבוד שחידשה התורה ביחס לאישות בישראל.

### ג. הגדרת המשפחה בדיני בני נח

קודם מתן תורה, ההחלטה להינשא הייתה החלטה רצונית של האיש והאישה, והנישואין היו **ההגשמה בפועל** של החלטה זו כפי שמתאר הרמב"ם (הל' אישות פ"א ה"א):

קודם מתן תורה, היה אדם פוגע אישה בשוק; אם רצה הוא והיא לישא אותה – מכניסה לביתו ובועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאישה.

מימי האדם הראשון נצטוו הוא ובניו על העריות ובהן איסור אשת איש.<sup>32</sup> כיצד מוגדרת האישה כאשת איש בדיני בני נח? על כך כותב הרמב"ם (הל' מלכים פ"ט ה"ז):

**אחר שנבעלה לבעלה**; אבל מאורסה או שנכנסה לחופה ולא נבעלה – אין חיבין עליה, שנאמר: "והיא בעולת בעל".

דהיינו; לאחר שהתחילו היא ובעלה לחיות חיי אישות כנשואים בפועל. מדין התורה אישה שאינה יהודייה אינה מחויבת להישאר אשת איש, אלא ביכולתה לשנות את מצבה ולעזוב את בעלה (שם, ה"ח):

ומאימתי תהיה אשת חבירו כגרושה שלנו? **משיוציאנה מביתו וישלחנה לעצמה**, או **משתצא היא מתחת רשותו ותלך לה**; שאין להם גירושין בכתב, ואין הדבר תלוי בו לבד, אלא **כל זמן שירצה הוא או היא** לפרוש זה מזה – פורשין.<sup>33</sup>

כלומר, הגדרת בני זוג כנשואים חלה רק **בהימצאותם יחד**, ומותנית ברצון שניהם. אם שילחה האיש מביתו, או החליטה היא ללכת לדרכה – ממילא

32. סנהדרין נז, ב-נח, א.

33. ועי' חידושי הר"ן סנהדרין נח, ב, שכתב: "אבל ה"ר דוד ז"ל כתב בחידושו שקרוב הוא שנאמר שכן נח אין לו היתר לעולם בגירושין, כמו שאמר, אמר אלהי ישראל, לא ייחד הקב"ה שמו על הגירושין אלא על ישראל, אבל בשפחה זו שלא נעשית אשת איש בביאה כשאר בני נח אלא בכוח הייחוד שייחדה לו, בזו אמרו שהותרה בפריעת ראשה בשוק, שהייחוד שאסרה מתירה הפריעות. **וזו אינה ראייה בעיני**, דאפשר לומר דמאי דאמרינן שלא ייחד הקב"ה שמו על הגירושין היינו דווקא בגירושין שבכתב".

בטלו הנישואין.<sup>34</sup> הצו האלהי לבני נוח אומנם הגדיר את המשפחה בדיני העריות ובחייבים ההדדיים לאישות, אך השאיר אותה אנושית ורצונית. הגדיר את הדברים ר' מאיר דן פלוצקי, בספרו 'חמדת ישראל' (נר מצווה, קונטרס בשבע מצוות בני נח, אות יח):

בכל אשת חבירו, הרי בידה להפקיע את עצמה מבעלה. מכל מקום כל זמן שלא הפקיעה את עצמה, פשיטא שגם היא חייבת מיתה משום אשת איש שזינתה.

כלומר, נצטוו הגויים: "ודבק באשתו – ולא באשת חבירו" (סנהדרין נח, א), כל זמן הנישואין הרי היא אשת איש, ואסורה לנאוף.<sup>35</sup> הוסיף וכתב ה'מנחת חינוך' (מצוה לה, אות ד, מהדורת מכון ירושלים, אות כב):

בן נח באשת חבירו חייב משום שני דברים: משום גזל ומשום אשת חבירו.

דהיינו, ה'התחייבות מכללא' לאישות שבנישואי הגויים יוצרת בעלות על האישות ביחס לאחרים. ועל כך הוסיף הגר"מ חר"פ (מובא בעיניים למשפט למסכת קידושין, בסוף הספר, מכתבים והערות ג):

בבני נח כל חומר עריות דאשת איש, הוא מפאת הקניין שיש לבעלה עליה.<sup>36</sup>

ההשתעבדות של האיש והאישה לאישות, ה'התחייבות מכללא' שלהם, היא היוצרת את האיסור כלפי העולם. מודל המשפחה הגויית על פי התורה מתחיל אפוא מרצון משותף, מייצר חיוב הדדי כל עוד הקשר קיים,<sup>37</sup> ומאפשר את

34. הגדרה זו נשארה בבני נח גם לאחר שניתנה תורה.

35. עי' סנהדרין נז, ב-נח, א.

36. ולדעתו, הקניין המדובר הוא שעבוד למעשה ידיה ולא קניין הגוף.

37. **הערת הרב מיכאל פואה:** מקריאה של המקורות עולה בפשיטות שבדיני בני נח אין שוויון בין המינים: לאיש מותרת ביגמיה ואילו האישה אינה רשאית להינשא לשני גברים. הנישואין שם מגדירים את קניין האישה לבעלה ולא את חובותיו כלפיה. לא מצאנו חיובי שאר, כסות ועונה אצל הגויים! ולאור זה, אם הנישואין בדיני בני נח הם בעלות של הבעל על גופה של אשתו, מהו המקור לטענה שיש ביניהם השתעבדות הדדית, כפי שהיא נהוגה בדיני ישראל?

**תשובת הכותב:** דעת הרבה מרבותינו האחרונים, כפי שהובאו דבריהם בהע' 72 להלן, היא שאין לגוי קניין הגוף באשתו. העובדה שגם האישה יכולה להפסיק את הנישואין בכל עת מלמדת שאין כאן קניין הגוף. החיוב ההדדי לאישות נוצר בהסכמתם לנישואין, שעל דעת כן נישאו. הצורך לעגן בחוק את זכויות האישה נדרש דווקא בדיני ישראל, בהם מעיקר דין תורה הבעל יכול לגרש את אשתו אפילו בעל כורחה ואילו היא אינה יכולה לכפות עליו גירושין. ואכמ"ל. ביחס לחיוב עונה, אכן יש מה להתבונן בדבר. אולם יש מקום ללמוד על חיוב עונה בבני נח מן הפסוק (בראשית לא,

סימומו של קשר הנישואין. מודל זה מקנה למשפחה יציבות ומבטיח את יישובו של עולם ובד בבד משמר את יכולת ההיפרדות במקרה של היעדר רצון בקשר המשפחתי.

## ד. הגדרת המשפחה בישראל

### 1. קידושין - חיבור והקדש לפני הנישואין

התורה חידשה שיש לעגן את הנישואין במסגרת מקודשת, מחברת ומחייבת על ידי מעשה הקידושין,<sup>38</sup> כפי שמבאר הרמב"ם בהמשך דבריו (הל' אישות פ"א ה"א-ה"ג):

כיון שניתנה תורה נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אישה, **יקנה אותה** תחילה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאישה, שנאמר: **"כי יקח איש אישה ובא אליה". וליקוחין אלו, מצוות עשה של תורה הם... וכיון שנקנית האישה ונעשית מקודשת, אף על פי שלא נבעלה ולא נכנסה לבית בעלה – הרי היא אשת איש והבא עליה חוץ מבעלה חייב מיתת בית דין ואם רצה לגרש צריכה גט.**

דהיינו: לפני הגעת האישה לביתו של האיש ותחילת חייהם המשותפים, **ציוותה התורה ליצור ביניהם חיבור קיומי ומקודש**,<sup>39</sup> המבטא את הייעוד הנצחי של ביתם ההולך ונבנה. על כל איש ואישה הרוצים לחיות יחד מוטל ליצור קודם לכן חיבור מהותי ביניהם. הקידושין מוגדרים כהחלת 'הקדש' על גוף האישה,<sup>40</sup> האוסר אותה לאישות על כל העולם – אף על פי שעדיין אינה

(1): "אם תענה את בנות", שאמר לבן ליעקב אבינו, אותו מפרש רש"י: "למנוע מהם עונת תשמיש". ביחס לביגמיה שהותרה לאיש, נכון הדבר שהתורה לא השוותה בזה בין איש לאישה, לא בגויים ולא בישראל. מכל מקום, כאשר מתחתנים יכולה האישה להתנות את הסכמתה להינשא בכך שלא יישא אחרת נוסף עליה, וכיום התניה זו קיימת בסתמא.

38. **זכר יצחק**, ס' יח: "דיסוד הדין בקידושין הוא שהתורה חידשה שיקנה אותה תחילה בעדים, ולא בייחוד כמו שהיה קודם מתן תורה... שאם ירצה לגרשה בעי גט ובייחוד סגי באמירה, והבא עליה חייב מיתה וע"י ייחוד לא היה בישראל חיוב מיתה, והיינו דהתורה רצתה שיהא קנין חזק שיהיה בו חיוב מיתה".

39. 'שם משמואל' שמיני עצרת תרע"ד: "וקידושי אישה לדעתי אינם מעניין זה כלל, שהרי איננו קונה מאומה שום קנין אישות, רק בנישואין ולא בקידושין, ועניין קידושי אישה הוא שבנתינתו אליה דבר היא מתחברת בו, והגם שמכירה נמי עכ"פ בשעת הנתינה מתחברין, אבל אח"כ זה פונה לכאן וזה לכאן, אבל קידושי אישה שכל עניין הנתינה הוא החיבור, נשאר חיבור זה לעולם ואפילו נתאכלו המעות". ועי' עוד 'שם משמואל', שמיני עצרת תרע"ח.

40. עי' נדרים כט, א: "א"ל רב המנונא: קדושה שבהן להיכן הלכה? ומה אילו אמר לאישה היום את אשתי ולמחר אי את אשתך, מי נפקא בלא גט? א"ל רבא: מי קא מדמית קדושת דמים לקדושת

חיה בפועל עם בעלה, והוא לא זכה עדיין באישות שלה<sup>41</sup> – ומייחד ומתיר אותה לאיש המקדש ולו בלבד.<sup>42</sup> האישה שהחליטה להינשא לאיש, מבטלת דעתה אליו ומאפשרת לו להקדישה לחיי משפחה איתו.<sup>43</sup> היא אוגדת עצמה אליו בצורה קבועה ומוחלטת לבניין בית מקודש שבו תשרה השכינה. היתרה לבעלה הוא לצורך הקידוש של בניין משפחה והשראת שכינה, כהיתר קודשים לאלו השייכים לקדושה.<sup>44</sup> סטייה של האישה מקדושתה למשפחה מוגדרת כמעילה וכטומאה; מעילה בבעלה ובקב"ה,<sup>45</sup> וטומאה האוסרת אותה על בעלה ומונעת ממנה את החיבור המקודש שהיה ביניהם.<sup>46</sup> קדושת המשפחה נובעת מהיותה חלק מקהילה עם ייעוד. וכך כותב הגר"ד סולוביצ'יק:

חברי התא המשפחתי הם חלק מקהילה אדירה, אינסופית, של המסורת אשר ייעודה להנחיל את הברית מדור לדור, ממאה אחת של שנים למאה שאחריה, מאלף לאלף. כל בית אב בקהילה זו מסור לאותו אידיאל – לקיחת חלק במצעד הדורות לקראת היום האחרון שבו ייגאל כל היצור וייכון קשר בל יינתק לעולם בין אדם לאלהים.<sup>47</sup> התורה הגדירה את הנישואין מחדש; מחוזה אנושי הניתן להפרה בכל רגע נתון, הפכה התורה את הנישואין למסגרת מקודשת ומוחלטת בצוותה להקדים לנישואין חיבור קיומי והקדש של האיש באישה. על פי התורה, הזוגיות מכילה שותף שלישי, הקב"ה – 'שכינה ביניהם', וקשר הנישואין מקבל תוקף אלהי. הקידושין הם פעולה משפטית פורמלית ומחייבת היוצרת את הגדרת האישה

---

הגוף? קדושת דמים פקעה בכדי, קדושת הגוף לא פקעה בכדי".

41. שו"ת אבני נזר אה"ע סי' תל: "דבארוסה אין להבעל בה עכשיו קנין גמור. וראיה, דבנשואה אינה יכולה לאסור התשמיש על בעלה וארוסה יכולה, רק דארוסה הוי קנין לענין זה אוסר אותה על העולם והוא יכול לקנות אותה; אבל כוח יש לה דאינה אכתי של בעלה".

42. איסור ארוסה לבעלה בבית אביה הוא רק מדרבנן – עי' רמב"ם הל' אישות פ"י ה"א.

43. ר"ן נדרים ל, א ד"ה ואישה נמי: "אלא מכיוון שהיא מסכמת לקדושי האישה היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו".

44. עי' תוס' הרא"ש קידושין ב, ב ד"ה דאסר לה, בשם הרמ"ה; וכן ביד רמ"ה קידושין שם, מהדורת מכון אופק: "דהכי קאמר, הרי את מקודשת לי ליאסר לכו"ע, מה הקדש מותר לראוי לו ואסור לאחרים, כגון קדשי קדשים שמותרים לזכרי כהונה טהורה ואסורים לאחרים, אף אישה זו הותרה לבעלה ונאסרה לאחרים בקידושין אל".

45. רש"י במדבר ה, יב: "איש איש – ללמדך שמועלת בשתיים, באיש מלחמה שלמעלה ואישה מלמטה".

46. כוזרי ג, מט: "אמר החבר, הטומאה והקדושה שני עניינים זה כנגד זה, לא ימצא האחד אלא בהימצא השני, ומקום שאין קדושה אין טומאה, כי ענין הטומאה איננו כי אם דבר שאסר על בעליו לנגוע בדבר מדברי הקדושה ממה שהוא מקודש לאלהים". ועי' שו"ת אבני נזר אה"ע סי' צג וסי' רמ.

47. הרי"ד סולוביצ'יק, איש וביתו, עמ' 45.



כאשת איש, אף שעדיין אינה בבית בעלה ולא נבעלה לו. מעשה הקידושין גורם לכך ששוב אין פוקעים הנישואין כאשר בני הזוג נפרדים, אלא רק כאשר נעשה מעשה הגירושין, שגם הוא יוצר מבחינה משפטית את היתר האישה וקניינה את עצמה. דהיינו; התורה יצרה בקידושין חיוב ומסגרת המקדשים את המשפחה, מגדירים את מהותה מחדש, ומבטיחים את קיומה לאורך ימים ושנים.

מעשה הקידושין נקרא בפי חכמים (קידושין ב, ב) קניין. האישה היא הבעלים על קידושיה ואינה מתקדשת אלא לרצונה, אבל מזמן שהתקדשה אגודה היא לבעלה. שוב אין היא בעלים על האישות שלה עד שתקנה את עצמה בגט או במיתת הבעל.<sup>48</sup> יצירת הקידושין תלויה בהסכמתם המוחלטת של האיש והאישה, אבל לאחר שנוצרו הקידושין ברצון שניהם – ביטול הרצון אינו מבטל את הקידושין. עניין הקניין בקידושין וגדרו הוא קניין אהבה וחמדה מיוחדת. **תואר הנאמר על הדבר שיתייחד ויתאחד**, ויהיה נאהב לקונה אותו.<sup>49</sup> בקידושין אין האיש קונה מאומה באישה, אלא יוצר חיבור שלה אליו על ידי נתינתו אליה ואמירתו: "הרי את מקודשת לי". הגדרת המקודשת כ"קניין כספר" של המקדש אין עניינה ממון, אלא חיבור שנעשה על ידי כסף.<sup>50</sup>

## 2. הנישואין בישראל

אמרה תורה (דברים כד, א): "כי יקח איש אישה ובעלה", ולמדנו במכילתא דר' ישמעאל (משפטים – מסכתא דנזיקין פר' ג):<sup>51</sup>

**"ועונתה" – זו דרך ארץ** ... דברי ר' יאשיה. ר' יהונתן אומר: ... **דרך ארץ** מנין? אמרת ק"ו, ומה דברים שלא נישאת עליהם מתחילה, אינו רשאי למנוע הימנה; **דברים שנישאת עליהם מתחילה**, דין הוא שלא יהא רשאי למנוע הימנה!

יחסי האישות בין האיש לאשתו הם עיקר הנישואין. מהות הנישואין בישראל היא ההסכמה ההדדית לקבל את החיוב לחיות חיי אישות, האיש עם אשתו

48. ר"ן לרי"ף, ריש קידושין, א, א, ד"ה האישה נקנית.

49. עפ"י פרקי משה אבות פ"ו מ"י.

50. עי' קובץ הערות סי' מז אות ז: "וצ"ל דבקנין כספו נכללו שני דינים. א) עבדו, שהוא קנוי לו כשורו וחמורו, וזהו נקרא קנין כספו, שיש לו בו קנין כסף. ב) אשת כהן, שאין לו בה קנייני ממון כלל מדאורייתא, התם על כרחך צריך לפרש קניין כספו, שקנאה בכסף".

51. וכן הובא בתוספות (כתובות מח, א ד"ה רבי אליעזר): **"דרך ארץ** מנין? אמרת קל וחומר, ומה דברים שלא נישאת עליהם לכתחילה אינו רשאי למנוע ממנה, **דברים שנישאת עליהם לכתחילה**, אינו דין שאינו רשאי למנוע ממנה".

כדרך כל הארץ. בהחלטה להינשא מתחייבים האיש והאישה לחיי אישות לאורך ימים ושנים. זהו חיוב שאינם יכולים לחזור ממנו, אלא אם כן נאנסו ואינם יכולים לעמוד בו.<sup>52</sup> האיש המתנער מחיובו נקרא 'מורד' והאישה המתנערת מחיובה נקראת 'מורדת'.<sup>53</sup> חיי האישות הם הביטוי הפיזי לקשר הנפשי העמוק בין שניהם, לאהבה ההדדית והרצון לנתינה אין קץ הממלאים את ליבם, ולהיותם שותפים בבניין בית ישראל. כלומר, בעצם הנישואין מונח החיוב לחיי אישות.

מהו הגדר של **חיוב-מכללא** זה לחיות חיי אישות בנישואין?  
מדוע אין האישה יכולה לחזור בה מהתחייבותה?  
מדוע האוטונומיה האישית, הבאה לידי ביטוי בדין התורה, המאפשר לפועל לחזור בו מהסכמתו לעבוד אפילו במהלך העבודה,<sup>54</sup> אינה קיימת בנישואין?  
עיון במחלוקת הראשונים בהגדרת המחויבות לאישות בנישואין כקניין או כשעבוד יוביל אותנו להבנת העניין.

### 3. החיוב לאישות מדין קניין ומצוות עונה

חיי האישות בישראל הוגדרו על ידי התורה. בנישואין קונה האיש את האישה לעניין האישות שלה.<sup>55</sup> קניין זה מתבטא בכך שעקרונית הוא יכול לבוא עליה

52. **הערת העורך** (ע"א): יש להעיר שאם הבעל אנוס ואינו יכול לקיים את מצוות עונה לאורך זמן, זוהי עילה לגירושין. וכך נפסק בשו"ע אה"ע עו יא: "ואם חלה או תשש כוחו ואינו יכול לבעול – ימתין שישה חדשים עד שיבריא, שאין לך עונה גדולה מזו; ואחר כך או יטול ממנה רשות או יוציא ויתן כתובה". לעומת זאת, אם האישה אינה יכולה לקיים את החובה המוטלת עליה, אין לראות בכך עילה לגירושין. עי' שו"ע אה"ע קיז א: "אבל אם אירע לה חולי זה (=להיות רואה מחמת תשמיש) אחר שנשאת – נסתחפה... (כלומר: נפסדה ונאבדה למזלך) שדהו...".

53. כתובות סג, א.

54. שו"ע חו"מ שלג ג: "התחיל הפועל במלאכה, וחזר בו בחצי היום, חוזר, ואפילו קבל כבר דמי שכירותו ואין בידו לשלם לבעל הבית, יכול לחזור בו והמעות חוב עליו, שנאמר: כי לי בני ישראל עבדים (ויקרא כה, נה), ולא עבדים לעבדים".

55. ר"ן נדרים כ, ב, ד"ה התורה התירתך: "דכתיב, **כי יקח איש אישה – שהיא לקוחה לו לעשות בה כל חפצו**. וכתב הרמב"ם ז"ל בפרק כ"א מהא"ב (ה"ט) ובלבד שלא יוציא שז"ל".

וכתב המחנ"א, הל' נדרים סי' כא, בדעת הרמב"ם: "אבל מדברי הר"מ ז"ל בפ"ב מהלכות נדרים נראה דמדינא לא חייל האיסור על בעלה, שכן כתב, 'האישה שאמרה לבעלה הנאת תשמישי אסורה עליך – א"צ להפר, הא למה זה דומה? לאוסר פירות חברו על חברו בעל הפירות'. ואח"כ כתב, 'אמרה יקדשו ידי לעושיהן או שנדרה שלא יהנה ממעשה ידיה – אינו נאסר במעשה ידיה מפני שידיה משועבדו לו שאע"פ שאמרו ההקדש מפקיע מידי שיעבוד חכמים עשו חיזוק לשיעבוד הבעל מפני שהוא מדבריהם, עכ"ל. משמע מדבריו אלו דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד זולת במידי דדבריהם מפני שצריכים חיזוק. והא דכתב ברישא באסרה תשמישה על בעלה דאין צריך להפר, ואף על פי דלא הוי מדבריהם, ה"ט כמ"ש דדמי לאוסר פירות חברו וכו' דגופה קנוי לו; לכך ולא

בכל עת שירצה,<sup>56</sup> ובכל אופן שירצה.<sup>57</sup> כפי שכתב הנצי"ב:<sup>58</sup> "אישה שהיא קנויה לו היא מחויבת להזקק בכל עת שירצה". הקניין יוצר חיוב של האישה לבעלה לאישות, חיוב הנכפה בבית דין על ידי קנס ממוני.<sup>59</sup> הקניין מתבטא גם בכך, שאין האישה יכולה להדיר את בעלה מלשמש איתה; למדנו בגמרא (נדרים טו, ב), שאם אמרה: "קונם הנאת תשמישי עליך" – כופין אותה ומשמשת". בהסבר הדברים כתב הרמב"ם (הל' נדרים פ"ב ה"ט): האישה שאמרה לבעלה הנאת תשמישי אסורה עליך – אינו צריך להפר. הא למה זה דומה לאוסר? פירות חברו על בעל הפירות. דהיינו, בנישואין הקנתה האישה את האישות שלה לבעלה, ומכאן נובע שאינה יכולה לאסור עצמה עליו.<sup>60</sup> לשיטת הרמב"ם, הנדר שלה אינו חל כלל ועיקר

---

**דמי למעשה ידיה דאין ידיה קנויות לו,** וכמ"ש התוס' בר"פ הזורק. ונמצא לפי דעת הרמב"ם ז"ל, דאסרה הנאת תשמיש על בעלה, מדינא לא חייל האיסור. וא"ש לפי זה מ"ש אין צריך להפר; דאילו לדעת שאר המפרשים, דס"ל דמדינא חייל אלא דאלמוה רבנן וכו' – קשה עדיין, דליפר לה שמה יגרשנה ואסורה לחזור לה. שו"ת משיב דבר ח"ד סי' לה.

56. כדברי הרמב"ם (הל' אישות פ"י ה"ב): "בועל בכל עת שירצה ומנשק בכל אבר ואבר שירצה".  
 57. שם, הל' איסורי ביאה פכ"א ה"ט. הגדרה זו היא ההגדרה הקניינית של האישות, אולם השו"ע, בהל' צניעות, אר"ח סי' רמ, סעי' ד, פסק: "אסור להסתכל באותו מקום, שכל המסתכל שם אין לו בושת פנים, ועובר על: 'והצנע לכת', ומעביר הבושה מעל פניו, שכל המתבייש אינו חוטא, דכתיב: 'ובעבור תהיה יראתו על פניכם' זו הבושה, 'לבלתי תחטאו' ועוד דקא מגרה יצר הרע בנפשיה, וכל שכן הנושק שם, שעובר על כל אלה ועוד, שעובר על: 'בל תשקצו את נפשותיכם'".  
 58. שו"ת משיב דבר שם: "אשר ביקש לבוא שנית בענין קנין אישה לבעלה מה היא, ולמה ולא יזהה תכלית נקיית. וזה דברי במכתב הקודם... דמה"ת הן אין לאיש על אשתו שום קנין כי אם לאישות בלבד, אבל זולת אישות אין לבעל שום קנין; ולכן אם נדרה ואמרה הנאת תשמישי עליך א"צ להפר וכופה ומשמשו משום שלזה היא קנויה לבעלה... ומה שכתוב בתורה כי הוא קנין כספו, וכן מה שנמצא דאשתו של אדם הוי כעבדו ושפחתו – הכוונה, כמו עבדו ושפחתו הכוונה למעשה ידיהם, כך אשתו לאישות ולא זולת. וההוכחה הפשוטה לזה ממה שפשוט לחז"ל דעפ"י התורה אין מעשה ידי אישה לבעלה, ומאין למדו זאת? וכי מבואר בתורה שכן הוא?! והלא כתיב בה 'קנין כספו' כמו בעבד ושפחה, ומנלן שאין מעשה ידיה לבעלה? ולהיפך, מנלן דמשועבדת אשתו לבעלה ואינה יכולה לאסור עצמה על בעלה? הא אצלה אין כתיב אזהרה שלא תמנע ממנו הנאת תשמישיה, ומנלן שהיא מחויבת להזקק לו? ודלמא קנין כספו הוא לשאר דברים כמו שפחתו! אלא הוא דבר ברור ומושכל ראשון, דמשמעות 'כי יקח איש אישה' הוא למה דמסיים הכתוב 'ובעלה' או 'ובא אליה' ולא יותר, מזה למדנו דלזה הפרט היא קנויה לו כמו שפחה לעבודה ולא יותר... וקנין אישה לאיש בעניני אישות הוא מועיל, לא מבייא לדעת הרמב"ם שאסור לבעול פנויה; אפילו לדעת החולקים אינו אלא רשות, אבל אינה מחויבת להיזקק לו, ואם הוא מאנסה ח"ו חייב לשלם בושת ופגם, והרי הוא כגזולן ו'כאשר יקום איש על רעהו והיכה', משא"כ אישה שהיא קנויה לו היא מחויבת להיזקק בכל עת שירצה ואם אינה מזדקקת לו ברצון יכול לכופה כמו שהאדון כופה שפחתו לעשות מלאכתו...".

59. רמב"ם הל' אישות פ"ד ה"ט-ה".  
 60. בשטמ"ק, נדרים טו, ב, גם הסביר כשיטת הרמב"ם: "האומרת לבעלה תשמישי יאסר עליך כופין אותה ומשמשו דלא מצי פקע שעבודה **שהיא קנויה לו לתשמישו** כדכתיב 'כי יקח איש אישה'".

מן התורה ולכן אין הבעל צריך להפר אותו מכיוון שגם אם יגרשנה לא יחול הנדר, ואם ירצה יוכל להחזירה.<sup>61</sup>

חיוב האיש לחיי האישות נובע ממצוות "ועונתה לא יגרע" (שמות כא, י), שנצטווה האיש שלא למנוע מאשתו חיי אישות כדרך כל הארץ. הבעל מחויב לחיות חיי אישות עם אשתו כדרך כל הארץ בהתאם לתנאי חייו, מקצועו וכוחו.<sup>62</sup> המצווה יוצרת שעבוד<sup>63</sup> על הבעל, ואסור לו לבטל עונה שלא בהסכמתה של אשתו.<sup>64</sup> גם הוא אינו יכול לידור ולהישבע שלא ישמש עימה מכיוון שמוטל עליו חיוב העונה, ולכן שבועתו שבועת שווא ונדרו אינו חל.<sup>65</sup> מצד אחד אמרה התורה שהבעל קנה את האישות של אשתו וממילא היא שלו לאישות ומחויבת לו, ומצד שני שעבדה התורה במצווה את הבעל לאשתו וחייבה אותו לחיי אישות איתה.

זכות הבעל לאישות וקניינו לחיי אישות עם אשתו הוכונו על ידי חז"ל לדרך הקדושה והמידות המתוקנות; על פי גדר הקניין שבאישות היה הדין אומר שרשאי אדם לכופ אשתו לתשמיש,<sup>66</sup> אך למרות המוחלטות הקניינית, באו חכמים ואסרו על האדם לבוא על אשתו בכוח,<sup>67</sup> וכן אסרו עליו להטיל עליה אימה ולבוא עליה "על כורחה והיא יראה ממנו".<sup>68</sup> איסור זה שקבעו חכמים הוא מדרכי הקדושה והמידות המתוקנות ואינו נובע מהגדרת הקניין שבנישואין. ההלכה ביחס לתנאים לקיום יחסי האישות אינה בנויה רק על ההגדרות הקנייניות המוחלטות של האישות שבנישואין, אלא גם על דרך היורש והקדושה, דהיינו ההליכה בדרכי ה'.

#### 4. החיוב לאישות מדין שעבוד הדדי

הרשב"א (נדרים טו, ב ד"ה ואמר) ביאר את דברי הגמרא בדרך שונה. לדבריו,

61. באומרת "יקדשו ידי לעושיהן" הנדר חל מדאורייתא, דהקדש מפקיע מידי שעבוד, אלא דאלמוהו רבנן לשיעבודיה דבעל בזמן הנישואין, ומ"מ אם יגרשה יקום הנדר ולכן אמרו חכמים שיפר לה. המחנ"א, הל' נדרים סי' כא, ביאר כך את שיטת הרמב"ם, וכתב שכן נראה מדברי הב"י ביו"ד סי' רלד.

62. רמב"ם הל' אישות פי"ד ה"א.

63. נדרים טו, ב.

64. רמב"ם הל' איסורי ביאה פכ"א ה"א.

65. שם הל' אישות פי"ד ה"ו.

66. גם את האיש ניתן היה לכופ לקיים מצוות עונה.

67. שם פט"ו ה"ז.

68. שם הל' איסורי ביאה פכ"א ה"ב.

בקידושין גוף האישה אינו נקנה לבעלה קניין ממוני<sup>69</sup> אלא 'קניין איסור'<sup>70</sup> בלבד, האוסרה על כל העולם ומצריכה גט בגירושין. לאחר מכן, בנישואין, משתעבדים האיש והאישה זה לזה לתשמיש – **"שעי כך עמדו ונישאו"**. ביאורם של דברים:

שעבוד זה ליחסי אישות... נובע מהשתעבדות הדדית בין בני הזוג ליחסי אישות... **עצם החיוב של האישה נובע כתנאי-מכללא מן הנישואין... האישה חייבת להסכים, ובמובן זה היא "משועבדת" להסכים**, ואי קיום החיוב ע"י האישה גורר סנקציות, אמנם לא ע"י כפייה פיזית, אבל ע"י נקיטת צעדים משפטיים שקבעו חכמים לאישה המורדת בבעלה. היא עלולה להפסיד את כתובתה ואת שאר זכויותיה, ועלולה להתחייב בקבלת גט.<sup>71</sup>

שעבוד זה הוא שאינו מאפשר לאישה לאסור את בעלה מתשמיש. לשיטתו, יש לדון אם נדר האישה, 'הנאת תשמישי אסורה עליך', אינו חל מדאורייתא, או שמדאורייתא חל הנדר אלא שחכמים חיזקו את שעבודו של הבעל ולכן הנדר לא חל כל זמן שהיא עדיין משועבדת לבעלה, אבל יחול לאחר הגירושין. הפרישה (י"ד ס' רלד ס"ק קי) והש"ך (שם, ס"ק פב) סוברים שאכן הנדר יחול לאחר גירושין, והט"ז (ס"ק סג) חולק עליהם וסובר שאין הנדר חל כלל. לדעתו: "במה שגופה משתעבד לבעל לתשמיש... לא מהני לשון הקדש או קונם להפקיע חוב שלו עליה". שעבוד האישה לבעלה לתשמיש, הוא **'שעבוד הגוף'** ואינו דומה לשעבוד גוביינא בעלמא. שעבוד לגוביינא יכולים ההקדש והקונם להפקיע, אך מול שעבוד הגוף אין הם חלים כלל. שעבוד הגוף עניינו **שמחייב את עצמו למלא את חובתו**, דהיינו במקרה דנן קיבלו על עצמם את החיוב לחיות חיי אישות יחדיו.

לשיטה זו של הרשב"א, החיוב לאישות נובע מ'**שעבוד הגוף' לחיות חיי אישות, שקיבלו האיש והאישה על עצמם בנישואיהם**. הם מתחייבים לחיות חיי אישות כדרך כל הארץ ולכן אין להסיק 'חיוב מכללא' המאפשר לבעל לבוא על אשתו בכפייה.

69. עי' חידושי הרשב"א קידושין ו, ב ד"ה אילימא, חידושי הרמב"ן קידושין טז, א ד"ה זאת.

70. עי' חידושי הרשב"א קידושין טז, א ד"ה אמר.

71. פרופ' נחום רקובר, 'יחסי אישות בכפייה בין בעל לאשתו', שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"ם), עמ' 295-317.

## ה. הנישואין - בין ישראל לעמים

כפי שראינו, הבדילה התורה באופן משמעותי בין נישואי גויים לבין הנישואין בישראל. גם אצל הגויים קיים קשר אישות במשפחה היוצר התחייבות בין האיש והאישה ואוסר את האישה על שאר העולם, אך אין קידושין וגירושין, ולא הוטל עליהם חיוב להתמיד בחיי הנישואין. הנישואין מתחילים מרגע שהאיש והאישה חיים בפועל ביחד כמשפחה, ונפסקים כאשר אחד מהם מחליט לפרק את המשפחה וללכת לדרכו. התורה השאירה אותם אוטונומיים גם בנישואין, שלא כמו בישראל.

### 1. קניין הגוף מול ייחוד לאישות

האחרונים הגדירו את ההבדל בין הקידושין בישראל לבין האישות בגויים. בישראל חידשה התורה 'קניין הגוף' של האיש באשתו, ואילו בגויים אין קניין הגוף אלא ייחוד לנישואין, היוצר 'קניין למעשה ידיים' – שהוא חיוב מעשי בעניין האישות. דהיינו, עצם ההסכמה להינשא כוללת 'חיוב מכללא' לחיות חיי אישות – חיוב היוצר 'שעבוד הגוף' על האיש והאישה לקיימו. לכן בישראל אין גירושין אלא בגט, ואילו אצל הגויים די באמירה השוללת את הנישואין וביציאה מביתו. גם אצל הגויים קיימת התחייבות מכללא לחיי אישות בנישואין, אך מכיוון שאין בנישואיהם קניין הגוף, ניתן לצאת מהם בחופשיות.<sup>72</sup>

72. **חמדת ישראל**, נר מצווה, קונטרס בשבע מצוות בני נח, אות י': "אך האמת היא דזה תליה (תלוי) בקניין בן נוח באשתו: אם הוא קנין הגוף כמו שיש לישראל באשתו, או רק קנין פירות, כמו שקונה אדם למעשה ידיו. דאי נימא דהיא קנין הגוף וזה לא פקע בכדי, וצריך קרא להתיר, ולפי"ז בב"נ דליכא קרא להתיר, ממילא לא מהני הגירושין. משא"כ אי נימא דאין לו קנין הגוף באשתו, מסברא דיכולין להתפרד זה מזה. ונראה שזה כוונת הרמב"ם ז"ל, כיוון דחזינן דמהני גירושין, על כרחך דאין לו אישות רק קניין למעשה ידיו".

**זכר יצחק**, סי' יח: "דיסוד הדין בקידושין הוא שהתורה חידשה **שיקנה אותה** תחילה בעדים ולא בייחוד כמו שהיה קודם מתן תורה... שאם ירצה לגרשה בעי גט ובייחוד סגי באמירה, והבא עליה חייב מיתה וע"י ייחוד לא היה בישראל חיוב מיתה; והיינו דהתורה רצתה שיהא קנין חזק שיהיה בו חיוב מיתה". ושם, סי' סד: "דדיני בני נח בקידושין מחולקים מדיני ישראל... דשם היה בגדר ייחוד דלזה יכולים לחזור בהם דמגרשים זה את זה, ואצלנו הוא קנין".

**משאת משה** סי' כה: "פלוגתא מפורשת באישות דב"נ. שיטת רש"י דלא הוי גדר קנין כקידושין... אבל הר"ן ס"ל דגם בב"נ הוי קנין כקידושין בישראל... ושיטת הרמב"ם... דע"י ייחוד לאישות נעשית אשת איש והוי כגדר חופה דישראל, דיש להם לעכו"ם נישואין בלי אירוסין... והא דאמרו בגמ' בבני נח, 'בעולת בעל יש להם נכנסה לחופה אין להם' – היינו דבישראל הוי נישואין בייחוד לשם ביאה גם בלי ביאה, ובעכו"ם הנישואין רק ע"י ביאה, שע"י ביאה לשם אישות הוי הייחוד לשם אישות ונעשית אשתו".

אף על פי שאין קניין הגוף באישות הגויים וניתן לצאת מהנישואין שלהם בחופשיות, האישות שלהם יוצרת התחייבות בין האיש והאישה ואיסור אשת איש כלפי העולם.

ההבדל המהותי בין ישראל לעמים מבואר בדברי ר' מאיר דן רפאל פלאצקי, בספרו 'כלי חמדה' (פר' וארא, ב), בבואו ליישב את הסתירה בין דעת הרמב"ם המובאת לעיל, שלפיה אין להם צורך בגירושין, לבין המובא בירושלמי,<sup>73</sup> שאינם יכולים להתגרש כלל:

לכן נראה לענ"ד, דיש נפקא מינה בזה בין קודם מתן תורה לאחר מתן תורה. ונאמר כיון דכתיב בקרא: **"ודבק באשתו והיו לבשר אחד"** – נראה דהוי חיבור גמור, ואינו נפרד לא ע"י מיתה ולא ע"י גירושין. אמנם, זה דווקא קודם מתן תורה, שהיה בן נח מצווה בפרו ורבו והיה עליו החיוב להדבק באשתו והיה חיבורן חיבור. אמנם לאחר מתן תורה, שניטל מהם מצות פרו ורבו, וניתנה רק לישראל ואין להם מצוה באישות כלל (עיין סנהדרין נט) שוב הוי רק כקניין בעלמא, לכן מי שירצה, יכול לבטל הקניין. משא"כ קודם מתן תורה, שהיו מצווין על פרו ורבו והיה נשיאתם מצוה להעמיד דורות, הוי חיבור גמור ולא יתפרד, כיון דהתורה הקדושה לא גילתה שום מתיר, ורק בישראל לאחר מתן תורה עשאה התורה הקדושה מזה הקדש, וגילתה דמהני מיתת הבעל וגירושין, שתהיה מותרת להינשא לאחר אע"ג שהוא חיבור גמור.

לפי דבריו, שאלת הגירושין תלויה במהות הנישואין; אם יש לנישואין תכלית וייעוד של מצוות פריה ורביה – אזי הם חיבור קיומי בין האיש לאישה שנעשים 'לבשר אחד', חיבור שאי אפשר להפרידו אלא אם כן גילתה זאת התורה בפירוש. קודם מתן תורה היו כל בני נח מצווים במצוות פרו ורבו, החיבור בין האיש לאישה היה קיומי ולא היו להם גירושין. במתן תורה ניטלה המצווה

73. ירושלמי קידושין פ"א ה"א (לפי גרסת קרבן העדה ושינויי נוסחאות): "הרי למדנו גוים אין להן קידושין. מהו שיהא להם גירושין? ר' יודה בן פזי ור' חנין בשם ר' חונה רובה דציפורין, או שאין להן גירושין או ששניהן מגרשין זה את זה. ר' יוחנן דצפרין ר' אחא ר' חנינא בשם ר' שמואל בר נחמן, (מלאכי ב, טז) 'כי שנא שלח' וגו', עד 'אמר ה' אלהי ישראל' – בישראל נתתי גירושין, לא נתתי גירושין באומות העולם. ר' חנניה בשם ר' פינחס, כל הפרשה כתיב 'ה' צבאות' וכאן כתיב 'אלהי ישראל' ללמדך שלא ייחד הקב"ה שמו בגירושין אלא בישראל בלבד. מילתיה דר' חייה רבה אמרה, גויים אין להן גירושין, דתני ר' חייה, בן גוי שגירש את אשתו והלכה ונישאת לאחר וגירשה ואחר כך נתגיירו שניהן – אין אני קורא עליה 'לא יוכל בעלה הראשון אשר שילחה לשוב לקחתה', ותני כן, מעשה בא לפני רבי והכשיר".

מהגויים וניתנה לישראל, ומעתה אין הנישואין אצל הגויים מצווה, אלא קבלת חיוב לחיי אישות, היכולה להסתיים ברצון אחד הצדדים, ואילו ישראל המצווים בפריה ורביה – נישואיהם נחשבים כ'הקדש', ואין חיבור האישות ביניהם נפרד אלא באופן שקבעה התורה. עוד הוסיף וכתב ה'כלי חמדה' (שם):

ועיין ביבמות (סג ע"א): "אמר ר' אלעזר, כל יהודי<sup>74</sup> שאין לו אישה אינו אדם, שנאמר, זכר ונקבה בראם ויקרא שם אדם". נראה דשם 'אדם' הוא רק בהצטרפות איש ואישה, ומה שמדייק ר' אלעזר: "כל יהודי" – לכאורה צ"ע כוונתו? ונראה דהכוונה, דדווקא בישראל, דליכא מתיר אלא מיתה וגירושין דווקא, והיא אינה יכולה לגרש את בעלה – לכן משלים זה שנושא זו אישה לשם 'אדם'. משא"כ בני נח, כיון דמגרשין זא"ז, ומתי שתרצה יכולה להיפרד ממנו, גם לאחר הנישואין אינו בכלל 'אדם'. ונראה שזה כוונת חז"ל מה שדרשו: "אדם אתם – אתם קרויין אדם". דהכוונה כנ"ל, כיון דשם 'אדם' הוא רק ע"י הצטרפות איש ואישה, וזה שייך רק בישראל, משא"כ בבני נח...

דהיינו, אין הנבראים נקראים 'אדם' אלא בחיבור איש ואישה באופן קיומי. התקדשות האישה לאיש והסכמתה להתייחד לו לשם מצווה מחזירה אותה להיות חלק מישותו 'עצם מעצמיו' באחדות מלאה, והיא הנותנת להם שם 'אדם'. אצל הגויים החיבור שבנישואין אינו קיומי, והוא יכול להתבטל בחופשיות בכל זמן על ידי כל אחד מהם, ולכן אינם קרואים 'אדם'.

## 2. מהות הנישואין בישראל

כפי שראינו, יסודות המשפחה בישראל הם הקידושין והנישואין. ההתייחדות וההתאחדות שבקידושין הן תוצאה של המציאות הקיומית שהתורה מלמדת אותנו. הקשר בין איש לאישה הוא קשר נשמתי הקיים מעת יצירתם.<sup>75</sup> כל אחד

74. ראוי לציין כי הגרסה המופיעה בש"ס לפנינו היא: "כל אדם", וכן הוא בדקדוקי סופרים השלם על יבמות, ובהערות שם כתב שכך הגרסה בכל כתבי היד ובדפוסים ישנים. והוסיף: "שוב מצאנו גירסא זו [=כל יהודי] בדפוס אמ"ד תקט"ז ודפוס ווין תרכ"ב". ועי' ערוך לנר יבמות שם, ד"ה בגמ' כל אדם, דמשמע שגרס כ'כלי חמדה': "כל יהודי".

75. סוטה ב, א: "אמר רב יהודה אמר רב: ארבעים יום קודם יצירת הוולד, בת קול יוצאת ואומרת: בת פלוני לפלוני".



מהם הוא 'חצי גוף' וביחד הם אחד.<sup>76</sup> האיש מחזר אחר אבדתו, אחר חלקו החסר,<sup>77</sup> ובייחודם הם נעשים ברייה חדשה ושלמה.<sup>78</sup> הברייה החדשה הזו קיימת ונצחית. החיבור בין האיש לאישה פרה ורבה. יחדיו הם יולידו דורות ויהיו שותפים בנצח ישראל, בבניין עם ישראל ובהופעת אוכלוסיו.

המשפחה היהודית היא מקום השראת השכינה, והיא חלק מבניין הקדושה הישראלית הנצחית. מטרתם של בני הזוג היא הקמת בית והולדת לילדים. אף על פי שהקידושין והנישואין תלויים ברצון האיש והאישה, הם אינם 'חוזה כבקשתך', אלא מציאות שהתורה הגדירה. איסור הניאוף נובע מעצמותם, והמגרש את אשתו, מזבח מוריד עליו דמעות.<sup>79</sup> בהסכמת האישה להתקדש לאיש היא אוגדת עצמה אליו בצורה קבועה ומוחלטת לבניין בית מקודש שבו תשרה השכינה.

ככוחם של האיש והאישה בישראל ליצור לעצמם חיוב בעל תוקף אלהי אשר אינו מופר מעצמו. אלהים שם את חותמו על המעשה האנושי. 'צלם אלהים' משמעותו תשתית אנושית להשראה אלהית בעולם. צלם אלהים בנוי מזכר ונקבה, הזכר מבטא את הצד של הקשר הראשוני לאלהי והאישה את הצד למימושו בעולם. מבחינת האישה חוסר מימוש שווה למוות – "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי" (בראשית ל, א). ההגדרה המיוחדת לזוגיות על פי התורה היא קידוש הצד האנושי על ידי הצד האלהי. האיש מחדש את הקדושה מהשמיים לארץ והאישה על ידי הסכמתה מקבלת על עצמה להיות אחראית על הגשמת הקדושה האלהית בארץ.

ראשיתה של התפיסה התורנית היא בכך שהאדם חלקי ונזקק להשלמה, וסופה – ביכולתו ליצור מציאות אלהית חדשה; ראשיתה בקטנותו וסופה בגדלותו. הכניסה לחיוב מגדירה מחדש את הנישואין, אבל יותר מכך מגדירה

76. זוהר ויקרא ז, ב: "דאמר רבי שמעון זווגא דדכר ונוקבא אקרי אחד, באתר דנוקבא שריא, אחד אקרי, מאי טעמא? בגין דדכר בלא נוקבא פלג גופא אקרי, ופלג לאו הוא חד, וכד מתחברן כחדא תרי פלגי אתעבידו חד גופא וכדין אקרי אחד".

וכן בדברי הזוהר שנוהגים לומר בלילה שלפני ברית המילה (לך לך צא, ב): "בההיא שעתא דאפיק קוב"ה נשמתין לעלמא, כל אינון רוחין ונשמתין כלהו כלילן דכר ונוקבא דמתחברן כחדא ואתמסרן בידא דההוא ממנא שליחא דאתפקד על עדואיהון דבני נשא, ולילה שמיא, ובשעתא דנחתין ואתמסרן בידוי, מתפרשין, ולזמנין דא אקדים מן דא ואחית להו בבני נשא, וכד מטא עידן דזווגא דלהון, קוב"ה דידיע אינון רוחין ונשמתין מחבר לון כדבקדמיתא ומכרזא עלייהו. וכד אתחברן אתעבידו חד גופא חד נשמתא ימינא ושמאלא כדקא חזי...".

77. קידושין ב, ב.

78. עפי"ה מהר"ל, גור אריה בראשית לו, ג, ד"ה ג' הקב"ה מוחל להן.

79. עי' גיטין צ, ב; סנהדרין כב, א.

מחדש את האדם בישראל; הוא יכול ליצור מציאות אלהית, אבל יותר מכך, הוא כביכול יוצר את עצמו מחדש. הברית המחייבת מגדירה אותו מחדש כאדם שלם. האישה מתכללת בבעלה ויחד הם חוזרים להיות צלם אלהים. רק בנישואין מגשים האדם את הפסוק: "זכר ונקבה בראם ויברך אותם ויקרא את שמם אדם" (בראשית ה, ב). התורה נתנה לאדם כוח להחזיר את עצמו למצב בריאתו מחדש.

התא המשפחתי הטבעי קיבל על ידי תורת ישראל ממד של קדושה המחבר שמיים וארץ. בקודש הקודשים של בית המקדש, מעל ארון העדות, נתונים הכרובים. פניהם איש אל אחיו, פני תינוק ופני תינוקת,<sup>80</sup> להראות חיבתם של ישראל לפני ה'.<sup>81</sup> היחסים שבין הקב"ה לכנסת ישראל נמשלו במגילת שיר השירים ליחסי האהבה בין הדוד לרעיה, בין האיש לאשתו.<sup>82</sup> זהו קודש הקודשים;<sup>83</sup> חיבור בין שמיים וארץ, המוליד גילויי חיים אלהיים במציאות העולמית.

80. סוכה ה, ב: "ומאי כרוב? אמר רבי אבהו: כרביא, שכן בבבל קורין לינוקא רביא". רבינו בחיי שמות כה, יח: "וע"ד הפשט, 'שנים כרובים' – זכר ונקבה היו, להודיע כמה ישראל חביבין לפני הקב"ה כחיבת זכר ונקבה" ועיי"ש.

זוהר ויקרא, פר' אחרי מות [דף נו, א]: "אמר רבי יוסי 'ועמים במישרים' (תהלים צח, ט), מהו 'במישרים'? כמה דאת אמר 'מישרים אהבוך' (שיר השירים א, ד), לאכללא תרין כרובין דכר ונוקבא מישרים ודאי, ועל דא 'ועמים במישרים'. וכתוב (במדבר ז, פט), 'וישמע את הקול מדבר אליו... מבין שני הכרובים וידבר אליו'. ר' יצחק אמר, מכאן אוליפנא דבכל אתר דלא אשתכח דכר ונוקבא לאו כדאי למחמי אפי שכינתא. הדא הוא דכתיב (תהלים קמ, יד), 'ישבו ישרים את פניך', ותנינן כתיב (דברים לב, ד) 'צדיק וישר הוא' דכר ונוקבא אוף הכא כרובים דכר ונוקבא. ועלייהו כתיב (תהלים צט, ד), 'אתה כוננת מישרים', 'ועמים במישרים'. ובגיני כך (שמות כה, כ) 'פניהם איש אל אחיו', והא אוקימנא".

81. יומא נד, א: "אמר רב קטינא: בשעה שהיו ישראל עולין לרגל מגללין להם את הפרוכת, ומראין להם את הכרובים שהיו מעורים זה בזה, ואומרים להן, ראו חבתכם לפני המקום כחבת זכר ונקבה".

82. רש"י שיר השירים א, א: "ואומר אני שראה שלמה ברוח הקודש שעתידין ישראל לגלות גולה אחר גולה, חורבן אחר חורבן, ולהתאונן בגלות זה על כבודם הראשון ולזכור חיבה ראשונה אשר היו סגולה לו מכל העמים, לאמר 'אלכה ואשובה אל אישי הראשון כי טוב לי אז מעתה', וזכרו את חסדיו ואת מעלם אשר מעלו ואת הטובות אשר אמר לתת להם באחרית הימים. ויסד ספר הזה ברוח הקדש בלשון אישה צרורה אלמנות חיות משתוקקת על בעלה מתרפקת על דודה מזכרת אהבת נעורים אליו ומודה על פשעה. אף דודה צר לו בצרחה ומזכיר חסדי נעוריה ונוי יופיה וכשרון פעליה בהם נקשר עמה באהבה עזה, להודיעם כי לא מלבו עינה ולא שילוחיה שילוחין, **כי עוד היא אשתו והוא אישה והוא עתיד לשוב אליה**".

83. תנחומא תצווה א: "אמר ר' עקיבא לא כל העולם כולו ומלואו כדאי, כיום שניתן בו תורת שיר השירים לישראל, שכל הכתובים קודש, ושיר השירים קודש קדשים" (ובניסוח שונה במעט, משנה ידיים פ"ג מ"ה). ועי' בהקדמת הראי"ה קוק לשיר השירים, עולת ראי"ה ח"ב עמ' ג-ה.

מעתה, יכולים אנו להבין את החיוב ההדדי שיצרה התורה בנישואין בישראל, ואת השוני בין השתעבדות פועל הנשאר אוטונומי ויכול לחזור בו ולהיפרד ממעסיקו, לבין הקניין וההשתעבדות שבנישואין בישראל; כאשר ההשתעבדות היא לפעולה ארצית – בין אדם לחברו – יכול האדם להיפרד כשירצה ואינו "עבד לעבדים". אבל כאשר מדובר בשעבוד לדבר שבקדושה – להיות צלם אלהים, לקיים מצוות "פרו ורבו", בעבדות לה – אין יכולת להיפרד אלא בדרך שחידשה התורה; בגט או במיתת הבעל.<sup>84</sup>

נראה להשלים את היסוד החשוב הזה בדבריו של ר' מאיר שמחה הכהן מדווינסק, בספרו 'משך חכמה' על התורה (בראשית ה, ב):

נראה כי ענין אדם הוא שלימו – דכר ונוקבא, וטעמו כמו שכתוב "ויקרא את שם אדם" וזה דווקא בישראל ששניהן מכוונים להוציא תולדות לקיום האומה, ומצווין בפריה ורביה [והוא שכיוון ב"רזא דאדם", היינו ייחוד קוב"ה ושכינתיה...].<sup>85</sup> לא כן אומות העולם שאינן מצווין על פריה ורביה, כי ענין הולדה שלהם רק לקיום יישוב העולם ולמלאות רצון הטבע הדורש תפקידו כמו כל הברואים, והנקבה אינה מתייחסת אל הזכר כלל.

84. יסוד זה, לחלק בין עבד לעבדים לבין עבד לה', למדנו מהלכות אפוטרופוס. פסק השר"ע (ח"מ רצ, כג): "אפוטרופוס, בין מינוהו אבי היתומים בין מינוהו בית דין, עד שלא החזיק בנכסי היתומים (ולא נתעסק עדיין בצרכיהם) יכול לחזור בו; משהחזיק בנכסי היתומים (או התחיל להתעסק בצרכיהם) אינו יכול לחזור בו". ובקצות החושן (ס"ק ה) מבאר מדוע אם התחיל להתעסק אין יכול לחזור: "וצריך להבין, מאי שנא מפועל דיכול לחזור בחצי יום (ב"מ י, א)...? ונראה משום דטעמא דפועל חוזר היינו משום דכתבי, כי לי בני ישראל עבדים – ולא עבדים לעבדים, וכיון דאפוטרופוס מצוה קא עביד, ה"ל עבד ה'. והרב המגיד... [=כתב], 'ומכאן נראה ללמוד שאין ב"ד יכולין לכופ שום אדם להיות אפוטרופוס על יתומים ואינו חייב לקבל האפוטרופוסות בעל כורחו, ודבר ברור הוא שאין זה מצוה שהב"ד יכופו עליה, עכ"ל. הרי דס"ד שיכופו עליה בתחילה, אלא שאין זו מצוה שהב"ד יכופו עליה, אבל אם כבר התחיל בה כופין אותו שלא לחזור, דכיון דמצוה הוא לא שייך ביה 'עבדים לעבדים', וכמ"ש".

ועי' בהרחבה במה שכתב הרב יעקב אריאל, שו"ת באהלה של תורה, ח"א סי' קו, על חייל המתחייב לשירות קבע לזמן העולה על שלוש שנים; והחידוש המרכזי שבדבריו הוא שהתחייבות לשירות ממושך בצה"ל, שהיא חלק מדיני מלחמת מצווה, משמעותה היא להיות "עבד ה'", ועל כן אין בה משום "עבד לעבדים".

85. זוהר ויחי, דף ריא, ב: "מ"ט 'ויסב חזקיהו' פניו אל הקיר, ולבתר 'זיתפלל'? אלא רזא דמלה איהו דתנינן, חזקיהו בההוא זמנא לא הוה נסיב ולא הוה ליה אנתו ולא אוליד בנין... כיון דידע חזקיהו חוביה, מה כתיב? 'ויסב חזקיהו פניו אל הקיר' – שוי אנפוי לאתקנא לגבי שכינתא דהא לגבי אתר דא חב בגין דשכינתא כל נוקבי דעלמא קיימין בסתרהא מאן דאית ליה נוקבא שריא איהי לגביה ומאן דלית ליה לא שריא לגביה, ועל דא אתקן גרמיה לגבה לאתקנא ושוי עליה לאתנסב...".

לימד אותנו ר' עקיבא (סוטה יז, א): "איש ואישה, זכו – שכינה ביניהם". מוסיף ה'משך חכמה' ומלמדנו, שהאדם הנוצר מחיבור האיש והאישה הישראליים, מגמתו היא הופעת השכינה בבניין האומה הישראלית. אם הם מכוונים למגמה זו, הם מולידים נשמות קדושות, חלק א-לוה ממעל, ששורשן בכנסת ישראל, ומחברים שמיים וארץ. חיי האישות בישראל אינם שעבוד ארצי בין איש לאשתו, אלא הקדש של החיים לבניין בית ישראל, עבדות לה' לתקון עולם. האיש והאישה הישראליים הנישאים נעשים אדם, מתחברים חיבור אמיתי למען השתתפותם בבניין הנצח הישראלי.

## חלק שלישי: משפט התורה, משפט העמים והמשפט במדינת ישראל

### ו. האתגר בימינו

כפי שראינו, הגדרת המשפחה בגויים על פי התורה יוצרת מסגרת של נישואין ו'חיוב-מכללא' לאישות, אך מאפשרת לאיש ולאישה לצאת בחופשיות ממסגרת זו. התורה הגדירה את הנישואין בגויים כחיוב הדדי, לצד אפשרות לטעון: "אי אפשי בחיוב", ובכך לפרק את הנישואין.

החיוב שהטילה התורה על הגויים בנישואין מתחיל מ'שעבוד הגוף' לאישות, מצו מוסרי המורה לאדם לעמוד בדיבורו ולקיים הבטחתו – כפי שכתב השופט משה זילברג בספרו "חוק ומוסר במשפט העברי":

ומה הוא **שעבוד הגוף האישי**, הערטילאי, אם לא... **החובה הדתית-מוסרית** של קיום ההבטחה, "שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק"...  
**"אובליגציו"** (=ההתחייבות) של המשפט העברי אינה נדלית ואינה מצטמצמת, כמו בשאר חוקי תבל, באפשרות הריאליזציה האזרחית של תביעת הנושה, אלא **סומכת, ולא במעט, על החובה הדתית, המוסרית של פירעון החוב ע"י החייב.**

לעומת זאת, בישראל רואה התורה בנישואין מערכת של קדושה; חיבור אמיתי היוצר אדם בצלם אלהים, שאינו מתפרק בצורה שרירותית, אלא בהיתר דיני מיוחד.

התפיסה הרואה בנישואין קדושה ומציאות המוגדרת על פי הקודש התפשטה מישראל לדתות אחרות; הנצרות הקתולית ניסתה לאמץ את מודל הקדושה של הנישואין, והגדירה את הנישואין כ'סקרמנט', כלומר, כמעשה

פולחן דתי, שהוליד 'מוסד נישואין' מחייב, שאי אפשר לצאת ממנו לעולם. קדושה לכאורה – וללא התרה (גם באסלאם הנישואין נחשבים ל'סונה', דהיינו; חובה דתית). כך קיבלה המשפחה הגויית הגדרה מעוותת, המדכאת את האיש והאישה גם יחד. הניסיון להפוך את ה'דרך ארץ' של המשפחה הגויית, את החיים הארציים הטבעיים והחופשיים, למסגרת מקודשת ובלתי פוסקת, הוליד אצל הגויים תסכול עמוק והתנגדות לקדושה ולאמונה באשר הן. המודל היהודי כפי שעוות על ידי הנצרות לא יכול היה להתקיים באופן מתמיד בעולם הגויי. כתגובת נגד תרבותית למוחלטות הנישואין הנוצרית-קתולית, הפכה הכפירה הליברלית את המשפחה למוסד אזרחי חילוני.

בתחילה התייחסה התפיסה הליברלית למשפחה כמרכיב אזרחי הבונה את החברה, ובהמשך כתוצאה של תפיסות פוסט-מודרניות, הפכו הנישואין למערכת אוטונומית, חסרת חיובים הדדיים והגדרה משפטית, הרואה את היחיד כקיים שלם ואת הנישואין כהסכמה וכשותפות זמנית וממילא חסרי יכולת קיום.

התהליך שעבר על העולם המערבי החל לחלחל גם למערכת התרבותית הישראלית. ההגדרות הפוסט-מודרניות הנכתבות במערב באנגלית, מתורגמות ומפותחות על ידי האקדמיה הישראלית, ונפסקות הלכה למעשה בבית המשפט העליון.<sup>86</sup>

למרות הקביעה כי דיני הנישואין והגירושין מוגדרים בחוק בישראל כחלק מדיני המעמד האישי, אף שהגדרת מרכיב הזהות המשפחתי של האדם במדינת ישראל – היותו נשוי או פנוי – אמורה להיקבע על פי הדין הדתי, כתוצאה של התהליך המשפטי שסקרנו מגדיר בית המשפט את המשפחה מחדש; ובמקום שהזהות המשפחתית היהודית תוגדר לפי הערכים והעקרונות של תורת ישראל כפי שמחייב החוק, היא מוגדרת לפי 'שיח הזכויות' המערבי. הגדרת המשפחה על פי התורה, הרואה בחיוב לחיי אישות ובאיסור הניאוף דינים הנובעים מעצם הנישואין בין בישראל ובין בגויים, הוחלפה על ידי בית המשפט שקבע שאין בנישואין חיוב לאישות ואין פסול בניאוף מרצון.

תהליך הרס המשפחה החל בניסיון לאימוץ של הגויים לייחס למשפחה קדושה ולהידמות לישראל, וממשיך באימוץ הגדרות פירוק המשפחה הפוסט-מודרניות המערביות על ידי בית המשפט הישראלי.

86. אם כי בעשורים האחרונים ניכר גם תהליך הפוך, כאשר רעיונות רדיקליים מתפתחים בישראל – באקדמיה ובמערכת המשפט, ומאמצים במדינות שונות בעולם.

שינויים בלתי־חוקיים אלו בהגדרת המשפחה משנים את מהותה, מפרקים את לכידותה ואינם מאפשרים את קיומה. הגדרת הנישואין כקשר חופשי בין יחידים המשמר את האוטונומיה שלהם מוחקת למעשה את המשפחה מעולם המושגים המשפטיים, והיא חדלה מלהתקיים.

## ז. המלצות

אם חפצים אנו בקיומה של המשפחה, על המחוקק להשיב את הגדרת המשפחה בישראל למסגרת דיני המעמד האישי כפי שקובע החוק. לא רק בצעד פורמלי עסקינן, אלא בחזרה למערכת הערכים היהודית ביחס למשפחה. חוסנה של המשפחה היהודית במשך אלפי שנות קיומה על בסיס הגדרות התורה ידוע לשם ולתפארת, וקריסת המשפחה כתוצאה מהגדרתה מחדש גם היא עובדה קיימת. כדי לשמור על המשפחה יש לאמץ מדיניות היונקת מערכי המשפחה היהודית. באופן מעשי, בשלב ראשון על המחוקק לקבוע כי ניאוף ופירוק המשפחה נוגדים את המוסר, את החוק ואת 'תקנת הציבור', וממילא לא יקבלו סעד משפטי במדינת ישראל. קריאת כיוון זו תהיה צעד ראשון בהשבת ספינת המשפחה בישראל למסלול הנכון.