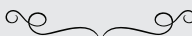


הרב יובל גלאס \*

# "והיא חברתך ואשת בריתך"

חופש מול חובה ויציבות -  
בהלכה ובפסיקת בתי המשפט



על פי ה' העיד בְּיָדְךָ  
ובין אשת נְעוּרֶיךָ  
אֲשֶׁר אַתָּה בְּגִדְתָּהּ בָּהּ  
וְהִיא חֲבֵרְתְּךָ וְאֵשֶׁת בְּרִיתְךָ.  
(מלאכי ב, יד)

## הקדמה

### א. עמדת מערכת המשפט

- פסיקות בתי המשפט
- נימוק ראשון: עליונות הזכות לחירות
- נימוקים נוספים: תקנת הציבור; ההכרה בידועים בציבור
- הגדרת נישואין: מימוש הזכות לשותפות רגשית
- הערה

### ב. עמדת תורת ישראל

- פסיקת בתי הדין הרבניים
- המסגרת ההלכתית של הנישואין
- הסבר פעולת לקיחה וקניין
- הסבר פעולת הקידושין
- הגדרת הנישואין: מחויבות הדדית

### ג. השוואה בין העמדות

ד. הערה. או: אולי החלק החשוב ביותר במאמר

\* בזמן עריכת המאמר נפטרה אמי היקרה ע"ה, חיה רוזה בת אברהם יצחק, אשה אצילית, צנועה ומאירת פנים. חברת אמת ואשת ברית לאבי מורי יבדלח"א. מאמר זה מוקדש לעילוי נשמתה.



## הקדמה

מאמר זה עוסק בהגדרת הנישואין לפי תפיסת המשפט, ולפי תפיסת התורה, ובמציאת ההבדל השורשי ביניהן שממנו נובעות שתי התפיסות השונות. מקרה המבחן הוא קיום יחסים גופניים של איש או אישה נשואים, עם אדם אחר מחוץ לנישואין. במשפט הנוהג כיום, התביעה עשויה להיות דרישת פיצויים מבן הזוג, או מהאדם השלישי שכביכול גרם לנזק או לפגיעה. בבית הדין הרבני, התביעה בדרך כלל תבקש גירושין מבלי לדרוש פיצוי ישיר. במאמר זה נבחן את פסיקת בית המשפט ונימוקה, ואת פסיקת ההלכה בבית הדין הרבני ונימוקה.

המאמר יציע כי הפסיקות נובעות משוני בהגדרת קשר הנישואין שבין איש לאישה, והוא למעשה השורש העקרוני של הפסיקה. לכך מוקדשים פרקים א-ב. בפרק ג נשווה בין העמדות השונות ונפיק מהן את התפיסות האידיאולוגיות העומדות בבסיסן.

### א. עמדת מערכת המשפט

נתאר לעצמנו מקרה: אדם נשוי הגיע לבית המשפט, בפיו טענה כי אשתו מקיימת קשרים גופניים עם אדם אחר. בידיו טענות המוכיחות זאת, והוא תובע את האיש, או מבקש פיצויים ממוניים מאשתו על פגיעה מוכחת שחווה, בעקבות המצב. לחלופין, אישה נשואה טוענת לפני בית המשפט כי בעלה מקיים יחסים מחוץ לנישואין עם אישה אחרת, ומוכיחה זאת. כעת היא מבקשת לתבוע את אותה האישה, או לבקש פיצויים ממוניים מבעלה, בגין נזקים שונים שנגרמו לה כתוצאה מכך. כיצד יתייחס לכך בית המשפט?

#### 1. פסיקות בתי המשפט

בית המשפט המחוזי בתל אביב<sup>1</sup> דחה תביעה שתבע אדם את גיסו בטענה שגרם לאשתו להיכנס עימו בקשרי יחסים אינטימיים, וביסס את פסיקתו על הטענה כי לכל אדם יש חירות לביצוע מעשה שכזה. בית המשפט העליון<sup>2</sup> חיזק פסיקה זו (בעקבות ערעור שהוגש), והדגיש כי ניאוף אינו אסור מבחינה משפטית. במהלך הדיונים על מעשהו של אותו אדם שלישי, וכן בפסיקות שונות של בתי המשפט, עולים מאפייני הנישואין בעיניה של מערכת המשפט.

1. ת"א 11-09-14657.

2. ע"א 8489/12.

נדון בנימוקי בית המשפט, ומתוך כך נלמד מהי לדעתו הגדרת הנישואין.

## 2. נימוק ראשון: עליונות הזכות לחירות

במערכת המשפט של מדינת ישראל קיימת "פקודת נזיקין". "פקודה" היא חקיקה מתקופת המנדט הבריטי, שנקלטה במערכת המשפט כשוות ערך לחוקים שנחקקים על ידי הרשות המחוקקת במדינת ישראל. פקודת הנזיקין מסדירה את דיני הנזיקין בישראל. כאשר גורם שלישי גורם להפרת חוזה של אחד ממתחייביו, סעיף 62 (א) לפקודת הנזיקין רואה זאת כעוולה. וכך נכתב שם:

גרם הפרת חוזה שלא כדין.

מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.

סעיף 62 (ב) מחריג שני מקרים:

לענין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושבייתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה.

כלומר, החוק אינו מגן על אדם במקרה שבן זוגו, או גורם שלישי, גרם לקריסת הנישואין, וכן אינו מגן על מעביד או על צרכנים שנפגעו כתוצאה משביתה או השבתה. פרופ' נילי כהן דנה בחריגות אלה ומנמקת אותן:

הסעיף מדבר על שני חריגים, שלכאורה אין ביניהם כל קשר. חוזה עבודה מזה, ויחסי נישואין מזה. למעשה, בפרספקטיבה היסטורית, במיוחד זו של המשפט האנגלי, קיימת בין שני החריגים הללו זיקה עמוקה ביותר, והם קשורים ביניהם קשר בל יינתק... היסטורית, התבססו הן יחסי הנישואין והן יחסי העבודה על תפיסה קניינית, על תפיסה של בעלות. הבעל נושא את האישה ולא ההיפך... ואילו במישור של יחסי העבודה, אלה התפתחו ממוסד העבדות, שבו נחשב העבד לקניינו של האדון...<sup>3</sup>

כלומר, לפני ההחרזה, יחסי נישואין ויחסי עבודה נחשבו כחוזים מבחינה משפטית משום שהיה בהם מרכיב קנייני: הבעל הוא הבעלים של אשתו, והמעסיק או הבעלים, הוא האדון של עובדו – עבדו. הבסיס היה קשר של

3. "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה", הפרקליט לט, חוברת ב, עמ' 312.

”צמיתות וקבלת מרות”.<sup>4</sup> שינוי תפיסתי כלפי היחסים הללו הוביל לשינוי ביחס המשפט כלפיהם. ביחסי עבודה, חלק מהשליטה הועבר לעובדים, וזכותו של המעביד בשירותי העובד היא מוגבלת. לא נרחיב בעניין זה כאן מעבר לנדרש. בנוגע ליחסי הנישואין כותבת פרופ' כהן:

ולגבי יחסי הנישואין: השליטה והאדנות אינם עוד נחלתו הבלעדית של הבעל. נפילתו של הסטטוס הישן ועלייתו של החוזה פתחו הזדמנויות חדשות לנשים. תלותן הכלכלית בבעל אינה קיימת עוד, ודאי לא באותה מידה כבעבר. מבחינת השכלתן, מבחינה כלכלית ומבחינה פוליטית הפכו נשים לשוות לגברים. לכך השלכות מיידיות על יחסי הנישואין. נישואין, לפחות מנקודת מבטן של הרשויות החילוניות, מבוססים על שוויון וחירות. נוצר סטטוס חדש: מעמד האישה. חלוקת השליטה בין הבעל והאישה גרמה לפתיחותו של הקשר, לקיומה של חירות להתירו, הן על ידי הבעל, אך גם על ידי האישה, וחירות זו פועלת אף לטובתו של הזר הפוגע בידעין ביחס הנישואין... זירתם הטבעית של דיני החוזים היא זירת המסחר. מחוזות רוחניים או נפשיים נמצאים מחוץ לתחומם המסורתי של דיני החוזים. רגשות אינם מצרך לסחור בהם...

הרצון למנוע מצב של שיעבוד וקשר של צמיתות – הן ביחסי העבודה, והן ביחסי הנישואין – מרופף את הקשר הפנימי ומחליש את נכונותו של המשפט להגן עליו מפני פגיעות חיצוניות.<sup>5</sup>

נסביר: החברה התקדמה למצב שהאישה אינה נתפסת עוד כתלויה באיש, וודאי לא כרכושו של בעלה. לפיכך, התפיסה הקניינית כבר אינה עומדת בבסיס יחסי הנישואין כבעבר, אלא הבסיס הוא החלטה הדדית, רצונית, של שותפות, קשר המבוסס “על שוויון מעמדי, על סטטוס שווה בין המתקשרים, על חלוקת כוח ושליטה”.<sup>6</sup> מאחר שהקשר מבוסס רצון באופן מוחלט, כל אחד מבני הזוג בן חורין להתנער ממנו ולפנות לקשר עם אדם אחר. אותה חירות עומדת אף לאדם שלישי הרוצה לפגוע בנישואין. הנישואין אינם אפוא חוזה קנייני של הכרח וכפייה, אלא של רצון חופשי, ולכן אינם מוגנים משפטית. כיצד ניתן לבוא בטענות כלפי אדם, שמחמת רצונו החופשי אינו מעוניין עוד בקשר המבוסס כולו על רצון? דווקא בגלל גדולת הקשר – נביעתו מרצון חופשי –

4. שם, עמ' 318.

5. שם, עמ' 317.

6. שם, עמ' 318.

הוא גם פגיע יותר, שהרי הוא אינו ניתן לשעבוד, והחוק מעוניין, מסיבות של הזכות הבסיסית לכבוד ולחירות, לאפשר מצב "רופף" זה, כהגדרתה של פרופ' כהן.

במקום אחר מחדדת פרופ' כהן את תפיסת החירות המונחת ביסודה של הנישואין:

קשר הנישואין נושא אופי מיוחד המבוסס, בראש ובראשונה, על קיומה של שותפות רגשית. קשה לדבר במונחים של הפרה כאשר צד מבקש להתנער מהקשר. כך אם נפלה ההחלטה בינו לבינו; כך אם מקורה בהתערבות של צד שלישי. אמת, קשר הנישואין מטיל חיובים הדדיים על בני הזוג. במסגרת היחסים הפנימיים ניתן לדבר על הפרה. אולם הקושי להפעיל אמות מידה משפטיות בנושא המבוסס על רגש, והצורך הבסיסי לתת לצדדים מידה של חירות בהבאת הקשר לסיומו הניע את המחוקק להימנע מהטלת חבות על צד שלישי, שגרם לאחד מבני הזוג להפר את החיובים הנובעים מקשר זה.<sup>7</sup>

לכך יש להוסיף, שהמחוקק גם נמנע מהטלת חבות על אחד מבני הזוג שגרם להפרת חיובי קשר הנישואין, כפי שכתבה פרופ' כהן קודם לכן. אם כן, מלבד קושי טכני בשיפוט נושאים רגשיים, יש כאן חידוד של מקומה של החירות: פרופ' כהן מדייקת בדבריה ואומרת כי **מי מבני הזוג שאינו מעוניין עוד בקשר, אינו "מפר" אותו, אליבא דאמת, שהרי אין עוד קשר להפר משטר הרצון שחולל אותו**; הזיקה כלפי בן הזוג נעלמה ואיננה. רק בשיח הפנימי, הסובייקטיבי, יכול הנפגע, בצדק, לדבר על הפרה, אך אין זו הפרה אובייקטיבית, משפטית. אכן, עוד נותרו, מכוח העבר, חיובים הדדיים זה כלפי זה שניתן היה להביאם לבית המשפט, **אולם יש צורך לאפשר את החירות של כל אחד מבני הזוג להביא את הקשר לסיומו**, וזה נעשה על ידי הימנעות מלהטיל חובת פיצוי על מי שפועל בחירותו על פי רצונותיו.<sup>8</sup>

נשוב לפסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו,<sup>9</sup> בו השופט יהודה פרגו דחה, כאמור, את התביעה, וכעת נוכל להתבונן בנימוק לדחייה. כך כתב השופט:

<sup>7</sup> "גרם הפרת חוזה", עמ' 254.

<sup>8</sup> נחזור להעמיק בתפיסה זו לאחר השוואתה לתפיסת התורה.

<sup>9</sup> ת"א 14657-11-09.

משהחליט בן זוג נשוי... לנהל מערכת יחסים עם אחר... – זכותו לעשות כן ולא ניתן למנוע זאת ממנו. **קשר הנישואין, אינו יוצר בעלות על גופו ורצונותיו של בן הזוג.** יש לכבד את היותו אדם בן חורין...

הוא מוסיף ומבסס את פסיקתו על קביעה עקרונית:

הכרה בזכות תביעה עקב מערכת יחסים זו, משמעה, **סיכול ופגיעה בזכויות וחירויות בן הזוג וכפיפותו באופן מלא לבן זוגו ולרצונותיו,** יש בה כדי לסכל כל קשר אפשרי של בן הזוג עם צד שלישי... מדובר בגזירה שהציבור בחברה מתקדמת ודמוקרטית, אינו יכול לעמוד בה וגם אינו צריך לקבלה.

על כן, ולא בכדי, נקבע בסעיף 62 לפקודת הנזיקין כי "היחסים הנוצרים ע"י נישואין לא יחשבו כחוזה".

השופט פרגו מתייחס לזכותו של אדם לחירות. זכות זו אינה משתנה בעקבות הנישואין. אדם בן חורין רשאי לפעול כרצונו, ואם רצונו של בן זוג נשוי לפתח קשר עם אחר, זו זכותו, והוא אינו כפוף לבן זוגו. שלילת זכות זו היא פגיעה ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" המעגנת את חירותו של האדם כערך עליון, ומשום כך, יחסים הנוצרים על ידי נישואין לא יוצרים חוזה מחייב בתחום זה. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר... או בכל דרך אחרת",<sup>10</sup> וכי פגיעה בזכות זו לחירות תתבצע רק על ידי "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה...".<sup>11</sup> אין חוק המגביל חירות כתוצאה מנישואין, ואדרבה – על פי דברי השופט פרגו, חברה מתקדמת ודמוקרטית צריכה לאפשר חירות ליצירת מערכות יחסים, גם של בני זוג נשואים, עם אחרים. ואם כן, אין להגביל את חירותו של אף אדם, גם לא על ידי נישואין.

על פי הבסיס שהציבה פרופ' כהן, הדברים בהחלט מתיישבים: הנישואין מושתתים על רצון משותף, פרי חירותו של כל אחד מבני הזוג. אין שעבוד של אחד כלפי האחר. כך הקשר הפנימי רופף, כדברי פרופ' כהן; כשם שמה שמחבר אותם הוא הבחירה, כך בחירה אחרת מפרידה ביניהם, ואין כל הצדקה להגבלה על רצונותיו ושאיופותיו של מי מהם, ואין שום ראיית חובה כלפי בן זוג, או גורם שלישי, שגרם להפסקת הקשר.

10. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 5.

11. שם, סעיף 8.

דברים אלה חיזק שופט בית המשפט העליון יצחק עמית,<sup>12</sup> בדחייתו את הערעור על הפסיקה הנ"ל, ואף הזכיר במפורש את דברי פרופ' כהן: הטעם לצידוק המוחלט ולשלילת עילת התביעה הוא, שהמחוקק ראה את קשר הנישואין כקשר "הנושא אופי מיוחד, המבוסס בראש ובראשונה על שותפות רגשית"... המחוקק מצא אפוא להחריג במפורש את קשר הנישואין מהעוולה של גרם הפרת חוזה...

ולכן:

המשפט אינו מכיר בעוולת ניאוף ביחסים בין בני הזוג עצמם, וכפי שעולה מסעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין, המחוקק גילה דעתו כי אין להכיר בתביעה מעין זו גם כלפי צד שלישי... הדין הנזיקי אינו חרב התלויה מעל מיטת בני הזוג, ועוולת הרשלנות (=האפשרות לקבלת פיצויים מן המזיק) אינה "הנוסע השלישי" הנחבא בין הסדינים, בבחינת נטע זר אשר עלול לפתע להתעורר מתרדמתו ולרמוס את הפינות האינטימיות-רגשיות ביותר של בן אנוש (=אין עוולת הרשלנות מאיימת או מגבילה את הרצונות והרגשות של האדם).

גישה זו מופיעה גם בדברי שופטים נוספים, כמו חיים כהן<sup>13</sup> וסלים ג'ובראן.<sup>14</sup> היטיבה לתאר השופטת איילה פרוקצ'ה,<sup>15</sup> המשווה בין הבטחת נישואין שניתנת על ידי אדם שאינו נשוי, לזו הניתנת על ידי אדם נשוי, בטענה ששתיהן לגיטימיות כאחת, בחברה בת ימינו:

העולם... עבר בעשורים האחרונים תהפוכות מרחיקות לכת בתפיסות ערכיות בסיסיות המתאפיינות בפלורליזם מחשבתי ומוסרי תוך הכרה הולכת וגוברת בערך של חירות הפרט לעצב את אורח חייו ותכני חייו... אין מקום, איפוא, לאבחן בין הבטחת נישואין שניתנה בידי גבר נשוי לבין זו שניתנה בידי גבר פנוי, ודין אחד להן ולתרופות בגין הפרתן.

נסכם סעיף זה ונאמר כי הגישה המשפטית כיום גורסת כי הזוגיות מושתתת על רצון חופשי והסכמה של כל צד. הלכך, כל צד חופשי לסיים את ההתקשרות על פי רצונו, בלא תנאי מוקדם. אכן, ישנם עקרונות חשובים כמו נאמנות ומחויבות, אולם החירות היא ערך עליון, וחוקקה כחוק יסוד. הלכך, איש או

12. ע"א 8489/12.

13. ע"א 337/62.

14. ע"פ 8281/05, ע"פ 7951/05.

15. ע"א 5258/98.



אישה נשואים רשאים לקיים קשר אינטימי מחוץ למערכת הנישואין, מאחר שהזכות לחירות מחייבת אפשרות זו.

### 3. נימוקים נוספים: תקנת הציבור; ההכרה בידועים בציבור

המחוקק<sup>16</sup> העניק לבית המשפט סמכות לדון על פי "תקנת הציבור", שמשמעותה: כל מה שהציבור סבור שהוא מוסרי, כפי שבית המשפט רואה זאת.<sup>17</sup> השינויים שהוזכרו בסעיף הקודם הביאו לשינוי גם בתפיסת טובת הציבור. יש לכך כמה דוגמאות, ואביא רק אחת, והיא מדברי נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אהרן ברק, בפסיקה שהוזכרה לעיל הנוגעת להבטחת נישואין של אדם נשוי. לאחר שעמד על השינויים שחלו בתפיסה הציבורית ביחס למוסד הנישואין ולתופעת הגירושין, הוא מבהיר כי שמירה על הנישואין הינה אומנם חלק מתקנת הציבור, אולם כך יש לטעון גם לגבי ההכרה באפשרות לקשר זוגי מחוץ לנישואין. והוא כותב:

האינטרס החברתי תומך בנישואין יציבים. מוסד הנישואין הוא מרכזי לחברה שלנו. על רקע זה ציינתי באחת הפרשות, כי "במסגרת התא המשפחתי, שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל".

עם זאת, במהלך השנים השתנו התפיסות החברתיות ביחס לסיום קשר הנישואין ולתופעת הגירושין... גם הסלידה מפני קשר זוגי מחוץ לנישואין אינה משקפת את גישתה של החברה הישראלית של היום, ודיני הידועה בציבור – שבהתפתחותם תרמו המחוקק ובית המשפט גם יחד – יוכיחו. ההלכה הישנה, המעמידה את תוקף החוזה על השאלה אם היחסים בין הצדדים מעורערים עד היסוד

16. כך קובע סעיף 30 לחוק החוזים: "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

17. רבים כתבו שעל בית המשפט לעיין רק במה שהציבור הנאור והמתקדם שבחברה חושב. על הבעייתיות שבהגדרה זו, עיין במאמרו של הרב יעקב יהודה יקר בספר זה, "משפחה – אישות, מהות והגדרות משפטיות", פרק א, 5. אציין דווקא את השופט יצחק עמית שנוהר בלשונו: "בדוננו בנושאים המשיקים למוסר ולדת, שומר נפשו ירחק מביטויים כגון 'הציבור הנאור והמתקדם', באשר השאלה אם בהתקדמות או בנסיגה עסקינו, שנויה במחלוקת עזה בין קבוצות שונות בקרב אזרחי ישראל. עם זאת, ברי כי לא ניתן להתעלם מהמציאות השוררת בהאינדא, בתמורות ובתהפוכות שחלו בעשרות השנים האחרונות בעולם המערבי, באורחות החיים בכלל ובכל הנוגע למוסד הנישואין בפרט. שיעור הזוגות המתגרשים עלה, ומבלי להידרש לסטטיסטיקה לגבי אחוז בני הזוג המתנסים בבגידה במהלך חיי הנישואין, אין חולק כי המדובר בתופעה נפוצה" (ע"א 8489/12).

אם לאו (=בשנת 1975, בית המשפט טען שהבטחת נישואין של אדם נשוי תקפה, מצד המוסר ותקנת הציבור, רק אם יחסיו עם אשתו החוקית היו מעוררים עד היסוד), נראית בעיני כבלתי תואמת את תפיסותיה של החברה הישראלית דהיום.<sup>18</sup>

נסכם סעיף זה ונאמר כי שני מקורות נוספים ישנם לאיסור יחסים מחוץ לנישואין: בידי בית המשפט כוח להכיר בתופעות שלדעתו אינן פוגעות בטובת הציבור, ובית המשפט רואה קיום יחסים אלה כעולים עימה בקנה אחד; שהרי על פי תפיסתו, אדם נשוי שהבטיח לאחרת כי יתגרש מאשתו ויתחתן עימה, עשה מעשה לגיטימי בעיני הציבור. נוסף על כך, המחוקק עצמו, שהוא נבחר הציבור, ראה את תופעת הידועים בציבור כלגיטימית, שהרי קבע עבורם דינים מיוחדים, ואם כן, הציבור עצמו החליט שהתופעה מקובלת עליו.

#### 4. הגדרת נישואין: מימוש הזכות לשותפות רגשית

שלושה טיעונים מבססים את מתן הלגיטימציה ליחסים מחוץ לנישואין: עליונות עקרון החירות; תקנת הציבור; הכרת המחוקק בידועים בציבור. בדבריי חילקתי את הטיעונים בין שני סעיפים: סעיף ראשון העוסק בעליונות הזכות לחירות, ובו הרחבתי על התפתחותה בהקשר ליחסי נישואין, וסעיף שני שבו הזכרתי את נימוקי תקנת הציבור והכרת המחוקק בידועים בציבור. חלוקה זו נעשתה משום שנראה כי עליונות הזכות לחירות היא הבסיס לשני הנימוקים הנוספים.

אסביר: עליונות הזכות לחירות היא תפיסה בולטת וניכרת; רק על בסיסה, ניתן לטעון כי תקנת הציבור צריכה להישען על זכות זו; כך עולה באופן מובהק מדבריהם של השופטת פרוקצ'יה והנשיא לשעבר ברק, שהובאו לעיל (סע' 3). נוסף על כך, רק מתוך תפיסת עולם שכזו ניתן לפרש כי ההכרה של המחוקק בידועים בציבור היא למעשה הכרה לכתחילאית בקשר אינטימי מחוץ לנישואין, של איש או אישה נשואים,<sup>19</sup> וכפי שטען הנשיא לשעבר ברק, בציטוט שהובא לעיל.<sup>20</sup> אני מבקש לכנות זאת במינוח המוכר של "שורש וענפים".

18. ע"א 5258/98.

קדם לו השופט צבי ברנזון, בבג"ץ ע"א 563/65, ואכמ"ל.

19. אכן, יש מי שהבין שהכרה זו אינה לכתחילאית אלא דיעבדית, משום שמראש סבר שאין לכך לגיטימציה, ולפיכך אין מכאן ראיה לדעת המחוקק בעניין. דוגמה לכך היא דעת השופט משה זילברג, והיא מובאת בהמשך הדברים. ואם כן, מוכח ששימוש בטיעון ההכרה בידועים בציבור לטובת איזשהו צד הוא תלוי הנחה מוקדמת יותר.

20. סע' 3.

אם כן, שורש התפיסה המשפטית הוא "הזכות לחירות", ויחסי הנישואין כפופים לה ואינם מחייבים באופן חוקי ומשפטי את שני בני הזוג לנאמנות הדדית, הכובלת את חירותם. לאור זאת, ניתן להסביר את הפסיקה המשפטית בדין יחסים מחוץ לנישואין: לאדם עומדת הזכות לפתח מערכת יחסים הכוללת יחסים גופניים עם כל אדם אחר, ובכלל זה, גם זכותו של אדם נשוי אדם לפתח יחסים כאלה מחוץ לנישואיו, שכן הנישואין, עם כל חשיבותם, אינם מונעים חירות זו או מגבילים אותה. אדרבה, חירות זו יצרה את חיי הנישואין, כך שהם מושתתים על החירות; אותה חירות מעניקה לאדם חופש פעולה, שהיא הזכות הבסיסית ביותר: הזכות לחירות, המעוגנת בחוק יסוד.

## 5. הערה

אציין כי אומנם מצאנו שיטה משפטית אחרת, אך משקלה זניח כיום. השופט משה זילברג<sup>21</sup> כתב כי יחסים מחוץ לנישואין אינם מוסריים ואינם חוקיים. כך כתב גם השופט יצחק קיסטר<sup>22</sup>. כלומר, הזכות לחירות אינה מצדיקה קיום יחסים מחוץ לנישואין, וחשיבות קיום הנישואין עולה עליה. מצינו גם פרשנות אחרת להכרה בידועים בציבור: השופט זילברג<sup>23</sup> כתב כי ההכרה בידועה בציבור אינה הכרה מוסרית, ואדרבה – הכרה שכזו נוגדת את טובת הציבור. גם פרופ' דניאל פרידמן<sup>24</sup> כתב במאמר, שפורסם בשנת 1972, שההכרה בידועה בציבור אינה נובעת מטעמים אידיאולוגיים אלא מהתנגדות לבתי הדין, וכמענה חלקי לדרישה הציבורית לאפשר נישואין אזרחיים. אומנם ניתן לטעון כי דעות אלה, שהן בנות חמישים ושישים שנה, היו לגיטימיות לשעתן, אך אינן תואמות את העקרונות ההומניים של החירות והחופש הקיימים כיום. למען האמת, כך טען בהגינות ובמפורש הנשיא לשעבר ברק<sup>25</sup> בדיון על הפרת הבטחת נישואין של אדם נשוי. הדין הישן ראה הבטחה זו כבלתי מוסרית כאשר הנישואין החוקיים אינם "מעוררים עד היסוד", שכן המבטיח הוא נשוי, ולפיכך ההבטחה בטלה מכול וכול. לעומת זאת, הנשיא לשעבר ברק טען כי חלו שינויים תפיסתיים שהפכו את הבטחת הנישואין ללגיטימית ותקפה, ללא קשר במצב הנישואין הנוכחיים, ואף מציין את דברי השופט זילברג הנ"ל כנכונים לשעתם בלבד:

21. ע"א 337/62.

22. ע"א 4/66.

23. ע"א 563/65.

24. 'הידועים בציבור בדין הישראלי', עיוני משפט, כרך 3.2.

25. ע"א 5258/98, סעיף 17.

מאז שנות השישים 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... בפרשת ריזנפלד כתב השופט זילברג כי "מושגי המוסר המקובלים... רואים יחסי איש ואישה מחוץ לנישואין כדבר נקלה ופסול".... אין ספק, כי שמירתו של התא המשפחתי הינה חלק מתקנת הציבור בישראל גם בימינו אלה... עם זאת, במהלך השנים השתנו התפיסות החברתיות ביחס לסיום קשר הנישואין ולתופעת הגירושין... 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.<sup>26</sup>

אם כן, לית מאן דפליג שבעבר התפיסה המשפטית הייתה שונה. לכן, עימות בין פסקי דין ודעות משפטיות של שנות השישים והשבעים לבין פסקי דין דהאינא, אינו מציג עמדות משפטיות זו כנגד זו באופן שווה, ואין בגישה הישנה יותר טענה משפטית העומדת נגד התפיסה המודרנית.

נחזור אפוא למסקנתנו העולה מדברי אנשי המשפט: **הזכות לחירות הינה העיקרון הראשי**. חיי משפחה נאמנים הם בהחלט חשובים, אך אינם יכולים לצמצם את החירות האישית העומדת לזכותו של כל אדם, כזכות האנושית הראשית והבסיסית. על כן, יחסים מחוץ לנישואין הם לגיטימיים. מכך נגזרת תקנת טובת הציבור, ומכך יש לפרש את הכרת המחוקק בידועים בציבור כהכרה משפטית לכתחילאית.

## ב. עמדת תורת ישראל

אישה פונה לבין הדין הרבני וטוענת כי בעלה קיים יחסים עם אישה אחרת, וראיות מוכחות בידה, והיא מבקשת להתגרש ממנו ולקבל את כתובתה. לחלופין, איש פונה אל בית הדין ובפיו טענה וגם ראיות כי אשתו קיימה יחסים עם גבר אחר, וברצונו לגרשה בלא כתובה. מהי עמדת ההלכה בעניין זה?

## 1. פסיקת בתי הדין הרבניים

קיום יחסים גופניים מחוץ לנישואין<sup>27</sup> מצד כל אחד מבני הזוג מהווה עילה לגירושין, בהם האשם מפסיד את זכויותיו הכלכליות הקשורות בכתובה, וכפי שיפורט.

ההלכה מתייחסת למקרה שאשת איש קיימה יחסים גופניים עם אדם אחר. וכך נכתב בשו"ע (אה"ע סי' קטו):

(סע' א) אלו יוצאות שלא בכתובה: (סע' ה) ... וכן הדין במי שזינתה.<sup>28</sup> אדם נשוי שזנה עם אישה אחרת, זכותה של אשתו לדרוש גירושין בתשלום סכום הכתובה, בכך שתטען כי בעלה הוא הגורם לבקשת הגירושין מצידה.<sup>29</sup> למדים זאת ממה שכתב הטור<sup>30</sup> שהתובעת גירושין, "ויצאו הגירושין ממנה", יוצאת רק עם סכום נדונייתה המציאותי (מה שהביאה איתה היא עצמה בנישואין), וללא כתובה. מכאן למדים שאם לא "יצאו הגירושין ממנה", אלא יצאו מבעלה, היא כן זכאית לתשלום דמי הכתובה שלה, ואף כופים על ביצוע הוראה זו.<sup>31</sup>

אזכור דין זה מופיע בפסקי הדין הרבניים. לדוגמה (פד"ר חכ"ב עמ' 97):  
יש לחזור ולציין ולהדגיש שגם כאשר האישה מסכימה לגירושין, אולם ברור לביה"ד שבעלה גרם למשבר ולפירוד, כגון שהוא בגד בה וכו' – הוא חייב לשלם את מלוא כתובתה.<sup>32</sup>

אם כן, קיום יחסים גופניים מצד אישה מחוץ לנישואין מצדיק תהליך גירושין מבלי להעניק לצד הפוגע הגנה על זכויותיו הממוניות; ובמקרה ההפוך, נותן לגיטימציה מלאה לדרישתה של האישה שבעלה בגד בה לקבל את מלוא סכום כתובתה נוסף על גט. כלומר, הצד הנפגע זכאי להגנה וההלכה באה לטובתו; ובן הזוג הפוגע נחשב כמי שפירק את הנישואין ללא הצדקה.<sup>33</sup> כדי להבין

27. על אף ההבחנה ההלכתית בין אירוסין לנישואין, ננקוט "נישואין" כשם כולל.  
28. יש לציין שגם במצבים מסופקים שונים יש חיוב, או אפשרות, לבעל, לגרש בלא כתובה (שם סי' יא סע' א; סי' קעח). עי' פד"ר ח"ח, עמ' 348-350.  
29. אכן, דין זה מורכב יותר מאשר אישה שזנתה, מאחר שלפי דין התורה, רק האיש שיוצר את זיקת הנישואין הוא זה שיכול לבטלה. בנימוק לכך ובתקנות רבותינו לעניין זה, לא נעסוק כאן.  
30. אה"ע סי' קיח.  
31. רמב"ם הל' אישות פ"ב ה"כ; שו"ע אה"ע סי' קנד סע' כא.  
32. יש לציין שבמקרה המדובר שם, לא הייתה ודאות בקיום המעשה, ולכן נדחתה הטענה לתשלום כתובה. עם זאת, העיקרון של "יצאו הגירושין ממנו" מובא בביור.  
33. אומנם בתי הדין נמנעים מלפסוק פיצוי כספי; אבל זה אינו נובע מהקלת ראש בחטא החמור של בגידה בנישואין. הדבר נובע מכך שאין בהלכה פיצוי כספי על עוגמת נפש (למעט נזקי "בושת" בדיני חבלות) ועל נזקי 'גרמא', אלא על נזקים ממוניים ישירים.

תוצאה זו יש לברר מהם הנישואין על פי השקפת עולמה של תורת ישראל. כך עשינו בדיון על עמדת מערכת המשפט, וכך נעשה גם כאן. נעשה זאת בשני חלקים: נדון בנישואין מצד מסגרתם, ובנישואין מצד תוכנם.

## 2. המסגרת ההלכתית של הנישואין

על פי תורת ישראל, ישנם שני 'דגמים' לנישואין: נישואין של גויים ונישואין ישראלים. כך כתב הרמב"ם (הל' אישות פ"א ה"א-ה"ג):

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

כיון שניתנה תורה, נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אישה, יקנה אותה<sup>34</sup> תחילה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאישה... ולקוחין אלו, מצוות עשה של תורה הם... וכיון שנקנית האישה ונעשית מקודשת, אף על פי שלא נבעלה ולא נכנסה לבית בעלה – הרי היא אשת איש... ואם רצה לגרש – צריכה גט.

נקודת ההבדל בין נישואין של בני נח לבין נישואין של ציווי התורה היא פעולת הקניין, שהיא פעולה היוצרת את הנישואין. כלומר, בישראל לא די ברצון הדדי, כפי שהיה קיים "קודם מתן תורה", אלא יש צורך ברצון הדדי ובפעולה המתקיימת על גבי רצון זה. לנישואין אלה יש השלכות משפטיות, ונדון כאן באחת מהן.

"קודם מתן תורה" די היה בהפסקת הרצון לחיים נשואים כדי לבטל את הנישואין, שהרי מה שמקיים את הנישואין הוא רק רצון הדדי לכך. לעומת זאת, סיום נישואין שקמו על פי ציווי התורה מתקיים רק על ידי תהליך רשמי של נתינת גט, שהיא פעולה הפוכה מפעולת הקניין שבנישואין, ולא די בשינוי הרצון הראשוני. הנישואין יוצרים אפוא מסגרת רשמית.<sup>35</sup> וכפי שביאר בתמציתיות רבינו ניסים (לרי"ף קידושין א, א ד"ה האישה) את מהות קניין האישה:

האישה נקנית – לבעלה, להצריכה ממנו גט.

34. להלן נדון במשמעות ביטוי זה, שבימינו יש לו בוודאי משמעות הקשורה בחפצים הנקנים מיד ליד.  
35. השופט חיים כהן (ע"א 337/62) כתב כי מכך שעל פי ההלכה ניתן להתגרש, מוכח שהנישואין אינם חוזה מחייב ואינם 'סקרמנט'. יש להעיר כי אדרבה; אכן אפשרות הגירושין מוכיחה שלא מדובר ב'סקרמנט' הנוצרי, אולם הצורך בגירושין כדי לפרק את הנישואין מוכיח באופן ברור כי הם בעלי מעמד של חוזה.

לעובדה זו יש השלכה על קיום יחסים מחוץ לנישואין. גם בבן נח, הבא על אשת איש חייב מיתה,<sup>36</sup> אולם אם האישה תטען שהיא כבר אינה אשת איש מאחר שאינה חפצה עוד בבעלה המקורי – אין במעשה הביאה ההוא שום פסול, שהרי אינה עוד אשת איש. כך ביאר הרב חיים דוד הלוי (שו"ת עשה לך רב ח"ב סי' נח) את דברי הרמב"ם הללו:

רצה לומר, שחיי בני אדם קודם מתן-תורה היו הסכמיים ורצוניים מעין הידועה בציבור בזמננו. רוצים – חיים יחד, רוצים – נפרדים, ללא כל פעולה אשר תסמל התקשרות או פירוד. ומן הסתם כאשר צד אחד היה רוצה בפירוד היה מחליט על דעת עצמו לבטל את הקשר שביניהם ודיו בכך. ולכן כאשר בגדה אישה בבעלה, קשה היה להוכיח אשמתה ולחייבה מיתה או את בועלה (שהרי מבואר שגם בני נח מצווים על איסור אשת-איש והוא והיא נהרגים. עיין סנהדרין נ"ז ב), שהלא ברגע שנתפסה יכולה היתה לטעון, שכבר החליטה ליפרד מבעלה ולעזבו, ומן הסתם היו חיי האישות מופקרים.<sup>37</sup>

לעומת אופן הפסקת הנישואין אצל גויים, בנישואי ישראל, כל עוד לא ניתן גט, האיש והאישה אחוזים בתוך מסגרת הנישואין ללא תלות ברצונם: האישה אינה יכולה לטעון שהיא מבחינתה כבר לא מחויבת לבעלה בגלל שאינה חפצה בכך, והאיש לא יוכל לטעון שאין זיקה חיובית בינו לבין אשתו החוקית בגלל שכבר אינו חפץ בחיים עימה; כל עוד לא ניתן הגט, הוא בעלה והיא אשתו ואינם יכולים להימלט מטענות הדדיות. נביא גם בעניין זה את דבריו של הרב הלוי (שם):

לכן, באה תורה וקבעה פעולת קנין העושה אישה לאשת-איש, והיא פעולת הקידושין, וכן פעולת נתינת הגט המתירה את קשר הנישואין. מעתה מוגדר הוא כל משך זמן היותה אשת-איש וקנויה ברשות בעלה. וכמה מדויקים לפי כל הנ"ל דברי הרמב"ם... שכתב כל תיאור פעולת הקידושין והגירושין, כדי להגדיר משך זמן היותה אשת-איש כאמור (שאם לא כן, מפני מה הזכיר בסוף דבריו "ואם רצה לגרש צריכה גט" במקום זה שעוסק בהלכות קידושין?). בכך קידשה תורה את חיי האישות בישראל, ולכן מברכים "מקדש" עמו ישראל על ידי חופה וקידושין.

36. רמב"ם הל' מלכים פ"ט ה"ה.

37. מופקרים – כלומר, הפקר, במצב של פניות.

אם כן, הנישואין בישראל אומנם מתחילים ברצון הדדי של איש ואישה לבוא בקשרי הנישואין, אולם הם מתקיימים רק על ידי פעולת הנישואין, ובכך כבר אינם תלויים ברצון ההדדי אלא במסגרת משפטית. ולפיכך, גם לביטול הנישואין אין די בהפסקת הרצון של אחד מהצדדים, אלא יש צורך גם בביטול המעמד המשפטי, הנעשה על ידי נתינת הגט, שהוא פעולה ההפוכה לפעולת הנישואין.

זאת, בניגוד לנישואין של בני נח, העומדים רק על הרצון ההדדי. ברצותם – מקיימים, וברצותם – מבטלים.

לאחר הצגת עובדת הנישואין כמעשה בעל אופי רשמי, המבסס את הנישואין על מחויבות מסגרתית בעלת אופי משפטי, ולא רק על רצון, יש לברר מהי התוצאה העצמית של אותה פעולת נישואין. כלומר, מלבד העובדה שיש לה משמעות משפטית מחייבת המצריכה פעולה משפטית הפוכה כדי לבטלה, יש לה גם מהות עצמית. על ידי הגדרתה, נדע מה בדיוק משתנה ביחסי האישי והאישה, משני פנויים בעלי רצון הדדי לחיות יחד, לזוג נשוי בעל מעמד הלכתי-משפטי מוחלט.

בתורה,<sup>38</sup> נישואי איש ואישה נקראים "לקיחה". עם זאת, במשנה אחת<sup>39</sup> הם נקראים "קניין" ובמשנה אחרת<sup>40</sup> נקראים "קידושין". מדוע יש הבדלים בשמות פעולת הנישואין, ומה המאפיינים של כל פעולה?

### 3. הסבר פעולת לקיחה וקניין

לשון "לקיחה" בהקשר הנוגע לענייננו מופיעה כמה פעמים בתורה.<sup>41</sup> בפשטות, ה"לקיחה" היא קירוב ויצירת קשר עם הנלקח. אדם לוקח דבר מה אליו.<sup>42</sup> מה משמעות לקיחת אישה? הנצי"ב דן בפסוקים "כי יקח איש אישה, ובא אליה" (דברים כב, יג), וכן "כי יקח איש אישה, ובעלה" (שם כד, א), ומבאר (ש"ת משיב דבר ח"ד סי' לה):

...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... דברור

38. דברים כב, יג; כד, א, ה. מצאנו גם לשון הווייה: דברים כד, ב.

39. קידושין פ"א מ"א.

40. קידושין פ"ב מ"א.

41. דברים כב, יג-יד; כד, א, ה.

42. וכן: "ולקחתי אתכם לי לעם" (שמות ו, ז), "ואני הנה לקחתי את הלויים... והיו לי הלויים" (במדבר ג, יב), ועוד.



לחז"ל שאין לבעל שום זכות מן התורה באשתו יותר מענייני אישות והשייך לה, והוא הפרת נדריה שבינו לבינה או עינוי נפש שנוגע לאישות.

כלומר, הלקיחה היא הזכות לחיי אישות. זו חובה על האישה, ולכן הנצי"ב משתמש בלשון הקשה: "קנויה לו כמו שפחה לעבודה", כאשר כוונתו היא שכפי שהשפחה מחויבת לעבודה, כך האישה מחויבת לחיי אישות. עם זאת, ודאי שאין הבעילה מותרת אלא לרצון האישה,<sup>43</sup> והבעל חייב להתחשב בה כשהיא מסרבת; מדובר כאן על כך שאין לה רשות לחסום לגמרי את האפשרות לחיי אישות.<sup>44</sup>

זו אינה רק חובה על האישה, אלא גם חובה על האיש. על פי ציווי התורה, הבעל חייב לזון את אשתו, לדאוג לצורכי הביגוד שלה, ולקיים עמה יחסי אישות.<sup>45</sup> אי מילוי אחת מחובות אלו מצד הבעל גורם לכך שיתחייב לגרש אותה ולתת לה את סכום כתובתה.<sup>46</sup> כך שאומנם האדם נושא אישה מתוך רצונו, והאישה נישאת מתוך רצונה, אולם משנישאו, האיש חייב מן התורה בדאגה לצרכיה, ומילוי חובות אלה הוא בסיס להמשך קיום הנישואין. אולם, בעוד אדם יכול לפרנס גם אישה אחרת (שאר וכסות), קיום יחסים גופניים אסור למעשה עם כל אישה (לאור האיסור על פנויה, וחרם דרבנו גרשום האוסר לשאת אישה שנייה), ומתאפשר רק במסגרת הנישואין המונוגמיים.

עד כאן בנוגע לביטוי "לקיחה", שמשמעותו קירוב ויצירת קשר וזיקה. בנישואין, אלה הם המרכיבים המאפשרים, ואף מחייבים, את יחסי האישות.

נעיין בדברי רבותינו לגבי הביטוי "קניין".

כך כותב המלבי"ם בפירושו לתורה (ויקרא פרק כב אות פז):

הקנין אינו מציין דוקא הנקנה ע"י מכירה, שעל זה הונח פעל 'כרה'... אבל פעל 'קנה' מציין מה שנעשה שלו בכל אופן שיהיה... ומצד זה, גם האישה היא קניינו, ופעולת הקנין מצוין בשם 'קיקחה': "כי יקח

43. עי' רמב"ם הל' אישות פ"ט ה"ז: "ולא יאנוס אותה ויבעול בעל כורחה, אלא לדעתה, ומתוך שיחה ושמחה". שו"ע אה"ע כה, ב: "ולא יבעול אלא מרצונה, ואם אינה מרוצה - יפייסנה עד שתרצה".

44. שו"ע אה"ע עז, ב.

45. רמב"ם הל' אישות פי"ב ה"א-ה"ב. וכן הוא בשו"ע אה"ע סט, א-ב. אלא שהרמב"ם חילק בהדיא בין חיובי דאורייתא לתקנות רבנן.

46. רמב"ם הל' אישות פי"ב הל"ג, פי"ג ה"ח, פי"ד ה"ו; שו"ע יו"ד רלה, א-ג; אה"ע עג, א; ושם עו, ט.

אישה", שע"י שלקחה – קונה אותה, וכמו שכתוב בריש קדושין, דקיחה אקרי קנין.  
ומוסיף בפירושו לנביאים (ביאור המילות, הושע פרק ג):  
שהקנין יהיה גם בלא מוכר כמו הלוקח אישה בקידושי שטר וביאה וקונה אותה.

ועל כך כותב גם בעל 'תורה תמימה' (ויקרא פרק כב הע' נ):  
שם קנין יונח על כל דבר הבא לו לאדם בזכות, לא רק במכירה בתשלום כסף, וכמו "קונה שמים וארץ", "אשת המת קנית"; והוי בכלל זה גם קנין אישה.<sup>47</sup>  
מדברי הגמרא (קידושין ב, א) עולה שיש זהות בין הביטוי "לקיחה" לביטוי "קניין",<sup>48</sup> באשר הפסוקים מלמדים שיש זהות בין המושגים.<sup>49</sup> ההעדפה של המשנה לשימוש דווקא בלשון קניין ולא בלשון לקיחה היא רק מסיבה לשונית, שכן בהמשך המשנה מובאות דרכים שבהן האישה קונה את עצמה, ונוח יותר לומר כך מאשר לומר שלוקחת את עצמה.<sup>50</sup>

\*

אני מוצא חובה להתייחס לעניין נוסף במושג ה"קניין". למושג זה יש משמעות מעולם הרכוש וברצוני לשלול הבנה זו.

כך הם דברי הגמרא המבררת לשונות של גירושין (קידושין ו, ב):  
אמר לה לאשתו: 'הרי את לעצמך' – מהו? מי אמרינן, למלאכה קאמר לה, או דילמא לגמרי קאמר לה? א"ל רבינא לרב אשי, ת"ש: דתניא, גופו של גט שחרור: הרי אתה בן חורין, הרי אתה לעצמך; השתא, ומה עבד כנעני דקני ליה גופיה, כי אמר ליה: 'הרי אתה לעצמך' – לגמרי קאמר ליה, אישה דלא קני ליה גופה, לא כל שכן?<sup>51</sup>

47. מובא בהרחבה לקמן, הע' 52.

48. ושם: "גמר (=למד) 'קיחה' 'קיחה' משדה עפרון. כתיב הכא, 'כי יקח איש אישה', וכתוב התם, 'נתתי כסף השדה קח ממני'. ו'קיחה' איקרי 'קנין', דכתיב, 'השדה אשר קנה אברהם'. אי נמי, 'שדות בכסף יקנו'."

49. במאמרו, 'קידושי כסף – קניין הנלמד משדה עפרון', הודפס בחוברת "מודעין לתורה – קידושין", סיוון ה'תשס"ח, עמ' 7-11, עוסק הרב אליעזר שינוולד בדברי רש"י ותוספות ובדברי האחרונים עליהם בנוגע לעניין זה. ומכל מקום, לכל היותר יש הדגשה של הצד החיובי (לשון התחיבות) בביטוי 'קניין'.

50. קידושין שם, תוספות ד"ה וכתוב.

51. ובאופן דומה, גיטין עז, א: "נהי דקני ליה למעשה ידיה, ידה גופה מי קני ליה?!"

אם כן, הגמרא מחלקת בין עבד כנעני שקנוי קניין הגוף לאדונו, לבין אישה שאינה קנויה קניין הגוף לבעלה.<sup>52</sup> כך שבוודאי אין האישה קנויה קניין הגוף לבעלה. בעיקרון זה משתמשים הראשונים פעמים מספר.<sup>53</sup> מתוך האחרונים, נביא את דברי הנצי"ב החדים וברורים (שו"ת משיב דבר ח"ד סי' לה):

מן התורה הן אין לאיש על אשתו שום קניין כי אם לאישות בלבד, אבל זולת אישות אין לבעל שום קניין.<sup>54</sup>

את ההבנה הזו חידדו בעלי התוספות, שהדגישו כי מהות הקשר בין אישה לבעלה אינו של עבדות לעומת חירות. הגמרא (קידושין ו, ב) אמרה כי לשחרור עבד ניתן לומר: "הרי אתה בן חורין", או: "הרי אתה לעצמך". הגמרא הסיקה, כאמור, כי אם לשון "הרי אתה לעצמך" מועילה בשחרור עבד, שגופו קנוי לאדונו, כל שכן שלשון זו תועיל לאישה, שאין גופה קנוי לבעלה. לעומת זאת, הגמרא אמרה באופן מוחלט כי לשון "הרי את בת חורין" אינה מועילה בגט לאישה. מדוע אין לימוד קל וחומר מעבד לאישה, גם בנוגע ללשון "הרי את בת חורין", ולא רק בנוגע ללשון "הרי את לעצמך"? הסבירו התוספות (שם, ד"ה אישה):

אף על גב דגבי 'הרי את בת חורין' לא מהני מקל וחומר, היינו משום דלא שייך חירות באישה, ולא עביד קל וחומר אלא מלשונות דשייכי הכא והכא.

52. אכן, האישה גם מכונה "קניין כספו" בהקשר לאכילת תרומה (קידושין ה, א), אולם אין הכוונה לקניין הגוף. וכך כותב הנצי"ב (שו"ת משיב דבר ח"ד סי' לה): "ומה שכתוב בתורה כי הוא קנין כספו, וכן מה שנמצא דאשתו של אדם הוי כעבדו ושפחתו, הכוונה כמו עבדו ושפחתו, הכוונה למעשה ידיהם".

על כך מוסיף התורה תמימה (ויקרא פרק כב הע' נ): "ענין קניית עבדים, פשוט הוא דיליף מ'קנין כספו', ונישואי אישה יליף משום כי שם 'קנין' יונח על כל דבר הבא לו לאדם בזכות, לא רק במכירה בתשלום כסף, וכמו קונה שמים וארץ (בראשית יד, יט), אשת המת קנית (רות ד, ה), והוי בכלל זה גם קנין אישה. אבל אין לומר דאישה הוי קנין כספו ממש כמו העבד, שהרי בעבד הדין מה שקנה הוא קנה רבו קנין מוחלט, ובנכסי אשתו אינו קונה כי אם לפירות, וגם קנין פירות אינו מדאורייתא רק מתקנת חכמים".

יש מי שרצה להסיק מדברי הרא"ש בתוספותיו (כתובות ב, א ד"ה נסתחפה) שהאישה נקנית בקניין ממוני, מאחר שהוא משתמש שם בביטוי "קנין כספו". אולם מביאורו של הרא"ש על האזכור המקורי של הלימוד "קנין כספו" (תוספות הרא"ש קידושין ה, א ד"ה והאי) עולה בבירור שאין כוונתו לקניין הגוף ממש.

53. רמב"ן (גיטין ט, א ד"ה אבל זו); רשב"א (קידושין ג, א ד"ה למעוטי); רבינו אברהם מן ההר (נזיר סב, ב ד"ה ומשלים נזירותו).

54. ועי' בדברי הרב יעקב אריאל (שו"ת באהלה של תורה ח"א סי' עה אות ד; יושב אוהלים שיעור יז אות ו), שדן בחקירה אם הקידושין הם איסור או קניין.

כלומר, לשון "חירות" אינה שייכת באישה מאחר שמהות הקשר שלה לבעלה אינה דומה כלל ועיקר לשעבוד של שפחה כנענית, שגופה שייך לאדון, אלא נמצאת במישור אחר, של "קניין אישות", ולכן המונח "חירות" אינו מתאים ביחס אליה. ההיגיון של "קל וחומר" שייך רק כאשר משתמשים במינוח המתאים גם לעבד וגם לאישה. הצד השווה שבהם הוא רק עצם הזיקה והמחויבות כלפי האדון, או הבעל, ובזה שייך המינוח "לעצמך", שמשמעותו יציאה מאותה מחויבות. אולם הגדרת המחויבות כשעבוד במובן של היפך החירות, שייכת אך ורק בעבד, ולא באישה, שהיא, כאמור, מתקשרת לבעלה באופן הייחודי של הקידושין.<sup>55</sup>

כך מסכם זאת הרב אליעזר שינוולד:<sup>56</sup>

הדרך הטובה ביותר לעמוד על המיוחד שבקניין אישה לבעלה הוא לעמוד על השוני בינו לבין קניין של חפץ רגיל ע"י מכר. קניין אישה לבעלה שונה באופן מהותי מקניין חפץ במכר, לא רק משום שאישה אינה חפץ שנקנה אלא גם משום שקניין זה יוצר זיקה ומחויבות בתחום צר, לאישות בלבד. בשאר התחומים לא חל שינוי במעמדם לאחר מעשה הקניין. קניין ייחודי זה אינו יכול להילמד, אא"כ יש פסוק מן התורה ממנו יתחדש. פסוק זה, "כי יקח איש אישה ובעלה", מחדש באמצעות גזירה שווה<sup>57</sup> שמדובר על זיקת קניין ("קניחה" אקרי קניין) בין איש לאישה, למרות שלא מדובר פה על חפץ כלל.

\*

נסכם ונאמר כי משמעות "לקיחה" ו"קניין" הוא יצירת החיוב ההדדי בין האיש לאישה בנוגע לתחום האישות, כמו גם חיובים נוספים על האיש לפרנס את אשתו.

#### 4. הסבר פעולת הקידושין

לשם ברור המינוח השלישי, שואלת הגמרא (קידושין ב, ב) מדוע המשנה בתחילת הפרק השני של המסכת עוזבת את הלשון "האישה נקנית", המוזכרת

55. עסק בכך בהרחבה הרב זאב שמע במאמרו "ודבק באשתו" (שיח זכויות מול מוסר יהודי – המחויבות ההדדית ליחסי אישות כמקרה מבחן), פרק ו, 4.

56. במאמרו "קידושי כסף – קניין הנלמד משדה עפרון". הודפס בחוברת 'מודעין לתורה', סיוון ה'תשס"ח, עמ' 12.

57. לימוד הגמרא שמסיק זהות בין המושגים "לקיחה" ו"קניין".

בתחילת הפרק הראשון, ונוקטת לשון "האיש מקדש". הגמרא משיבה שבתחילה ננקטה הלשון המופיעה בתורה (מה שמחזק את הטענה כי אין הבדל של ממש בין "קיחה", שמופיעה בתורה, ל"קניין" שבמשנה), ולאחר מכן ננקטה לשון של חכמים. אין הכוונה שקידושין אלו תקפים רק מדברי חכמים, אלא שחכמים חידשו שפה נוספת, על ידה ניתן לקדש מן התורה. מתוך כך מבררת הגמרא את משמעותה של לשון חכמים, ועונה:

דאסר לה אכולי עלמא כהקדש.

כלומר, חכמים חידדו בלשונם את היחס שמעשה הקניין יוצר בין האישה הנקנית לבין שאר העולם. על ידי הקניין, האישה אסורה על כל העולם, כפי שהקדש אסור על כל העולם. על כך כתבו בעלי התוספות שם (ד"ה דאסר לה):

"דאסר לה אכולי עלמא כהקדש" – והרי את מקודשת לי, כלומר: להיות לי, מקודשת לעולם בשבילי, כמו: "הרי הן מקודשין לשמים" – להיות לשמים.

ופשטא דמילתא "מקודשת לי" – מיוחדת לי ומזומנת לי. ומיהו, אם היה אומר: 'טלית זו מקודש לי' – אין נראה שיועיל, דגבי אישה, במה דמתייחדת להיות לו היא נאסרת לכול, אבל בכיכר וטלית לא שייך למימר הכי.

דברי התוספות נחלקים לשלושה חלקים, ונבאר אותם. בתחילה מסבירים בעלי התוספות את לשון "הרי את מקודשת לי", שהיא היישום של לשון חז"ל, האיש "מקדש". למעשה, התוספות עונים על קושי גדול: אם מהות לשון "מקודשת" היא אסורה על העולם, אזי לשון "מקודשת לי" אינו ברור, כי היה על המינוח להיות: "מקודשת לעולם"<sup>58</sup> ומיישבים התוספות, שאכן יש שני צדדים לקידושין: הצד הראשון, הוא "לי" – "בשבילי", ורק מכוח זיקה זו האישה נאסרת על כל העולם. ומביאים את הלשון מהמשנה במסכת נדרים (פ"ה מ"ו): "הרי הם מקודשים לשמיים", שם אדם הקדיש חצר וסעודה לשמיים, כלומר להקדש. הכוונה היא שהם מותרים לשמיים, ומתוך כך אסורים לכולם. ואם כן, האיסור של האישה לשאר העולם הוא תוצאה של מצב אחר, והוא הקניין והזיקה שיש ביניהם. בתוספות הרא"ש (קידושין ב, ב ד"ה דאסר לה) מובאים דברי הרמ"ה שסידר באופן זה את שלבי התהוות הקידושין:

אף אישה זו – כיון שנתקדשה, הותרה לבעלה ונאסרת לאחרים.

וכן כתב העצמות יוסף (קידושין ב, ב ד"ה תוספות דאסר לה):

58. חידושי הרא"ה לכאן, ד"ה דאסר לה; מהר"ם מלובלין לכאן, ד"ה דאסר לה.

ואם כן, השתא פירוש הדברים הכי הוו: הרי את מקודשת ואסורה כהקדש לעולם, בעבור היותך מיוחדת לי.  
באופן זה הסביר גם החזון איש (קידושין סי' קמח, ד"ה תוד"ה דאסר) את דבריהם של בעלי התוספות:

... וכשאנו מכנים את האיסור בלשון 'הקדש', הוא על שם שהאיסור נעשה על ידי שהופרש והוזמן לתעודתו, והלכך, גם לעניין איסור אשת איש, ראו חכמים לשון נאות לשון 'מקודשת', שמורה שאסורה לכלי עלמא על ידי הפרשה והזמנה לאחד.

בחלק השני של דבריהם ביארו שפשט הלשון "מקודשת לי" הוא "מיוחדת לי ומזומנת לי". ונראה שכוונתם להסביר מדוע אין הלשון "מקודשת לעולם בשבילי"; כי לשון "מקודשת לי" מכילה את שני הצדדים: הצד הלשוני הפשוט של מיוחדת לי, והצד המהותי של הקדש.<sup>59</sup> עוד אפשר לומר שלפני תקנת חכמים הייתה הלשון הפשוטה "מקודשת לי" בהקשר של מיוחדת לי, ולאחר תקנת חכמים נשאר אותו מטבע לשון, אך עם משמעות מיוחדת.<sup>60</sup>

בחלק השלישי של דבריהם, סייגו התוספות ואמרו שאם אדם אמר על חפץ שהוא מקודש לו, אין זה הופך את החפץ לאסור על כל האחרים, שהרי אפשר שחפץ יהיה מיוחד עבור אדם אחד, ובכל זאת יהיה מותר גם לאחרים להשתמש בו, אבל באישה, עצם היותה מיוחדת לאיש אחד הופך אותה באופן מיידי לאסורה על כל העולם.<sup>61</sup>

נסכם את העולה מדברי התוספות והבאים בעקבותיהם: חכמים בחרו בלשון "מקודשת" כדי להדגיש עיקרון שעומד ביסוד הנישואין: הנישואין מתירים את האיש ואיש ביחסי אישות, ובו בזמן אוסרים יחסי אישות עם כל אדם אחר. הסבר ה"בו בזמן" הזה הינו שמאחר שמקודשת ומיוחדת לי, היא אסורה כהקדש לכל העולם. יש כאן יחס ברור של סיבה ותוצאה, וממילא עולה כי העיקר הוא "לי", מיוחדת עבורי, וכדי לקיים, ואפילו לאפשר, את המיוחדות הזו, היא הופכת לבלעדיות: "מקודשת".

אנו למדים מכאן עיקרון חשוב ויסודי: אשת איש אסורה על שאר העולם בגלל שהיא מותרת לבעלה;<sup>62</sup> אין האיסור עומד בפני עצמו כדי להגביל, רק

59. חידושים המיוחסים לרא"ה, קידושין ב, ב ד"ה דאסר לה; זרע יצחק קידושין דף ב עמ' ב, ד"ה בד"ה אסר לה.

60. חידושי הב"ח לקידושין ב, ב, ד"ה ומאי (הודפסו בש"ס הוצאת עוז והדר).

61. תוספות הרא"ש, שם.

62. מצב יוצא דופן להגדרה זו הוא אישה ארוסה, כלומר אישה שהתקדשה לאיש אך טרם נישאה לו (ההבדלים שבין מצב ביניים זה לבין אשת איש גמורה באים לידי ביטוי בדיני כתובה, עונש על

לצורך ההגבלה; ההגבלה היא רק תוצאה של הקשר והזיקה שנוצרה בין בני הזוג,<sup>63</sup> וזיקה זו מתקיימת אך ורק כאשר היא בלעדית ומוחלטת, וכל כוחות החיים מופנים פנימה, לבניית הבית. במילים אחרות, אין בין בני זוג נישואין כלל כאשר מראש יש עיקרון המאפשר יחסים גופניים עם אדם אחר. כל עצמם של הנישואין הוא הפסקת קשר אישי ופנימי עם כל העולם, כדי לבנות קשר אישי, אמיתי, אינטימי, בין איש ואשתו.

עיקרון זה בא לידי ביטוי בדין נוסף, שנפסק בשו"ע (אה"ע לח, לט):

אבל אם אמר לה (=לאישה): הרי את מקודשת לי על מנת שתהיה מותרת לפלוני – הרי זו מקודשת, ותהיה אסורה עליו (=על אותו פלוני) כשאר העם, מפני שהתנה בדבר שאי אפשר לקיימו.

בקידושין שמתנים מראש שאין האישה אסורה על כל העולם – אין התנאי קיים מאחר שהוא בלתי אפשרי. התורה אוסרת דבר כזה בגלל שהוא אינו קיים

ביאה אליה, חיוב מזונות במקרים מסוימים, אנינות ואבלות, ועוד). אומנם מהתורה היא מותרת לבעלה ואסורה על כל העולם, אך חכמים אסרו עליהם יחסי אישות (כאיסורי ייחוד בפנייה והדומים להם, שנועדו למנוע פריצות. כך משמע משטמ"ק, כתובות ז ב, ד"ה משמע), כך שבפועל היא אסורה הן על בעלה והן על כל העולם. ע"י רמב"ם הל' אישות, פ' ה"א; שו"ע אה"ע סי' נה; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, ערך ארוסה.

63. יש לציין כי הגדרה זו נתונה במחלוקת למדנית בעולם הישיבות: יש הסוברים כי מהות הקידושין היא ההיתר הייחודי של האישה לבעלה, והאיסור שלה על כל העולם הוא תוצאה של היתר זה. ויש הסוברים שההיפך הוא הנכון, והאיסור לכל העולם הוא מהות הקידושין, כאשר ההיתר לבעלה הוא פועל יוצא של איסור זה. אולם נראה כי הדעה הראשונה, והיא זו שהובאה למעלה, היא העיקרית יותר: כך נראה מפשט דברי התוספות והרא"ש (בעיקר מדברי הרמ"ה שהביא) שהובאו לעיל, וכן באחרונים שהובאו לעיל (עצמות יוסף, חז"א), כמו גם בדברי אחרונים אחרים, מהם הזרע יצחק (קידושין ב ב, ד"ה בד"ה דאסר לה), הר"ש אלישיב (בהערות למסכת קידושין, ב ב, ד"ה דאסר לה), ועוד. כך נראה גם מדברי האג"מ (אה"ז ח"א, פה) שכתב "דנאסרת במה שמתייחדת להיות לו", ומה שכתב שם כמה פעמים, שעיקר קידושין הוא במה שנאסרת על כל העולם, כוונתו שזה חלק חיוני מהקניין, ומעכב.

הדעה החולקת נראית משנית יותר: אפשר שקצת משמע כן מדברי הרא"ה שכתב "שאושר אותה לעלמא ומתיר אותה לו". באחרונים, בדרך המלך על הרמב"ם (הל' אישות פ"ז הט"ו ופ"ט ה"א; הל' גירושין פ"ב ה"ד) כתב בהדיא שמתוך שאסורה אכ"ע, מותרת לו, וכן כתב בעקידת יצחק (דברים סי' פח, ד"ה ואתחנן), שהקידושין, עיקרם לאסור על כל העולם; לדעתו, ההיתר של האישה לבעלה תלוי בכך שלא תהיה זו ביאת הפקר, וההתייחדות לו נעשית ע"י הטלת איסור על כל העולם. בשו"ת דברי יציב (אה"ע סי' נה) כתב דהא בהא תליא. ואולי זו כוונת השרידי אש (קידושין סי' ט). ועי' שו"ת באהלה של תורה ח"א סי' עה אות ה.

במציאות; קידושין שמאפשרים חיי אישות בין איש לאשתו ולא מגבילים זאת על העולם החיצוני – אינם קיימים.<sup>64</sup>

אם כן, הנשואה נקראת "אשת איש" והיא אסורה על העולם והעולם אסור עליה. לאיש אכן מותר מדין תורה לשאת נשים נוספות כאשר הוא יכול לספק לכל אחת את כל צרכיה,<sup>65</sup> אבל כבר גזרו חכמינו ואסרו זאת, כך שגם האיש אסור באחרת.<sup>66</sup>

בכך, מקיימים בני הזוג את דברי התורה, בנוגע לעזיבת הבית ודביקה זה בזו. כדברי הראב"ד:

ועל כן אמר האדם בראותו אותה וכאשר ידע כי ממנו נלקחה, "ועל כן יעזוב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו" (בראשית ב, כד), כלומר: ראויה זו שתעמוד אצלי תמיד, ואני אצלה, והיינו לבשר אחד.<sup>67</sup>

64. עם זאת, חשוב לציין כי אם אדם אמר לאישה: "הרי את מקודשת לי חוץ מפלוני", כלומר שלא בתנאי, אלא שהקידושין לא מקיפים את פלוני והיא מותרת לו, נחלקו ראשונים: לדעת רש"י (גיטין פב ב, ד"ה הדר פשטה), ריטב"א (שם, ד"ה בא ראובן), וכתב כן גם בשם רבו הרא"ה, הר"ן (לרי"ף גיטין מג, ב ד"ה גרסינן) והטור (אה"ע סוף סי' לח), אינה מקודשת, כי קידושין צריכים להיות מוחלטים מעצם היותם (ריטב"א: "וכיון דלא אהנו קידושי שמעון למיסרה אמאן דשריא ליה – לאו קידושי ניהו"). וכן נראה מפסקי הרא"ש (קידושין פ"ט ט' א), שהביא רק דברי רבי אבא ולא דברי אב"י בעניין קידושין, וכן כתב בנו בקיצור פסקי הרא"ש. לעומת זאת, לדעת הרמב"ם (הל' אישות פ"ז ה"ג) היא מקודשת מספק, וכן פסק השו"ע (שם). המגיד משנה והגר"א ביארו שזה בגלל הבנה מסוימת בלשון אב"י בסוגיה, וכתב האג"מ (אה"ע ח"א סי' פה) שהסברה לכך היא שמא בקניין כל דהו סגי להו. וכן נראית דעת הרשב"א (גיטין פב, ב ד"ה הא), וכתב במפורש שדעת ר' יוחנן במסכת קידושין (ס, א) היא שבקניין כל דהו סגי, ושהלכה כמותו.

אולם, אין הדברים סותרים כלל את העיקרון הנ"ל. גם הרמב"ם, הרשב"א והשו"ע צריכים חילוק בין קידושין על תנאי של היתר, שלכולי עלמא לא מועילים, לבין קידושין חוץ מ-, שאפשר שמועילים: והחילוק הוא שלעולם, הקידושין עצמם לא משאירים שום היתר לאדם אחר; רק כאשר אדם מקדש באופן זה שהקידושין לא יחולו, מעיקרא, על פלוני, מתעורר הספק שמא מקודשת. ואם כן, לכל הדעות, עצם הקידושין אוסרים על כולם.

ומכל מקום, כתב על כך החשוקי חמד (גיטין פב, ב) שאם מקדש אישה ומתיר לה לחיות עם מי שתדחה, נראה שאינה מקודשת כלל אפילו לספקו של הרמב"ם, משום שאין כאן קניין כלל, ע"פ מ"ש האג"מ. ומ"מ לא רצה לפסוק כך בהדיא.

65. שו"ע אה"ע א, ט. כלומר, אם האישה הראשונה תיפגע מכך שבעלה נישא לאישה אחרת, לא יהיה מותר לאיש לשאת את האישה השנייה. כדי להבין את כוונת התורה בד"ה זה, יש צורך בעיון שאינו שייך לענייננו.

66. שו"ע אה"ע א, ט-יא.

67. הקדמה לבעלי הנפש.



## 5. הגדרת הנישואין: חובה הדדית

הנישואין הם אומנם פרי רצון משותף של בני הזוג, אך הם נכנסים מייד למסגרת מחייבת. חובה זו היא כפולה, וחלקיה אחוזים זה בזה: יש גם זכות וגם חובה הדדיים לחיי אישות, וכתוצאה מכך יש איסור מוחלט על קשר גופני עם אחר. הטרמינולוגיה של התורה ושל חז"ל מביאה לידי ביטוי צדדים אלו: ה"לקיחה" וה"קניין" מבטאים את הקניית הזכות לחיי אישות, וה"קידושין" מבטאים את הבלעדיות לזכות זו; הבעל והאישה מחויבים זה לזה ומשאירים את העולם החיצון מחוץ לתחום האישות שלהם.<sup>68</sup>

אכן, חיי הנישואין נוטלים במידה רבה את החופש מכל אחד מבני הזוג;<sup>69</sup> אין עוד רשות לחפש או לאפשר פיתוח קשרים חברתיים עמוקים עם אדם אחר במגמה לקיים עימו יחסים גופניים. אולם, כפי שעלה מהעיון בלשון "מקודשת", ראינו כי "שלילת חופש" זו נובעת מהמטרה של חיי הנישואין: יצירת קשר בלעדי בין הבעל לאישה. הנביא מכנה זאת במילים 'חברות' ו'ברית', כשהוא אומר (מלאכי ב, יד): "והיא חברתך, ואשת בריתך". לצורך סיבה עילאית זו נשלל החופש, וזו נקודת ההבדל בין התפיסה המערבית לבין תפיסת התורה.

אפשר לומר שבשלילה "פרימיטיבית" זו מרוויחים דבר גדול מאוד: את החירות לבנות בית שיש בו ביטחון לכל אחד מבני הזוג; הבעל בטוח בכל לבו כי אין לגיטימציה ל"תחרות" ואין "פזילות" של האישה לאחרים, והאישה יודעת בידיעה ברורה וחלוטה כי בעלה שייך לה ומחויב לה, ואין לו שום רשות ושום לגיטימציה הלכתית "לרעות בשדות זרים".<sup>70</sup>

68. בהקשר רחב של בלעדיות זו, כתב הב"ח: "ורבנן תיקנו דלימא לכתחלה 'מקודשת לי' בדווקא, לאורויי דאסר לה אכולי עלמא כהקדש, דאסור ליהנות ממנה במראה עיניים או בנגיעת יד ליד לא ינקה" (חידושי הב"ח קידושין ב, ב, ד"ה דאסר).

69. הערת העורך (ע"א): אומנם מדין תורה מותר לגבר לשאת כמה נשים, אולם חרם דרבנו גרשום, שנתקבל על כל ישראל, אוסר זאת. ומקורות רבים מצביעים על כך שגם בזמן שהפוליגמיה הייתה מותרת בישראל ברמה הפורמלית והמעשית, התורה שללה זאת ברמה הערכית העקרונית. עמד על כך, בין השאר, אמ"ר, הרב יעקב אריאל, במאמרו "המונוגמיה המוחלטת", בספרו "מאהלי תורה", ח"א סי' כו (דרשה לפרשת ויצא).

70. יש להיזהר מן הצד השני של המטבע – השאננות בקשר, שעלולה להתפתח מתוך תחושת הביטחון, כאשר הדבר החשוב ביותר לטיפוח הקשר הזוגי לאורך זמן הוא העבודה המשותפת. עמדו על כך הרב עזריאל אריאל ועו"ס חווה אריאל במאמרים: "דרושה אהבה; בין רומנטיקה לתודעת 'אנחנו'", התפרסם בספר: "משפחה – מפעל חיים", בעריכת חיים ברנסון (ידיעות ספרים, 2019), עמ' 434 ואילך.

**לאור זאת,** ניתן להבין את הפסיקה של ההלכה היהודית: איש או אישה נשואים, שקיימו יחסים גופניים עם אחר, פירקו את עצמותם של הנישואין, והעושה כן מאבד את זכויותיו שעמדו לזכותו כתוצאה מהיותו במערכת הנישואין.

### ג. השוואה בין העמדות

במרכז פסיקת בתי המשפט ניצב הערך היסודי של **זכות** הפרט לעצב את חייו בהתאם לרצונו, כפי שבא לידי ביטוי ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". גם מערכת הנישואין אינה מגבילה חירות זו, כך שקשר הנישואין עומד רק על יסוד הרצון. מייד כאשר רצון זה נעלם, או מפנה מקומו לרצון אחר, עז יותר, מערכת הנישואין חדלה מלהתקיים. בכך **נמנע המשפט מהגדרת קשר הנישואין כהתחייבות, מאחר שהתחייבות זו מצמצמת את חירותו של הפרט;** בהתחייבויות ממוניות ניתן לצמצם חירות, אך לא בהתחייבויות מבוססות רצון ורגש. במילים אחרות, אין בכוחה של החירות ליצור דבר שהחירות עצמה תהיה כפופה לו. מחמת צורך, אדם יכול לחתום על חוזה ולאבד חירות מסוימת במידת מה. אולם, אם חירותו מביאה אותו להיכנס לקשר, אין הקשר הופך לגדול יותר מהזכות שחוללה אותו. קשר הנישואין כפוף לזכות לחירות.

לעומת זאת, דעת תורת ישראל היא שהרצון לחיי נישואין הוא נקודת הפתיחה, אולם הנישואין עצמם הם אכן מסגרת מחייבת גם מנקודת מבט הלכתית, לא רק מוסרית. הרצון, החירות, יצרו דבר חדש, הגדול יותר מהחירות ומהרצון שיצרו אותו: הם יצרו מסגרת משפטית. מסגרת זוגית זו מסתיימת רק בפעולה רשמית, אובייקטיבית, של גירושין, או, חלילה, פטירה.<sup>71</sup> במסגרת מחייבת זו יש מחויבות הדדית הלכתית: מחויבות זה כלפי זה, וכתוצאה מכך מחויבות של הימנעות מקשרים גופניים ורגשיים עם כל אדם אחר. נמצא שהזכות לחירות אינה קיימת במלואה אצל האדם הנשוי, במובן זה שאין הוא רשאי לפתח קשרים עם אדם אחר, ואם יעשה זאת תהייה לכך השלכות שליליות.

71. יש לציין כי הקשר הזוגי לא מתנתק מכול וכול גם לאחר סיומו הפורמלי המתיר לכל אחד מבני הזוג להינשא לאחר. איסורי עריות קיימים גם כלפי קרובי בן הזוג שנפטר (למעט נישואין עם אחות אשתו). כאשר מדובר בבני זוג גרושים, במקרים רבים נותר ביניהם "קשר דם" באמצעות לדיהם המשותפים, חלה עליהם מצוות "מחזיר גרושתו" מלכתחילה, והאיסור לעשות כן אם הגרושה נישאה בינתיים לאחר, ובכל מקרה הבעל אסור באחותה.

התבאר גם ההיגיון שמאחורי תפיסה זו: שלילת חירות זו אינה שלילה רק לשם השלילה. שלילה זו קיימת כדי לקיים ולחזק את הקשר שבין בני הזוג, כפי שעולה ממשמעות הלשון "מקודשת לי", כאמור. נמצא שהמחויבות להימנע מקשר עם אחרים נועדה להפנות את המשאבים פנימה, את כוחות הנפש ואת כוחות הגוף, ולאפשר בנייה של מערכת זוגית יציבה וטובה. דווקא משום שמדובר ברגשות, וביותר מכך – בעולמו הפנימי של בן הזוג ושל הבית כולו – יש צורך בשלילה מוחלטת של חופש זה. כשכל אחד מבני הזוג יודע ש"אין לו מה לחפש במקום אחר", וכל אחד יודע שגם האחר יודע זאת בכל מאודו, מתגלה מרחב פנימי אדיר של ביטחון ונחת, ליצירת קשר אמיתי. ואולי זה החופש הגדול יותר, הראוי להיקרא חירות.

אפשר לומר זאת כך: השופט עמית אמר, כאמור, כי

ההתחייבות בין בני זוג לקבל על עצמם את האיסור של "לא תנאף" היא במישור החברתי-מוסרי-דתי, אך אין לייבאה אל תוך המשפט;<sup>72</sup>

ואילו ההלכה היהודית עושה בדיוק את הדבר הזה: מכניסה את החובה הזו (שהיא רחבה יותר מאיסור "לא תנאף", שמשמעו איסור קיום יחסים רק עם אישה נשואה) למערכת הלכתית-משפטית מחייבת, שמשמשת כאמצעי חיוני לבניית חיי אהבה יציבים ועמוקים, יותר מאשר "חרב התלויה מעל מיטת בני הזוג", כאילו זהו איום נורא המסכן (!) את חירות הפרט. כפי שנטען לעיל, אדרבה – על ידי ההתחייבות ההדדית כלפי חוץ וכלפי פנים, וללא חשש ל"פזילות" הצידה, מתאפשרת החירות האמיתית לבנות בית נאמן. בעיני תורת ישראל, דווקא אותה אפשרות להתפתחות קשרים אינטימיים אחרים, היא עצמה "חרב התלויה מעל מיטת בני הזוג". נדמה שדווקא הזכות לחירות "בולעת" את הזוגיות ואינה מאפשרת לה להכות שורש במלוא חירותה.

גם ביחס לטענתה האמורה לעיל של פרופ' נילי כהן, כי "מחוזות רוחניים או נפשיים נמצאים מחוץ לתחומם המסורתי של דיני החוזים", נענה ונאמר בדיוק באותו משקל כי דווקא בגלל גדולתם של מחוזות אלו, הם מוצאים עיגון בתחום ההלכתי-משפטי. הנישואין הם אכן חוזה ויוצרים חובות, ובכך החירות לפעול על פי כל רצון נדחקת בסדרי העדיפויות. אלא שכאמור, זו הגבלה לצורך הגדלה. זו הגבלה כדי לקיים את הרצון הראשון, המקורי, שיצר את הנישואין: לחיות חיים מלאים ועשירים עם בן הזוג. הרצון זקוק למחויבות כדי לממש

עצמו ולהוציא עצמו אל הפועל במלוא כוחו. אכן, כתבה פרופ' נילי כהן כי מגמת החוק הינה לרופף את הקשר הפנימי. בכך, מתקיים מעין אבסורד, שבחוזים הממוניים, שמשמעותם קטנה משל הנישואין, יש התחייבות על פי חוק, ואילו בנישואין, שמהותם עמוקה מני ים, אין עוגן התחייבותי, מאחר שאין מחויבות בעולם של רצונות.

מערכת המשפט מגבילה את ערך החירות במקום שראוי לעשות כן.<sup>73</sup> מסתבר אפוא שרבים מן השופטים כיום אינם תופסים את הברית הזוגית כסיבה ראויה לכך. לעומת זאת, תורת ישראל מגדירה ערך זה כדבר שעבורו יש הכרח המצדיק להגביל את חופש הפעולה של האדם, וזו אינה הדוגמה היחידה לכך. הפרזה בערך החירות יוצרת דווקא **שעבוד עיוור** לתביעה להשתחרר ממחויבות מכל ערך, שהיא למעשה התנערות מכל מה שאינו רצוי לחלקים הנמוכים ביותר של הנפש האנושית (והגבול היחיד שהיא מציבה הוא הפגיעה בזכויותיו של אדם אחר).<sup>74</sup> וכאמור לעיל, נדמה שההגדרה הנכונה היא **שהתורה מגבילה את מה שנדמה כחירות, בשביל להגיע אל החירות האמיתית, בניית בית בטוח, שיש בו אהבה לאורך זמן ושיש בכוחו לגדל ילדים ולחנכם.** יש בכוחה של החירות ליצור דבר גדול יותר ממנה, והוא התא המשפחתי היציב והנאמן.

אגב, פרופ' נילי כהן ציינה כי התפיסה בעבר של חיי הנישואין הייתה של בעלות רכושנית, עם מאפיינים של קבלת מרות וצייתנות, מה שגרם לקיום יחסים מחוץ לנישואין להוות עוולה משפטית בימי קדם. איני יודע כיצד היא רואה את תפיסת תורת ישראל את הנישואין, אולם בוודאות יש להכריז כי

73. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

74. **הערת העורך** (ע"א): תפיסה מודרנית זו התקבעה בעקבות הצהרת החירות הצרפתית, שנכתב בה בין השאר: "החירות מבוססת על החופש לעשות כל מה שאינו פוגע במישהו אחר; לפיכך להגשמת זכויותי הטבעיות של כל אדם אין שום גבולות, מלבד אלה המבטיחים ליחידים אחרים בחברה את ההנאה מאותן זכויות". יש לציין כי תפיסה זו של חירות מרוקנת את החירות עצמה מכל תוכן. שכן בהיעדר כל ערך מוחלט ומחייב, החירות איננה אלא החופש לבחירה גחמנית בין אינסוף אפשרויות, ללא כל קנה מידה. בחרנות מסוג זה אינה חירות. התפיסה היהודית מעצבת חירות במובן של יכולת לממש את הזהות האישית והלאומית, ולכן חג החירות היהודי משולב במלואו עם גיבושה והפנמתה של הזהות היהודית; ואת כל זה התפיסה העכשווית מבקשת לעקור מן השורש.

תפיסה זו אינה, ולא הייתה מעולם, תפיסתה של תורת ישראל.<sup>75</sup> ה"קניין" האמור בנישואין ההלכתיים אינו קניין חפץ (והארכנו בכך במאמר זה. עי' לעיל, פרק ב, 3). תורת ישראל אוסרת יחסים מחוץ לנישואין לא בגלל שהאישה מוגדרת כממון הבעל, חלילה, אלא כדי ליצור מסגרת מחייבת שבה בני הזוג יוכלו לבנות, לקיים ולהעצים את הקשר שלהם, מתוך נאמנות ובלעדיות. הדדית.

### ד. הערה. או: אולי החלק החשוב ביותר במאמר

הלגיטימציה שמערכת המשפט נותנת לקיום קשרים מחוץ לנישואין נובעת מתפיסתה את זכותו של האדם לחיות כרצונו. כבר כתב נשיא בית משפט העליון לשעבר, אהרן ברק,<sup>76</sup> שסדר הדברים הוא שהיחסים המעוררים מראש גרמו לקשר הנוסף, האחר; הסיבה לפירוק הנישואין אינו הקשר שבא מבחוץ, אלא להיפך: הקשר שבא מבחוץ בא בעקבות הפירוק הנפשי של הנישואין. בכאב אעיר שפעמים רבות, הסדר הוא הפוך: הקשר בתוך הבית מתנהל באופן תקין למדי, אך העיניים והלב פנויים, זמינים, לקשרים אחרים, וכידוע: הדשא של השכן תמיד נראה ירוק יותר (אף שאינו כך בהכרח). כל שנותר הוא לתהות כיצד יכול בן הזוג שבא מחוץ לנישואין להיות בטוח שאותו דבר לא יקרה גם לו, ושגם הוא לא ידחק הצידה בגלל דשא אחר, על לא עוול בכפו.

ואולי, גם האדם השלישי נכנס למערכת יחסים חדשה מתוך ידיעה כי גם אם יתמסר אליה בליבו ובנפשו, היא עדיין תלויה ועומדת, כמעט נסיבתית בלבד. והסיכוי לבניית מערכת יחסים יציבה ועמוקה הולך ופוחת.

75. עי' מלב"ם, בראשית ד, כד: "...ובזה יספר איך יצאו בני קין לתרבות רעה והתפארו ברצח, עד שגם את נשיהם הפחידו בהרג וטבח והכניעום תחתם לשפחות, וכמו שנודע שבימי קדם הייתה האישה קנין בעלה לעשות עמה כחפצו".

76. ע"א 5258/98. עי' לעיל, פרק א, 3.

