

הרב מיכאל פואה

# הזכויות והאחריות בקניין הנישואין

בין משפט התורה למשפט העמים



הקדמה

מבוא

א. מהות הקניין בכלל

ב. הבעלות

ג. הקניין בקידושין

ד. האחריות בקניין הנישואין

סיכום



## הקדמה

במאמר זה נעסוק בהבנת משמעות מעשה הקניין בנישואין, בזכות ובאחריות של הבעל, ובזכות ובאחריות של האישה. נעמוד גם על השלכות הבנה זו על הקשר בין בני הזוג בבניית משפחתם. כל זאת תוך השוואה בין משפט התורה למשפט העמים ובכללו החוק במדינת ישראל<sup>1</sup>.

כשבני זוג מחליטים להתחתן הם מקבלים כפי הנראה את ההחלטה המשמעותית ביותר בחייהם. החלטה זו קושרת ביניהם בכמה תחומים:

1. חיים במשק בית משותף.
  2. התחייבות הדדית לחיי אישות.
  3. הקמת משפחה<sup>2</sup> – הבאת ילדים לעולם והאחריות לגידולם.
- קשר זה נוצר מבחינה הלכתית על ידי מעשה הקידושין שהוא מעשה קנייני – "בשלושה דרכים האישה נקנית"<sup>3</sup>, ובכניסה לחיים בבית משותף המסומלת בחופה ו/או בחדר הייחוד – "מכניסה לביתו"<sup>4</sup>. במשפט העמים כיום, קשר זה נוצר בדרך כלל באמצעות טקס סמלי ורישום אצל רשם הנישואין<sup>5</sup>. ניתוח המשמעות של המעשה הקנייני וההשלכות הנגזרות מכך מבוסס על ספרו המונומנטלי של שבתי בן דב (להלן: שב"ד), "תורת דיני הקניין"<sup>6</sup>.

- 
1. נושא זה נדון בספרנו "בשורת הצדק – לחידוש משפט התורה" (בהוצאת עמותת "מוסרי – ארגון זכויות אדם יהודי", כסלו תשע"ט), פרק ח, ובמאמר זה נוסף נופך חדש.
  2. **משפחה** – מסביר הרש"ר הירש (ויקרא כה, ה), שהיא משורש שפ"ח הקרוב אל **ספ"ח**. כלומר, המילה משפחה מבטאת את **ההסתפחות** של הצאצאים אל הזוג. וכך במילון אבן שושן ערך "משפחה": "שם כולל להורים וילדיהם...". זו דרכה של השפה העברית לבטא את ההבדל המהותי בין בני זוג, שיכולים להיפרד, לבין משפחה שלעולם חלקיה נשארים קשורים אלו לאלו, גם לאחר גירושין.
  3. משנה קידושין פ"א מ"א.
  4. שו"ע אה"ע נה, א.
  5. החוק במדינת ישראל אינו מאפשר נישואין אזרחיים אך מכיר בהם אם נעשו במדינה אחרת. כמו כן החוק מכיר במי שמנהלים חיים משותפים – "ידועים בציבור", כבני זוג נשואים.
  6. שבתי בן דוב נולד בשנת תרפ"ד בוויילנא, נפטר בשנת תשל"ט בירושלים. היה חבר מחתרת הלח"י, חוקר, הוגה דעות, משפטן, תלמיד חכם אוטודידקט ומהפכן. סיפור "מהלך חיי", כפי שכתב על עצמו, התפרסם בספר "סולם למלכות ישראל היעודה", כרך א, עמ' 35. הספר "תורת דיני הקניין" הועלה למרשתת על ידי מחבר המאמר. <https://sites.google.com/site/shabetaybendov/>

## מבוא

הזכרנו בהקדמה שלושה תחומים שבהם נוצר קשר של התחייבות בין איש ואישה שנישאים:

הקשר הראשון שהזכרנו הוא הקשר הכלכלי – בעיקרון מדובר בקשר חוזי שכל תנאי מועיל בו,<sup>7</sup> ולכן אין בקשר זה דבר שמויחד דווקא לנושא קניין הקידושין. מסיבה זו לא נעסוק בו במאמר זה.

הקשר השלישי להקמת משפחה – קרי: הבאת ילדים לעולם וגידולם – נוצר בעקבות הקשר השני שהזכרנו – ההתחייבות לחיי אישות. התחייבות זו היא לא התחייבות שניתן להקנות אותה בדיני הקניין היות שהילדים עדיין לא באו לעולם ואין דיני הקניין הרגילים חלים על דבר שלא בא לעולם.<sup>8</sup> ולכן גם בקשר זה לא נעסוק במאמרנו.

במאמר זה נעסוק בקשר השני – שהוא ההתחייבות ההדדית לחיי אישות הנוצרת בעת הקידושין. נברר מה משמעות הקניין שעושה האיש באשתו, ואם יש ממש בהבנה הפשטנית כי היא קנויה לו כרכוש לכל דבר ועניין.

## א. מהות הקניין בכלל

נחלקו הוגי הדעות בעולם ביחס לקניין בכלל: יש הטוענים כי הבעלות היא קשר ממשי בין הבעלים לבין החפץ שברשותם. לטענתם, יש לאדם זכות ריאלית בחפץ עצמו. לעומתם טוענים אחרים כי אמירה זו היא חסרת שחר, ואי אפשר לתאר שום יחס ממשי בין החפץ לאדם; ולכן, המובן היחיד של הבעלות שניתן לדבר עליו הוא ההסכמה בין בני אדם על כך שחפץ מסוים שייך לאדם מסוים ואנו לא מפריעים לו לעשות בחפץ זה ככל העולה על רוחו. זכות זו נקראת זכות פרסונלית. ניתן לומר כי המחלוקת מתמקדת בשאלה אם הקניין הוא דבר מציאותי או הסכמי. באופן כללי ניתן לקבוע כי במשפט התורה הקניין הוא ריאלי, כלומר, השייכות שבין האדם לנכס הנקנה היא מציאות ממשית. להגדרה זו יש השלכות הלכתיות, כמו דין "ולקחתם לכם" בנטילת לולב, האומר שארבעת המינים צריכים להיות בבעלותו של הנוטל אותם.<sup>9</sup> לעומת זאת, במשפט העמים, הקניין במהותו הוא פרסונלי, כלומר, הסכם בין

7. עי' במאמרו של הרב יעקב אריאל בספר זה, "חובות וזכויות בני הזוג במשפחה המודרנית", פרק ו.

8. עי' רמב"ם, הל' מכירה פכ"ב ה"א ו-ה"י.

9. שו"ע או"ח תרמט, ב.

אנשים.<sup>10</sup> גם הריאליסטים שבין הוגי הדעות מודים למעשה שתוקף הקניין ייבחן תמיד מול תביעה של אדם אחר ואין לו משמעות בפני עצמו.<sup>11</sup> ישנו הבדל נוסף ומשמעותי שבין שתי השיטות: במשפט העמים, הבעלות הנרכשת במעשה הקניין היא **זכות**,<sup>12</sup> כאשר אין שום חוק המגדיר את **החובות** הנגזרות מכך. לעומת זאת במשפט התורה כל זכות קניינית מתורגמת מייד **לחובת אחריות**.<sup>13</sup>

## ב. הבעלות

כפי שציינו, הבעלות הנוצרת מהקניין במשפט העמים היא עניין **הסכמי**, אך דווקא משום כך בעלות זאת היא **טוטאלית**. אם החלטנו כחברה שנכס מסוים שייך לפלוני אז יש לו זכויות מלאות בנכס, וכל הגבלה של זכויות אלו או מתן אפשרות לאחר לעשות שימוש כלשהו בנכס, היא פגיעה ב"זכות הקניין". לעומת זאת, תפיסת הבעלות במשפט התורה היא אחרת לגמרי. הבעלות היא למעשה רשות – **חירות הפעולה בנכס** – הנושאת בחובה גם את **האחריות** עליו. רשות זו באה לידי ביטוי ביכולת הבעלים להחזיק בנכס, ליהנות ממנו ומפירותיו, להעבירו לאחר ולמנוע מאחרים להחזיק בו או ליהנות ממנו, ואף לבער אותו מן העולם. **רשות זו יכולה להתפצל ולהתקיים במקביל בכמה רמות על ידי אנשים שונים**.<sup>14</sup> הסתכלות זו מובנית בתפיסת עולמו של האדם המאמין. מצד אחד הריבון על הכול הוא בורא עולם, "לה' הארץ ומלואה",<sup>15</sup> ומצד שני, "והארץ נתן לבני האדם".<sup>16</sup> משמעותה של נתינה זו היא הענקת **רשות שימוש**, שמאפשרת לנו בעלות על דברים, בעלות שאינה פוגמת בכהוא זה בבעלותו של בורא עולם. כאשר אדם אוכל תפוח שהוא "שלו" בכל מאת האחוזים – עליו לברך; ואם לא בירך, הרי הוא כמי שגזל אותו מבעליו האמיתי,

10. ויכוח דומה קיים גם ביחס למושג המשפחה, אם היא טבעית או הסכמית. עי' במאמרו של הרב עזריאל אריאל בספר על שיח הזכויות במשפחה (עדיין לא פורסם), "המשפחה מול המדינה (מסירה לאימוץ של ילד הסובל מהתעללות או הזנחה כמקרה מבחן)", פרק א סעי' 3.  
 11. פסקה זו נכתבה על פי העולה מדברי שב"ד ב"דיני הקניין", ספר א פרק א.  
 12. וכך גם נקבע בחוק היסוד שנועד להגדיר את זכויות הפרט (חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, סעי' 3): "אין פוגעין בקניינו של אדם".  
 13. עי' בהרחבה בספרי "בשורת הצדק", פרק ד.  
 14. שב"ד, דיני הקניין, ספר א ח"א פרק ב סעי' ג-ד, ושם ח"ב פרק ד סעי' ד (ועי' שם, הע' יג).  
 15. תהילים כד, א.  
 16. תהילים קטו, טז.

שהוא הקב"ה.<sup>17</sup> גם כאשר הקרקע היא "שלו" והגידולים "שלו" הוא צריך להפריש חלק למעשר ותרומה כחלק מהשיתוף עם בורא כול. בכלל זאת, דיני היובל והשמיטה הבאים להשריש בתוכנו את ההבנה "כי גרים ותושבים אתם עמדי".<sup>18</sup> בכל ההלכות האלה אין לראות מגבלה מוסרית או דתית שהיא חיצונית לבעלות, אלא הגבלה של זכות הבעלות עצמה. אומנם בורא עולם איננו ישות משפטית, והבעלות שהוא מאפשר לנו בני האדם תחת רשותו אינה עומדת למבחן משפטי, אך ההבנה שניתן להחזיק נכס בבעלות משותפת בלי שתפגע זכות הקניין, מקרינה על מערכות היחסים שלנו כבני אדם.

### ג. הקניין בקידושין

נעבור עתה לבחון את משמעות מעשה הקניין בקידושין. נקדים ונאמר כי הסתכלות אובייקטיבית קרה על מערכת היחסים הזוגית מלמדת כי בכל קשר אינטימי שבין בני הזוג עושה הגבר מעשה בעלות. בכל חיבור בין איש לאישה נכנס האיש לתחומה של האישה ומזריע בה את זרעו. פעולה זו עשויה לחולל שינוי מהותי בגופה ובחייה של האישה בכך שהביצית שבגופה תופרה וברחמה יגדל צאצא שלאחר תשעה חודשים ייוולד. מעשה זה הוא מעשה מובהק של בעלות, הן מבחינת התנהגותו והן מבחינת תוצאותיו, ולא לחינם נקרא הבעל בשם זה. לא פלא הוא שאחת הדרכים שבהן האישה נקנית היא ה'ביאה' (משנה קידושין פ"א מ"א). אולם מה המשמעות של קניין זה? האם האישה קנויה לאיש כשפחה לאדון? האם גופה קנוי לו לכל מה שירצה לעשות בה?

הדרך לבחון שאלות אלו היא במקרה קיצון – מקרה בוחן. מקרה הבוחן הקיצוני ביותר<sup>19</sup> שיש הוא כאשר אישה מסרבת לקיים יחסי אישות עם בעלה, האם מותר לו לעשות זאת בכוח בניגוד לרצונה או לא? כפי שאפרט, בנושא זה חל שינוי משמעותי ביותר במשפטי העמים בעשרות השנים האחרונות. אשר על כן נבחן את התייחסות משפט העמים לפני השינוי ואחריו. במשפט

17. עי' ברכות לה, ב: "אמר רב יהודה אמר שמואל, כל הנהנה מן העוה"ז בלא ברכה כאילו נהנה מקדשי שמים, שנאמר, לה' הארץ ומלואה. ר' לוי רמי. כתיב, לה' הארץ ומלואה, וכתיב, השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם. לא קשיא, כאן קודם ברכה כאן לאחר ברכה. אמר ר' חנינא בר פפא, כל הנהנה מן העוה"ז בלא ברכה, כאילו גוזל להקב"ה וכנסת ישראל".

18. ויקרא כה, כג.

19. חשוב לציין שהדיון הוא ביחס לדיני אישות בלבד. קניין האיש באשתו אינו מתיר לבעל למכור את אשתו או להשכירה כפי שהוא יכול לעשות ביחס לבהמתו, ואם חלילה הוא חובל בה הוא חייב לשלם הכול (רמב"ם, הל' חובל ומזיק פ"ד ה"ד).

העמים טרום השינוי היה פשוט וברור שזכות הבעל באישה היא מוחלטת, והיא קנויה לו באופן מוחלט לנושא קיום יחסי האישות גם באונס. היטיב לבטא את היחס לאישה המשפטן סר מתיו הייל, שעמד בראש מערכת המשפט האנגלית, ובשנת תצ"ו (1736) כתב כך:

הבעל אינו יכול להיות אשם בעבירת אינוס שביצע בעצמו באשתו החוקית, כי על-ידי ההסכמה ההדדית וחווה הנשואין האישה מסרה את עצמה לבעלה בענין זה, ואין היא יכולה לחזור בה.<sup>20</sup>

רק בשנת תשנ"ג (1993) פרסם האו"ם הצהרה על המאבק באלימות נגד נשים ובכלל זה אונס על ידי בן זוג, ורק בשנת תשנ"ד (1994) שינה הפרלמנט באנגליה את החוק בעניין זה והפך את האונס בנישואין לעבירה פלילית.<sup>21</sup> בשנת תשע"ד (2014) אושרה אמנת מועצת אירופה שבה יש מחויבות להבטיח שמעשים מיניים שלא בהסכמה שבוצעו במסגרת הנישואים יהיו בלתי חוקיים.<sup>22</sup> עם זאת, עדיין במדינות רבות אישה אינה יכולה לקבל הגנה משפטית מפני אונס של בעלה; ובתרבות הנוהגת בחברות רבות בעולם, מעשה זה אף אינו נתפס כפסול או בעייתי מבחינה מוסרית.

משמעות הדבר היא שתפיסת הבעלות הטוטאלית שעליה דיברנו לעיל, פרק א, הקרינה על מערכת היחסים בין בעל לאשתו, וכל עוד האישה נתפסה כקניינו של הבעל המשמעות הייתה שמותר לו לעשות בה ככל העולה על רוחו. אולם היות שכל נושא הבעלות הוא במהותו הסכמי, במקום שבו השתנה היחס לאישה השתנתה גם משמעות הקניין כפי שיתבאר להלן. לעומת זאת במשפט התורה פשוט לגמרי שלבעל אין זכות לאנוס את אשתו. וכך פוסק הרמב"ם (הל' אישות פט"ו הי"ז):

ולא יאנוס אותה ויבעול בעל כורחה אלא לדעתה ומתוך שיחה ושמחה.

וכן בהלכות איסורי ביאה (פכ"א הי"ב):

ולא יבוא עליה על כורחה והיא יראה ממנו...

במקרה שהאישה אינה מעוניינת לקיים יחסי אישות מסיבה כלשהי – יש לכך השלכות כלכליות ובנסיונות מסוימות היא תפסיד את כתובתה, שזה סוג של כפייה המותרת,<sup>23</sup> אך אסור לבעול אותה בעל כורחה.

20. הציטוט מופיע בדברי השופט בכור בע"פ 91/80.

21. "איסור אינוסה של בת הזוג במשפט העברי" – עו"ד שלומי בוני (פורסם באתר Best-Lawyers).

22. ויקיפדיה, ערך "אונס בנישואין".

23. שו"ע אה"ע עז, ב.

אפשר היה לטעון כי ה'זכות' או ה'בעלות' של הבעל היא מוחלטת ברמה המשפטית, אלא שישנה רמה אחרת – דתית או מוסרית – המגבילה אותה.<sup>24</sup> ניתן לדמות מצב זה לבעלות שיש לאדם על גפרור, שאף שהוא נמצא בבעלותו המלאה, אסור לו להדליק אותו במהלך השבת, וגם ביום חול אסור לו להדליק באמצעותו את רכושו של הזולת. אולם יש להוכיח כי האיסור לכפות יחסי אישות מהווה הגבלה בקניין עצמו, מדברי הרמב"ם במקום אחר בהל' אישות (פי"ד ה"ח):

אשה שאמרה: "מאסתיהו ואיני יכולה להיבעל לו מדעתי" – כופין אותו להוציא לשעתו, **לפי שאינה כשבויה שתיבעל לשנוי לה**. הלכות אלו מתאימות לתפיסת הקניין התורנית שהבאנו לעיל. לאיש יש אומנם רשות<sup>25</sup> באישה עצמה, רשות שאת משמעותה נסביר להלן, אך רשות זאת עומדת במשותף ותחת רשותה וריבונותה העליונה של האישה עצמה על גופה. לכן, מצד אחד יש לבעל זכות קניינית שמכוחה חייבת האישה להיזקק לו.<sup>26</sup> ומצד שני אין לו שום זכות לעשות זאת בכוח כאשר היא מסרבת.<sup>27</sup> סירובה של אישה למעשה הבעילה, אין בו פגיעה מהותית

24. עי' במאמרו של הרב זאב שמע בספר זה, "ודבק באשתו והיו לבשר אחד", פרקים ט-יא.  
 25. המשמעות של מושג הקניין נמשכת ממושג הרשות – מושג אשר מרכז הכובד שלו איננו דווקא ממוני, והוא שופע מובנים שונים. במובן הפשוט ביותר, "רשות" היינו **הסמכה או היתר**. אם אומרים אנו כי יש לאדם רשות משפטית פירושו של דבר הוא כי המשפט **איננו אוסר** את נשוא הרשות **ואינו מכיר בסמכותו של אדם אחר להפריע להוצאתה של הרשות אל הפועל**. במובן רחב יותר, ה"רשות" עומדת במקום ה"החזקה", שהיא הביטוי הקלאסי לבעלות. רשות, לפי זה, היא בראש ובראשונה מקום פיזי, כדברי ר' יוחנן (ב"מ ז, א): "גזל ולא נתייאשו הבעלים – שניהם אינם יכולין להקדישו; זה – לפי שאינה שלו, וזה – לפי שאינה ברשותו". אולם מתוכנה של המימרה עולה בבירור שהבעלים לא איבדו את בעלותם על הדבר הנגזל, ולגזלן אין רשות להשתמש בדבר ולהקדישו. הרשות מבטאת את הזיקה שיש בין הדבר לבין בעליו הן בכך שהוא ברשותו הפיזית והן בכך שהוא ברשותו המשפטית על כל מרכיביה (זכות השימוש, זכות המניעה מאחרים, הזכות בפירות, הזכות להעביר לאחרים והאחריות על הדבר) ואת היכולת לפצל רשויות אלו לכמה אנשים במקביל. רשות הבעל באשתו למעשה חופפת לזכות השימוש בגופה, למניעה מאחרים, לפירות ולאחריות. אך אין לשניהם רשות להעביר זכות זו לאחרים.

26. עי' שו"ת משיב דבר ח"ד סי' לה בתחילת הפסקה "וקניין אישה לאיש", שכתב: "וקנין אשה לאיש בענייני אישות, הוא מועיל לא מבעיא 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 כגזלן וכאשר יקום איש על רעהו והכהו, **משא"כ אישה שהיא קנויה לו היא מחויבת להיזקק בכל עת שירצה**".

27. עי' שו"ת מהרי"ט, ח"א סי' ה, שכתב: "דהא ודאי לא משעבדה ליה בכל שעה אם היא אינה רוצה; שלא מצינו מורדת אלא באומרת 'מאיס עלי' או 'מצערנא ליה', אבל אם היא טוענת [ש=סרוונה רק] בעונה האמורה בתורה... נראה דלא כייפי לה, שאינה שבויתת חרב להזדקק לו בכל שעה"



בעלותו של האיש כפי שהדבר נתפס במשפטי העמים, היות שהרשות שהיא נותנת לו לקיים יחסי אישות איתה, נמצאת תחת הרשות העליונה שלה על גופה. עליונות זו של רשותה באה לידי ביטוי בלגיטימיות שלה<sup>28</sup> לסרב באופן נקודתי לקיום יחסי אישות. כאשר היא אומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה"<sup>29</sup>, אומנם היא נקראת "מורדת" ומאיימים עליה שאם תעמוד במרדה תפסיד את כתובתה, אבל לא מצאנו שיש מי שמתיר לבעול אותה בכפייה. יתרה מזו, לדעת הרמב"ם, אם היא טוענת "מאיס עלי", **כופין אותו להוציאה מייד**, אם כי בלי כתובה.<sup>30</sup>

על כך יש להוסיף. כפי שכתבנו לעיל (פרק א), משמעותה של הבעלות איננה רק **אוסף של זכויות** והיא כוללת בתוכה גם את **ממד האחריות**. קניינו של הבעל באשתו מטיל עליו את האחריות לסיפוק של כל צרכיה בתחום האישות. אסור לו למנוע ממנה את עונתה כשהיא חפצה בכך, שהרי קניינו הוא זה שמונע ממנה כל דרך אחרת לסיפוק הצורך הזה. עם זאת, בזמן שהוא מקיים איתה יחסי אישות בהסכמתה עליו להיזהר שלא יזיק אותה ואם הזיק הוא

---

(ונראה שלמד זאת מדברי רבו, המב"ט, בקרית ספר, הל' אישות פ"ד). – מובא בבה"ט ס"ק ז. על כך מעיר הרב אליקים אלינסון, בספרו "האישה והמצוות" ח"ג עמ' 205 הע' 99, שהוראתו של הרמב"ם (הל' אישות פט"ו ה"ח): "אלא נשמעת לו בכל עת שירצה" אינה חובה גמורה במובן המשפטי. והראיה – שאין דין 'מורדת' שלא בעונות שנקבעו בהלכה. אומנם בשו"ת משיב דבר שהבאנו בהערה הקודמת כתב בסוף הפסקה: "ואם אינה מזדקקת לו ברצון יכול לכופה כמו שהאדון כופה שפחתו לעשות מלאכתו". אך כפייה זו בפשטות מוגבלת במה שכתב היש"ש, ב"ק פרק ג ס' כא, שלא ניתן לפרש כל כפייה ביחס לאישה בדרך שתתיר לבעל לעבור על איסור "לא יוסיף פן יוסיף להכותו", ממנו למדנו איסור הכאה לכל אחד מישראל.

לכאורה ניתן להוכיח ההיפך מהגמרא במסכת נדרים כ, ב, שם נאמר: "כל מה שאדם רוצה לעשות באשתו עושה; משל לבשר הבא מבית הטבח, רצה לאכלו במלח – אוכלו, צלי – אוכלו, מבושל – אוכלו, שלוק – אוכלו; וכן דג הבא מבית הצייד". וכך משמע מדברי השיטה מקובצת שם, שכתב: "כל מה שאדם רוצה לעשות באשתו עושה, **דהתורה הקנה לו כחפץ הקניו בדמים**, דכתיב, כי יקח איש אישה". אולם יותר נראה שהדיון בסוגיה זו מתמקד בהיתר לקיים יחסי אישות בכל מיני דרכים לא שגרתיות כאשר הדבר נעשה בהסכמת שני הצדדים. וכך כותב המאירי: "לא דיברו חכמים אלא כנגד יצר הרע, שאי אפשר לכל בני אדם לקדש עצמם במותר להם". וכן במסכת כלה רבת, פרק א, מול עדותו של ר' יוחנן בן דהבאי שאמר: "ארבעה דברים שחו לי מלאכי השרת... אמרו חכמים: "כל מה שאדם רוצה לעשות...", וכשנשאלו מדוע לא הוודו לדברי ר' יוחנן בן דהבאי שאמר את דבריו בשם מלאכי השרת ענו: "אמרו ליה רבנן, כי קאמרת משמיה דמלאכי השרת הכי הוא, מיהו **אסור אין איסור**", כלומר, הדיון הוא האם בכלל מותר לקיים יחסי אישות בדרכים אלו ולא האם מותר לעשות זאת בכפייה.

28. עי' במה שמובא בהערה הקודמת מדברי המב"ט והמהר"ט.

29. שו"ע אה"ע עז, ב.

30. לעומת זאת, לדעת השו"ע, אה"ע עז, ב, אין כופין אותו לגרשה.

חייב לפצותה על כך.<sup>31</sup> הלכה זו מביאה לידי ביטוי את בעלותה של האישה על גופה גם אחרי קניין הקידושין.

למעשה, השינוי במשפטי העמים התרחש מכוח משפט התורה, כאשר בשנת תשמ"מ (1980) נדרש בג"ץ לסוגיה זו. אף על פי שבהתאם לחקיקה האנגלית ולמקובל במשפט האנגלי אין כלל אפשרות להאשים את הבעל באונס אשתו, כפי שצוין לעיל, פסק בית המשפט שהדבר אסור לחלוטין. בית המשפט הסתמך על חוות דעתו של פרופ' נחום רקובר, שעמד אז בראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, וקבע שהיות שעל פי המשפט העברי אסור לבעל לכפות יחסי אישות על אשתו, ניתן וצריך לחייב את הבעל האונס במקרה שנדון לפניו.<sup>32</sup> חידוש זה של הבג"ץ התייחס רק לציבור היהודי במדינת ישראל, שבכל הנוגע למעמד האישי הוא כפוף להלכה היהודית, האוסרת את האונס באשתו. רק בשנת תשמ"ח (1988) תוקן החוק בעניין זה והוחל על כל אזרחי המדינה. בעקבות מדינת ישראל הלכו מדינות נוספות, ובשנת תשס"ט (2009) הצהיר דו"ח של האו"ם כי לפחות 52 מדינות הוציאו את האונס על ידי בן זוג מחוץ לחוק;<sup>33</sup> אך עדיין במדינות רבות שינוי זה לא נעשה.

אם כן, אף על פי שבמשפטי העמים טרם השינוי האישה הייתה מסורה בידיו של בעלה באופן מוחלט כפי שנתפס הקניין במערכת זו, לכאורה תוקן הדבר במדינות המתקדמות באמצעות איסור האונס. בכך לכאורה הושוו משפטי עמים אלו למשפט התורה שבו מובנה איסור האונס בתפיסת הקניין כפי שביארנו לעיל. אך כפי שאבאר להלן, אין הדברים כן, ועדיין נותר הבדל משמעותי בין משפט התורה לבין משפטי העמים גם לאחר התיקון הזה. הבדל זה נגזר מהדרך שבה הגענו לתוצאה של איסור האונס. במשפט העמים מדובר בהעמדת אישה כשווה בכל מובן לאיש, ואילו במשפט התורה האיש הוא המקדש את האישה ואין ביניהם שוויון. כדי להבין את המשמעות של הבדל

31. עי' יש"ש ב"ק פרק ג סי' כא, שכתב: "המזיק אשתו בתשמיש המיטה – חייב (לב, א), אף על גב דברשות קעביד, משום דאיהו קעביד מעשה, והוה ליה לעיוני... צא וראה מה שחייבו חכמים אותו במזיקה בתשמיש, אף דלהכי נבראת ועומדת, ופשיטא דלהכי נסבה – אפ"ה צריך לעיוני, ולהתאפק ולמשול ביצרו שלא להזיקה".

32. איסור האונס של הבעל באשתו תורגם בבית המשפט הגבוה לצדק, ולאחר מכן במשפט העמים, לעבירה פלילית. על פניו נראה שמדובר בצעד הרסני, הפוגע ביכולת הלימוד המשותפת של בני הזוג הבונה את רקמת החיים הזוגיים בעדינות ובהקשבה, ומכניסה את בית המשפט למקום שבו הוא אינו יכול להועיל אלא רק להרוס. הצורך בפסיקה זו נוצר במקום שבו חיי הנישואין הם סוג של 'חזוה' הדומה לכל התקשרות אחרת – רומנטית או גופנית, בין אנשים ונשים שלא במסגרת הנישואין, קשר אשר הוא פסול ביסודו על פי התורה.

33. ויקיפדיה, ערך "אונס בנישואין".

זה נשאל על משפט התורה: אם בכל מעשה בעלות נדרשת הסכמת האישה "ולא יאנוס ויבעול בעל כורחה אלא לדעתה", מהי משמעות הקנין בעת הקידושין? התשובה טמונה במורכבות של מעשה הקידושין כפי שבא הדבר לידי ביטוי בכפל הלשון של חז"ל. כידוע, פרק א במסכת קידושין מתחיל בביטוי: "בשלושה דרכים האישה נקנית", ואילו פרק ב מתחיל בביטוי: "האישה מקדשת". כלומר, באותו מעשה יש גם קניין וגם קידושין. נראה שבמעשה הקניין מוסרת האישה את עצמה לבעלה ובכך היא מתייחדת רק לו. "וכיון שנקנית האשה ונעשית מקודשת... הרי היא אשת איש, והבא עליה חוץ מבעלה חייב מיתת בית דין" (רמב"ם הל' אישות פ"א ה"ג). בדין זה אין הדדיות ושוויון בין האישה לאישה. כך עולה מדברי הגמרא במסכת קידושין (ז, א):

אמר רבא: התקדשי לי לחציי – מקודשת, חצייך מקודשת לי – אינה מקודשת. אמר ליה אביי לרבא: מאי שנא חצייך מקודשת לי דאינה מקודשת? 'אישה' אמר רחמנא – ולא חצי אישה. הכא נמי, 'אישי' אמר רחמנא – ולא חצי איש! אמר ליה: הכי השתא?! התם איתתא לבי תרי לא חזיא, אלא גברא מי לא חזי לבי תרי? והכי קאמר לה: דאי בעינא למינסב אחריתי נסיבנא.

הרמב"ם (הל' אישות פ"ג ה"ט) פוסק כרבא, וכותב:

האומר לאישה: התקדשי לחציי – הרי זו מקודשת, הא למה זה דומה? לאומר לה: תהיי אשתי את ואחרת, שנמצא שאין לה אלא חצי איש. אבל אם אמר לה: חצייך מקודש לי – אינה מקודשת, שאין אישה אחת ראויה לשניים. וכן האומר: הרי את מקודשת לי ולזה – אינה מקודשת.<sup>34</sup>

מדין תורה, אישה אינה יכולה להיות נשואה לשני גברים, אף שגבר יכול להיות נשוי לשתי נשים. אדם אינו יכול לקדש חצי אישה, אבל אישה יכולה להתקדש לחצי גבר. משמעות הדבר שבמעשה הקניין הנעשה בעת הקידושין מוסרת האישה לאיש את גופה כדי לקיים יחסי אישות. בכך היא מתייחדת רק לו ואוסרת את עצמה על כל הגברים בעולם חוץ ממנו. מדובר בהבדל עצום בהתייחסות התורה בין האיש לבין האישה – דבר שדורש הסבר בייחוד בדורנו, דור שבו ערך השוויון הפך להיות הערך המדובר ביותר.

התורה שבכתב וחז"ל לא נתנו הסבר מפורש להבדל המשמעותי כל כך בין איש לאישה. אך במבט מעמיק יותר נראה כי ההסבר להבדל זה הוא פשוט:

34. וכך נפסק להלכה גם בשו"ע, אה"ע לא, ח.

בהנחה שמטרת הקשר הזוגי היא קיום מצוות "פרו ורבו" והקמת משפחה הכוללת אב אם וילדיהם הביולוגיים, הדרך היחידה ליצור מצב שבו לכל ילד יש אב ואם מובחנים היא הקביעה שלכל אישה יש רק גבר אחד. באופן עקרוני, אם לאיש יהיו מספר נשים, עדיין יישמר העיקרון שלכל ילד יהיו אב ואם מובחנים. אך אם לאישה יהיו כמה בעלים, לא יהיה לוולד שייולד ממנה אב מובחן באופן טבעי.<sup>35</sup> למותר לציין את החשיבות העצומה שיש לכל ילד בהכרת הוריו מולידיו, ואת החשיבות החברתית שיש לאחריות ההורית ולמסגרת המשפחתית שנשמרות בדרך זו. האיסור של האישה להתייחד עם גבר זר הוא תוצאה של הרשות שנתנה האישה לבעלה בגופה בקניין הקידושין, היות שרשות זו יכולה להינתן רק לגבר אחד לפי משפט התורה כפי שביארנו. עם זאת, קניין זה אינו פוגע בריבונותה של האישה על גופה וביכולתה לסרב לקיום יחסי אישות מסיבה כלשהי. במקרה שאישה נשואה תיבעל לגבר זר באיסור (אפילו בהסכמת בעלה), יתרוקן למעשה קניין הנישואין מכל תוכנו בגלל איסור התורה על האישה לזנות, ויהיה עליהם לבטל את הנישואין גם מבחינה רשמית באמצעות גט.

השינוי שנעשה בהתייחסות לבעלות האיש ביחס לאישה במשפט העמים הוליד תוצאות אחרות לגמרי ממשפט התורה. כפי שצינו לעיל (פרק ב), בתפיסת העולם של משפט העמים הקניין הוא טוטאלי, ולכן אם לאישה בעידן החדש יש זכות על גופה, זכות זאת היא טוטאלית ואין דרך להגביל אותה. מכאן נובע שמבחינת יחסי אישות אין שום משמעות לנישואין: מצד אחד, אין לאישה שום מחויבות לקיום יחסי אישות עם בעלה, ומצד שני, האישה חופשייה לקיים יחסים גופניים עם מי שהיא רוצה. הדבר בא לידי ביטוי בפסק דינו של השופט יהודה פרגו:

משהחליט 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 ואושיותו של 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'.<sup>36</sup>

35. עי' רס"ג, אמונות ודעות, מאמר ג פרק ב, שכתב: "ומן החכמה לאסור את הזנות, כדי שלא יהו בני אדם כבהמות עד שלא ידע כל אחד את אביו שיכבדהו כגמול על שגדלו, ויוריש לו האב מה שחננו ה' כמו שירש ממנו את מציאותו, ויכיר את יתר קרוביו אחי אביו ואחי אמו, ויהנה במה שימצא אצלם מן החמלה". ועי' בספרו של הרב הנזיר, "זכו שכינה ביניהם", עמ' נג, בפסקה השנייה.

36. בית המשפט המחוזי בת"א, ת"א 11-09-14657.

למהלך מחשבה זה יש תוצאות הרסניות כלפי המשפחה, שהיא אבן היסוד לכל חברה בריאה. אם עד לשנים האחרונות נתפסה האישה שלא בצדק כרכושו המוחלט של הבעל, נעה עכשיו המטוטלת בכל הכוח לעבר השני ושחררה את האישה מכל מחויבות. הרצון ליצור שוויון לכאורה בין האיש לאישה, יצר טקסי נישואין ריקים מתוכן שבהם האיש והאישה מצהירים על אהבתם ולכלל היותר יוצרים מחויבות לשיתוף כלכלי ביניהם.<sup>37</sup> המחשבה שהאישה היא הבעלים המוחלט על גופה גם בזמן הנישואין, פועלת למעשה למחיקת ה'קידושין' מהקשר הזוגי. אין עוד התייחדות של האישה לבעלה, שהרי במשפט העמים אין מקום לבעלות משותפת, וכמו שהיא יכולה להחליט שאין היא רוצה בקיום יחסי אישות עם בעלה, לשיטה זו, היא גם יכולה להחליט שהיא רוצה לנאוף עם אחרים. כתוצאה מכך, כל ילד שייוולד לאישה זו יעמוד תחת סימן השאלה באשר לאביו מולידו.<sup>38</sup> מציאות זו מובילה להתפוררות מוסד המשפחה – תופעה שאנו חווים בכל העולם ולה השלכות מרחיקות לכת על החברה, ועליהן כדאי להרחיב במאמר נפרד ומיוחד. נראה שאחד מהגורמים המשמעותיים להתפוררות זו טמון בהבנת משמעות הקניין ומערכת היחסים הנבנית בין האיש לאישה בנישואין.

#### ד. האחריות בקניין הנישואין

נושא נוסף שאי אפשר להתעלם ממנו בהבדל שבין שתי המערכות ביחס לקניין בנישואין הוא נושא האחריות. כפי שציינתי לעיל, פרק א, בסעיף "מהות הקניין", הקניין לפי משפט התורה נושא בחובו באופן מובנה גם את האחריות הנגזרת מהבעלות, לעומת משפט העמים שבו הבעלות היא זכות ותו לא. עתה נחבר את הפרטים שהזכרנו תוך כדי הרצאת הדברים. האיש המקדש את האישה למעשה קונה אותה למטרת אישות, ומקבל אחריות מלאה לקניין זה שבו היא מתייחדת רק לו והוא משועבד לה למילוי צרכיה – הן מבחינה גופנית "עונתה לא יגרע", הן צרכיה הכלכליים, והן באחריות לפרנסת הילדים

37. לפי פסיקות בית המשפט העליון "ידועים בציבור" נחשבים כנשואים בעצם היותם חיים במשק בית משותף, ואם כן, טקס הנישואין נעשה חסר ערך אמיתי גם בצד הכלכלי.

38. ניתן לטעון כי היום אפשר לברר באמצעות בדיקות ד.נ.א. מי הוא האב, ואם כן אין יותר צורך בייחוד זה. מבלי להיכנס לדיון על מידת המהימנות של בדיקות אלו, ברור שבדיקות אלו נתונות בידי אדם שתמיד מועד לטעות בשוגג או במזיד. כמו כן, כל עוד לא נעשו הבדיקות, הן אינן קיימות. אין להשוות בדיקות אלו לוודאות הטבעית של חזקת הבעל כאב שאינה דורשת שום בדיקה והוכחה.

שייוולדו. מדין תורה מותר לאיש לשאת עוד נשים אם יוכל לעמוד בכל ההתחייבויות הללו, אך מאז חרם דרבנו גרשום למעשה הוא מקבל על עצמו גם שלא לשאת אישה נוספת ולהיות מיוחד רק לה.<sup>39</sup> ברור שהתורה וחז"ל, שקבעו את המסגרת הזו של ההתחייבויות, ראו לנגד עיניהם את טובת המשפחה ויצרו מסגרת שתיצור את התנאים האופטימליים לביסוסה. כפי שציינו, חז"ל אומנם קבעו את ברירת המחדל לגבי מערכת היחסים הכלכליים בין האיש לאישה, אך ניתן להתנות ולשנות אותה ככל שעולה על דעתם של בני הזוג בתחום זה למעט ויתור על עיקר הכתובה ועל דיני הירושה. בנוגע לכתובה, כנראה הבינו חכמינו שאף על פי שמדובר בתנאי כלכלי, מדובר בתנאי שלמעשה הופך את הנישואין מ'חוזה' – העומד להפרה בכל עת, ל'ברית' – שאינה עומדת להפרה, ובלשון חכמים (יבמות פט, א): "שלא תהא קלה בעיניו להוציאה". לכן עיגנו חכמינו הגבלה זו בהלכה "שאסור לו לאדם לשהות עם אשתו אפילו שעה אחת בלא כתובה".<sup>40</sup>

לעומת זאת, בחוק המדינה, כל נושא האחריות על מילוי הצרכים הגופניים, נשאר למעשה בתחום ההצהרתי בלבד ללא שום התחייבות ממשית. בנושאים הכלכליים האחריות נגזרת מעצם המגורים המשותפים וניהול משק הבית המשותף ולא מהנישואין.<sup>41</sup> ביחס לילדים אומנם קבע החוק אחריות הורית משותפת במסגרת חוק הכשרות המשפטית בפרק השני, אך לא הגדיר מיהו 'הורה'. המציאות המשפטית הנהוגה היום במדינת ישראל מאפשרת לאדם להיפטר מאחריותו כאב אם מכר את זרעו, ולאישה להיפטר מאחריותה כאם אם מכרה את הביצית שלה או השכירה את רחמה.

## סיכום

במשפט העמים ראינו שתי התייחסויות קיצוניות: האחת – שהאישה היא רכוש בעלה כשפחה עד כדי היתר גמור לאינוסה, והשנייה – שהאישה היא בת חורין בלי שום אחריות משפחתית. לעומת זאת משפט התורה, באמצעות דיני הקניין הייחודיים לו, מכיר בחירותה של האישה, בכבודה ובזכותה על גופה, כשהם קיימים לצד בעלותו של הבעל. מורכבות זו יוצרת את המחויבות והאחריות שבין איש לאישה בחיי הנישואין, שהן התנאים ההכרחיים לבניית משפחה בריאה.

39. בנוסח הכתובה הספרדי נכתב בפרוש: "ולא ישא ולא ישדך ולא יקדש שום אשה אחרת עליה".

40. רמב"ם, הל' אישות פ"י ה"י.

41. ראה באתר "כל זכות", בנושא: "ידועים בציבור".