



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הזכות לגירושין

גירושין ללא אשם במסורת היהודית

אבישלום וסערייך

הזכות לגירושין: גירושין ללא אשם במסורת היהודית
אבישלום וסטרייך

הזכות לגירושין

גירושין ללא אשם במסורת היהודית

אבישלום וסטרייך



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

No-Fault Divorce in the Jewish Tradition
Avishalom Westreich

עריכת הטקסט: יהושע גרינברג
עיצוב הסדרה: טרסקובר, עיצוב גרפי – טל הרדה
עיצוב העטיפה: יוסי ארזה
התצלום על העטיפה: *Breaking Rope*, Olga Yastremska, www.dreamstime.com
סדר: נדב שטכמן פולישוק
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-148-6 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ד
נדפס בישראל, 2014

המכון הישראלי לדמוקרטיה
רח' פינסקר 4, ת"ד 4072, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:
החנות המקוונת: <http://tinyurl.com/idi-store>
דוא"ל: orders@idi.org.il
טל': 02-5300867 ; פקס: 02-5300800 ; 1-800-20-2222

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במינהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הספר רואה אור בשיתוף עם קרן משפחת רודרמן
ועם קרן אנונימית הפועלת בישראל



הדברים המתפרסמים בספר זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

9	תקציר
11	פתח דבר
12	פרק ראשון רקע: הזכות לגירושין – ליברליזם ויהדות
17	פרק שני הזכות לגירושין – כלים משפטיים (א): הלכת המורדת
32	פרק שלישי הזכות לגירושין – כלים משפטיים (ב): הפקעת קידושין
52	פרק רביעי הפקעה הצהרתית של הנישואין: קידושי טעות
67	פרק חמישי גירושין ללא אשם במסורת היהודית, הלכה למעשה
76	פרק שישי אחרי המעשים נמשכים הלבבות, או: האם קיימת בהלכה זכות לגירושין?
94	פרק שביעי אפילוג: מודל הלכתי לגירושין במקרים של סרבנות גט
iii	Abstract

תקציר

ספר זה בוחן את הזכות לגירושין בהלכה ובמסורת היהודית. הוא מנתח את הכלים ההלכתיים-משפטיים המיישמים את הזכות לגירושין בהלכה ובודק את העקרונות ההלכתיים המעצבים זכות זו. על בסיס אלו הוא מוצא הצדקה תאורטית-רעיונית לקיומה של זכות לגירושין בהלכה ובמסורת היהודית, גם כזו שלא הותירה חותם הלכתי פוזיטיבי. מתברר כי בהלכה ובמסורת היהודית אפשר למצוא תפיסה מתונה של הזכות לגירושין, המאמצת תפיסת גירושין ללא אשם כאשר יש בין בני הזוג שבר שאינו ניתן לאיחוי.

בהלכה יש מנגנונים משפטיים ופרשניים המאפשרים את יישום הזכות לגירושין. עומדים לרשותה כלים פרשניים שמטרתם לגשר על פערים בין כללים בתוכה – בדרך כלל כללים פורמליים – לבין עקרונות העולים בקנה אחד עם ערכים רחבים יותר (דוגמת הערכים המוסריים שביסוד תפיסת זכויות האדם), המוכרים גם מנקודת המבט הפנימית של ההלכה. מאפיינים אלו באים לידי ביטוי גם בענייננו.

דרישת המוצא של ההלכה היא לגירושין בהסכמה (מדין תורה נדרשת הסכמת הבעל בלבד, ומכוח חרם דרבנו גרשום נדרשת גם הסכמת האישה) או לגירושין מכוח עילת גירושין ספציפית. דרישה זו עומדת לעתים בניגוד לזכות להתגרש. מנגנונים אחדים מאפשרים להלכה לגשר בין הזכות להתגרש לבין האילוצים ההלכתיים הפורמליים, הדורשים את הסכמת שני בני הזוג לגירושין, ובמידה רבה יותר – את הסכמת הבעל. המנגנונים העיקריים המאפשרים זאת הם אלו: כפיית גט – במקרה של תביעת גירושין ללא אשם (הלכת ה"מורדת"); הפקעת קידושין – באמצעות פעולה חקיקתית או באקט שיפוטי של בית הדין; ותנאי מקדים בשעת הנישואין – דוגמת תנאי שהיה מקובל בארץ ישראל במשך מאות שנים, המאפשר גירושין במקרה של "שנאה". מנגנונים אלו אינם תאורטיים בלבד. בשתי מסורות בהיסטוריה היהודית יושם עקרון הגירושין ללא אשם באופן מרחיק לכת – במסורת הגאונים בבבל ובמסורת ארץ ישראל במהלך האלף הראשון לספירה. ובמקרים אחרים – עד ימינו – מיושם עיקרון זה, אם כי באופן מתון יותר.

בבסיס התפיסות ההלכתיות המתוארות עומדים מניעים פרגמטיים, אך גם מניעים אידאולוגיים. הללו משקפים תפיסה הקרובה למחשבה הליברלית באשר לאופיו של מוסד הנישואין ובאשר למשטר הגירושין הראוי למוסד זה. מחקרי מלמד כי זרמים בולטים בהלכה מכירים בזכות לגירושין וכי ההלכה מעניקה את הכלים למימוש זכות זו. כך היה במסורות שונות בעבר, וכך מקובל במידת מה גם בהווה. יש לפיכך מקום נרחב להמשיך וליישם את הדברים גם בימינו. בהתאם לכך הספר מציע מודל הלכתי מעשי לגירושין במקרים של סרבנות גט. המודל מתבסס על שתי דרכים הלכתיות – כפיית גט והפקעת קידושין – ששילובן יחד מציב מנגנון הלכתי שנותן מענה לקשיים המתעוררים בכל אחת מהן בפני עצמה ומגביר את הלגיטימציה הניתנת לשתייהן. ברם השימוש במודל הלכתי זה מחייב הכרה מוקדמת בנחיצותו. הכרה זו יכולה להיות הכרה פרגמטית, הנובעת משיקולים חברתיים או משיקולי מדיניות כאלו או אחרים, אולם היא יכולה גם להיות הכרה מהותית, המושתתת על אימוצה של התפיסה המקבלת את הזכות לגירושין במקרה שבו לא נותרה עוד תקווה לחיי הנישואין. אני טוען, כאמור, כי ההלכה נותנת בידינו את הכלים למימוש זכות זו וכי הדברים יושמו בעבר. לפיכך אני מציע לאמצם גם היום.

פתח דבר

יסודותיו של חיבור זה הונחו במחקרים שערכתי בנושא הפתרונות לבעיית מסורבות הגט במהלך שהותי במרכז ללימודי יהדות באוניברסיטת מנצ'סטר בבריטניה (בשנים 2007-2008) במסגרת היחידה לחקר בעיית העגונות (Agunah Research Unit), בראשותו ובהכוונתו של פרופ' ברנרד ג'קסון. מחקריי בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים בשנה שאחר כך ובמרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן, ביתי האקדמי בשנים האחרונות, הוסיפו על הדברים וגיבשו אותם.

הפרויקט "זכויות האדם והיהדות" במכון הישראלי לדמוקרטיה, בסיועם של העומדים בראש הפרויקט – הפרופסורים ידידיה צ' שטרן, שחר ליפשיץ וחנוך דגן – פתח לפניי את השער לדיון בשאלת הגירושין בהלכה ובמסורת היהודית כנקודת מפגש בין היהדות לבין שיח זכויות האדם ושימש כר פורה לבחינת מערכת היחסים ההדדית בין שתי המערכות הללו. כך התעשרו תובנות המחקרים הנזכרים לעיל ושימשו מצע לדיון הנערך בחיבור הנוכחי בשאלת מקומה של הזכות לגירושין בהלכה ובמסורת היהודית ובזיקתה לשיח זכויות האדם. צוות ההוצאה לאור המסור במכון הישראלי לדמוקרטיה סייע בידי להשלים חיבור זה, ועל כך שלוחה תודתי מקרב לב.

בספר קודם שלי במסגרת פרויקט זכויות האדם והיהדות (זכויות, הלכה והאדם שביניהן, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012) בחנתי את המסלולים התאורטיים האפשריים לצורך ניתוח המפגש המורכב בין שתי המערכות של זכויות האדם והיהדות. הספר הנוכחי צועד צעד נוסף ומבקש לבחון את יישום הדברים בענף מרכזי וסוער בשיח ההלכתי, בשיח זכויות האדם ובשיח הציבורי בישראל ובעולם – הזכות לגירושין.

אבישלום וסטרייך

ספטמבר 2014

פרק ראשון

רקע: הזכות לגירושין – ליברליזם ויהדות

ההכרזה האוניברסלית לזכויות האדם קובעת כי "כל איש ואישה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה, ללא כל הגבלה מטעמי גזע, אזורות או דת".¹ הזכות לנישואין היא לפיכך אחת מזכויות האדם הבסיסיות. אך האם קיימת זכות לגירושין?

התמונה בנוגע לזכות לגירושין מורכבת למדי. משיקולים שונים הגירושין לא נכללו בהכרזה האוניברסלית לזכויות האדם: שיקולים דתיים (המסורת הנוצרית שהתנגדה לגירושין) או שיקולים חברתיים (שיטות משפט שבהן הייתה הגבלה על גירושין).² עם זאת, קשה להתכחש לקיומה של זכות זו, שאינה פחותה בחשיבותה מן הזכות לנישואין. הזכות לגירושין, ראשית, נגזרת מן הזכות לנישואין, שהרי הזכות לגירושין מעניקה את האפשרות להינשא מחדש; טיעון שני, כבד משקל יותר מן הקודם, רואה בזכות לגירושין זכות העומדת בפני עצמה, שכן היא מבטאת את זכותם של כל איש ואישה לחירות ואת האוטונומיה של היחיד לבחור שלא להיות קשור בקשר שבו הוא או היא אינם מעוניינים עוד. הזכות לגירושין היא אפוא ביטוי לאוטונומיה האנושית ולחירות הפרט, ויש לתת לה מקום בעיצוב של משטר הגירושין של החברה.

כיצד?

ישנם כמה מודלים אפשריים לגירושין. בקצה האחד של קשת האפשרויות אפשר למצוא את התפיסה המאפשרת גירושין אך ורק במקרים של אשם או כאשר יש עילות מוגדרות. תפיסה זו למעשה מסייגת ומצמצמת את אפשרות הגירושין למקרים מוגדרים. בקצה האחר עומדת תפיסה המאפשרת גירושין ללא עילה, היינו – גירושין מידיים ומוחלטים הניתנים לפי דרישת אחד מבני הזוג גם אם,

1 ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, סעיף טז.

2 ראו א' רובינשטיין, "הזכות לנישואין", עיוני משפט ג (תשל"ג), עמ' 457-458.

כמובן מאליו, מדובר בדרישה חד-צדדית. בתווך אפשר למצוא גישות שאינן דורשות עילה מסוימת כדי להצדיק את הגירושין אבל גם אינן מאפשרות גירושין חופשיים ללא כל הצדקה. גישות אלו מכירות באינטרס החברתי שיש בשימור מוסד הנישואין, ואולי אף כוללות ממד פטרנליסטי,³ ובשל כך מגבילות את אפשרות הגירושין. אלו הן גישות של "גירושין ללא אשם", והן תומכות בגירושין במקרה של שבר בקשר הנישואין שאינו ניתן לאיחוי.

אבהיר: הצגת משטרי הגירושין באופן זה מאמצת את ההבחנה בין גירושין ללא עילה או גירושין על פי דרישה – שמשמעם גירושין לפי דרישה חד-צדדית ללא ייחוס חשיבות לשיקום קשר הנישואין – לבין גירושין ללא אשם, המצדיקים גירושין ביוזמה חד-צדדית בלא אשמה קונקרטית של הצד השני, במצב שבו קשר הנישואין התפרק. הראשונה מייצגת את הקצה הרדיקלי של הזכות לגירושין, שתפיסת עולמו מושתתת על ערכים אינדיווידואליסטיים מוחלטים, והשנייה מייצגת תפיסה מתונה יותר, המביאה בחשבון מערך מורכב יותר של שיקולים דוגמת האינטרס החברתי בשימור מוסד הנישואין וטובת הילדים.⁴ לעומתן, כאמור, נמצאת תפיסת הגירושין על בסיס עילה. בעולם המערבי הביאו תהליכים דתיים, תרבותיים והיסטוריים לשינוי משטר הגירושין מן הקצה האחד, דרך עמדת הביניים, לקראת הקצה השני.⁵

בישראל הגירושין נעשים אמנם לפי הדין הדתי, אולם ניכר שבתי המשפט האזרחיים – בתחומים שבסמכותם – נמצאים בצד הליברלי (המתון או הקיצוני) של מפת משטרי הגירושין. בתי המשפט רואים במניעת גירושין פגיעה בעקרונות חוקתיים של חירות האדם ושל האוטונומיה של הפרט ועוד. הדברים עולים מן

3 זו איננה בהכרח מגונה. ראו הל"א הארט, חק, חירות ומוסר, תרגום: אליה גילדין, תל אביב: דביר, 1981, עמ' 48-51.

4 הבחנה זו הוצגה ונותחה בבהירות רבה על ידי שחר ליפשיץ. ראו שחר ליפשיץ, "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושין", עיוני משפט כח (2005), עמ' 680-700; הנ"ל, "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנשאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל", משפט ועסקים י (תשס"ט), עמ' 475-477; ועוד.

5 ראו ליפשיץ, שם; Lynn D. Wardle, "International Marriage and Divorce Regulation and Recognition: A Survey," *Fam. L.Q.* 29 (1996), pp. 497-517

העמדה שקנתה לה שביתה בשנים האחרונות, המטילה חובת פיצויי נזיקין על סרבני (וסרבניות) גט גם במקרים שבהם בית הדין הרבני קבע שאין לחייב בגט.⁶ המחוקק הישראלי, אגב, הצהיר בשנים האחרונות על אימוץ מתון של העמדה המכירה בזכות לגירושין בנוגע לחלוקת הרכוש בין בני הזוג: תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג מאפשר "גירושין כלכליים" כשיש אינדיקציות טובות לכך שבין הצדדים יש שבר בחיי הנישואין שאינו ניתן לאיחוי, גם אם עדיין לא נערכו גירושין רשמיים בבית הדין הרבני.⁷

תפיסות הגירושין בשיטות המשפט המודרניות בעולם המערבי משקפות נקודת מבט המיישמת את עיקרי הזכות לגירושין. יש להדגיש: אין ללמוד מכך שראוי לאמץ את התפיסה הרדיקלית. אדרבה, יש מקום גם לתפיסות הביניים, המייצגות גישה מורכבת יותר. שיקולים חברתיים, משפחתיים או קהילתיים עשויים להביא את שיטת המשפט להגביל את אפשרות הגירושין, וכך אכן נוהגות כמה משיטות המשפט המערביות. אולם גם גישות ביניים אלו מקבלות את ההנחה שבני זוג החפצים בכך רשאים להתגרש. ברור, גם לשיטתן, שכאשר קשר הנישואין אינו מתפקד עוד, כאשר יש שבר בין הצדדים שאינו ניתן עוד לאיחוי, אין להחזיק את בני הזוג כבולים זה לזה.⁸

6 התבנית המשפטית המבססת חובה זו היא בדרך כלל עוולת הרשלנות, אולם בפסקי הדין ובספרות נדונה גם האפשרות להתבסס על עוולה חוקתית בגין פגיעה בזכויות שמעניק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. להתלבטות בעניין זה ראו למשל פסק דינו של השופט מנחם הכהן, בתמ"ש (ירושלים) 19270/03 כ"ש נ' כ"פ (פורסם בנבו, 21.12.2004); רונן פרי ויחיאל ש' קפלן, "על אחריותם בנזיקין של סרבני גט", עיוני משפט כח (תשס"ה), עמ' 786-794. לדוגמת פסק דין המחייב סרבן גט בפיצויי נזיקין גם במקרה שבו בית דין רבני שלל חיוב בגט ראו פסק דינה של השופטת טובה סיוון, בתמ"ש (תל אביב) 024782/98 נ"ש נ' נ"י (לא פורסם, 14.12.2008). לפסק דין המחייב סרבנית גט בפיצויי נזיקין, ואף כאן – בניגוד להחלטת בית הדין הרבני, שלא חייב אותה בגט – ראו תמ"ש (ירושלים) 021162/07 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 21.1.2010).

7 ראו חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, סעיף 5א (תיקון מס' 4, תשס"ט-2008). וראו בהרחבה שחר ליפשיץ, "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון", חוקים א (2009), עמ' 227-317.

8 ראו ליפשיץ, "ברצוני להתגרש" (לעיל הערה 4), עמ' 678-688.

ומה באשר למסורת היהודית? המשנה (כתובות ז, י) מפרטת מקרים שבהם כופים את הבעל לתת גט: "ואלו שכופין אותו להוציא: מוכה שחין ובעל פוליוס והמקמץ והמצרף נחושת והבורסי".⁹ מקרים אלו הורחבו מעט בספרות הפסיקה ההלכתית,¹⁰ אולם הרוח הנושבת מהם היא של תפיסת הגירושין באשם או בעילה: תפיסה מוגבלת, המצדיקה כפיית גט רק במצבים ספציפיים.

ברם אין זו המגמה היחידה במסורת היהודית. בהיסטוריה של היהדות, וקונקרטי – בהיסטוריה של ההלכה,¹¹ נמצאו תקדימים לתפיסת גירושין בלא אשם ואף לתפיסת גירושין לפי דרישה. תקדימים אלו מערערים את הטענה שיהדות אינה מכירה בזכות להתגרש. מקורות ותקדימים אלו יידונו בפרקים הבאים.

בהתאם לכך אני מבקש לבחון את השאלה אם הזכות לגירושין מוכרת במסורת היהודית ומה טיבה ומאפייניה. ליתר דיוק, מתוך מודעות למורכבות המאפיינת את היהדות – ובתוכה ההלכה – אני מבקש להצביע על מגמות התומכות בזכות זו, בעיקר במקרים שבהם יש בין בני הזוג שבר שאינו ניתן לאיחוי. להלן אשתמש גם במונח "מות הנישואין", שאומץ בידי מקצת דיינים וכותבים העוסקים בנושא. כבבסיס לכך אנתח את הכלים שההלכה נותנת כדי ליישם את הזכות לגירושין גם במקום שבו הדבר נוגד כללים הלכתיים פורמליים המתנגדים לגירושין בכפייה, ובד בבד אציג מסורות שבהן יושמה התפיסה המכירה בזכות להתגרש. במסגרת הדברים אדון גם במסורת ייחודית שהתקיימה לאורך מאות שנים ואשר יש לה עדויות כבר בתלמוד הירושלמי אף

9 בציטוט מקורות מן הספרות התלמודית והבתר-תלמודית כאן ולהלן השתמשתי בדרך כלל במהדורות הדפוס המקובלות. במקרים שבהם התייחסתי לחילופי נוסח צוינו הדברים במפורש בהערות השוליים. ההדגשות בציטוטים ממקורות תלמודיים ובתר-תלמודיים (להבדיל ממקורות מחקריים), פתיחת ראשי תיבות ותרגומים נעשו על ידי או על ידי יהושע גרינברג, ואני מבקש להודות לו על העריכה הלשונית הקפדנית ועל תרומתו לשיפורו של ספר זה.

10 ראו לדוגמה הגהת הרמ"א, שולחן ערוך, אבן העזר קנד, א.

11 ייתכן שהיו מסורות יהודיות שאחזו בדיני גירושין שונים מהמסורות ההלכתיות. ראו Bernard S. Jackson, "Some Reflections on Family Law in the Papyri," *Jewish Law Association Studies* 14 (2002), pp. 141–177. ענייני כאן, על כל פנים, הוא המסורת ההלכתית.

כי כמעט שלא הותירה את רישומה בספרות ההלכה הקלסית הבת־תלמודית. כוונתי למסורת ארץ ישראל בתקופת התלמוד (ואולי עוד קודם לכן) ועד, בערך, תום האלף הראשון לספירה. מתוך כך אבחן אם אפשר להציע על בסיס דברים אלו הצעות התקפות למציאות של ימינו, ואם כן – מהו האופן הראוי ליישומן. בספר קודם¹² עמדתי על המנגנונים הקיימים בהלכה המאפשרים לה לגשר על פערים בינה לבין המוסר. הדרך העיקרית שבה עסקתי היא הדרך הפרשנית, הסמויה לעתים, המעצבת את ההלכה בהתאם לערכים מוסריים כך שהפרשנות הניתנת להלכה מתיישבת בסופו של דבר עם המוסר.¹³ לצדה דנתי גם בהתמודדות גלויה, היינו שימוש במנגנונים הלכתיים המאפשרים לגשר על פער בין הלכה קיימת לבין עיקרון מוסרי מסוים דוגמת עקרון "כבוד הבריות". במקרים אלו העיקרון ההלכתי־מוסרי גובר (לאחר עימות מפורש) על ההלכה הקונקרטית כפי שהייתה צריכה להיות, אף אם לא ראויה, לולא עיקרון זה.¹⁴

הדיון הנוכחי מיישם את הדברים. חשיפת מעמדה של הזכות להתגרש מלמדת על העקרונות המנחים את הכרעותיהם של חכמים. עקרונות אלו מעצבים כאמור את שיח זכויות האדם, והם מוכרים גם מנקודת המבט ההלכתית.¹⁵ ברם כללים הלכתיים פורמליים עומדים לעתים נגד עקרונות שכאלו, ומתעוררת מוטיבציה הלכתית לפתור את מקרי הקונפליקט הללו בכלים פרשניים. וכן בענייננו: עקרונות הלכתיים פורמליים מגבילים לעתים את הזכות להתגרש – כשזו מוכרת – ועומדים כנגדה. משכך יש לבחון כיצד ההלכה, בדרכים פנימיות לה, מתמודדת עם מתח זה, אם בהתמודדות גלויה, קרי מתוך התייחסות לעקרונות הגוברים במצבים מסוימים על כללי הלכה פורמליים, אם בהתמודדות סמויה, היינו באמצעות הכלים הפרשניים המעצבים את ההלכה הקיימת.

12 אבישלוס וסטרייך, זכויות, הלכה והאדם שביניהן, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012.

13 שם, פרק 4.

14 שם, פרק 3.

15 אין זו עמדה גורפת הנכונה לגבי כל עיקרון מוסרי, בכל מקרה ועל פי כל מקור הלכתי. זו עמדה מורכבת התלויה במשתנים רבים ומכירה בעקרונות הללו בדרכה הייחודית. ראו שם, סעיפים ב-ג בפרק 4 וכן פרק 5.

פרק שני

הזכות לגירושין – כלים משפטיים (א): הלכת המורדת

דיון פותח בכלים משפטיים: מדוע?

לב לבה של ההלכה היהודית הוא העיסוק בכללים – דיון משפטי, פורמלי במידה רבה, במערכות החוק של ההלכה, במובנן ובהשתלשלותן. אמנם בשנים האחרונות מבקשים יותר ויותר חוקרים לאתר בהלכה את הרובד המהותי שבה, הכולל תכליות, עקרונות מוסריים ושיקולי מדיניות העומדים בבסיסה,¹⁶ אולם אין להתכחש לעובדה שחלק הארי של היצירה ההלכתית עודו עוסק בכללים המשפטיים, כאמור לעיל. מאפיין זה של ההלכה לא נעלם מעיני הוגיה ומעיני מבקריה.¹⁷

ולכן בבואנו לבחון את עמדתה של ההלכה – או: העמדות הקיימות בהלכה – בשאלת הזכות לגירושין עלינו לבחון זאת בראש ובראשונה מתוך הכתיבה ההלכתית הפוזיטיבית, וממנה נבקש "לחלץ", במגבלות ובסייגים, את הבסיס הרעיוני המניע עמדות אלו. ואף אם נמצא עמדות עקרוניות בשיח ההלכתי התומכות בזכות לגירושין, לא די בהן. יש לעגנן במקורות פוזיטיביים בתלמוד ובפוסקים, המעניקים את הכלים ההלכתיים-המשפטיים ליישום הדברים.

מהם הכלים העומדים לרשות הפוסקים? בפרקים הבאים אבחן שתי אפשרויות: הראשונה – הלכת המורדת – מתונה; השנייה – הפקעת קידושין – מהפכנית. האחת מבוססת על כפיית גט (וכך אינה משנה את האופן הרגיל שבו מותרים נישואין בהלכה), ואילו האחרת מבוססת על הפקעת הקידושין מעיקרם. לאחר שאציע אפשרויות אלו, כמו גם אפשרות ביניים שיש בה מן ההפקעה אבל

16 ראו משה הלברטל, מהפכות פרשניות בהתהוותן, ירושלים: מאגנס, תשס"ד; וסטרייך (לעיל הערה 12).

17 ראו למשל משה זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים: מפעל השכפול, תשכ"ד; הרב יוסף דב הלוי סולוביצ'יק, איש ההלכה: גלוי ונסתר, ירושלים: ספריית אלינר, תשמ"ט.

אינה מרחיקה לכת כמותה, אפנה בפרק שלאחר מכן לשאלת יישומם המעשי של כלים אלו בנקודות זמן ומקום קונקרטיים בהיסטוריה של המסורת היהודית. אפתח אפוא בהלכת מורדת.

כפיית גט בגירושין ללא אשם: הלכת מורדת – רקע

מורדת היא אישה המסרבת להמשיך בחיי האישות עם בעלה. לפי דין המשנה והתלמוד מופעלות נגדה סנקציות שונות כדי להביאה לשנות את עמדתה (ראו להלן). ברם, כפי שאטען בהמשך, התלמוד, וייתכן שאף המשנה, מעניקים לה גם את הזכות לקבל את גירושיה. זכות זו אומצה בידי פוסקים אחדים אבל נדחתה מההלכה. ואולם בצורה מסויגת היא עודנה בעלת משמעות מעשית ולפיכך רלוונטית לדיוננו: כאשר הגירושין נתפסים כמוצדקים, יכולה עילה זו לשמש המקור הפוזיטיבי שעליו מסתמכים הפוסקים (גם אם לא לגמרי) בבואם לחייב את הצדדים בגט.

מה טמון אפוא בדין מורדת?¹⁸

כפיית גט בהלכת מורדת: המשנה

הלכת מורדת מופיעה לראשונה במשנה (כתובות ה, ז):

המורדת על בעלה – פוחתין לה מכתובתה שבעה דינרין בשבת. רבי יהודה אומר: שבעה טרפעיין [חצאי דינר]. עד מתי הוא פוחת? עד כנגד כתובתה. רבי יוסי אומר: לעולם הוא פוחת והולך, שמא תיפול לה ירושה ממקום אחר, ויחזור ויגבה ממנה.

לפי המשנה, כאשר אישה מורדת בבעלה פועלים נגדה באמצעות הפחתה הדרגתית משווי הכתובה שבידה. במקרה ההפוך, כאשר הבעל מורד באשתו,

18 הדברים להלן מבוססים על מאמרי – אבישלום וסטרייך, "ומעולם לא עלתה על דעת חכמי התלמוד כפייה זו לעולם": על כפיית גט בהלכת המורדת במשנה ובתלמוד, מחקרי משפט כה (תש"ע), עמ' 563–591.

מוסיפים לפי המשנה, בהדרגה, לשווי הכתובה. התנאים הנזכרים במשנה נחלקו בנוגע לסכום ההפחתה המדויק ובנוגע לגבולותיו של תהליך זה, אולם לכל הדעות מדובר בתהליך ממושך. ניטול לדוגמה כתובה בסיסית, בלא תוספות, ששווייה מאתיים זוז (או מאתיים דינרים). לפי הדעה הראשונה במשנה ("תנא קמא"), תהליך ההפחתה משווי הכתובה עשוי להימשך כחצי שנה (200/7 דינרים בשבוע = 28.57). לפי רבי יהודה – למעלה משנה,¹⁹ ולפי רבי יוסי – ללא הגבלת זמן.²⁰ למעשה, זהו תהליך ממושך יותר גם לפי תנא קמא וגם לפי רבי יהודה אם מביאים בחשבון נכסים נוספים הרשומים בכתובה והכלולים בתהליך הפחתת הכתובה לפי רבים ממפרשי המשנה.²¹

ההפחתה הדרגתית של הכתובה כתגובה למרידת האישה מוסכמת על כל התנאים הנזכרים במשנה, אבל אלו נחלקו באשר לפרטיה המדויקים. גישה זו השתנתה בדור תנאי מאוחר יותר, כפי שמעידה התוספתא (כתובות ה, ז) [מהדורת ליברמן, עמ' 73-74]:

המורדת על בעלה וכו': זו משנה ראשונה. רבותינו התקינו שיהו בית דין מתרין בה ארבע וחמש שבתות זו אחר זו פעמים בשבת. יתר על כן, אפי' כתובתה מאה מנה – אבדה את הכל.

- 19 טרפעיק הוא חצי דינר, ולפי נוסחה זו, סכום ההפחתה השבועי הוא 3.5 דינרים, חצי מהסכום שנקט תנא קמא. משך תהליך ההפחתה הוא לפיכך כפול.
- 20 לפי רבי יוסי, "לעולם הוא פוחת והולך". כלומר, תהליך ההפחתה נמשך גם אם שווי הכתובה שלילי כעת והאישה חייבת כספים לבעלה, שמא תירש נכסים ומהם יוכל הבעל לגבות את חובו.
- 21 תוספת הכתובה, מתנות הבעל והנדרוניה (נכסי צאן ברזל ואולי גם נכסי מלוג) כלולות אף הן לפי שיטות שונות בתהליך קביעת שיעורה של הכתובה לצורך ההפחתה ממנה. השאלה הקונקרטית, אילו מהרכיבים כלולים בתהליך זה ואילו אינם כלולים, שנויה במחלוקת בין גאונים לראשונים. ראו למשל רמב"ן, כתובות סג, ע"ב, ד"ה "וכתב רבינו הגדול"; רשב"א, כתובות סג, ע"א, ד"ה "ועד מתי" ("עד כנגד כתובתה": פירוש: עיקר כתובה ותוספת ונדרוניה, חוץ מנכסי מלוג שלה, שאינן בכלל כתובה [...]) ויש מי שפירש [...] דאפילו לרבנן פוחת מנכסי מלוג שהיו לה בשעה שמרדה").

התוספתא שוללת את תהליך ההפחתה ההדרגתי מכתובת המורדת. כתחליף היא קובעת ארבעה שבועות שבהם האישה מוזהרת,²² ולאחר מכן היא מאבדת באחת את כל כתובתה. תקנה זו של רבותינו מציעה סוף מוגדר ומהיר לאירוע המרידה כתחליף להליך הדרגתי של הפחתת הכתובה.

ההבדל בין שתי הגישות הללו, גישת המשנה וגישת התוספתא, הוא בין תהליך ממושך ללא סוף הנראה לעין, שאותו מצאנו במשנה, לבין תהליך המציב גבול חד וברור, שאותו מצאנו בדעת רבותינו בתוספתא. מטרת התנאים הראשונים הייתה להביא את האישה לסיים את מרידתה, ולפיכך מציעה המשנה תהליך שבסופו תשנה האישה את דעתה. אבל מה דעת רבותינו? אפשר לומר שלדעתם, הדרך שבמשנה אינה יעילה דייה כדי לגרום לאישה לסיים את מרידתה.²³ חכמים אלו אימצו לפיכך גישה נוקשה (ואולי תוקפנית) יותר, שעיקרה אובדן כמעט מיידי של הכתובה²⁴ – גישה שנתפסה כיעילה יותר מההלכה שבמשנה.²⁵

ואולם ספק רב אם סנקציה חריפה וחד-פעמית כזו שבהלכת רבותינו אכן תיטיב להשיג את התוצאה שאליה חותרת ההלכה לפי פרשנות זו ותשכנע את האישה לסיים את מרידתה. לפי רבותינו, האישה מאבדת את כתובתה ברגע

22 "מתרין בה" שבתוספתא אינו כולל הכרזה ציבורית, שכלול בה ממד של השפלה. בכך שונה התוספתא מאוד ממסורת הבבלי, הגורס בדעת רבותינו: "מכריזין עליה". ראו שאול ליברמן, תוספתא כפשוטה: ביאור ארוך לתוספתא, ניו יורק: בית המדרש לרבנים שבאמריקה, תשכ"ז, חלק ו (סדר נשים), עמ' 267, ולהלן הערה 24. ההתראה שבתוספתא משקפת לפיכך הזהרה הנמסרת לאישה באופן פרטי.

23 ייתכן ששינוי זה נובע מתהליך חברתי שבמסגרתו השתנה אופייה של המורדת, והוא גרר לפיכך תקנה מחודשת באשר לדינה. ייתכן שהיה זה תהליך של מעבר ממורדת "כלכלית" ("ממלאכה", כלשון הבבלי, כתובות סג, ע"א) למורדת "מתשמיש המיטה", והוא שחייב את רבותינו לתקן הלכה שתהיינה לה תוצאות מידיות.

24 בברייתא המקבילה בתלמוד הבבלי ישנו גורם נוסף: תהליך של הכרזה ציבורית. מדובר למעשה בתהליך של השפלה שנועד להשפיע על האישה לסיים את מרידתה. ברם ההשפלה הציבורית אינה קיימת בתוספתא או בברייתא המקבילה שבירושלמי, ולפיכך התייחסתי כאן רק להיבט הכלכלי שבדינם של רבותינו.

25 ראו Shlomo Riskin, *Women and Jewish Divorce: The Rebellious Wife, the Aguna, and the Right of Women to Initiate Divorce in Jewish Law*, Hoboken, NJ: Ktav, 1988, pp. 12–14

אחד לאחר ארבעה שבועות של מרידה בלבד. לאחר נקודת זמן זו אין אמצעים נוספים כדי להשפיע עליה לסיים את מרידתה. ההלכה שבמשנה, לעומת זאת, מציעה תקופה ארוכה שבה אפשר להשיג את ההשפעה הרצויה. על כן, אם מטרת ההלכה היא להשיב את האישה לבעלה, ייתכן שדווקא סנקציה פחותה לאורך תקופה ממושכת תהיה יעילה יותר משימוש בסנקציה המרבית כמעט מיד, כאשר המורדת אוחזת במרדה ארבעה שבועות בלבד.²⁶

ואכן, מן הירושלמי עולה תמונה שונה באשר למטרותיה של הלכת רבותינו. דברי רבותינו נשנים בכמה אופנים במקורות התלמודיים, ובירושלמי הדברים הם כדלקמן (כתובות ה ז, ל ע"ב): "בית דין שאחריהן:²⁷ מתירין בה ארבע שבתות, והיא שוברת²⁸ כתובתה ויוצאה". השוואת מסורת הירושלמי למסורת התוספתא מגלה תוספת משמעותית בירושלמי: "ויוצאה". תוספת זו מלמדת שלאחר שהאישה מפסידה את כתובתה היא מתגרשת מבעלה.²⁹ אם נבאר את הלכת רבותינו כהלכה שנועדה להביא את האישה לסיים את מרידתה ולגרום לה לשוב לבעלה, תוספת זו אינה מוסברת, והיא אפילו מנוגדת לתכלית ההלכה, שהרי אם

26 אינני מבקש לטעון ששאלת יעילותה של ההרתעה היא ראייה לכך שיש לשלול את ההסבר הקודם להלכת רבותינו. טענתי נועדה רק להצביע על הקושי שבהסבר זה. אסמכתה להצעה החלופית לטעמה של הלכת רבותינו, שאותה אאמץ להלן, היא נוסח ההלכה שבירושלמי.

27 המילים "בית דין שאחריהן" אינן מתייחסות להתראה (דהיינו, ההתראה נעשית בידי בית דין) מאחר שהמילה "שאחריהן" חסרת משמעות לפי פירוש זה. מילים אלה מתייחסות לגוף המחוקק, דהיינו "בית דין שאחריהן [התקינו]" (בדומה ל"רבותינו התקינו" בתוספתא או "רבותינו חזרו ונמנו" בברייתת הבבלי, כתובות סג, ע"ב), והנשוא חסר.

28 "שוברת" פירושו כותבת שובר בעבור כתובתה, כפירוש הבבלי, סוטה ז, ע"ב. ראו יעקב נחום הלוי אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, א, ירושלים: מאגנס, תש"ס (מהדורה שלישית), עמ' 616. בכתיבת השובר האישה מצהירה שקיבלה את כתובתה, וליתר דיוק – היא מוחלת על חובו של הבעל ומפסידה את הכתובה.

29 ראו זאב פלק, תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל, ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשל"ג, עמ' 23; Mordechai A. Friedman, *Jewish Marriage in Palestine: A Cairo Geniza Study*, vol. I, Tel Aviv and New York: Tel Aviv University and the Jewish Theological Seminary of America, 1980, p. 322

ההתראה לא הובילה לתוצאה המבוקשת ובית הדין נזקק להטיל סנקציה חריפה של אובדן הכתובה, יש צורך דווקא להימנע מגירושין מידיים, שמא תחזור בה האישה כעת.

מהירושלמי עולה שמאחורי הלכת רבותינו לא עומד הרצון להשפיע על האישה לסיים את מרידתה ולשוב לבעלה אלא טעם אחר. הרקע לשיטתם הוא לטעמי העמדה שיש לסיים את הסכסוך בהקדם האפשרי.³⁰ דהיינו, יש להגיע להכרעה מהירה ככל האפשר, אם בכך שבני הזוג ישובו זה לזו ואם בכך שהם יתגרשו. הבחירה היא בידי האישה: מוטב יהיה אם תחליט לשוב בה ממרידתה, ובמקרה זה לא תפסיד את כתובתה. אך אם היא תעמוד על דעתה, היא זכאית להתגרש מבעלה ללא עיכובים ממושכים³¹ אבל תפסיד את כתובתה.³²

30 ייתכן שעמדה זו נובעת מהשינוי החברתי באופי המורדת. ראו לעיל הערה 23.

31 מימוש תכליתה של ההלכה שבתוספתא תלוי בגירושין ואין לתלות זאת ברצון הבעל. שאלה נפרדת שיש לבחון היא אם החובה לתת גט כוללת גם כפייה פיזית, אם זו תידרש. כך סבור הרמב"ם. ראו משנה תורה, הלכות אישות יד, ח: "כופין אותו להוציא לשעתו" (ציטוט זה של הרמב"ם נלקח ממקרה שבו המורדת טוענת "מאיס עלי", אולם ההבדלים ההלכתיים בין סוגי המורדת נוגעים להיבטים הכלכליים ולשאלת עתויה של כפיית הגט, והם אינם נוגעים לאופי הכפייה). כך סובר כנראה גם רש"י. לפי רש"י, מורדת זכאית לגט (ראו להלן), והוא סבור גם שכאשר נזכר במקורות חיוב לתת גט ("יוציא"), גם כפייה כלולה בכך. ראו רש"י, כתובות ע, ע"א, ד"ה "המדיר"; ותוספות, שם, ד"ה "יוציא" (בשם ר"י). עמדה זו מנוגדת לעמדת רבנו חננאל, הסבור שחיוב בגט אינו כולל כפייה. ראו תוספות, שם. עמדת רבנו חננאל היא שהשפיעה על ההלכה המאוחרת, המבחינה בין חיוב לכפייה. ראו להלן הערה 199. עמדת רש"י ור"י, שיש זהות בין "יוציא ויתן כתובה" לבין "כופין אותו להוציא", נתמכת במאמרו של מרדכי עקיבא פרידמן. ראו Mordechai A. Friedman, "Divorce upon the Wife's Demand as Reflected in Manuscripts from the Cairo Geniza," *Jewish Law Annual* 4 (1981), pp. 103, 103–104

32 אפשר להסיק זאת גם מהשימוש בלשון "שוברת כתובתה" בתוך הלכת רבותינו (לפירוש לשון זו ראו לעיל הערה 28): הכתובה נתקנה כדי למנוע מהבעל ליזום גירושין חפוזים. אולם במקרה שבו הגירושין הם ביוזמת האישה היא אינה זכאית להטבה זו. הלשון "שוברת כתובתה" מניחה שאובדן הכתובה הוא צעד יזום של האישה, כחלק מזכותה לדרוש את גירושיה. לפיכך מחילה על הכתובה אינה מתוארת כקנס לאישה.

לתוספת בירושלמי להלכת רבותינו משמעות רבה, והיא מוסיפה נדבך רב ערך להבהרת שיטתם. "ויוצאה" היא נקודת הסיום של התהליך ההלכתי, והיא משקפת את מטרת רבותינו להביא במידת הצורך להפרדה מלאה בין בני הזוג. גט, לפי הסבר זה, הוא תנאי הכרחי לסיום הסכסוך, ולפיכך הוא חלק בלתי נפרד מהוראת רבותינו.³³ גרסת הירושלמי בשיטת רבותינו מאירה אפוא את מטרתה ואת טעמה של ההלכה.

נשוב למשנה. לפי המשנה, לאחר שהמורדת איבדה את כתובתה אין סנקציות נוספות שאפשר לנקוט נגדה ואי-אפשר להשפיע עליה לשוב לבעלה. האם היא תקבל במקרה זה גט? לדעת רש"י, בתום התהליך שבו האישה מאבדת את כתובתה היא תהיה זכאית לגט. לפיו, בין לפי המשנה בין לפי רבותינו, האישה זכאית לקבל את גטה לאחר אובדן כתובתה. בהתאם לכך, לפי תנא קמא שבמשנה, מופחתת כתובתה של המורדת בתהליך אטי עד גבול שווי הכתובה. לדברי תנא קמא מוסיף רש"י: "ואחר כך נותן לה גט ויוצאה בלא כתובה".³⁴ דהיינו, סיומו של התהליך הוא בנתינת גט לאישה. תהליך ההפחתה ההדרגתי מן הכתובה, לפי המשנה, אינו שולל מתן גט אלא אך ורק דוחה אותו.

הן התוספתא הן המשנה, לכל הפחות לפי פירושו של רש"י, מייצגות תפיסה שלפיה הסכסוך בין הצדדים אינו יכול להישאר במצב סטטי בלא כל ניסיון לפתור אותו בדרך זו או אחרת. לפיכך לאחר שהאישה מאבדת את כתובתה, בעלה מחויב לתת לה גט. כך אכן מסביר ר' יהושע פאלק (פני יהושע) את עמדת רש"י וכמוה את עמדת הרמב"ם, הסבור אף הוא שהמורדת זכאית לקבל את כתובתה (ראו רמב"ם, משנה תורה, הלכות אישות יד, י-טו): "דשורת הדין דמחייב לגרשה [ששורת הדין שמחויב לגרשה] כדי שלא תתעגן [...] דלעולם נזקקין לכוף היכא דאיכא [שלעולם צריכים לכפות במקום שבו יש] חשש עיגון".³⁵

ניתוח הלכת המורדת משמעותי ביותר לדיוננו. הוא יוצר מנגנון הלכתי המאפשר כפיית גט לפי דרישת האישה. מורדת אינה תובעת גירושין בשל אשם

33 הסבר זה שונה מהצעתו של הרב ריסקין שלפיה גירושין ברובד התנאי הם חלק מהקנס המוטל על האישה בשעה שהיא בעצם איננה מעוניינת להתגרש. ראו Riskin (לעיל הערה 25), עמ' 17-18.

34 כתובות סג, ע"א, ד"ה "עד כדי כתובתה".

35 ר' יהושע פאלק, פני יהושע, כתובות סג, ע"ב, ד"ה "בתוספות בד"ה אבל".

או עקב עילה מסוימת. אדרבה, זו תביעה שעיקרה רצונה הסובייקטיבי של האישה להיפרד מבעלה. פרטי ההלכה שבמשנה ובתוספתא מבהירים שהפתרון המועדף הוא השבת המצב לקדמותו, קרי השבת השלום בין בני הזוג. ברם כשהדבר אינו מתאפשר – ומקרים של מות הנישואין כלולים בוודאי בכך – אזי לדעת התוספתא, ואולי גם לדעת המשנה, בסיומו של תהליך הפחתת הכתובה הארוך וההדרגתי – האישה זכאית להתגרש מבעלה.

האם עמדה זו התקבלה בשלבים מאוחרים יותר של ההלכה? התשובה לכך חיובית. נבחן לשם כך את סוגיית התלמוד.

כפיית גט בהלכת מורדת בתלמוד הבבלי

הסעיף הקודם עסק במקורות התנאיים ונטען בו שלפי הלכת רבותינו בתוספתא, ואולי גם לפי המשנה, יש לכפיית הגט תפקיד מרכזי בהלכת מורדת. בסעיף זה נראה שהשקפה זו הוסיפה והתקיימה גם בשלבים מאוחרים יותר, המשתקפים מן התלמוד הבבלי (כתובות סג, ע"א-סד, ע"ב).

הסוגיה התלמודית העוסקת בנושא מורכבת ומסובכת, ורבו פירושיה. לצורך הדיון אאמץ את פרשנותו של רש"י, המציגה את הסוגיה בצורה פשוטה וברורה ומעניקה לה מבנה אחיד ומסודר. פרשנות זו משתלבת עם מסורת פרשנית³⁶ הלכתית בראשונים, התומכת בכפיית גט בדין מורדת.

חלקיה הראשונים של הסוגיה משמעותיים פחות לדיון, ואציג לפיכך את עיקריהם בלבד. בתחילת הסוגיה מובאת ברייתא, המקבילה לתוספתא בשינויים קלים (כתובות סג, ע"ב):³⁷

המורדת על בעלה – פוחתין לה מכתובתה שבעה דינרים בשבת.
רבי יהודה אומר: שבעה טרפעיקין [חצאי דינר]. רבותינו חזרו
ונמנו שיהו מכריזין עליה ארבע שבתות זו אחר זו, ושולחין לה
בית דין: הוי יודעת שאפילו כתובתיך מאה מנה – הפסדת.

36 לדיון נרחב בחלופות להסברו של רש"י ובחסרונותיהן הפרשניים ראו וסטרייך (לעיל הערה 18), עמ' 574-585.

37 ראו לעיל הערה 24.

ציטוט הברייתא מוליך את הסוגיה לדיון בכמה היבטים של הלכת מורדת. על בסיס דיונים אלו מתלבטת הסוגיה מהי ההלכה ומציגה מחלוקת בין רב חסדא לרבא. הראשון סובר שההלכה כרבותינו שבתוספתא, דהיינו: על האשה המורדת מוטלת סנקציה חריפה חד-פעמית, ולאחריה, במשתמע, היא זכאית לגט; רבא, לעומתו, סובר – לפי פירושו של רש"י – שההלכה היא כמשנה. דהיינו, נגד האשה מופעל הליך הפחתה אטי והדרגתי של הכתובה, שתכליתו לגרום לה לחזור בה.

בהמשך הסוגיה נחלקים אמוראים בשאלה המתבקשת – מהי מורדת (כתובות, שם).

היכי דמיא מורדת? [באיזה אופן האשה היא מורדת?] אמר אמימר: דאמרה, בעינא ליה ומצערנא ליה [כאשר אומרת "אני מעוניינת בו (בבעל) אך (מבקשת) לצערו"]. אבל אמרה, מאיס עלי [מאוס עליי] – לא כייפינן לה [לא כופים אותה]. מר זוטרא אמר: כייפינן לה [כופים אותה].

ביסודו של דבר, גם אמימר וגם מר זוטרא סבורים כשיטת המשנה בנוגע למורדת. כך מפרש רש"י במקום: "היכי דמיא מורדת – דכופין אותה, דמשהין גיטה ופוחתין כתובתה". דהיינו, משמעה של הלכת המורדת היא השהיית מתן הגט (שכן, כזכור, לדעת רש"י בתום התהליך הארוך שבמשנה האשה זכאית לגט) והפחתה הדרגתית מהכתובה, בדיוק כהלכת המשנה. אמימר ומר זוטרא מסכימים להחיל הלכה זו על מורדת הטוענת "בעינא ליה ומצערנא ליה", כלומר – על מורדת המעוניינת באופן עקרוני בבעלה אבל מבקשת מסיבות שונות לצערו באמצעות מרידתה. אולם בנוגע למורדת הטוענת "מאיס עלי" (דהיינו, בעלה מאוס עליה, טענה שמשמעותה היא שהאשה כלל אינה מעוניינת בהמשך הקשר עם בעלה) נחלקו האמוראים. לפי מר זוטרא, גם כאן חלה הלכת המורדת של המשנה, ואילו לדעת אמימר אין להחיל את הלכת המשנה במקרה זה. מסתבר שהחלופה להלכת המשנה לפי אמימר היא הלכת רבותינו שבתוספתא, שלאחריה, כפי שנוקט רש"י לאורך הסוגיה כולה,

זכאית האישה לגט.³⁸ ואכן, רש"י מפרש את "לא כייפינן לה" שבדברי אמימר כך: "לא כייפינן לה – להשהותה, אלא נותן לה גט ויוצאה בלא כתובה". הסוגיה מוסיפה ועוסקת בהיבטים נוספים, כלכליים בעיקרם, של הלכת מורדת, כגון אם היא מאבדת חלקים מנדונייתה. בסוף הסוגיה קובע התלמוד כך (כתובות סד, ע"א):

ומשהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא [משהים אותה שנים עשר חודשי שנה על הגט], ובהנך תריסר ירחי שתא לית לה מזוני מבעל [ובאותם שנים עשר חודשי שנה אין לה מזונות מ(ה)בעל].

קטע זה שייך לרובד תלמודי מאוחר, ככל הנראה קביעה סופית של ההלכה על ידי הסבוראים.³⁹ הוא קובע תקופת המתנה של שנים עשר חודשים קודם שהאישה תקבל את גטה. משמעותם המדויקת של הדברים נתונה במחלוקת רחבה בין פרשני התלמוד, המשקפת את עמדותיהם המנוגדות של הפרשנים בנוגע לקטעים הקודמים של הסוגיה. הגאונים, כפי שמציינים מרדכי עקיבא פרידמן וירחמיאל ברודי, התייחסו לקטע זה של הסוגיה כאל תקנה תלמודית (או סבוראית) הקובעת שיש לכפות את הבעל לתת גט לאחר שנים עשר חודשי מרידה.⁴⁰ כך אכן מתאר את הדברים רב שרירא גאון:

והתקיננו שמשחיין אותה כשתובעת גירושין שנים עשר חדש, שמא יתפייסו. ואם לא יתפייסו לאחר שנים עשר חדש – כופין את הבעל וכותב לה גט. ואחרי רבנן סבוראי [...] תקיננו [...].⁴¹

- 38 הדברים נתמכים במפורש בנוסח דברי אמימר לפי כ"י סנט פטרבורג – ספרייה לאומית EVR I 187 ("כ"י לנינגרד-פירקוביץ", כפי שהוא כונה בספרות המחקרית בעבר), הגורס בדבריו "כייפינן ליה" (במקום "לא כייפינן לה"), מונח שקשה לפרשו באופן שונה מאשר במובן של כפייה לתת גט.
- 39 ראו Friedman (לעיל הערה 29), עמ' 323, הערה 37. מפרשי התלמוד אכן ראו בכך רובד מאוחר. ראו למשל העיטור, אות מ, סח ע"ב.
- 40 ראו Friedman (לעיל הערה 29), עמ' 324-325; ירחמיאל ברודי, "כלום היו הגאונים מחוקקים?" שנתון המשפט העברי יא-יב (התשמ"ו), עמ' 298-300.
- 41 תשובות הגאונים (שערי צדק), חלק ד, שער ד, סימן טו.

באשר לרש"י, הוא אמנם אינו מזכיר כאן כפיית גט במפורש, אבל אפשר לשער שבהמשך לדרכו הפרשנית, שלפיה כפיית גט היא חלק בלתי נפרד מכל שלבי הסוגיה, הוא שילב גם כאן את כפיית הגט. רש"י דן כאן בשאלת הזמן שבו חלות הלכות מורדת,⁴² והרי הוא פירש אותן עוד קודם לכן ככוללות כפיית גט בעבור האישה. כך פירשו גם ראשונים נוספים דוגמת רבנו גרשום ורשב"ם.⁴³

בניגוד לעמדות אלו שללו ראשונים רבים את כפיית הגט בדין מורדת. ראש וראשון להם הוא רבנו תם, הקובע נחרצות שהתלמוד איננו מאפשר כפיית גט על הבעל ושהגאונים שנהגו לכפות גט עשו זאת שלא כדין, מעשה שאימוצו עלול "להרבות ממזרים בישראל".⁴⁴ והלוא ראינו שהתלמוד מאפשר כפיית גט, ולכל הפחות מסקנתו בחתימת הסוגיה – "ומשהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא" – מאפשרת כפיית גט?! ברם רבנו תם וההולכים בדרכו מציעים פרשנויות חלופיות לתלמוד, השוללות כפיית גט בכל שלבי הסוגיה, כפי שקובע הרמב"ן: "ומעולם לא עלתה על דעת חכמי התלמוד כפייה זו לעולם".⁴⁵ לפיכך טוענים ראשונים אלו שתקנת כפיית הגט, שאותה מייחסים לגאונים, נעשתה בחוסר סמכות.

מן התלמוד לפוסקים: עילת המורדת כבסיס לתביעת גירושין

עמדתו של רבנו תם התקבלה להלכה. בתחילת הדרך היו אמנם עמדת רש"י ועמדות דומות דומיננטיות – אחדות ראו בכפיית גט דין התלמוד ואחרות ראו בה תקנת הגאונים – אולם עמדת רבנו תם השפיעה יותר ויותר על חכמי ההלכה שאחריו עד שהפכה לעמדה העיקרית.⁴⁶ גם השולחן ערוך, ההולך דרך כלל בשיטת הרמב"ם והרי"ף, לא קיבל כאן את עמדתם המאפשרת כפיית גט

42 ראו רש"י, כתובות סד, ע"א, ד"ה "ומשהינן לה" וד"ה "תריסר".

43 ראו וסטרייך (לעיל הערה 18), עמ' 567 והערות 16, 17.

44 ספר הישר לרבנו תם, חלק התשובות, סימן כד.

45 חידושי הרמב"ן, כתובות סג, ע"ב, ד"ה "ומצינו בירושלמי".

46 ראו אלימלך וסטרייך, "עלייתה ושחיקתה של עילת המורדת", שנתון המשפט העברי כא (תש"ס), עמ' 123-147.

בטענת "מאס עלי" והכריע שלצד הסנקציות המוטלות על האישה, גירושין ייעשו ברצון הבעל בלבד.⁴⁷

האם, אם כך, ננעלו השערים בפני כפיית גירושין בעילת המורדת? דומה, למרבה ההפתעה, שהתשובה שלילית. רבנו תם עצמו, אף שהתנגד לכפייה, התיר להפעיל לחץ עקיף על הסרבן כדי להשיג את הגט ("הרחקות דרבינו תם"):

אך אם כל רבותינו שוין בדבר, תגזרו באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל הנלוים אליכם שלא יהו רשאים לדבר עמו, לישא וליתן עמו, להאריחו ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקרו בחלותו. ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה הזאת, שבזה אין כפייה עליו. שאם ירצה מקיים, והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה, אך אנו נתפרד מעליו.⁴⁸

משכך, יש בדברים אמירה עקרונית שלפיה מן הראוי שהבעל ייתן גט לאשתו אף כי אין להשתמש לשם כך בכפייה ישירה עליו. אף שיש מן האחרונים שצמצמו גם אפשרות זו, היא עודנה משמשת בסיס להפעלת לחץ כלפי סרבן הגט. ואכן, יש הרואים בסנקציות המוטלות כיום מכוח החוק הישראלי על סרבני גט כמממשות את הרחקות דרבינו תם.⁴⁹

יותר מזה: בראשונים מובא סייג להתנגדותו של רבנו תם לכפיית גט – כאשר יש לאישה "אמתלה". וכך מתאר הרא"ש את עמדת רבו, מהר"ם מרוטנברג: "הלכך לא היה דין דין מאס עלי אם לא שתתן אמתלה לדבריה למה אינו מקובל עליה או שהיה מכלה כל הממוץ".⁵⁰ ומכלל לאו אתה שומע הן: כשהאישה

47 ראו שולחן ערוך, אבן העזר עז, ב.

48 ספר הישר לרבנו תם, חלק התשובות, סימן כד.

49 ראו חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995. על חוק זה מנקודת מבט הלכתית ומנקודת מבט אזרחית ראו יחיאל קפלן, "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסקי דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד", מחקרי משפט כא (תשס"ד-תשס"ה), עמ' 609-703.

50 ראו פסקי הרא"ש, כתובות, פה, סימן לה. ראו גם כתובות סג, ע"ב, תוספות ד"ה "אבל", המציעים שטענת "מאס עלי" אפשרית כאשר "יש רגלים לדבר שהבעל אינו מתקבל לה".

נותנת אמתלה לדבריה, אפשר – לפי מהר"ם – לדון דין "מאיס עלי", בניגוד לשלילה הגורפת העשויה להשתמע מדברי רבנו תם. אמתלה איננה דווקא עילה אובייקטיבית אלא גם הצדקה סובייקטיבית, ומציאות של מות הנישואין בהחלט עשויה להתאים להגדרה זו.

גישה דומה עולה גם מעמדתו של רבנו ירוחם (פרובנס וספרד, המאה הארבע עשרה), הכותב:

וכתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה [אינני מעוניינת בו], יתן לי גט וכתובה, והוא אומר אנא נמי לא בעינא לך [גם אני אינני מעוניין בך], אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנין אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא,⁵¹ אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי אגיטא דילמא הדרי בהו [משהיין אותה שנים עשר חודשים שמא יחזרו בהם (דהיינו: עליה להמתין שנים עשר חודשים ורק אז תקבל את גטה)], לאחר שנה כופין אותו לגרש, והפסידה תוספת וכל מאי דיהיב לה מדיליה [וכל מה שנתן לה משלו], דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה [לא נתן לה על דעת כך שתיקח (את המתנות) ותצא (היינו, תתגרש)].⁵²

במקרה שבו עוסק רבנו ירוחם, הן הבעל הן האישה מצהירים שהם אינם מעוניינים עוד זה בזו, אלא שהבעל מסרב לתת גט. רבנו ירוחם קובע, בשם רבו, ר' אברהם בן אשמעאל, שבמקרה כזה אין לאישה דין מורדת, ולפיכך היא אינה מפסידה את עיקר כתובתה ונדונייתה (הרכוש שהביאה עמה בעת הנישואין) אלא רק את

51 לפי דין התלמוד, כאמור לעיל, ננקטים נגד המורדת צעדים כלכליים וחברתיים שתכליתם ניסיון להביאה לחזור בה ממרידתה. במקרה הנדון כאן קובע רבנו ירוחם שאין להפעיל נגד האישה את הסנקציות הכלכליות. דהיינו, היא אינה מפסידה את כתובתה (התחייבותו הבסיסית של הבעל) ואת הנדוניה (רכוש שהכניסה עמה בשעת הנישואין), אבל מפסידה את תוספת הכתובה (התחייבויות נוספות של הבעל, מעבר לסכום הבסיסי) ומתנות (ראו בהמשך הציטוט).

52 מישרים, נתיב כג, חלק ח.

תוספת הכתובה ואת מתנות הבעל. משמעותית לענייננו קביעתו המפורשת של רבנו ירוחם לעניין הגירושין: לאחר שנים עשר חודשים כופים את הבעל לתת גט לאשתו.⁵³

מקרה זה דומה למדי למקרים שבהם אנו עוסקים, שיש בהם תביעת גירושין חד-צדדית ללא עילה קונקרטית אבל בין בני הזוג ישנו שבר שאינו ניתן לאיחוי, שהרי שניהם אינם מעוניינים עוד זה בזה. שבר זה הוא שבר ממשי שאי-אפשר לשקמו גם לאחר תקופת המתנה של שנים עשר חודשים, אך הבעל מסרב לתת גט. הטעם לסרבנות הגט אינו מפורש. יש להניח שמדובר בנקמנות או בניסיון להשיג רווחים כלכליים, בדומה למקרי סרבנות הגט המודרניים.⁵⁴

רבנו ירוחם משמש אפוא מקור אפשרי לגישה המאפשרת כפיית גט במקרה של סרבנות כאשר ניכר שבין הצדדים ישנו שבר שאינו ניתן לאיחוי, ושניהם, כלשוננו, אינם מעוניינים עוד זה בזה. ואכן, על אף הדחייה המוצהרת של העמדה התומכת בכפיית גט בדין מורדת מצוטטים דברי רבנו ירוחם לא אחת בפסקי דין רבניים, והם מקובלים כבני סמך להלכה.⁵⁵

יש אם כך בסיס רחב בפסיקה, גם אחרי רבנו תם, להפעלת לחץ על סרבני גט כאשר ישנו קרע בין בני הזוג, ואפילו בלא עילה קונקרטית. לחץ זה אפשרי גם לשיטת רבנו תם עצמו כל עוד איננו ישיר ונכנס בגדרן של "הרחקות דרבינו תם". וחשוב לא פחות: מקורות אלו, ואפילו רבנו תם עצמו, רואים את תביעת הגירושין כלגיטימית, אף אם מסייגים את הכלים העומדים לרשות בית הדין כדי להוציאה לפועל, והיבט הצהרתי זה אינו פעוט ערך. הלכה למעשה, בפסיקת בית

53 שנים עשר חודשים הם תקופת ההמתנה התלמודית שלאחריה חל דין המורדת – כפיית גט (לשיטת התומכים בכך) והפסדה הגורף של האישה את נכסיה. ראו כתובות סד, ע"א. וראו בדיון לעיל.

54 ראו למשל תיק (אזורי אריאל) 1-21-057140493 (לא פורסם, 12.3.2006), הדין והדיין 18 (2008), עמ' 6-7.

55 ראו הדיון בדברי רבנו ירוחם והמקורות המאמצים את עמדתו להלכה בפסק דינו של בית הדין בנתניה: תיק (אזורי נתניה) 5/833000 פלוגית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.7.2013). מסקנה זו איננה מוסכמת על הכול. יש שמפרשים את דברי רבנו ירוחם בפרשנות מצמצמת, המרוקנת אותם למעשה מתוכנם. ראו להלן, סמוך להערות 215-219.

הדין הרבני היום אין עמדה אחידה, אולם זרם ניכר בקרב הדיונים מאפשר הטלת חיוב בגט – ומכאן, עקרונית, גם סנקציות – בטענת "מאיס עלי" כשקיימת אמתלה, גם אם סובייקטיבית, כאמור לעיל, ובמילים אחרות – במקרה של מות הנישואין.⁵⁶ להיבטים אלו אתייחס בהרחבה להלן, בפרק השישי.

56 ראו ההפניות במאמרו של הרב לביא (להלן הערה 200).

פרק שלישי

הזכות לגירושין – כלים משפטיים (ב): הפקעת קידושין

פתיחה

בשנת תרס"א (1901) תוקנה במצרים תקנה המפקיעה קידושין שנעשו שלא כהוגן, בלא גט. התקנה מתארת את השימוש בהפקעת קידושין כך:

התרופה הבדוקה והתקנה הקדומה והנאמנה אשר תקנו לנו רבותינו הגאונים והפוסקים הראשונים וגם האחרונים זיע"א [זכותם יגן עלינו אמן], שהיא הסכמת הפקרת כסף הקידושין והפקעתם, וכאשר הנהיגו אותה בדורותיהם דור אחר דור.⁵⁷

במילים חד-משמעיות קובעים מתקיני התקנה שהפקעת קידושין היא "תרופה בדוקה" שיש לה יסודות קדומים ושהיא מקובלת ומושרשת במסורת ההלכתית. אמנם תקנה זו עסקה בקידושין שנעשו שלא כהוגן ולא בהפקעת קידושין במקרה של סרבנות גט (כאשר הקידושין נערכו כיאות), אבל התבנית המוצעת בה מתאימה גם לנדון דיון זה. שהרי באמצעות הפקעת הקידושין יכול צד המעוניין בכך, כאשר הצד השני מסרב לגירושין, להשתחרר מקשר הנישואין ולממש בכך את זכות הגירושין שלו.⁵⁸

מהלך כזה אינו טריוויאלי. הוא דורש בחינה מדוקדקת של המקורות העוסקים בהפקעת קידושין. משמעותית כמו כן השאלה אם נעשה בהפקעת קידושין שימוש הלכה למעשה. אבחן את הדברים בסעיפים הבאים.

57 ראו אברהם חיים פריימן, סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשכ"ה 1964, עמ' 338-344.

58 נישואין כדת משה וישראל מורכבים משני שלבים: קידושין ונישואין. לצורך הדיון לא אבחין בין הדברים – תוצאת הפקעת הקידושין היא ממילא גם ביטול הנישואין. לפיכך אתיחס לנישואין ולקידושין בלי להזדקק להבחנה ביניהם.

הפקעת קידושין במקורות התלמודיים

בתלמוד הבבלי נזכרים שני סוגים של מקרים שבהם נטען שחכמים הפקיעו קידושין. בקבוצה אחת של מקרים הם הפקיעו את הקידושין כאשר נפלו פגמים בהליך הקידושין. ההפקעה נעשתה במקרים אלו סמוך למעשה הקידושין,⁵⁹ ובעקבותיה נתפסו הקידושין כבטלים. קבוצה שנייה כוללת מקרים שבהם הקידושין נערכו כדת וכדין, והצורך בהפקעה התעורר בעקבות גירושין שלא היו תקפים. במקרים אלו, משיקולים שונים, בדרך כלל שיקולי מדיניות רחבים, כגון מניעת עגינות או ממזרות, קבעו חכמים שהקידושין בטלים וממילא בני הזוג אינם נשואים והרי הם בפועל כגרושים. שני מקרים כלולים בקבוצה הראשונה:

א. עובדא דנרש.⁶⁰ יתומה קטנה הייתה מקודשת לפלוני בקידושין שאינם תקפים מן התורה אלא רק מדרבנן.⁶¹ לאחר שבגרה התכוון הלה לקדש אותה מחדש, בקידושין שהם תקפים מן התורה, אולם אדם אחר חטף אותה וקידשה לו לאישה.⁶²

ב. "תליוה וקדיש".⁶³ מקרה שבו כפה אדם אישה להתקדש לו, וזו נתנה את הסכמתה לכך. מבחינה פורמלית הסכמה זו תקפה, בהתאם לעיקרון התלמודי בענייני מקח וממכר הרואה בהסכמה שבכפייה הסכמה תקפה.⁶⁴

59 בנוגע לשאלה מתי בדיוק חלה ההפקעה, מיד בשעת הקידושין או לאחר מכן, ראו אבישלום וסטרייך, "הפקעת קידושין במקורות התלמודיים: לשורשיו של פולמוס חדש-ישן", סידרא כז-כח (תשע"ג), עמ' 131, הערה 89. הדיון בסעיפי המשנה בפרק הנוכחי מבוסס על מאמרי הנזכר, וראו שם הרחבת הדברים.

60 יבמות קי, ע"א.

61 מדובר בחברה שבה היה נהוג להינשא בגיל צעיר (לעתים היה בכך הכרח חברתי או כלכלי). מדין תורה יכול האב לקדש את בתו. חכמים תיקנו שבמקרה של יתומה קטנה יוכלו אמה או אחיה לקדשה ותוקפם של קידושין אלו יהיו מדרבנן. בשל כך, לאחר שבגרה היה בעלה של הנערה מעוניין לקדשה בקידושין התקפים מן התורה, כדלקמן. 62 הסכמתה לקידושי האחרון ניתנה ככל הנראה בסופו של דבר. ראו ר"ן, יבמות לח, ע"א בדפי הרי"ף; ריטב"א, יבמות קי, ע"א, ד"ה "הוא". והשוו רמב"ן, יבמות קי, ע"א, ד"ה "רב אשי".

63 בבא בתרא מח, ע"ב.

64 תקפותה הפורמלית של ההסכמה מבוססת על הלכת רב הונא: "תליוהו וזבין – זביניה זביני", דהיינו: כאשר "תלו" אדם ובשל כך הסכים למכור את הממכר, המכירה תקפה.

ברם מהבחינה המוסרית מעשה זה פגום, ובשל כך נזקקים חכמים להפקעת הקידושין.

בשני המקרים הללו קובע התלמוד שהקידושין בטלים משום שהבעל התנהג שלא כראוי ליצירתם:⁶⁵

הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקידושיה מיניה.⁶⁶

הבעייתיות המוסרית שבמעשי המקדש ברורה מאליה, אף שמבחינה פורמלית מעשהו תקף. תגובת חכמים היא לפיכך במישור שונה מהמישור הפורמלי. ניתוח זה מקבל את ההנחה שייתכן פער בין חוקיה הפורמליים של ההלכה לבין המוסר.⁶⁷ עם זאת, הוא מצביע על כוחם של חכמים ליצור מנגנונים עוקפים לא פורמליים המאפשרים להלכה להתיישב עם המוסר.

במקום אחר⁶⁸ עמדתי על המנגנונים המאפשרים להלכה לגשר על פערים בינה לבין המוסר והזכרתי בקצרה את הדברים בפתיחת המחקר הנוכחי. המנגנון העיקרי

הלכה זו הורחבה בידי אמימר לקידושין: "תליוה וקדיש – קדושיו קדושין" (תלו [את האשה] וקידש [אותה], ככל הנראה אותו איש שכפה אותה להסכים), קדושיו קידושין [תקפים]. ראו בבא בתרא מז, ע"ב-מח, ע"א. לדיון במימרת רב הונא ראו בנימין פורת, "החווה הכפוי ועקרון הצדק החוזי", דיני ישראל כב (תשס"ג), עמ' 49-110. בנוגע לקידושין ראו שם, עמ' 102-106.

65 יבמות קי, ע"א; בבא בתרא מח, ע"ב (שם נוסף לפני הקטע המצוטט להלן: "באשה ודאי קידושין לא הוו", משפט שנועד להבהיר את הניגוד בין דעה זו לדעה הסבורה שהקידושין תקפים. ראו דברי אמימר המצוטטים לעיל בהערה 64).

66 בעובדא דנרש, רב אשי הוא המביא טעם זה. הוא התבסס על כמה מקורות קדומים לו. ראו וסטרייך (לעיל הערה 59), עמ' 124-127. בנוגע לחכם שהשתמש בנימוק זה במקרה השני ישנם הבדלי גרסאות: יש הגורסים "רב אשי" ויש הגורסים "מר בר רב אשי". ראו וסטרייך (שם), הערה 19; חנינה בן מנחם, "הוא עשה שלא כהוגן", סיני פא (תשל"ז), עמ' קנז; אליאב שוחטמן, "קידושין מחמת אונס", סיני קה (תש"ן), עמ' קיח-קכ.

67 לדיון נרחב בנושא, בכלל זה ניתוח ובחינת המודלים השונים ליחס שבין דת למוסר, ראו דני סטטמן ואבי שגיא, דת ומוסר, ירושלים: מוסד ביאליק, תשנ"ג, עמ' 17-97.

68 ראו וסטרייך (לעיל הערה 12).

שבו עסקתי הוא המנגנון הפרשני, הסמוי לעתים. ברם לצדו דנתי גם בהתמודדות הגלויה, היינו: שימוש במנגנונים הלכתיים חוץ-פרשניים המאפשרים לגשר בגלוי על פער בין הלכה קיימת לבין עיקרון מוסרי מסוים. הדוגמה העיקרית למנגנון שכזה הוא עקרון "כבוד הבריות".⁶⁹ בסוגיה הנוכחית אפשר לראות התמודדות דומה: ההלכה הפורמלית רואה בבני הזוג כנשואים, אולם תוצאה זו אינה מוסרית, שכן היא נובעת מכך שהמקדש נהג שלא כהוגן. מעתה חכמים מבטלים את התוצאה הלא מוסרית באמצעות מנגנון הלכתי ייחודי – הפקעת קידושין.

קשה להפריז בחשיבות מקור זה. יש בו כדי להמחיש את העקרונות המנחים את הכרעותיהם של חכמים, עקרונות המגבירים את המוטיבציה ההלכתית לפתור בעיות פנים-הלכתיות הנובעות מן המפגש בין ההלכה לבין המוסר. נדון הדיון הנוכחי אף הוא כזה: מצב שבו זכותו של בן הזוג לגירושין מוכרת הלכתית (או זכותו שלא להיות נשוי), אבל יש למצוא את הבסיס בהלכה הפוזיטיבית שיאפשר זאת. עד כמה אפשר להשתמש במנגנון הפקעת הקידושין באופן נרחב גם כדי להתמודד עם מגבלות המוטלות על הזכות לגירושין? לעת עתה אין ביכולתי להשיב על שאלה זו. ראו עוד בהמשך הדברים.

בקבוצה השנייה של מקרי הפקעת קידושין כלולים שלושה מקרים. בכל אחד מהמקרים הללו הבעל כתב ושלח או נתן גט כשר לאשתו, אבל הגט בוטל עקב גורם חיצוני, דהיינו ללא חיסרון בגט עצמו:

א. **גירושין על תנאי.**⁷⁰ במקרה זה הוסיף הבעל לגט תנאי שהעמידה בו תבטל את הגט. הוא מצדו ניסה למלא את התנאי, כלומר לבטל את הגט, אבל אירוע לא צפוי – "אונס" בלשון התלמוד – מנע זאת ממנו. דרך כלל טענת "אונס" היא טענה קבילה, ומשמעות הדבר לענייננו היא שרואים את התנאי כאילו קיים ואת הגט כבטל. ברם רבא, לפי מסורת אחת בבבלי, סבור שטענת אונס בגיטין אינה קבילה ושהאישה מגורשת. התלמוד מבאר שהלכת רבא, שלפיה "אין אונס בגיטין", איננה מעיקר הדין אלא מושתתת על הפקעת קידושין. סיבת הדבר היא התוצאות הקשות העלולות להיגרם מקבלת טענת האונס: נשים "צנועות" תחשושנה להינשא שמא אונס הוא שמנע את קיום

69 שם, פרק 3.

70 כתובות ב, ע"ב-ג, ע"א.

התנאי וגטן אינו תקף, וכך תשבנה עגונות אף שהגט תקף; נשים "פרוצות" תינשאנה גם במקרים שבהם האונס מנע את קיום התנאי אף שהגט אינו תקף, וילדיהן יוכרזו כממזרים.

ב. **חולה אנוש ("שכיב מרע") שנתן גט לאשתו** (כדי לפטור אותה, למשל, מן החליצה), אבל החלים ממחלתו.⁷¹ לפי רב הונא הגט בטל משום שהוא ניתן בהנחה שהבעל החולה ימות ממחלתו.⁷² רבה ורבא חולקים עליו וסוברים שהאישה מגורשת – לפי ביאור התלמוד, עקב חשש מטעות אפשרית בהלכות גיטין אם נאמר שהגט בטל.⁷³ רבה ורבא מסכימים עקרונית עם רב הונא שהגט בטל, אולם סבורים שבגלל החשש הנזכר הפקיעו חכמים את הקידושין והאישה אינה נחשבת נשואה.

ג. **ביטול גט שנמסר בידי שליח**.⁷⁴ במקרה שבו הבעל שולח גט לאשתו על ידי שליח, יש לו הכוח לבטל את הגט כל עוד הגירושין לא חלו, דהיינו טרם מסירת הגט לאישה. כך אכן נהגו קודם תקנת חכמים והבעל יכול היה לבטל את הגט בפני בית דין כלשהו. ברם כבר בתקופה קדומה – בימי רבן גמליאל הזקן ועל ידיו – התקינו חכמים שלא יעשו כך "מפני תיקון העולם", דהיינו, מפני חשש עיגון או חשש ממזרות,⁷⁵ ולפיכך על הבעל לבטל בפני אחד מן השניים – השליח או האישה (טרם הגעת הגט לידיה). צאצאי רבן גמליאל הזקן – רבן שמעון בן גמליאל ורבי יהודה הנשיא ("רבי") – נחלקו בדינו של אדם שעבר על התקנה וביטל את הגט לא בפני האישה או לא בפני

71 גיטין עב, ע"ב-עג, ע"א.

72 הנחה שיפוטית – אומדנא – הקובעת שהגט ניתן בתנאי (שלא פורש) שהבעל לא יחלים ממחלתו, ומשזה החלים, הגט בטל ככל גט בתנאי.

73 "שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה". דהיינו, מאחר שלא הוטל תנאי מפורש בגט, מי שישמעו על שהגט בטל יסברו שאין זה משום תנאי אלא משום שחלותו של הגט היא לאחר המוות, והדבר נוגד את מהותם של דיני הגירושין (שהרי "אין גט לאחר מיתה").

74 גיטין לג, ע"א; יבמות צ, ע"ב.

75 ראו הסבריהם של רבי יוחנן וריש לקיש בגיטין לג, ע"א; והשוו ירושלמי, גיטין ד ב, מה ע"ג. מעניין שלפי פירושו של רש"י ל"תקנת עגונות" לפי ריש לקיש, מובנה של "עגונה" הוא כמשמעות המודרנית של המילה, דהיינו אישה נשואה שבעלה מסרב לגרשה (במקרה דנן, לאחר שחזר בו וביטל את הגט). וראו רשב"א, גיטין לג, ע"א, ד"ה "והא".

השליח. לפי רבי, אף שעבר על התקנה הגט מבוטל והאישה אינה מגורשת, אולם לפי רבן שמעון בן גמליאל, הביטול אינו תקף והאישה מגורשת, כדי לתת תוקף לתקנת רבן גמליאל: "שאם כן, מה כוח בית דין [היינו: בית דינו של רבן גמליאל] יפה?".⁷⁶ על כך תמה התלמוד: הרי הגירושין בטלים מדאורייתא, וכיצד יכולים חכמים להתיר אשת איש לעולם? ומשיב: סמכות חכמים מבוססת על "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה" [כל מי שמקדש, על דעת חכמים מקדש, והפקיעו חכמים את הקידושין ממנו].⁷⁷

מהי משמעות הפקעת הקידושין? או – מהי התבנית המשפטית שבאמצעותה מפקיעים חכמים את הקידושין? שאלה זו משמעותית כדי לקבוע אם הפקעת הקידושין היא אמצעי הלכתי שאפשר לעשות בו שימוש במקרים שבהם עומדת "זכות לגירושין" נגד סרבנותו של אחד מבני הזוג. שהרי אם למשל הפקעת הקידושין אינה אלא הענקת תוקף לגט בטל, כפי שמבקשים אחדים לטעון, אזי אי-אפשר להיעזר בה במקרים שבהם אנו עוסקים. כדי לבחון את הדברים נפנה לסוגיית גט שנמסר בידי שליח (לעיל מקרה ה), שהיא, כך מסתבר,⁷⁸ המקור הקדום של המושג "הפקעת קידושין".

לפי רבן שמעון בן גמליאל, הבעל אינו יכול לבטל גט שנמסר לשליח אם הביטול נעשה לא בפני השליח או בפני האישה, ובכל מקרה, כמובן, רק קודם שקיבלה את הגט לידיה. לשונו של רבן שמעון בן גמליאל היא כדלקמן:

אינו יכול לא לבטלו ולא להוסיף על תנאו, שאם כן, מה כוח בית דין יפה?⁷⁹

76 הנמקה זו מופיעה בבבלי בלבד ואיננה במקבילות שבתוספתא, גיטין ג, ה, או בירושלמי, גיטין ד א, מה ע"ג. ראו אברהם וייס, לחקר התלמוד, ניו יורק: פלדהיים, תשט"ו, עמ' 389 והערה 366.

77 גיטין לג, ע"א; יבמות צ, ע"ב.

78 ראו וסטרייך (לעיל הערה 59), סעיף 3.

79 גיטין, לג ע"א; יבמות צ, ע"ב. בירושלמי, גיטין ד א, מה ע"ג: "רבן שמעון בן גמליאל אומר: אינו יכול לבטלו ולא להוסיף על תנאו". ובדומה לכך בתוספתא גיטין ג, ג (מהדורת ליברמן, עמ' 255).

לפי רבן שמעון בן גמליאל, הבעל אינו יכול לבטל את הגט. משמע, הגט תקף והאישה מגורשת. סמכותם של חכמים היא בכך שהם מונעים מהבעל לבטל את גטו. היינו, הם מונעים ממנו לבטל את השליחות אבל אינם מבטלים את הקידושין. במובן זה אין מדובר ב"הפקעת" הקידושין, ולכל היותר נוכל להגדיר תפיסה זו "מעין" או "טרום" הפקעה, שכן משמעותה היא מתן תוקף לגט היוצר את הגירושין באמצעות שלילת הכוח לבטלו. זו נראית גם עמדת התלמוד הירושלמי, המתייחס לסמכות חכמים בהקשר לביטול הגט (בביאור ביקורתו של רבי: "דבר תורה הוא שיבטל והן אמרו שלא ביטל?!") וכלל אינו מזכיר שחכמים עוקרים את הקידושין גופם.⁸⁰

ברם רבה, בתלמוד הבבלי, מבאר את הלכת רבן שמעון בן גמליאל בדרך שונה (יבמות ז, ע"ב):

מאן דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה⁸¹ [מי שמקדש, על דעת חכמים מקדש, והפקיעו חכמים את הקידושין ממנו].

חכמים אינם נותנים תוקף לגט. הגט אינו גט משום שהבעל ביטלו, אלא שבני הזוג אינם נשואים מאחר שחכמים הפקיעו את הקידושין. זוהי כמובן תפיסה שונה בתכלית של מעשה החכמים,⁸² והיא, כמדומה, מרחיקה לכת יותר מבחינת טיבו של האקט שחכמים נוקטים: מדובר כאן בעקירה קונסטיטוטיבית של הקידושין, בעוד שלפי מובנם הפשוט של דברי רבן שמעון בן גמליאל, האישה מתגרשת בגט ככל גירושין, אלא שכשרותו היא תוצאת תקנת החכמים.⁸³ הסיבה

80 ירושלמי, גיטין ד א, מה ע"ג. כך פירשו את הירושלמי גם מנחם אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, ירושלים: מאגנס, תשנ"ב (מהדורה שלישית), עמ' 522; ואחרים.

81 המילה "מיניה" חסרה בדפוס וילנא אבל נוספה בכתבי היד. על כך ועל שינויי נוסח נוספים ראו וסטרייך (לעיל הערה 59), עמ' 115-117, הערות 17-18.

82 ראו אריה אדרעי, "כוח בית דין ודיני נישואין וגירושין", שנתון המשפט העברי כא (תשנ"ח-תש"ס), עמ' 34-35.

83 מדובר, כזכור, בגורם חיצוני שביטל את תוקף הגט (תנאו של הבעל, החלמתו מחוליו או ביטול הגט על ידו), וחכמים, לפי תפיסה זו, מנעו את ביטולו (כגון, שלילת יכולתו של הבעל לבטל את שליח הגט).

למהפכה זו של רבה חורגת מגבולות הדיון הנוכחי. בקצרה אומר שהיא נובעת מעמדתו במחלוקת רחבה יותר באשר לסמכות חכמים לעקור דבר מן התורה. רבה – בניגוד לבר הפלוגתא שלו, רב חסדא – מצמצם סמכות זו בדרך כלל, אבל קובע את דיני הקידושין כחריג: בסמכותם של חכמים להפקיע קידושין שהיו עד כה תקפים ומוחלטים בשל אופיו הייחודי של מעשה הקידושין: "כל דמקדש, אדעתא דרבנן מקדש".⁸⁴

משמעות הפקעת הקידושין בדברי רבה היא כפי הנראה הפקעת הקידושין מהרגע שבו חכמים קובעים זאת, כלומר לבני הזוג יש סטטוס מסוים, וחכמים "נוטלים" אותו מנקודה זו ואילך.⁸⁵ טעם הדברים הוא שכיוון שהקידושין נעשים על דעת חכמים, יש להם גם הסמכות לבטלם. לשון אחר: "אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה" אין פירושו שרצונם המאוחר של חכמים יכול לבטל למפרע (רטוריקטיבית) את הקידושין. פירוש הדברים הוא שהקידושין מסתיימים ברגע שחכמים קובעים זאת, שהרי הצדדים תלו את הקידושין ברצון חכמים.

רבה סבור אפוא שלחכמים סמכות ייחודית לבטל את הקידושין בנקודת זמן מסוימת שממנה ואילך הם אינם תקפים עוד. ברם המושג "הפקעת קידושין" הוסיף והתפתח בסוגיות התלמוד, וחלו בו תפניות מושגיות ניכרות. צעד משמעותי עשה רב אשי, שיישם את עקרון הפקעת הקידושין של רבה במקרה שבו הקידושין נעשו בדרך לא ראויה: "הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקידושיה מיניה".⁸⁶ אולם יש הבדל בין המקרה שאליו התייחס רבה לבין המקרה של רב אשי, ולפיכך הרחבתו של רב אשי את השימוש בהפקעה משנה את משמעות המושג – הפקעת הקידושין בדבריו איננה ביטול הסטטוס של בני הזוג אלא ביטול תוקף מעשה הקידושין. אבאר: רב אשי עוסק במקרה שבו מעשה הקידושין נעשה שלא כראוי, וחכמים מבקשים לשלול את תוקף המעשה. הדבר נעשה באמצעות הכרזה על כסף הקידושין הפקר או באמצעות הכרזה על ביאת

84 להרחבה ראו וסטרייך (לעיל הערה 59), עמ' 127-134.

85 אין זה הפירוש המקובל, אולם זהו הפירוש המסתבר. ראו וסטרייך (שם), עמ' 129-131. וכך מנסח זאת אדרעי (לעיל הערה 82), עמ' 30: "הכלל התלמודי 'כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש' מתפרש אף הוא כעקירת הקידושין מכאן ולהבא, בלא גט ומכוח הכרעתו המכוונת של בית הדין".

86 ראו לעיל, סמוך להערות 60-62 (מקרה א), ובהערה 66.

הקידושין כביאת זנות, וכך הקידושין אינם חלים. כך עולה מדיונם של רב אשי ורבינא, המובא סמוך לקביעה שחכמים הפקיעו את קידושי הבעל:⁸⁷

אמר ליה רבינא לרב אשי: תינח דקדיש בכספא [נוח (הדין ברור)]
כאשר קידש בכסף, קדיש בביאה, מאי איכא למימר? [קידש
בביאה, מה יש לומר?] אמר ליה [אמר לו]: שויה רבנן לבעילתו
[עשו חכמים את בעילתו] בעילת זנות.

קידושין נערכים בכסף, בשטר או בביאה (משנה, קידושין א, א). רבינא מתקשה בדבר מהות התבנית המשפטית שבאמצעותה מבטלים חכמים קידושי ביאה. הוא אינו מתקשה בקידושי כסף מאחר שלחכמים סמכות מוכרת ומבוססת להפקיר ולהפקיע ממון.⁸⁸ ברם כיצד נעשית ההפקעה בקידושי ביאה? הרי אי-אפשר לבטל את מעשה הקידושין!⁸⁹ משיב רב אשי שחכמים הכריזו על הביאה כביאת זנות, ומשכך – לא נעשה מעשה קידושין.⁹⁰ חכמים שוללים אפוא את תוקף מעשה הקידושין, אם באמצעות "שויה רבנן לבעילתו בעילת זנות" אם באמצעות הפקעת כסף הקידושין. כך יוצר רב אשי שינוי מושגי: המושג "אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה" הופך בדבריו מביטול סטטוס הקידושין של בני הזוג, כדבריו

87 דיון זה מובא, בשינויי נוסח קלים, בכל אחת מסוגיות הפקעת קידושין. ראו הפניות לעיל בהערות 60, 63, 70, 71, 74.

88 ראו רש"י, יבמות קי, ע"א, ד"ה "תינח"; ובדומה לכך ביתר סוגיות הפקעת קידושין.

89 כלשון רש"י: "מאי אפקעתא איכא למימר, האי ביאה מאי שויה?". ראו רש"י, יבמות ז, ע"ב; וכן (בשינויים קלים) ביתר סוגיות הפקעת קידושין.

90 תפיסת המעשה כ"ביאת זנות" יוצרת קונוטציה שלילית. ואכן, יש מפרשים הסבורים שיש בכך פסול ורואים בכך טעם לצמצם את השימוש בהפקעת קידושין, ובוודאי לצמצם את הסכמת הבעל לעניין זה במקרים שבהם היא נדרשת. מפרשים אחרים סבורים שיש לראות בכך מינוח פורמלי שמשמעותו ביאה שאיננה לשם קידושין, בלא גנאי חברתי או מוסרי. מעמד היחסים בין בני הזוג יהיה בהתאם לכך כפילגשות (גם כאן – בלא המטען הסמנטי השלילי שיש למונח בעברית החדשה), המשקף זוגיות בעלת משמעות הלכתית או חברתית אף שאיננה כנישואין לפי ההלכה. ראו בקשר לכך אליעזר ברקוביץ, תנאי בנישואין ובגט, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשס"ח, עמ' 49-54.

רבה בסוגיית השליח, לשלילת תוקף מעשה הקידושין.⁹¹ להלן נראה שההבדל בין השניים משפיע גם על השאלה אם הקידושין בטלים מכאן ולהבא או למפרע. הדיון בין רבינא לרב אשי מופיע בכל אחת מסוגיות הפקעת קידושין. קשה להניח שהוא חזר על עצמו בדיוק רב חמש פעמים. כפי שצינו החוקרים שעסקו בסוגיה, מסתבר שהדיון התרחש סביב מקרה אחד, על רקע חידושו של רב אשי בעניין הפקעת קידושין. מקור הדיון הוא לפיכך עובדא דנרש או הלכת תליוה וקדיש (על פי עדי הנוסח הגורסים שמועה זו בשם רב אשי), ומשם העביר העורך התלמודי את הדיון לכל המקרים שבהם נזכרת הפקעת קידושין.⁹² העברה זו רבת משמעות. בסוגיית השליח ודומותיה אם הקידושין בטלים מכאן ולהבא, אין צורך להכריז על הביאה כביאת זנות. אולם אם אכן חכמים נזקקים להכריז על הביאה כביאת זנות, מן ההכרח להניח שמדובר כאן בביטול למפרע של תוקף מעשה הקידושין, ולפיכך ביאת הקידושין, ואולי גם כלל ביאותיו של הבעל מזמן הקידושין ועד לשליחת הגט ולביטולו, הן ביאות זנות.⁹³ כך, באמצעות העברת דיונם של רבינא ורב אשי לכלל סוגיות הפקעת קידושין, ובכלל זה לסוגיית השליח, השתנתה משמעות המושג הפקעת קידושין: מעתה אין מדובר בסוגיות אלו בביטול סטטוס הנישואין מכאן ולהבא כי אם בעקירה למפרע של מעשה הקידושין.⁹⁴

91 ראו ברכיהו ליפשיץ, "אפקעינהו רבנן לקידושין מניהו", מפירות הכרם: קובץ דברי תורה, [יבנה]: ישיבת כרם ביבנה, תשס"ד, עמ' 318: "הלשון 'אפקעינהו רבנן לקידושין מניה' משמעותה היא: 'עשו חכמים הפקר את מעשה הקידושין', ולא את המעמד של הקידושין" (ההדגשות במקור).

92 ישנה אמנם תמימות דעים באשר לעובדה שמקור הדיון אחד, אבל אין תמימות דעים באשר למקור זה: עובדא דנרש או הלכת תליוה וקדיש (מקרים א, ב לעיל). לעמדה הראשונה ראו בן מנחם (לעיל הערה 66), עמ' קנו-קנח. לעמדה מנוגדת ראו ישראל פרנצוס, "עוד לכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש", סיני עז (תשל"ה), עמ' 91-92. משותפת להוגים אלו ההנחה שמקור הדיון בין רבינא לרב אשי הוא אחד המקרים א-ב ושממשם הועבר ליתר המקרים העוסקים בהפקעת קידושין בזמן הגירושין זמן מה לאחר שנערכו כהוגן.

93 על המשמעות הסמנטית של "ביאת זנות" ראו לעיל הערה 90.

94 את המעבר מביטול סטטוס הנישואין (כפי שהציג רבה בסוגיית השליח) לביטול מעשה הקידושין עשה רב אשי ביישום ההלכה בעובדא דנרש או בדין תליוה וזבין. אולם רב אשי לא חזר והשליך את הדברים אחרוניים, לדינו של רבה (וליתר מקרי הפקעת

הנה אפוא שלבי הסוגיה התלמודית:

- א. מובנם הפשוט של דברי רבן שמעון בן גמליאל בברייתא הוא שחכמים נתנו תוקף לגט בטל בכך שמנעו מהבעל לבטלו. קונספטואלית, זהו השלב של "טרום הפקעה".
- ב. רבה, בגישה שאימץ התלמוד במקומות אחרים, פירש את דברי רבן שמעון בן גמליאל כהפקעת קידושין, ומשמעות הדברים היא עקירת הקידושין מכאן ולהבא, או: ביטול סטטוס בני הזוג כבני זוג נשואים.
- ג. רב אשי יישם את הפקעת הקידושין שבדברי רבה למקרים שבהם מעשה הקידושין נעשה בניגוד לרוחם של חכמים. ההפקעה מתפרשת כעת כביטול תוקף מעשה הקידושין, באמצעות הפקרת כסף הקידושין או באמצעות הכרזה על קידושי הביאה כביאת זנות.
- ד. לבסוף, עורך הסוגיה, שהעביר את דיונם של רבינא ורב אשי לכל מקרי הפקעת הקידושין, יצר בכך שלב נוסף בפיתוחו של המושג: בכל המקרים מדובר כעת בהפקעת מעשה הקידושין ("שויוה רבנן לבעילתו בעילת זנות"). ולפיכך בשלושת המקרים שבהם ההפקעה נעשית בזמן הגירושין, משמעותה היא הפקעה למפרע של הקידושין.

לניתוח הבסיס התלמודי להפקעת קידושין חשיבות רבה בבואנו לבחון את היתכנות השימוש באמצעי הלכתי זה כדי לבטל נישואין. שהרי המושג במשמעותו הראשונית, על פניו, אינו רלוונטי, שכן לפיו הפקעה פירושה מתן תוקף לגט, ואילו אנו עוסקים במקרים שבהם לא ניתן גט (אדרבה, יש סירוב לתת גט), ויש צורך בהפקעה קונסטיטוטיבית של הנישואין. השלבים הבאים רלוונטיים בהחלט לסרבנות גט, אולם להיבטים אחרים – שבהם איני נוגע כאן – יהיו בחלקם לא יעילים: הפקעה לפי דעת רבה, קרי הפקעה מכאן ואילך, לא תסייע לפתרון בעייתם של ממזרים.⁹⁵ נפנה כעת לבחינת הדברים בעזרת ניתוח עמדתם של פרשנים ופוסקים בתורתלמודיים באשר להפקעת קידושין.

הקידושין ה"מאוחרת"). למעשה, רב אשי הניח את התשתית לפיתוח המושג, אולם השלב הסופי נעשה בידי עורך הסוגיה. למניעים הספרותיים-משפטיים של עורך הסוגיה בשינוי זה ראו וסטרייך (לעיל הערה 59), עמ' 133.

95 ראו להלן, סמוך להערות 121-123.

הפקעת קידושין כפתרון לנישואין שכשלו: האם הפקעה מחייבת גט?

בסוגיה התלמודית מצאנו מתח בין תפיסות מנוגדות ומתפתחות באשר למשמעות המושג "הפקעת קידושין". מתח זה משתקף בפרשנויות החלוקות שנתנו למושג זה פרשנים, פוסקים וחוקרים לאורך העידן הבתלמודי ועד ימינו אנו: פרשנים מסוימים עוקבים בפירושם אחר רובד תלמודי אחד, אחרים נוקטים כרובד תלמודי שני, ובתוכם נמצאים הפרשנים המשלבים בפירושם רכיבים מכמה רבדים מנוגדים. אלו גם אלו נוקטים דרכים פרשניות כדי ליישב את מכלול חלקי הסוגיה בהתאם לדרכם.

השלב האחרון בהתפתחות המושג הפקעת קידושין (סעיף ד לעיל) הוא מעין מסקנת הסוגיה התלמודית (היינו: סיומה של הסוגיה – גם בסוגיות שבהן ההפקעה היא בזמן הגירושין – הוא בביאור ההפקעה על ידי רב אשי בתשובתו לרבינא), ולפיכך הוא דומיננטי בין ראשונים ואחרונים. אכן, ישנם רכיבים שבהם הפרשנים השייכים לקבוצה זו נשתנו זה מזה, אולם משותפת לכולם העמדה הרואה בהפקעת הקידושין ביטול למפרע שלהם.⁹⁶

למרות הדומיננטיות של פרשנות זו נמצאו בקרב המפרשים גם תפיסות ההולמות את שלבים א ו-ב בתלמוד. שלב א – הפקעה כמתן תוקף לגט כשר – נמצא בפירושו של ר"י הלבן לסוגיה: "אלא בכי האי גוונא [במקרה שכזה] בגירושין הגט, אינה מגורשת אלא מנתינת הגט ואילך [...] ורבנן בתקנתם העמידו כשרותם [דהיינו, כשרותם של הגיטין] מן התורה".⁹⁷ כמה חוקרים אימצו את הפירוש הזה, ואף הם הושפעו כנראה מן הרובד הראשוני של הסוגיה התלמודית.⁹⁸ הקושי

96 ראו רש"י, גיטין לג, ע"א, ד"ה "תינח"; שם, ד"ה "שויה"; תוספות, שם, ד"ה "אפקעינהו"; רמב"ן, כתובות ג, ע"א, ד"ה "שויה"; ועוד. הראשונים הללו הושפעו במידת מה גם משלב א. ראו להלן דיוני בשיטת רש"י ובשאלת נחיצותו של הגט בתהליך ההפקעה.

97 תוספות ר"י הלבן על מסכת כתובות (מהדורת הרב פנחס יעקב הכהן, לונדון תשי"ד), ג ע"א, ד"ה "כל דמקדש". יש לציין שאת ר"י הלבן אין מנחים שיקולים טקסטואליים כי אם קושיות ענייניות ומושגיות ואף חשש פרקטי משימוש לא ראוי בהפקעה למפרע, בדומה ליתר הראשונים. ראו למשל תוספות, גיטין לג, ע"א, ד"ה "ואפקעינהו".

98 ראו שמואל אטלס, נתיבים במשפט העברי, ניו יורק: האקדמיה האמריקאית למדעי היהדות, תשל"ח, עמ' 211-214; אליאב שוחטמן, "הפקעת קידושין", שנתון המשפט העברי כ (תשנ"ה-תשנ"ז), עמ' 355.

הפרשני העיקרי של דרך זו הוא בפירוש המושג "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש", שלפי פשוטו אינו מתייחס לגירושין. מפרשים אלו נדחקים ומבארים את "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש" כ"כל דמגרש אדעתא דרבנן מגרש", אבל לדברים אין בסיס טקסטואלי⁹⁹ ויש בהם אף קשיים ענייניים ניכרים.¹⁰⁰

גם את תפיסת שלב ב – הבנת מושג ההפקעה כעקירת הקידושין מנקודה זו ואילך – מצאנו בקרב מפרשי התלמוד. הריטב"א מצטט בשם "אית דמתרצי" עמדה שכזו,¹⁰¹ וכן נדונה האפשרות בידי כמה אחרונים, בהם החתם סופר: "ובשיטה מקובצת ריש כתובות [ראש מסכת כתובות] מייתי [מביא] בשם קדמון אחד דלא אפקעינהו רבנן למפרע [שלא הפקיעו חכמים למפרע] אלא פסקוהו לקדושין מכאן ואילך [...] ואין רחוק, דיש [שיש] ביד חכמים שיהיה קידושין עד יום שיארע אחד ממאורעות האלו ואז יפסקו הקידושין".¹⁰² במחקר הוצעה פרשנות כזו להפקעת קידושין על ידי אריה אדרעי.¹⁰³ קשה מאוד להסביר לפי פירוש זה את קביעת הסוגיה: "שויוה רבנן לבעילתו בעילת זנות", שכן ההפקעה

99 היינו: מדוע לא כתוב "כל דמגרש" אלא "כל דמקדש". שמואל אטלס מנסה להתמודד עם קושי זה בלי לשנות את הגרסה. ראו אטלס (לעיל הערה 98), עמ' 244–245. אולם הקושי בעינו עומד, וקשה לשנות מהמשמעות הפשוטה של "כל דמקדש".

100 לא סביר לומר שכשם ש"כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש" כך גם "כל דמגרש אדעתא דרבנן מגרש", שכן מעשה הקידושין ייחודי בכמה היבטים המשתקפים באמירת "כדת משה וישראל", וייחודיות זו היא הבסיס ל"כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש". הגירושין, לעומת זאת, אינם נעשים באופן מיוחד על דעת חכמים. הם כדיני שליחות, כדיני תרומה וכהלכות אחרות, ואין לומר בנוגע אליהם באופן ייחודי "כל דמגרש". כמו כן קשה לבאר לדרך זו את הקביעה "שויוה רבנן לבעילתו בעילת זנות" בדרך הרמוניסטית. ואכן, המחברים הנזכרים בהערות הקודמות (למעט ר"י הלבן) נדרשים לכך שהדו־שיח בין רבינא לרב אשי אינו חלק בלתי נפרד מהסוגיה אלא העברה שאין כאן מקומה.

101 שיטה מקובצת, כתובות ג, ע"א, ד"ה "וכתב הריטב"א": "דכי אמרינן אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה [כשאנו אומרים: חכמים הפקיעו ממנו את הקידושין], לאו [לא] משעת קידושין אלא השתא [עכשיו], משעת מעשה".

102 ר' משה סופר, חידושי חתם סופר על מסכת גטין, גטין לג, ע"א, ד"ה "תינח". נוסף על מקורות אלו יש מקום לומר שגם רבותיו של רש"י סברו כך. ראו וסטרייך (לעיל הערה 59), עמ' 137–138.

103 ראו אדרעי (לעיל הערה 82), עמ' 34–35.

היא מכאן ואילך,¹⁰⁴ אלא אם כן נכיר בכך שמדובר ברובד מאוחר, השונה ממשמעותו המקורית של המושג.

ההבחנה בין התפיסות המצויות בתלמוד מסייעת בהבהרת מניעיהם של כמה פרשנים המציעים פירושים מורכבים המשלבים גישות שונות, לעתים מנוגדות, דוגמת דרכו של רש"י בסוגיה. רש"י מפרש את הפקעת הקידושין כביטול למפרע. עם זאת, בכמה מקומות עולה מפירושו שלגט תפקיד מהותי בהליך ההפקעה, קביעה העומדת אפריורי בניגוד לקביעה שהפקעת הקידושין נעשית למפרע, משעת יצירתם. הציטוט שלהלן ממחיש בצורה הטובה ביותר דו־מגמתיות זו: "שויוה רבנן – לההיא ביאה למפרע על ידי גט זה".¹⁰⁵ דהיינו: ההכרזה למפרע על הביאה כביאת זנות נעשית באמצעות הגט. אכן, פירושו של רש"י הוא דו־משמעי, והדעות חלוקות באשר לתפקידו המדויק של הגט לפי שיטתו.¹⁰⁶ דו־משמעות זו היא ה"מחיר" שאותו "משלם" רש"י כדי להציג את כל חלקי הסוגיה כיחידה אחת.

מכל מקום, אם ברצוננו לגבש עמדה משפטית אחדותית בנוגע לתפיסתו של רש"י, נראה שיש ללכת בדרך ביניים: הגט אינו תיאור קונטיננטלי בלבד של

104 ראו חתם סופר (לעיל הערה 102), המקשה גם מהפקעת קידושין ביבמה.

105 רש"י, גיטין לג, ע"א, ד"ה "שויוה".

106 בהתאם לציטוט המובא בפנים (וכן בכתובות ג, ע"א, ד"ה "שויוה": "על ידי גט שהוא מדבריהם") סבור הרב אוריאל לביא ("האם ניתן להפקיע קידושין של סרבן גט", תחומין כז (תשס"ז), עמ' 306) שלפי רש"י הגט הוא חלק מהותי מהליך ההפקעה: "בכל המקומות ביאר רש"י, שהפקעת הקידושין נעשית על ידי הגט – אע"פ שמעיקר הדין היה פסול, בכל זאת חכמים תקנו להכשירו; וטעם הכשרו הוא הפקעת הקידושין" (במאמרו המאוחר יותר הדברים דו־משמעיים. ראו הנ"ל, "הפקעת קידושין אינה מענה לסרבנות גט", תחומין כט [תשס"ט], עמ' 252). לעומת זאת, ממקומות אחרים בפירוש רש"י משתמע שהגט אינו חלק מהותי מתהליך ההפקעה אלא תיאור המקרים שבהם נעשית ההפקעה, ולכל היותר הוא תנאי הכרחי ליישומה בשל שיקולים חיצוניים. ראו למשל רש"י, כתובות ג, ע"א, ד"ה "ואפקעה": "כשיבא גט כזה אחריהם". ראו שוחטמן (לעיל הערה 98), עמ' 360. לפי זה, הפקעת הקידושין יכולה, עקרונית, להתקיים גם במקרים אחרים, אף ללא גט. ראו ברקוביץ (לעיל הערה 90), עמ' 172-181; ברכיהו ליפשיץ, "על מסורת, על סמכות ועל דרך ההנמקה", תחומין כח (תשס"ח), עמ' 84-85, הערה 5; ועוד.

המקרים שבהם החילו חכמים את הפקעת הקידושין אלא הוא הכרחי כדי לקיים את ההפקעה. עם זאת, הוא אינו חלק מהותי מהליך ההפקעה. כלומר, ההפקעה אינה נעשית באמצעות הגט אלא בתנאי שניתן גט. עמדה זו משמעותית, שכן היא מאפשרת גם חלופות לגט ופותחת את השער ליישום מעשי של הפקעת קידושין למקרי סרבנות גט.

הנפקות העיקרית של המתח בין הגישות השונות בנוגע להפקעת קידושין היא בשאלת נחיצותו ותפקידו של הגט בתהליך ההפקעה, כפי שראינו בניתוח פירוש רש"י לעיל. לפי הרובד התלמודי הראשון (א), כדי להפקיע קידושין מן ההכרח שיינתן גט כשר, שנפסל רק עקב נסיבות חיצוניות לגוף הגט, דוגמת ביטולו בידי הבעל. זו, מסתבר, עמדתם של ר"י הלבן וממשיכיו.¹⁰⁷ אולם עם פיתוח המושג "הפקעת קידושין" ברבדים התלמודיים הבאים, הגט אינו משמש עוד חלק מתהליך ההפקעה, ולפיכך יש מקום לומר שהוא אינו הכרחי. כך הם הדברים בראייה ספרותית-היסטורית שלפיה אזכורו של הגט משקף את תפקידו ברבדים המוקדמים יותר. בהתאם לכך היו ראשונים שאימצו באופן גורף את העמדה שהגט אינו הכרחי להפקעת הקידושין.¹⁰⁸ ואולם מפרשי התלמוד העדיפו בדרך כלל פרשנות הרמוניסטית, ולכן נטו להעניק משמעות גם למגמות מנוגדות בסוגיה. כך, מאחר שגט מופיע בשלושת המקרים העוסקים בהפקעה "מאוחרת", רבים מן הראשונים נטו לייחס לו חשיבות,¹⁰⁹ ומכאן האתגר הפרשני שבמקרה דנן: שילוב הגט בהליך זה.

לפי הדרך האחרונה, הדומיננטית בקרב הפרשנים הבתלמודיים, גט הוא רכיב הכרחי בהליך ההפקעה. לצד זה, משמעותה של ההפקעה אינה מתן תוקף לגט, שהרי היא חלה למפרע. הפקעה הקידושין נעשית באמצעות הפקעת כסף

107 ראו לעיל. יש הסבורים שזו גם עמדת הרשב"א. לדעת אליאב שוחטמן, לפי הרשב"א, הפקעת הקידושין נעשית באמצעות הגט. ראו שוחטמן (לעיל הערה 98), עמ' 359-360. הרב פרופ' אליעזר ברקוביץ סבור, לעומת זאת, שלדעת הרשב"א ההפקעה נעשית כאשר הגט ניתן, אבל היא אינה חלק מהותי מתהליך זה. ראו ברקוביץ (לעיל הערה 90), עמ' 162-172.

108 ראו מאירי, כתובות ג, ע"א, ד"ה "כל שאמרו". ראו גם Shlomo Riskin, "Response," Tradition 36 (2002), p. 162

109 רש"י, לפי פירושים רבים, ר"י מיגאש, רמב"ן וממשיכיו: רא"ה, רשב"א; ועוד.

הקידושין או בהגדרת קידושי הביאה כביאת זנות, ולגט אין כל תפקיד בהליך זה, בניגוד לעמדה הנוקטת כשלב א לעיל. הגט, לפי זה, הכרחי אך אינו מהותי, ועל כן הצורך בו מתבאר כנובע מסיבות "חיצוניות" דוגמת מניעת "מדרון חלקלק" בשימוש בהפקעה¹¹⁰ או כדי ליצור דמיון בין הפקעה למקרים השגרתיים של סיום נישואין, הנעשים באמצעות גט.¹¹¹

בהתאם לטעם זה לא נזדקק בהכרח לגט כשר (שנפסל רק בשל התניה, ביטול השליחות וכיוצא באלו) כדי להפקיע קידושין. אדרבה, גם "גט כל דהו" כלשון הראשונים¹¹² עשוי למלא את המטרות שלעיל. ישנם אמצעים נוספים

110 על חשש זה ראו הרב בנציון מאיר חי עזיאל, ספר משפטי עזיאל, ב, תל אביב: דפוס י' לויצקי, תרצ"ח, אבן העזר, פז, עמ' שפה:

תקנת עגונות חשובה מאד בעיני חכמינו ז"ל, לעומת זאת חשובה עוד יותר תקנת האישות, ואם יאמרו חכמים שאשה המקודשת לאיש באופן המועיל עפ"י דין תורה תצא בלא כלום, הרי זה מביא הפקרות בקשר הנשואין, ונפיק מיניה חורבא גדולא [ויוצא מזה חורבן גדול] שכל העם יזלזלו באיסור זה וירבו ממזרים בישראל [...] ועל כל פנים גם במקום שאמרו אדעתא דרבנן מקדש היינו דוקא אחרי מעשה דגט [היינו, אחרי מתן גט], שבזה אין האשה ניתרת בכדי [בלא כלום], אבל לא אמרו ולא יעלה על הדעת לומר שחכמים יפקיעו הקידושין שנעשו כתקונם בלי שום מעשה של גירושין.

ראו עוד, הרב שלמה זלמן אויערבך ("בענין אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה", תורה שבעל פה טז (תשל"ד), עמ' נג:

כי החכמים ברוח קדשם וחכמתם ידעו שכל תחבולה הנעשית בכוונה להפקעת קידושין של איש מסוים אפילו במקום עיגון וצער גדול היא פירצה חמורה עד מאד בגדרי האישות וגם ביטול תוקף הקידושין וקדושתן.

111 זו כמדומני הסברה העומדת בבסיס הפירוש שלפיו הגט נצרך משום שהקידושין נעשו כראוי. ראו למשל רא"ה (שיטה מקובצת, כתובות ג, ע"א, ד"ה "וכן כתב הרא"ה"): "אבל היכא דמקדשא [היכן שמתקדשת] ברצון חכמים אי אפשר להוציאה בלא גט". הביטוי הפורמלי של סברה זו הוא בהסבר שלאחר הפקעת הקידושין הצדדים עדיין קשורים בקשר של נישואין מדרבנן, ולשם כך יש צורך בגט גם אם אינו תקף מדאורייתא. ראו אויערבך (לעיל הערה 110), עמ' מג-מה; הרב עובדיה יוסף, "כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה", תורה שבעל פה ג (תשכ"א), עמ' 100-101.

112 ר"י מיגאש, מצוטט במאירי כגאוני ספרד, כתובות ג, ע"א, ד"ה "כל שאמרו". ברשב"א: "סרך גיטא". ראו רשב"א, כתובות ג, ע"א, ד"ה "כל דמקדש". כך צריך לפרש גם את

העשויים למלא דרישות אלה, ולכן, בנסיבות מסוימות, כשההפקעה מתבצעת ללא דופי, אפשר להחליף את הגט בהם. כך, לפי רש"י והרשב"א, הפקיעו חכמים קידושין במקרה שבו עד אחד מעיד על מות הבעל, דהיינו האישה נישאת על סמך עדות שאינה כשרה מן התורה משום שחכמים הפקיעו את קידושיה.¹¹³

הפקעת קידושין: אמצעי הלכתי קביל?

יש אפוא בסיס בתלמוד ובראשונים להפקעת קידושין למפרע בנסיבות מסוימות. אולם האם אפשר להשתמש במנגנון זה גם בימינו, ואם כן – עד כמה אפשר להרחיבו? האם אפשר למשל להפקיע קידושין במקרים של סרבנות גט? שאלה זו נתונה בשנים האחרונות בפולמוס נרחב. יש הטוענים שאפשר להשתמש במנגנון ההלכתי של הפקעת קידושין גם במקרים שבהם הבעל מסרב לתת גט לאשתו. מנגד יש הסבורים שמנגנון זה אינו מתאים לנדון דנן, אם משום שהשימוש בו אינו אפשרי בתקופה הבת־תלמודית, אם משום שהוא אינו מתאים למקרי סרבנות גט (שכן לא ניתן בהם גט) ואם מסיבות אחרות.¹¹⁴ כפי שראינו, עמדות אלו משתקפות כבר בסוגיה התלמודית. מסקנתה של הסוגיה, מכל מקום, מאפשרת – לכל הפחות מבחינה תאורטית – יישום נרחב של עקרון הפקעת הקידושין.

ברם היישום המעשי של הפקעת הקידושין לאורך ההיסטוריה היה מוגבל ומסויג. הספרות הרבנית עוסקת רבות בשאלת הפקעת הקידושין במקרה של

הרמב"ן. וראו ליפשיץ (לעיל הערה 91), עמ' 320, בנוגע לביטוי הבעייתי "לגט זה שהוא כשר".

113 ראו רש"י, שבת קמה, ע"ב, ד"ה "לעדות"; רשב"א, כתובות ג, ע"א, ד"ה "כל דמקדש". וראו ברקוביץ (לעיל הערה 90), עמ' 162–172.

114 לעמדות השונות ראו למשל הרב שלמה ריסקין, "הפקעת קידושין: פתרון לעגינות", תחומין כב (תשס"ב), עמ' 191–209; ותגובתו של הרב זלמן נחמיה גולדברג, "הפקעת קידושין אינה פתרון לעגינות", תחומין כג (תשס"ג), עמ' 158–160; הרב שלמה ריסקין, "כוח ההפקעה מונע עיגון" (תגובה לתגובה), שם, עמ' 161–164; הרב זלמן נחמיה גולדברג, "אין הפקעת קידושין ללא גט", שם, עמ' 165–168. לפולמוס נוסף ראו הצעתו של ליפשיץ (לעיל הערה 91); תגובתו של לביא, תשובתו של ליפשיץ ותגובתו של לביא (לעיל הערה 106).

קידושין שנעשו שלא כהוגן דוגמת קידושי שחוק וחיטפה או קידושין שנעשו בניגוד לתקנות הקהל. פוסקים רבים, גם אם הכירו באפשרות התאורטית להפקיע קידושין, שללו את השימוש המעשי בה.¹¹⁵ אחדים אימצו את מנגנון הפקעת הקידושין גם למעשה, בפרט כאשר שיקולים נוספים היו מעורבים בעניין. הדוגמה המובהקת לכך היא תקנת מצרים, אשר בה פתחתי פרק זה. תקנה זו קיבלה את עקרון הפקעת הקידושין במקרים מעין אלו (אף כי ייתכן שבפועל לא נזקקו ליישם את הדברים) והכירה בסמכות להשתמש בעיקרון זה הלכה למעשה.¹¹⁶

השאלה המתעוררת כעת היא אם אפשר לצעוד צעד נוסף וליישם את עקרון הפקעת הקידושין הלכה למעשה גם במקרי סרבנות גט אשר בהם הנישואין חלו כדת וכדין והיו תקפים לזמן מה (להבדיל מהדיון הנזכר לעיל בקידושין שנעשו שלא כהוגן), ללא מתן גט מצד הבעל (להבדיל מהמקרים התלמודיים). יישום זה בוודאי רדיקלי הרבה יותר מהפקעה בשעת הקידושין, וההסתייגויות מהנהגתו הלכה למעשה מועלות בתקיפות גדולה למדי. אמנם היו ראשונים ואחרונים שביארו כמה הלכות כמושתתות על ביטול למפרע של הקידושין גם כשהם נערכו כדין,¹¹⁷ אולם גם מקרים אלו אינם משמשים תקדים לענייננו במלוא מובן המילה. בקצתם ניתן גט, ובאחרים מדובר בהפקעה שנועדה דווקא לאפשר לבני הזוג לחיות יחד.¹¹⁸

על אף הסתייגויות אלו סבורני שאפשר להשתמש בהפקעת קידושין גם במצבי סרבנות הגט המודרניים, ולכל הפחות בשילוב עם מנגנונים נוספים, ואסביר את

115 ראו רמ"א, אבן העזר כח, כא: "אפילו הכי ואפילו כך (דהיינו: למרות קיומה של תקנת קהל מפורשת המפקיעה קידושין, כנזכר בדבריו קודם לקטע המצוטט) יש להחמיר לענין מעשה".

116 בענף זה של הפקעת קידושין עוסק כידוע פריימן (לעיל הערה 57). לתקנת מצרים ראו שם, עמ' 338-344.

117 ראו הסברו של הרא"ש לכפיית גט בהלכת מורדת (שו"ת הרא"ש מג, ח); הסברו של הר"ן להלכת טמאה אני (נדרים ז, ע"ב, ד"ה "ואיכא"); הסברו של הרמ"א להיתר נשים לבעליהן בגזרות אוסטרייך (דרכי משה, אבן העזר ז, יג). לדוגמאות נוספות ראו ליפשיץ (לעיל הערה 106), הערה 9.

118 ראו במקורות הנזכרים בהערה הקודמת.

הדברים. להכרה באפשרות הפקעת הקידושין בשלב מאוחר של הנישואין יש, כפי שראינו, בסיס במקורות ובמפרשים. אמנם, כפי שצינתי, העמדה הדומיננטית בקרב מפרשי התלמוד – הנובעת מהרמוניזציה של המגמות החלוקות בסוגיה התלמודית – היא שהפקעת קידושין אינה עומדת בפני עצמה ושיש ללוותה ב"גט כל דהו". אולם כפי שנטען לעיל, גט זה אינו מהותי לתהליך ההפקעה ועל כן אין צורך בגט כשר כדת וכדין שרק גורם "חיצוני" פסלו. בהתאם לכך אפשר להציע ללוות את הפקעת הקידושין באמצעים אחרים שיגשימו את מטרתו של אותו "גט כל דהו", לדוגמה – גט בכפייה במקרים שבהם ההלכה אינה תומכת בכך בצורה חלוטה¹¹⁹ או דרכים אחרות לביטול נישואין, שהן כשלעצמן אינן מספיקות, כגון תנאי בנישואין ובגט או הרשאה לכתובת גט.¹²⁰

הפקעת הקידושין פותחת לנו אפוא שער. היא מעניקה כלי הלכתי להתמודד עם סרבנות גט במקרים שבהם הפוסקים או הדיינים סבורים שהסרבנות אינה מוצדקת. במצבים אלו, כפי שצינתי בראש פרק זה, יש צורך במנגנונים שיאפשרו את יישום הגירושין באמצעים הלכתיים. להפקעת הקידושין יש פוטנציאל רב ערך לכך: זהו מנגנון הלכתי היכול לשמש גשר אפשרי בפער מעין זה המתואר בדיון דנן בין הזכות להתגרש – ככל שהיא קיימת – לבין חוסר היכולת ליישמה באופן פורמלי.

119 כטיעונו של הרא"ש (לעיל הערה 117). דרך כלל הרא"ש דחה את הלכת מורדת, אולם במקרים חריגים הוא הסכים לכפייה, ומשתמע מדבריו שגם שיקול ההפקעה מעורב. ראו שו"ת הרא"ש לה, ב. על הפקעת קידושין כתימוכין לגט בכפייה ראו יוסף (לעיל הערה 111), עמ' 96-103. מודל זה הוצע בידי הרב וידר בתגובה להצעתו של הרב ריסקין. ראו J. Wieder, "Hafka' at Kiddushin: Rejoinder," *Tradition* 37 (2003), pp. 76-77, n. 28.

120 לכך רמז ליפשיץ בתשובתו לרב אוריאל לביא. ראו ליפשיץ (לעיל הערה 106). ראו גם דברי הרב יחיאל י' וינברג בעניין זיכוי גט לבעל מומר בצירוף הפקעת קידושין: שו"ת שרידי אש, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשס"ג, ג, כה. זהו גם אחד היסודות להצעתו של הרב פרופ' ברויד להסכם הכולל היבטים של הפקעה, כפיית גט וטעות. ראו Michael Broyde, "A Proposed Tripartite Agreement to Solve Some of the *Agunah* Problems: A Solution without Any Innovation," *Jewish Law Association Studies* 20 (2010), pp. 1-15.

לעת עתה הדברים עודם שנויים במחלוקת, וההצעות לא התקבלו למעשה. עם זאת, דומה שעיקר הוויכוח הוא בשאלה של מדיניות. בעניינים קרובים נעשית הפקעת קידושין על אף הקשיים. למשל, כמה וכמה דיינים מצהירים על כך שבמצבים מיוחדים הם יפקיעו קידושין כדי למנוע ממזרות. הדבר נעשה בהתבסס על הצעת המהרש"ם לטהר ממזרות את בנה של אישה שנישאה לאדם אחר לאחר שחשבה שבעלה נפטר והלה שב והופיע.¹²¹ הצעה זו הוצגה כהצעה תאורטית בלבד ועוררה קשיים רבים.¹²² למרות כל אלו, בתי הדין הרבניים בישראל משתמשים במקרים חריגים ביותר בשיטת המהרש"ם כאמצעי למניעת ממזרות.¹²³ מקרים דוגמת אלו ממחישים אפוא את העובדה שקבלת מנגנון הפקעת הקידושין למסורבות גט אף הוא עניין של הכרעה שבמדיניות, ואין לראותו כבלתי אפשרי.¹²⁴

- 121 שלום מרדכי שבדרון, שו"ת מהרש"ם, ירושלים: [חמו"ל], תשל"ג, א, ט.
- 122 ראו אויערבך (לעיל הערה 110). בין הטיעונים המרכזיים: גט המהרש"ם מתבסס על הפקעת קידושין במקרה מעין השליח (מקרה ה לעיל, סמוך להערות 74-76), שבו הבעל פועל בניגוד להוראות חכמים, אולם בגט המהרש"ם ביטול הגט נעשה בהמלצת בית הדין. יתר על כן, ההפקעה מתבססת על שיטת רבן שמעון בן גמליאל, בעוד ההלכה נפסקה כנראה כרבי. גט המהרש"ם נצרך להניח שגם רבי מודה שבמצבים מסוימים קיימת הפקעה, ויש בכך חידוש גדול.
- 123 ראו דוד מלכא, "אין הפקעת קידושין למסורבות גט", אתר המשפט הישראלי, סוף הסעיף "ביקורת על הצעתו של פרופ' ברכיהו ליפשיץ": "בשעת דחק גדול עושים בו [בגט מהרש"ם] שימוש להסיר חשש ממזרות".
- 124 ראו ליפשיץ (לעיל הערה 106). לניתוח פרשני-סוציולוגי של הפולמוס בעניין הפקעת קידושין ראו Avishalom Westreich, "The 'Gatekeepers' of Jewish Family Law: Marriage Annulment as a Test Case," *Journal of Law and Religion* 27 (2011-2012), pp. 329-357

הפקעה הצהרתית של הנישואין: קידושי טעות

על אף ההסתייגות מהשימוש במנגנון הפקעת הקידושין כאמצעי להתרת קשר נישואין אשר בו אחד מבני הזוג מסרב להתגרש, הפוסקים עודם מפקיעים קידושין, לא רק כדי למנוע ממזרות. פעמים מפקיע בית הדין או הפוסק את הקידושין ומתיר לבני הזוג להינשא אגב הכרזה על בטלות הנישואין. אלא שלא מדובר בהפקעה מהותית, קונסטיטוטיבית, מכוח הכרזת בית הדין, כמנגנון ההפקעה שנדון בסעיף הקודם, אלא בהפקעה הצהרתית, דקלרטיבית, המבססת את הכרעתה על העיקרון של קידושי טעות. מנגנון זה נדון בספרות ההלכה ועד ימינו אנו. אף הוא אינו מוסכם ואף הוא מעורר ויכוחים הלכתיים נוקבים.¹²⁵ במנגנון זה אעסוק כעת.¹²⁶

125 ראו למשל הרב מתתיהו ברויד, "קידושי טעות בזמננו", תחומין כב (תשס"ב), עמ' 210-217; הרב דוד בס, "התרת נישואין בטענת מקח טעות", תחומין כד (תשס"ד), עמ' 194-218. הרב בס סוקר ומנתח במאמרו גישות אחדות לקידושי טעות – גישות דוחות, גישות מאמצות וגישות ביניים, המקבלות עיקרון זה להלכה ולא למעשה או בצירוף טעמים נוספים. במאמר שפורסם כמה שנים אחר כך יצא הרב איתם הנקין נגד מאמרו של הרב בס ובעיקר טען שהגישות המקלות אינן "מגמה" אלא מתמצות לעמדתו של הרב פיינשטיין. ראו הרב איתם הנקין, "האמנם אפשר לבטל קידושין משום מקח טעות?", תחומין לא (תשע"א), עמ' 282-290. וראו תגובתו של הרב בס: "בטלות נישואין בטענת מקח טעות", שם, עמ' 291-300.

אני מודה לד"ר רחל גורדין, שהפנתה אותי למקורות חשובים בנושא זה.

126 להרחבה ראו מאמרי Avishalom Westreich, "Umdena as a Ground for Marriage Annulment: Between Mistaken Transaction (*Kiddushei Ta'ut*) and Terminative Condition," *Jewish Law Association Studies* 20 (2010), pp. 330-352. נושא זה נדון בצורה מקיפה ומעמיקה בידי תהילה בארי-אלון, וניתוחה חופף בחלקים מסוימים לעמדה המובעת כאן וחולק באחרים. ראו תהילה בארי, היסוד הנפשי הנדרש לכינון הקידושין בהקשרן של טענות ה"טעות" וה"תנאי", חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, תש"ע, בעיקר עמ' 299-312.

קידושין על תנאי וקידושי טעות

הקידושין בהלכה הם הסכם דו־צדדי; הם זוקקים את הסכמת שני הצדדים, וללא הסכמה זו הם אינם חלים. לפיכך הסכמה שניתנה בטעות, דהיינו הסכמה המבוססת על עובדות שאינן נכונות, עשויה להביא להכרזה על הקידושין כלא תקפים, ובעקבותם – גם הנישואין. בהתאם לכך, לפי פוסקים רבים,¹²⁷ קידושין המבוססים על טעות בשעת הקידושין, שאחד מבני הזוג – לצורך הדיון הנוכחי: האישה¹²⁸ – לא היה מודע לה, הקידושין בטלים משעת עשייתם ומתברר למפרע שמעולם לא היו תקפים. בדומה למיקח וממכר יש צורך בהסכמת שני הצדדים לפרטי העסקה, וכאשר היא מבוססת על טעות היא בטלה וכאילו מעולם לא התקיימה.

מנגנון קידושי טעות, כפי שכתבתי, דומה להפקעת הקידושין שבספרות התלמודית. עם זאת, בהפקעת קידושין, חכמים (או בית הדין) עוקרים את הקידושין מכוח סמכותם,¹²⁹ ואילו טענת קידושי טעות מתבססת על אומדן דעתם של בני הזוג. היא "חושפת", לעתים מתוך שימוש בפיקציות משפטיות, שהקידושין התבססו על טעות ולפיכך כאילו לא היו מעולם.

127 ראו בס, "התרת נישואין" (לעיל הערה 125), עמ' 201–217. ישנם פוסקים החולקים על כך בשל מגוון של שיקולים: אם משלילת האפשרות לקידושי טעות על סמך החלה נרחבת של עקרון "טב למיתב טן דו" (ראו להלן) ואם משיקולים של מדיניות הלכתית. ראו שם, עמ' 195–201. וראו גם ברויד (לעיל הערה 125); הנקין (שם); ובס, "בטלות נישואין" (שם).

128 טיעון זה נכון בעיקרו גם בנוגע לבעל. עם זאת, לפי כמה פוסקים קשה יותר ליישמו בנוגע לבעל מכיוון שעומדת לפניו האפשרות לגרש את אשתו ולשלם לה את כתובתה. אפשרות זו אינה קיימת בנוגע לאישה, ולכן טענת מיקח טעות עשויה להיות חזקה יותר מנקודת מבטה. ראו למשל ר' יחזקאל סג"ל לנדא, נודע ביהודה (מהדורה תניינא, ירושלים, תשכ"ט), אבן העזר פ, ד"ה "והנה יש מקום לומר" (המחמיר, למעשה, גם בנוגע לאישה). ראו גם ברויד (לעיל הערה 125), עמ' 214, והערה 24 בעמ' 215, המייחס עמדה זו לר' חיים עוזר גרודז'נסקי ולר' משה פיינשטיין.

129 "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה". ראו בסוגיות ההפקעה שנסקרו לעיל, בפרק: "הזכות לגירושין – כלים משפטיים (ב): הפקעת קידושין".

מעבר לזיקתו להפקעת קידושין עומד מנגנון קידושי טעות בזיקה גם למנגנון שלישי – תנאי בנישואין – המבטל למפרע את הנישואין במקרה שאירוע התנאי מתרחש, למשל סרבנות גט. מושג זה מתייחס לקידושין שחלו כדין, אולם התרחשותו של אירוע מאוחר יותר (או אי-התרחשותו, אם התנאי מנוסח על דרך השלילה) מבטלת למפרע את חלותם. במקרה זה שני הצדדים היו מודעים לכל הפרטים המשמעותיים והסכימו לקידושין, ולכן הקידושין תקפים מבחינה הלכתית. אבל בני הזוג ניסחו תנאי שעשוי להביא בעתיד לביטול הקידושין. וכך תקפות הקידושין תלויה במימוש התנאי וגם לאחר זמן מה עשויים הקידושין להתבטל למפרע.

שימוש בתנאי לביטול קידושין כפתרון אפשרי לבעיית מעוכבת הגט אף הוא נדון רבות ואף הוא מלווה בוויכוחים הלכתיים נוקבים סביב תוקפו של "תנאי בנישואין" והאפשרות ליישמו למעשה.¹³⁰ את המחלוקות האלו מנחים שיקולים הלכתיים קונקרטיים ושיקולים שבמדיניות ההלכתית דוגמת הצורך בשמירת קדושת המשפחה.¹³¹ מכל מקום, מבחינה קונספטואלית, להלכה, גם אם לא למעשה, יש הכרה בכך שאפשר להתנות את תוקף הקידושין. כללו של דבר, שלושת המנגנונים הללו – הפקעה, טעות ותנאי – שונים זה מזה אבל יש ביניהם קרבה גדולה.¹³² התבנית המשפטית (ביטול למפרע של הנישואין), תוצאת הדברים והמניע העומד מאחורי המהלך דומים למדי.

130 ראו למשל ברקוביץ (לעיל הערה 90); הרבנים צבי גרטנר ובצלאל קרלינסקי, "אין תנאי בנישואין: המאבק על קדושת הייחוס בישראל", ישורון ח (תשס"א), עמ' 678-705; ישורון ט (תשס"א), עמ' 669-704; ישורון י (תשס"ב), עמ' 711-750.

131 להבחנה בין סוגים שונים של טיעונים ראו Yehudah Abel, *The Plight of the "Agunah" and Conditional Marriage*, Working Papers of the Agunah Research Unit, 2006, pp. 10-14, 23-25 (מופיע באינטרנט). ראו גם את סדרת המאמרים שפרסמו הרבנים גרטנר וקרלינסקי (לעיל הערה 130), הממחישה את המשקל שיש לשיקולים של מדיניות הלכתית; הטיעונים ההלכתיים הקונקרטיים נזכרים פחות וניתנים בקלות לפתירה. כך לדוגמה, התנגדותם של המחברים להצעתו של הרב ברקוביץ, שנתמכה בעיקרה על ידי הרב וינברג, היא התנגדות גורפת, וכעדותם של המחברים, אין זה משנה לדידם עד כמה יימצאו לרעיון סימוכין הלכתיים (ראו בפסקאות הסיום של המאמר השלישי בסדרה, ד"ה "בירורם של דברים").

132 על הזיקה בין טעות לתנאי ראו עוד להלן, בהתייחס לטעות עתידית. הפקעת הקידושין אף היא עומדת בזיקה לתנאי. יש המפרשים שסמכות ההפקעה נובעת מהאמירה

הדיון בקידושי טעות מתמקד בדרך כלל בטעות הנוגעת לתכונה או לפגם של בני הזוג בשעת הנישואין.¹³³ אולם פגם, תכונה או אירוע שהתפתחו לאחר הנישואין אינם נדונים, ולא ברור אם אפשר לבטל בשלם את הנישואין למפרע.¹³⁴ דיוני כאן, לעומת זאת, רלוונטי יותר להתפתחות מאוחרת בחיי הנישואין שעל בסיסה מבקשים להכריז עליהם כבטלים. האם יכולה דוקטרינת קידושי טעות לסייע למטרה זו?

“טעות” עתידית: “אדעתא דהכי לא קידשה עצמה”

בתלמוד הבבלי (בבא קמא קי, ע”ב-קיא, ע”א) אנו מוצאים טיעון שעל בסיסו מבקשת הסוגיה לבטל למפרע סוגים שונים של “עסקאות”: השבת גזל הגר, הקדש וקידושין. במקרים הנדונים נסיבה חדשה שלא הייתה בשעת ה“עסקה” היא העילה לביטולה, וההצדקה לכך היא האומדנא¹³⁵ שאדעתא דהכי (על דעת כך) לא נעשתה העסקה: “אדעתא דהכי לא יהב ליה” וכיוצא בזה. פירוש הדברים: בכל אחד מהמקרים הנדונים בתלמוד עושה המעשה לא עשה אותו על דעת כך

בשעת הקידושין “כדת משה וישראל”, שהיא מעין תנאי: “כאילו התנה עמה על מנת שירצו חכמים”. ראו ריטב”א, כתובות ג, ע”א, ד”ה “כל דמקדש”. וראו גם וסטרייך (לעיל הערה 59), עמ’ 122, הערה 55.

- 133 לפירוט התנאים להחלת קידושי טעות ראו ברויד (לעיל הערה 125), עמ’ 211.
- 134 ראו בקשר לכך הפולמוס בין ברויד לאביעד הכהן בעקבות פרסום ספרו של האחרון: Aviad HaCohen, *The Tears of The Oppressed, An Examination of the Agunah Problem: Background and Halachic Sources*, New Jersey: Ktav, 2004; Michael J. Broyde, “Review Essay: An Unsuccessful Defense of the Beit Din of Rabbi Emanuel Rackman — The Tears of The Oppressed by Aviad Hacoheh,” *Edah* 4 Avishalom Westreich, “Book Review: ‘The Tears of The Oppressed, An Examination of the Agunah Problem: Background and Halachic Sources’ by Aviad Hacoheh,” *Jewish Law Annual* 17 (2007), pp. 306–313.
- 135 אומדנא פירושה אומדן. מטרת האומדנא היא להשלים פערים באשר לאירועים עובדתיים או באשר להערכת כוונות של בני האדם. בהתאם לעניין שכלפיו מופנית האומדנא משתנה תפקידה ההלכתי – כמכשיר בהלכות עדות, כבסיס למתן תוקף להכרעה הלכתית של בית הדין וכיוצא באלו. ראו אנציקלופדיה תלמודית, א, עמ’ 302–295.

שאלו יהיו פני הדברים, ולפיכך המעשה אינו תקף. בעניין קידושין מדובר בנפילת האישה לפני יבם מוכה שחין, וכאן טוענת הסוגיה שהאישה "אדעתא דהכי לא קידשה עצמה". הנפילה לפני היבם היא אירוע עתידי, שהרי בשעת הנישואין (אף שהיבם היה חי באותה עת) האישה אינה חייבת עדיין בייבום. הסוגיה דוחה טיעון זה בכל אחד מהמקרים בנימוקים קונקרטיים. בנוגע ליבם מוכה שחין טוענת הסוגיה כי "אנן סהדי דמינח ניהא לה בכל דהו [אנו עדים (דהיינו, חזקה) שנוח לה בכל שהוא (דהיינו, נוח לה להינשא על אף הסיכוי שתצטרך להתייבם למוכה שחין)], כריש לקיש, דאמר ריש לקיש: טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו [טוב לשבת בשניים מאשר לשבת באִלְמָנוּת]". לפי חזקה זו (שמא יש לומר – הנחה), נשים מעדיפות מצב של נישואין, ולפיכך טוענת "אדעתא דהכי לא" לא תתקבל. פוסקים רבים סבורים, עם זאת, שמדובר בחזקה חברתית הנתונה לשינוי לפי הזמן והמקום, ולא חזקה אונטולוגית, כלומר חזקה הנובעת מטבע האדם ללא אפשרות שינוי.¹³⁶ כך, על אף חזקת "טב למיתב", הטענה העקרונית של "אדעתא דהכי לא" עודנה תקפה בבסיסה. ואכן, בהתבסס על "אדעתא דהכי לא קידשה עצמה" ביטלו כמה פוסקים קידושין במקרים חריגים של טעות שבהם ניכר שהאישה לא הסכימה להתקדש על דעת כן.¹³⁷

מטרת האומדנא במקרה שלפנינו היא לחשוף בדיעבד את כוונת עושה הפעולה בזמן עשייתה. אולם במקרה של אירוע עתידי שלא התקיים בשעת הנישואין, על בסיס מה דין הנישואין להתבטל? ולחלופין: מהי התבנית ההלכתית שהאומדנא יוצרת? היינו, נניח שאנחנו מקבלים את האומדנא ש"אדעתא דהכי לא... – האם כוונת הדברים היא שאנו מפעילים מעין תנאי מכללא, תנאי סמוי

136 ראו הרב משה בארי, "האם חזקת 'טב למיתב טן דו' עשויה להשתנות?", תחומין כח (תשס"ח), עמ' 63–68; Michael J. Broyde, *Marriage, Divorce and the Abandoned*; HaCohen; *Wife in Jewish Law*, Hoboken, NJ: Ktav, 2001, pp. 175–176 (לעיל הערה 134), עמ' 45–92. יש אמנם הרואים בכך חזקה אונטולוגית. זו עמדת הרב יוסף דב סולוביצ'יק, הנחשב מתנגד נחרץ לשימוש בקידושי טעות. ראו בארי (לעיל הערה זו), עמ' 64; David J. Bleich, "Survey of Recent Halakhic Literature: *Kiddushei Ta'ut* — Annulment as a Solution to the Agunah Problem," *Tradition* 33 (1998), pp. 106–107; 124–125, n. 28.

137 ראו בהערה הקודמת וכן לעיל, הערה 125.

שלא הותנה במפורש על ידי הצדדים אבל אנו מניחים שהם התכוונו לכך, ולפיו כאשר קורה מקרה דוגמת זה הנדון, העסקה – שעד כה הייתה תקפה – בטלה מעיקרה (למפרע)? או שמא בעקבות האומדנא העסקה מוגדרת עסקת טעות (למשל הקדש בטעות או קידושי טעות) והיא לא חלה משום שהיא התבססה על טעותם של הצדדים?

בספרות ההלכה אנו מוצאים שלוש דרכים להבנת האומדנא: כתנאי סמוי, כטעות ושלא כצפוי – כשתי האפשרויות גם יחד, קרי אומדנא הכוללת רכיבים המגדירים את העסקה כטעות וגם, בד בבד, רכיבים היוצרים תנאי מכללא. בספרות הפרשנית ובספרות המחקר לא הושם די דגש על היבטים אלו, ולפיכך אבהיר את הדברים.

שתי האפשרויות המנוגדות – תנאי סמוי לעומת טעות – עלו לדיון מפורש באחרונים, אבל מצויות בבסיסן גם בראשונים. שו"ת מעיל צדקה מגדיר אומדנא זו כטעות. כלשונו לעניין "אדעתא דהכי לא קידשה עצמה":

אבל הנראה לי דגם [שגם] המקשה לא הקשה דתיפוק [שתצא] בלי חליצה להיות כאלו התנה, אלא דהוי ליה [שהוא] כעין מקח טעות וקידושי טעות, כאלו אמר לה על מנת שאני כהן ונמצא לוי.¹³⁸

ברם פרשנות זו מוקשית: מדובר הרי בהתפתחות עתידית, שחלה לאחר כריתת ה"הסכם", ולפי דברי המעיל צדקה, כיצד אפשר להגדיר אירוע זה כמיקח טעות, הרי "אי אפשר לדעת העתידות"! (כלשון הרב שמעון שקאפ). הרב שמעון שקאפ חולק בשל כך על ר' יונה לאנדסופר ומבאר את ההלכה באמצעות תבנית הלכתית שונה:

דהנה, מה שאמרו בגמרא לדון ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין, שתיפוק [שתצא] בלי חליצה, דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה, בעל כרחך אין הכוונה דאיגלאי מילתא למפרע [שנגלה הדבר למפרע]

138 ר' יונה בן אליהו לאנדסופר, שו"ת מעיל צדקה, פראג: דפוס י. ול. ב"ק, תקי"ז, סימן ב, ג ע"ב.

שהיה טעות בקידושין, דאיך [שכן איך] שייך לומר דמעיקרא היה טעות? אלא שהדין שהיה תלוי ועומד כעין קידושין על תנאי.¹³⁹

קושייתו של ר' שמעון שקאפ היא קושיה חריפה. אפשר ליישבה בדרכים שונות, חלקן מפולפלות.¹⁴⁰ באופן מרתק, דווקא לב טיעונו של ר"ש שקאפ, "שאי אפשר לדעת העתידות", שבשלו הוא מגדיר את האומדנא כתנאי, מצדיק לפי דעה אחרת את פירוש האומדנא כטעות. כך כותב הראבי"ה:

אבל אומדנא היינו נתינה בטעות [...] והכי נמי [וכך גם] בכל אומדנות הוי בטעות, ואינו יודע בשעת מעשה מן העתידות. וכן נמי [וכן גם]... יבמה שנפלה לפני מוכה שחין לא תהא צריכה חליצה דאדעתא דהכי לא נתקדשה.¹⁴¹

הרושם, מכל מקום, הוא שהגישה הרואה באומדנא תנאי סמוי נפוצה למדי בראשונים ובאחרונים,¹⁴² כנראה בשל הנקודה שעליה עומד ר' שמעון שקאפ. נמצאנו למדים שכאשר מדובר באירוע העתיד להתרחש, שכלפיו נטען "אדעתא דהכי לא", אפשר לבטל למפרע את ההסכם. ברם עילת הביטול שנויה במחלוקת: הגדרת העסקה כטעות מחד גיסא או איתור תנאי מכללא בין הצדדים והחלתו מאידך גיסא. האם יש נפקות בין ההסברים? יש מקום לומר שתנאי מכללא המבוסס על אומדנא דורש אומדנא מאת שני הצדדים, שהרי – כלשון

139 ר' שמעון שקאפ, ספר שערי ישר, כרך שני, ניו יורק: הועד להוצאת ספרי הגאון ר' שמעון ז"ל, תש"ך, שער ה, פרק יח, עמ' סט.

140 ראו למשל הרב יוסף שאול נתנזון, שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, ירושלים: [חמו"ל], תשל"ג, א, קצז.

141 ר' אליעזר בן ר' יואל הלוי, ספר ראבי"ה, תשובות ובאורי סוגיות (בעריכת דוד דבליצקי), בני ברק: דבליצקי, תש"ס, סימן אלף לב, ד"ה "ואשר כתבת"; והשוו בארי (לעיל הערה 126), עמ' 299-300, הערה 1917.

142 כך לדוגמה מובא במפורש בתוספות הרא"ש (שיטה מקובצת, בבא קמא קי, ע"ב): "דאם היתה רוצה להתנות בשעת אירוסין שאם ימות קודם שישאנה שיהו הקידושין בטלין כדי שלא תפול לפני אחיו מוכה שחין לא היה הבעל מעכב על ידה, הלכך חשוב כאילו התנית".

התוספות – "לאו בלוקח לחודיה תליא מילתא [לא בלוקח לבדו תלוי הדבר]",¹⁴³ שלא כמו קידושי טעות. מכל מקום, במקרים הנדונים בסוגיה – גזל הגר, הקדש וקידושין – אין צורך באומדנא מצד שני הצדדים, כמובא בתוספות הנזכר.¹⁴⁴ ברצוני לעמוד גם על שיטה מורכבת המשלבת את שני היסודות הנזכרים: יסוד הטעות ויסוד התנאי. את השיטה הזאת אימץ להלכה ר' משה פיינשטיין, ולהלן אבחן את אפשרות יישומה בימינו. בתוספות בכתובות מובא דיון דומה לדיון התוספות בסוגיית בבא קמא הנזכר לעיל, אבל עם תוספת קלה. כך מקשים ומתרצים התוספות:

ו**אם תאמר: אם כן, כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה, אנן סהדי [אנו עדים (אומדנא)] שלא על מנת כן לקחה! ויש לומר דהתם [שם] (במקרה של לוקח) אנן סהדי [אנו עדים] שבאותו ספק היה רוצה ליכנס, ואפילו אם אומר לו אם תטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה. אבל הכא [כאן] לא כתב כלל כי אם על מנת לכונסה, ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק.**¹⁴⁵

כלומר, אצל לוקח רגיל איננו יכולים לומר "אדעתא דהכי", שכן אנו מניחים שהוא מקבל עליו את הסיכון שבאובדן המיקח. אולם במקרה הנדון בסוגיה בכתובות, הבעל כלל אינו מוכן ליטול את הסיכון, ולפיכך יש מקום להכריז על המיקח כבטל מעיקרו שכן "אדעתא דהכי" לא התחייב.

143 בבא קמא קי, ע"ב, ד"ה "דאדעתא".

144 במקרי ביטול קידושין בטענת "אדעתא דהכי לא" יש לבחון אפוא אם יש צורך בהסכמה דו־צדדית ואם היא אכן קיימת. וראו להלן.

145 תוספות, כתובות מז, ע"ב, ד"ה "שלא". שני הקטעים המצוטטים להלן לקוחים אף הם ממקור זה. הסוגיה (כתובות מז, ע"א-ע"ב) עוסקת בשאלה אם אישה שהתאלמנה לאחר הקידושין, אך לפני שנישאה, זכאית לתוספת הכתובה שהתחייב לה בעלה או רק לעיקר הכתובה (מאה או מאתיים זוז). לפי ר' אלעזר בן עזריה התחייבות הבעל לתוספת הכתובה חלה רק עם הנישואין ("שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה") ולפיכך האלמנה גובה מהעזבון את עיקר הכתובה בלבד.

אלא שבכך לא תם הדיון. אף אם צד ל"עסקה" – האישה במקרה של יבם מוכה שחין – מוכן היה לקבל עליו את הספק, יש מקום לבחון היבט נוסף: האם אפשר בנסיבות מסוימות לבטל את העסקה והאם יש צורך לשם כך בהסכמתו של צד אחד בלבד או בהסכמת שניהם? במקרה של יבם מוכה שחין, הבעל אדיש לתוצאה, ולפיכך הדבר תלוי באישה בלבד:

אף על גב דבאותו [שבאותו] ספק מסתמא [מן הסתם] היתה נכנסת בשעת קדושין, אומר רבינו יצחק [...] דהואיל ואינו תלוי אלא בנותן, יש לנו ללכת אחר דעתו [היינו, יש ללכת אחר דעת האישה בלבד], וכיון שבו תלוי ודאי, אינו רוצה ליכנס בשום ספק.

במקרה של מיקח וממכר, עם זאת, התמונה שונה:

ולא דמי [ולא דומה] ללוקח חפץ ואירע בו אונס, דלא אמרינן [שאינן אנו אומרים] דאדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח, דאינו [שכן אינו] תלוי בדעת הקונה לבדו, דהא איכא נמי [שהרי יש גם] (דהיינו, יש להתחשב גם ב-) דעת מקנה, שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש.

לפי התוספות, אם כן, בחינת תקפות העסקה כוללת שני שלבים. השלב הראשון הוא השאלה אם "באותו ספק היה רוצה ליכנס". היינו, האם הצד לעסקה, המקבל עליו סיכון מסוים, מעוניין ליטול סיכון זה. בעסקה רגילה הקונה מקבל עליו את הסיכון (ספק שמא תיטרף הבהמה או שמא תמות). אולם אם ניכר שהקונה אינו מעוניין לקבל עליו סיכון זה, אפשר לומר שהעסקה כולה מבוססת על טעות. בעת בחינת שאלת ה"ספק", כמינוחם של התוספות, שמקבל עליו צד אחד של החוזה אין צורך לבחון את עמדת הצד השני; מדובר בביטול בעילת טעות, וכשצד אחד טועה, טעותו היא הרלוונטית והעסקה בטלה. ודוק: הטעות היא בשעת כריתת ההסכם ולא טעות עתידית. כדי לסבר את האוזן: נניח שיש סיכון של שלושים אחוז בעסקת מכר שהבהמה, כלשון התוספות, תמות או תיטרף. הלוקח מקבל עליו סיכון זה, ולפיכך, אם הבהמה נטרפה או מתה – העסקה אינה

בטלה. אולם אם הלוקח אינו מקבל על עצמו את הסיכון, כגון במקרה שמזכירים התוספות: כאשר "לא כתב כלל כי אם על מנת לכוונסה, ואין דעתו כלל להכניס עצמו בספק", העסקה בטלה. באותו אופן נוכל לומר שאם הלוקח הסכים לסיכון מסוים אבל לא היה מודע להיקפו, למשל כשהעריך את הסיכון בשלושים אחוז אבל בפועל הסיכון היה גבוה יותר, אי־אפשר לומר "שבאותו ספק היה רוצה ליכנס", והעסקה בטלה. הטעות היא בשעת העסקה, בהערכת הציפיות לאירוע עתידי מסוים.¹⁴⁶

הסבר זה מגדיר את "אדעתא דהכי" כטעות ומתמודד עם ההשגות על גישה זו. ר' שמעון שקאפ טוען שאי־אפשר להגדיר זאת כטעות, שהרי, כלשונו, "אי אפשר לדעת העתידות". אולם לפי הסברם של תוספות, הטעות אינה בנוגע לעתיד אלא בנוגע למצב העכשווי – טעות בהערכת הספק שאליו נכנס הצד להסכם.

התוספות אינם עוצרים בנקודה זו אלא דנים בהיבט אחר, נוסף, הקושר את טענת "אדעתא דהכי" לתנאי. התוספות מוסיפים שגם כאשר הצד לעסקה (למשל, האישה בקידושין) קיבל על עצמו את הסיכון ("באותו ספק מסתמא היתה נכנסת"), עדיין יש אפשרות לבטל את העסקה בהתרחשות עתידית. באירוסין תלוי הדבר בדעת האישה לבדה (עיינו בתוספות בכתובות ובבבא קמא לנימוקיהם). אולם בעסקת מכר רגילה הדבר תלוי בדעת הקונה ובדעת המקנה כאחד, והמקנה, במקרה רגיל, אינו מסכים לביטול המיקח אלא אם כן הדברים נאמרו במפורש ("לא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש"). מעתה, בנסיבות מסוימות, שבהן ניכר ששני הצדדים מסכימים לכך שתבאנה לביטול המיקח, אפשר יהיה לבטל את ההסכם. אפשרות זו, התולה את ביטול המיקח בדעות

146 להשוואה – במשפט הישראלי אין טענה עתידית מקובלת כעילה שאפשר בעטייה לבטל חוזה, והדגש הוא על טעות במצב העובדות בשעת כריתת ההסכם. עם זאת, יש שביקשו להחיל גם "טעות בכדאיות העסקה" – כשהיא מעבר לסיכון המוסכם בין הצדדים – כעילה שאפשר בעטייה לבטל חוזה. ראו דניאל פרידמן, "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות", עיוני משפט יד (תשמ"ט), עמ' 459-478. הסבר שונה לשיטת התוספות מוצע על ידי בארי (לעיל הערה 126), עמ' 307-308. אציין כי השגותיה על דבריי אינן קשות, אך דיון פרטני בעניין זה חורג מהמסגרת הנוכחית.

הצדדים ומחילה את הביטול במקרה של התרחשות עתידית, מתאימה להגדרות של מושג התנאי.

התוספות יוצרים כאן שיטה מורכבת ומתוחכמת. לפי שיטה זו, לבחינת תקפות העסקה שני שלבים. בשלב הראשון יש לבחון אם מדובר בטעות. טעות תהיה כאשר צד לעסקה לא הסכים לקבל עליו סיכון מסוים. לא מדובר בשאלה עתידית כי אם בבחינת המצב הקיים בשעת יצירת העסקה: האם בשעת יצירת העסקה קיבל עליו הקונה את כל הסיכונים; ה"ספק" בלשון תוספות. ייתכן שגם ר' שמעון שקאפ יודה בכך, שהרי לא מדובר ב"עתידות" כי אם בהווה. בשלב השני, גם אם אנו מניחים שאין טעות ביצירת העסקה, יש לבחון אם קיים תנאי מכללא. תנאי זה מאפשר, בהסכמת שני הצדדים לבטל את העסקה בנסיבות מיוחדות, הגם שבמקרים מסוימים ההסכמה אינה צריכה להיות מפורשת ובמקרים אחרים אף אין בה צורך.

טעות, תנאי ונטילת סיכונים בקידושין: המקרה של יבם מומר

את גישת התוספות אימץ ר' משה פיינשטיין בחידוש על גבי חידוש, הן בהיבט התאורטי הן למעשה.

מעשה ביבמה שבעלה נהרג במלחמת העולם השנייה שבועות ספורים לאחר הנישואין ואחיו היבם קומוניסט ומסרב לחלוץ לה. טוען ר' משה פיינשטיין שאפשר במקרה זה לבטל את נישואיה הראשונים ולפוטרה מחובת ייבום. לדבריו, אף על פי שטענת "אדעתא דהכי לא קידשה עצמה" נדחתה בגמרא בעניין מוכה שחין בהתבסס על סברת "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו", דהיינו חזקה שלפיה אישה מעדיפה להינשא למרות הסיכונים הכרוכים בכך.¹⁴⁷ ואף על פי שמהרא"י איסרליין¹⁴⁸ קיבל עקרונית את טענת "אדעתא דהכי" בנוגע ליבם מומר אבל סירב ליישם את הדברים למעשה, בענייננו יש להכריז על בטלות הנישואין. הרב פיינשטיין מבחין בין מקרה זה למקרהו של יבם מומר רגיל:

147 על "טב למיתב טן דו" ראו לעיל, סמוך להערות 136-137.

148 שו"ת תרומת הדשן, רכג.

אבל בעובדא זו, דמשונה מסתם מעשה נישואין בעולם, דהרי [שהרי] ניסת [נישאה] לו אחרי שכבר היה לו ולה ולהעדים ולכולי עלמא ידוע שהוא צריך לילך לצבא, שהוא ספק גדול שימות, וכיון שיש לו אח זה הרי היה ידוע ממילא שתהא זקוקה ליבם זה באם ימות במלחמה, וכיון שהוא חבר המפלגה וכופר בכל עניני התורה ולא יפטרנה בחליצה [...] וגם כפי שהשיב לה ניכר שהוא בעצמו איש רע ומומר להכעיס ובודאי היתה מכרת אותו [...] ברור לכל שבשביל זמן מועט דימים ואפילו חדשים לא תתרצה שום אשה לינשא אף שטב למיתב טן דו.¹⁴⁹

לפי הרב פיינשטיין, מקרה זה חריג, שכן מדובר בנישואין לפרק זמן קצר ביותר וברי שהאישה אינה מוכנה להינשא בכל תנאי, אף ש(דרך כלל) אומרים "טב למיתב טן דו". משכך, יש להניח שהאישה סברה שלא תהא כבולה בנישואיה:

ולכן, כיון דבעובדא שהיו נישואיה בימים שידעה שאיכא [שיש] ספק גדול שיקחוהו לצבא וימות במלחמה, מוכרחין לומר שלא ידעה שתהא זקוקה ליבם זה ליבום וחליצה, ומחמת שרחוק לומר שלא ידעה שאיכא כלל זיקת יבום וחליצה, שהוא דבר מפורסם אף לנשים ועמי הארץ, היה זה משום שהיתה סבורה שלא נחשב כישראל בזה שנעשה חבר המפלגה, כמו שהוא עצמו וגם העדה מחזיקים אותו נבדל מכלל העדה, שלכן היתה סבורה שאח זה אינו זוקק ליבום, ואילו היתה יודעת שזוקק ליבום לא היתה ניסת גם לאח הכשר בשביל איזה ימים אף כפליים מעשרים יום וגם יותר.

ר' משה פיינשטיין מציג כאן טענת טעות. טעות זו אינה טעות עתידית, שהרי האישה לא הייתה יכולה לדעת שבעלה ימות במלחמה. טעות זו היא טעות בנטילת

149 ר' משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, ז, בני ברק: [חמו"ל], תשמ"ה, אבן העזר, ד, קכא. שלושת הקטעים המצוטטים להלן לקוחים אף הם ממקור זה.

הסיכון: האישה חשבה (בשעת הנישואין) שהיא לא תזדקק לייבום ולחליצה אם ימות בעלה, אולם למפרע התברר שבמקרה זה היא כן תזדקק לייבום. בשל כך, בפרפרזה לדברי התוספות, ברי שבאותו "ספק" לא הייתה רוצה להיכנס. מעבר ליישום טענת הטעות באופן הנזכר מחדש הרב פיינשטיין חידוש נוסף: הטעות אינה בהכרח טעות עובדתית. גם טעות בידיעת הדין נחשבת טעות לעניין ביטול הנישואין.¹⁵⁰ אלא שקשה לומר שהאישה לא ידעה שקיימת חובת ייבום, ולכן צריך לומר "שהיתה סבורה שלא נחשב כישראל בזה שנעשה חבר המפלגה [...] שלכן היתה סבורה שאח זה אינו זוקק לייבום". לשון אחר: היא טעתה בכך שאימצה – כמובן, שלא ביודעין אלא במסגרת התבנית המשפטית שבונה הפוסק – את העמדה ההלכתית הגורסת שאין חובת ייבום כאשר היבם הוא מומר.¹⁵¹

אלא שהרב פיינשטיין אינו מסתפק בטענת הטעות ומוסיף היבט שני:

ומסתבר דאף [שאף] מצד הבעל איכא [יש] אומדנא זו, דגם [שגם] הוא הרי ודאי יודע שבשביל ימים המעטים לא היה מוצא שום אשה בעולם שתנשא, אם לא על תנאי שאם ימות בלא בנים לא קדשה, והוי [ו(הרי) היא] אומדנא הברורה שהוא רק על תנאי משני הצדדין.

הרי לפנינו ניתוח דו-שלבי: ראשית נבחנת דעתה של האישה בעת הקידושין (מהו ה"ספק" שנטלה בעת הנישואין), וכאן מוצא הרב פיינשטיין שהיו אלו קידושי

150 בית הדין לענייני עגונות שייסד הרב רקמן בארצות הברית ביקש לבסס את טענת הטעות בין השאר על הרחבת המושג טעות גם לטעות בדין, בהתייחס להיבטי הקניין שיש בנישואין כדת משה וישראל. אבל קשה להסתמך על כך לצורך ביטול נישואין, שכן בני הזוג נישאים ומסכימים לכך בלי לדקדק במשמעויות המשפטיות-פורמליות של הקידושין. ראו Bleich (לעיל הערה 136), עמ' 108-116. בענייננו, עם זאת, מדובר בטעות קונקרטית בדין מסוים, וכאן בהחלט אפשר לומר – כסברת הרב פיינשטיין – שזו טעות אפשרית בעניין העומד ביסוד הנישואין, ולפיכך טעות זו משמשת עילה לביטול הנישואין.

151 זו עמדת הגאונים. על עמדת הגאונים בדין יבם מומר ראו שו"ת תרומת הדשן, רכג. עמדה זו נדחתה מההלכה, שכן, כדברי רש"י בתשובה (שם), "אע"פ שחטא, ישראל הוא לכל דבר ודבר, וקידושיו קידושין, גם לחלוץ גם לייבם".

טעות. אף שטיעון זה מספיק, מוסיף הרב פיינשטיין גם את השלב השני – בחינה אם יש תנאי מכללא בין הצדדים: "ומסתבר דאף מצד הבעל איכא אומדנא זו [...] והוי [ו]הרי היא] אומדנא הברורה שהוא רק על תנאי משני הצדדין".

יש בתשובה זו חידוש מרעיש: ר' משה פיינשטיין מיישם את העיקרון "אדעתא דהכי לא קידשה עצמה" כלפי אירוע עתידי שאיננו בשעת הנישואין. וחידוש על גבי חידוש: מתוך היישום נלמד גם שאפשר להחיל במקרה שכזה לא רק את עקרון הטעות – שאותו יישם הרב פיינשטיין גם בהקשרים אחרים, אולם כאן הוא מיישמו בדרך חדשנית, כטעות בידיעת ההלכה וכטעות בהבנת הסיכון העתידי – אלא גם ביטול עקב תנאי בקידושין.

הנמקותיו של ר' משה פיינשטיין בהירות ומשכנעות אבל מעוררות קושי כבד. הרי שני טיעונים אלו סותרים את עצמם: אם האישה סברה שאינה חייבת בייבום, הכיצד אפשר לראותה כמי שהעמידה תנאי המבטל את הקידושין במקרה שבו תתחייב בייבום? משיב הרב פיינשטיין:

ופשוט שאף אם זה שניסת [שנישאה] לו בסתם ולא התנו כלום היה משום שלא ידעו שאיכא [שיש] זיקת יבום וחליצה כלל, ולא משום שידעו מעניני תנאים, נמי [גם] בטלו הקידושין כידעו [כאילו ידעו] מדיני תנאים, דאין לנו צורך שידעו דינים אלא שלא היה רצון להתקדש ע"ד [על דרך] זה שתצטרך באם ימות חליצה מאיש זה, שאם הוא באופן אנן סהדי [עדים אנו] ברור, נחשב כהתנו ובטלו, דהא [שהרי] בעובדות דאיתא [שיש] בגמרא באומדנות בכל מקום לא הוזכר חלוק בין אינשי דעלמא [אנשים סתם] לתלמידי חכמים.

במילים אחרות, מדובר במהלכים פרשניים שהפוסק נוקט כדי להצדיק את ביטול הנישואין. מנקודת מבטם של בני הזוג, די בכך שהם אינם מעוניינים להינשא באופן שבו האישה תזדקק לייבום – מצב שתוצאתו עיגונה הממושך. מלאכת ההכרעה היא של הפוסק, לפי כוח דהיתרא, וכפי שמציין הרב פיינשטיין בצער בסיום תשובתו: "וחבל על שלא מצאה בבוכארא שם ב"ד [בית דין] גדול שידעו להתירה".

לסיכומם של דברים, תבניות הלכתיות אחדות מאפשרות לבטל נישואין על סמך התפתחות עתידית שלא נצפתה בזמן הנישואין. בין שתי האפשרויות

הדיכוטומיות, טעות ותנאי, עומדת גישה משלבת. הגישה המשלבת בהירה ופשוטה; היא שומרת הן על עקרון ה"טעות" הן על עקרון ה"תנאי", אבל מצליחה ליישם במקרה של אירוע עתידי שלא התקיים בשעת העסקה. גישה זו אומצה על ידי הרב פיינשטיין לענייני נישואין וגירושין בנוגע ליבם מומר.¹⁵² לטענת הרב פיינשטיין, האישה לא צפתה את האפשרות (העתידית) שתזדקק לייבום. אבל כיוון שהדבר קרה עקב טעות (עכשווית) שלה בהבנת הדין (שכן סברה שיבם מומר אינו חייב בייבום), הקידושין הם קידושי טעות. בה בעת גם האישה וגם הבעל הסכימו ביניהם (בתנאי מכללא) שבמקרה שבו תתחייב האישה בייבום, הקידושין בטלים מעיקרם, ולפיכך, שוב, קידושיה בטלים.

האם אפשר להשתמש בדוקטרינות אלו למעשה? ואם כן – מהו מרחב השימוש בהם? האם אפשר להתבסס עליהן לכל הפחות במצבים קשים כגון, למשל, כאשר האישה סובלת מאלימות קשה מצד הבעל שהלכה והתפתחה ברבות השנים?

לאור הדברים כאן יש מקום לומר שהתשובה חיובית, אולם היא תלויה בנסיבות של כל מקרה ומקרה ומסורה להחלטת הפוסקים והדיינים העוסקים בו. ההצדקה לביטול הקידושין אפשרית אם יוכח שהאישה לא הייתה מודעת לפוטנציאל האלימות הטמון בבעל, כגון כאשר לא ידעה על רקע אישי או נפשי שלפי גורמי מקצוע עלול להגביר את סכנת השימוש באלימות. האלימות במקרה כזה התפתחה אמנם בשלב מאוחר, אבל האישה יכולה לטעון ש"באותו ספק לא הייתה רוצה להיכנס", ולפיכך "אדעתא דהכי לא קידשה עצמה". יודגש שהתקדים שהבאתי כאן ובסיסו התאורטי אינם מוחלטים. ואף על פי כן הם מעניקים להלכה היהודית את הכלים הדרושים לביטול חד-צדדי של הנישואין במקרים מסוימים.

152 חשוב לומר שהרב פיינשטיין עוסק בעגינותה של יבמה, שחומרתה פחותה כמובן מאיסור אשת איש. ברם עקרונות אלו נכונים באותו אופן גם בנוגע לנישואין (אף כי, כאמור, ההכרעה למעשה אינה אלא בידי הדיין).

פרק חמישי

גירושין ללא אשם במסורת היהודית, הלכה למעשה

בפרקים הקודמים הצבתי תשתית משפטית-פוזיטיבית ליישום הזכות לגירושין בהלכה. בפרק זה אציג שתי דוגמאות ליישום מרחיק לכת ומרתק של זכות זו במסורת היהודית. שתי הדוגמאות מתייחסות למסורות מן העבר אשר, בהתבסס על היסודות ההלכתיים שנזכרו לעיל, עיצבו דרכים למימוש גורף של הזכות לגירושין. האחת – מסורת הגאונים – התבססה על הלכת מורדת; השנייה – מסורת ארץ ישראל – התבססה על מנגנון התנאי. שתי המסורות הללו עומדות בזיקה גם להפקעת קידושין, שלדעת כמה מפרשים נותנת את הבסיס ההלכתי הדרוש ליישומן.

שתי מסורות אלו ממחישות כיצד הכלים ההלכתיים המתוארים לעיל מקבלים ביטוי הלכה למעשה. גם אם המסורות הללו אינן יכולות לשמש מקור הלכתי-משפטי במובן המקובל של הדברים (מסורת הגאונים נדחתה, פורמלית, מן ההלכה, והמסורת הארץ-ישראלית איננה מסורת הלכתית קלסית), יש בהן כדי ללמד על הפוטנציאל הטמון במקורות ההלכתיים למימוש הזכות להתגרש. בכך הן משמשות השראה וסמן דרך בבואנו לבחון את יישום זכות זו בהלכה, בפרט בימינו (כפי שנראה בפרק החותם את הדיון).

מסורת ארץ ישראל: הסכמה מוקדמת לגירושין ללא אשם

מהי מסורת ארץ ישראל? הגניזה הקהירית – האוסף רב החשיבות של תעודות משפטיות, הלכתיות היסטוריות ואחרות – מגלה לנו טפח מהעולם ההלכתי-משפטי של הנישואין והגירושין שרווח בקרב יהודי מצרים וארץ ישראל.¹⁵³

153 את הנישואין והגירושין במסורת הגניזה חקר לעומק מרדכי ע' פרידמן. ראו Friedman (לעיל הערה 29). לדיון בזכות לגירושין ראו שם, כרך I, עמ' 312-346.

בכתובות אחדות מן הגניזה, המתוארכות למאות העשירית והאחת עשרה לספירה, מופיעות התניות דוגמת זו:

ואין הדה עזיזה כלתה תסני להדן מבשר בעלה ולא תצבי בשותפותיה [ואם עזיזה, כלה זו, תשנא לזה, מבשר (שם הבעל) בעלה, ולא תרצה בשותפותו] [...] ונפקה על פום בית דינה ועל דעתיהון [ותצא על פי בית הדין ועל דעתם].¹⁵⁴

וכן:

ואן הדה רחל כלתא תשנא להדן נתן בעלה ולא תרצי בשותפותיה [ואם רחל, כלה זו, תשנא לזה, נתן בעלה, ולא תרצה בשותפותו] תהוה מאבדה מאוחר מהרה ותיסוב מה דאעלת ולא תהוה נפקא אלא על פי בית דינא [תאבד (היינו, תפסיד) את המוהר ה"מאוחר" ותיטול מה שהכניסה (לבית בעלה בנישואיה)], ולא תהא יוצאת אלא על פי בית הדין].¹⁵⁵

התניות דומות נעשו גם מצד הבעל, ואף הן אפשרו לו לגרש את אשתו במקרה של "שנאה".

כתובות אלו מצביעות על פרקטיקה מרתקת: בני הזוג התנו ביניהם בשעת הנישואין שבמקרה שמי מהם יחפוץ בגירושין ("שנאה") ולא יהיה מעוניין עוד בנישואין ("שותפות"), הוא יהיה זכאי להתגרש.

כיצד מתבצעים הגירושין? יש הגורסים שבאמצעות בית הדין. כלומר, בית הדין הוא הקובע בקביעה שיפוטית קונסטיטוטיבית שהנישואין מותרים ושבני הזוג רשאים להינשא לאחרים. תפיסה זו מסתייעת בלשון תנאי הכתובה המציין את תפקידו של בית הדין: "ונפקה על פום בית דינה"; "ולא תהוה נפקא

154 שם, כרך II, עמ' 9, כתובה מס' 1, שורות 23-24 (התרגום מארמית לעברית שלי).

155 שם, עמ' 41, כתובה מס' 2, שורות 33-34.

אלא על פי בית דינא".¹⁵⁶ תבנית זו דומה להפקעת הקידושין המוכרת במקורות התלמודיים, אשר יש המבקשים ליישמה גם בימינו, כפי שראינו לעיל.¹⁵⁷ אם נאמץ פירוש זה, תהיה לדברים משמעות דרמטית. ממצאי הגניזה מלמדים אותנו על מסורת חיה שפעלה בנקודת זמן היסטורית מוגדרת ויישמה הלכה למעשה, ובצורה מרחיבה, את עקרון הפקעת הקידושין. שהרי ההפקעה משמשת כאן תחליף לגט, כאשר יש הסכמה מוקדמת (משעת הנישואין) של בני הזוג, ומכוחה.

ברם לטעמי פרשנות זו אינה מסתברת. גירושין באמצעות גט הניתן מהבעל לאישה מקובלים מימי חז"ל, בבבל ובארץ ישראל כאחת. אכן יש חריגים דוגמת מקרי הפקעת הקידושין הנזכרים, אולם קשה להניח שמסורת מבוססת ונפוצה כל כך, כזו העולה מכתובות הגניזה, תנקות דרך שונה בלא שפולמוס נוקב – ולכל הפחות דיון ער – יתעורר בעניין.¹⁵⁸ אני סבור לפיכך שהפרוצדורה שבה נעשו הגירושין, גם בכתובות הגניזה, הייתה הפרוצדורה המקובלת – גירושין באמצעות גט. עם זאת כשנתבקשו הצדדים לקיים את התנאי, ניתן הגט בכפייה, כשהיה צורך בכך, בהתאם להוראת בית הדין (להבדיל מההסבר הראשון, שלפיו תנאי הכתובה אפשר להפקיע את הנישואין לפי החלטת בית הדין, ובלא גט). כך, תנאי הכתובה אפשרו להחיל את העיקרון "כופין אותו עד שאומר רוצה אני" גם בלא עילה מוגדרת אלא לפי דרישת האישה.

גם לפי פרשנות זו יש למסורת הגניזה חשיבות מרובה. אמנם היא אינה מלמדת על ביטול נישואין בלא גט, אולם היא כן מלמדת על אפיק אחר, המאפשר גם הוא גירושין ללא אשם – כפיית גט. כך עומדת מסורת זו בזיקה

156 ראו שם, עמ' 336, הערה 78. זו הייתה עמדתו הראשונית של פרידמן, אבל בהמשך הוא חזר בו (ראו שם); Jackson (לעיל הערה 11), עמ' 161–162; Bernard S. Jackson, *Agunah: The Manchester Analysis*, Liverpool: Deborah Charles, 2011 (*Agunah Research Unit*, vol.1), pp. 85–98

157 ראו לעיל, בפרק "הזכות לגירושין – כלים משפטיים (ב): הפקעת קידושין".

158 להרחבה ראו Avishalom Westreich, "Divorce on Demand: The History, Dogmatics, and Hermeneutics of the Wife's Right to Divorce in Jewish Law," *Journal of Jewish Studies* 62 (2011), pp. 347–354

לתפיסה הכופה גט בדין מורדת (תפיסה שאת יסודותיה התלמודיים ראינו לעיל¹⁵⁹ ושביישומה המעשי אעסוק להלן).

יש להדגיש שחילוקי הדעות באשר לפרוצדורה אשר בה נעשים הגירושין – כפייה, לפי העמדה המובעת כאן, או הפקעה – אינם משקפים חילוקי דעות באשר לטיב משטר הגירושין הנקוט כאן ובאשר למהות מוסד הנישואין הנגזרת מכך. בין שמדובר בהפקעה בין שמדובר בכפייה, זהו מוסד נישואין שוויוני למדי, שהיציאה ממנו נתונה לבחירת בני הזוג באורח חד-צדדי: כאשר הבעל מבקש לגרש את אשתו או כאשר האישה מבקשת להתגרש מבעלה, ניתנת להם הזכות לכך מכוחן של התניות אלו ובית הדין אמון על ביצוע הדברים. אכן, גירושין לפי דרישה במסורת היהודית.

לא מדובר בנוהג שהתחדש בתקופת הגניזה, מעין אירוע קצר במהלך ההיסטוריה היהודית. אדרבה, מדובר במסורת ארץ-ישראלית ארוכת שנים. מהתלמוד הירושלמי משתמע שגם הוא, מאות שנים קודם זמנן של כתובות הגניזה הנזכרות, הכיר התניות אלו וראה בהן נוהג לגיטימי, אולי אפילו מקובל. בתלמוד הירושלמי מובא כדלקמן:

אמר רבי יוסה: אילין דכתבין "אין שְנָא", "אין שְנָאת" [אלו הכותבים "אם שְנָא", "אם שנאה" (דהיינו, אם הבעל ישנא את האישה או אם האישה תשנא את הבעל)], תניי [תנאי] ממון [הוא] ותניין [והתנאי שלהם] קיים.¹⁶⁰

רבי יוסה מעניק לגיטימציה לתנאי המתקיים במקרה שבו בני הזוג "שונאים" זה את זה. קרוב לוודאי שה"שנאה" בין בני הזוג נאמרת בקשר לגירושין, ולפיכך משמעותה של פסוקית התנאי היא: אם אחד מבני הזוג יחפוץ להתגרש מרעהו.¹⁶¹

159 ראו לעיל, בפרק "הזכות לגירושין – כלים משפטיים (א): הלכת המורדת".

160 ירושלמי, כתובות ה, ז, ל ע"ב. המילים "שְנָא" ו"שְנָאת" הן בעבר, אולם עניינן בצורת התנאי הוא בעתיד. (בניקוד קטע זה ובתרגומו התייעצתי עם יוחנן ברויאר, עם גיא דרשן ועם מרדכי ע' פרידמן, ואני מודה להם על עזרתם.)

161 ראו Friedman (לעיל הערה 29), עמ' 314-315, הערה 10. כפי שפרידמן מציין, ה"שנאה" במובן של חוסר באהבה המביא לגירושין משמשת לא רק בתנאי שבירושלמי אלא גם

תנאי זה תקף משום שמדובר בתנאי שבממון, ותנאי שבממון אינו בבחינת "מתנה על מה שכתוב בתורה".

אולם פסוקית התוצאה שבתנאי חסרה, ולפיכך לא ברור למה התנאי מתייחס – אם רק להיבטים ממוניים מובהקים (למשל, התניית בני הזוג שתהליך ההפחתה מן הכתובה לפי דין המשנה במורדת לא יחול עליהם) או שמא גם לעיקר הנישואין, בכך שהוא מאפשר לכל אחד מן הצדדים לדרוש גירושין במקרה של שנאה. שאלה זו תקבל מענה ממקור אחר.

בסוגיה אחרת, המופיעה בהמשך הירושלמי,¹⁶² נזכר תנאי הדומה לתנאי של רבי יוסה. פלוני נישק אישה נשואה ("מעשה באחד שראו אותו נותן את פיו על פיה שלה"), ומעמדה של זו נדון כעת בידי האמוראים. אמוראי הירושלמי הנזכרים בסוגיה אינם מתייחסים אל האישה כאל סוטה – קביעה שמשמעה שבעלה חייב לגרשה והיא מפסידה את כתובתה – אלא רואים בכך מקרה של "שנאה". בהתאם לכך הם נותנים תוקף לתנאי המופיע בכתובתה של האישה: "אין הדא פלנית [אם פלונית זו] תסבי¹⁶³ [תשנא] להדין [לזה] פלוני בעלה ולא תיצבי בשור-פותיה¹⁶⁴ [ולא תחפוץ בשותפותו (דהיינו, בהמשך הנישואין)] תהוי נסבה פלגות פרן [תהיה נוטלת חצי כתובה]". האמוראים שדנו במקרה זה עסקו בעיקר בהיבטים הממוניים של התנאי הנזכר בכתובה, דהיינו, בשאלה אם האישה זכאית לקבל לפחות חצי מכתובתה. ברם היבטים ממוניים אלו היו מלווים בגירושין, גירושין שכפי הנראה התקיימו גם אם נדרשו באופן חד-צדדי בידי האישה. טיעון זה מתבסס על המשפט בתנאי הכתובה "ולא תיצבי בשותפותיה", שמשמעותו היא שלא אישה שמורה הזכות לא לרצות עוד בנישואיה לבעלה. במקרה זה, התוצאה כפיית הבעל לגרש את אשתו.

אני סבור שכפיית הגט במקרים אלו, אף שהייתה חלק מתנאי הכתובה, לא שאבה את עיקר כוחה מהתניית בני הזוג. כפיית הגט התבססה בעיקרה על

בשטרי נישואין בעלי קרבה למסורת זו, החל במסמכי יב וכלה בכתובות מן הגניזה.

162 ירושלמי, כתובות ז ו, לא ע"ג.

163 צריך להיות: "תשני" (או: "תסני", "תשנא"). ראו שאול ליברמן, הלכות הירושלמי לרבינו משה בן מיימון ז"ל מעצם כי"ק ז"ל, ניוארק: בית המדרש לרבנים שבאמריקה, תש"ח, עמ' סא, בהתבסס על נוסחאות הרמב"ם, האור זרוע והמאירי.

164 צריך להיות: "בשותפותיה". ראו ליברמן, שם.

הלכת מורדת, הרואה את הכפייה כלגיטימית במקרים כאלו. תפיסה זו מצויה גם בירושלמי. הירושלמי הוא המזכיר את הלכת מורדת, מתוך ציון מפורש למדי שבסופה זכאית האישה לגט:¹⁶⁵ "והיא שוברת כתובתה ויוצאה".¹⁶⁶ עם זאת, הזכות להתגרש נרשמה במפורש בתנאי הכתובה, כחלק מהנוהג הארץ-ישראלי לרשום תנאים מסוג זה אף שאין בכך צורך פורמלי ("תנאי בית דין", תנאים קוגנטיים, שאף אם לא נרשמו בכתובה, הצדדים כפופים להם).¹⁶⁷ מכל מקום, לענייננו הדברים חשובים בכל הקשור לכוח ההלכתי ליזום גירושין חד-צדדיים, בין שהבסיס הפוזיטיבי לכך הוא דין מורדת בין שמדובר בתנאי בקידושין. כתובות הגניזה מלמדות אפוא על נוהג מעשי להסדיר גירושין ללא אשם באמצעות התניה מקדימה של בני הזוג – התניה שנרשמה בכתובה. לנוהג זה בסיס קדום במקורות. כך הוא בסוגיות הירושלמי שראינו לעיל. למעשה מדובר במסורת עתיקת יומין שנכחה בארץ ישראל בתקופות הנזכרות אבל קשורה למסורות דומות במקומות ובזמנים קדומים יותר (כגון בקרב יהודי יב).¹⁶⁸

מסורת בבלי: גירושין ללא אשם – עילת המורדת

רב שרירא גאון מתאר את התפתחות הלכת מורדת כך:

כך ראינו: ששורת הדין היתה מעיקרא שאין מחייבין את הבעל לגרש את אשתו אם בקשה גירושין [...] ואחר כך התקינו תקנה אחרת, שיהו מכריזין עליה ארבע שבתות זו אחר זו [...] ואף על פי כן לא היו מחייבין את הבעל לכתוב לה גט [...] והתקינו שמשהין אותה כשתובעת גירושין שנים עשר חדש, שמא יתפייסו, ואם לא יתפייסו לאחר שנים עשר חדש כופין את הבעל וכותב לה

165 ירושלמי, כתובות ה ז, ל ע"ב.

166 ראו לעיל, סמוך להערות 27-33.

167 ראו Avishalom Westreich, *Talmud-Based Solutions to the Problem of the Agunah*,

Liverpool: Deborah Charles (Agunah Research Unit, vol. 4), 2012, pp. 30-31; וכן

Friedman (לעיל הערה 29), עמ' 15-18, 330.

168 ראו Friedman, שם.

גט. ואחרי רבנן סבוראי [...] תקינו [...] וכופין אותו וכותב לה
גט לאלתר ויש לה מנה מאתים. ובזאת אנו מתנהגין היום כשלש
מאות שנה ויותר. אף אתם עשו כן.¹⁶⁹

רב שרירא מעיד שמנהג יהודי בבל (ואולי אף מחוץ לבבל) הוא לכפות גט ולצמצם
את הסנקציות הכלכליות המוטלות על האישה כשהיא תובעת, חד-צדדית,
גירושין ("מורדת"), מכוח תקנת הסבוראים ובהתאם לתקנות הגאונים השונות.¹⁷⁰
מסורת הגאונים, שעל פי עדותו של רב שרירא נהגה מאות בשנים, היא
אפוא לאפשר גירושין בלא אשם. ביסודות הפוזיטיביים של הלכת מורדת,
בדחייתה הגלויה ובאפשרויות שמותירה ההלכה ליישומה גם כיום עסקתי
בהרחבה לעיל.¹⁷¹ כאן אבחן את השאלה כיצד יושמו הדברים בפועל, ובפרט –
האם נזקקו הגאונים להפקיע את הקידושין.
רבנו אשר בן יחיאל, הרא"ש, מקשר בין דין הגאונים לבין הפקעת קידושין.
כך הוא מתאר את עמדת הגאונים:

ותקנו שיגרש האיש את אשתו בעל כרחו כשהיא אומרת לא
בעינא ליה לגבראי [אינני מעוניינת בבעלי] [...] וסמכו על זה: כל
המקדש אדעתא דרבנן מקדש, והסכימה דעתם להפקיע הקידושין
כשתמרוד האשה על בעלה.¹⁷²

הגאונים, לפי הרא"ש, התבססו על הפקעת קידושין, וכך יכולים היו לכפות על
האיש לגרש את האישה בעל כורחו. חוקרים מסוימים קיבלו תיאור זה וייחסו
לגאונים תפיסה המיישמת את עקרון הפקעת הקידושין.¹⁷³

- 169 תשובות הגאונים (שערי צדק), חלק ד, שער ד, סימן טו.
- 170 על מגוון תקנות הגאונים ראו אצל ברודי (לעיל הערה 40) ואצל Friedman (לעיל הערה 29).
- 171 ראו בהרחבה לעיל, בפרק "הזכות לגירושין – כלים משפטיים (א): הלכת המורדת".
- 172 שו"ת הרא"ש מג, ח.
- 173 ראו למשל Broyde (לעיל הערה 136), עמ' 19-20, 60-61, והערה 3 בעמ' 160.

תפיסה זו אפשרית, שכן הגאונים הכירו את מושג הפקעת הקידושין ואף עשו בו שימוש. כך בתשובת הגאון שלהלן, בנוגע להוראה לערוך את טקס הקידושין לפי מנהג הגאונים, שחריגה ממנה, לפי התשובה, תביא להפקעת הקידושין:

ותיקן להן זקינו מרנא ורבנא יהודה גאון, שלא יקדשו אלא כסדר
בבל בכתובה וחתם ידי עדים וברכת אירוסין. וכל שאינו כסדר
הזה, תיקן להן שאין חוששין לו, כדאמרין: "כל דמקדש אדעתא
דרבנן קמקדש ואפקיענהו רבנן לקידושי מיניה". אף אתם ראויים
לסלק [להנהיג] מנהג כזה.¹⁷⁴

התפיסה המתוארת קושרת בין מסורת הגאונים לבין הפקעת קידושין. ואולם המקורות, לטעמי, אינם תומכים בקישור זה. הלכת המורדת התלמודית מעניקה בסיס פוזיטיבי מספק להנהגת גירושין בכפייה, ופשט דברי הגאונים הוא שמסורתם מתבססת, לעניין כפיית הגירושין, על מקור זה. תביעת גירושין חד-צדדית גוררת אם כך גירושין באמצעות גט הניתן בכפייה. את הפקעת הקידושין הנזכרת בדברי הרא"ש יש לראות כניסיון מאוחר להצדיק את עמדת הגאונים לאור ביקורתו של רבנו תם, ששלל את סמכות הגאונים לכפות גט.¹⁷⁵

לשאלה כיצד נהגו הגאונים ועל מה ביססו את עמדתם יש חשיבות גם לזמננו, הן בנוגע לכפיית גט הן בנוגע להפקעת קידושין. בנוגע לכפיית גט יש לראות את מסורת הגאונים כמתבססת על היסודות הפוזיטיביים שבתלמוד הבבלי. מעתה, בראיית הגאונים, אין מקום לביקורתו של רבנו תם, שהרי לא הם שחידשו את הכפייה אלא זו נקבעה בידי הסבוראים¹⁷⁶ והוזכרה במפורש בחתימת הסוגיה התלמודית. שקילת אפשרויות הכפייה כיום על כפות המאזניים צריכה

174 רב האי גאון, אוצר הגאונים, כתובות ג ע"א.

175 לעיל, סמוך להערות 44-45.

176 בהתאם לדברי רב שרירא גאון, המצוטטים לעיל, סמוך להערה 169. לטעמי, כפי שהוצג לעיל, בפרק "הזכות לגירושין – כלים משפטיים (א): הלכת המורדת", אפשר למצוא לכך יסודות קדומים עוד יותר. ראו שם.

אפוא להיעשות לא מתוך התמקדות בסמכות הגאונים לתקן כפיית גט (כפי שטען רבנו תם), אלא מנקודת המבט של פרשנות הסוגיה התלמודית. בנוגע להפקעת קידושין – זו הייתה מוכרת לאור האמור על ידי הגאונים, אבל הם לא התבססו עליה לצורך הלכת מורדת. מעתה, גם אם נדחה את הלכת הגאונים במורדת, אין מתחייבת מכך דחיית אפשרות הפקעת הקידושין. הרב אוריאל לביא, בביקורתו על הצעת הפקעת הקידושין של פרופ' ברכיהו ליפשיץ, טוען שמאחר שהראשונים שללו את עמדת הגאונים, ממילא הם שללו גם את אפשרות הפקעת הקידושין.¹⁷⁷ אולם דברים אלו אינם מבוססים. שילוב הפקעת הקידושין הוא חידושו של הרא"ש, אנכרוניסטי במידה רבה, שנועד להתמודד עם ביקורתו של רבנו תם. הגאונים, וגם רבנו תם, עסקו בשאלת כפיית הגט בלא שעוררו את הסוגיה של הפקעת הקידושין. וממעשה לתאוריה. שתי הדרכים הללו – כפיית גט והפקעת גירושין – חוזרות ועומדות לפנינו ובלי משים מוליכות אותנו לדון בתפיסת הגירושין המניעה אותן. אלא שאין זה דיון תאורטי גרדא כי אם תשתית הכרחית לקראת הדיון באפשרות של מימוש דרכים אלו במציאות של ימינו. כפי שראינו, היישום המעשי של דרכים אלו ודומותיהן אפשרי מנקודת מבט פוזיטיבית והתקיים בעבר, אף כי אינו חף מקשיים. האם ניתן לראותו כרלוונטי גם בעבורנו?

177 ראו מאמריו של לביא (לעיל הערה 106).

פרק שישי

אחרי המעשים נמשכים הלבבות, או: האם קיימת בהלכה זכות לגירושין?

תנאי כתובה וכפיית גט: ליברליזם או אילוץ?

הדיון בחיבור זה מתמקד בשאלה אם מות הנישואין מצדיק כפיית גירושין. מדובר במקרים שבהם חיי הנישואין של בני הזוג אינם מתקיימים עוד עקב קרע ביניהם שאינו ניתן לאיחוי. צד אחד מבקש גירושין, אולם הצד השני מסרב ממגוון סיבות שנקל לראותן כבלתי מוצדקות: ניסיון להשיג הישגים כלכליים במשא ומתן על הגירושין, החזקת הילדים או נקמנות גרדא. התביעה היא לגירושין "ללא אשם", אבל מעמדת מוצא מתונה יחסית, המבקשת להכיר בתביעה שכזו במקרה של שבר בחיי הנישואין שאינו ניתן עוד לאיחוי.¹⁷⁸ מצבים אלו הם מצבים טיפוסיים של מקרי סרבנות גט הנדונים חדשים לבקרים בשיח האקדמי והציבורי במדינת ישראל ובעולם היהודי. אולם מנקודת המבט ההלכתית, ההכרה בזכות לגירושין במצב כזה אינה מובנת מאליה.

כפי שצינתי בפרק הפתיחה, המשנה (כתובות ז, י) מפרטת כמה מקרים שבהם כופים את הבעל לתת גט: "ואלו שכופין אותו להוציא: מוכה שחין ובעל פוליוס והמקמץ והמצרף נחושת והבורסי". אף שמקרים אלו הורחבו מעט בספרות הפסיקה, הם משקפים, כאמור, עמדה המצדיקה כפיית גט רק במצבים מסוימים, שבהם קיימת אשמה או כשישנה עילה מוגדרת המצדיקה גירושין. אולם כפי שהראיתי בפרקים הקודמים, ההלכה מעניקה כלים שבאמצעותם יכול כל אחד מבני הזוג – גם האישה – לממש את אפשרות הגירושין (או ביטול הנישואין ללא גירושין, דוגמת הפקעת קידושין) לפי דרישתו. הראיתי גם שפרקטיקות אלו יושמו למעשה, והדגמתי זאת בשתי מסורות הלכתיות שבהן באו הדברים לידי ביטוי מובהק. פוסקים ודיינים בני זמננו אימצו אף הם

178 ראו לעיל, סמוך להערות 2-6, ולהלן.

עמדה זו או עמדות דומות שעל פיהן יש תמיכה בגירושין בכפייה במקרים של מות הנישואין (ולכל הפחות – חיוב בגירושין).¹⁷⁹ בהשוואה לשיטות המשפט המערביות, עמדות אלו משקפות מדיניות מתונה של "גירושין ללא אשם": אין מדובר בגירושין על פי דרישה כי אם בגירושין במצב שבו קשר הנישואין חדל מלהתקיים, אפילו אם אין הדבר באשמת מי מבני הזוג. אף כי שיטות המשפט המערביות הולכות ומתרחקות מעמדה מתונה זו ונוטות לכיוון הרדיקלי של גירושין לפי דרישה, גם ללא אינדיקציה ממשית לכך שיש בחיי הנישואין שבר שאינו ניתן לאיחוי, יש במסגרת המחשבה הליברלית תמיכה גם בכיוון המתון, ברוח תפיסת המקורות הנזכרים.¹⁸⁰

ואולם מה מסתתר מאחורי הדברים? האם אכן המסורות והמקורות ההלכתיים המתוארים נובעים מעמדה עקרונית המכירה בזכות לגירושין במובן שיש בו מכנים משותפים עם תפיסות מודרניות של זכות זו? התשובה, כטיבה וכטבעה של ההלכה, מורכבת.

בפתיחת הדברים אעיר שבמקרים קיצוניים, שבהם הפגיעה בפרט ממושכת ומשמעותית – דוגמת מקרה היבם המומר – ההצדקה לגירושין (או התרת הנישואין) ברורה ומוסכמת יותר, והקושי מתמקד בתבנית ההלכתית שתאפשר זאת (ראו לעיל בפרק הרביעי). מקרים אלו הולכים ומתקרבים למקרי עגינות טיפוסיים (כגון כשלא ידוע אם הבעל בחיים או כשהוא נעשה צמח), שבהם מתקיים פירוד ממושך בלא שהבעל יכול, מעשית או משפטית, לגרש את אשתו ואשר לגביהם התוותה ההלכה התלמודית את העיקרון המנחה של "משום עיגונא אקילוא בה רבנן" (משום עיגון הקלו בה חכמים).¹⁸¹ ברם הדיון כאן רחב יותר. ענייני הוא בהצדקה למימוש תביעת הגירושין כאשר לפחות מבחינה טכנית אפשר עדיין לקיים את הנישואין אולם אחד הצדדים דורש להיפרד מבן או בת הזוג עקב מות הנישואין, והשאלה העומדת על הפרק היא אם אפשר, וראוי,

179 ראו להלן. וכן ראו לעיל, סמוך להערות 46-56, בדיון בחיוב בגירושין במקרה של "מאס עלי".

180 ראו ליפשיץ, "ברצוני להתגרש" (לעיל הערה 4), עמ' 701-711, 735-740.

181 גיטין ג, ע"א; ועוד. ראו על כך יהודה ברנדס, "עגונות: עקרונות על בהלכה", אקדמות יח (תשס"ו), עמ' 55-72.

להשתמש בכלים שההלכה מעניקה. במילים אחרות: האם נכון לראות במצבים אלו מצבי עגינות המצדיקים פתרון הלכתי?¹⁸²

דווקא המסורת הפחות ידועה מאלו שנסקרו כאן, מסורת תנאי הכתובה הארץ-ישראלית, מספקת תשובה חד-משמעית לשאלה. בכתובות שתיארתי קודם לכן חוזר כחוט השני המונח "שותפות": "ולא תצבי בשותפותיה", "ולא תרצי בשותפותיה", ועוד.¹⁸³ הגדרת הנישואין כשותפות מסמלת נקודת מבט שוויונית בין בני הזוג – הצהרתית ומעשית – ומעידה על היחס למוסד הנישואין כאל מוסד שעיקרו שותפות חיים בין הבעל לאשתו ובין האישה לבעלה. כך מתאר מרדכי עקיבא פרידמן את ה"שותפות" שבמסורת הארץ-ישראלית:

"שותפות" מציינת כאן [בתנאי הכתובה] בבירור "נישואין", בדומה ל[ארמית ה]סורית. מונח קולע זה מתאים במיוחד בתנאי, המתאר איש ואישה כשותפים שווים בעניין הנישואין, כאשר כל אחד מהם יכול לצאת מן השותפות כרצונו.¹⁸⁴

שותפות זו מושתתת על בסיס חוזי, הסכם בין בני הזוג בנוגע לטיבו של מוסד הנישואין ובנוגע להשלכותיו: מתוך השותפות צומח מנגנון ה"שנאה", המאפשר גירושין ללא עילה. שהרי האישה אינה נדרשת להוכיח את "שנאתה" ובוודאי אינה נדרשת לבססה בעילות מוגדרות, וקרוב לומר ש"שנאה" משמשת כמונח טכני, שעיקרו הרצון להיפרד.

182 המינוח כאן משמעותי. המצדדים בזכות לגירושין במקרה כזה יראו בדברים מצב של עגינות. מונח זה טומן בחובו קריאה הלכתית למציאת פתרון אגב שימוש בכלים העומדים לרשות פוסקי ההלכה, כאמור בפנים.

183 לעיל, סמוך להערות 148-149.

184 התרגום שלי. ובלשון המקור: "Shutafut 'partnership' here clearly denotes 'marriage,' as in Syriac. This felicitous term is particularly befitting in a stipulation which describes man and wife as equal partners in the business of marriage, each of whom can withdraw from the partnership at will" (ראו Friedman (לעיל הערה 29), עמ' 329).

שיטות משפט מודרניות מאפשרות אף הן משטר של גירושין חד-צדדיים לפי דרישת אחד מבני הזוג. גם שיטות משפט אלו מבוססות, בהכללה, על תפיסה חוזית של הנישואין, שמאחוריהן – כפי שהציג שחר ליפשיץ – עומדת התפיסה הרואה בנישואין מעין חוזה שהמשכו תלוי ברצון הצדדים וכאשר אחד מבני הזוג חפץ בכך, יש לבטלו.¹⁸⁵ באורח מרתק עולה מסורת הגניזה כמסדירה בצורה הסכמית-חוזית – אך מנקודת מבט יהודית-הלכתית – משטר גירושין ליברלי מלא, קרי גירושין הניתנים לביטול לפי דרישת אחד מבני הזוג.¹⁸⁶

אלא שמסורת זו ייחודית ואף שהותירה את רישומה גם בתקופות מאוחרות יותר על מה שאפשר לכנות ההלכה ה"קלסית", היא אינה משקפת, לפחות לעת עתה, מסורת חיה.¹⁸⁷ המסלולים האחרים הותירו חותם רב יותר על ההלכה, במידה רבה או מועטה, אלא שתפיסת הגירושין העומדת בבסיסם אינה ברורה, היינו: האם, כרוח כותרת סעיף זה, מדובר בתפיסה מהותית בנוגע לגירושין או שמדובר במשטר גירושין שעוצב כתוצאה מאילוץ זה או אחר? אבחן בהקשר זה את הלכת המורדת הבבלית, שם התמונה מורכבת למדי.

בתשובות הגאונים מצאנו אמירה מפורשת באשר לטעם העומד בבסיסן של תקנות הגאונים בעניין מורדת. היה זה טעם חברתי-מעשי ולא דווקא תוצאה של תפיסת מוסד הנישואין או משטר הגירושין הראוי. כך כותב רב שרירא גאון:

ואחרי רבנן סבוראי, כשראו חכמים שבנות ישראל הולכות ונתלות בגויים ליטול להן גטין באונס מבעליהן ויש כותבין גיטין באונס ומסתפק גט מעושה בדין או שלא בדין וקא נפיק מינה חורבא

185 ראו ליפשיץ, "ברצוני להתגרש" (לעיל הערה 4), עמ' 689–694, ובעיקר עמ' 693: "מודל משפטי של גירושין לפי דרישה [...] משקף פרשנות שלפיה הנישואים הינם חוזה שכל צד יכול לנתקו בהודעה לצד האחר".

186 לנקודת מבט רחבה הבוחנת מגוון תחומים שבהם השתמשה המסורת הארץ-ישראלית בהסדרה חוזית בענייני משפחה ראו יחזקאל מרגלית, "חופש חוזים בדיני משפחה: בין תלמוד בבלי ובין תלמוד ירושלמי", מחקרי משפט כה (תש"ע), עמ' 803–844, בעיקר עמ' 834–841. וראו שם את דיונו בחופש ההתנאה, המאפשר גירושין לפי דרישת האישה.

187 ראו Westreich (לעיל הערה 158), עמ' 361–363.

[ויוצא מזה חורבן], תקינו [תיקנו] בימי מר רב רבה בר מר הונאי נוחם עדן למורדת ותובעת גירושין שכל נכסי צאן ברזל שהכניסה לו משלה תשלם, ואפילו מה שבלה או אבד ישלם לה תחתיו [...] וכופין אותו וכותב לה גט לאלתר ויש לה מנה מאתים.¹⁸⁸

המניע לתקנת הגאונים הוא אפוא החשש החברתי מפני הזדקקות לבתי דין של נכרים (הזדקקות שתוצאתה עלולה להיות גם המרת דת)¹⁸⁹ כמו גם החשש הדתי-משפטי מפני כתיבת גיטין לא תקינה, שתוצאותיה – "נפיק מיניה חורבא" – עלולות להיות ניאוף וממזרות.

השיקול הפרקטי ושיקול המדיניות הם אפוא הדומיננטיים בתקנת הגאונים. אולם אין להתעלם מכך שהתקנה מבוססת על דין המורדת התלמודי. כפי שהראו פרידמן וברודי, תקנת הגאונים התייחסה למועד כפיית הגט או להיבטים ממוניים בעוד כפיית הגט עצמה הוצדקה מכוח דין התלמוד ברבדיו המאוחרים.¹⁹⁰ באשר לתלמוד, כבר הראיתי קודם שמניע מרכזי בתקנות המורדת התלמודיות הוא הרצון שלא להותיר את בני הזוג במצב של היעדר פתרון. הפתרון המועדף הוא אמנם שיקום היחסים, אולם כשזה אינו אפשרי – יש לחתור לפירוד ביניהם.¹⁹¹ תפיסה זו אינה נובעת אמנם מהכרה מלאה בזכותו של הפרט לבחור את המסגרת המשפחתית שאליה ישתייך, אבל היא רואה בנישואין מסגרת חברתית שאין הצדקה לקיומה במצב שבו פרטיה – בני הזוג – אינם מממשים את הקשר ביניהם (ושמא ניתן אף להגדיר זאת כתפיסה המבקשת את רווחת בני הזוג במסגרת הנישואין). בכך היא מתיישבת עם היבטים ליברליים מתונים המאמצים מודל של גירושין ללא אשם.¹⁹²

188 תשובות הגאונים (שערי צדק), חלק ד, שער ד, סימן טו (ראשיתה של התשובה מצוטטת לעיל, סמוך להערה 169).

189 ראו גם תשובות גאונים קדמונים, צא: "דקא מיתליין בנות ישראל בגוים", וכן ראו תשובות רב נטרונאי גאון (ברודי), אבן העזר, שד: "כדי שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה".

190 ראו לעיל, סמוך להערה 40.

191 ראו לעיל, בפרק "הזכות לגירושין – כלים משפטיים (א): הלכת המורדת", בעיקר בסעיף "כפיית גט בהלכת מורדת: המשנה".

192 ליפשיץ, "ברצוני להתגרש" (לעיל הערה 4), פרק ב.

אם נשוב לדין מורדת לפי הלכת הגאונים – ובמידה מסוימת גם לאחריה, עד ימינו אנו¹⁹³ – מודל זה אכן מציע משטר מרחיק לכת יותר, של גירושין לפי דרישה, אבל המניע ליצירת משטר גירושין זה מורכב. בחלקה ממשיכה הלכת הגאונים את התפיסה התלמודית החותרת לפירוד בין בני הזוג במקרה של שבר ביניהם שאינו ניתן עוד לאיחוי; בחלקה האחר מונעת תפיסה זו משיקולים פרגמטיים – שיקולי מדיניות חברתית ושיקולי מדיניות הלכתית. ומכל מקום, תוצאת הדברים היא של משטר גירושין המתאים ביסודותיו לתפיסת הזכות לגירושין במחשבה הליברלית; ואולי: "אחרי המעשים נמשכים הלבבות".¹⁹⁴

גירושין ללא אשם: בין מעשה לתאוריה

לצד המורכבות המתוארת בסעיף הקודם הולכת ומתבהרת, ככל שאנו מתקרבים לזמננו, מגמה התומכת באופן עקרוני בגירושין ללא אשם במקרה של מות הנישואין, ולצדה הולכים ומתחדדים חילוקי הדעות באשר להצדקתה העקרונית של מגמה זו. מעניין לציין שבשנים האחרונות הפכו עמדות אלו לקו פרשת המים בין שני זרמים של דייני בית הדין הרבני. עמדה מפורשת ונוקבת התומכת בגירושין ללא אשם נוקט ר' חיים פלאג'י, מגדולי חכמי איזמיר במאה התשע עשרה, המצוטט לא אחת בכתיבה הרבנית בת זמננו. הוא כותב:

כל שנראה לבית דין שהיה זמן הרבה נפרדים ואין להם תקנה, אדרבא: צריך השתדלות הרבה להפרידם זה מזה ולתת גט, כדי שלא יהיו חוטאים חטאים רבים, אחד האיש ואחת האישה [...] והנני נותן קצבה וזמן לדבר הזה, דאם [שאם] יארע איזה מחלוקת בין איש לאשתו, וכבר נלאו לתווכ השלום ואין להם תקנה, ימתינו עד זמן ח"י [שמונה עשר] חדשים. ואם בינם לשמים נראה לבית

193 ראו לעיל, סמוך להערות 46-56, ולהלן בסעיף הבא.

194 על שאלת חשיבות המניע להערכה אתית של המעשה ראו גם וסטרייך (לעיל הערה 12), עמ' 57, הערה 22.

דין שלא יש תקווה לשום שלום ביניהם יפרידו הזוג, ולכופם לתת

גט עד שיאמרו רוצה אני בדבר האמור.¹⁹⁵

ר' חיים פלאג'י אינו תומך בגירושין ללא עילה. אדרבה, בקטע הקודם לקטע המצוטט הוא קורא להשכנת שלום בין בני הזוג ומגנה בחריפות מצבים שבהם צדדים שלישיים (כהורי בני הזוג) גורמים עימות בין בני הזוג. עם זאת, משאפסה התקווה להשכנת שלום ביניהם הוא קובע מסגרת של זמן שלאחריה אפשר לכפות על שני בני הזוג את הגירושין. לשונו בעניין זה מפורשת: "יפרידו הזוג, ולכופם לתת גט עד שיאמרו רוצה אני בדבר האמור". מניעו הוא החשש מכך שבני הזוג "יהיו חוטאים חטאים רבים", דהיינו מניע פרגמטי הדומה במידת מה למניע שעמד בבסיסה של תקנת הגאונים בדין מורדת.

עמדה דומה ביסודה התקבלה גם על ידי פוסקים בני זמננו. כך עולה

מתשובתו של ר' משה פיינשטיין:¹⁹⁶

ובדבר איש ואשה שזה הרבה שנים שליכא [שאינן] שלום בית, וכבר שנה וחצי דרים במקומות מופרדים, וכבר ישבו ב"ד [בית דין] חשוב ולא עלה בידם לעשות שלום ביניהם. וראינו גילוי דעת חתום מהב"ד [מבית הדין] שלא הועיל כל השתדלותם לעשות שלום. וכנראה מזה שהב"ד סובר שא"א [שאי-אפשר] לעשות שלום ביניהם. אז מדין התורה באופן כזה מוכרחין להתגרש ואין רשות לשום צד לעגן, לא הבעל את אשתו ולא האשה את הבעל, בשום עיכוב מצד תביעת ממון. אלא צריכים לילך לפני ב"ד לסדר התביעות בענייני ממון ולסדר נתינת וקבלת הגט. ואם האשה תסרב לבוא לב"ד, יהיה הרשות להב"ד ליתן להבעל היתר

195 ר' חיים פלאג'י, חיים ושלום, ב, איזמיר: דפוס 'ן ציון רוויטי, תרל"ב, אבן העזר קיב, קמח ע"ב.

196 לדיון בעמדתו של הרב פיינשטיין ובעמדתם של פוסקים נוספים ראו Broyde (לעיל הערה 136), עמ' 25-28.

של מאה רבנים בהשלשת גט והשלשת סך ממון הגון שיראו הב"ד בדעתן כדין התורה.¹⁹⁷

הרב פיינשטיין קובע קביעה עקרונית שבמקרה של שבר בין בני הזוג שאינו ניתן לאיחוי, כאשר אי-אפשר לעשות שלום בית ביניהם, הם חייבים להתגרש זה מזה. הרב פיינשטיין אינו מעגן את תפיסתו בשיקולים פרגמטיים. אדרבה, ניכר מלשונו שהיעדר השלום כשלעצמו הוא המצדיק את ההפרדה בין בני הזוג, ובלשונו: כאשר "אי אפשר לעשות שלום ביניהם" – "אז מדין התורה באופן כזה מוכרחין להתגרש".

במקרה שבו עוסק הרב פיינשטיין מדובר באישה סרבנית גט, אולם הוא מחיל זאת גם על מקרה שבו הבעל מסרב לתת גט: "ואין רשות לשום צד לעגן, לא הבעל את אשתו ולא האשה את הבעל". האם אפשר להפעיל סנקציות נגד הבעל? הרב פיינשטיין אינו מפרט. מסתבר, לדעתי, שלכל הפחות סנקציות עקיפות – חיוב בגט – תהיינה אפשריות במקרה שכזה.

אבהיר את כוונת הדברים. בפסיקת בתי הדין הרבניים מקובל להבחין בין כפיית גט, המאפשרת הפעלת סנקציות ישירות נגד הבעל (במקורות זו "כפייה בשוטים", אולם כפייה פיזית אינה אפשרית כיום, ולפיכך הדברים נעשים באמצעות מאסר, גם ממושך), לבין חיוב גט, המאפשר סנקציות עקיפות בלבד.¹⁹⁸ רמות נמוכות יותר של פסקי דין לגירושין הן מצווה לתת גט והמלצה לתת גט, שאינן כוללות מנגנוני אכיפה כלשהם. החלוקה בין חיוב לכפייה מבוססת על ההבחנה שבפוסקים בין מקרים שבהם נזכרת הכפייה במפורש לבין מקרים שבהם נזכרת רק החובה לגרש ("יוציא"), וכך נפסק בשולחן ערוך.¹⁹⁹ הסנקציות

197 ר' משה פיינשטיין, אגרות משה, ח (בעריכת הרב שבתי א' רפפורט), ירושלים: D. Feinstein, תשנ"ו, יורה דעה ד, טו, עמ' קפד.

198 החוק הישראלי מאפשר לבתי הדין להטיל סנקציות לאחר שניתן פסק דין לגירושין ואינו מבחין בין סוגי פסקי הדין השונים. ראו חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995. בפועל, בתי הדין מבחינים בין כפייה וחיוב למצווה והמלצה, כאמור בפנים.

199 ראו שולחן ערוך, אבן העזר קנ"ד, א. לשורשיה התלמודיים של הבחנה זו ולדעות המסתייגות מכך ראו לעיל הערה 31; וסטרייך (לעיל הערה 18), עמ' 571-572, הערה 35.

העקיפות מבוססות בעיקר על "הרחקות דרבינו תם", אף כי גם בנוגע אליהן יש הסתייגויות והגבלות.²⁰⁰ במקרה דנן, כאמור, הרב פיינשטיין טוען בתוקף שהצדדים "מוכרחין להתגרש", ומסתבר לפיכך שהדבר יצדיק לכל הפחות חיוב בגט והטלת סנקציות על בן הזוג הסרבן (רק כשהן אפשריות, דהיינו במציאות המשפטית במדינת ישראל).

ומה באשר לכפייה? תשובה אחרת של הרב פיינשטיין – במקרה שבו הבעל נתן גט לאשתו בעקבות הסכם גירושין שנעשה בבית משפט אזרחי – מכירה עקרונית בכך שאי-אפשר לפסול את הגירושין בטענת גט מעושה במצב הדומה לנדון הדיון דנן, אולם מהססת ליישם זאת למעשה בלא טעמים נוספים. הוא כותב:

והנה יש עוד טעם גדול להתיר בעובדא זו אף אם היה באונס, דהא [שהרי] על מה ששאל אותו כתר"ה [כבוד תורתו הרמה – הרב מפנה השאלה] וכי לא היית מגרשה בעצמך בלא הסעטעלמענט [הסכם הגירושין] אחרי הפרוד בערכאות, השיב שהיה מגרשה גם בעצמו אבל יכול להיות שהיה דורש איזה סדורים בקשר לחינוך הילדים. הרי נמצא שבעצם הגירושין הוא רוצה ממש בעצמו, רק שהיה רוצה להשיג בעד הגירושין איזה דבר בענין חינוך הילדים ובשביל הסעטעלמענט אינו מבקש זה ונותן הגט בלא זה, שבאופן זה אף אם הסעטעלמענט נימא [נאמר] שהוא אנוס ואף בכפיה ממש, נמצא שאין הכפיה על רצון הגירושין, אלא שהגירושין לא יהיו למשכון להשיג איזה דבר ממנה, שיש טעם גדול שאין לזה דין אונס לפסול הגט [...] אבל אף שהיא סברא גדולה אין לסמוך על זה לבד, אבל לצרף זה לעוד טעם ודאי היא סברא גדולה לצרף.²⁰¹

200 ראו ספר הישר לרבנו תם, חלק התשובות, כד. לעניין זה ראו הרב אוריאל לביא, "שלילת קצבת ביטוח לאומי מסרבן גט", תחומין כט (תשס"ט), עמ' 236-246; וכן שם, הערה 4 – הפניות למקורות המבססים חיוב בגט במקרה של "מאיס עלי" ופירוד ממשי בין בני הזוג.

201 ר' משה פיינשטיין, אגרות משה, ה, ניו יורק: מ' פיינשטיין, תשל"ג, אבן העזר ג, מד: "בעובדא שהבעל השיב שנותן הגט מחמת הסעטעלמענט והסעטעלמענט נעשה בערכאות איך דינו".

הרב פיינשטיין מכריע בעניין שבו הוא עוסק (בחלקה הראשון של תשובתו, שאינו מצוטט כאן) שבמקרה הנדון אין מדובר בכפייה כי אם בגט הניתן ברצון, ועל כן הגירושין תקפים ואין כאן בעיית גט מעושה. ברם, מוסיף הרב פיינשטיין, אף אם נראה בגט זה גט הניתן באונס, יש מקום להכשירו. הרב פיינשטיין מבחין כאן בין מצב שבו כופים את הבעל לגרש את אשתו אבל הוא אינו מעוניין בכך ("כפיה על רצון הגירושין") לבין מצב שבו הבעל מעוניין להתגרש אבל מעכב את הגירושין כדי להפיק רווחים. בלשון אחרת: יש להבחין בין כפיית גירושין לבין כפיית גט. במקרה האחרון קובע הרב פיינשטיין ש"אין לזה דין אונס לפסול הגט". ואולם הוא קובע כך רק להלכה ומהסס ליישם זאת למעשה בלא טעמים נוספים.

מתשובה זו אפשר להסיק לדיון הנוכחי. מות הנישואין הוא מצב שבו שני בני הזוג אינם מעוניינים עוד בחיים משותפים אלא שאחד הצדדים מונע את מתן הגט. על פי העקרונות שבתשובת ר' משה פיינשטיין, במצב כזה "אין הכפיה על רצון הגירושין, אלא שהגירושין לא יהיו למשכון להשיג איזה דבר ממנה", ולפיכך במקרה זה "אין לזה דין אונס לפסול הגט". מעתה אף אם יכפו בית הדין את הבעל בכפייה ממשית, אקטיבית וישירה, הגט לא יהיה גט מעושה, ומכל שכן שאפשר לחייב בגט ולהטיל על הסרבן סנקציות עקיפות. על פי הרב פיינשטיין, כאמור, אפשר לסמוך על כך רק בצירוף טעמים נוספים, אם כי ייתכן שלעניין סנקציות עקיפות העמדה תהיה מקלה יותר.

במאמר מוסגר אציין שברור מאליו שבמקרה שבו הבעל חייב על פי דין לתת גט (כגון כשישנה עילה מוכרת שבעטייה הוא חייב לגרש את אשתו), אין לו זכות, לפי תשובה זו של הרב פיינשטיין, להתנות את מתן הגט בתנאים כלשהם. שהרי אף אם הוא אינו מחויב לתת גט (כבמקרה הנדון על ידי הרב פיינשטיין), כאשר הבעל מעוניין לגרש אבל מתנה תנאי כדי להוציא לפועל את הגירושין, אי-מילוי התנאי אינו פוסל את הגט. ולהפך: הצבת התנאי מאפשרת את הכפייה, שכן היא מבהירה שזו איננה "על רצון הגירושין". קל וחומר שכאשר הבעל מחויב לתת גט, אין מקום להתנאות תנאים כלשהם ואפשר לכפות עליו או לחייב אותו לתת את הגט חרף התנאי.

הערת זאת משום שבשנים האחרונות מסתמנת מגמה להעניק לבעל זכות להתנות תנאים, ואפילו אם מוטל עליו חיוב לתת גט, בהתבסס על תשובת

המהרשד"ם.²⁰² בהתאם לכך, לדעת כמה וכמה דיינים, כשהבעל מסכים לתת גט אבל מציב תנאי, אין להטיל עליו סנקציות למתן הגט.²⁰³ כפי שצוין בספרות ההלכתית ובמחקר, מגמה זו מנוגדת לעמדתם של ראשונים ואחרונים, וספק עם המהרשד"ם עצמו התכוון לכך.²⁰⁴ מהתשובה המצוטטת של הרב פיינשטיין עולה שגם אותו יש למנות עם המתנגדים למגמה זו.

פולמוס "מות הנישואין" בפסיקת בתי הדין בישראל

כפי שציינתי בפתיחת פרק זה, ענייננו כאן הוא בהצדקות התאורטיות של התפיסה ההלכתית התומכת בזכות להתגרש במצב של מות הנישואין. תפיסה זו מתבהרת מתוך המרחב ההלכתי שבו היא מתקיימת, ולפיכך אציג בסעיף זה את הדברים במסגרת הוויכוח הנוקב המתקיים בין דייני בית הדין הגדול. מתוך כך תומחש הן תפיסה זו הן חברתה, בת הפלוגתא שלה, אגב הארת נקודות המחלוקת העיקריות ביניהן.

הרב שלמה דיכובסקי, דיין בית הדין הגדול בדימוס, מייצג גישה השוררת בקרב דייני בית הדין הרבני. גישה זו מכירה בזכות להתגרש במצב של מות הנישואין ואף מוכנה להפעיל סנקציות – עקיפות, בדרגת "חיוב" – נגד הצד הסרבן. בניגוד, אולי, לעמימות הקיימת במקורות הקדומים בין שיקול עקרוני לשיקול פרגמטי, עמדתו העקרונית של הרב דיכובסקי מפורשת: על סטוס

202 ר' שמואל די מדינה, שו"ת מהרשד"ם, ירושלים: זכרון אהרן, תשס"ח, אבן העזר, מא.

203 ראו לדוגמה פסק דינו של הרב חגי איזירר: בד"ר (גדול) 022290027-21-1 (29.8.2004), הדין והדיין 7 (תשס"ה), עמ' 6. וראו גם עמיחי רדזינר, "דבר המערכת", הדין והדיין 28 (תשע"ב), עמ' 2.

204 ראו הרב דוד בס, "הצבת תנאים על ידי בעל המחוייב בגט", תחומין כה (תשס"ה), עמ' 149-162; הרב שלמה דיכובסקי, "בעל המתנה את מתן הגט בביטול חיוביו הקודמים", תחומין כו (תשס"ו), עמ' 156-159; Avishalom Westreich, "The Right to Divorce in Jewish Law: Between Politics and Ideology," *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 1 (2010), pp. 180-183. ראו בהרחבה עמיחי רדזינר, "מעגנת את עצמה: על התניית מתן הגט ועל חדשנות הלכתית", ספר הזיכרון לשופט מנחם אלון, [בהכנה], Amihai Radzyner, "Problematic Halakhic Creativity," *Jewish Law Annual* 20 (2013), pp. 110-135 in Israeli Rabbinical Court Rulings.

הנישואין לשקף קשר זוגי קיים בין בני הזוג. משזה נעדר, אין מקום עוד לחייב את בני הזוג להיות מעוגנים זה לזה בקשר פורמלי חסר משמעות מעשית. כלשון הרב דיכובסקי: "אין אנו עוסקים בהחייאת מתים, ואין טעם לתת הנשמה מלאכותית לנישואין שגוועו".²⁰⁵

קבוצה נכבדה של דייני בית הדין הרבני חולקת על עמדה זו ושוללת את התפיסה שלפיה מות הנישואין הוא גורם מספיק לחיוב בגט. לשיטתם, כדי לחייב בגירושין יש להיצמד לעילות הקלסיות, ושבר בחיי הנישואין שאינו ניתן עוד לאיחוי אינו מספיק. שני דייני בית הדין הגדול לשעבר, הרבנים אברהם שרמן וחגי איזירר, מייצגים קו זה. כך, בהתייחס למקרה שבו סירבה האישה לקבל גט מבעלה – מקרה של מסורב גט! – הם שללו את זכותו של הבעל להתגרש על אף מות הנישואין. באותה הזדמנות הם תקפו בחריפות את הגישה התומכת בגירושין במצב שכזה:

הגישה של "מות הנישואין" אין מקורה בדיני תורה ולא חז"ל, אלא בחוקי העמים ביחס לנישואין אזרחיים. שם אין צורך בעילת גרושין אלא די בחוסר סיכוי לשלום בית ו"במות הנישואין".²⁰⁶

מהו המניע להתנגדותם של הדיינים שרמן ואיזירר לגישת "מות הנישואין"? דיני המשפחה בישראל רוויים מאבקים, במידה רבה מאבקי שליטה בין ערכאות השיפוט השונות.²⁰⁷ מאבקים אלו משפיעים על מגמות ההחמרה של בית הדין הרבני בעניינים שונים, דוגמת ביטול גטין בטענת גט מוטעה ודוגמת אימוץ

205 תיק (גדול) 21-02887447 ניאגו נ' ניאגו (לא פורסם, 24.10.02). מצוטט ממאמרו של הרב שלמה דיכובסקי, "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים: הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה", מאזני משפט ד (תשס"ה), עמ' 283. הצהרה זו צוטטה גם בפסקי דין אזרחיים. ראו דברי השופט יהודה גרניט: תמ"ש (ת"א) 94740/00 ק' ש' נ' ק' ס' (פורסם בנבו, 3.3.2003).

206 תיק (גדול) 1-21-059133397 (25.12.2007), הדין והדיין 18 (2008), עמ' 11.

207 ראו לדוגמה דיכובסקי (לעיל הערה 205); פנחס שיפמן, "שפה דתית ושפה אזרחית בדיני המשפחה", משפט ועסקים י (תשס"ט), עמ' 423-445.

הלכת המהרשד"ם שנזכרה לעיל.²⁰⁸ מסתבר שיש לכך משקל גם בענייננו, בהצבת עמדה החולקת באופן עקרוני על העמדה הדומיננטית בשיח האזרחי.²⁰⁹ עם זאת, דומה שכאן ההיבט ה"פוליטי" של מאבק הסמכויות אינו מספיק. ככלל, מדובר במערכות מורכבות שבהן שיקולים אישיים, פוליטיים, מוסדיים ואידאולוגיים משמשים בערבוביה, וקשה לפיכך לראות עימות שכזה בעיניים צרות ולמקדו בהיבט המוסדי-פוליטי בלבד.²¹⁰ ההתנגדות לגישת "מות הנישואין" היא התנגדות עקרונית, גם במקרים שבהם שאלת הסמכות אינה מתעוררת. במקרה המצוטט לעיל, שבו הציגו הדיינים שרמן ואיזירר בחריפות את עמדתם, מדובר בבעל מסורב גט. בהתאם לכך קשה לראות את עמדתם כעמדה מגדרית השוללת דווקא את זכותה של האישה לגירושין.²¹¹ מהם אפוא מניעיהם העיקריים של המתנגדים ל"מות הנישואין"?

לצד המניע המוסדי-פוליטי משולבים כאן להערכתני שני גורמים עיקריים: פורמליזם הלכתי קיצוני, המאפיין ענפים בולטים בהלכה האורתודוקסית בעידן המודרני, ועמדה אידאולוגית מהותית, הרואה בקשר הנישואין קשר נוקשה – בדומה לדיני הגירושין המסורתיים בעולם המערבי²¹² – שהתרתו תיעשה אך ורק בנסיבות מסוימות, מוגדרות ומצומצמות. ייתכן שלכך מצטרפת גם הילת קדושה האופפת את מוסד הנישואין ומרתיעה כל ניסיון לבטלו. על כל פנים, שני היסודות משולבים זה בזה, וכך מתבטאת נוקשותו של קשר הנישואין בפורמליזם הקיצוני הנדרש לביטולו. תפיסה פונקציונלית, שלפיה מטרת הקשר הפורמלי

208 בעניין גט מוטעה ראו עמיחי רדזינר, "מלבוב לתל-אביב: פסיקות 'גט מוטעה' בשל הפרת הסכם הגירושין בבתי הדין הרבניים בעקבות תיק (אזורי ת"א) 1-29-9322 (19.3.06) ואחרים", משפטים לט (2009), עמ' 155-231. בעניין הלכת מהרשד"ם ראו מאמריו של עמיחי רדזינר (לעיל הערה 204).

209 ראו פנחס שיפמן, שפה אחת ודברים אחדים: עיונים במשפט, הלכה וחברה, ירושלים: מכון שלום הרטמן והפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, תשע"ב, עמ' 115-142; הנ"ל, "ההלכה היהודית במציאות משתנה: מה מעכב את מעוכבות הגט", עלי משפט ו (תשס"ז), עמ' 33-42.

210 טיעון זה, יש להעיר, עשוי להתקבל גם על דעתן של גישות ביקורתיות למשפט. ראו Westreich (לעיל הערה 204), עמ' 194; ושם, הערה 55.

211 השוו שיפמן, שפה אחת ודברים אחדים (לעיל הערה 209), עמ' 119.

212 ליפשיץ, "ברצוני להתגרש" (לעיל הערה 4), עמ' 678-679.

היא חיי הנישואין וכשאלו אינם מתפקדים יש לפעול להתרתם, או תפיסה המבססת את מוסד הנישואין על הסכמה חוזית בין בני הזוג נשללות שתיהן בידי נושאי עמדת הנגד המתוארים כאן.

והלוא גישת "מות הנישואין" מעוגנת במקורות הלכתיים יציבים וברורים דיים! כדי להצדיק את עמדת הנגד נוקטים הדיינים שרמן ואיזירר מהלכים פרשניים מרחיקי לכת ומיישבים את המקורות הנזכרים בהתאם לעמדתם. הם כותבים:

אין הוראת ר"ח [ר' חיים] פלאג'י יוצרת חיוב גט על האשה והפסד מזונותיה. זוהי הוראה של חובת ביה"ד [בית הדין] לפעול לגרושין ואולי גם חובה על בני הזוג להשמע לביה"ד, אבל אין חיוב של האשה כלפי הבעל.²¹³

הדיינים שרמן ואיזירר משתמשים במושג החובה להטיותו ארבע פעמים בקטע קצר זה, אבל במשמעויות שונות. ראשית הם שוללים את הטענה שדברי ר' חיים פלאג'י יוצרים חובה משפטית (במקרה הנדון – על האשה) להתגרש, חובה הניתנת לאכיפה ("אין הוראת ר"ח פלאג'י יוצרת חיוב גט"). שרמן ואיזירר מקבלים את הטענה שהמצב המתואר יוצר חובה, אולם באופן מתוחכם למדי מנסים להציג משמעויות אחרות לחובה זו. וכך, באזכור השני הם מטילים חובה עמומה על בית הדין ("חובת בית הדין לפעול לגירושין"), הנחיה כללית שאין לה כנראה השלכות מעשיות; באזכור השלישי הם מציעים שמדובר ב"חובה על בני הזוג להשמע לבית הדין". גם למובן זה של החובה אין משמעות משפטית. לכל היותר מדובר באמירה דתית, מוסרית או אולי חינוכית, הקובעת שמוטל על הנדונים לציית להוראות בית הדין.

אכן, בפסק דין אחר²¹⁴ מגדירים הדיינים שרמן, חשאי ואלגרבל את דברי ר' חיים פלאג'י כ"מתן עצה ליושבי על מדין" ללא כל סמכות לאכיפת גט. "חובת בית הדין לפעול לגירושין" היא אם כן עצה. עצה ותו לא. ובאשר לחלופת חובת

213 תיק (גדול) (לעיל הערה 206), שם.

214 תיק (גדול) 1-21-034524637 (לא פורסם, 4.11.07), הדין והדיין 18 (2008), עמ' 8-9.

בני הזוג להישמע לבית הדין – זו מבוארת באותו פסק דין כחובה המבוססת על דין "כופין על המצוות" שתכליתו "לעשות הכל בכדי להציל בני הזוג מאיסור".
שוב: חובה דתית ללא יכולת אכיפה משפטית, ולפיכך אינה גוררת חיוב או כפיית גט.

בדומה לדברי ר' חיים פלאג' גם הלכת רבנו ירוחם משמשת מקור לעמדת התומכים בזכות לגירושין במקרה של מות הנישואין. לפי רבנו ירוחם, כזכור, כאשר גם האישה וגם הבעל מעוניינים בגירושין אבל הבעל מסרב לתת את הגט, כופים אותו לתת והאישה מקבלת את עיקר כתובתה ונדונייתה.²¹⁵ אלא שעמדה זו זכתה אף היא לפרשנות מצמצמת, כמעט אפשר לומר פרשנות העוקרת אותה לגמרי ממובנה והופכת אותה לנטולת משמעות משפטית מעשית. בכמה פסקי דין²¹⁶ נטען שהלכת רבנו ירוחם תקפה במקרה שבו שני בני הזוג אינם מעוניינים זה בזו מסיבה אובייקטיבית. אולם כאשר הסיבה לכך שבן הזוג הסרבן מעוניין בגירושין אבל מסרב לתת גט היא מעשי בת זוגו (ולא הפך), אי-אפשר להחיל את הלכת רבנו ירוחם. במצב האחרון, כך נטען, בן הזוג הסרבן אינו מעוניין באמת בגירושין, והסכמתו העקרונית נובעת מהלחץ שהופעל עליו כתוצאה ממעשי בת זוגו ומהמצב הבלתי אפשרי שאליו נקלע. כך למשל, כאשר האישה תובעת גירושין במשך תקופה ארוכה, אף אם הבעל מביע בסופו של דבר את הסכמתו העקרונית, יש לראות בהסכמתו הסכמה הנובעת מהלחץ שהופעל עליו עקב דרישות אשתו. רבנו ירוחם, כך טוענים מתנגדי גישת "מות הנישואין", אינו מתיר במצב כזה כפיית גט.

הטענה שרבנו ירוחם עוסק במקרה שבו בני הזוג מעוניינים בגירושין "שלא בגרימת זולתם", להבדיל ממצב שבו "צד אחד חפץ בגירושין כתוצאה מהתנהגות הצד השני",²¹⁷ הופכת את הלכתו לנטולת משמעות מעשית. שהרי שבר בחיי

215 לעיל, סמוך להערה 52. נראה שעמדת רבנו ירוחם מוסכמת יותר מעמדת ר' חיים פלאג', שכן רבנו ירוחם עוסק במקרה שבו שני הצדדים מצהירים שאין רצונם זה בזו, אלא שהאחד מסרב לתת גט. בעוד ר' חיים פלאג' עוסק גם במקרים שבהם היוזמה חד-צדדית באופן מלא (ראו פסק הדין הנזכר, לעיל הערה 55).

216 ראו למשל תיק (אזורי תל אביב) 1-21-023559859 (לא פורסם, 11.6.2007), הדין והדיין 18 (2008), עמ' 4-5; תיק (גדול) 1-22-323397786 (לא פורסם, 8.8.2007), שם, עמ' 6. בפסק הדין האחרון ישבו – שוב – הדיינים שרמן ואיזירר, הפעם יחד עם הרב נחום שיינין.

217 תיק (גדול), שם.

הנישואין נוצר בגלל יחסים אישיים עכורים בין בני הזוג, ואם כך תמיד תעמוד לכל צד האפשרות לטעון נגד משנהו שמעשיו של זה גרמו לרצונו להתגרש.²¹⁸ שבנו אפוא לנקודת ההתחלה: גירושין ייתכנו בעילה בלבד. בן או בת זוג התובעים גירושין בשל מות הנישואין ללא עילה קונקרטית אינם זכאים להתגרש.²¹⁹ הזכות להתגרש במצב של שבר בין בני הזוג, שאינו ניתן לאיחוי, נתונה אפוא במחלוקת אידאולוגית עמוקה בין דייני בית הדין הרבני. למחלוקת זו השלכות גם על השאלה באיזה מצב יש לראות בצד תובע הגירושין מסורב גט, ובדרך כלל מסורבת גט או עגונה. הזרם שאינו רואה במות הנישואין הצדקה לגירושין יחשיב את תביעות הסרבן ללגיטימיות ואת מסורבת הגט למי שמעגנת את עצמה; הזרם השני, המכיר בכך שמות הנישואין מצדיק מנקודת מבט הלכתית גירושין, יראה בכך מקרה טיפוסי של סרבנות גט ויכיר בצורך בפתרון.²²⁰

האם ההלכה מכירה בזכות לגירושין?

ההלכה אינה עשויה עור אחד. פועלות בה עמדות שונות ומגמות מגוונות; דעות שנבדלו זו מזו בתפיסת העולם המנחה אותן כמו גם במהלכים הפרשניים שהן נוקטות בנוגע למקורות הקלסיים העוסקים בעניינן. כך גם בשאלת תפיסת

218 בהמשך דבריהם מסייגים מעט הדיינים את פרשנותם ומתייחסים למקרה של "התנהגות קשה" כגון "הצקות וחבלות או בגידות או פגיעות קשות בצד ב'", ולפיכך צד א לא יזכה בתביעתו ולא יוכל להתבסס על רבנו ירוחם למרות הסכמתו (שהיא לכאורה בלבד) של צד ב. בהתאם לכך ייתכן שיהיה מקום להחיל את הלכת רבנו ירוחם גם לשיטתם במקרה שבו ישנו שבר בלתי הפיך בחיי הנישואין, שאינו נובע ממעשים חד-צדדיים של אחד מבני הזוג. ברם לנוכח ההתנגדות העקרונית של זרם זה (בעיקר הדיינים שרמן ואיזירר) לתפיסת "מות הנישואין" קשה להניח שהם יכירו בזכות לגירושין, ואף לא במקרה המתון יותר.

219 בית הדין, לפי גישה זו, ימליץ לכל היותר על גירושין וישלח את הצדדים לנהל משא ומתן בעניין (ראו בפסקי הדין המצוטטים לעיל), שבסופו נאלצת מסורבת הגט (ולעתים, מסורב הגט) לוותר על זכויותיה בענייני ממון ובעניינים אחרים הקשורים לגירושין.

220 על הפערים בתפיסת העולם העומדים בבסיס בעיית סרבנות הגט ראו עוד אצל שיפמן, לפי ההפניות הנזכרות לעיל בהערה 209. להרחבה ראו אבישלום וסטרייך, "מיהי עגונה?", בתוך: שמואל פאוסט (עורך), דעות תורה [שם זמני], ירושלים: הוצאת מגיד וארגון מבוי סתום, [בהכנה].

הגירושין: מגמה אחת, מצמצמת, סבורה שזוהי זכות מוגבלת, ואינה מכירה בזכות להתגרש במובנה הליברלי המודרני; מגמה שנייה, מרחיבה, סבורה שיש זכות להתגרש גם בלא עילה מוגדרת. מגמה זו מתאימה למגמות מתונות בשיח הליברלי המבקשות לשמר את מוסד הנישואין אך עם זאת מצדיקות גירושין ללא אשם במצבים שבהם ישנו שבר בין בני הזוג, שאינו ניתן עוד לאיחוי.

אפשר היה לטעון לאור הצגה זו שהפער בין שתי הגישות נובע ממתח בין תפיסת עולם ליברלית לבין תפיסת עולם הלכתית-מסורתית. תפיסת העולם הליברלית מעמידה את הפרט במרכז, מכירה בזכותו לבחור את חייו כרצונו, למי יינשא ומתי יתגרש. משכך, לפרט יש זכות לגירושין.²²¹ מנקודת המבט ההלכתית המסורתית, מנגד, גירושין אפשריים רק מסיבה מוצדקת. הצגה זו טומנת בחובה ביקורת נגד הדעה ההלכתית המקבלת את מות הנישואין, שכן היא רואה בה עמדה המושפעת מגישות חוץ-הלכתיות שאינה משקפת את נקודת מבטה של ההלכה.

תמונה זו אינה מדויקת. נכון הוא שהתפיסה הליברלית מכירה בזכות להתגרש, אולם אין זו תפיסה חוץ-הלכתית, לפחות לא כשמדובר בצורתה המתונה של הזכות להתגרש. כפי שנטען בסעיפים הקודמים, גם בשיח ההלכתי ישנם תימוכין נכבדים לתפיסה המצדיקה גירושין במצב של מות הנישואין. התפיסה המאמצת עמדה זו מושרשת במקורות ההלכתיים הקלסיים, והיא משקפת עמדה הנובעת מעולמה של ההלכה. מתנגדי גישת "מות הנישואין" מעוניינים להציג את הקונפליקט ככזה הנובע מתפיסה הלכתית לעומת תפיסה שאינה הלכתית, שמקורה "בחוקי העמים",²²² אולם בסופו של דבר הוויכוח הוא גם ויכוח פנימי המושתת על פרשנות המקורות ההלכתיים. בוויכוח זה יש למצודדי "מות הנישואין" תימוכין שאינם פחותים בחשיבותם מאלו של בני הפלוגתא שלהם. המתנגדים מבקשים אמנם לעקר מקורות אלו, אולם המהלכים הפרשניים שהם נוקטים רחוקים מרחק רב מפשטם של דברים, לעתים באופן לא סביר. הרב ציון בוארון, מדייני בית הדין הגדול, אכן זיהה כך את הדברים. בהתייחסו לפרשנותם המצמצמת של הרבנים שרמן ואיזירר כלפי הלכת ר"ח פלאג'י הוא

221 ראו לעיל, בפרק "רקע: הזכות לגירושין – ליברליזם ויהדות".

222 כך רואים זאת הדיינים שרמן ואיזירר. ראו לעיל, סמוך להערה 206.

אומר: "הפרשנות [...] היא ההיפך הגמור ממה שנאמר במפורש בשו"ת הגר"ח [ר' חיים פלאג'] (ואשר דבריו צוטטו פעמים רבות בפדרי"ם ובפסקי דין רבים)".²²³ המתח המתואר אינו אפוא (רק) בין העולם המסורתי לעולם הליברלי, אלא הוא (גם) פער פנים-הלכתי. בהלכה ישנן גישות שונות כלפי משטר הגירושין הראוי, והן משתקפות בפולמוס על הזכות להתגרש במצב של מות הנישואין. ומכל מקום, יש בסיס איתן לגישה המכירה בזכות להתגרש במצב שבו יש שבר בחיי הנישואין שאינו ניתן לאיחוי. אלא שמניעיה של דרך זו מורכבים. פעמים הם נובעים משיקולים פורמליים, פנים-הלכתיים, פעמים משיקולים חברתיים רחבים יותר, ופעמים משיקולים אידאולוגיים המכירים ביכולת הבחירה של בני הזוג בהמשך חיי הנישואין או בסיומם. בסופו של דבר גישה זו נפגשת עם תפיסת עולם ליברלית מתונה, המכירה בזכות לגירושין ובד בבד שומרת על ערכו ועל חיותו של מוסד הנישואין.

223 ההדגשה שלי. הרב ציון בוארון אחז בדעת המיעוט בפסק הדין שבו טענו הרבנים שרמן ואיזירר שדברי ר' חיים פלאג' אינם מבססים חיוב בגט. ראו לעיל, סמוך להערה 213.

אפילוג: מודל הלכתי לגירושין במקרים של סרבנות גט

מסורת הגאונים הכירה באפשרות הגירושין לפי דרישתה החד-צדדית של האישה. היא ביססה אותה על היסודות התלמודיים של הלכת מורדת אגב שילוב תקנות העוסקות בהיבטים שונים של ענייני הממון הנדונים בעת הגירושין. על אף הביקורת ההלכתית נגד מסורת זו יש בה פתח למימוש הזכות לגירושין גם בימינו, שכן היא משקפת פרשנות סבירה – ומנקודות מבט רבות אף מועדפת – של הסוגיה התלמודית. גם מבקרי עמדת הגאונים אינם נועלים את השער בפני מימוש זכות זו: עמדת רבנו תם עודה תומכת בגירושין, אך מאפשרת את אכיפתם באמצעים עקיפים בלבד: "הרחקות דרבינו תם", ובימינו – חיוב בגט. בד בבד המקורות נותנים בידינו כלים נוספים, ובראשם הפקעת קידושין. גם כאן נראה שלמרות המחלוקות הנוקבות בעניין יש בסיס רחב במקורות להפקעת קידושין גם במקרה שבו אי-אפשר לתת גט.

ומן התאוריה אל המעשה – טובים השניים מן האחד. שילוב שתי הדרכים הללו, כפייה והפקעה, עשוי להציב מנגנון הלכתי שייתן מענה לקשיים המתעוררים בכל אחת מהן בפני עצמה ויגביר את הלגיטימציה שתינתן לשתיהן. שילוב כזה אפשרי, במיוחד במציאות המשפטית שבמדינת ישראל. החוק הישראלי מעניק לבתי הדין סמכות לאכוף את הגט, ועם אמצעי האכיפה אפשר לשלב את הפקעת הקידושין.

כיצד?

במקרים רבים מהססים בתי הדין לכפות גט משום חששם מ"גט מעושה". אפשר להסדיר בחקיקה ולאמץ בתקנות הרבנות הראשית לישראל שבמקרים חריגים, לצד כפיית הגט, יכריז בית דין מיוחד שיתמנה לכך על הפקעת הקידושין. וכך, אם יחשוש בית הדין שהכפייה אינה מוצדקת לפי עילות הגירושין הקלסיות, הוא יוכל להסתמך על הלכת מורדת בהתאם לדרכם של הגאונים וחלק נכבד מן הראשונים והאחרונים. ואם מדובר בחיוב בגט, תומכות בכך עמדות רבות עוד יותר. אם עוד יהסס בית הדין, הוא יוכל להסתמך על כך שנעשתה הפקעת

קידושין. אמנם גם על כך יש מערערים, אבל קיומו של גט הניתן בכפייה לצד ההפקעה מסיר חלק ניכר מהטענות. כפי שראינו בדיון בהפקעת קידושין,²²⁴ ראשונים רבים דורשים שישולב גט בתהליך ההפקעה ("גט כל דהו"). גט זה הכרחי אך אינו מהותי. גט הניתן בכפייה, כאשר יש ספק בנוגע לכשרות הכפייה, בוודאי ממלא דרישה זו ויעניק תוקף להפקעת הקידושין. ירצה בית הדין – יראה בכך גירושין הנתמכים במקורות הלכתיים קלסיים; ירצה – יראה בכך גירושין המתבססים על הלכת מורדת; ירצה – יראה בכך הפקעת קידושין עם צירופו של "גט כל דהו". בין כך ובין כך יינתן מענה לצורך בסיום הנישואין ותהיה התמודדות עם הסירוב לתת גט.

ברם השימוש במודל הלכתי זה דורש הכרה מוקדמת בנחיצותו. הכרה זו יכולה להיות הכרה פרגמטית הנובעת משיקולים חברתיים או משיקולי מדיניות כאלו או אחרים, אולם היא יכולה גם להיות הכרה מהותית המושתתת על אימוצה של התפיסה המקבלת את הזכות לגירושין במקרה שבו לא נותרה עוד תקווה לחיי הנישואין. אלו גם אלו זוהו ונדונו בספר זה.

וכדי לתמצת את מסקנות הדיון במילים אחדות אומר: זרמים בולטים בהלכה מכירים בזכות לגירושין, והדברים משתקפים גם בכתיבה ההלכתית העכשווית. ההלכה מעניקה את הכלים למימוש זכות זו, והדברים יושמו בעבר. יש לפיכך מקום נרחב לאמצם גם היום.

224 ראו לעיל, בפרק "הזכות לגירושין – כלים משפטיים (ב): הפקעת קידושין".

No-Fault Divorce in the Jewish Tradition

Avishalom Westreich



THE ISRAEL
DEMOCRACY
INSTITUTE

Text Editor: Yehoshua Greenberg

Series Design: Tartakover Design, Tal Harda

Cover Design: Yossi Arza

Cover Photo: *Breaking Rope*, Olga Yastremska, www.dreamstime.com

Typesetting: Nadav Shtechman Polischuk

Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN 978-965-519-148-6

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2014 by the Israel Democracy Institute (R. A.)

Printed in Israel

The Israel Democracy Institute

4 Pinsker st., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602

Tel: (972)-2-5300-888

Website: <http://en.idi.org.il>

To order books:

Online Book Store: <http://tinyurl.com/en-idi-store>

E-mail: orders@idi.org.il

Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The publication of this book was possible by a partnership with
The Ruderman Family Foundation and an anonymous donor operating in Israel



The views expressed in this book do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

Abstract

This book examines the right to divorce as found in Jewish law and tradition. It analyzes the halakhic tools that allow the right to divorce to be exercised under Jewish law and looks at the halakhic principles that shape this right. Building on this, the book finds a theoretical justification for the existence of the right to divorce in Jewish law and tradition, even though it may have left no positive mark on halakhah. It turns out that Jewish law and tradition include a modest notion of the right to divorce, one that adopts the concept of no-fault divorce when the couple has irreconcilable differences.

Halakhah has legal and exegetical mechanisms that can be used to exercise the right to divorce. It has at its disposal exegetical tools whose purpose is to reconcile its rules—which are generally formal—with principles that are in line with broader values (such as the ethical concept that underlie human rights) and that are also recognized within Jewish law itself. These characteristics find expression in the present topic as well.

Jewish law starts from the position of divorce by mutual agreement (under Torah law, only the husband's consent is required, but by dint of the ban pronounced by Rabbenu Gershom, ca. 1000 CE, the wife's consent is required as well) or on specific grounds. This requirement sometimes comes into conflict with the right to divorce. A number of mechanisms are employed to reconcile the right to divorce with the formal halakhic limitations that require both parties (though primarily the husband) to agree to the divorce. The most important of these are: a coerced divorce (*kefiyat get*) in the case of a no-fault divorce suit (the law of the “rebellious wife”); retroactive annulment of the marriage (*hafka'at kiddushin*) via legislative action or a judicial act by a rabbinic court; and a prenuptial condition—such as one that mandates

* Translated by Lenn Schramm

divorce in the case of “hatred,” which was widespread in the Land of Israel for centuries. These mechanisms are not purely theoretical. The principle of no-fault divorce was in common use in two important early traditions—that of the Geonim (the rabbinic authorities in Babylonia from the seventh to eleventh centuries) and that of the Land of Israel in the first millennium. The principle has also been applied in other cases down to the present day, although less frequently.

These halakhic conceptions are based on both pragmatic and ideological considerations. The latter reflect a perspective akin to modern liberal thought about the nature of the institution of marriage and the divorce regime that is appropriate for it.

My research shows that prominent currents in halakhah recognize the right to divorce and that halakhah provides tools for exercising that right. This was so in various traditions in the past and remains the case to some extent today. Hence there is ample room for continuing to employ these principles. The book proposes a practical halakhic model of divorce for cases in which the husband refuses to grant one (*sarvanut get*) and his wife becomes a chained wife (*agunah*). The model is based on two halakhic methods—an imposed divorce and annulment of the marriage. The combination of the two creates a halakhic mechanism that addresses the difficulties that would arise from either of them on its own and increases the legitimacy of both paths. But use of this halakhic model requires a priori recognition of its necessity. This recognition can be pragmatic, deriving from social or political considerations of various kinds, but it can also be substantive: adoption of the perspective that there is a right to divorce when there remains no hope that the marriage can survive. I maintain that halakhah gives us tools to exercise this right, that these tools were employed in the past, and that they should be adopted in the present as well.



“נִפְגְּשׁוֹת לְדָק, נִפְרָדוֹת לְעֵד” – במילים אלו תיארה המשוררת רחל את רגעיותו ובדידותו של האדם בעולם. הספר שלפנינו עוסק באחד מרגעי הבדידות הללו, כאשר בני זוג מבקשים להיפרד זה מזה. עניינו הוא בשאלה כיצד יכולה המסורת היהודית להקל על רגעים אלו של “דמעות פרדה”.

בני זוג שנישאו כדת משה וישראל אך דרכם לא צלחה – האם ההלכה היהודית נותנת בידיהם את הכלים להיפרד; האם המסורת היהודית תומכת בגירושין חרף היעדר עילות מוגדרות ומופְּרָוּת; ובכלל, האם גירושין ללא אשם אפשריים על פי ההלכה היהודית?

הספר בוחן מגוון כלים ועמדות במסורת היהודית כשעולה צורך בפירוד בין בני זוג במצבים שבהם אין עילת גירושין מוגדרת: כלים – הלכתיים-משפטיים, קרי כפיית גירושין או הפקעה למפרע של הקידושין; ועמדות – תאורטיות או מעשיות, כאלה שהוצעו בספרות המשפט העברי וכאלה שנהגו הלכה למעשה בהיסטוריה של העם היהודי. הדיון מתנהל מנקודת מבט יהודית פנימית, אך גם בזיקה לעולם המחשבה הליברלי ולעמדתו בשאלת הזכות לגירושין.

לעיני הקורא נפרש מגוון עשיר של עמדות וגישות. יש בהן המצדיקות גירושין ללא אשם ויש השוללות; יש פרגמטיות ויש אידאולוגיות; יש המעניקות כלים הלכתיים לפתרון ויש המשתמשות בדרכים פרשניות לשלילת הכלים הללו. וכך נפתח לפנינו שער לשיח מרתק המתקיים בתוך ההלכה גופא וכן בין ההלכה למה שחיצוני לה – שיח המקיים מפגש בין זכויות אדם, חברה והלכה בתחום הנוגע בליבת החיים של החברה היהודית.

ד"ר אבישלום וסטרייך היה חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה בעת כתיבת הספר. היום הוא מרצה בכיר למשפט עברי, דיני משפחה ותורת המשפט במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן. עיקר עיסוקו בבעיית סרבנות הגט ובפתרונותיה בהלכה ובמשפט.

הספר נכתב במסגרת תכנית המחקר “זכויות אדם והיהדות” של המכון הישראלי לדמוקרטיה. בראש התכנית עומדים הפרופסורים ידידיה צ' שטרן, שחר ליפשיץ וחנוך דגן.

מחיר מומלץ: 60 ש"ח

ספטמבר 2014

מסת"ב: 978-965-519-148-6

www.idi.org.il

YouTube

f



0 4500001129 8

דאנאקוד 450-1129

