

האם קידושין הם החלת בעלות?

בעקבות מאמרה של רבקה לוביץ

מיכאל אברהם

במאמרה של רבקה לוביץ, 'לשאלת תוקף קניין האישה בקידושין' המתפרסם בגיליון זה, מציפה הכותבת בעיה כואבת: הא-סימטריה בין הבעל לאישה בזוגיות ההלכתית. לטענת לוביץ, שורש העניין הוא במעשה הקידושין, שבו 'נקנית' האישה על ידי בעלה (לפחות לצרכים מסוימים, קניין איסור) ומכיוון ש'קניית אישה' אינה עולה בקנה אחד עם ערכי החברה המודרנית והליברלית של ימינו, וגם מנוגדת לחוק ('דינא דמלכותא') – היא איננה תקפה. בנוסף, לדבריה, נשים בימינו לא באמת מתרצות להתקדש במשמעות הזאת של קנייה ועל כן היא מציעה לבטל את מרכיב הקידושין בנישואין כדת משה וישראל ולאמץ מודל אחר, כגון שלושת המודלים האלטרנטיביים המובאים כנספח למאמרה: נישואי בני נוח, פילגשות, או ייחוד ללא קידושין. לדעתי, אין הבדל ממשי בין השלושה, ומבחינה מהותית מדובר במודל אחד: לחיות יחד בלי קידושין. דיון כזה מזיק אותנו להיכנס לשאלות יסוד במחשבת ההלכה, ולא אוכל לעשות זאת כאן. לכן אסתפק בעיקר בשרטוט קווים עקרוניים לדיון ובמידת האפשר אפנה למקומות שבהם ניתן למצוא פירוט רחב.¹ בהמשך אתייחס למקורות ולראיות שהיא מביאה, כדי לחדד את ביקורתי ולטעון שלדעתי, לניתוח שלה אין בסיס מוצק; לבסוף אבקר את טענת 'דינא דמלכותא' ו'דעת הנשים' שהיא מעלה.

הרב ד"ר
מיכאל אברהם
לימד בעבר
בישיבת ההסדר
בירוחם וכעת
מלמד במכון
הגבוה לתורה
באוניברסיטת
בר אילן. עוסק
בפתרון בעיית
מסורבות הגט
ובמאבק ברבנות,
בין השאר
במסגרת בתי דין
פרטיים

1 בספרי, שכעת נמצא בעריכה, אני מציג משנה שיטתית וסדורה על רוב הנושאים הללו.

א. מסגרת הדיון

אפתח את הדיון בשרטוט קרוי המסגרת שבתוכם הוא מתנהל והצגת שאלות היסוד העומדות בבסיסו.

שתי הערות מתודולוגיות

באופן אישי, אני דוגל בערכים ליברליים, גם אם לא מוצאים להם מקור בתורה או בחז"ל, ובפרט בשוויון מלא בין בני הזוג עד כמה שהדבר ניתן. כתבתי לא פעם את דעתי שההלכה דורשת ריענון ושינויים שיתאימו אותה לדרונו, ושיש דרכים תקפות הלכתית (לא "רפורמיות") לעשות זאת.² אבל דווקא בגלל תמיכתי בשינוי וריענון של ההלכה ובהתאמתה לערכים ליברליים, חשוב בעיניי שבעתים שהדברים יהיו מבוססים כדבעי, הן מהסיבה הטקטית – דרישות לשינוי שאינן מבוססות יגרמו לאנטגוניזם של המנהיגות הרבנית ושל הציבור הדתי בכלל כלפי שינויים (מה שקיים בלאו-הכי); והן מהסיבה המהותית – שינוי הלכתי צריך לעמוד בשלושה קריטריונים: להיות נצרך, להיות תקף ולהיות מועיל. בקצירת האומר, כדי לבסס טיעון לשינוי בהלכה, עלינו להציג את הבעייתיות (שהוא נצרך); לבסס את המכניזם ההלכתי (שהוא תקף³); ולהראות שהבעיה אכן נפתרת על ידי השינוי (שהוא מועיל). הניתוח של רבקה לוביץ לוקה בעיניי בכשלים רבים והצעותיה אינן מבוססות מכל הבחינות הללו.

אדגיש כי בניגוד למקובל בדיונים כאלה, לא אעלה כאן טיעוני 'מדרון חלקלק', שכן אני מתנגד קטגורית לטיעונים כאלה בהלכה. ראשית מפני שהם מנסים לעקוף את הצורך בהתמודדות אמיתית ומשתקים את הדיון; שנית מפני שהם 'ממשכנים' את ההווה הוודאי למען ובשם עתיד מסופק; והכי חשוב – מפני שהם אינם תקפים. אם פעולה מסוימת מותרת, היא מותרת גם אם יש אלף סיבות של מדרונות חלקלקים לאסור אותה. כדי שהיא תהיה אסורה, לא מספיקה אמירה של פוסק שחושש ממדרון חלקלק,⁴ אלא דרושה החלטה של מוסד מוסמך (סנהדרין), דבר שלא קיים בימינו.⁵ בהלכה, כל דבר שלא נאסר הוא מותר.

מהו קניין? לוז המחלוקת

לטענת לוביץ, המונח 'קניין' שבו אנו משתמשים ביחס לקידושין, מבטא בעלות של הבעל על אשתו (לפחות קניין איסור). לתפיסתי, המונח 'קניין' בהלכה לא מבטא בהכרח בעלות אלא פעולה שיוצרת חלות הלכתית כלשהי (במקרה של קידושין מדובר בחוזה).⁶ אלו שתי האפשרויות שביניהן עלינו להכריע בשאלת הקניין בקידושין.

2 ראו על כך על קצה המזלג במאמרי, 'האם יש עבודה זרה "נאורה"?' – על היחס לגויים ועל שינויים בהלכה, אקדמות, יט (סיוון תשס"ז), עמ' 65. בספרי הנ"ל אני מקדיש חלק שלם להצגה שיטתית של תורת השינוי ההלכתי.

3 שאלת התוקף כוללת בתוכה גם את שאלת הסמכות: מי יכול לבצע שינוי כזה.

4 ראו על כך בהרחבה במאמרו של ידידי נרב שנרב, 'ארון השקרים היהודי', באתר הבית של נרב שנרב.

5 המצב של רב קהילה כלפי קהילתו קצת שונה, אבל לא אכנס לזה במסגרת זו.

6 במאמרי, 'מהי "חלות"?': הלכה, לוגיקה ורבקות בה', צהרי, ב (תש"ס), עמ' 71-86, עמדתו על משמעות המונח 'חלות' בהלכה, והסברתי שמדובר בסוג של מציאות מטפיזית. פעולה קניינית יוצרת את המצב המטפיזי הזה.

בהלכה, כמו גם במערכות משפטיות אחרות, לא די במחשבה או בדיבור כדי ליצור מצב משפטי תקף; יש לעשות זאת בדרך שמבטאת גמירת דעת, בדרך כלל מעשה, המתואר בביטוי 'פעולת קניין'. רק פעולת הקניין נותנת תוקף למצב המשפטי-הלכתי החדש. כך למשל, נעשית פעולה קניינית כדי ליצור חלות של תרומה, שותפות, שליחות, חוזה או הסכם, ועוד מיני חלויות משפטיות והלכתיות, שהן לא-דווקא בעלות. זו משמעות הביטוי 'קנינא מיניה'. במקרים רבים, הפעולה הקניינית אכן יוצרת חלות של בעלות, ומכיוון שבשפה העברית 'קניין' קשור לקנייה, אצל רבים המונח 'קניין' מעורר קונוטציה של בעלות. אך לטענתי, בעלות היא רק דוגמה אחת מני-רבות לתוצאה משפטית של פעולת הקניין, והיא איננה משמעותה האולטימטיבית. האישות גם היא סוג של חלות שאינה בעלות, והיא דומה יותר לחוזה בין שני אנשים. כמו כל חלות אחרת היא זוקקת מעשה קניין כדי ליצור אותה, אבל מעשה הקניין אינו מקנה דבר ולא קונה מאומה; הוא נועד להחיל את האישות. לכן העובדה שקידושין נזקקים למעשה קניין, אינה מעידה, לטענתי, שמדובר בבעלות על האישה. אפשר להבין זאת טוב יותר על פי דברי הרמב"ם בתחילת הלכות אישות, שם הוא מתאר את התפתחות מוסד הקידושין:

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

אם הקידושין היו רק קנייה של האישה כטענתה של לוביץ, לא ברור מה בדיוק באה התורה להוסיף במתן תורה על המצב ששרר קודם לכן. האם התורה באה להוריד חושך לא-שוויוני לעולם ולדרוש שהאישה תהפוך לרכוש בעלה, תחת המצב ה"שוויוני" וה"נאור" ששרר קודם לכן? פירוש זה נראה לי מופרך, הן מבחינת תפיסת העולם הקדום והן מבחינת מטרתיה של התורה.

הרבה יותר סביר בעיניי שהתורה באה לתקן מצב פגום ששרר לפני מתן תורה ולא לדרדר אותו. מטרת הקידושין הייתה להקדים לנישואין כריתת חוזה בין בני הזוג, כדי למסד את הקשר הזוגי ולהפוך אותו למחייב ויציב וקשה יותר לפירוק. אם לפני מתן תורה היה מדובר בהחלטה ספונטנית של חיים יחד (כמו חבר וחברה) וגם פירוק הקשר נעשה בצורה פשוטה ומידית (פשוט נפרדים) – מעתה דורשת התורה להקדים לנישואין פעולה קניינית שמבטאת גמירת דעת ויוצרת חלות של אישות.

זו משמעות טענתי שהקידושין הם חוזה בין הצדדים ולא קנייה של אישה. חיי זוגיות ללא קידושין הם רומנטיקה גרידא והקידושין באים להשתית אותם על אדנים משפטיים. בני זוג הבאים להינשא צריכים להבין שהקשר ביניהם הוא קודם כול בעל משמעות חזית ומשפטית מחייבת, עוד לפני מימוש הקשר הרומנטי והאנושי ביניהם. פעולת הקידושין מחוללת את הרובד המשפטי ביסוד חיי האישות.⁷

7 על משמעותם ההלכתית של שני הרכיבים הללו בקשר האישות, ראו מאמרי, 'מודל שתי קומות לקשר הזוגי בהלכה', מיכאל אברהם וגבריאל חזות (עורכים), בצל החכמה, כפר חסידים 2010, עמ' 347. על המשמעות האנושית שמוסיפים הקידושין לחיי הזוגיות, ראו במאמרי, 'על קופידון וחיות אחרות: למה להתחתן?', עומד להופיע בספר בעריכת חיים ברנסון על המשפחה ביהדות,

האם נישואין כדת משה וישראל אפשריים ללא קידושין?

בתחילת מאמרה כותבת לוביץ:

בנספח, אציע לגבש טקס הלכתי נטול מרכיב הקידושין והקניין, המבוסס על הצעות שונות שכבר פורסמו בעבר, טקס שיהיה חלופה דתית ראויה לטקס הקיים אשר יעניק ממד של קדושה לברית שכורתים ביניהם בני זוג המבקשים להינשא כדת משה וישראל.⁸

שלושת המכניזמים שהיא מביאה בנספח אולי תקפים הלכתית (לא אכנס לזה כאן), אבל ככולם יש משום ביטול עשה של קידושין או לפחות הליכה נגד רצון התורה שדרשה להקדים קידושין לנישואין. הטענה שלי אינה שפילגשות או אישות של בני נוח אינם מכניזמים הלכתיים קיימים, אלא שהם אסורים הלכתית (למעט אולי במקרים מיוחדים). אחרת, מה משמעותו של הציווי לשאת אישה בקידושין? בהמשך להלכה א בתחילת הלכות אישות שמתארת את משמעות הקידושין, מוסיף הרמב"ם בהלכה ב:

וליקוחין אלו מצות עשה של תורה הם, ובאחד משלשה דברים האשה נקנית, בכסף או בשטר או בביאה, בביאה ובשטר מן התורה ובכסף מדברי סופרים, וליקוחין אלו הן הנקראין קידושין או אירוסין בכל מקום, ואשה שנקנית באחד משלשה דברים אלו היא הנקראת מקודשת או מאורסת.

כלומר, חיים בלי קידושין הם חיים בחטא; זוהי זוגיות של בני נוח כמו שהיה לפני מתן תורה. אמנם יש ראשונים הסוברים אחרת (כמו הרא"ש בכתובות פרק א סימן יב), ולדעתם הקידושין הם רק הכשר למצוות פרו ורבו, כלומר מי שעושה את פעולת הקידושין לא קיים בזה מצווה; אבל לכל הדעות, התורה דורשת מאתנו להקדים קידושין לנישואין ולהבאת ילדים. זו משמעותו של הכשר מצווה, ולכן הוא נדרש מאתנו, בין אם פורמלית מקיימים בו עצמו מצוות עשה ובין אם לאו. כפי שראינו, זו משמעותה של התוספת שנוספה לנו אחרי מתן תורה. הקידושין אינם דרך אחת מתוך כמה לחיי זוגיות, אלא היא הזוגיות שהתורה דורשת מאתנו.⁹

הקריאה של לוביץ לקיים טקס חלופי ללא מרכיב הקידושין, שיהיה 'כדת משה וישראל', מטעה. היא מציעה לחזור למצב של בני נוח לפני מתן תורה, כלומר, לוותר על 'דת משה וישראל' ולבטל מצוות עשה או הכשר מצווה של קידושין.

אילו לא היה לנו מוצא אחר והיינו בקונפליקט אמיתי בין המוסר להלכה, היה אולי מקום לשקול ללכת עם המוסר נגד ההלכה; אבל כאשר יש לנו מוצא פרשני שמיישב את ההלכה עם המוסר באופן הרואה את הקידושין כחווה – מדוע להסיק מסקנה המבטלת מצווה?

בהוצאת ידיעות ספרים. המאמר מופיע גם באתר שלי.

8 ההדגשה שלי. ראו במאמרה של לוביץ בגיליון זה.

9 ראו על כך ביתר פירוט בשיעורו של הרב אהרן ליכטנשטיין, 'בעניין מצוות קידושין', באתר בית המדרש הווירטואלי של ישיבת הר עציון, VBM.

ב. הלוגיקה של הדיון ההלכתי

בטרם אבחן אחד לאחד את המקורות השונים והטיעונים בשתי הגישות, אסביר מדוע להבנתי יש כשל לוגי עקרוני במאמרה של לוביץ, הן ברמת המקורות הנידונים והן במסקנת הדיון.

דיון מסוג כזה מורכב משתי קומות שחשוב לתת עליהן את הדעת: בקומה הראשונה עלינו למיין את סוגי המקורות ולהבחין בין מעמדם הסמכותי; הקומה השנייה היא הסקת מסקנות. סוגי המקורות הם: התורה עצמה, ללא צורך בפרשנות (בלשון חכמים: "דבר שהצדוקים מודים בו"); החלטות של מוסד מוסמך (סנהדרין) או פסיקות בתלמוד שיסודן בפרשנות (דיני דאורייתא) או בחקיקה (דיני דרבנן); ופסיקות של פוסקים בתר-תלמודיים.

הדיון הזה חשוב בבואנו לשאול מהו רצון ה'. לפי התפיסה שמחויבת לתורה ולהלכה, מה שמופיע בתורה עצמה בוודאי משקף את רצון ה', ואילו מסקנות שעולות מפרשנות של בני אדם (גם אם מדובר בדיני דאורייתא) אינן בהכרח כאלה, ולעתים לתפיסתנו לא בהכרח קולעות לכוונת הקב"ה. ברובד הפרשני עצמו עלינו להבחין בין פרשנות של גורם מוסמך – כלומר הסנהדרין שלגביה יש ציווי של 'לא תסור', בכלל זה גם פסיקה תלמודית¹⁰ – לבין פסיקות של פוסקים לא-מוסמכים, כלומר שאינם בסנהדרין או שפעלו אחרי התלמוד.

קומה שנייה בדיון היא כאמור המסקנה. גם אם נניח שמצאנו באחד מהמקורות הללו הלכה שלדעתנו סותרת את המוסר, לפנינו ארבע אפשרויות עקרוניות: א. להחליט שהמוסר שלנו שגוי, ובעצם ההלכה משקפת את המוסר הנכון; ב. לקבוע שהפסיקה אינה מוסרית ובכל זאת לאמץ אותה¹¹; ג. לקבוע שההלכה הזאת אינה מוסרית ולדחות אותה; ד. להחליט שההלכה הזאת אינה מוסרית ולכן היא כנראה שגויה, ועלינו לפרש את המקור הנדון בצורה אחרת.

כפי שהקדמתי, כמו רבקה לוביץ גם לי יש אמון בערכי, כולל אלו שאין להם מקור בתורה או בחז"ל (ערכים ליברליים ומודרניים), ולכן אני שולל את האפשרות הראשונה המבטלת את המוסר. אבל דווקא מסיבה זו אני מניח שגם הקב"ה לא אמור לצפות ממני להתנהגות לא מוסרית. ומכאן שעליי לחזור לקומה א של הדיון ולשאול, באיזה סוג מקור מבין השלושה שנמנו למעלה אנחנו עוסקים כאן: אם זה דבר שמפורש בתורה, אז ברור שאפשרות ג' יורדת, ונשארות לנו שתי אפשרויות: לאמץ את ההלכה למרות אי-מוסריותה, כי יש לה טעמים דתיים (ב); או להבין שפירשנו אותה לא נכון (ד). כאשר מדובר בהלכה שאינה תלויה בפרשנות, מתבטלת אפשרות ד ועלינו לקיים

10 שכן מקובל שלתלמוד יש מעמד כמו סנהדרין, כנראה מכוח קבלת הציבור וכלל החכמים. ראו על כך בהרחבה בספרו של הרב שלמה פיישר, בית ישי – דרשות, ירושלים תשס"ד, סימן טו.
11 במאמרי 'אונס בשעת הקרב: הלכה ומוסר' שפרסמתי באתר שלי (טור 15), עמדתי על כך שההלכה יש מטרות משני סוגים, מוסריות ודתיות, וכשיש סתירה בין ההלכה למוסר, אין הכרח לוותר על אחד מהם, אלא אפשר לומר שאמנם המוסר מורה לעשות X אבל המטרות הדתיות מחייבות לעשות Y. אין שום סתירה עקרונית במצב כזה אף שפרקטית עלינו להחליט כמובן כיצד לפעול, אבל זה לא שונה מכל קונפליקט ערכי אחר. מקוצר המצע, לא אכנס כאן לעניין זה בפירוט. ראו באתר שלי: הרב מיכאל אברהם: שו"ת ומאמרים.

את ההלכה על אף אי-מוסריותה. זוהי כמובן אמירה תיאורטית, שהרי אין באמת הלכה שאינה תלויה פרשנות; תמיד ניתן לפרש את ההלכה באופנים שונים. ביחס להלכות מהפוסקים הבתרת-למודיים, המסקנה המתבקשת היא שהם כנראה טעו בפרשנותם (מסקנה ד), שכן לפי שיטתם יוצא שהתורה או הקב"ה מצפים מאתנו להתנהג באופן לא מוסרי וזה לא סביר. בהלכות שנקבעו במוסד מוסמך או בתלמוד, הפרשנות מחייבת אותנו, גם אם להערכתנו היא איננה נכונה (מסקנה ב). במקרה זה עלינו 'לכופף ראש' ולחכות להקמת מוסד מוסמך אחר שישנה את הפסיקה הקיימת או לנקוט דרך תקפה לשנות, לעקוף או להתאים אותה אלינו.¹²

יישום הניתוח הלוגי לענייננו

במהלך המאמר מביאה לוביץ מהראשונים והאחרונים, עד רבנים ודיינים בני זמננו, המתבטאים בצורה המשקפת תפיסה רכושנית של יחס האישות. כיצד נתייחס לדעות ראשונים, אם יש כאלה, הרואות באישה את רכוש של הבעל? מה זה אומר על ההלכה? אם נקודת המוצא שלנו היא שערך השוויון חשוב ושלא סביר שהקב"ה רוצה מאתנו התנהגות שאינה מוסרית – מתבקש להסיק את מסקנה ד: שהאמירות של אותם ראשונים נובעות מהתרבות ומתפיסת העולם הפטריארכלית שבתוכה הם חיו ופעלו, אבל אנו, שאיננו יכולים לקבל אותן כפירוש הנכון לקידושין, צריכים לפרש את מוסד הקידושין אחרת מהם, כלומר, לראות בו חוזה הרדי ולא פעולה של החלת בעלות. בכך כמובן, אנו עושים בעצמנו בדיוק מה שעשו לפנינו אותם ראשונים ואחרונים, ואין לגיטימי מזה. אלא שלוביץ מתעקשת לראות במקורות הללו ביטוי לרצון התורה וכוונתה, כלומר, היא מעניקה להם מעמד סמכותי בפרשנות הקידושין כקניין רכוש – ומכאן היא קופצת למסקנה שבשם השוויון, עלינו לבטל מצוות עשה מהתורה ולחיות בזוגיות ללא קידושין.

בעיניי כאמור, המסקנה המתבקשת היא שדעות אותם ראשונים לא מבטאות את רצון ה' וכוונת התורה, ולכן עלינו לפרש את התורה וההלכה אחרת, כלומר לראות בקידושין חוזה הרדי (ולא החלת בעלות), ולקיים את המצווה לקדש אישה כהלכתה. אסכם את טענתי כך: נניח שיש פסוק שאומר X, ובא פרשן מהראשונים שמפרש אותו בצורה Y, שלדעתנו היא פרשנות בלתי סבירה ולא מוסרית. כעת עומדות בפנינו שתי אפשרויות: א. להניח שהקב"ה בלתי מוסרי ולנטוש את מחויבותנו להלכה שלו ולציווייו; ב. להניח שאותו פרשן לא הבין אל נכון את כוונת הקב"ה והתורה, ולפרש אותה אחרת. אדם מאמין יוצא מנקודת מוצא שהקב"ה צדיק בכל דרכיו ושהתורה לא מורה לנו לעשות עוולות. לכן המסקנה המתבקשת היא לאמץ את דרך ב ולא את דרך א. אבל לוביץ משום מה בוחרת להסיק דווקא את מסקנה א.

אמנם, אם יש בתלמוד עצמו ראיות ברורות לתפיסה של הקידושין כבעלות, מצבנו קשה יותר, שכן התלמוד הוא מקור בעל תוקף הלכתי מחייב (גם אם לדעתנו הוא לא צודק). בהמשך אראה למה לדעתי אין ראיות כאלה. בכל אופן, גם אם היו ראיות כאלה, מדבריי עד כאן עולה שהן כלל לא רלוונטיות לדיון שלנו.

12 ראו על כך בספרי (לעיל, הערה 1).

ג. בחינת הראיות והמקורות

בחלק זה אבקש להראות שיש מוצא פרשני אחר, המאפשר לראות בקידושין חוזה ולא החלת בעלות, בדרך המעוגנת היטב בתלמוד וגם בראשונים.

מקורות לתפיסת הקידושין כחוזה

לוביץ מביאה את דברי הרמב"ן הידועים (גיטין ט, ע"א; וכן הוא בריטב"א ובר"ן על הרי"ף שם) שכותב שאישה אינה ממונו של בעל, אך פוטרת אותם בטענה "ראוי להדגיש שהרמב"ן לא כתב זאת בהקשר של מעמד האישה בנישואין אלא רק כהבחנה בין דיני גט לדיני שטרות ממוניים". מדוע חשוב ההקשר של הדברים? דברי הרמב"ן ברור מיללו: אישה אינה ממונו של בעל.¹³ לדברים אלו מצטרפים עוד ראשונים ואחרונים,¹⁴ כולם מבינים את דברי הרמב"ן כפשוטם. ההצגה כאילו כל הראשונים והאחרונים רואים בקידושין בעלות על האישה, היא מגמתית וחסרת בסיס, ונראה כאילו לוביץ מחפשת את הבעייתיות באופן מאולץ גם במקום שהיא איננה קיימת. למעלה הסברתי שגם אם כל הראשונים היו מחזיקים בתפיסה שהקידושין הם החלת בעלות על האישה, עדיין המסקנה היא שעלינו לפרש אחרת מהם. אבל אם רוב הראשונים והאחרונים כותבים בפירוש לא כך, אז מה בכלל הבעיה?! מדוע לוביץ בוחרת פרשנות לא הכרחית ולא סבירה רק כדי להציג בעיה?

מעבר לדברים המפורשים הללו, לתפיסה שהקידושין הם חוזה ולא בעלות יש עוד ראיות. לדוגמה, הגמרא בתחילת מסכת קידושין (ב, ע"א) לומדת שאישה נקנית בכסף מגזירה שווה 'ק'חה'-'ק'חה' משדה עפרון: כמו ששדה נקנית בכסף כך גם אישה. לכאורה, זוהי ראייה מוחצת לכך שהאישה נחשבת רכושו של בעלה כמו שדה ששייכת לבעליה; אבל לאחר מכן הגמרא מחפשת מקור לכך שאישה נקנית גם בשטר ובביאה, ומוצאת לכל אחד מהם מקור מיוחד משלו. והרי שדה נקנית גם היא בשלוש דרכים (ראו משנת קידושין א, ה): כסף, שטר וחזקה, והאנלוגיה לקידושי אישה לכאורה מתבקשת מאליה (ביאה מקבילה ל'חזקה', שכן זהו ה"שימוש" הרווח בה). נוסף את הכלל התלמודי הקובע שאין גזרה שווה למחצה (זבחים מח, ע"א), כלומר שכשעושים גזרה שווה ההשוואה בין שני ההקשרים צריכה להיות מלאה – לשיטתה של לוביץ הייתי מצפה שגם את קנייני שטר וביאה באישה נלמד מהשדה, באותה גזרה שווה; אבל הגמרא מחפשת לכך מקורות אחרים. יתר על כן, הראשונים אפילו לא מעירים על כך, כלומר, זה נראה להם מובן מאליה.

דומני שההסבר המתבקש הוא שהגמרא והראשונים לא רואים את ההשוואה בין אישה לשדה כגזרה שווה, שכן ברור להם שאין דמיון בין קניית שדה לקידושי אישה; קידושי אישה אינם יצירת בעלות! כל מה שהם לומדים משדה הוא רק שהמונח 'ק'חה', משמעותו העברת כסף, ולכן גם באישה, ה'ק'חה' נעשית בכסף.¹⁵

13 כביאור הדברים ראו באריכות בשיעורי ר' דוד פוברסקי ושיעורי ר' שמואל רוזובסקי, גיטין ב ע"א, ועוד הרבה.

14 למשל בחידושי ר' נחום פרצוביץ, שם, אות טז כתב: "וזהו שכתבו הרמב"ם והראשונים שאין האשה ממונו של בעל ואין דיני האיסורים כדיני הממונות וז"ב".

15 ובאמת הריטב"א בחידושי על אתר (ד"ה: 'כתיב הכא') מעיר שזו לא גזרה שווה אלא גילוי מילתא

מעבר לזה, בניגוד לקניין כסף רגיל שהאדם משלם את שווי החפץ שהוא קונה, בקידושי אישה הבעל אינו משלם את שווייה אלא מקדש אותה בפרוטה. מעולם לא שמענו שסכום הקידושין נקבע על פי שווייה של האישה או שווי של מה שהיא מספקת. משמעות הדבר היא שהכסף באישה אינו תשלום שווי של סחורה שנקנית, אלא מעשה פורמלי שמחיל חלות (חוזה האישות).¹⁶

לוביץ כותבת שהבעל קונה את האישה לעניין אספקת שירותי מין. אבל לא פחות ממה שהאישה מתחייבת לו, גם הבעל חייב לספק לה שירותי אישות (שארה, כסותה ועונתה). לכן סביר שדווקא אין כאן קניית רכוש או זכויות באישה אלא כריתת חוזה דו־צדדי ביניהם.

בעיית הא־סימטריה בין הבעל לאישה

אין בכוונתי לטעון שההלכה היא שוויונית כלפי נשים; יש בה מידה של שוויון, שכן המחויבויות הן הדדיות (ואולי המחויבויות של הבעל כלפיה אף משמעותיות יותר מאלו של האישה כלפיו). אבל האיסור של הבעל לקיים יחסי אישות עם אישה פנויה אחרת הוא קל, ואילו אישה שמקיימת יחסים עם גבר אחר (פנוי או נשוי) דינה מיתה וילדיה ממזרים.¹⁷ הבעל יכול לגרש את אשתו כשירצה בכך, גם בעל כורחה (רבנו גרשום צמצם זאת בחרם שלו), אבל היא אינה יכולה להתגרש ממנו אם הוא לא מסכים. אכן, ראוי לחשוב על דרכים הלכתיות למזער את הא־סימטריה, אך לענייננו, טענתי היא שהא־סימטריה אינה תוצאה של היות האישה רכוש בעלה. זר שבועל אשת איש הוא נואף ולא גזלן. בפשטות, ניאוף הוא איסור כלפי שמיא ולא איסור שבין אדם לחברו (כלפי הבעל), כמו שאר בעילות האסורות בתורה (כגון עם אחותו או אמו). יתר על כן, אישה שנאפה, נאסרת גם על הבעל וגם על הבעול – על הבעול אני מבין, אבל מדוע לאסור אותה על הבעל?! אם האישה היא רכוש, האין כאן 'כבשת הרש'?

המסקנה המתבקשת היא שההלכות שמפלות את האישה מול הבעל אינן קשורות לבעלות שלו עליה. מדובר בגדרים איסוריים ולא קנייניים. להמחשה ניתן להתבונן על איסורי הנאה. פירות ערלה או בשר חזיר שייכים לבעליהם, אבל בכל זאת התורה אוסרת את השימוש בהם (חזיר באכילה וערלה גם בהנאה). האם העובדה שאסור לו להשתמש בהם אומרת שהוא לא בעלים עליהם? לא בהכרח. בתפיסה הפשוטה הוא הבעלים המוחלט ברמה המשפטית, אבל במישור האיסורי נאסר עליו להשתמש ברכושו.¹⁸ כעין זה אני טוען גם לגבי האישה: הבעל אינו הבעלים שלה, והתלות שלה בו (למשל בגירושין) היא תולדה של איסור הלכתי ולא של היותה רכוש וקניינו.

16 שרק מלמד על משמעותו המילונית של המושג 'קייחה'. אין השוואה בין אישה לשדה. השלכה מעניינת לכך היא מה שהוכיח רבי חיים עוזר גרודז'נסקי (מובא אצל גיסו בספר אפיקי ים, חלק א סימן טז אות יא), שלמרות שלגבי קנייני שדה יש מחלוקת (ראו סמ"ע וט"ז בשו"ע חושן משפט תחילת סימן קצ) – האם הכסף שניתן הוא תמורה לסחורה או מעשה פורמלי, בקידושי אישה לכל הדעות מדובר במעשה פורמלי ולא בתשלום שווי.

17 אמנם כך גם דינו שלו. פורמלית ניתן לטעון שבהיבט הזה יש שוויון מלא בין גברים לנשים, שכן בכל מצב של קיום יחסים אסורים, הגבר והאישה שנוטלים בהם חלק עוברים אותו איסור ונענשים באותו עונש.

18 יש בזה כנראה ויכוח בין הראשונים, אבל כאן באתי רק להדגים את ההבחנה.

ניתן וראוי לחשוב כיצד להתגבר על הא-סימטריה המטרידה הזאת, אבל אין לה קשר לבעלות על האישה.

אנשים ונשים רבים מוטרדים מאופיו של מעשה הקידושין, שחייב להיעשות על ידי הבעל ולא על ידי האישה (הוא מוסר לה טבעת ובכך "לוקח" אותה לו לאישה. ראו קידושין ה, ע"ב). הראשונים מסבירים שזה נלמד מלשון הפסוק "כי יקח איש אישה", ולא כי תיקח אישה איש. ומקורם בגמרא, קידושין ד, ע"ב:

ואי כתב רחמנא 'ויצאה חנם' הוה אמינא היכא דיהבה (ליה) איהי לדידיה וקידשתו הוו קידושי כתב רחמנא 'כי יקח' ולא כי תקח [=אם התורה הייתה כותבת רק 'ויצאה חנם', היינו אומרים שגם היא יכולה לקדש אותו על כסף. לכן כתבה התורה 'כי יקח' ולא כי תיקח].

הטענה שנשמעת הרבה במקומותינו היא, שהא-סימטריה בפעולת הקידושין מבטאת אי-שוויון והיא שיוצרת את הא-סימטריה בקשר הקידושין (כלומר, שהבעל קונה את אשתו). זוגות רבים מחפשים דרך למתן את אי-השוויון, למשל, שגם האישה תיתן טבעת לבעל (אף שבאופנים מסוימים הדבר עלול לבטל את תוקף הקידושין). אבל זוהי פרשנות מופרכת; ראשית, מפני שבמישור המעשי האישה צריכה להתרצות ולהסכים – בלי זה אין קידושין ולכן זו אינה פעולה חד צדדית! אז מדוע חשוב מי קונה את הטבעת ומי עושה את פעולת העברתה לצד השני? זו סתם צורה של הטקס. במישור המהותי, המעשה הוא סימטרי ותלוי בשני הצדדים בשווה.

מעבר לכך, הפרשנות שהא-סימטריה בפעולה נובעת מקניין של הבעל באשתו, היא מופרכת. כפי שהסברתי, מעשה הקידושין הוא פעולת קניין שכורתת את החוזה בין בני הזוג, והתורה, מסיבותיה שלה, דורשת שהוא ייעשה דווקא על ידי הבעל. הדרישה הזאת איננה מבטאת קנייה של האישה ויש לכך הוכחה מוכרחת מדין התלמוד בקידושי שטר.

בסוגיית קידושין ט, ע"א הגמרא קובעת שבמכר של שדה, השטר נכתב על ידי המוכר ("הרי שדי מכורה לך"), ואילו בקידושין, השטר נכתב על ידי הבעל ("הרי את מקודשת לי", ובקטנה הוא כותב לאביה "הרי בתך מקודשת לי") – אם הבעל קונה את האישה, היינו מצפים שהשטר ייכתב על ידי המוכר ולא על ידי הקונה. הגמרא מסבירה זאת בלשון הפסוקים, אבל עדיין נותרת השאלה למה יש הבדל כזה. התשובה הסבירה היא מפני שקידושי אישה אינם קנייה שלה ושטר הקידושין אינו שטר קניין; הוא לא נכתב כמו שטר קניין, אלא נכתב על ידי הבעל. וגם אם פרשנותי כאן אינה נכונה, דבר אחד עולה מהסוגיה הזאת באופן חד וברור: הכיווניות במעשה הקידושין (הדרישה שהוא ייעשה דווקא על ידי הבעל) לא באה לבטא החלת בעלות של הבעל על האישה; שכן אם כך, אזי התורה הייתה צריכה לומר שבקידושי שטר, האישה היא שתכתוב שטר לבעל, שהרי היא לכאורה המוכרת. אבל התורה מקפידה שגם בקידושי שטר, המעשה ייעשה על ידי הבעל, שלא כמו בקניין רכוש. אנו רואים שבקידושין, מסיבה כלשהי, יש לתורה עניין שהפעולה תיעשה דווקא על ידי הבעל, אך לא בגלל שהדבר מבטא החלת בעלות שלו על האישה.

נושא הא-סימטריה מופיע ביתר עוצמה בגירושינו, שכן בניגוד לקידושין שבהם דרושה הסכמת האישה, בגירושינו הכול מסור לבעל (מעיקר הדין, לולא חרם דרבננו

גרשום). אבל מהסוגיה לעיל עולה שגם כאן, הדבר מצביע רק על א־סימטריה הלכתית ולא על קניין בעלות שיש לו בה. אמנם בגירושין 'המוכר' (הבעל) הוא הכותב את השטר (הגט), וכאן זה ממש כמו במכירת שדה; אבל ברור שזה לא נעשה בגלל שהוא המוכר אלא בגלל שהתורה, מסיבותיה שלה, דורשת שהדבר ייעשה דווקא על ידו. בגירושין, בניגוד לקידושין, יש א־סימטריה מהותית. אבל עדיין אין לה קשר לבעלות ולקניין.¹⁹

תשובה לראיות אליבא דלוביץ

ראינו שמהתלמוד ומכמה ראשונים עולה בבירור התפיסה שקידושין אינם החלת בעלות על האישה. לוביץ מביאה במאמרה כמה ראיות מדברי הראשונים והאחרונים המוכיחות לטענתה שפעולת הקידושין היא החלת בעלות. כפי שהסברתי, גם אם היא צודקת זה לא משנה מאומה לענייננו, מפני שזו דעת מיעוט, וגם אם הייתה זו דעת הרוב, המסקנה המתבקשת הייתה לפרש אחרת את המצווה ולא לזנוח אותה לחלוטין. כעת אראה, אף שכאמור הדבר אינו נחוץ, שגם הראיות שהיא מביאה הן בעייתיות:

א. לטענת לוביץ, המיקום של משנת 'האישה נקנית' בפרק ראשון של קידושין שדן בסוגי הקניין השונים: אישה, עבד ואמה עבריים, עבד כנעני ובהמה, מוכיח שמדובר בקניין.

ראשית, יש כאן התעלמות מהאופי האסוציאטיבי של התלמוד, שכן בהמשך אותו פרק דנים במצוות האב על הבן, בסמיכות תנופות והגשות, במצוות התלויות בארץ וכדומה. מדובר בקשר אסוציאטיבי והמיקום של קידושי אישה אינו מוכיח דבר על טיבם. כך לדוגמה, בפרק הראשון של מסכת מגילה יש אוסף משניות שעוסקות בהשוואות ובחריגים בנושאים שונים ('אין בין זה לזה אלא כך וכך').

שנית, גם אם נניח שיש קשר לא אסוציאטיבי גרידא בין המשניות, יש בדבריהן כאן הנחת המבוקש. הרי אנו מסכימים שמדובר בקניין, אך חלוקים בשאלה מהו אותו קניין – האם קניין בעלות או קניין שכורת חוזה. לכן אין להתפלל שדין הקידושין ממוקם בפרק הזה שעוסק בקניינים.

ב. לטענת לוביץ, הגמרא בכתובות נו, ע"ב אומרת שארוסת כהן אוכלת בתרומה משום שהיא 'קניין כספו' של הכהן.

19 ייתכן שהא־סימטריה הזאת יסודה בנוהג של בני אדם (ולא רק בימי קדם), שדרכו של הבעל להיות האקטיבי בנושא הזוגיות (הוא המחזר אחרי האישה). הגמרא קידושין ב, ע"ב אומרת: דתניא ר"ש אומר מפני מה אמרה תורה 'כי יקח איש אשה' ולא כתב כי תלקח אשה לאיש, מפני שדרכו של איש לחזור על אשה ואין דרכה של אשה לחזור על איש. משל לאדם שאברה לו אבירה מי חוזר על מי, בעל אבירה מחזר על אבירתו.

כך דרכו של עולם, שהגבר הוא המחזר (וכך הוא גם בדרך כלל בימינו), ולא בגלל שיש כאן קניין שלו בה. מהרש"א מסביר שבריאת האישה נעשתה מצלע שנלקחה מהאיש מבלי דעתו, ולכן היא בגדר "אבירה" שלו שהוא מחזר אחריה. בכל אופן, עלינו לפחות להסכים שהדבר אינו נוגע לשאלה האם פעולת הקיחה מצדו היא ביטוי להחלת בעלות.

ראוי אולי לקרוא לציבור לשנות את מנהג העולם וליצור מצב חברתי שוויוני יותר, שבו גם נשים מחזרות אחרי בני זוגן, ואז אולי אפשר יהיה שהאישה תיתן לבעלה טבעת. מה שחשוב לענייננו הוא, שהדבר נעוץ רק במנהגים חברתיים ולא קשור לראיית הקידושין כהחלת בעלות.

אני מסכים שזה נעשה בקניין כסף, השאלה היא האם פירוש הדבר הוא שהכהן הוא בעלים של האישה ושהיא רכוש. על כך גופא הוויכוח. שוב, יש כאן הנחת המבוקש. אבל לא רק הנחת המבוקש יש כאן, אלא לפחות לדעות מסוימות טענה לא נכונה. הדין שאשתו של כהן אוכלת בתרומה נלמד גם ממקור אחר בתורה (במדבר יח, יא): "כל טהור בביתך יאכל אותו" (ראו ירושלמי יבמות ט, ה ומקבילות). כמה אחרונים²⁰ מוכיחים שמדובר על אישה שנשואה לכהן (ולא רק ארוסה). אם כדברי לוביץ, היא רכוש, מדוע נדרש לכך מקור אחר, הרי אחרי הנישואין לשיטתה היא עוד יותר רכוש בעלה?!

שו"ת אבני מילואים סימן יז מסביר שמסיבה זו טוען השיטה מקובצת שם, בסוגיה בשם רש"י: "והאי נמי קנין כספו הוא. שקנאה בכסף קדושין". לכאורה דבריו מיותרים, שהרי אם האישה היא רכוש בעלה, למה חשוב אם היא נקנית בכסף או בצורה אחרת? ואם היא הייתה נקנית בביאה הדין היה אחר?! מכאן שכוונת הגמרא רק לומר שבאופן פורמלי, קניין הקידושין נעשה בכסף ולכן האישה נקראת בתורה "קניין כספו" של בעלה, אף שהיא אינה רכוש.²¹

גם בניו של הכהן אוכלים בתרומה והם ודאי אינם רכוש. מה שהם אוכלים בתרומה הוא מפני שהם חלק מהמשפחה שלו, בדיוק כמו אשתו, שגם היא בכלל "כל טהור בביתך". אלא ארוסה, שעדיין לא נחשבת לגמרי משפחתו (כי היא לא ב"ביתו") – זוקקת מקור אחר ולומדים זאת מכך שהאישות מוחלת לגביה בכסף. אגב, הריטב"א (כתובות נח, ע"א) כותב שהפסוק של "קניין כספו" אינו המקור האמיתי לכך:

תדע דהאי קרא ד'קניין כספו' אינו לענין אשת כהן כלל שאינו אלא לענין עבד כהן, דאשת כהן נפקא לן בספרי מדכתיב 'כל טהור בביתך יאכל אותו' ורבנן נקטי אידך קרא לרווחא דמילתא בכל דוכתא.

למותר לציין שהפרשנויות הללו לא נאמרו כאפולוגטיקה; בתקופת הראשונים אף אחד לא חש צורך להתגונן ולהתנצל על אי-השוויון המגדרי של ההלכה. כך בפשטות הבינו הראשונים והאחרונים את התורה וההלכה.

ג. מקור נוסף שמביאה לוביץ הוא מכתובות ב, ע"ב, שם דנה הגמרא בדין אישה שחלתה בין האירוסין לנישואין – האם כשהבעל מגרשה הוא חייב לתת לה כתובה?

אמנם, יש מהראשונים שכותבים שם שהאישה קנויה לבעל, למשל בתוספות רא"ש (וברומה לזה בתוספות ורשב"א שם) "דהאשה קנין כספו של האיש, כמו עבדו שורו

20 למשל בספר אמרי משה לרב משה סוקולובסקי, ורשה תרפ"א, א' ס' יג.

21 לוביץ עצמה מביאה את דברי השיטה מקובצת הללו, וכותבת כך: "לדברי קצות החושן, כוונתו של השיטה מקובצת היא לציין שאמנם אין קנין ממון לארוס גבי ארוסתו, לכך מפרש קנין כספו היינו שקנאה בכסף קידושין ועיקר אכילתה משום קנין איסור שבה שאסורה לכל העולם משום אשת איש, וכיון שאותו קנין איסור נקנה לו ע"כ כסף מקרי קנין כספו". הכוונה לדברי בעל קצות החושן שהובאו בשו"ת אבני מילואים סימן יז. הרי לנו שהדברים הללו מתפרשים ללא שום קשר לבעלות, אלא רק מפני שהחלות התחוללה על ידי מתן כסף. לגבי משמעות המונח 'קניין איסור' שמופיע כאן, ראו בהמשך.

וחמורו ותלויה במזלו". אכן נראה שכוונת הרא"ש היא לזיקה של בעלות, אם כי אולי יש מקום לומר שכוונתו לכך שנכרת ביניהם חוזה ונוצרה זיקה, כך שמזל האישה תלוי בזה של הבעל. אך יש לזכור שהדיון כאן הוא ממוני ולכן כמעט אין מנוס אלא לנהל אותו כאילו מדובר בעסקה ממונית. בנוסף, יש לזכור שהאמירות הללו באות לטובת האישה, כלומר מטרתן לחייב את הבעל לתת לה כתובה. לכן אומרים לו שמזלו גרם למחלתה. אבל גם אם כל זה לא נכון, לכל היותר יש כאן ספק מחלוקת ראשונים, שהרי אמירות אלו עומדות בניגוד לשיטות ולראיות שראינו עד כאן.

ד. ר' יצחק אלחנן ספקטור, מגדולי הפוסקים של המאה התשע-עשרה באירופה, כותב: "אין אוסרין עליו את אשתו, דאין לנו יכולת להפסיד זכות השעבוד שיש להבעל על אשתו ומקריא שדה של הבעל".²²

הרב יצחק אלחנן ספקטור מסביר שלבעל יש שעבוד באשתו, ולוביץ הבינה שהכוונה היא לסוג של בעלות (שעבוד במובן של עבדות). אך זה ממש לא הכרחי; אם נלך לשיטתי, הרי משמעותו של החוזה ביניהם הוא שלכל אחד מהצדדים יש זכויות אצל השני, וכל אחד משועבד לזכויות הצד שכנגד. כאשר אדם חותם עמי חוזה, יש לי זכות לקבל ממנו את מה שהתחייב. אין זה אומר בשום אופן שהוא רכוש.

אמנם לוביץ מקדישה סעיף מאוחר יותר כדי לטעון שהזכויות של האישה אצל הבעל הן אובליגטוריות (חוזיות) ואילו הזכויות שלו אצלה הן זכויות קנייניות; אבל כל הראיות שהיא מביאה לכך מופרכות לגמרי, וחלקן ממש מוכיחות את ההפך.²³ בתשובה אחרת שהיא מביאה, דן הרב ספקטור בעניין עגונה שבאה להינשא על פי עד ששמע מפי עד אחר שבעלה הראשון מת. הוא קובע שיש לדון את האישה כדין חפץ שעליו יש חזקת 'מרא קמא'. לדבריו: "היכא דאנו דנין לספק נתקדשה דיש לה מעלת

22 הרב יצחק אלחנן ספקטור, שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן טז.
 23 הראיה העיקרית שלה היא דיוק לשוני מפוקפק בדברי הרמב"ם, הלכות נדרים פרק יב הלכה ט. אבל היא מתעלמת מזה שהרמב"ם שם כותב בפירוש שהדין לגבי המחויבות ההדדיות הוא סימטרי לגמרי. אין שום ראייה מדבריו שכוונתו להבחנה בין סוגי הזכויות הללו. מעבר לזה, מדובר לכל היותר בהגדרה מופשטת שאין לה שום השלכות מעשיות (כאמור, הדין בפועל הוא לגמרי סימטרי). בהמשך היא מביאה מקורות לכך שיש הבדל בין בעל שאונס את אשתו לבין אדם שאונס אישה אחרת. אבל שוב הבדל זה קיים גם אם רואים את הזכויות כאובליגטוריות, שהרי עדיין באשתו יש לו זכויות כאלה ובאחרות לא.
 מיד לאחר מכן היא מזכירה שיש שהביאו ראייה נגד גישתה מזה שהאישה יכולה לדרוש לצאת מהבעל אם היא מואסת בו (רמב"ם הלכות אישות פרק יד, הלכה ח), אבל לטענתה זה מוכיח את ההפך: שכל זמן שלא יצאה היא קנויה לו. זה כמובן מופרך, שהרי זו גופא התמונה שעולה מזכויות אובליגטוריות ולא קנייניות. היכן מצאנו שהקניין של אדם יכול לדרוש לצאת מתחת יד בעליו כשירצה?!

היא מביאה שהרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פרק כא, הלכה י מדבר על הרשות של הבעל לעשות באשתו מה שירצה. הרב מתפרש אצלה משום מה כהיתר לעשות זאת באונס, למרות שהיא עצמה מעירה שזה לא עולה מלשונו. להפך, הוא מדבר שם על היתר איסורי ולא על זכות משפטית ביחס לאישה. היא מביאה לכך ראייה מהר"ן (למה הר"ן מעיד משהו על הרמב"ם? על כך נוהגים להעיר: גברא אנברא קרמית?! נדרים כ, ע"ב שמסביר זאת בקניין שיש לבעל באישה. אבל גם אם נקשור משום מה את הר"ן לרמב"ם, עדיין יש כאן שוב הנחת המבוקש. אני טוען שהקניין הזה הוא זכות אובליגטורית. כיצד דברי הר"ן מהווים ראייה נגד שיטתי?
 ולבסוף, כפי שהערתו בפרק הקודם, גם אם היא הייתה צודקת בדעת הר"ן והרמב"ם והנצי"ב וכדומה, מדוע היא מחליטה לבחור דווקא את הדעות הבעייתיות (לשיטתה) הללו ולהחליט שזו אכן משמעותם של הקידושים וזה אכן הפירוש הנכון בגמרא?!

חזקת מ"ק כעין מוכר ולוקח דרנין על קרקע וחפץ הנמכר די ש על הקרקע והחפץ סברת אוקי אחזקת מ"ק דלא יצתה מרשות הראשון".²⁴ זה כבר נראה ממש כחוסר הבנה, שכן בדיני 'טוען ונטען' בהלכה, יש חזקות שקובעות על מי נטל הראיה. כל מה שהוא אומר זה שכשמוציאים את האישה מחזקתה, יש להביא על כך עדות כשרה. אין כאן שום אמירה על כך שהיא רכושו של הבעל. אציין שגם להוציא אישה מחזקת איסור לכהן או מכל חזקה איסורית אחרת נדרשים שני עדים. הוא עצמו מתבטא שזה "כעין מוכר ולוקח דרנין על קרקע וחפץ נמכר". ברור שכוונתו רק לדמות את הדברים ולא לזהות ביניהם.

בהמשך מאמרה מתקוממת לוביץ כנגד דרישות שיש לבעל מאשתו (מחויבותה לקיים אתו יחסי אישות), שכן לדעתה הן משקפות תפיסה שלה כרכושו. זהו אותו ערבוב שראינו קודם. מי שחותם חוזה צריך לקיים אותו, והדבר לא מוריד מערכו ומעצמאותו. הוא יכול היה שלא לחתום על החוזה הזה, ומשעה שהתרצה לכך עליו לעמוד בדיבורו. אין ללמוד מכאן שהוא רכושו של השני.

ה. בהמשך מביאה לוביץ סדרת ציטוטים:

רבי אברהם מן ההר כותב: "שהיא קנויה לו לתשמיש, כדכתיב: 'כי יקח'".²⁵ לדברי הנצי"ב: "רמן התורה אין לאיש על אשתו שום קנין כי אם לאישות בלבד אבל זולת אישות אין לבעל שום קנין".²⁶ הרב יוסף אליהו הנקין מסביר: "מיהו לאישות, שתשמשנו ודאי קני לה".²⁷ והרב אלחנן וסרמן: "דבקדושין יש קנין ואיסור [...] שהמקדש עושה קנין והאיסור הוא בתולדה מכח הקנין, או להיפוך, שעושה האיסור והקנין נמשך מהאיסור".²⁸

לוביץ לומדת מכאן:

הגם שהיו שצמצמו את תחולת הקניין לאישות בלבד, עדיין האלמנט הקנייני קיים במעשה הקידושין.

אך זוהי שוב טעות, או לפחות הנחת המבוקש. לשיטתי כל אלו לא מדברים בשום צורה על בעלות. הם מדברים על קניין במובן של מעשה קניין שמחיל חלות של חוזה אישות, שכולל כמובן את המחויבויות ההדדיות בין בני הזוג. החוזה הזה, שמתחולל על ידי הפעולה הקניינית, מחייב את האישה ליחסי אישות וגם את הבעל כלפיה. ובכלל, המושג 'קניין איסור' בהלכה פירושו מצב איסורי שמתחולל על ידי פעולת קניין, ולא סוג של בעלות. מקורו של המושג הוא בעבד, ושם, במצב שהעבד הופקר, מה שמכונה 'מעוכב גט שחרור' – אין לארון שום זכות ממונית ובעלות עליו. נשאר רק הסטטוס האיסורי שלו, אלא מכיוון שהוא נוצר על ידי הקניין המקורי שנעשה בעבד, הוא קרוי

24 שם, סימן כז.

25 פירוש רבי אברהם מן ההר על מסכת נדרים טו, ע"ב.

26 הנצי"ב מוולוז'ין, שו"ת משיב דבר, חלק ד, סימן לה.

27 ר' יוסף אליהו הנקין, פירושי איברא, חלק א, סימן ד, סעיף א.

28 הרב אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, חלק א, הערות למסכת קידושין, סימן נג.

'קניין איסור'. זהו מצב איסורי ללא שום ממד של בעלות, בדיוק כמו היחס בין בעל לאשתו.²⁹

ד. דינא דמלכותא דינא ודעת הנשים בימינו

אבקש כעת להשלים את התמונה בדיון קצר בשני הטיעונים שמביאה לוביץ כחיזוק לביטול תוקפם של הקידושין בימינו.

דינא דמלכותא

לוביץ טוענת שבגלל עקרון השוויון שהוא בעל ערך חוקתי אצלנו, הקידושין הם אקט בלתי חוקי ולכן אינם תקפים מכוח 'דינא דמלכותא'.

כדי לטעון טיעון מכוח דינא דמלכותא דרושים שני תנאים: תנאי עובדתי – שהדבר יהיה אסור בחוק; ותנאי הלכתי – שדינא דמלכותא יהיה תקף הלכתית בנושא הנדון. די בכך שאחד משני התנאים לא יתקיים כדי להפיל את הטיעון. במקרה שלנו שני התנאים לא מתקיימים:

- **במישור העובדתי**, מקובל במחוזותינו שאת החוק קובע המחוקק ולא רצונו של אף אזרח, חיובי וחשוב ככל שיהיה. גם אם רבקה לוביץ או אני הקטן נבקש להמליץ למחוקק לאסור את הקידושין על פי החוק, כעת חיה החוק בישראל מכיר בקידושין כתקפים, ולצערי אף מחייב כל זוג יהודי להינשא כדת משה וישראל. כל עוד זהו המצב, אין איסור משפטי או חוקי על קידושין כדת משה וישראל. יותר מזה, אני מרשה לעצמי לשער שגם אם רבקה לוביץ תעתור לבג"ץ נגד מוסד הקידושין בשם עקרון השוויון, העתירה תידחה.

- **במישור ההלכתי**, דינא דמלכותא קיים רק בדיני ממונות. המלכות איננה יכולה לחייב אותנו לאכול חזיר או לאסור עלינו לשמור שבת ובאותה מידה היא איננה יכולה לאסור עלינו להינשא כדת משה וישראל. גם אם היא תאסור זאת (וכאמור, היא לא אוסרת), הדבר לא יהיה תקף הלכתית.³⁰

לכן, טענתה של לוביץ שקידושין אינם תקפים בגלל 'דינא דמלכותא' היא מופרכת. אגב, קדם לה שמואל הולדהיים, מההוגים הרדיקליים של הרפורמה, שטען בדיוק את אותה טענה, וכבר השיבו לו רבים בטענות ניצחות.³¹

29 ראו גם מאמרי 'מהי חלות' (לעיל, הערה 6).

30 מכאן יובן מדוע הקשר שעושה לוביץ לדברי הפוסקים על ביטול העבדות מכוח דינא דמלכותא הוא מופרך. העבדות היא דין ממוני ולכן שם באמת רלוונטי דינא דמלכותא.

31 התגובה הידועה ביותר היא תשובות באנשי און, לר' פנחס מנחם היילפרין, שבעצמו נחשד ברפורמיות (ראו למשל, רבי יצחק צבי מארגירעטין, בספרו תוקף התלמוד). ראו גם קונטרס אין תנאי בנישואין שמביא התייחסויות של גדולי הפוסקים לטענות דומות של רבני צרפת בפולמוס הידוע על הנישואין.

דעת הנשים

לוביץ כותבת שיש אומדנא שנשים כיום ודאי לא מתרצות לקידושין שמשמעותם בעלות של הבעל עליהן (לטענתה זה נכון גם לנשים חרדיות ומכל הסוגים והגוונים), ולכן הקידושין כיום אינם תקפים.

דומני שגם כאן, כמו בסעיף הקודם, לוביץ מערבת בין הרצוי (בעיניה) למצוי, או בין רצונותיה וערכיה לבין המציאות. עובדה היא שהנשים כיום כן מתרצות לקידושין והן יודעות בדיוק כמה הדבר כרוך. גם אם לשיטתה הן אינן מודעות להגדרות התיאורטיות (שמדובר בבעלות של הבעל), זה לא משנה. גם על פי החוק וגם על פי ההלכה, בדיני חוזים, אם אתה יודע למה אתה מתחייב והתרצית לזה, החוזה תקף (למעט מקרים שאסורים קוגנטית). גם הטענה הזאת של לוביץ מופרכת על פניה. אם נוסיף לכך את פרשנותי לקידושין, שלא מדובר בבעלות אלא בחוזה, הטיעון הזה מתבטל מאליו כמובן.

סיכום: בעיית אי השוויון בנישואין וכיווני פתרון

מטרתי במאמר זה הייתה להגן על טענתי שפעולת הקידושין אינה מחילה בעלות של הבעל על אשתו אלא מהווה חוזה דו-צדדי שיוצר מחויבויות הדדיות בין שניהם. עיון בראשונים ובאחרונים מורה שרובם לא תפסו את הקידושין כקניין בעלות, וגם אם מיעוט שבהם סבר כך – ואני בספק – מדוע עלינו לאמץ דווקא אותו כנאמן לרוח התורה ובגלל זה לבטל את מוסד הקידושין שהוא מצוות עשה?! יתרה מכך, גם אם מהתלמוד ומהראשונים הייתה עולה תפיסה רכושנית – עדיין לא עולה מכאן המסקנה שיש לוותר על הקדמת הקידושין לנישואין ולעבור על רצון התורה ועל ההלכה. המסקנה המתבקשת היא להתכופף בפני דין התורה (אם הייתה לו ראייה ברורה מהתלמוד, וכאמור אין כזאת) או לאמץ פרשנות אחרת לקידושין (אם היו ראיות ברורות מכל הראשונים והאחרונים, וכאמור אין כאלה) – שזה חוזה ולא בעלות. בכל מקרה, עלינו לקיים את חובתנו ההלכתית ולהקדים קידושין לנישואין.

בספר שאני כותב בנושא זה, אני מראה שדרישה לשינוי הלכתי צריכה לקיים שלושה תנאים: צורך (להראות שיש בעיה ולהציע לה דיאגנוזה); תוקף (להראות שמכניזם השינוי המוצע תקף הלכתית); ויעילות (להראות שהשינוי המוצע אכן פותר את הבעיה). דומני שמאמרה של לוביץ לא עומד באף אחת מהדרישות הללו. אמנם, הבעיה של אי-הסימטריה וחוסר השוויון המגדרי בנישואין אכן קיימת; אבל הדיאגנוזה של לוביץ, שמקורו של חוסר שוויון זה הוא בקניין הקידושין שמקנה לבעל בעלות על אישה, היא שגויה. זו איננה משמעות הקידושין וזהו איננו הבסיס לחוסר השוויון. בנוסף, הצעתה איננה תקפה ואיננה פותרת את הבעיה, שכן הפתרונות שהיא מציעה מנוגדים לנישואין כדת משה וישראל. הצעה כזו היא בעיניי שפיכת התינוק עם המים. עם חוסר השוויון המגדרי הקיים בהלכה צריך להתמודד בדרך של פתרונות שיצמצמו את הנגזרות שלו, כמו: תנאי בקידושין, חוזה קדם נישואין, הפקעת ממון הקידושין של סרבני גט (ברכיהו ליפשיץ), כפייה אלימה ובוטה יותר על בעלים סרבנים

(הרב שילת) וכדומה – אך ביטול הקידושין אינו הפתרון! אין הצדקה לעבור על ההלכה לשם כך, זה לא נחוץ, לא מועיל וגם לא פותר את הבעיה.

התחושה שלי לאורך כל המאמר של לוביץ היא, שיש כאן גיבוב של טענות שונות שאף אחת מהן אינה הכרחית וכמה מהן ממש שגויות; שיש בחירה מגמתית של פרשנויות לקידושין המנוגדות למוסר, זאת כאשר ישנן פרשנויות נכונות יותר שמתאימות למוסר; ולבסוף, שמסקנתה הגורפת היא ללכת בניגוד להלכה. נדמה כאילו לוביץ סימנה מראש בעיה במוסר הקידושין ועושה הכול כדי להוכיח אותה.

מעבר לזה, לתחושותי, הביקורת שלה מבוססת יותר על המינוח ('בעל', 'קניין' וכו') ועל אופי הטקס (מי נותן למי טבעת) ופחות על המהות – ההשלכות המעשיות. בעיניי, השאלה החשובה היא המהות; שם יש באמת בעיות, והדיון החשוב הוא כיצד נוכל לתקן אותן. אבל ברור שאין להן שום קשר לשאלת מהותם הקניינית של הקידושין.

לסיום אציין שאני בהחלט שותף לביקורתה של לוביץ על המוסדות המוסמכים בישראל, הרבנות הראשית והמחוקק, שלא עושים מאומה בנושא הכאוב הזה, אף שיש הרבה מה לעשות. כנראה, זה מה שהוביל אותה להצעות הרדיקליות הללו, אך לדעתי, מה שמוטל עלינו כיום זה לגרום להם לפעול ולתקן – ולזה גם אני הקטן משתדל לתרום באופן אקטיבי – ולא לפרוק מעלינו את המחויבות ההלכתית. הרבנות הראשית עושה מספיק נזקים גם בלי שהיא תגרום לאנשים יראי שמים לחרוג מהתורה ומההלכה. אנשי הרבנות הראשית יהיו הראשונים שישמחו להצביע על כך שמי שלא הולך בדרכם מגיע לחריגות מההלכה; דווקא משום שאני מזדהה עם מאבקה של לוביץ נגד המונופול של הרבנות הראשית, אני מתנגד ליוזמות כאלה; חבל לתת בידיהם קלף ניצחון.