

על הדין והדיין תשובה לעמיחי רדזינר

מאת

אבישלום וסטרייך

במאמרי¹ טענתי, בניגוד למקובל כיום בין חוקרי דיני המשפחה, כי פסק הדין הידוע בכינויו: "פסק דין בני נח", שבו קבע הרב שלמה דיכובסקי כי נישואין אזרחיים מוכרים לפי ההלכה, והתרתם נעשית בפעולה שיפוטית של בית הדין לפי כללי המשפט האזרחי וללא גט, איננו מהלך רטורי גרידא, שכל תכליתו שימור סמכותו של בית הדין הרבני בנישואין אזרחיים. טענתי היא כי פסק הדין מצמיח הכרה הלכתית מהותית בנישואין אזרחיים, הבאה לידי ביטוי באימוץ קריטריונים של גירושין ללא אשם ובקבלת דוקטרינות אזרחיות בעניין חלוקת הרכוש וחובת המזונות שבנישואין אזרחיים. המאמר מציג עמדה פרשנית, ולפיה השאלה אם פסק הדין אינו אלא רטוריקה בעלמא צריך שתיבחן בפרספקטיבה רחבה, הכוללת את ניתוח יחסיה של "הקהילה הפרשנית" לפסק הדין. וכך, יש באופן שבו הובנו ויושמו הדברים בפסקי דין מאוחרים לפסק דין זה כדי ללמד כי על אף שיקולי הסמכות המשולבים בסוגיה זו לפנינו מהלך המשקף שינוי הלכתי מהותי ואף מהפכה של ממש ביחסם של זרמים מסוימים בבית הדין הרבני לנישואין האזרחיים, שניצניה נחשפים בפסיקות העוסקות בעילות הגירושין ובזכויות הרכוש של הצדדים שנישאו בנישואין אזרחיים.

בתגובה למאמר זה כתב ידידי פרופסור עמיחי רדזינר את מאמר הביקורת: "אכן רטוריקה בלבד", המופיע בכרך זה.² בדבריו – שהם המשך לשיחות ולהתכתבויות רבות שקיימנו בינינו ועם עמיתים נוספים – טוען עמיחי כי פסק הדין לא שינה את העמדה ההלכתית של בתי הדין כלפי נישואין אזרחיים, וכי החידושים ההלכתיים הקיימים בו –

1 ראו אבישלום וסטרייך "רטוריקה ומהות ירדו כרוכין זה בזה? על נישואין אזרחיים בעקבות פרשת 'בני נח'" **משפחה במשפט** ו-543 (2013–2014).

2 ראו עמיחי רדזינר "אכן, רטוריקה בלבד: תגובה למאמרו של אבישלום וסטרייך" **משפחה במשפט** ו-579 (2013–2014).

לכאורה בלבד – לא התקבלו על דעתם של דייני בית הדין הרבני (ואפילו לא על דעתם של כותבי פסק הדין), וממילא לא יושמו מעולם. עיקרם של דברים, טוען עמיחי, מדובר במהלך רטורי, המיועד לעיני בג"ץ ושנועד לשכנעו להותיר את סמכות התרת הנישואין בידי בית הדין הרבני.

בדברים שלהלן אבקש להשיב בקצרה לתגובתו של עמיחי.

משונה סוגייתנו משאר סוגיות שבעולם המשפט העברי. דרך כלל, נטועה הסוגיה הנדונה בעולמה של ההלכה, ואתגרם של חוקרי ההלכה והמשפט העברי הוא להעניק לה את הקשרה התרבותי, החברתי וההיסטורי. אלא שמשקלם של ההקשרים הללו ומידת השפעתם על הסוגיה משתנים ממקרה למקרה וממקור למקור, ומן הסתם תלויים הם גם בגישה המתודולוגית של עורכי המחקר.

שניים מגדולי ההיסטוריונים של ההלכה, יעקב כ"ץ וישראל מ' תא-שמע, התפלמסו בשאלת המקום הראוי שיש לתת להקשר התרבותי וההיסטורי, אל מול השיח הפנים-הלכתי, בניתוח תופעות הלכתיות. מן הצד האחד עומד יעקב כ"ץ, המעניק משקל מרכזי להקשרים חברתיים חיצוניים. כ"ץ מבקש להדגיש את "התופעה הדתית-החברתית [...] היא הנימוק ההלכתי לכך אשר יהיה", ולפיכך משתמש "במונחים שאינם ממערכת המושגים של ההלכה התלמודית", שיתרונם בכך שהם מעניקים "נקודת תצפית חיצונית כביכול, ובכוחה הוא [=ההיסטוריון] יכול לחתור להבנת התופעה הדתית הנדונה בהתפתחותה, ללא תלות בהסברים של בעלי ההלכה עצמם". תא-שמע, לעומתו, בוחן את "ההסברים ההלכתיים-המשפטיים שהציעו פרשני התלמוד" או את "המציאות הפילולוגית המשפטית", שהן, בעיניו, חלק בלתי נפרד מהניסיון לפענח את התופעה ההלכתית הנדונה.³

מחלוקת, מטיבה, מציגה את העמדות הצגה קוטבית. אולם בפועל דומה ששני החוקרים הנזכרים שילכו במחקריהם הרבים הן את "נקודת התצפית החיצונית" והן את "המציאות הפילולוגית המשפטית", כפי שמעידים הם וכתביהם.⁴ עמיחי רדזינר במחקריו הרבים והחשובים ואני במחקריי מבקשים אף אנו ללכת בדרך משולבת זו, הן באשר למחקר ספרות חז"ל והן באשר לחקר המשפט העברי בן ימינו.⁵

3 הוויכוח בין השניים התעורר עת דנו בשאלה ההלכתית-היסטורית של ההפלגה בנהרות בשבת. לסיכום הדברים ראו ישראל מ' תא-שמע הלכה, מנהג ומציאות באשכנז 1100–1350, 185–188 (2001), וראו שם הפניות לסדרת מאמרי הפולמוס המקוריים בסוגיה זו.

4 תא-שמע מציין זאת בנוגע לכ"ץ בהתבסס על דברי ביקורתו של כ"ץ כנגד גרץ (ראו תא-שמע, שם). באשר לתא-שמע עצמו, ראו בדיונו העקרוני בשאלת משקלו של ההקשר החברתי במפעלם ההלכתי של בעלי התוספות, ובמיוחד רבנו תם; ישראל מ' תא-שמע הספרות הפרשנית לתלמוד באירופה ובצפון אפריקה – קורות, חיים ושיטות – חלק ראשון: 1000–1200 (מהדורה שנייה, 1999).

5 לדוגמה בעלמא 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"

אך במה נשתנתה סוגייתנו? במקרה דנן התמונה שונה: הסוגיה נטועה בהקשר ההיסטורי במובנו הרחב (חברתי, משפטי-אזרחי, ונכון אף לומר: פוליטי), ואילו שורשיה בעולם ההלכה מוטלים בספק. באופן פרדוקסלי משהו, הנחת המוצא של חוקרות וחוקרים הניגשים לבחינת הנושא היא דווקא נקודת המבט החיצונית, דהיינו הזיקה בין פסקי הדין בעניין נישואין אזרחיים לבין מאבק הסמכויות בין בתי המשפט ובתי הדין הרבניים.⁶ ובבואי לטעון כי דיון זה הוא – בין השאר – חלק משיח הלכתי פנימי, נמצאתי מחדש, והחידוש גדול כל כך, עד שהצבעה על מאפיינים נורמליים של השיח ההלכתי איננה מספקת, והטיעון נבדק בשבע בדיקות וחקירות.

אלא שלטעמי, נקודת ההנחה שההקשר החיצוני-פוליטי הוא ההקשר המרכזי, ואולי היחיד, דווקא היא טעונה בדיקה. דומני שהניסיון לעשות רדוקציה פוליטית טוטלית לשיח שהוא מטיבו משפטי, מחמיץ את לבו של השיח. ודוק: אינני שולל את מקומו של ההיבט הפוליטי-מוסדי. במאמר הנוכחי נתתי לו משקל רב, ואף במאמרים אחרים עמדתי על חשיבותו ועל תרומתו להתפתחות המשפטית הפנימית של ההלכה.⁷ אינני חולק אפוא על מסקנתו של עמיחי לקיומה של השפעה חיצונית על פסק הדין שלנו, בהתבסס על הקריטריונים של חיים סולוביצ'יק בספרו: יינם.⁸ אולם אני סבור שאין לראות בהשפעה זו חזות הכול. לכל הפחות בתודעתם של השחקנים בשדה המשפטי הם מתדיינים ופועלים בתוך עולם המושגים הפנימי, גם אם ההיבטים החברתיים-פוליטיים מעצבים את דרכם במידה זו או אחרת של מודעות.

הרב דיכובסקי הצהיר מפורשות (במאמר שעובד מפסק הדין) כי המהלך שנקט נועד לשמור את סמכות בית הדין הרבני.⁹ אכן, הודאת בעל דין. אולם הרב דיכובסקי עמל גם להצדיק את המהלך מנקודת מבט הלכתית. המהלך טומן בחובו חידוש רב מאוד, כפי

משפטים לט 155 (2009); אבישלום וסטרייך "הפקעת קידושין" במקורות התלמודיים: לשורשיו של פולמוס חדש-ישן" סידרא – כתב עת לחקר ספרות התורה שבעל-פה כז-כח 111 (2013).

6 זו עמדתו של צבי טריגר. ראו Zvi H. Triger, *Freedom from Religion in Israel: Civil Marriages and Cohabitation of Jews Enter the Rabbinical Courts*, 27(2) ISRAEL STUD. REV. 1 (2012). רות זפרן צועדת אף היא בדרך זו. ראו רות זפרן "מירוץ הסמכויות 'חי ובוט': מניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" **משפטים** מג 571, 623 (2013).

7 ראו Avishalom Westreich, *The 'Gatekeepers' of Jewish Family Law: Marriage Annulment as a Test Case*, 27 J. L. & RELIG. 329 (2011-2012).

8 ראו רדזינר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 586. בסיום מאמר הביקורת מגיע רדזינר למסקנה שונה על סמך קריטריונים אלו גופם; ראו שם, בעמ' 604.

9 שלמה דיכובסקי "ההכרה בנישואין אזרחיים ע"פ ההלכה" תחומין כז 239, הערה 2 (התשס"ז). ראו על כך וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558.

שתיארתי במאמר, ועמיחי הוסיף על כך כהנה וכהנה, אך החידוש כשלעצמו איננו שולל את מקומו של הדיון בתוך השיח ההלכתי. אדרבה, דווקא העמל המושקע בנקודה זו מלמדנו כי כותב המאמר שואף לקבל הצדקה לדבריו בתוך העולם ההלכתי הפנימי. חדשנות הלכתית איננה זרה לעולם ההלכה, ואף אם מבוססת היא על פרשנות דחוקה של המקורות – ואפילו מכוח "מצוקה של הדיין" כפי שכינה זאת עמיחי¹⁰ – היא עודנה חלק מהשיח ההלכתי.

אלא שכאן מתעוררת שאלה אחרת: גם אם נראה בדברים חלק מן השיח ההלכתי, האם אין מדובר בדעת יחיד, שנותרה הד בודד בעולם ההלכה?

מענה ראוי לשאלה זו יוכל להינתן רק מפרספקטיבה היסטורית רחבה, ועודנו חסרים פרספקטיבה שכזו. ברם במאמרי ביקשתי להצביע על "סימנים ראשונים, אולי ניצנים" לקליטתה של התפיסה החדשנית המדוברת. אף כאן אני מסכים כי אין מדובר בשיח הלכתי "טהור" (אם אכן ניתן לשאוף לשיח הלכתי שכזה). ודאי הוא שקליטתה של העמדה המתוארת נעשה בלחץ (או באימת) בית המשפט הגבוה לצדק, כפי שאכן ניתן להתרשם מסגנונם של כמה מפסקי הדין המזכירים זאת. אולם מדובר בתהליך, וככל שתהליך זה יתקדם (ולו רק בגלל הנפוצות הרבה של הנישואין האזרחיים בישראל), כך ההזדקקות לקונסטרוקצייה החדשנית תיעשה יותר ויותר מובנת מאליה.

המאמר, מכל מקום, "מקפא" את נקודת הזמן שבה אנו נמצאים ומבקש להצביע בתוכה על ניצניו של תהליך שתוצאתו היא הכרה בנישואין אזרחיים בשיח ההלכתי. המשך פיתוחו של תהליך זה תלוי בגורמים השונים המעורבים בו, ובעיקר בתי הדין ובית המשפט הגבוה לצדק. ייתכן בהחלט שהוא ייגדע באבו. אולם מטרתי הייתה לעמוד על ניצניו, ולא לו יש לטעמי בהחלט פוטנציאל התפתחות מעורר עניין.

עמיחי מעלה במאמר הביקורת המרתק – כמעט הייתי אומר משכנע – טיעונים רבים ומפורטים כנגד התזה שהצעתי במאמרי. אלו הם טיעונים נוקבים, שיש לתת עליהם את הדעת בכובד ראש. ברם חלק ניכר מן הדברים נזכרים ונדונים במאמרי, ועמיחי אכן הפנה לרוב רובם של המקומות שבהם התייחסתי לנקודות אלו, אלא שמטבע הדברים הציג את עמדתו החולקת. במסגרת הנוכחית אפוא לא אשוב לפרטי הדיונים. המקורות מוצעים בפני הקוראות והקוראים, וההכרעה בין הגישות מסורה לכל אחד ואחת.

עם זאת אני מבקש להתייחס התייחסות פרטנית לנקודה אחת מתוך מאמר הביקורת, זו הנדונה בסעיף ה ("גירושין ללא אשם – חידוש?"). אני סבור כי יש חידוש של ממש בבחירת מסלול של גירושין ללא אשם על ידי בית הדין הרבני ובעיגונו של מסלול זה בשיח ההלכתי. אלא שמדובר בנקודה "חמקמקה" למדי, שכן היא נמצאת בתווך שבין שתי אפשרויות דיכוטומיות, אשר שתיהן אינן עולות בקנה אחד עם אימוץ מסלול של גירושין

ללא אשם: מחד, הקשחת יתר של האפשרות להתגרש תלמד על החשש מפני זיקת אישות הלכתית. עמדה זו משקפת את עמדותיהם של פוסקי ההלכה המחמירים בעניין נישואין אזרחיים, ואשר הד להם נמצא בעמדתו של הרב אברהם שרמן.¹¹ מן הצד האחר, ריכוך הקריטריונים לגירושין וביטולם דה פקטו עד כדי מתן לגיטימציה מלאה לגירושין לפי דרישה וללא עילה ילמד על ביטול מוחלט של מעמד הנישואין האזרחיים. התווך שבו נמצא בית הדין הרבני הגדול (ולכל הפחות הרב דיכובסקי, כותב פסק הדין) כמו גם מקצת הרכבי בית הדין הרבני האזורי, שאליהם התייחסתי במאמר,¹² מצביע לדעתי על הכרה (מסוימת) בתוקפם של הנישואין האזרחיים, ובמילים אחרות, הענקת משמעות הלכתית לנישואין אלו מעצם טיבם כנישואין אזרחיים. אולם תווך זה צר למדי, ונטייה לכאן או לכאן עשויה לשקף כאמור את אחד הגישה המנוגדות – זיקת אישות הלכתית מכאן ושליטת תוקף מוחלטת מכאן.

שלוש נקודות ראויות לציון נגזרות מהאמור לעיל.

ראשית, תפקידו של בית המשפט העליון (בכובע בג"ץ). בית המשפט העליון משמש כאן דווקא בלם שמרני. מדינות המערב הולכות ושוקעות במשטרים של גירושין לפי דרישה,¹³ ואילו בית המשפט העליון הישראלי נוקט במקרה דנן עמדה שמרנית ומבקש להקשיח את אפשרות הגירושין גם בתוך המסגרת הליברלית שבה הוא פועל.¹⁴ אין הוא מוכן לקבל את האפשרות שהנישואין יותרו בכדי, ולפיכך דורש מבית הדין הרבני להבהיר את השיקולים שהניעוהו במהלך זה ומקבל את עמדתו המתונה של בית הדין הרבני, הגורס כי יש לאפשר גירושין במצב של שבר בלתי ניתן לאיחוי בחיי הנישואין.

11 וסטרייך, לעיל ה"ש 1, הערה 21; וכן שם, בעמ' 557–558.

12 שם, פרקים ד–ה למאמר.

13 ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד!": על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כח 671, 678–688 (2005).

14 החל משנות השמונים של המאה העשרים בית המשפט העליון משמש סמן ליברלי מובהק, אולם בתחומים אחדים הוא מייצג עמדות מסתייגות, שניתן לראותן כשמרניות. ראו על כך מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 132 (1993): "יוצא, שבעוד אשר בכל הנוגע ביחסי האזרח והמדינה, מצא עצמו בית המשפט, בשנות השמונים (כבשנות החמישים), חלוץ לפני המחנה, המסמן, באמצעות פסיקתו בעניין חירויות היסוד של האזרח, את דרכה של ישראל אל חיק הליברליזם המערבי, הרי כשמדובר בתחום הכלכלי, מצא עצמו בית המשפט, לנוכח נסיגתם של ערכי הסולידריות מפני ערכי הקפיטליזם האמריקאי, בעמדת הבלם והמרסן, המבקש לשמר ערכים ראויים של העבר מפני כרסום והתפוררות, או במילים אחרות, בעמדת 'בית המשפט המחשק'". זו בוודאי נקודה ראויה לציון, אם אכן בית המשפט בענייני נישואין וגירושין משמש גם בלם מפני שחיקת מוסד הנישואין, ויש מקום לבחון את הדברים בהקשרים רחבים יותר, החורגים מגבולות הדין הנוכחי.

פסק הדין החדש יחסית המובא במאמרו של עמיחי¹⁵ ממחיש נקודה זו – ודרכה אני מבקש לחזור לשאלה העיקרית הנדונה כאן, שאלת מעמדם של הנישואין האזרחיים בפסיקת בית הדין הרבני. בית הדין מזכיר את פסיקת בג"ץ בעניין בני נח, ובשלה, כמצוטט אצל עמיחי,¹⁶ נזקק לבחון – בכנות או שלא בכנות – את שאלת אבדן הסיכוי לשלום בית בין בני הזוג. תפקידה של פסיקת בג"ץ הוא אפוא הצבתו ועיצובו של מודל גירושין מתון ושמרני יחסית, מודל המעצב משטר של גירושין בשל מות הנישואין ואשר איננו מקבל משטר של גירושין ללא דרישה.

לדברים השפעה גם על הנקודה העיקרית של דיוננו, שאלת מעמדם של הנישואין האזרחיים בפסיקת בית הדין הרבני. יש לשים לב לכך שהדיון שמנהל בית הדין הרבני הגדול בינו לבין עצמו, בין שתי החלופות למשטרי הגירושין (גירושין בשל מות הנישואין וגירושין לפי דרישה), הוא דיון בתוך מערכת המכירה במעמדם של הנישואין האזרחיים. מבלי משים, החלופה שממנה נסוג בית הדין בעקבות פסיקת בג"ץ אף היא משמעה הכרה בנישואין אזרחיים, שהרי אם "די אם צד אחד חפץ בגירושין, בכך מסתיימים הנישואין" (שם), אזי ממילא נישואין לפנינו, אלא שניתן להתירם לפי דרישה.

אין כאן בהכרח משנה סדורה באופן מלא, וייתכן שמגמות שונות מתרוצצות בערבוביה בפסיקה זו ובפסיקות האחרות הנזכרות במאמרי ובמאמר הביקורת. לעתים, כפי שקורה בפסקי הדין שנדונו על ידי עמיחי, פסק הדין מייצג מגמה מורכבת, שיש בה מן העמדה הקלאסית, אך בד בבד גם השפעה של קונסטרוקציית בני נח (אני סבור שכך הם הדברים בשני פסקי הדין הנדונים במאמרי, ואשר עמיחי חולק מכול וכול על ניתוחם). ייתכן בהחלט שדייני בית הדין מתייחסים לקריטריונים הנזכרים אך ורק כדי לצאת ידי חובת בג"ץ. כפי שציין עמיחי, איננו בוחני כליות ולב. ומשכך, לטעמי, יש לתת מקום של כבוד לטקסט ולעולם המושגים המשמש אותו.

שנית, שאלת החדשנות. אין ספק שפסק דינו של בית הדין הרבני בעניין בני נח הוא פסק דין חדשני מבחינה תאורטית, אולם בית הדין מבקש להציג את עצמו כמי שפועל בתוך נורמה שיפוטית מקובלת. עמיחי עומד על הדברים במאמר הביקורת (סעיף ה) ומסיק מכך כי אכן אין חידוש של ממש בהכרעתו של בית הדין הרבני הגדול. אלא שבמסגרת השיח ההלכתי, שהוא מטיבו שיח מסורתי שמרני, לעתים דווקא הניסיון להציג את הדברים כמסורת מקובלת מעיד על עצמת החידוש הטמון בהם. קשה להניח שבמסגרת שיח זה,

15 תיק (גדול) 862867/2 (לא פורסם, 21.10.2012), מאת הדיינים אלגרבל, אלמליח ואיגרא; רדזינר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 602.

16 שם: "יחד עם האמור ולאור פסיקת בג"ץ לפיה לא ניתן לחייב גירושין על סמך עילת נישואין אזרחיים כשלעצמה בלבד, בנידוננו מתחייב ממשבר ומכשלון הנישואין ומהפירוד הממושך שחייבת האשה להתגרש".

ובתוך תחום נוקשה שהשמרנות בו היא נס ודגל, יצהיר בית הדין במפורש על מהפכה. פעמים המהפכה נטועה בהצבתה של שיטה צדדית במרכז הדיון ההלכתי. פעמים המהפכה טמונה ביישום הדברים הלכה למעשה, גם אם היא נעשית עקב בצד אגודל, ואינני חושש לומר שגם לרטוריקה יש חלק במהפכה זו (אכן רטוריקה, אולם רטוריקה המשפיעה על המהות).

שלישית, שאלת החיוב בגט. עסקתי בעניין במאמר, ועמיחי הגיב על הדברים בפרוטרוט.¹⁷ טענתי העיקרית היא שהחיוב בגט צפוי ומתקבל על הדעת, והיכולת של פרקטיקת בתי הדין להשתחרר מכך מוטלת בספק, ועל כן אין לראות בנקודה זו משום דחייתה של העמדה שבפסק דין בני נח.¹⁸ ניתן להמחיש את הדברים גם מתחומים משיקים. בפסק דין שניתן בסיוון תשע"ג על ידי בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב,¹⁹ נדון עניינו של זוג שהתגרש, אך הבעל טען אחר כך כי הגירושין היו פיקטיביים. בית הדין הרבני האזורי קבע חד-משמעית שבני הזוג גרושים, והטיעון על בטלות הגירושין משולל יסוד. אולם בסיום פסק הדין נקבע כי יש לסדר גט לחומרא: "מהיות טוב, ולאחר שיקול דעת הלכתי מחליט בית הדין שיש לסדר לצדדים גט לחומרא". פסק הדין ממחיש את משקלו הרב של הגט בשיח ההלכתי, שהרי גם אם מוסכם על הכול שאין בו צורך, במידת האפשר יש לסדר גט. אני סבור שכך הם הדברים גם בענייננו: אף על פי שמוסכם כי נישואין אזרחיים אינם דורשים גט, מאחר שיש החולקים על כך, בתי הדין הרבני יימנעו מהיתר נישואין בלא מתן גט (אלא אם מדובר במקרים של עגינות). ומכל מקום, לעניין מעמדם של הנישואין האזרחיים, אינני חושב שנקודה זו מכריעה, כפי שכתבתי במאמר.

מרכזיותו של מתן גט בענייני נישואין וגירושין רלוונטית גם לסוגיה אחרת, סוגיית הפתרון לבעיית סרבנות הגט. לבעיית סרבנות הגט הוצעו מגוון פתרונות, ובהם הועלתה ההצעה להפקיע קידושין של סרבני גט. ההצעה זכתה לביקורת קשה ולדחייה מוחלטת מצד רבנים ודיינים.²⁰ במאמר קודם הראיתי כי להצעה להפקיע קידושין יש בסיס איתן

17 ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 1, פרק ד.3; רדזינר, לעיל ה"ש 2, פרק ד.
 18 מלבד הדיון הנקודתי המוצע כאן ראו פנחס שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי 55-58, 143-150 (1975).
 19 תיק (אזורי ת"א-יפו) 360677/3 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 7.6.2013), מאת הדיינים שאנן, בר אור ושטסמן.
 20 ראו שלמה ריסקין "הפקעת קידושין: פתרון לעגינות" תחומין כב 191 (התשס"ב) ותגובתו של הרב זלמן נחמיה גולדברג "הפקעת קידושין אינה פתרון לעגינות" תחומין כג 158 (התשס"ג), וראו המשך ההתדיינות בין השניים, שם. ראו גם הצעתו של ברכיהו ליפשיץ "אפקעינהו רבנן לקידושין מניהו" מפירות הכרם 317 (התשס"ד) ותגובתו של הדיין אוריאל לביא "האם ניתן להפקיע קידושין של סרבן גט" תחומין כז 304 (התשס"ז). לתשובה לביקורתו של הרב לביא ראו: ברכיהו ליפשיץ "על מסורת, על סמכות ועל דרך ההנמקה" תחומין כח 82 (התשס"ח)

במקורות.²¹ אולם בשל מעמדו של הגט בשיח ההלכתי, ובשל הקושי הרב מיצירת פירוד (הלכתי) בין בני זוג בלא גט, דעתי היא כי באופן מעשי יש לחתור לפתרון שישלב בין מתן גט לבין הפקעת קידושין. כך ניתן למשל לקבוע (בחקיקה או בתקנת קהל²²) כי לבית דין רבני תהיה סמכות לכפות גט ולהפקיע קידושין גם יחד. מעתה, הפקעת הקידושין לא תיעשה בכדי אלא בשילוב של "גט כל דהו", כלשונם של הפוסקים הדנים בעניין, ושילוב זה יעצים את המשקל ההלכתי שיש לפתרון המוצע: אלו החוששים לכפייה שלא כהלכה (גט מעושה) יוכלו לסמוך עצמם על הפקעת הקידושין, ואלו הסבורים שאי אפשר להפקיע קידושין בלא גט יראו בגט הניתן בכפייה את הסמוכות הדרושות להפקעת הקידושין.²³

אבקש לסיים את הדברים באנקדוטה היסטורית קטנה, הקשורה לענייננו, ואשר אף אותה למדתי מכתביו של פרופ' תא-שמע ז"ל. בדיונו בשאלת עמדתם של אישי הלכה בספרד כלפי שיקולים פילוסופיים בהכרעת ההלכה,²⁴ מנתח תא-שמע את הפולמוס בין רבנו אשר (הרא"ש) לבין תלמידו ר' ישראל בן יוסף, בנוגע לפירושה של תקנת טוליטולה, העוסקת בירושת הבעל את אשתו. ר' ישראל מציג עמדה מרתקת, המבקשת לפרש את תקנת טוליטולה על פי רובדי משמעויותיה של הערבית הספרותית, הלשון שבה לטענתו נתחברה התקנה במקורה. החוקרים פירשו עמדה זו בכמה פנים: אם כהכרה ב"משפט הטבע" – מערכת משפט חוץ-הלכתית התקפה (לדעת ר' ישראל) לפי ההלכה, אם כביקורת ההלכה, ואם כעמדה המשלבת טיעונים פילוסופיים בתוך מסגרתה של ההלכה. הדברים מרתקים, אך חורגים מענייננו, והקוראים יוכלו למצאם במקומם.²⁵

בתוך דבריו מביא ר' ישראל את הדוגמה הזאת:

ותשובתו של הרב לביא: אוריאל לביא "הפקעת קידושין אינה מענה לסרבנות גט" תחומין כט 247 (התשס"ט).

- 21 ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 5, ובעיקר פרקים 6–7 במאמר.
- 22 אינני רוצה להיכנס במסגרת הנוכחית לדיון בשאלת הסמכות לתקן תקנה מעין זו; ראו במאמריהם של ריסקין וליפשיץ, לעיל ה"ש 20.
- 23 וסטרייך, לעיל ה"ש 5, בעמ' 140–141. קו מחשבה זה עומד מאחורי הצעת הפתרון המשולש של הרב פרופ' ברויד; ראו Michael J. Broyde, *A Proposed Tripartite Agreement to Solve some of the Agunah Problems: a Solution without any Innovation*, 20 JEWISH L. ASS'N STUD. 1 (2010).
- 24 תא-שמע, לעיל ה"ש 3, בעמ' 79–93.
- 25 תא-שמע, שם. העמדה הראשונה היא עמדתו של ל' טייכר. העמדה השנייה היא עמדתו של יצחק בער, והשלישית היא עמדתו של תא-שמע עצמו. לשאלת תקפותו של משפט הטבע לדעתם של חכמי ההלכה ראו למשל אבי שגיא יהדות: בין דת למוסר 103–157 (1998); Daniel Sinclair, *Feticide, Cannibalism, Nudity and Extra-legal Sanctions: Elements of Natural Law in Three 19th-20th Century Halakhists*, 20 JEWISH L. ASS'N STUD. 262 (2010). בהקשר לעניין הנדון כאן ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 1, הערה 85.

[...] שהמלות כוללות כל דבר שהשכל גוזר בו, ובעל הדת פורש מהן ומשנה בהן כפי רצונו. כיצד, הרי שהשכל גוזר שכל מי שיקח אשה ויחדנה להוליד ממנה, בין ישראל בין גוי, תיקרא זאת אשתו... ואחר כך בא בעל הדת והפקיע האישות מן הכותים ואמר אין אישות לכותי... והנה אשת ישראל היא אשתו על פי השכל ועל פי הדת, ואשת הכותי היא אשתו על פי השכל בלבד, ולא על פי הדת [...].²⁶

ר' ישראל מציג עמדה המכירה בדר-קומתיות של המשפט לעניין נישואין: הקומה האחת תקפה אוניברסלית (קומה המכונה על ידיו תקפה "על פי השכל" – אם כמשפט טבע אם כעובדה חברתית ואם מכוח מערכת נורמטיבית אחרת), ואילו הקומה השנייה ייחודית להלכה: נישואי ישראל התקפים "על פי הדת". מרתק הוא שתבנית זו דומה לקונסטרוקציית בני נח, המכירה בשני מעגלים, או בשתי קומות נורמטיביות, של הנישואין.²⁷ עמדתו של ר' ישראל נדחתה בחריפות על ידי הרא"ש. עמדתו של הרב דיכובסקי, פורמלית, התקבלה על ידי בית הדין הרבני הגדול. אולם מהותית הדברים עדיין אינם ברורים, ויש המבקשים לטעון – כפי שהעלה עמיחי במאמר הביקורת – כי רטוריקה בלבד לפנינו, והדברים כפי שמוצגים דחויים מכול וכול, פרקטית ומהותית. דעתי בעניין זה, כאמור במאמר גופו, שונה. אני סבור שיש לראות בדברים קונסטרוקצייה הלכתית לגיטימית, אף אם אמנם חדשנית. ובאשר לקליטתה, עד כה, זו נעשית עקב בצד אגודל, כדרכו וכטיבו של השיח ההלכתי, אולם ניצנים לקליטתה, מאונס או מרצון, קיימים גם קיימים.

26 תא-שמע, לעיל ה"ש 3, בעמ' 82.

27 אינני מתיימר לומר שר' ישראל מכיר בתוקפם של נישואי בני נח כשמדובר בלא יהודים, אלא להראות קונסטרוקצייה דומה לקונסטרוקציית בני נח בעניין תוקפם של הנישואין. אשר לתקפותו של המבנה הדר-קומתי כלפי יהודים לפי עמדתו של ר' ישראל, הלה מכיר בכך בעניין תקנת טוליטולה (ואולי יש להשליך מכאן על ענייני ממון אחרים. ראו תא-שמע, שם, בעמ' 83), ודוגמה זו משתלבת עם דבריי בגוף המאמר: וסטרייך, לעיל ה"ש 1, בעמ' 570.