

הסדרת יחסי אישות בין בני זוג בהסכמה בהלכה היהודית

מאת

יחזקאל מרגלית*

לאחרונה אנו עדים לריבוי מאמרים מחקריים ורבניים העוסקים באספקטים שונים של יחס ההלכה למערכת יחסי האישות בין בני הזוג, דיונים שעד לאחרונה היה נהוג לערוך אותם בחדרי חדרים. בהלכה זוכה מערכת יחסים זו להסדרה מקיפה ביותר, כדרכה של התפיסה ההלכתית. שלא כמו במשפט האזרחי, שבהשפעת מערכות המשפט הליברליות-מודרניות, מדיר במוצהר את רגליו מעיסוק משפטי במערכת יחסים אינטימית זו. המושג ההלכתי שנתייחד להסדרת מערכת יחסים זו הוא מצוות/חובת ה"עונה".

במחקרנו נבקש, ראשית דבר, להעמיד לדיון מחודש את הקביעה המסורתית, המשקיפה על רכיב העונה בנישואין כדת משה וישראל כעל רכיב קוגנטי, הקבוע כחייב הלכתי נוקשה שעליו לא ניתנה לבעל היכולת, לא בהסכמה משותפת עם בת זוגו, וודאי שלא בהתניה חד-צדדית שלו, לפטור עצמו מחיוב בסיסי זה כלפי אשתו.

תמה מסורתית זו מגולמת בקביעת התלמוד הבבלי, שבחר ברכיב העונה כאב טיפוס לכל ניסיון להתנות על חיוב שמקורו בתורה שדינו להיות בטל, הואיל ומדובר ב"מתנה על מה שכתוב בתורה"; כן עמדו ראשונים שונים על כך שעונה היא "עיקר אישות", "עיקר נישואין של תורה", "תשמיש עקר הנשואין מן התורה הוא".

כעולה מכותרתו של מחקרנו, עיקר חידושו יעסוק בבחינה מחודשת של תמה מסורתית זו, בעקבות הארת פנים ליסודות הדיספוזיטיביים השונים של רכיב העונה – אם באמצעות הטלתו של תנאי בקידושין בדבר איון חובת העונה, אם

* ד"ר למשפטים; חוקר אורח בבית הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו יורק (N.Y.U.) (2011) – מרצה מן החוג באוניברסיטת בר-אילן. מאמר זה הוא עיבוד של המחצית השנייה של עבודת תזה בשם "ועונתה לא יגרע": על הסדרה ציבורית ופרטית של יחסי אישות בין בני זוג במשפט העברי, שנכתבה בהנחייתם של פרופ' ברכיהו ליפשיץ ופרופ' שחר ליפשיץ.

בשל מחילת האישה על זכותה זו ואם בעקבות מתן רישיון לבעל להימנע מקיומה של חובה זו זמנית או כדרך קבע.

- א. הצגת הדיון
- ב. מה בין ההלכה היהודית לבין המשפט האזרחי?
- ג. היבטיה הקוגנטיים של מצוות/חובת העונה
- ד. "תנאי" בקידושין – "על מנת שאין לך עלי... עונה"
1. הרובד התנאי – מתנה על מה שכתוב בתורה?
2. הרובד האמוראי – ניתן להתנות על חובת העונה
- ה. מחילת האישה על זכותה לעונה
1. מבוא
2. הרובד האמוראי
3. ספרות הראשונים ופסיקת ההלכה
- ו. הרשאת האישה והסכמתה למגיעה בזכותה לעונה
1. ספרות הראשונים ופסיקת ההלכה
- ז. אחרית דבר

א. הצגת הדיון

לאחרונה אנו עדים להתגברות העיסוק המחקרי והתורני-רבני בהיבטים שונים של הסדרת ההלכה את יחסי האישות בין בני זוג. עניין מרידת אישה בבעלה וחוסר הסכמתה לקיים עמו יחסי אישות,¹ לא אחת בטענה שבעלה "מאס עלי" ולכן דורשת היא שיכפו גט על בעלה, זכה לכתיבה ענפה ביותר הן במישור המחקרי והן במישור התורני-רבני.² ואולם, כיום ניתן

1 ראו על כך מחקריו הענפים של אלימלך וסטרייך, כדוגמת אלימלך וסטרייך "עלייתה ושחיקתה של עילת המורדת" שנתון המשפט העברי כא 123 (התש"ס). ביתר הרחבה אלימלך וסטרייך תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורת (התשס"ב); אורי ליפשיץ "מורדת" משבר וברית" שני המאורות: השוויון במשפחה ממבט יהודי חדש 207 (זוהר מאור עורך, התשס"ז). לכתיבה רבנית ראו בית הדין הרבני (אזורי ת"א) "מרידה מחיי אישות כעילה לתביעת גרושין – סמכות ביה"ד לדון בתביעה ובכרוך לה" שורת הדין ח, תקכ (התשס"ג).
2 לספרות רבנית ראו בין היתר אברהם הורביץ קונטרס הברורים (התשל"ה); חיים טיקוצינסקי תקנות הגאונים פרק א (מאיר חבצלת מתרגם, התש"ך); שאר ישוב הכהן "כפיית הגט בזמן הזה" תחומין יא 195, 195–202 (התש"ך); רפאל אהרן בן שמעון בת נעוות המרדות (מהדורה מחודשת ומהודרת, התש"ס). לספרות מחקרית ראו, למשל, בן ציון שרשבסקי דיני משפחה 185–203 (מהדורה רביעית, התשנ"ג); מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ב 541–546 (מהדורה שלישית, התשמ"ח); רצון ערוסי "הגורם העדתי בפסיקת ההלכה (כפיית גט במורדת "מאוס עלי" – אצל יהודי תימן)" דיני ישראל יא, קכה (תשמ"א–תשמ"ג); זאב פלק "המורדת על בעלה" סיני מט, קפג (התשכ"א); משה שפירא

למצוא עיסוק רב בהיבטים נוספים שונים של הסדרת ההלכה תחום אינטימי זה, שער לאחרונה העיסוק בו היה נעשה בחדרי חדרים בלבד. וכך כיום ניתן למצוא כתיבה על ההשלכות ההלכתיות של קיום יחסי אישות קודם לנישואים³ ולאחר הנישואים⁴ או קיומם של יחסים אלו ללא חופה וקידושין,⁵ אם מותרים יחסים אלו בכפייה וללא הסכמת בת הזוג⁶ ועוד.

בדומה לכך, הסדרת יחסי האישות בין בני זוג בהלכה היהודית זכתה אף היא לעדנה תוך שנדונה היא בכמה מאמרים רבניים ומחקריים,⁷ לרבות הכוונה הרצויה בשעת קיומם.⁸ כן

"גירושין בגין מאיסה" דיני ישראל ב 117 (התשל"א); משה זילברג המעמד האישי בישראל 106 ואילך (התשי"ח); זרח ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג-ד (התשמ"ו). 193, 183, 153 (התשל"ו-התשל"ז); אבישלוס וסטרייך "ומעולם לא עלתה על דעת חכמי התלמוד כפייה זו לעולם" – על כפיית גט בהלכת המורדת במשנה ובתלמוד" מחקרי משפט כה 563 (התש"ע).

3 כדוגמת מאמרו של ישראל מ' לאו "בגדרי יחסי אישות בטרם נישואין" תורה שבעל פה כז, פד (התשמ"ו). לכתיבה מדעית ראו ג'ני רוזנפלד "בין הלכה למעשה אתיקה מינית עבור רווקים ורווקות אורתודוקסיים" דעות 43, 24 (התשס"ט).

4 זוהי סוגיית "הגט הישן", שבה נתגלעה מחלוקת תנאים אם קיומם של יחסי אישות לאחר גירושין וקבלת גט כריתות כדת וכדין מצריך קבלתו של גט נוסף, בשל החשש שאדם שב וקידש את גרושתו במעשה אישות זה. ראו על כך משנה, גיטין ח, ד; בבלי, גיטין עט, ע"ב. לסיכום פרטי הדין השונים ראו "גט ישן" אנציקלופדיה תלמודית כרך ה, תרפח (בתשל"ו).

5 ראו על כך בספרות המחקרית הזאת: הסקירה הכללית המובאת אצל אליקים ג' אלינסון נישואין שלא כדת משה וישראל: עיון בספרי ההלכה (1975). עיקר העניין מעורר מוסד הפילגשות שעניינו שאלת ההיתר לקיים יחסי אישות ללא חופה וקידושין. ביתר הרחבה: יאיר בן שטרית קשרי פילגשות מגלות ספר עד ימינו: התהליך ההיסטורי של פסיקת רבני הדורות (עבודת גמר לתואר "מוסמך", טורו קולג', השלוחה בישראל, 2000). כן ראו בשפע המאמרים שיצאו בעקבות המאמר הפולמוסי הזה: צבי זהר "זוגיות על-פי ההלכה ללא חופה וקידושין" אקדמות יז 111 (התשס"ו) ולמאמרי הביקורת שלא אחרו לבוא: יהודה ה' הנקין "אחרית מי ישורנה" אקדמות יז 33 (התשס"ו); שמואל אריאל "פילגשות אינה "חברות" אקדמות יז 41 (התשס"ו); מיכל טיקוצ'ינסקי ורחל שפרכר פרנקל "תזהירם מן הפילגש" אקדמות יז 67 (התשס"ו) ובתגובה לתגובות: צבי זהר "תשובה למגיבים" אקדמות יז 77 (התשס"ו).

6 ראו על כך נחום רקובר יחסי אישות בכפייה בין בעל לאשתו (סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת נה) התש"ס, www.mishpativri.org.il/researches/mekorotalimut.htm [=] שנתון המשפט העברי ו-1 295 (התשל"ט-התש"ס); יגאל צפירה "יחסי אישות בכפייה" תחומין כד 222 (התשס"ד).

7 למאמרים רבניים ראו על כך שג"ר "מצוות עונה" ויקרא את שמם אדם: זוגיות ומשפחה ממבט יהודי חדש 193 (זהר מאור עורך, התשס"ה); משה ארנרייך "חיוב עונה: חובה רגילה או עיקר הנישואין" חמדת הארץ ב 42 (התשס"ב). אף אנו עסקנו בהרחבה בנושא זה בעבודת תזה שהוקדשה לעניין זה, ראו על כך יחזקאל מרגלית "ועונתה לא יגרע": על הסדרה צבורית ופרטית של יחסי אישות בין בני זוג במשפט העברי (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התשס"ו). בהיבטים הדיספוזיטיביים הראשוניים של חובת/מצוות העונה עסקנו בקצירת האומר במאמר הזה: Yehezkel Margalit,

נדונה כלל תפיסת ההלכה היהודית את המיניות ומקומו של היצר הרע בספרים שהוקדשו לנושא⁹ ובכמה מחקרים.¹⁰

ענייננו במחקר זה הוא הסדרת ההלכה את מערכת יחסי האישות הזוגית בשונה מהיבטיה הפרימיטיביים הגלומים במצוות פריה ורביה, שהיא אחת המצוות היסודיות והחשובות ביותר, שעליה נאמר: "אמר רבי אבין חיבב הקב"ה פרייה ורביה יותר מבית המקדש".¹¹ על ההבחנה שבין שני עניינים אלו כבר עמד בעל המגיד משנה שכתב כך: "...שמצות עונה ומצות פריה ורביה הם ב' דברים ואין זו תלויה בזו ופשוט הוא".¹²

On the Dispositive Foundations of the Obligation of Spousal Conjugal Relations in Jewish Law, XVIII JLAS 161 (2008).

8 על הכוונה הראויה בשעת קיומם של יחסי האישות ראו ג'רמי כהן "כוונה בקיום יחסי מין על-פי דעות רבניות במאות הי"ב והי"ג" תעודה יג 155 (התשנ"ז).

9 על כך ראו דניאל בויארין *הבשר שברוח: שיח המיניות בתלמוד* (2002); ארוס אירוסין ואיסורים: מיניות ומשפחה בהיסטוריה (ישראל ברטל וישעיהו גפני עורכים, 1998).

10 על תפיסת היהדות את המיניות באופן כללי ראו STEPHEN G. POST, *ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS* (2004). להשוואה אפשרית לתפיסת הנצרות את המיניות בהקשר של ההיבט הפרימיטיבי שלה, נושא החורג מחוץ לגבולו של מחקר זה, ראו JEREMY COHEN, "BE FERTILE, AND INCREASE, FILL THE EARTH AND MASTER IT": THE ANCIENT AND MEDIEVAL CAREER OF A BIBLICAL TEXT (1989). בין היתר ניתן למנות את החוקרים המרכזיים הבאים שעסקו בהסדרת ההלכה את המיניות: דניאל בויארין וישי רוזן צבי, שאלו הם מחקריהם המרכזיים, בהתאמה: דניאל בויארין "בעלים, נשים ושיח מיני: התלמוד קורא את פוקו" תיאוריה וביקורת 4, 161 (1993); דניאל בויארין "כלים ישנים יהודים בתולדות המיניות?" מחברת שדמות 1, 93 (1995); ישי רוזן-צבי "יצר הרע בספרות האמוראית: בחינה מחדש" תרביץ עז 71 (התשס"ח); ישי רוזן-צבי "יצר הרע, מיניות ואיסורי ייחוד: פרק באנתרופולוגיה תלמודית" תיאוריה וביקורת 14, 55 (1999). עוד ראו על כך עמוס ישראל-פליסהאור "צניעות" והרהורי עבירה: דיון ביקורתי בהנחות לגבי פנטזיות מיניות גבריות על נשים ועל גופן המכוסה או המגולה" לביתך נאווה קודש (יצחק ברט עורך, התשס"ה), www.idc.ac.il/publications/files/146.doc.

11 ירושלמי, כתובות ה, ז. בשולי הדברים יש להעמיד דברים על דיוקם, שכן נושאה של מימרא אגדית זו הוא חובת העונה ולא, כפשט לשונה, בחובת הפריה ורביה, כפי שעמד על כך מרדכי עקיבא פרידמן "עדיאל שרמר" זכר ונקבה בראש-ההנישואים בשלהי ימי הבית השני ובתקופת המשנה והתלמוד' מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל, ירושלים תשס"ד, 395 עמ"צ ציון ע(ג) 404 (התשס"ה). על חשיבותה העצומה של מצוות הפריה ומשמעותה הדתית בהלכה ראו למשל רונית עיר-שי פריזון, *מגדר והלכה – היבטים מגדריים בפסיקה ההלכה בת ימינו בשאלות של פיריון* 37–42 (עבודת גמר לתואר "דוקטורט בפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – המחלקה לפילוסופיה, התשס"ו).

12 מגיד משנה, אישות, פרק טו, הלכה א. ואכן, למיטב בדיקתנו, למעט המהרש"א בחידושי אגדות לביצה ה, ע"ב (אך ראו בהגהות קרני ראם למהרש"א על אתר, אות א, שהשיג על כך) יש תמימות דעים בין הפוסקים, שהמדובר בשתי חובות עצמאיות, שאינן תלויות זו בזו, כקביעת המגיד משנה.

ההבחנה בין שתי מצוות עצמאיות אלו גוזרת בין היתר שלוש נפקדויות מרכזיות: האחת, דעת רוב הפוסקים¹³ גורסת שחובת העונה אינה תלויה באפשרות כניסת האישה להיריון, ולפיכך גם באישה הרה, מיניקה, עקרה ואישה שפסקה מלילד יש חובת עונה. תובנה זו נפסקה להלכה בפסק הרמב"ם – "והנה מצות עונה אינה תלויה באפשרויות העיבור, כי הוא מחיובי האיש לאשתו שתהנה ולא תצטער כחיובי מזונות וכסות וכד פירשו התוספות... ולכך אף במעוברת וזקנה ועקרה חייב בעונה".¹⁴

היבט נוסף להבחנה זו הוא הקביעה שחיוב העונה חל גם על מי שכבר קיים מצוות פריה ורביה, וזאת גם במקום שבו אין קיומם של יחסי אישות אלו עשויים להפרות את האישה.¹⁵ שנית, כפי שנראה בהרחבה לקמן, ניתן להתנות על מצוות/חובת העונה, ולחלופין יכולה האישה למחול על זכותה זו או לתת לבעל רישיון שלא לקיימה, אך אין יכולת דומה להתנות או למחול או לתת רישיון להימנע ממצוות פריה ורביה.

שלישית, הואיל וחובת העונה אינה תלויה בחובת הפריה ורביה, עשוי הבעל לצאת ידי חובתו אף בלא גמר ביאה. שכן, מחד גיסא אין עניינה של מצוות/חובת העונה בתוצאה הפרייונית של מעשה האישות, ולכך יכול אדם לצאת ידי חובתו גם בקירוב בשך בלא קיומם של יחסי אישות גופם.¹⁶ מאידך גיסא ודאי שחובת הפריה ומצוות פריה ורביה מצריכים את היכולת להפרות את האישה כתנאי לקיומה של חובה/מצווה זו.¹⁷

ייתכן שניתן למצוא הסבר מטה-הלכתי לשתי חובות שונות אלו בשתי תכליות אפשריות של מוסד הנישואין:

א. יצירת חיי אהבה, זוגיות ושיתוף בין בני הזוג וכנגדה חובת העונה.

ב. דרך חוקית להולדת ילדים, להפקת תועלת חברתית ולקיום המין האנושי וכנגדה חובת הפריה ורביה.¹⁸

- 13 ראו על כך למשל אליה רבה, אורח חיים, סימן רמ, אות ב; לקט יושר, אורח חיים, עמ' 46; אפיקי מגנים, אורח חיים, סימן רמ, אות א.
- 14 משנה תורה, אישות, פרק טו, הלכה א (הספר להלן: רמב"ם).
- 15 ראו על כך שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קב.
- 16 על שני היבטי שעבוד העונה אלו – הן קירוב הבשר בחיבוקים ונשיקות והן גוף הביאה עמדו מספר אחרונים. ראו על כך שו"ת מחנה חיים, חלק ב, אורח חיים, סימן מא, עמ' קכט; שו"ת כתב סופר, אבן העזר, סימן קב; תיק (אזורי ת"א-יפו) תשי"ב/4237, פד"ר א 340, 344 (התשי"ג); ה"חזון איש" והרב יעקב קנייבסקי אגרת קדש מאת גדולי ישראל ח (התשכ"ח).
- 17 לדיון בהבחנה זו ראו למשל שו"ת רב פעלים, חלק ג, אורח חיים, סימן י; שו"ת דמשק אליעזר, אבן העזר, סימן צב. לסיכום דעות הפוסקים בעניין זה ראו אוצר הפוסקים כרך כ, דף מ, ע"א-מ, ע"ב (התשס"א).
- 18 ראו לעניין זה: יוסף ד' סולובייצ'יק "הנישואין" אדם וביתו: על חיי המשפחה 47–78 (דוד שץ ויואל ב' וולוולסקי עורכים, התשס"ב). לפיתוח שתי תכליות אלו בספרות הפסיקה ויישומן

לכן ממילא שני היבטים שונים ועצמאיים אלו גלומים בשתי חובות נפרדות. בנוסף, אין ענייננו במחקר זה בתוקף ובהיקף שעבודה של אישה לבעלה בתחום יחסי האישות, אלא בתוקף ובהיקף חובת הבעל ביחסי אישות עם אשתו. למען לא יהיה הנייר חסר נציין שמקור חיובה של אישה ביחסי האישות שלא למטרת פיריון אינו קבוע מפורשות במקרא או בתלמוד, אך ניתן להסיקו בעקיפין בלבד מסוגיית נדרים בעניינה של אישה שאינה יכולה לאסור את הנאת קיומם של יחסי אישות מבעלה הואיל והיא משועבדת לו לעניין האישות וממילא אין תחולה לניסיון להדירו מכך.¹⁹ כלומר, ניסיון של אישה להדיר את הנאת בעלה ממנה מקיומם של יחסי אישות הוא בלתי צליח אם מבקשת היא לאסור את הנאת גופה עליו, הואיל ומשועבדת היא לו ליחסי אישות. מנגד, אם תאסור היא על עצמה את הנאת גופה של בעלה, יש תחולה לנדר שכזה, ואם הבעל רוצה לקיים עמה יחסי אישות עליו להתיר ראשית דבר את נדרה.

ראשונים שונים עמדו על כך ששעבוד האישה לבעלה בתחום יחסי האישות נובע מזיקת האישות.²⁰ בנוסף, תובנה זו מוסכמת על אחרונים שונים, כדוגמת הנצי"ב מוולוז'ין, שכל עניין קניינה של אישה לבעלה הוא בתחום יחסי האישות בלבד, שכן אסורה היא לקיים יחסי אישות עם העולם כולו למעט בעלה לאחר נישואיה אליו. וזו לשונו:

דמה"ת [=שמהתורה] הן אין לאיש על אשתו שום קנין כי אם לאישות בלבד אבל זולת אישות אין לבעל שום קנין ולכן אם נדרה ואמרה הנאת תשמישי עליך א"צ [=אין צריך] להפר וכופה ומשמשותו משום שלזה היא קנויה לבעלה. ודברים ברורים הם... אלא הוא דבר ברור ומושכל ראשון דמשמעות כי יקח איש אשה הוא למה דמסיים הכתוב ובעלה או ובא אליה ולא יותר. מזה למדנו דלזה הפרט היא קנויה לו כמו שפחה לעבודה ולא יותר.²¹

בשאלת היקף ההיתר לעשיית שימוש באמצעי מניעה ראו: בנימין לאו "כי היא חברתך ואשת ברייתך" גרנות ג 135–148 (התשס"ג).

19 על כך ראו בבלי, נדרים פא, ע"ב, והשוו למקבילות, שם טו, ע"ב; כתובות עא, ע"ב.

20 על השעבוד הנובע מזיקת האישות ראו בראשונים האלה: חידושי הרשב"א, נדרים טו, ע"ב, ד"ה "ואמר רב כהנא": "...ועוד תדע לך שהרי האשה אינה מצווה בעונה ואפ"ה באוסרת הנאתה על בעלה לא חייל נדרה כלל וא"צ להפר מהאי טעמא דשעבודי משעבדי ליה"; רבינו אברהם מן ההר, נדרים, נדרים טו, ע"ב, ד"ה "וכי הא": "שהיא קנויה לו לתשמיש דכתיב כי יקח".

21 שו"ת משיב דבר, חלק ד, סימן לה (ההדגשות הוספו – י"מ). עוד לקביעה זו ראו חידושי הרשב"א, גיטין עה, ע"א, ד"ה "תמיה"; שו"ת מחנה חיים, כרך ב, אבן העזר, סימן מד, ד"ה "וגם מסברה"; שו"ת שואל ומשיב, כרך ג, סימן ט (מהדורה שלישית); משפטי עוזיאל לבן

בשולי הדברים יצוין שגם חוקרים שונים עמדו על תובנה זו, ששעבודה של האישה לבעלה הוא לתחום האישות בלבד. זאת הם מוכיחים מההיבט הסימבולי של קניין אישה בשווה פרוטה בלבד, דבר המלמד על פעולת קניין סמלית שאין משמעה קניית האישה כחפץ הנקנה.²²

חובת הגבר בקיומם של יחסי אישות עם אשתו קבועה בחובת/מצוות העונה. כפי שנוכיח זאת בסמוך, התובנה ההלכתית המסורתית משקיפה על רכיב זה בנישואין כדת משה וישראל כרכיב קוגנטי, הקבוע כחייב הלכתי נוקשה, שעליו לא ניתנה לבעל היכולת, הן בהסכמה משותפת עם בת זוגו, וודאי בהתניה חד־צדדית שלו, לפטור עצמו מחייב בסיסי זה כלפי אשתו. תמה מסורתית זו מגולמת בקביעת התלמוד הבבלי, שבחר ברכיב העונה כאב טיפוס לכל ניסיון להתנות על חיוב שמקורו בתורה, שדינו להיות בטל, הואיל ומדובר ב"מתנה על מה שכתוב בתורה". תפיסת חובת העונה כאחד משלושת החיובים שאותם חייב בעל לאשתו והמעוגנים בעיקרון של מתנה על מה שכתוב בתורה קבועה כדבר פשוט ומקובל בתלמוד: "אמר רב אדא בריה דרב איקא כי אמרינן [=כאשר (אנו) אומרים] מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל כגון שארה כסותה ועונתה דהוא קא עקר [=שהוא עוקר]..."²³.

ואכן, כל המצוי בהוויה ההלכתית וודאי התוודע להנחה ההלכתית הרווחת, שעליה נעמוד בהרחבה בסמוך, כפי שהדבר משתקף לכאורה בתלמוד הבבלי, שחובת העונה במוסד הנישואין כדת משה וישראל נתפסת כאב טיפוס לחיוב שמקורו בתורה, ולכן הוא נוקשה ובעל סממנים קוגנטיים, שכל ניסיון להתנות עליו נידון מראש לכישלון. הנחה זו קיבלה משנה תוקף בעיקר בתקופת הראשונים, שהיו מהם שעמדו על מרכזיותו של רכיב

ציון מ"ח עוזיאל, אבן העזר, כרך ה, סימן מט: "במעשה הקידושין מכוון: להקנות גוף האשה לבעלה לשם אישות, ולאוסרה לכולי עלמא כהקדש, ולכן צריך ששניהם יתכוונו לכך האיש לקנות את האשה ולאוסרה לעלמא, והאישה להתקדש ולאסור את עצמה לכולי עלמא. ואם לא התכוונו לכך, אין האשה מתקדשת"; קופל כהנא ברכת כהן קא-קכג (התשל"ב); ישראל זאב גוסטמן קונטרסי שעורים: מסכת קדושין סימן א (התשנ"ב).

על ההיבטים השונים של קניין סימבולי זה עמד חנוך אלבק ששה סדרי משנה סדר נשים (התשט"ו). בפירושו על אתר למשנה, קידושין א, א, נסתפק רק בציטוט אחד מתוך דבריו: "קניין האשה על ידי כסף או שטר אינו אלא דבר שבסמל, לפיכך דיו בנתינת פרוטה או שווה פרוטה. וכן שונה קניין האשה משאר כל הקניינים... ובאמת לא נזכרו במשנתנו אירוסין האשה בתורת קניין אלא בפרק הראשון של המסכת שלנו, במקום שנשנו כל דרכי הקניין, ובהן גם דרכי הקניין באשה. אבל בשאר המקומות נקראים האירוסין: קידושין, והוא לשון המשמש לעצם קניין האשה על ידי האיש...". להרחבה על הסימבוליות שבמעשה קניין האישה ראו יקותיאל יעקב נויבאר תולדות דיני הנישואין במקרא ובתלמוד: מחקר היסטורי משווה (1999).

23 בבלי, גיטין פד, ע"ב.

העונה בנמקם מדוע לא ניתן להתנות עליו, וזאת בשל היותו עיקרם של הנישואין כדת משה וישראל.²⁴

נוסף על כך, נקבע להלכה בקודקסים ההלכתיים, הן בפסיקת ההלכה ברמב"ם והן בשולחן ערוך, שכל ניסיון להתנות ולבטל חובה/מצווה זו דינו בטלות.²⁵ הדברים אמורים גם כאשר מדובר בהתנאה חד-צדדית של הבעל, החפץ לפטור עצמו מעולו של חיוב זה. ואולם, סבורנו שדיון מעמיק יותר בספרות ההלכתית לדורותיה, הן ברובד התנאי והן ברובד האמוראי, ובייחוד בתלמוד הירושלמי ובספרות הראשונים, יעלה תמונה מורכבת הרבה יותר. תמונת המצב שתתקבל עשויה לערער הנחת יסוד הלכתית מוצקה, לכאורה, זו בדבר תפיסתה הקוגניטיבית של חובת העונה. בפרק ב נסקור בקליפת אגוז את ההבדל המהותי שבין ההלכה היהודית לבין המשפט האזרחי בהסדרת יחסי אישות בין בני זוג: ההלכה תופסת את עצמה כחובקת כול, ולכן מסדירה גם מערכת יחסים אינטימית זו, ואילו המשפט האזרחי מבקש להסיג את גבולו ולא לעסוק בעניינים שבינו לבינה. לאחר מכן בפרק ג נסקור בקצירת האומר את היבטיה הקוגניטיביים של חובת/מצוות העונה, ואולם בפרק ד נסקור את הספרות התנאית והאמוראית ונגלה שעיון מעמיק מגלה תובנות הלכתיות שונות לגמרי, וכי ניתן להתנות על חובת/מצוות העונה ולבטלה, ודאי לאור המקורות התנאיים המדוקדקים ולדעת התלמוד הירושלמי. בפרק ה נבחן את שורשיו ההלכתיים של כלי משפטי נוסף שאמנם אין בכוחו לעקור מן השורש את מצוות/חובת העונה, אך מאפשר הוא לאישה למחול על זכותה זו לתקופת זמן קצובה או ממושכת. בפרק ו נעמוד על יסודותיו ההלכתיים של מתן רישיון האישה לגבר להימנע מזכותה לעונה, בשל הסכמתה הראשונית לכך עובר לנישואיה, או בשל הסכמה שכזו שניתנה לאחר הנישואין.

ב. מה בין ההלכה היהודית לבין המשפט האזרחי?

אחד ההבדלים המרכזיים שבין ההלכה היהודית לבין המשפט האזרחי הישראלי, המושפע רבות מתפיסת העולם הליברלית-מודרנית, הוא הבניית מערכת היחסים בין האדם לבין הריבון ברטוריקה שונה לגמרי. ההלכה היהודית מבנה את מערכת היחסים בין בורא עולם,

24 כלשונם של ראשונים שונים, שקבעו את הקביעות הבאות: "עיקר אישות"; "עיקר נישואין של תורה ואין לחצאין"; "אין קידושין לחצאין"; "תשמיש עקר הנישואין מן התורה הוא"; "דעינוי תשמיש הוא עיקר האישות" ועוד.

25 ראו בהתאמה רמב"ם, אישות, פרק ו, הלכות ט-י; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן לח סעיף ה: "ובמה אמרו כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל חוץ מדבר שבממון... אבל בעונה תנאך בטל שהתורה חייבה אותך בעונה והרי זו מקודשת ואתה חייב בעונתה ואין בידך לפטור עצמך בתנאך..."; "... אבל אם התנה שלא יתחייב בעונה תנאו בטל וחייב בה".

נותן התורה, לבין הפרט כשיח של חובות, והמשפט האזרחי מבנה את מערכת היחסים שבין הריבון המחוקק לבין הפרט ובין הפרטים לבין עצמם בשיח של זכויות. כלומר, בתפיסת העולם ההלכתית האדם נדרש לשאול את עצמו, בראש ובראשונה, מה נדרש ממנו ומהי חובתו בעולם, ואילו בתפיסת העולם האזרחית הפרט הוא אדם אוטונומי נושא זכויות.²⁶ כפועל יוצא מכך נתפסים ביהדות הנישואין, קיום יחסי אישות והפירון וההולדה הכרוכים על עקבם כחובה הלכתית גמורה שעל אדם לקיימה, אלא אם מדובר במקרים חריגים בלבד שבכוחם לפטור מעולה של חובה הלכתית מקיפה ומחמירה זו. הד לקידושה של ההלכה את קיומם של יחסי האישות במסגרת מצוות/חובות העונה של אדם כלפי אשתו ניתן למצוא אף בפסיקת בתי המשפט האזרחיים בארץ. בהקשר זה מעניינת פסיקתו של בית המשפט העליון שדן בעתירתו של אסיר שביקש להתייחד עם אשתו כדי שיוכל לקיים את חובתו ההלכתית כלפיה, הגם שמדובר באדם שהיה אב ואף סב ואת מצוות פריה ורביה קיים זה מכבר. מבוקשו של האסיר ניתן לו, בין היתר בשל חשיבותה ההלכתית של מצווה/חובה זו. השופט אלון הטיל על מערכת שירות בתי הסוהר את החובה לאפשר לאסיר זה את קיומה של המצווה תוך נקיטת מלוא הצעדים הנדרשים למניעת פגיעה בביטחון האזרחים והצדדים המעורבים בכך.²⁷ ואולם, כאשר אין מדובר בעירובם של קודש וחול אלא בתפיסתה האזרחית החילונית של מערכת יחסי האישות, התמונה שונה לגמרי. כידוע, הרטוריקה הליברלית-מודרנית מצדדת כעיקרון מקודש כמעט שאין היא מתערבת כביכול בנעשה בחדר מיטותיו של אדם. יפות לעניין זה הקביעות השיפוטיות האלה:

התעברות, הריון ולידה הם ארועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט. אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני;

השאיפה לצמצם את התערבות המדינה ביחסי התא המשפחתי, בין התערבות ישירה ובין התערבות באמצעות מערכת המשפט, מדגישה את הזכות לאוטונומיה של תא זה, המוגן בפני התערבות הן ביחסי התא המשפחתי והמדינה והן ביחסי בני התא המשפחתי בינם לבין עצמם.

26 לעמידה על הבדלי הרטוריקה שבין ההלכה היהודית ובין המשפט האזרחי ראו בין היתר מנחם מאוטנר "אקוויטי במשפט העברי" עיוני משפט יח 631, 646 (1994); מיכאל ויגודה "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 233, 235 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). לסיכום עניין זה ראו Margalit, לעיל ה"ש 7, בעמ' 164-166.

27 ראו על כך בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 447 (1987).

הסיטואציות הדורשות התערבות הן בדרך כלל רגישות ומורכבות והיא נדרשת כאשר מתרחש משבר בתא המשפחתי המזמין התערבות המדינה באמצעות בתי המשפט על מנת לפתור, במקום בו לא הצליחו הצדדים עצמם לעשות כן.²⁸

בשולי הדברים נעיר כי חרף אמירות מפורשות אלו והרטוריקה הכללית, אחד התחומים המפוקחים יותר מכול באמצעות המדינה והמשפט הוא קיומם של יחסי אישות, לכל הפחות בהקשר הפילי שלם, כדיון הציבורי שהתלהט בחו"ל ובארץ סביב ההיתר/איסור של משכב זכר וכד'.²⁹ במחקר שלפנינו ניתן כאמור למצוא את תמונה הראי של תפיסת העולם ההלכתית, שהיא בבחינת "מלוא כל הארץ משפט", והיא מבקשת להסדיר לפרטי פרטים את כלל מערכת יחסיו של אדם עם בוראו ועם אשתו. לשם ביסוס הדברים נעבור כעת לסקירת היסודות הקוגנטיים ההלכתיים של קיום יחסי אישות בין בני זוג, לכל הפחות בחובת הבעל כלפי אשתו.

ג. היבטיה הקוגנטיים של מצוות/חובת העונה

במקום אחר³⁰ עמדנו על כך, מבלי להיכנס לדיון פילולוגי מעמיק, שאת חובת הבעל בקיומם של יחסי אישות עם אשתו מסדירה ההלכה בפרוטרוט תוך שהיא מטילה עליו חובה המכונה "עונה". לא זו בלבד שחיוב העונה נתפס כחיוב הלכתי-משפטי גמור לכל דבר ועניין, אף זו שמדובר בחיוב משפטי, שאותו יש להסדיר בהסדר רגולטורי בקציבת שיעורים משפטיים ברורים וידועים, כדרך שיש להסדיר פריעת כל חוב משפטי שבין אדם לחברו.³¹ הוראתה של מילה זו עשויה להתפרש כחיוב לקבוע עונה, כלומר מועד לפקוד תדיר את האישה, או לחלופין משמעה איסור הלכתי לענות את האישה במניעתה מיחסי אישות. ואכן

28 ראו על כך בהתאמה ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (3) 81, 57 (1981); ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט (1), 485, 486 (1995) (ההדגשות הוספו – י"מ).

29 לדיון זה בארץ ראו למשל ע"פ 224/63 בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד יח (3) 225, 231 (1964). על ביטולו של איסור זה הלכה ולמעשה בארץ ראו יפעת ביטון "השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" קריית המשפט ב 401, 403–404, הערות 11–12 (2002). לפסק הדין המנחה בארצות הברית ראו Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 123 S.Ct. 2472 (2003).

30 Margalit, לעיל ה"ש 7, בעמ' 167–170.

31 לתפיסה מוסרית של עניין זה ראו: לשונו של הטור, אורח חיים, סימן רמ, סעיף א: "ואף כשהוא מצוי אצלה לא יכוין להנאתו אלא כאדם שפורע חובו שהוא חייב בעונתה". סבורנו, שמקור דברי הטור הם בפירוש רבינו יונה (מהדורת ש"ס ווילנא) למשנה, אבות ב, יב.

שיעורי חיוב הלכתיים קבועים וברורים אלו, שנקבעו לפי משלח ידו של הבעל ולפי תדירות הימצאותו בביתו, נקבעו במשנה שזו לשונה: "...העונה האמורה בתורה: הטיילין בכל יום, הפועלים שתיים בשבת, החמרים אחת בשבת, הגמלים אחת לשלשים יום, הספנים אחת לששה חדשים דברי רבי אליעזר".³² משנה זו מסדירה בסופה את שיעורי חיוב העונה השונים. בכך ביקשו חכמים, מחד גיסא לקבוע שיעור פורמלי וברור שבו יתחייב כל אדם ואדם כלפי אשתו, ומאידך גיסא אין מדובר רק בקביעת שיעור חיוב הקבוע בכל בני האדם אלא גם בקביעת שיעור קטגורי ופונקציונלי, הנקבע לפי משלח ידו וכנגזרת מכך מזמן שהותו של האדם בביתו. משנקבעו מספר שיעורי חיוב נורמטיביים לבעלי המלאכה השונים, שיעורים אלו מחייבים את כלל אותם בעלי המלאכה.

חיוב זה מקבל משנה תוקף לאור הקביעות התלמודיות האלה: שלילת היכולת להפקיע את בת הזוג מעונה בקונם, כלומר מניעת זכותה של האישה לקיים יחסי אישות עם בעלה, כפי שעמדנו על כך לעיל; הגבלת יכולת הבעל להדיר את אשתו לבל תקיים עמו יחסי אישות ולחלופין לצאת מחוץ לביתו מעבר לפרקי הזמן הקצובים במשנה, בשל הפגיעה במלוא חובתו בעונת אשתו, כקבוע במשנה בכתובות: "המדיר את אשתו מתשמיש המטה ב"ש [=בית שמאי] אומרים שתי שבתות, בית הלל אומרים שבת אחת. התלמידים יוצאין לתלמוד תורה שלא ברשות שלשים יום הפועלים שבת אחת..."³³ לטעמנו, יש להסיק מן המקובץ ממחלוקת זו וממקורות תנאיים מקבילים נוספים העוסקים בשאלת גבולות יכולתו של אדם להדיר עצמו מאשתו מיחסי אישות, כי נורמטיבית בידו של הבעל להפקיע את אשתו מתשמיש. כל שנחלקו הבתים הוא בשאלה אם אין בידו לעשות כן לתקופה העולה על התקופה המינימלית שבה ממילא אישה אסורה לבעלה – שבעת ימים – בשל היותה טמאה בטומאת הנידה מחמת אורח הנשים או מחמת לידת זכר, כדעת בית הלל, או שבועיים ימים כטומאת יולדת נקבה, לדעת בית שמאי. כך או כך, אין כל עוררין על עצם יכולתו של אדם להדיר את אשתו מתשמיש לזמן קצוב, וכל דיוני התנאים מתמקדים אך ורק בקביעת הזמן שניתן לעשות כן – שבוע, שבועיים, וייתכן שאף עד ל' יום. אך הכול תמימי דעים, שיתר מכן על הבעל לגרשה ואף לתת לה את כתובתה.

גם מהמקור הבא ניתן לטעמנו לעמוד נכונה על תפיסתה ההלכתית הנוקשה של מצוות/חובת העונה. כוונתנו לקביעת הבבלי (כתובות, סב, ב) חזקה שלפיה אישה לעולם לא תתמצה לשינוי מלאכת בעלה, העשוי להכניס הכנסה גבוהה יותר, אך יוציא את בעלה מביתם תדיר יותר, בשל הפגיעה האפשרית בזכותה לעונה: "א"ל [=אמר לו] רבה בר רב חנן לאביי: חמר ונעשה גמל, מאי? א"ל [=מהו?] אמר לו: רוצה אשה בקב ותיפלות

32 משנה, כתובות ה, ו.

33 שם.

מעשרה קבין ופרישות".³⁴ שהרי בהיעדר הסכמה הדדית בין בני הזוג ובלא מתן רשותה או מחילתה המפורשת של האישה על פגיעה ולו חלקית בלבד בזכותה לעונה, גם אם יציע בעל לאשתו ריוח חומרי תמורת הסכמתה לאפשר לו לצאת למלאכתו לתקופות זמן ממושכות יותר, נקבע בתלמוד כחזקה שבעובדה שאישה ודאי לא תסכים לכך. ולענייננו, שוב נמצאנו למדים על נוקשותו ההלכתית של חיוב העונה ועל תפיסתו המרכזית והייחודית בעולמה של ההלכה. כנגד התפיסה ההלכתית המקובלת, שאותה סקרנו זה עתה, המשקיפה על העונה כרכיב קוגנטי, נעבור כעת לסקירת המקורות התנאיים והאמוראיים שמהם עולה היכולת להסדיר בהסכמה קיומה של חובה/מצוה זו ואף לעקרה כליל.

ד. "תנאי" בקידושין – "על מנת שאין ליך עלי... עונה"

1. הרובד התנאי – מתנה על מה שכתוב בתורה?

בתלמוד הבבלי מובאת מחלוקת רבי מאיר ורבי יהודה בשאלה על אילו רכיבים במוסד הנישואין כדת משה וישראל ניתן להתנות ולבטלם: "דתניא [=שלמדנו] האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין ליך עלי שאר כסות ועונה הרי זו מקודשת ותנאו בטל דברי רבי מאיר. ר' [בין] יהודה אומר בדבר שבממון תנאו קיים".³⁵ מחלוקת רבי יהודה ורבי מאיר בשאלת חופש ההתנאה על רכיבי השאר והכסות הממוניים מחלוקת ודאית היא. לדעת רבי יהודה, אף שמדובר ברכיבים הקבועים והמחויבים מן התורה, הרי בסופו של דבר מדובר ברכיבים ממוניים, שעליהם ניתן להתנות. ואילו רבי מאיר סבור, שהואיל ומדובר בחיובים שתוקפם מן התורה, לא ניתן כלל להתנות עליהם ולבטלם.³⁶ כעת עלינו לדון מהי דעת רבי

34 ראו בהרחבה בהתאמה לעניין זה Margalit, לעיל ה"ש 7, בעמ' 15–27, 27–39, 39–45.

35 בבלי, כתובות נו, ע"א.

36 בשולי הדברים יצוין שבשיטת רבי מאיר גורס רבי יוחנן בן ברוקא, וייתכן מאוד שאף בנו, ר' ישמעאל, הסובר שמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, הגם שמדובר בדיני ממונות. ראו לעניין זה: משנה, בבא בתרא ח, ה; בבלי, בבא בתרא קל, ע"א; לספרות המחקר ראו יעקב נ' אפשטיין מבוא לנוסח המשנה 618 (התש"ס). כן יצוין לדעת מנחם אלון "חופש ההתנאה בדיני ערבות במשפט העברי" הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות כרך א 197, 197 (התשכ"ה), שגרס שההלכה הקדומה סברה שכל ניסיון להתנות כנגד דבר האמור בתורה בטל בשל היותו מתנה על מה שכתוב בתורה, גם אם מדובר בהתניה על רכיב ממוני. ראה לכך מוצא הוא במשנת בבא בתרא זו ובמשנת בבא מציעא ז, יא. לטעמנו, אין טענה זו מבוססת כל עיקר. סביב משנת בבא מציעא נערכו דיונים, אם שנויה היא רק אליבא דרבי מאיר או שמא גם אליבא דרבי יהודה, שכן ניתן לטעון שמטעמים שונים שנויה היא לדעת כולם. וכן הביא שלום אלבק יסודות בדיני הממונות בתלמוד 340 (התשנ"ד) משנה זו כחריג למחלוקת רבי מאיר ורבי יהודה, בהיותה מוסכמת על הכול, ולפיכך לא ניתן למצוא בה כל דמות ראייה לשיטה

יהודה בשאלת חופש ההתנאה על רכיב העונה, שכן בכל הציטוטים בתלמוד הבבלי של מחלוקת תנאים יסודית זו, דעתו של רבי יהודה סתומה היא, ולא ברור מהי דעתו בשאלת היכולת להתנות על רכיב זה.³⁷

הדעה הרווחת, כפי שנפסקה בקודקסים ההלכתיים לעיל,³⁸ גורסת שמסורת התלמוד הבבלי קיבלה את הדעה שגם רבי יהודה מודה שאין אדם יכול להתנות על רכיב העונה ולבטלו. חרף זאת מתוספתא קידושין, ממקבילותיה בירושלמי ומעדי נוסח עקיפים בראשונים שונים לסוגיות ירושלמיות אלו עולה שאכן ניתנה האפשרות לבעל להתנות בשעת הקידושין ולעקור מעיקרו את חיובו בעונה. וזה לשון התוספתא:

[ז] הריני מקדשך... על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבם הרי זו מקודשת ובטל תנאו, שהתנה על מה שכת' [וב] בתורה וכל המתנה על מה שכת' [וב] בתורה תנאו בטל. על מנת שאין ליך עלי שאר כסות ועונה הרי זו מקודשת ותנאו קיים.

[ח] זה הכלל כל המתנה על מה שכת' [וב] בתורה בדבר של ממון תנאו קיים בדבר שאינו של ממון תנאו בטל.³⁹

תנאית קדומה המוסכמת על הכול. גם לעניין משנת בבא בתרא אולי ניתן לפרשה לפי חוסר הדיכוטומיה ששרר בהלכה הקדומה בין המושגים דאורייתא ודרבנן, בכך נשמטת לטעמנו הקרקע מתחת למסקנתו הגורפת של אלון. לעניין זה ראו למשל מחקריהם של בנימין דה-פריס תולדות ההלכה התלמודית 69–80 (התשכ"ו), שסיכם: "היקף התחום של מדאורייתא היה כנראה רחב יותר [בתקופה התנאית – י"מ] מאשר בתקופת האמוראים... בתקופת האמוראים, וביחוד בבבל, מסתמנת מגמה להרחיב את תחום 'דרבנן'; יצחק ד' גילת פרקים בהשתלשלות ההלכה 239–248 (התשנ"ב).

פרשנים שונים ביקשו להסיק מאריכות לשונו של רבי יהודה – "בדבר שבממון תנאו קיים" – שמחלק הוא בין רכיבי השאר והכסות הממוניים, שבהם חולק הוא על רבי מאיר וסובר שניתן להתנות עליהם, ובין רכיב העונה שאינו נופל בגדר זה. לדעתם, אם אכן היה רבי יהודה סבור שרכיב העונה הוא ממוני וניתן להתנות גם עליו, נכון היה לגרוס בדבריו בקיצור – "תנאו קיים". ראו לעניין זה למשל פרשת המלך, אישות, פרק ו, הלכה י; שו"ת ישכיל עבדי, חלק ז, אבן העזר, סימן כ.

ראו על כך במקורות המצוטטים על ידינו לעיל ה"ש 25.

תוספתא, קידושין פרק ג, הלכות ז–ח (מהדורת ליברמן) (ההדגשות הוספו – י"מ). כן היא גרסת התוספתא בכת"י וינא והדפוס. במקבילה בירושלמי, בבא מציעא ז, ז, יא, ג. ככל הנראה נשמטו המילים "ותנאו קיים", וכן היא גרסת כת"י ליידין. ואילו בכת"י אסקוריאל ירושלמי נזיקין 71 (מהדורת אליעזר שמשון רוזנטל ושאוול ליברמן, התשמ"ד) מאוששת גרסתנו בגרסו – "ותנאו קיים" וכן היא גרסת ספר המעשים לבני א"י: "ודב' [ריון] קיימ' [נים]", ראו לעניין זה יעקב נ' אפשטיין "מעשים לבני ארץ ישראל" תרביץ א(ב) 33, 40 (התר"ץ). בקרב הראשונים הגורסים תוספת זו בנוסח התוספתא המובא בירושלמי ניתן למנות את האור זרוע, כרך ג, פסקי

בהלכה ז מעמדת התוספתא בין תנאי שיפטור את האישה לבל תיפול לפני יבם אם ימות בעלה בלא להשאיר לה בנים, תנאי הבטל מחמת היותו כנגד האמור בתורה בשל הניסיון לעקור את דין הייבום, ובין תנאי המבקש לפטור את הבעל מחיובו בשאר, כסות ועונה, תנאי התקף ואינו בטל, שכן מדובר בתנאי ממוני. כלומר, ממקור תנאי זה עולה תמונה הפוכה לגמרי מהתפיסה ההלכתית הרווחת, לרבות התפיסה האמוראית בתלמוד הבבלי, שעליה נעמוד בהמשך. התפיסה המקובלת רואה בתנאי לביטול רכיב העונה דוגמה להתנהיה מפורשת כנגד האמור בתורה, משמע ממקור זה לא רק שאין תנאי זה נכלל בגדר מתנה על מה שכתוב בתורה, אלא תנאי זה הובא בתוספתא בהנגדה לדין זה תוך הוצאתו במפורש מתחולתו של עיקרון הלכתי זה. מקריאת שתי הלכות התוספתא הסמוכות זו לזו, הלכה ז והלכה ח, ניתן להסיק בדעת רבי יהודה, המובאת בסתמא בהלכה ח, שלאור פרשנות פנימית של המקורות התנאיים לדעת רבי יהודה, רכיב העונה הוא רכיב דיספוזיטיבי, שעליו ניתן להתנות כדרך שניתן להתנות על רכיבי השאר והכסות הממוניים.⁴⁰ סיכומם של דברים, השאלה אם ניתן להתנות על רכיב העונה נתונה במחלוקת תנאים לפי התוספתא, ולא לכל הדעות התנאה מעין זו פסולה על הסף.

2. הרובד האמוראי – ניתן להתנות על חובת העונה

(א) סוגיות הירושלמי

תפיסת הרובד התנאי את רכיב העונה כרכיב דיספוזיטיבי שעליו ניתן להתנות בשעת הנישואין, ולפיכך אין הוא נופל בתחומו של מתנה על מה שכתוב בתורה, כפי שעולה מגרסת התוספתא, אומצה כתפיסה המרכזית של הספרות האמוראית הארץ-ישראלית. ואכן, מעין בסוגיות התלמוד הירושלמי עולה שבסוגיה אחת, ככל הנראה, מצטט הוא את נוסח התוספתא, ובשתי סוגיות נוספות מיישם הוא קביעה ייחודית זו כתפיסה הנורמטיבית. נפתח את דיוננו בסוגיית הירושלמי שנסבה על משנה בבבא מציעא,⁴¹ המשמשת מקור לתפיסת מוסד השומרים כמוסד דיספוזיטיבי המאפשר לשומר חופש התנאה להפחית או

בבא מציעא, פרק ז, סעיף שא. לעדי נוסח עקיפים נוספים הגורסים כן ראו שאול ליברמן **תוספתא כפשוטה** קידושין 947, הערה 27 (התשל"ג).

40 אם כי יש לסייג את מסקנת הדברים שמא מדובר באשגרת לשון בלבד. על אשגרת הלשון נעמוד לקמן ה"ש 55. כלומר, התוספתא עוסקת אך ורק באפשרות ההתנאה על רכיבי הממון, השאר והכסות, ואילו רכיב העונה הובא בטעות ולאחר יד בלבד. אפשרות זו אכן קיימת, אך מובן שטיעון שכזה בעייתי מעצם טיבו, שהרי לאורו לא ניתן לראות בציטוט הלכתי כזה או אחר מקור בר סמכא, ואם כן אין לדבר סוף, ולעולם יש מקום לבעל דין לטעון שמקור הלכתי שאינו עולה בקנה אחד עם דעתו הוא אשגרת לשון.

41 משנה, בבא מציעא ז, יא.

להגביר את רמת אחריותו לנכס שבשמירתו, ולעצבו על פי קטגוריות השמירה השונות הקבועות בתורה.⁴² ייחודה של משנה זו שהיא מעלה בסתמא את העיקרון של מתנה על מה שכתוב בתורה שתנאו בטל, עיקרון העולה במשנתנו רק במקום אחד נוסף בדעת רשב"ג.⁴³ וכך מובא בירושלמי על אתר:

תני כל המתנה על מה שכתוב [וב] בתורה תנאי ממון תנאו קיים, תנאי שאינו⁴⁴ של ממון תנאו בטל. כיצד אמר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת⁴⁵ שאין ליך עלי שאר כסות ועונה, הרי זו מקודשת [ותנאו קיים].⁴⁶ שאם מתי לא תהא זקוקה לייבום,⁴⁷ הרי זו (מגורשת) [מקודשת]⁴⁸ ותנאו בטל⁴⁹ [ההדגשות הוספו – י"מ].⁵⁰

42 לפרטי דינים שונים בעניין יכולת השומר להתנות על היקף שמירתו ראו: משה פיינשטיין "בענין מתנה ש"ח להיות פטור משבועה ומתנה להיות כשואל" מוריה י, לח, מז (התשמ"א). ביתר הרחבה ברוך כהנא חוק לישראל: שומרים (התשנ"ט) בערך 'התנאה' על פי המפתח. משנה, כתובות ט, א.

43 בכת"י אסקוריאלי תחת המילים "קיים תנאי שאינו" נכתב "את שהוא". וכן בהמשך הדברים תחת המילים – "אמר לאשה" מובא – "התנה עמה ואמ' לה", שינויים שאינם מהותיים. וכן בהמשך הגירסה היא "לא שאר ולא כסות ולא עונה", שככל הנראה, הוסף בכדי להעצים את שלילתם של שלושת רכיבים אלו, או בהשפעת המקבילות הירושלמיות קידושין א, ב, נט, ג; כתובות פה, ח, ל, ב, וכגירסת ספר המעשים לבני א"י, לעיל ה"ש 39.

44 בכת"י אסקוריאלי הוספו בפתיחת הפסקה הבאה המילים – 'על מנת' קודם המילים "שאם מתי", הוספה שנועדה להאחיד את לשון הצעתם של שני התנאים השונים. וכן העיר יששכר תמר עלי תמר סדר נזיקין מו, ד"ה "על מנת" (התשמ"ג), שבירושלמי שלפנינו נשמטו המילים 'על מנת' ו'תני'.

45 בגירסת כת"י לידן חסרות המילים "ותנאו קיים" וכן היא גירסת דפוסי ונציה, ואילו בכת"י אסקוריאלי מאוששת תוספת מילים אלו בגורסו – 'ותניי קיים', וכן היא, כאמור, גירסת ספר המעשים לבני א"י – "ודב' [רין] קיימ' [ים]", ראו לעניין זה אפשטיין, לעיל ה"ש 39. מבין הראשונים הגורסים תוספת זו ניתן למנות, בין היתר: חידושי הרשב"א, כתובות נו, ע"א, ד"ה "הרי זו מקודשת ותנאו בטל"; ספר העיטור, אות ת, "תנאי" (מהד' ר"מ יונה, ד"צ ורשא); אור זרוע, כרך ג, פסקי בבא מציעא, פרק ז, סעיף שא. כן העיר זאב וולף רבינוביץ שערי תורת ארץ-ישראל 493 (הת"ש), שכך היא הגירסה הנכונה.

46 מעניין לציין, שהריטב"א במספר מקומות בחידושי לבבלי הוסיף וכתב כך: "ועונה לאו דבר של ממון הוא הי ניהו דבר שאינו של ממון על מנת שלא תצטרך גט שלא תהיי זקוקה ליבם", אף שעניין הגט אינו מאושש באף אחד מכת"י או בנוסח הדפוסים, ראו לעניין זה חידושי הריטב"א לסוגיות כתובות, בבא מציעא ובבא בתרא, בתשובתו בשו"ת הריטב"א, סימן קיז. בספרות המחקר יש לציין להערתו של ליברמן, תוספתא כפשוטה, לעיל ה"ש 39, שם, שגם הלשון "הי ניהו" אינו מלשוננו של הירושלמי, ולכך משער הוא, שככל הנראה, העתיק הריטב"א מראשון קדמון אחר שכך פירש את הירושלמי. בסוגיית חופש ההתנאה שניתן בידי בני זוג להתנות מראש על "קידושין לזמן" ולפיו, בין היתר, במקרה של נפילה לפני יבם

גם בבסיסה של סוגיית הירושלמי,⁵¹ ניצבת התפיסה הנורמטיבית המאפשרת לבעל להתנות ולעקור את חיובו בעונה כדרך שבדיו להתנות על חיובי הממון של השאר והכסות. המשנה בכתובות⁵² קובעת שאישה המורדת בבעלה מתשמיש פוחתים לה בכל שבוע מכתובתה שבעה דינרין, ואילו לבעל המרדן מוסיפים על כתובת אשתו שלושה דינרין בשבוע. הירושלמי מנמק קביעה זו בשם רבי יוסי בר חנינה, שהואיל ואישה מחויבת לבעלה בעשיית שבע מלאכות הבית, לפיכך מנכים לה בכל שבוע כנגדן שבעה דינרין, ואילו הבעל המרדן, שאינו מספק את שלושת חיוביו הבסיסיים לאשתו – שאר, כסות ועונה – מוסיפים לו כנגדם שלושה דינרים. על קביעה זו מקשה הירושלמי, וכי מה יהיה דינו של בן זוג שממילא אינו ממלא חובות אלו, כאישה שהכניסה לבעלה שפחות שיעשו בעבודות הבית, וכבעל שהתנה ועקר את חיוביו כלפי אשתו, וכי אנשים אלו לא נקנסו כספית, שאם כן "מה הועילו חכמים בתקנתן"?⁵³ וזה לשון הירושלמי: "הגע עצמך שהכניסה לו עבדים הרי אינה חייבת לו כלום. הגע עצמך⁵⁴ שהתנה עמה לא שאר ולא כסות ולא עונה⁵⁵ הרי אינו חייב לה

לייבום יפקעו הקידושין מעיקרם. ראו Yehezkel Margalit, *Temporary Marriage – A Possible Solution to the Problems of Mesorevet Halizah and Agunah*, JEWISH L. ANN. (forthcoming).

48 בכ"י לידן נמחקה המילה "מגורשת", ככל הנראה, בידי המעתיק או בידי יד אחרת (ליברמן, שם, משער, שהתיקון נעשה בידי הסופר עצמו) וזאת אף שמדובר בגרסה משובשת שאינה שייכת לענייננו ותחתיה תוקן כדין "מקודשת", וכן בכת"י אסקוריאל הגרסה היא "מקודשת". לעדי נוסח עקיפים מבין הראשונים הגורסים "מקודשת" ניתן למנות בין היתר את הראשונים המובאים לעיל בה"ש 46, ועליהם יש להוסיף את תשב"ץ, חלק ב, סימן יז, ד"ה "תשובה פליאה".

49 ירושלמי, כתובות ז, ז.
50 לכאורה לפנינו ברייתא מקבילה המצטטת את תוספתא קידושין דלעיל, אלא שבמקור זה התהפך פעמיים סדר ההלכות – ראשית, משכל הוא את סדר ההלכות בכך שמקדים הוא את הלכה ח בתוספתא להלכה ז. שנית, גם בהלכה האחרונה מהפך ומקדים הוא את דין ההתנאה על שאר, כסות ועונה קודם להתנאה על עניין הייבום. לפיכך יש להשיג על מראה הפנים שפירש, שהירושלמי מביא את "התוספתא כצורתה" (ההדגשה שלי – י"מ).

51 ירושלמי, כתובות ה, ח.

52 משנה, כתובות ה, ז.

53 לעיל ה"ש 51, לשון קרבן העדה, ד"ה "ופריך".

54 בטרמין זה מרבה הירושלמי להשתמש, פעמים רבות משמעו בלשון ציווי – הטרח את עצמך להבין זאת, כפי שביאר חנוך י' קאהוט ערוך השלם כרך ד, קח, בערך "גע" (התשט"ו). ואולם בספרות המחקר עמדו על כך כי בהקשר שלנו מתאים יותר לפרש טרמין זה בלשון קושיא ולא במשמעות של ציווי או פירוש, כדרך שפירשו ליברמן, תוספתא כפשוטה, לעיל ה"ש 39, בעמ' 895. וראו בהרחבה ליב מוסקוביץ הטרמינולוגיה של הירושלמי (התשס"ט) בערכו.

55 המאירי בפירושו למשנה בכתובות סג, א, חידש לענייננו: "ועונה מיהא בכדי נסבה, שהרי אין תנאי מועיל בה". כלומר, יש להשמיט את רכיב העונה, שהובא אגב גררא בעקבות מרידת

כלום".⁵⁶ שוב נמצאנו למדים על תפיסת הירושלמי, שכדרך שניתן להתנות על חיובי ממון שונים בחיי הנישואין, כחובות אישה לבעלה בצורכי הבית וכחובת הבעל כלפי אשתו בשאר וכסות, כן ניתן לבעל להתנות ולבטל את חיובו בעונה.

הנחת יסוד זו שבה ועולה גם בסוגיה בקידושין,⁵⁷ אך שם בהמשך המשא ומתן התלמודי, לראשונה בסוגיות הירושלמי, מתערערת ומסויגת קביעה גורפת זו.⁵⁸ וזו לשונה הקצרה והסתומה של סוגיית הירושלמי, העוסקת בשאלה אם ניתן לקדש אמה עבריייה בתנאי שלא יהיו עליה ייעודין – "והא תני: נושא הוא⁵⁹ אדם אשה ומתנה עמה על מנת שלא יהא לה עליו לא שאר ולא כסות ולא עונה. ניחא שאר וכסות, ועונה⁶⁰ לא תניי גוף הוא? אמר רבי חייה בר אדא תיפתר בקטנה". בקושיית הירושלמי שוב מצוטטת ברייתא, המניחה אף היא את אפשרות ההתנאה על רכיב העונה, אך הירושלמי תמה על כך, וכי עונה אינה

הבעל מחיובו בשאר וכסות שהם כנגד מעשי ידי האישה ולכך הוא קרוי מורד. בעניין ההבאה אגב גררא יש לבאר שיש ביטויים ומושגים שהפכו להיות מעין מטבע לשון, וברבות הזמן נהוג להשתמש בו גם אם במקרה המסוים שבו הובא ביטוי – אשגרא זה אין הוא מתאים כלל לעניין הנדון. הירושלמי עצמו עומד על עניין ה"אשגרת לשון" בעניינו של החירש, שהפך לאשגרת לשון "חרש, שוטה וקטן", כעדותו של רב חסדא (ירושלמי, מגילה ב, ה, עג, ב): "לית כאן חרש באשגרת לשון היא מתניתא". ראשונים שונים השתמשו ביסוד זה. ראו למשל חידושי הרמב"ן, בבא בתרא עז, ע"א, ד"ה "ואין זה". וכן עלה עניין זה באשגרת הלשון "גרופה וחלוצה", כפי שהעיר על זה למשל חידושי הריטב"א, יבמות נו, ע"ב, ד"ה "מתני". וראו עוד לעניין זה "חלוצה לכהן" אנציקלופדיה תלמודית כרך טו, שעה-שעז (התשל"ו).

ירושלמי זה צוטט בתשובות חכמי פרובינציה, סימן עג, אם כי בחילוף לשון קל – "הגע עצמך

שהתנה עמה שאין עליו שאר כסות ועונה..." – וראו במקבילה בבראשית רבה, פרשה נב, פסקה יב (מהדורת וילנא). לא למותר לציין כי מדרש בראשית רבה, אשר נערך לאחר התלמוד הירושלמי (ככל הנראה, לקראת סוף המאה החמישית לספירה), הוא מדרש א"י קדום. הנה כי כן, נמצאנו למדים ממקור קדום נוסף, שמסורת ארץ ישראל הכירה בתוקפם של תנאים שנועדו לעקור את חיובי הבעל השונים, לרבות חיובו בעונה.

ירושלמי, קידושין א, ב, נט, ג.

תמר, לעיל ה"ש 45, בעמ' תו, ד"ה "בעונה" מבאר שהואיל ושלוש הבבות של הירושלמי

נכתבו וסודרו בשונה מסיודרו של הירושלמי כולו, כמסקנת מחקריהם של חוקרים שונים,

כיעקב זוסמן, משה עסיס ועוד, היה ניתן להציע שלפנינו עוד סתירה בין עריכות שונות של

הירושלמי. לתמיכות מחקריות בטיעון זה ראו: שאול ליברמן תלמודה של קיסרין (התרצ"א).

מובן, שהצעה זו קשה לאור סוגיית כתובות, שאף היא מצדדת ביכולת ההתנאה על רכיב

העונה. לפיכך מסיק תמר שלפנינו סוגיות מוחלפות. לתופעת הסוגיות המוחלפות בירושלמי

ראו ליב מוסקוביץ "סוגיות מוחלפות בירושלמי" תרביץ ס(א) 19 (התשנ"א); לכלל תופעה זו

ראו יעקב נ' אפשטיין מבואות לספרות האמוראים: בבלי וירושלמי 276–279 (1962); שאול

ליברמן תלמודה של קיסרין: ירושלמי מסכת נזיקין 20 (התרצ"א) ובמחקרו השונים של

יהונתן עץ-חיים.

וכן היא גרסת כת"י ליידין.

בכת"י ליידין נמחקת כאן המילה "מה" ותוקנה כראוי ל"ועונה".

"תנאי גוף", שבשונה מ"תנאי ממון" לא ניתן להתנות עליה? על כך מתרץ רבי חייא "תיפטר בקטנה", כלומר יש לסייג את קביעתו הגורפת של הירושלמי, שלעולם ניתן להתנות על רכיב העונה, אלא יש להבחין אם מדובר בקטנה או בגדולה, שלגבי אחת מהן אין חופש התנאה שכזה.

מחד גיסא ניתן לפרש, כפרשני הירושלמי על אתר, ששלילת יכולת ההתנאה על עונת אישה אמורה דווקא בגדולה. הואיל ומניעת עונה ממנה גורמת לה צער לא ניתן להתנות על כך ולמנוע ממנה זכות זו. מה שאין כן כאשר מדובר בקטנה, שהואיל ואין לה צער במניעת עונתה, ניתן להתנות עליה ולבטלה.⁶¹ מאידך גיסא ניתן לבאר להפך, שדווקא ביד גדולה ניתנה האפשרות למחול על עונתה, ובה עסקו כלל סוגיות הירושלמי שאפשרו חופש התנאה על רכיב העונה, ואילו הברייתא ששללה אפשרות התנאה עסקה בקטנה, שאין ביד אביה למחול על עונתה, שהרי לא הקנתה התורה צער מעין זה לאביה. אם אביה אינו יכול למחול על עונתה במועד קידושיה, ממילא אין בעלה יכול להתנות עמה במעמד זה שהוא נושא אותה על מנת שאין הוא מחויב בעונתה, כפי שנעמוד בהרחבה בהמשך, בפרק ה, על הקשר ההדוק הקיים בין שלילת יכולת המחילה לבין שלילת יכולת ההתנאה.⁶² דעה ממצעת ניתן למצוא בפירושו של בעל "פרשת המלך" בפירושו לרמב"ם,⁶³ המקיים את ההסבר הראשון. אלא שהוסיף הוא סייג וקבע שאמנם מדובר בתנאי שאין לקטנה עונה דווקא בתקופת קטנותה, אך ודאי שתנאי לביטול עונתה בגדלותה אינו מועיל.

61 כן פירש קרבן העדה בפירושו לירושלמי, קידושין א, ד"ה "ומשני תיפטר" וכן צידד המשנה למלך, אישות, פרק טו, הלכה א. בדומה לזה פירש הפני משה, שם, ד"ה "תיפטר", שקטנה לא אכפת לה מעונתה, וכן פירשו אחרונים רבים, למשל אלעזר מ"מ שך אבי עזרי בפירושו לפסק הרמב"ם, אישות, פרק ו, הלכה י; שו"ת בנין שלמה חלק ב, אבן העזר, סימן ד, כתב שדווקא בקטנה שאין לה צער הגוף ניתן לומר שמחלה על עונתה בלב שלם, ואילו בגדולה, אפילו אם אומרת שמחלה, אנו חוששים שהיא בושה הימנו ולא גמרה למחול בלב שלם על עונתה; שו"ת ישכיל עבדי, כרך ז, אבן העזר, סימן כ, הסיק בצורה גורפת יותר שבקטנה הואיל ולא אכפת לה מעונתה, ואולי גם אין לה צער, הרי מעיקרא לא חל על בעלה חיוב העונה. מה שאין כן גדולה שיש לה הנאה בעונתה, הרי שבעלה מחויב לה בחיוב זה, ואין הוא יכול להפקיע עצמו מכך בין שיש לה צער בכך ובין שאין לה.

62 ראו על כך פנחס הורביץ בחיבוריו "ההפלאה" (קונטרס אחרון, סט, ו) ו"המקנה" (קידושין יט, ע"ב, ד"ה "בתוס"), הדוחה מכמה טעמים את ההסבר הראשוני. בהסבר זה מצדד גם הבני אהובה, כרך א, בפירושו לפסק הרמב"ם, אישות, פרק ו, הלכה י. על פירוש זה כתב רמ"ש הכהן בהגהותיו לירושלמי על אתר – "והמה דברי א"ח (=אלוקים חיים – י"מ) ואמת בירושלמי למבין", וכן צידד בפירוש זה שו"ת שבט הלוי, אבן העזר, חלק ו, סימן ריב, ושמעון משה דיסקין בפירושו משאת המלך על מסכת קידושין רלא (התשנ"ח). שדווקא בקטנה שאביה הוא המקדשה והוא המוחל על עונתה מועילה מחילתו, אך בגדולה, אף שאומרת היא שמוחלת על עונתה, אין מחילתה בלב שלם.

63 פרשת המלך, אישות, פרק ו, הלכה י.

לטעמנו, לאור סוגיות הירושלמי השונות שאותן ביקשנו לסקור בתת-פרק זה, ייתכן שניתן להסיק על דעתו הייחודית הכללית של הירושלמי, המכיר בחופש התנאה על רכיב העונה. בנוסף, היות שהמקור שלפנינו עוסק בנערה גדולה, שעמה התנה הבעל שהוא מקדשה בלא עונתה, יש לצדד בפירוש השני דווקא. אשר על כן, לדעתנו, הפירוש המסתבר ביותר, אם כי איננו היחיד האפשרי, לסיכום סוגיות הירושלמי הוא כי רק בידי אדם הנושא נערה גדולה ניתן חופש התנאה להתנות ולבטל את עונתה, שהרי אם תחפוץ היא בכך יכולה היא למחול על עונתה. ואילו אדם הנושא נערה קטנה אינו יכול להתנות עמה לבטל את עונתה כדרך שאין אביה יכול למחול על צער גופה, שהרי אביה זכאי ברווחים הממוניים מחמת הקידושין בלבד, אך לא בצער גוף מעין זה.⁶⁴

(ב) סוגיות הבבלי

כאמור לעיל, התפיסה המסורתית סוברת שהבבלי שולל לכאורה את יכולת ההתנאה על רכיב העונה. תפיסה רווחת זו מניחה שהבבלי גרס שמחלוקת התנאים בתוספת קידושין נסבה אך ורק על רכיבי השאר והכסות, ואילו על רכיב העונה, לכאורה, אין מי שחולק וסובר שניתן להתנות ולבטל חיוב זה.

ואולם, בדיקה יסודית של כלל סוגיות הבבלי, שבהן צוטטה מחלוקת תנאים זו,⁶⁵ תעלה את המסקנה שאין כל אישוש לקביעה מסורתית זו, שכן הסוגיות הבבליות שציטטו מחלוקת זו עסקו אך ורק בהסדרת דעותיהם העקרוניות של התנאים החולקים, רבי מאיר ורבי יהודה, אם סוברים הם שעקרונית ניתן או לא ניתן להתנות על חיוב ממוני שתוקפו מהתורה. אך למיטב בדיקתנו, מעולם לא קיים הבבלי כל דיון בדעתו של רבי יהודה בשאלה אם רכיב העונה אכן כלול בגדר דבר שבממון. ודאי שלא עלתה כל קביעה פוזיטיבית או אף אמרת אגב, שלדעת רבי יהודה אין העונה בגדר דבר שבממון, ולכן התניה עליו בטלה. יתר על כן, ככל הידוע לנו, אמירה הקרובה לענייננו ניתן למצוא רק אגב דיונו של הבבלי בתניות שונות, שאותן מתנה הבעל בנתינת גט לאשתו, וכפי שציטטנו בפתח הדברים. וכך מעלה בפשטות הבבלי:

אמר רב אדא בריה דרב איקא כי אמרינן [= (כאשר אנו) אומרים] מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל כגון שארה כסותה ועונתה דהוא קא עקר

64 לתובנה ברוח הדברים ראו גם שו"ת דברי מלכאל, חלק א, סימן צו, אות ד-ז. בשולי הדברים נציין שפשטו של הטרמין "תיפטר" כדרך שהירושלמי רגיל להשתמש בו אינו עולה בקנה אחד עם האפשרות הפרשנית המוצעת על ידינו בגוף הדברים. על כך ראו מוסקוביץ, לעיל ה"ש 54, בערכו.

65 ראו במקבילות קידושין יט, ע"ב; בבא מציעא נא, ע"ב; שם צד, ע"א; בבא בתרא קכו, ע"ב.

[=שהוא (הבעל) עוקר]... אלא אמר רבינא כי אמרינן מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל כגון שארה כסותה ועונתה דודאי קא עקר [=שודאי (הוא) עוקר]...⁶⁶

אך לטעמנו גם בסוגיה זו אי אפשר לראות בניין אב לשיטתו העקרונית של הבבלי בשאלת מעמדו של רכיב העונה, שכן מדובר בסופו של דבר גם בסוגיה זו בדיון כללי בלבד, המעלה חלוקה עקרונית, אם כי חשובה ביותר, בשאלת גבולותיו של העיקרון המתנה על מה שכתוב בתורה.⁶⁷ אך לא שמענו גם מסוגיה אמוראית זו כל ראשית ראייה לכך שעונה הוא רכיב שעליו לא ניתן להתנות לדעת רבי יהודה. ייתכן מאוד אפוא שהדברים נאמרו בשיטת רבי מאיר בלבד. יתר על כן, דווקא מהכללתו הגורפת של הבבלי את שלושת חיובים אלו בגדר מתנה על מה שכתוב בתורה, מדובר בכלל בדעתו של רבי מאיר⁶⁸ ולא של רבי יהודה, דעה שנדחתה מההלכה, ואין היא מלמדת דבר וחצי דבר על מושא דיונו. חרף מסקנתנו המחודשת, המערערת את התפיסה הרווחת בבבלי, לצורך המשך דיונו בלבד, נקבל את ההנחה המקובלת בדבר שלילת הבבלי את יכולת ההתנאה על רכיב העונה. כעת נעבור להצעת הסבר מחודש להבדלי ההשקפה התלמודיים לאור הצעתן של תפיסות משפטיות שונות של התלמודים את מוסד הנישואין.⁶⁹

(ג) עיקר מוסד הנישואין – יחסי האישות או 'שותפות עסקית'?

במקום אחר עמדנו על שני ביאורים אפשריים שונים לדין מתנה על מה שכתוב בתורה. הראשון הוא זה:

- 66 בבלי, גיטין פד, ע"ב.
67 מעיון בסוגיה ובפרשנותה מאוששת ההנחה שעיקר הדיון אינו מתמקד כלל בשאלת מתנה על מה שכתוב בתורה, אלא דווקא בשאלת היסוד של הסוגיה כולה והוא הפגיעה בכריתות המלאה שצריך הגט, שאותו התנה הבעל בתנאים שונים, לכרות בינו לבין אשתו.
68 ואכן בסוגיית בבלי, בבא מציעא נא, ע"ב מסויג תירוץ הדברים לדעת שמואל, שהעלה בעקבות הסתמא של הבבלי חלוקה זו בשאלה, אם נעקר בוודאות דין התורה אם לאו בדעתו של רבי מאיר בלבד.
69 במקום אחר אנו סוקרים בהרחבה הסברים שונים למחלוקת התלמודים נוסף על הטעם המקובל ולפיו המחלוקת נעוצה בהגדרת רכיב העונה כ"רכיב ממוני", שניתן למחול עליו, להתנות עליו ולבטלו, לדעת הירושלמי, ואילו אליבא דהבבלי, אין מדובר ברכיב שכזה, ולפיכך לא ניתן למחול או להתנות עליו. ההסברים השונים שניתן למצוא בספרות הפרשנית לתלמוד הם מקור חובת העונה מהתורה או מדרשת חכמים; עקירת חובת העונה מעיקרה או שלילת יכולת המחילה עליה; חובת העונה – עיקר הנישואין או חיוב העולה מהם; חובת העונה – חוב או חיוב, על כך ראו Margalit, לעיל ה"ש 7, בעמ' 73–77.

חוסר האפשרות לשנות מוסד משפטי קיים: אדם המבקש להטיל תנאי כנגד דברי התורה ובתוך כך לשנות ולעצב מחדש מוסד משפטי קיים כאשר ברי הוא שהוא ישנה את המוסד הקיים, התורה מאיינת את אמירתו ואין בידו לעשות כן. כלומר כל עוד המעשה שעליו מוסב התנאי בצורה חזיתית ובאופן ישיר הינו מוסד משפטי קיים, אין תנאו קיים מדין מתנה על מה שכתוב בתורה...⁷⁰

בכך ייתכן שיקל בידינו להגדיר את רכיב העונה לדעת הירושלמי כחייב דיספוזיטיבי שניתן להתנות עליו ולבטלו בדרך שניתן להתנות על שאר החיובים הממוניים או למחול עליהם. שכן לדעת הירושלמי, יש לבאר שסבור הוא שחייב העונה אינו חייב מעיקר הנישואין גופו, אלא בדומה לחובות הבעל בשאר וכסות מדובר בחיוב העולה מסטטוס הנישואין.⁷¹ כלומר, לדברינו בהסבר הירושלמי, כל רכיב שאינו נתפס כחלק בלתי נפרד מגופו של מוסד משפטי הקיים בתורה אלא כחייב הנגזר או נלווה עליו, יוגדר "דבר שבממון". כוונתנו לא במשמעות הצרה של המושג כרכיב מוניטרי שניתן לפדותו או להמירו בכסף, אלא מדובר ברכיב דיספוזיטיבי שעליו ניתן להתנות, הואיל ואין הוא חלק אינהרנטי מהמוסד הדאורייתי, ואין הוא נכלל בגדר מתנה על מה שכתוב בתורה.

לטעמנו, ניתן להציע כפיתוח נוסף לנימוק זה הסבר נועז יותר למחלוקת התלמודים, והוא תלוי בתפיסה המטה-הלכתית של התלמודים את מוסד הנישואין ומהו עיקר תכליתו. שיטת הירושלמי את רכיב העונה נגזרת מתפיסה עקרונית וכללית יותר שלפיה ניתן להגדיר רכיבים שונים במוסד הנישואין כרכיבים דיספוזיטיביים וכדין דבר שבממון, ולפיכך ניתן להתנות עליהם ולבטלם, ואין התנאה על רכיבים אלו עולה כדין מתנה על מה שכתוב בתורה.

לטענתנו, אליבא דהירושלמי, וכנגד התפיסה הרווחת בבבלי ובפוסקים, מוסד הנישואין הוא מוסד שבו רכיב האישות הוא אמנם רכיב חשוב ומרכזי, אך אין מדובר בעיקרו של מוסד הנישואין, שכן עדיין עומד חייב זה בשורה אחת עם שאר החיובים הממוניים של הבעל כלפי אשתו, הנובעים והמתחייבים מעצם מעמדם האישי כנשואים כדת משה וישראל. כלומר, לשיטת הירושלמי, עיקר מוסד הנישואין הוא מערכת חיובים ממוניים הדדיים ולא

70 על כך ראו יחזקאל מרגלית "חופש חוזים" בדיני המשפחה – בין תלמוד בבלי ובין תלמוד ירושלמי" מחקרי משפט כה 803, 814, הערה 40 (2010). ביתר הרחבה ראו Margalit, לעיל ה"ש 7, בעמ' 81–89.

71 ראו לעניין זה ארנרייך, לעיל ה"ש 7; דוד מצגר "קניין אישות וחייביו" ספר הזכרון דרכי מנחם תנ-תנדר (התשמ"א). יושם אל לב, מסטטוס הנישואין נגזרים, בצד חיוב הבעל בעונה, גם איסור האישה באישות לכל אדם אחר מלבד בעלה וכן היותה מיוחדת ומזומנת לבעלה. לעניין זה ראו גוסטמן, לעיל ה"ש 21.

דווקא מערכת אישות איסורית,⁷² ולפיכך גם חובת האישות היא חיוב/שעבוד בלבד הנובע מהנישואין והמוטל על הבעל בדומה לחיוביו בשאר וכסות.⁷³ אם כנים הדברים, ייתכן שיקל בידינו לבאר כיצד לשיטת הירושלמי רכיבים מרכזיים ביותר במוסד הנישואין הם רכיבים דיספוזיטיביים שעליהם ניתן להתנות ואף לבטלם – כעונה מושא דיונו; עיקר כתובה; ירושת הבעל, וייתכן מאוד, לאור פרשנות אפשרית לירושלמי וממצאי המחקר של הגניזה הקהירית, שאף ניתן לשיטתו לנתק את קשר הנישואין על פי דרישת האשה.⁷⁴ זאת הואיל ותנאים אלו כולם, כאמור, מוגדרים על ידיו כענייני ממון, ולפיכך ניתן להתנות עליהם בהסכמה. מנגד, תפיסת הבבלי ובעקבותיו פסיקת ההלכה בקודקסים ההלכתיים נגזרת מתפיסת רכיב העונה כרכיב איסורי אינהרנטי לסטטוס הנישואין כדת משה וישראל, ולכן חופש התנאה עליו נשלל על הסף. הדברים ודאי אמורים אם נסבור שמקורו של רכיב זה בתורה. וכך היא מסקנת מחקרנו שהוקדש לבחינת גבולות חופש ההתנאה הקיים לאור מקורות התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי:

72 לתפיסת עיקר הנישואין כשותפות כלכלית ראו, למשל, משה דוד הר "הנישואין מבחינה סוציו-אקונומית לפי ההלכה" משפחות בית ישראל: ספר הכינוס השנתי למחשבת היהדות 37 (התשל"ו), הסבור – "שאינן הנישואין אלא אמצעי סוציו-אקונומי אופטימאלי בלבד". לסקירתן של התפיסות השונות של מוסד הנישואין כפי שהדבר משתקף בתלמודים ושאלת מידת השפעת תפיסות העולם הלא יהודי על עיצובן של תפיסות אלו ראו למשל KOPEL KAHANA, THE THEORY OF MARRIAGE IN JEWISH LAW 26–28 (1966); MICHAEL L. SATLOW, JEWISH MARRIAGE IN ANTIQUITY (2001); ישעיהו גפני יהודי בבל בתקופת התלמוד 273–266 (התשנ"א); Bernard S. Jackson, How Jewish is Jewish Family?; Law?, LV/2 J. JEWISH STUD. 201 (2004) 320–299; עדיאל שרמר זכר ונקבה בראם 320–299 (התשס"ד) ובספרות הענפה המובאת על ידיו; ישי רוזן-צבי "אפילו מצא אחרת נווה ממנה" – מבט נוסף על עילות הגירושין בספרות התנאית" JSIJ 3, 1 (2004), www.biu.ac.il/js/JSIJ/3-2004/Rosen-Zvi.pdf.

73 הצפנת פענח חוקר חקירה מעין זו בשו"ת צפנת פענח דווינסק חלק א, סימן כא, דף ט, בתוך: ספרי שאלות ותשובות צפנת פענח (התשנ"ט) בשאלה אם חיובי הבעל לאשתו קניינים גמורים הם, או שמא מדובר בשעבוד בלבד הרובץ על הבעל לספק את צרכיה של אשתו. בדומה לזה העלה חידושי רבי שמעון יהודא הכהן (שקופ), קידושין, סימן ל, ד"ה "ובכוונת": "השו"כ הוא רק תולדה מחלות הקדושין ואינו עיקר חלות הקדושין". עוד לעניין זה ראו רבי אלחנן ווסרמן קבץ שעורים חלק א, קידושין, סימן כז; מיכאל אדרעי "אופי שעבוד הבעל והאשה למעשה ידיים ולעונה" חמדת הארץ ב 121–145 (התשס"ב).

74 וכבר עמד פרידמן על תפיסתו הייחודית והשוויונית יותר של הירושלמי באפשרות חשובה זו של השוואת יד האשה ליד האיש בעילת גירושין יחודית זו, כפי שהדבר משתקף היטב בתנאים השונים שנשתמרו בכתובות הארץ ישראליות. על כך ראו למשל מרדכי ע' פרידמן ריבוי נשים בישראל 52–53 (התשמ"ו); MORDECHAI A. FRIEDMAN, JEWISH MARRIAGE IN PALESTINE 63 (1980). לטיעון מחקרי שלפיו גם לדעת הבבלי ניתן היה לנתק את קשר הנישואין אף לאור דרישת האשה ראו וסטרייך, לעיל ה"ש 2.

ממקורות אלה עולים לדעתי הבדלי השקפה בנוגע לשאלת חופש ההתנאה הקיים בדיני המשפחה האיסוריים. כפי שהדבר בא לידי ביטוי בחופש חוזים רחב יותר הקיים במקורות התלמודיים-אמוראיים הארץ-ישראליים לעומת זה המשתקף במקורות הבבליים המקבילים, ביכולתו של הבעל להתנות על חיוביו השונים – על חובת העונה, על עיקר הכתובה ועל זכותו לרשת את אשתו. עוד אוסיף ואטען לאחר שאעמוד על תפיסה ייחודית זו של התלמוד הירושלמי, שאפשר לקבוע לאורה ולו מבחינה דוגמאטית, שאכן בידי האישה לדרוש את גירושיה מבעלה מפאת שנאתה אותו בהתאם לתנאי שהוטל בעת קידושיה, כדרך שבעל יכול לגרש את אשתו מחמת שנאתו אותה.⁷⁵

ה. מחילת האישה על זכותה לעונה

1. מבוא

עניין מחילת חובות או שעבודים הוא עניין נכבד ומרכזי ביותר בכל שיטות המשפט, הקדומות כמודרניות, ובכלל זה לא נגרע מקומו בעולמה של ההלכה היהודית. בעניין זה מצינו שפע של דיונים הלכתיים בענפי המשפט השונים, לרבות דיונים בעניין המחילה בתחום שבין אדם למקום, אך ללא כל ספק רוב הדיונים נערכו בתחום המשפט הפרטי,⁷⁶ ובכלל זה בתחום דיני המשפחה.⁷⁷ דא עקא, שלטעמנו תחום ענף וסבוך זה טרם זכה

75 ראו על כך בהרחבה מרגלית, לעיל ה"ש 70, בעמ' 808. ויודגש, הבבלי אינו מאפשר חופש התנאה רחב שכזה, ודאי לא על רכיבים שאינם ממוניים לכל דבר ועניין. לא למותר לציין שאף פרידמן מסיק במחקרו המקיף על הכתובה הארץ-ישראלית, שחופש ההתנאה שהיה קיים בכתובות הארץ-ישראליות הוא מקיף ונרחב יותר ביחס לנוסח הכתובה הבבלי, שהפך מהר מאוד לטקסט מקודש וקפוא, ולפיכך חופש התנאה שכזה היה נדחה על הסף. על כך ראו במחקריו השונים המצוטטים על ידינו, שם.

76 ראו למשל עמנואל קוסובסקי "הערות ומקורות בגדרי מחילה" דובב שפתי ישנים 141–143 (התשל"א); אפרים מ' שטיינברג "בענין מחילה כקבלה" בית יצחק 28–30 (התש"ג); שמואל הבלין "ויתור על זכויות או הקנאה" שבילין כז–כח, פה–פו (התשל"ב); יהודה זילברברג "בדין מחילה וחזרה בריבית" הלכה וכספים: קובץ תורני קכג–קל (התשמ"ו); יוסף קנייבסקי "בדין מחילה בריבית – בענין ריבית קצוצה" הלכה וכספים: קובץ תורני ריח–רכג (התשמ"ו); יוסף ח' קוטלר "בדין מחילת רבית" מוריה יב, פב (התשמ"ג); חיים שמואלביץ "בדין מחילה" ספר הזכרון למרן רבי חיים שמואלביץ קעז–קעט (התש"ס).

77 ראו למשל מרדכי אילן "מחילת אשה על מזונות" תחומין ג 123–153 (התשמ"ב); משה עמאר "מחילת אשה את זכויותיה הכספיות בתקנת פאס" ספונות יט 23–49 (התשמ"ט); שלמה צדוק "דבר שאין לו קצבה" שערי צדק א 168–175 (התש"ס).

למחקרו הראוי, שיסדור אותו דבר דבור על אופניו, וזאת למעט עבודת דיסרטציה אחת שנכתבה בעניין המחילה במשפט העברי.⁷⁸ בדברים הבאים ננסה להניח קווי יסוד ראשוניים למושג דיונו – שאלת גבולות מתנה על מה שכתוב בתורה בהתנאה על זכות האשה לעונה – שכן מתוך עיון בסוגיות התלמוד ובעיקר בספרות הראשונים מתברר שיש קשר אמיץ ביותר בין שאלת חופש ההתנאה לבין עצם היכולת למחול על חיוב מסוים, האף שעל פני הדברים אין קשר הכרחי בין שני מוסדות משפטיים אלו. קודם שנעבור לדיון במקורות הראשונים נבקש לפתוח בציטוט מדבריו של שלום אלבק, שעסק רבות בחיבוריו השונים בעניין מחילת חוב/שעבוד, כשלטעמנו תמצית דבריו מגדירה את הקשר האמיץ שבין שני מוסדות אלו:

מסקנת הדברים היא אפוא, שהכלל "המתנה על מה שכתוב בתורה, תנאו בטל", אינו אלא אומדן דעת בני אדם, שבלבם אינם מוחלים על זכות שהקנתה להם התורה, לפי שירדה לסוף דעתם שהם רוצים בזכות זו, ואינם גומרים דעתם לתנאי, אלא אומרים שהם מסכימים מחמת אונס בלבד.⁷⁹

בפתח דיונו נבקש לבסס את הקשר שיש בין היכולת להתנות על מוסד משפטי מסוים לבין שאלת היכולת למחול עליו, לאור המקורות האמוראיים. לאחר מכן נעבור מן הכלל אל הפרט לדון בפרשנות הראשונים, שעסקו רבות בשאלת הבנת מהות הקשר שבין חופש ההתנאה שניתן בידי הבעל להתנות ולבטל את עונת אשתו לבין יכולת האשה למחול על זכותה זו.

2. הרובד האמוראי

על הקשר שבין יכולת ההתנאה על מוסד משפטי מסוים לבין היכולת למחול עליו ניתן לעמוד לאור כמה סוגיות בתלמוד הבבלי. את זהות התנא האנונימי השונה את משנת בבא בתרא (פרק ח, משנה ה) הקובעת שלא ניתן לשנות את דין התורה ולמנוע מהבן הבכור ליטול פי שניים בירושה, מבקשת סוגיית הגמרא (בבא בתרא קכו, ע"ב) לזהות כדעת רבי

78 על כך ראו ברוך כהנא המחילה במשפט העברי (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2006). למען לא יהיה הנייר חסר, נציין למיעוט המקורות בעניין זה שהביא אלון, לעיל ה"ש 2, במפתח בערך "ויתור", ונציין שלא נמצא שם כלל הערך "מחילה". למחקרים שעסקו בצורה אגבית בלבד בעניין המחילה ראו מחקרי השונים של שלום אלבק המובאים בספרו, לעיל ה"ש 36; איתמר ורהפטיג ההתחייבות תוקפה, אופיה וסוגיה (התשס"א); אברהם שיינפלד חוק לישראל: נזיקין (נחום רקובר עורך, 1993) ע"פ המפתח בערך 'מחילה'; כהנא, לעיל ה"ש 21; ברוך כהנא חוק לישראל: ערכות (התשנ"ב) ע"פ המפתח בערך "מחילה".

79 ראו על כך אלבק, לעיל ה"ש 36, בעמ' 347 ועל פי המפתח בערך "מחילה".

מאיר. זאת שכן הוא התנא הסובר שבענייני ממון לא ניתן להתנות. מנגד, אפרירית, לא ניתן לזהות את התנא האנונימי שונה המשנה כרבי יהודה, שהרי כזכור הוא סובר שיש חופש התנאה על ענייני הממון הקבועים בתורה. אך הגמרא דוחה אפשרות זו ומעלה שגם רבי יהודה עשוי להודות במקרה שכזה, שלא ניתן להתנות על דין הירושה, הואיל ואין הבכור מוחל על מלוא זכותו לחלקו הכפול בירושת אביו. משמע שככלל, כפועל יוצא מחוסר האפשרות למחול על זכות או חיוב מסוים, גם לא ניתן להתנות עליו. וזו תמצית מהלך הסוגיה:

לימא מתניתין דלא [=האם נאמר שמשנתנו אינה] כר' [בין] יהודה, דאי [=שם] ר' [בין] יהודה האמר בדבר של ממון תנאו קיים דתניא [=שלמדנו]... אפי' [לו] תימא [=תאמר] ר' [בין] יהודה התם ידעה⁸⁰ וקא מחלה הכא לא קא מחיל [=שם ידעה ומחלה כאן לא מחיל].⁸¹

למסקנה דומה ניתן להגיע לאור הסוגיה בבבא מציעא,⁸² שם סברה הגמרא לקשור את דעת שמואל הסובר שניתן להתנות ולבטל בהסכמה את דין האונאה במכר לדעת רבי יהודה הסובר שניתן חופש התנאה על ענייני הממון. אך בדחיית הגמרא עולה בשנית היסוד שאנו מבקשים לבסס, ולפיו גם דעת רב הסובר שלא ניתן להתנות על האונאה עשויה לעלות בקנה אחד עם דעת רבי יהודה, שכן הואיל ובהתנאה על חיוב של שאר וכסות יודעת האישה ומוחלת, ניתן להתנות על חיוב זה. אך באונאה מי יכול לצפות שתהיה בעיית אונאה בעסקת מכר זו, ולכן לא היה מי שימחול על אונאה זו וממילא לא ניתן להתנות על האונאה. וזו לשון הסוגיה:

איתמר [=נאמר] האומר לחבירו:⁸³ על מנת שאין לך עלי אונאה. רב אמר יש לו עלי אונאה ושמואל אמר אין לו עלי אונאה. לימא [=האם נאמר] רב דאמר [=שאמר] כרבי מאיר ושמואל דאמר כרבי יהודה דתניא...אמר לך רב אנא דאמרי [=אני שאמרתי] אפילו לרבי יהודה. עד כאן לא קאמר [=אמר] רבי יהודה התם אלא דידעה וקא מחלה, אבל הכא מי ידע דמחיל [=שם

80 בכת"י מינכן 95 ואסקוריל I-G-3 הגירסה היא – "עד כאן לא קאמ' ר' יהודה התם אלא דידעה".

81 גרסה זו מאוששת בכת"י פריז 1337, מינכן 95, אסקוריל I-G-3 ובדפוס פיזורו רע"א. ואולם, בכת"י רומי 115 הגירסה היא "מאי ידע דמחיל", ואילו בכת"י המבורג 165 תוקנה גירסת רוב כת"י למילים – "מי מחיל".

82 בבלי, בבא מציעא נא, ע"א.

83 המילים "האומר לחבירו" הושמטו בציטטה הראשונה בכת"י פירנצה 7–9 II וכן הושמטו בציטטה השנייה בכת"י המבורג 165.

אלא שידעה ומחלה אך כאן מי ידע שימחול]...⁸⁴ רבא אמר לא קשיא [=לא קשה] כאן בסתם כאן במפרש דתניא...⁸⁵

כלומר, בהווא אמינא סבר התלמוד שרק דעת האמורא שמואל, הרואה באונאה רכיב דיספוזיטיבי שניתן להתנות עליו ולבטלו, עולה בקנה אחד עם דעת התנא רבי יהודה, הגורס בצורה רחבה יותר, שכל רכיבי הממון הם דיספוזיטיביים ולכן בני-התנאה. ואולם, אחת האפשרויות שמעלה הסוגיה בדחיית מסקנה חד-ממדית זו מצדדת בכך שגם דעת האמורא רב, הסובר נקודתית בסוגיית התלמוד שלא ניתן להתנות על רכיב האונאה ולבטלו, עשויה לעלות בקנה אחד עם דעת רבי יהודה. שכן באונאה הרוכש המתאנה אינו מודע לאונאה וממילא אין הוא יכול למחול עליה. לאור התלות שאנו מבקשים לבסס בין יכולת המחילה ליכולת ההתנאה, ממילא אין המתאנה יכול להתנות ולבטל את ההונאה כדרך שאין הוא מודע לקיומה ויכול למחול עליה. ואולם, גם לדעת רב, ייתכן מאוד, וביתר המקומות שבהם יש יכולת מחילה, ממילא יש גם יכולת התנאה.

3. ספרות הראשונים ופסיקת ההלכה

(א) ספרות הראשונים

על הקשר שבין יסוד המחילה ליסוד ההתנאה עמד בפירוש המיוחס לרבינו גרשום בסוגיית בבא בתרא על אתר. לפירוש, על רכיבי הכסות והמזון הממוניים אישה עשויה למחול בשעת נישואיה מחמת הנאתה שנישאת היא, הנאה שמחמתה מתרצת היא לוותר לבעלה על חיובים אלו. מה שאין כן עונה, הואיל ואינה דבר שבממון, גם לדעת רבי יהודה, לא ניתן יהיה להתנות עליה ולבטלה, שהרי האישה אינה יכולה למחול על רכיב זה. בדומה לזה, לאור עיקרון זה, גם בהפקעת ירושה מבנו של אדם, שאין היורש יודע שמפקיעים את חלקו בירושה. הואיל ואין הוא מוחל, גם לא ניתן יהיה להתנות על הפקעת מלוא זכותו בירושה. גם מפירוש הרשב"ם עולה פירוש דומה ביותר, אך שם עולה הנמקה כפולה לשלילת יכולתה של האישה למחול על עונתה – "אבל עונת תשמיש מצוה היא וצער דגופא [=וצער הגוף] הוא".⁸⁶

⁸⁴ בכת"י פירנצה I II 9–7 הגירסה היא "מי ידיע דליחול", בכת"י המבורג 165 מובא "מי ידע דליחול", בכת"י מינכן 95 הגרסה היא "מה ידע דניחול", ואילו בדפוס שונצינו ר"נ ואילך נשמטה המילה "מי" ונשתבש ל"אבל הכא ידע דמחיל", שללא כל ספק, מדובר בגרסה משובשת.

⁸⁵ בבלי, בבא מציעא נא, ע"א.

⁸⁶ ראו על כך פירוש הרשב"ם בבלי, בבא בתרא קכו, ע"ב, ד"ה "בדבר של ממון". בתפיסת העונה כצער הגוף שעליו לא ניתן להתנות כבר קדמו רש"י בפירושו לסוגיות התלמוד, בבא

וכן מחדד הרשב"ם את הנימוק לכך שלא ניתן להתנות על ירושת בן, שכן:

...אבל הכא מי מחיל [=כאן מי מוחל] מה הנאה יש לו לבן שימחול ואע"פ ששתק הבן אין זו מחילה דאינו [=שאינו] רוצה להכעיס את אביו ולא גרסינן [=גורסים] מי ידע דמחיל [=שמוחל].⁸⁷

כלומר, גם אם שותק הבן, אין לפרש את שתיקתו כהסכמה, כדרך שמקובל בתלמוד לפרש שתיקת אדם כהסכמה,⁸⁸ כי ודאי שאין הבן מוחל בלב שלם, וכל שתיקתו נועדה שלא להכעיס את אביו על שאין מתרצה הוא לשלילת מלוא זכותו בירושת האב. לאור פירושו, מיותרת בגמרא הפסקה "מי ידע דמחיל" ושלשיטתו של הרשב"ם אין לגרוס אותה. ואכן, רובם המוחלט של הראשונים מצדדים בטעם המובא בסוגיית הגמרא מושא דיוננו. הרמב"ן מבליע בפירושו חידוש שאותו יחדדו בהמשך ראשונים רבים,⁸⁹ ולפיו מחלוקת התנאים בשאלת קידוש אישה על מנת שאין לה שאר כסות ועונה נעוצה בהבנת משמעות תנאו של הבעל – לרבי מאיר משמעות הדברים היא התנאה על עצם הדין מהתורה, ולכך תנאו בטל מדין מתנה על מה שכתוב בתורה. ואילו רבי יהודה סובר שאין הבעל מבקש לעקור בתנאו את עיקר דין התורה, אלא מתנה הוא שאשתו תמחל לו על חיובו בעונה כלפיה ותנאו קיים. לאור פירוש מחודש זה מפרש רמב"ן שגם התנאה מפורשת שהאישה תמחול

מציעא נא, ע"א, ד"ה "רבי יהודה"; שם צד, ע"א, ד"ה "בדבר שבממון"; קידושין יט, ע"ב, ד"ה "בדבר שבממון". וכן פירשו ראשונים רבים נוספים כתוספות, כתובות נו, ע"ב, ד"ה "ושמעין" והר"ן במסכת קידושין (כה, ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה "גרסינן"). לדחיית פרשנות זו ראו תוספות, כתובות נו, ע"א, ד"ה "הרי זו" השוללים את האפשרות, שמשמעות התנאי היא שאכן מקדשה על מנת שתמחול לו, אלא יש לפרש שהיא אמנם מוחלת בפועל, אך אין מחילתה מועילה. בשולי הדברים יצוין שגם בית הדין האזורי ברחובות אחזו בטעם של צער הגוף כנימוק לשלילת יכולת ההתנאה על העונה כנימוק המרכזי. לעניין זה ראו תיק (אזורי רח') תשל"ג/925, פד"ר י 82, 95 (התשל"ו).

87 פירוש הרשב"ם בבלי, בבא בתרא קכו, ע"ב, ד"ה "התם קא מחלה". בדומה לזה דייק המאירי, ד"ה "המקדש" מלשון הסוגיה, שאם אכן היה ידוע ליורש רצונו של אביו לנשלו ממלוא ירושתו, היה מוחל ולכן תנאו היה תופס, אך אין זאת הגרסה אלא "הכא לא (קא) מחיל", שהרי מדוע שיתרצה למחול על ירושתו. וכן גרס הריטב"א, לבבא בתרא קכו, ע"ב, ד"ה "הכא לא קא מחיל".

88 על שתיקת אדם כהודאה בתלמוד ראו למשל בבלי, סנהדרין כט, ע"ב ובמקבילות. בשולי הדברים יצוין שלא תמיד נתפסת בהכרח שתיקתו של אדם כהסכמה, ראו על כך ראובן מרגליות מחקרים בדרכי התלמוד וחידותיו צ-צו (התשכ"ז).

89 ראו לעניין זה פירושי הראשונים השונים לסוגיית כתובות נו, ע"א, כרשב"א, שיטה מקובצת, רבנו קרשקש ושיטה לר"ן וכן בפירושי ראשונים שונים לסוגיות התלמוד המקבילות. בקרב האחרונים האוחזים בהסבר זה ניתן לציין, בין היתר, את המשנה למלך (אישות, פרק ו, הלכה י; פרק טו, הלכה א) וקצות החושן (סימן רט, ס"ק יא).

לבעלה על חיוביו כלפיה בשאר כסות ועונה אינה תופסת, שהרי אין זה עניינו לא של הבעל ולא של האישה, אלא שהתורה היא שחייבה את הבעל, ולפיכך כל ניסיון למחול עליו או להתנות עליו בטל. אך בהמשך דבריו מחדש הוא חידוש עקרוני, ולראשונה עולה הפרדה בין שני מוסדות אלו, ולדבריו, אף שהתנאת הבעל ודאי שלא תועיל, מחילת האישה עשויה דווקא לתפוס:

ואה"נ דאי מחלה מדעתה בתר הכי מחילתה מחילה. אבל משום תנאי לא דרחמנא אמר ליכא דנסיב איתתא ולא ליחייב בשאר כסות ועונה... [=ואכן כך הוא שאם מחלה מדעתה אחר כך מחילתה מחילה. אבל משום תנאי לא שהתורה אמרה שאין מי שנושא אישה ואינו מתחייב בשאר כסות ועונה].

וכך מסיק הוא במסקנתו לאחר משא ומתן בצדדיו השונים של דין מתנה על מה שכתוב בתורה:

כיון דאמר לה על מנת כמאן דאמר לה ע"מ שלא אתחייב לך שאר כסות ועונה דמי והא [=שאמר לה על מנת כמי שאמר לה על מנת שלא אתחייב לך שאר כסות ועונה דומה שהרי] חייב לה. אבל על מנת שתמחלי לי שאר כסות ועונה תנאו קיים... ור"מ [=ורבי מאיר] סבר על מנת שאין לך עלי לאו כלום הוא אלא א"כ [=אם כן] ימחול לו ולא כל כמיניה [=ואין זה ממנו] שלא יתחייב לו. ור' [בין] יהודה סבר בידו לומר שלא יתחייב לו שהרי מוחל ובדבר של ממון יכול הוא למחול...⁹⁰

מסקנתו המחודשת של הרמב"ן עשויה להתפרש היטב בעיקר לאור הסברנו הראשון בטעמו של דין מתנה על מה שכתוב בתורה, שהרי התנאה עם האישה שתמחול על זכותה לעונה אינה התנאה ישירה כנגד מוסד העונה האמור בתורה, ולפיכך תופסת התנאה מעין זו. אם כי גם מן הטעם השני שהעלינו במחקר קודם, הרואה חיסרון בגמירות דעת בכל ניסיון להתנות ולצאת נגד האמור בתורה,⁹¹ ניתן לפרש שהתניה על מחילת האישה אינה יוצרת בעיה חמורה של גמירות דעת כדרך שיש לחשוש לאדם המבקש לעקור חזיתית את עצם דין התורה. וכך ביארנו טעם שני זה:

חוסר בגמירות דעת המתנה: תנאי היוצא כנגד האמור בתורה בטל, שכן אנו מניחים הנחה הלכתית-משפטית פיקטיבית ולפיה האדם שהטיל תנאי זה ודאי שלא התכוון לשנות

90 ראו על כך: חידושי הרמב"ן, בבא בתרא קכו, ע"ב, ד"ה "הרי זו מקודשת" (ההדגשות הוספו – י"מ).

91 מרגלית, לעיל ה"ש 70.

בדבריו את דין התורה, ולפיכך תנאו בטל מחמת חוסר גמירות דעת, שהרי לא נתכוון אלא להפליג בדברים.

ואולם, כנגד התפיסה הרווחת בספרות הראשונים הרואה בעונה רכיב קוגנטי שעליו לא ניתן להתנות, יוצא הריטב"א בפירושו לסוגיה⁹² ודוחה מכול וכול סיעת ראשונים זו ומחדש בעקבות הירושלמי, שגם רכיב העונה, כרכיבי השאר והכסות, הוא רכיב שניתן להתנות עליו – "ואינו דבירושלמי פירשו דעונה דבר שבממון ואיזהו דבר שאינו של ממון כגון שלא תצטרכי גט שלא תהא זקוקה ליבם וכן עיקר דכל הנאת הגוף ניתן למחילה".

בשתיים תומך הריטב"א את דעתו שרכיב העונה הוא רכיב דיספוזיטיבי שעליו ניתן להתנות – שיטת הירושלמי בעניין, שעליה עמדנו לעיל בהרחבה. אך גם בשיטת הבבלי מסיק הוא מסוגיית הבבלי, בבא קמא, צג, א, שניתן למחול על צער הגוף והוא כדבר שבממון,⁹³ שהרי מדובר סוף סוף בצער גופה של אישה ובהנאתה, הואיל ובידה למחול עליו, ממילא אף ניתן להתנות עליו ולעקרו כליל.

לא למותר לציין ששיטת הריטב"א הובאה להלכה במרדכי לבבא מציעא;⁹⁴ המהרי"ק⁹⁵ הביאה בשם רבנו תם, אלא שחידד שמועילה מחילת האישה על עונתה רק במקום שהיא מוחלת כן מפורשות, שכן בסתם כל עוד לא שמענו שמחלה אין לתלות כן בסתם. כן הובאה שיטה זו בידי ראשונים נוספים,⁹⁶ ויש מהפוסקים שציינו לה בפסק ההלכה.⁹⁷ לסיכום מחלוקת ראשונים יסודית זו לנדוננו, סבורנו שהיטיב המשנה למלך לסכמה בלשונו הזהב:

זאת תורת העולה דלדעת רש"י והתוס' [פות] ורבינו והר"ן והטור ורבינו ירוחם אין תנאי מועיל בעונה, אך ר"ת [=רבינו תם] והמרדכי והריטב"א

92 חידושי הריטב"א, בבא בתרא קכו, ע"ב, ד"ה 'ור' יהודה' וכן בפירושו לסוגיות התלמוד השונות, בבא מציעא נא, ע"א, ד"ה 'ר' יהודה'; קידושין יט, ע"ב, ד"ה 'רבי יהודה'. כן הביא דעה זו המאירי בשם "יש אומרים" וראיתם מכך שיכולים תלמידי חכמים לצאת ברשות נשותיהן תקופות זמן ממושכות, אך דחאה מההלכה למסקנתו.

93 דיון מעמיק יותר בסוגיית יכולת ההתנאה על צער גופו של אדם חורג מגבולותיו של מחקר זה, ראו לעניין זה שיינפלד, לעיל ה"ש 78, בעמ' 13–14, 17–18 ובמקורות המובאים בידי המהדיר לחידושי הריטב"א בבא מציעא תלא (מהדורת ר"ש רפאל, התשנ"ג).

94 מרדכי, בבלי, בבא מציעא פג, ע"א, סימן שסט. וכן כתב המרדכי בכתובות פג, ע"א, סימן ריג, שמועיל תנאי הבעל לבטל עונת אשתו, ואולם הבית חדש בהגהותיו (שם, אות כ) מחק את רכיב העונה ולא שם לבו לשיטתו הייחודית של המרדכי בעניין זה.

95 שו"ת מהרי"ק, שורש י.

96 ייתכן שגם רש"י מהדורא קמא (הובא בשיטה מקובצת לסוגיית כתובות, נו, ע"א) סבור שאף שסתם כך אין אישה מוחלת על עונתה, אם תמחל מפורשות תועיל מחילתה. מכאן קבע רבנו אלחנן (הובא בתוספות, שם, ד"ה 'הרי זו'), שאם מתנה אדם מפורשות בלשון 'ע"מ שתפטרי אותי מעונה' יועיל תנאו.

97 ראו למשל פירוש משנה למלך לרמב"ם, אישות, פרק ו, הלכה י; דרכי משה הקצר, אבן העזר, סימן לח, ס"ק ח; בית שמואל, אבן העזר, סימן סט, ס"ק ה.

ס"ל דתנאי [=סוברים שתנאי] מועיל בעונה דומיא דשאר [=בדומה לשאר]

וכסות וחלייהו [=וחיזוקם] מהירוש' [=למין] וכמו שכתבנו לעיל.⁹⁸

גם הנימוקי יוסף נדרש בפירושו לסוגיית בבא מציעא (לא, ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה "במפרש") לחילוק עקרוני זה לאור חילוקו של רבא בין אדם שפירש את תנאו על רכיב האונאה לבין מי שסתם ולא התנה כן מפורשות. לשיטתו, רק במקום שבו פורשה ההתנאה אזי תנאו קיים, שכן מתוך שיודע הקונה, בידו למחול על אונאתו. אך כל עוד אין תנאי זה מפורש, מתוך שהקונה אינו יודע ואינו מוחל על האונאה, ממילא אין בידו להתנות מעיקרא על רכיב זה. בדומה לזה, רק אישה המודעת לזכויותיה לשאר, כסות ועונה עשויה למחול עליהם.

(ב) פסיקת ההלכה

בשאלת יכולת האישה למחול על עונתה לא מצינו פסיקה מפורשת ברמב"ם, אך כן מצינו פסק הקרוב לעניין זה, המגולם ברישיון שנותנת אישה לבעלה להימנע מקיום חובתו כלפיה בעונה. ייתכן מאוד, כפי שנעמוד על כך בהרחבה בסמוך, שיכולת מתן רישיון זה שואבת את כוחה מעצם יכולת האישה למחול על עונתה. וכך פסק הרמב"ם:

האשה שהרשת את בעלה אחר הנישואין שימנע עונתה הרי זה מותר. במה

דברים אמורים בשהיו לו בנים שכבר קיים מצות פריה ורביה, אבל אם לא

קיים חייב לבעול בכל עונה עד שיהיו לו בנים, מפני שהיא מצות עשה של

תורה שנ' "פרו ורבו".⁹⁹

הואיל והרמב"ם כתב בלשון פסקו שאת ההיתר נתנה האישה לבעלה אחר הנישואים, יש לדון אם ההיתר למניעת העונה מהאישה אמור בדווקא ואך ורק במקרה זה. לפיכך אם הקדימה ונתנה הסכמה זו עובר לנישואיה, לא תועיל לה הסכמה שכזו, שכן מחילתה על זכותה לעונה מועילה רק לאחר הנישואים. או שמא היתר זה קיים גם אם ניתן קודם לביאה בברית הנישואים, וייתכן אף שהסכמה מוקדמת שכזו טובה יותר.

אפריורית, האפשרות השנייה היא בעייתית יותר בשל החשש שאין האישה מוחלת בלב שלם, אלא עושה היא כן בעל כורחה בשל רצונה העז להינשא. בנוסף, מחילה מוקדמת שכזו עשויה להיות בעייתית, שכן היא בבחינת מחילה על דבר שלא בא לעולם, שהרי כידוע ההלכה היהודית מאפשרת מחילה, בדומה לקניין, רק בדבר הקיים בעולם, וממילא זכות ערטילאית של הבעל שאינה קיימת קודם לנישואים היא בבחינת דבר שטרם בא לעולם, ולכן

98 משנה למלך על הרמב"ם, אישות, פרק ו, הלכה י, ד"ה "זאת" (ההדגשות הוספו – י"מ).

99 רמב"ם, אישות, פרק טו, הלכה א (ההדגשות הוספו – י"מ).

לא ניתן למחול על זכות לא קיימת שכזו. שהרי קודם לנישואים אין לבעל כל זכות אישות בארוסתו והם אף אסורים לעניין זה, לכל הפחות מדברי חכמים.¹⁰⁰ עוד ניתן להתחבט בשאלה אם יכולה האישה לחזור בה ממחילתה הראשונית על עונתה, ואם אפשרות החזרה קיימת גם במקום שבו הבעל עשה קניין על מחילת אשתו לבל תחזור בה מהסכמתה הראשונית. מובן שכאשר נעשה קניין שכזה, דעות הפוסקים מסויגות יותר באשר לאפשרות לחזור ממנה,¹⁰¹ ומנגד, דעת רוב הפוסקים נוטה לאפשר לאישה למחול לבעלה על עונתה לזמן קצוב בלבד, כל עוד אין מדובר בעקירה תמידית של זכותה לעונה.¹⁰²

ו. הרשאת האישה והסכמתה לפגיעה בזכותה לעונה

1. ספרות הראשונים ופסיקת ההלכה

(א) ספרות הראשונים

היבט נוסף של יסודותיה הדיספוזיטיביים של חובת העונה עולה מדיון שצינו בפתח מחקרנו בשאלת גבולות איסור יציאת הבעל מביתו בלא רשות אשתו. לצורך המשך דיוננו, נקודת המוצא של הדיון מתמקדת בהנחת היסוד המשותפת של התלמודים, למעט ההבדלים

100 לנימוק הראשון ראו הלחם משנה בפירושו על אתר לפסק הרמב"ם, שם, וכן צידד בדעה זו הישועות יעקב בפירושו הארוך לפסק השולחן ערוך על אתר, אות א. לנימוק האחרון ראו המשנה למלך בפירושו על אתר לפסק הרמב"ם, שם. דעה ממצעת ניתן למצוא בדעת המשנה למלך, שגרס שעקרונית אין כל תועלת במחילה קודם לנישואין אלא דווקא לאחר הנישואין. ובכל זאת אם חפצים בני הזוג להסדיר זאת עובר לנישואיהם, טוב יעשו אם ייתנו שהאישה תמחל לבעלה שלאחר הנישואין ייפטר הלה מחיובו בעונה, שהרי מקובלנו שאדם יכול להתנות בדבר שלא בא לעולם, ראו לעניין זה טור, חושן משפט, סימן רט, סעיף יב והגהת הרמ"א בשולחן ערוך, שם, סעיף ח.

101 באפשרות הראשונה התחבט חידושי מהרי"ט, קידושין יט, ע"ב, ד"ה "בדבר שבממון" והסיק שאכן יכולה האישה לחזור בה. בתובנה זו מצדדים אחרונים רבים, הואיל ואין מחילה מועילה לתמיד, לפיכך בידה של האישה לחזור בה בכל שעה שתחפוץ בכך. ראו למשל שלמה ילזו "עיכוב נסיעת הבעל למרחקים" ספר רבי אליהו פרדס נ-סא (התשל"ד). באפשרות השנייה התחבטו פוסקים שונים, כשו"ת אזני יהושע כרך א, סימן כב, דף קט ע"ד; שו"ת ישכיל עבדי, חלק ה, יורה דעה, סימן כז, אות ג ובשו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן ד.

102 על כך ראו למשל הבני אהובה בפירושו לפסק הרמב"ם, אישות, פרק יד, הלכה ו; שו"ת קול אליהו, כרך ב, סימן יא; שו"ת שערי רחמים, אבן העזר, כרך א, סימן טז, דף כז ע"ג; שו"ת משאת משה, כרך א, סימן ז, דף קכא ע"א.

הדקים במסקנות בין סוגיות הירושלמי¹⁰³ לבבלי¹⁰⁴ לפיה, אם קיבל אדם את רשות אשתו להיעדר מביתם אף מעבר לתקופת הזמן הקבוע לקיום עונת אשתו, בידו להיעדר מביתו בשל רשות אשתו חרף הפגיעה בזכות האישה לעונה בשל היעדרו של הבעל מביתו. פשטה של הסוגיה התלמודית עסק בהסדרת גבולות יציאתם של פועלים מביתם בהסכמת נשותיהם. הראשונים נחלקו בחידושיהם על אתר בשתיים – כדעת מי נפסקה ההלכה בשאלה זו, וכן אם סוגיה זו מסדירה גם את גבולות מתן רשות האישה להיעדרם של תלמידי חכמים מביתם.¹⁰⁵ המצדדים באפשרות השנייה התקשו בשל הזמנים הקצובים בסוגייתנו, כיצד יצאו תלמידי חכמים מחוץ לביתם לתקופות ממושכות, שוודאי עולות על קציבת הזמן המותרת גם לדעה המקלה ביותר. בהקשר של דיוננו יש לציין לתירוצם הראשון של תוספות בפירושם על אתר שחידשו,¹⁰⁶ שאכן מדובר בסוגייתנו גם בהסדרת יציאתם של תלמידי חכמים מחוץ לביתם. אלא שנשותיהם של תלמידי חכמים אלו, שחפצו שבעליהן יצאו מביתם לרגל לימודיהם, הסכימו ואף שמחו על כך בלא שבעליהם נזקקו לפתותן ולשדלן – "וי"ל דהתם [=ויש לומר ששם] בלא פתוי היו שמחות שהיו בעליהן הולכין ללמוד תורה ולהיות תלמידי חכמים ואדרבה אדעתא דהכי [=על דעת כן] נשאו שילכו ללמוד תורה". מכך הסיקו תוספות שאם אישה התרצתה והסכימה מפורשות ליציאת בעלה התלמיד חכם מהבית, יכול הוא לשהות מחוץ לבית אף תקופת זמן ממושכת לרגל לימודו. כדעת תוספות כן הסיק הראב"ד, שאף נפסק להלכה בטור: "כתב הראב"ד אבל מי שתורתו אומנותו יכול לילך בכל מה שתתן לו רשות".¹⁰⁷ בחידושם זה של התוס' ובדעת הראב"ד צידד מספר רב של ראשונים.¹⁰⁸ ואולם, סייג למסקנה גורפת זו של הראשונים ניתן למצוא בחידושי הרא"ה,¹⁰⁹ שלפיו הדיון בגמרא נסב

103 ירושלמי, כתובות ה, ה, ל, א.

104 בבלי, כתובות סב, ע"א. הסוגיות התלמודיות מוסבות על המשנה בכתובות (פרק ה, משנה ו), שהובאה בטקסט הצמוד לה"ש 32 לעיל. דעות האמוראים הן אם יכולים לצאת חודש מביתם לאחר שהיה של חודש בביתם או שמא יכולים הם לצאת אף לחודשיים ימים. בתלמוד הבבלי מובאות הדעות בהתאמה בשם רבי שמואל בר נחמן בשם רבי יונתן ורב, ואילו בירושלמי הדעות הן בשם רב ורבי יוחנן.

105 לסיכום הדעות השונות בעניין זה ראו טור, אבן העזר, סימן עו.

106 תוספות, כתובות סב, ע"א, ד"ה "אלא אורחא דמילתא כמה".

107 טור, אבן העזר, סימן עו.

108 כדוגמת הרא"ש (כתובות, פרק ה, סימן כט. כן צידד בתוספות הרא"ש, כתובות סב, ע"א, ד"ה "אלא אורחא דמילתא בכמה". וכן כתב תלמיד הרא"ש המובא שם); הרשב"א (ד"ה "אורחא"), שהעלה באחד מפירושיו, שכל מה שיכול אדם לפתות את אשתו לתלמוד תורה יכול הוא לצאת מביתו וסיים – "וזה נכון"; הריטב"א בשם 'ויש מתרצין' כתב, שאם נתנה האישה לבעלה התלמיד חכם רשות אין כל נשיאת חטא ובראשונים רבים נוספים.

על מקרה שבו האישה נתנה הסכמה סתמית לשהותו של בעלה מחוץ לבית, אך לא פירשה במפורש לכמה זמן התרצתה. בתחומת גבולות היתר זה בלבד דנה הגמרא, אך ודאי שאין לדבר על היתר גורף וכללי להיעדרות מהבית, אף בהסכמת האישה.

ואכן גם בפסיקת ההלכה ניתן למצוא הסתייגות מיציאה ארוכה יתר על המידה של הבעל מחוץ לבית בשל הפגיעה בעונת אשתו, כפי שניתן למצוא בפסיקתם של כמה ראשונים, כרבנו ישעיה ב"ר אליה, הריא"ז, שפסק: "אע"פ [=אף על פי] שהכל תלוי ברשות האשה הנכון הוא שתורשה האשה את בעלה חודש אחד בבית רבו ושני חדשים בביתו לכל חדשי השנה".¹¹⁰

מן המקובץ נמצאו נלמדים שלכל הפחות לעניין תלמוד תורה יכולה האישה לתת את הסכמתה להפקעת מלוא זכותה בעונה ומחמת רישיון זה יכול הבעל, זמנית לכל הפחות, להימנע מלמלא את חובתו כלפי אשתו.

(ב) פסיקת ההלכה

כאמור לעיל, הרמב"ם פסק להלכה, שביד האישה ליתן רשות לבעלה להימנע מקיום עונתה. למען הסדר הטוב נשוב ונצטט פסק רמב"ם זה:

האשה שהרשת את בעלה¹¹¹ אחר הנישואין שימנע עונתה הרי זה מותר.¹¹²
במה דברים אמורים בשהיו לו בנים שכבר קיים מצות פריה ורביה, אבל אם

109 חידושי הרא"ה לכתובות סא, ע"ב, ד"ה "התלמידים יוצאין שלא ברשות... אלא אורחא דמלתא" וכן כתב בשמו הריטב"א בשם 'ואחרים פירשו' וסיכם – "וגם זה נכון".

110 פסקי ריא"ז, פרק ה, הלכה ד, אות י (מהדורת אברהם ליס). בדומה לזה סייג רבנו שלמה בן הרשב"ץ דוראן בשו"ת הרשב"ש שפג (א) מדברי הראב"ד ופסק: "אם כן בדורות הללו שאין מי שתורתו אומנותו איש שרוצה לילך ממקום למקום בין ללמוד תורה בין שלא ללמוד תורה וחושבת האשה שמא יתעכב יותר מזמן עונתה הדין נותן לכופו לתת גט לזמן הראוי לעונתה. ואם הוא ברצונה תאריך לו הזמן כמה שתמצא...".

111 דיון מעניין שעלה באחרונים עסק בשאלה אם רשותה של האישה מועילה דווקא כאשר היא היוזמת של מתן הרשות, או שמא גם אם בעלה פיתה אותה לכך מועילה רשותה. לכאורה, מפשט לשון הסוגיא עולה שמדובר בהסכמת האישה, גם אם בעלה ביקש אותה לכך והיא התרצתה לכך. ואולם, אחרונים שונים, כשו"ת באר משה, כרך ג, סימן קנט, דייקו, שרשות האישה תועיל דווקא כאשר האישה היא שיזמה את המהלך, ואילו בפיוס מצד הבעל אין לו להתאחר אלא חודש בלבד כמסקנת הסוגיא, שהרי היא מצטערת בלבה ורק מחמת הבושה מסכימה היא ליציאת בעלה. כן ראו שו"ת שואל ומשיב, חלק ג, סימן קח (מהדורה תליתאה), שהסיק באופן דומה וראייתו מדיוק לשון הרמב"ם, שממנה משמע, לדעתו, שהדברים אמורים דווקא כאשר "דהיא התחילה עמו ובוזה ודאי מותר".

112 המעשה רקח על פסק הרמב"ם (אישות, פרק טו, הלכה א) גרס בשם נוסחאות אחרות מכתב יד משנת הש"ץ – "הרי זו מותרת". מכך מסיק הוא שאין מדובר בתנאי גמור, שהרי ודאי שאינו

לא קיים חייב לבעול בכל עונה עד שיהיו לו בנים מפני שהיא מצות עשה של תורה שנ' "פרו ורבו".¹¹³

וכן שב ופסק עניין זה בהלכות איסורי ביאה: "...כל הממעט בתשמיש הרי זה משובח והוא שלא יבטל עונה אלא¹¹⁴ מדעת אשתו..."¹¹⁵

הלחם משנה הקשה בפירושו לפסק הרמב"ם בהלכות אישות, שעליו עמדנו לעיל, כיצד יכולה האישה להרשות לבעלה להימנע ממנה מעונה, והרי מקובלנו, שאם היה הבעל מתנה שלא יתחייב בעונתה תנאו בטל, שכן לא ניתן להתנות על חיוב זה. בתירוצו השני שבה ועולה ההבחנה שבין מוסד ההתנאה למוסד מתן הרשות. לדעתו, יש להבחין בין התנאה גורפת על עיקר החיוב לבין הרשאה זמנית שלפיה אין האישה תובעת את זכותה. לפיכך הנפקות תהיה שבמצב דברים שכזה, שבו לא הייתה התנאה על עיקר החיוב, ממילא בכל שעה שתחפוץ בכך האישה בידה לשוב מהרשאתה הראשונית ולעמוד על זכותה לעונה. וכך כותב הוא: "אי נמי דהכא נמי [=גם כן שכאן גם] אינה מחילה, אלא שכ"ז [=שכל זמן] שהיא אינה תובעת ונותנת לו רשות מותר לו להמנע אבל בידה לתבוע כל עת שתמצא".¹¹⁶

קיים, אלא שהאישה מרשה לבעלה בעל פה ודרך רשות בעלמא, ולא דרך תנאי, ולפיכך אם הבעל ירצה לקיים העונה לא תמנע היא ממנו, שהרי היא לא אסרה את עצמה עליו. ובדומה לזה, אם האישה תתבע מבעלה את העונה אחרי זה, הרשות בידה. לגורסים גרסה זו משמעות הדברים היא שאין בכך משום דין מורדת, והאיש אכן פטור מחיוב העונה.

113 רמב"ם, אישות, פרק טו, הלכה א (ההדגשות הוספו – י"מ). כן פסק השולחן ערוך, אבן העזר, סימן עו, סעיף ו. באחרונים התגלעה מחלוקת בשאלה אם היתרו של תלמיד חכם לצאת מביתו ברשות אשתו תקף גם במקום שבו עדיין לא קיים מצוות פריה ורביה. ראו לעניין זה למשל בני אהובה, אישות, פרק טו, הלכה א, שצייד להיתר גם במקרה זה וראייתו עמו, שהרי רבי עקיבא ושאר תנאים ואמוראים יצאו מביתם אף קודם שקיימו פריה ורביה. לדעתו, הדעת נותנת כן שהרי גדול תלמוד תורה ממצוות פריה ורביה, וכפי שנפסק להלכה בטור, שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף ד, שהאומר חשקה נפשי ללמוד תורה פטור מחובת פריה ורביה. וכן צידדו בדעתו כמה אחרונים נוספים. ואילו בשו"ת אגרות משה, אבן העזר חלק ג, סימן כח, דחה מסקנה גורפת זו ואסר על תלמיד חכם לצאת מביתו קודם שקיים חובה זו. לסיכום הדעות השונות שנאמרו בעניין זה ראו אוצר הפוסקים כרך כ, דף סט ע"ב, אות כט.

114 בילקוט שינויי נוסחאות על פסק הרמב"ם (מהדורת פרנקל) מובא שברוב הדפוסים הישנים של פסק הרמב"ם חסרה המילה "אלא", והנראה, כפי שההיגיון נותן, שטעות סופר הוא.

115 רמב"ם, איסורי ביאה, פרק כא, הלכה יא.

116 כן צידדו אחרונים שונים להלכה שמתן רשות האישה הוא הדירה, ובידה לחזור בה בכל עת ולדרוש את עונתה. ראו לעניין זה למשל שו"ת יביע אומר, חלק ג, חושן משפט, סימן ב, פסקה ג ובאחרונים רבים נוספים.

בשאלת הבנת מהותו של מתן רישיון זה מצד האישה ושאלת יכולתה לחזור ממנו מצינו דיון רבתי באחרונים.¹¹⁷ אפריורית, ניתן להסתפק, אם רשותה של האישה מפקיעה כליל את שעבוד הבעל, שכן ייתכן שהשעבוד פוקע באמירתה בלבד, ולפיכך אין היא יכולה לחזור בה כלל, או שמא הואיל ומדובר בצער הגוף, אפילו מחלה במפורש, לא תועיל מחילתה ויכולה היא לחזור בה. בפרק זה נמקד את דיוננו באותם פרשנים ופוסקים שגרסו שאין הרשאת האישה כמחילה על חובו של בעלה כלפיה, אלא מדובר במתן רשות בדמות רישיון שאותו נותנת האישה לבעלה להימנע מקיום חובו בעונה כלפיה.¹¹⁸

דעה השוללת את יכולת האישה לחזור בה מהרשאתה ניתן למצוא בתשובת מהר"י ווייל,¹¹⁹ שם עלה דיון באדם שאשתו הפצירה בו שלא ישמש עמה אלא לזמן מרובה. כאשר ראתה שאין הוא נשמע לה כעסה עליו וזירזה אותו להישבע לעשות כדבריה, אך כשהניח הלה את ידו על החומש להישבע, חזרה היא בעצמה והניאה אותו לבל יעשה כן. אגב דיונו בשאלה זו מעלה מהר"י ווייל שאין בעל זה משועבד עוד בעונת אשתו ונימוקו עמו, שהרי בידה של אישה ככלל להרשות לבעלה למנוע מתשמיש, כמסקנת סוגיית הגמרא וכפסק ההלכה, מה עוד כאשר מדובר בדיונו במעין מורדת שהיא שיזמה מהלך זה. כלומר, מאחר שהתרצתה האישה למנוע את עונתה, שוב אין היא יכולה לחזור מהסכמתה זו. מנגד, דעה המאפשרת חזרה שכזו היא של המשנה למלך, שהעלה אף הוא כאפשרות שאין הרשאת האישה מועילה מדין מחילה, אלא זהו דין עצמאי של מתן רישיון, ולכן ניתן לחזור ממצב זה בכל עת שתחפוץ בכך האישה. וזה לשונו:

117 בשולי הדברים נציין דיון מעניין ייחודי שנתגלע בבית הדין הגבוה לערעורים בשאלת יכולת בעל לחזור בו מהרשאה שנתן לאשתו ובכך מחל על שעבוד גוף אשתו לו. טענה זו עלתה בעקבות סעיף היעדר תביעות שכתב בעל לאשתו עם עזיבתו את דירתם המשותפת לצמיתות, אלא שהבעל חזר בו מרצונו הראשוני לפרק את הנישואין ואף ביקש לעכב את יציאת אשתו מן הארץ. לאור השוואת דיון זה לדין אישה שמחלה על שעבוד גוף בעלה לתשמיש הסיק בית הדין שהרשאה זו תופסת ולא ניתן לחזור בה. ראו לעניין זה: ערעור (גדול) תשי"ז/166, פד"ר ג 322 (התשי"ח). עוד לסוגיה זו ראו שו"ת ישועות מלכו, ליקוטי שו"ת, סימן ב.

118 דיון שכזה ניתן למצוא בתשובת רבי אליהו בן חיים, שו"ת ראנ"ח, בתוך מים עמוקים, חלק ב, סימן מר. דיון מעמיק בהבחנה הדקה הקיימת, אם בכלל, בין מוסד המחילה ובין מוסד מתן הרשות, זוקק מחקר עצמאי ומעמיק החורג מגבולותיו של מחקר זה. בשולי הדברים אפשר אולי להציע שיש להבחין בין חיוב ממוני שעליו צריך למחול לבין חוב אישי שעליו צריך רשות כדי להפקיעו ולבטלו. להבדל שבין מחילה, לתנאי ולהסתלקות ראו: בית יעקב, בפירושו לכתובות סט, ו; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקופ), גיטין, סימן ו; שלמה שלוש "מחילה בלב אם מועיל. מחילה אם צריך קנין ומחילה ונקיט שטרא – אם צריך קנין" שערי צדק: קובץ מאמרים בדיני ממונות הלכה ומעשה א 138 (התש"ס); תיק (אזורי ת"א) תשי"ד/4992, פד"ר א 289 (התשט"ו).

119 שו"ת מהר"י ווייל, סימן א.

עוד נראה לי דאף שכתבנו דהאשה [=נראה לי שאף שכתבנו שהאשה]
יכולה להרשות לבעלה שימנע עונתה לא מדין מחילה נגעו בה, אלא שכל
זמן שהיא אינה תובעת מותר לו לימנע מעונתה מאחר שנתנה לו רשות. אבל
אם חזרה ותבעה פשיטא דמחוייב [=פשוט שמחוייב] בעונתה.¹²⁰

כאמור, מצינו דיון שבו דנו נושאי כלי הרמב"ם בדיוק לשון פסקו שכתב שהאישה שהרשתה
את בעלה עשתה זאת דווקא "אחר הנישואין" – האם מדובר בהסדר שלילי ולפיו אם תרשה
האישה עוד קודם נישואיה לא תועיל הרשאתה? או שמא דווקא מוטב שתקדים ותיתן את
רשותה עוד קודם נישואיה. עם המצדדים בדעה האחרונה ניתן למנות את הפרישה שכתב
שפסק הרמב"ם הוא חידוש, שאף שמתחילה נשאה כדין בסתם, בכל זאת תועיל הרשאתה
לאחר הנישואין, משמע לכאורה שהיה טוב יותר אם הייתה נותנת את הרשאתה עובר
לנישואיה.¹²¹

ואילו בדעות השוללים ניתן למצוא את המשנה למלך שבפירושו לפסק הרמב"ם על אתר
העלה כאפשרות לאחר דיון ארוך שקיים בהבנת הרשאת האישה מדין מחילה, שרשותה של
האישה מועילה דווקא מדין הרשאה. אך גם לאור הסבר זה, הרשאה קודם נישואין לא
תועיל, שכן מדובר בחיוב שטרם חל. אשר על כן לא יועיל לאישה גם אם תקדים ותיתן את
רשותה עובר לנישואיה. וזו לשונו:

שוב התבוננתי בדבר וראיתי דהא לא קשיא ולא מידי, דאף דנימא דמדין
[=שזה לא קשה שאף שנאמר שמדין] נתינת רשות הוא מ"מ [=מכל מקום]
נתינת רשות לא מהני [=מועילה] אלא אחר שחל החיוב. הרי זה דומה
לאומר לחבירו חצר זה לכשאקחנו אני נותן לך רשות שתפתח עליו חלונות
וכיוצא בזה דפשיטא דלא מהני [=שפשוט שלא מועיל], כיון דבשעת נתינת
הרשות עדיין לא חל עליו החיוב.¹²²

120 משנה למלך, אישות, פרק ו, הלכה י, ד"ה "עוד" (ההדגשות הוספו – י"מ). כן צידדו אחרונים
שונים בדעה זו, כדוגמת שו"ת מהר"ם מינץ, סימן יט, דף מא, עמ' ג.

121 ספר הפרישה, אבן העזר, סימן עו, ס"ק יז. כן צידדו בדעתו כמה אחרונים, כרבי עקיבא איגר
בהגהות לשולחן ערוך, שם, ס"ק א; שו"ת שואל ומשיב, כרך ג, קח (מהדורה רביעאה) וכן
הביא בעל כנסת הגדולה, הגהות לטור, אבן העזר, סימן סט, אות ו בשם שו"ת תומת ישרים
(=אהלי תם), סימן קסז.

122 משנה למלך, אישות, פרק טו, הלכה א (ההדגשות הוספו – י"מ). דבריו הובאו בפתחי תשובה,
אבן העזר, סימן עו, ס"ק ה.

בהמשך דבריו מתייחס הוא לדעת הפרישה ודוחה אותה, שכיחד יעלה על הדעת שהרשאה קודם לנישואין מועילה, והרי מדובר הלכה למעשה בהתנאה על חיוב העונה, והרמב"ם גורס כדעה שאין תנאי מועיל בנישואין?¹²³

ז. אחרית דבר

כאמור, תפיסת ההלכה את קיומם של יחסי אישות בין בני זוג שונה לגמרי מהתפיסה החילונית, האזרחית-ליברלית: המערכת המשפטית האחרונה מסיגה את גבולה ואינה מבקשת "למשפט" את מערכת היחסים האינטימית, ההלכה היהודית, כדרכה בקודש, מבקשת להסדיר לפרטי פרטים גם מערכת יחסים אינטימית זו. וכך, בפסיקת ההלכה למעשה הנוהגת כיום מקובל לראות בקיומם של יחסי אישות חובה הלכתית גמורה, שאף סנקציות הלכתיות בצדה כלפי מי שמסרב למלא חובתו זו בשותפות הזוגית, דבר העלול להגיע אף לעילת גירושין ולפירוק תא הנישואין. חרף כל זאת המחקר שלפנינו ביקש להעמיד לדיון מחודש תזה מסורתית זו תוך ניסיון לקרוא קריאה מחודשת של היסודות התנאיים והאמוראיים של חובת העונה ההלכתית ולהראות שגם המקורות הקדומים ביותר של ההלכה היהודית סובלים פירוש אפשרי נוסף. כלומר, אין מדובר בחובה הלכתית קונגנטית וגמורה אלא מדובר במצווה בעלת היבטים דיספוזיטיביים שלפיהם ניתן להתנות, ברמה כזו או אחרת, על מצווה זו ולבטלה.

ביקשנו לראות בשתי קריאות אפשריות אלו מחלוקת בין התלמודים. הבבלי וההלכה הפסוקה בעקבותיו רואים בעונה חובה הלכתית גמורה, ולעומתו התלמוד הירושלמי רואה בה חובה רכה יותר בעלת סממנים דיספוזיטיביים. בנוסף, גם סקירת הספרות הבתרי-תלמודית, לרבות ספרות החידושים והשאלות ותשובות, מלמדת על סיעת ראשונים ואחרונים שצעדו בעקבות שיטתו הייחודית של הירושלמי ואפשרו גמישות רחבה יותר בביטולה של מצוות העונה, אם באמצעות הטלתו של תנאי בקידושין בדבר איון חובת העונה, אם בשל מחילת האישה על זכותה זו, ואם בעקבות מתן רישיון לבעל להימנע מקיומה של חובה זו זמנית או כדרך קבע. בכך ביקשנו להתחקות על קווי המתאר

¹²³ עוד לעניין זה ראו שו"ת זרע אמת, כרך ב, סימן קה, דף קטז, ע"ב, ד"ה "אח"כ"; פרשת המלך, אישות, פרק ו, הלכה י. כן העלה בחריפות רבה שו"ת ישכיל עבדי, כרך ז, אבן העזר, סימן כ, סעיף יג, שבעל המבקש לשאת אישה ולהקים בית בישראל אך מתנה לפני נישואיו לבל יהיה חייב בעונת אשתו, הרי נראה בעליל שרוצה הוא לעקור דבר מן התורה ולהרוס יישובו של עולם וקיומו שעליו מושחת העולם. לדבריו, לא רק שהוא בבחינת מתנה על מה שכתוב בתורה, אלא הרי הוא כהורס יישוב העולם ומלואו וכמוחה צלם אלוהים מהאופק, ולפיכך תנאו בטל.

הראשונים של גבולות חופש ההתנאה הקיים בין בני זוג הבאים בברית הנישואים כדת משה וישראל, להסדיר את מערכת יחסי האישות שלהם באופן פרטי, בשונה מההסדרה ההלכתית הכללית, ופעמים אף לעקרה כליל. זאת כנגד התפיסה ההלכתית המקובלת בדבר היות יחסי האישות עיקרם של הנישואים, והדוגמה המובהקת לשלילת חופש התנאה כנגד מוסד האמור בתורה.