

יצחק אבי רונס

קניין הקידושין כקניין ממשי וסוגיית מסורבות הגט עיון ביקורתי

מטרות מאמר זה הן בעיקרן שתיים: (א) בחינת אופיים של הקידושין ההלכתיים ומידת התאמתם לתפיסות עולם שוויוניות מודרניות; (ב) ביקורת השיח העכשווי המתנהל סביב שאלה זו.

טקס הנישואין היהודי שומר על יציבות יחסית מאז ימות התלמוד. אולם, בעוד פרטי הטקס כמעט ולא השתנו זה עידן ועידנים, המערכת הזוגית עצמה עברה שינויים מרחיקי לכת. חלק מהדרכותיהם של חכמים יכולות לכוון ולהדריך גם את בני התרבות המערבית המודרנית,¹ ועם זאת, פערים של ממש חוצצים בין תפיסת הנישואין הרווחת כיום לבין תפיסתם של דורות קודמים. פערים אלו מתגלים בדיון המתנהל סביב הגדרת מעשה הקידושין כפעולה קניינית שבה הבעל קונה את אשתו.

טקס הנישואין המסורתי מבוסס על קניין הכסף,² המוזכר במשנה הפותחת את מסכת קידושין בתור אחת מהדרכים שבהם האישה נקנית על ידי בעלה.³ תפיסת מעשה הנישואים כאקט שבו בן הזוג האחד קונה בעלות על בן הזוג

- 1 כן, בתור לדוגמה בולטת, ניתן לציין את הדגש החזק המופיע בדברי חז"ל ביחס לחובת בני הזוג לכבד זה את זה וכניסוחו של הרמב"ם: "צו חכמים שיהא אדם מכבד את אשתו יותר מגופו [...] וכן צו על האשה שתהיה מכבדת את בעלה ביותר מדאי [...] (הלכות אישות, טו, יט-כ). וראו כיצד שולבו הדברים בפסיקת בתי הדין בימינו: מ' אלון, מעמד האישה: משפט ושיפוט, מסורת ותמורה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה, (ספריית הילל בן חיים: ספרי יסוד, מחקר והגות במדעי היהדות), תל-אביב תשס"ה, עמ' 194-207.
- 2 "נהגו כל ישראל לקדש בכסף או בשוה כסף [...]" (רמב"ם, הלכות אישות ג, כ-כא). המנהג המקובל הוא שהקידושין מתבצעים דרך נתינת הטבעת מהחתן לכלה: "נהגו ישראל לקדש בטבעת להיות בידה תמיד למזכרת, ואף על פי שבשוה פרוטה לבד אפשר לקדש מן הדין" (ספר החינוך מצוה תקנב, וכן כתב הרמ"א, אבן העזר כז, א).
- 3 השימוש בלשון "נקנית" הוא יוצא דופן בהשוואה לביטוי קידושין שהוא הרווח בכל מרחבי ספרות חז"ל. תופעה זו נידונה רבות בספרות המחקר ונעשו ניסיונות לתארך את התקופות שבהן נעשה שימוש במינוח זה או אחר, ובמשמעויות האפשריות של השינוי, ראו במצוין אצל ג' ליבוביץ (להלן הערה 6), עמ' 31-39, וכן ראו במקורות המצוינים אצל וולפיש (להלן הערה 7).

האחר, זרה ומנוכרת לעולם המושגים המערבי.⁴ ההכרה בזרות זו אף הולידה בשנים האחרונות ניסיונות שונים ומגוונים להכניס שינויים לטקס הקידושין אשר ישקפו את התפיסה כי הנישואין הינם ברית הדדית שוויונית.⁵ אמנם, תיאור זה של הפער החוצץ בין התפיסה הקניינית העומדת בתשתית טקס הנישואין היהודי המסורתי לבין עולם המושגים המודרני, אינו מקובל על הכול. בעוד מחברים שונים דנו בהרחבה בזרותו של מוטיב הקניין שבטקס הקידושין ההלכתי,⁶ אחרים כפרו בכך מכל וכול, בעודם טוענים בלהט כי אין

- 4 ביטוי חד המייצג את השיח מסביב לנושא זה מופיע במאמר שפורסם באתר nrg אשר קורא לעיצוב מחודש של טקס הנישואים, ובו נטען בין השאר כי:
(ש)טקסים רבים, ומעמד הקידושין הוא דוגמא מובהקת לכך, מבטאים מערך ערכי שזר לחלוטין לתודעה המודרנית. אילו חתנים יהודים רבים היו יודעים שהם למעשה רוכשים את בנות הזוג שלהם באקט של קניין, ייתכן ששיתוף הפעולה שלהם היה מהוסס יותר.
מתוך: ת' פרסיקו, "שוברים את הכוס: חתונה וצרות אחרות", nrg מעריב, 17.1.2011, נגיש באתר: <http://www.nrg.co.il/online/55/ART2/201/403.html>
ספר שלם הוקדש לאחרונה לבחינת אופציות מתחרות לקידושין ההלכתיים על רקע הפער שבין התפיסה הקניינית של הקידושין לבין תפיסת הנישואין המערבית המודרנית. הספר רואה בנישואין הסכם או ברית ששני בני הזוג נכנסים אליהם מרצונם על רקע קבלת מערכת שעבודים הדדית. הספר מבוסס על עבודת דוקטור, ראו: M. Landau, *Tradition and Equality in Jewish Marriage: Beyond the Sanctification of Subordination*, (Continuum studies in Jewish thought, London & New York 2012).
- 5 הרב דב לינור פרסם מאמר שבו תיאר כיצד ניתן לייצר טקס נישואין "מאוזן" יותר מבלי לחרוג מגבולות ההלכה, ראו: D. Linzer, "Ani Li'Dodi vi'Dodi Li: Towards a More Balanced Wedding Ceremony", *JOFA Journal VI (2) (Summer 2003)*, pp. 4-7.
נגיש באתר:
<https://drive.google.com/file/d/1WKtQfKUx36qsTbXcSIKKGk7JRZvy0BdwL3Amt9040VQ5uvCYXUZFROMhDY6gw69p7hyCjwFdcZEvGEbS/view>
אוחזר 25.11.2019
- 6 לדיון מתוך גישה פמיניסטית ראו בספרה של לנדאו (לעיל הערה 4), וכן בספרה של לייבוביץ: G. Labovitz, *Marriage and Metaphor: Constructions of Gender in Rabbinic Literature*, Lanham, MD 2009.
לדיון נוסף שכולל סיכום דעות בעניין ראו מאמרה של נעמי גרץ, N. Graetz, "Is Kinyan (Purchase) of Woman in the Marriage Document Only a Metaphor", *Lectio Difficilior 2 (2011)*, pp. 1-22.
נגיש באתר:
http://www.lectio.unibe.ch/11_2/pdf/graetz_naomi_2011.pdf, אוחזר 25.11.2019
- לתיאור עדכני של הנושא ראו במאמר שפורסם בעקבות כנס מטעם מרכז רקמן בקיץ 2013 שיוחד לבחינת מקום הקניין בקידושין:

בקניין הקידושין ההלכתי דבר העומד בניגוד לרגישויותיו של האדם המערבי המודרני.⁷ ויכוח זה ביחס להבנה הנכונה של מהות קניין הקידושין ההלכתי מתנהל בצורה בולטת במסגרת הפולמוס והדיון סביב סוגיית מסורבות הגט, ובפרט סביב הצעות שהועלו בנוגע לביטול הנישואין במקרים שונים. לאחר שנציג את פרטי העניין, נבקש לבקר את השיח המתנהל סביב שאלת מהות הקניין שבבסיס הקידושין, תוך ניתוח האופן שבו עמדתם האידיאולוגית של המתדיינים, משני הצדדים גם יחד, השפיעה על האופן שבו פירשו את כוונת המקורות ההלכתיים, כמו גם על המאפיינים הרטוריים שבהם עשו הצדדים שימוש בהצגת עמדותיהם.

"יצאנו לאחוז את השור בקרניו", אומרת פרופ' רות הלפרין-קדרי מ'מרכז רקמן לקידום מעמד האישה', "כולם מדברים כל הזמן על הבעיות המעשיות שיוצרים הקידושין ההלכתיים [...] החידוש של הכנס שלנו היה הניסיון להבין מניין כל זה נובע. ולפי ההבנה שלנו שורש הבעיה הוא יסוד הקניין שקיים בקידושין ההלכתיים; העובדה שהגבר המקדש למעשה 'קונה' את אשתו". מתוך: "י שלג", "הרי את כמעט מקודשת ליי", מקור ראשון, מוסף דיוקן, שבת חזון תשע"ג. נגיש באתר: <http://www.old.kolech.org.il/maamar> הרי-את-כמעט-מקודשת-לי, אוהזר 25.11.2019.

7 ראו בדברי הרב יעקב אריאל:

כל האמירה הזו מתבססת על מקום יחיד ויוצא דופן במשנה שבו נאמר 'האישה נקנית בשלוש דרכים' [...] וגם לגבי המקור הזה כבר הבהירו כל הראשונים וכל האחרונים שלא מדובר באמת בפעולה קניינית מבחינה משפטית, אלא מכיוון שמדובר בהעברת כסף מאדם אחד לשני השתמשה המשנה בלשון 'קנייה', בלי שום משמעות קניינית מעשית. כולם יודעים את זה, אבל לצערי גופים כמו מרכז רקמן רק מחפשים סנסציות.

מתוך: שלג (לעיל הערה 6).

דחייה זו מופיעה גם בעולם המחקר שבו העניין נידון מבלי מסקנה מוסכמת, ראו מאמרו של אברהם וולפיש, "חקר עריכתו של פרק א במשנת קידושין – מאין ולאן?", נטועים טו (תשס"ח), עמ' 43–77, בפרט במקורות המצוינים אצלו בהערה 10. וולפיש עצמו סבור ש"רשימת קנייני האדם מסודרת מהקל אל הכבד: מקניין אישה, שאין בו שמץ של שליטה ממונית, עד לקנייני עבד עברי ועבד כנעני, שבהם הולך וגובר המרכיב הממוני של מושג הקניין", שם בטקסט ליד הערה 63. המאמר נגיש באתר:

<http://www.daat.ac.il/daat/toshba/maamarim/heker-2.htm>, אוהזר 25.11.2019.

ליבוביץ (שם), עמ' 39, מציינת שבמחקר יש קושי להגדיר את המשמעות המדויקת של ביטוי הקניין בהקשרו בקידושין.

הוויכוח האידיאולוגי סביב שאלת טיבו של קניין הקידושין התעורר⁸ בעקבות מאמר שפרסם הרב פרופ' שמחה פלדבלום בשנת תשנ"ח.⁹ פלדבלום הצביע על כך שעשויות להיות השלכות הלכתיות מרחיקות לכת לפער שבין תפיסת הנישואין המודרנית השוויונית לבין זו שהייתה בימי קדם. תפיסת הנישואין המודרנית מעמידה את שני בני הזוג כבעלי ברית במעמד שווה, בעוד ההלכה רואה את האיש כמי שקידש את אשתו, והינו היחיד היכול להתיר את קשר הנישואין שביניהם.

ככלל תוקפו המשפטי של כל מעשה קניין תלוי בהסכמת הצדדים, וכלל לא ברור אם בני הזוג בעלי תודעה מודרנית שעמדו יחד תחת החופה התכוונו אכן שהאיש יקנה את אשתו. האיש אמנם מסר את הטבעת לכלתו, אך מעשה הקניין התבצע מבלי שתתלווה לכך הסכמה מלאה של הצדדים,¹⁰ וממילא יש מקום לקבוע שבני הזוג מעולם לא היו נשואים מבחינה הלכתית.¹¹

- 8 לתיאור היסטורי של הוויכוח שהתנהל עוד בראשית ימי ההשכלה בשאלת מעמד קניין הקידושין כמעשה דתי או אזרחי, ראו: D. H. Ellenson, "Samuel Holdheim and Zacharias Frankel on the Legal Character of Jewish Marriage: An Overlooked Debate in Nineteenth-Century Liberal Judaism", in: C. Wiese (ed.), *Redefining Judaism in an Age of Emancipation: Comparative Perspectives on Samuel Holdheim (1806–1860)*, (Studies in European Judaism v. 13), Leiden & Boston, 2007, pp. 191–205. לסיכום דעות החוקרים בשאלה אם קניין הקידושין הוא קניין ממוני של ממש, ראו אצל לנדאו (לעיל הערה 4), עמ' 22–25, ולאחרונה בסיכומה של לוביץ: ר' לוביץ, "לשאלת תוקף קניין האישה בקידושין", אקדמות לא (תשע"ט), עמ' 97–116, ובפרט במקורות שבהערה 26.
- 9 מ"ש פלדבלום, "בעיית עגונות וממזרים – הצעת פתרון מקיפה וכוללת", דיני ישראל יט (תשנ"ז–תשנ"ח), עמ' רג–רטז.
- 10 "בזמנינו אנו, אצל נשים שאינן שומרות מצוות יש אומדנא, וגם אומדנא דמוכח, וגם הצהרות מפורשות מפיהן, שהן מסכימות אך ורק להתקשרות של נאמנות, ולא לכזו שלא יוכלו להשתחרר ממנה מבלי רצונו של הבעל. נשים אלו אינן בודדות, שדעתן בטלה! לפיכך יש ספק גדול אם קידושין אלו שלהן, תקפים מן התורה או אפילו מדרבנן", פלדבלום (שם), עמ' רי.
- 11 פלדבלום הציע על סמך דבריו שיש להנהיג שתי דרכי התקשרויות של נישואין הלכתיים לזוגות דתיים, והתקשרות "בדרך קידושין ונישואין" לזוגות שאינם שומרי מצוות, שאינה מבוססת על קניין הקידושין ואינה מחילה על האישה מעמד של אשת איש הזקוקה לגט, ראו פלדבלום (לעיל הערה 9), עמ' רט–ריג.

פלדבלום הצביע על הפתח האפשרי שיש בטענה זו לפתרון מצוקתן של נשים חילוניות מסורבות גט, באשר עולה מהניתוח הנ"ל שיש מקום להתירן להינשא מחדש אף אם בעליהן מסרבים לגרשן.¹²

טענתו של פלדבלום הורחבה, ואף אומצה הלכה למעשה, על ידי בית הדין המיוחד לענייני עגונות שהוקם בנשיאותו של הרב עמנואל רקמן בשלהי שנת 1996.¹³ בית דין זה שפעל במשך מספר שנים במגמה להקל על מצוקתן של נשים עגונות ומסורבות גט, קבע שרבים מבני הזוג – אף הדתיים – אינם מודעים עד תום למשמעויותיה של החופה ההלכתית, ומכיוון שכך חסרה להם גמירות דעת

12 פלדבלום (לעיל הערה 9), עמ' רי-ריא, רטו.

13 בית הדין המקורי שהוקם בשנת 1996 יחד עם הרב משה מורגנשטרן פעל תחת השם "בית דין לבעיות עגונות", אף שבית דין זה המשיך לפעול בהנהגת הרב מורגנשטרן, הרב רקמן הקים בית דין אחר בשנת 1999 תחת השם "בית דין לענייני עגונות", ראו: B. S. Jackson, "Agunah and the Problem of Authority: Directions for Future Research", *Melilah 1* (2004), pp.1-78. הדברים מובאים שם בעמ' 50 הערה 221. התייחסות מפורטת לעמדותיו של מורגנשטרן בכתבתו של Yehudah Abel מפרוייקט מנצ'סטר לחקר בעיית העגונות, ראו: Y. Abel, "Rabbi Morgenstern's Agunah: A Solution" (Working Papers of the Agunah Research Unit, June 2008), בכתובת: <http://www.manchesterjewishstudies.org/publications/>, אוזר 25.11.2019.

מעניין לציין כי בראיון שהרב רקמן העניק מספר שנים קודם לכן, הוא הסביר שאף שהוא מוכן להקים בית דין להפקעת קידושין הוא לא יעשה כן משום שלדעתו מרבית הרבנים לא יצטרפו לכך, וממילא בית הדין לא יפתור את הבעיה ורק יוליך ליצירתן של מחלוקות נוספות וקהילות נפרדות שלא יתחתנו אלו עם אלו, ראו דבריו: "Coping with Modernity: An interview with Rabbi Emanuel Rackman", *The Jewish Review* 4 (1990), at: <http://www.thejewishreview.org/articles/?id=184>, אוזר 25.11.2019.

על אף העובדה שפעילות בית דינו של הרב רקמן פסקה לפני שנים, יש רבנים המציעים לבחון את חידוש פעילות בית הדין בצורה משודרגת כזו או אחרת. ראו על כך את דבריהם של הרבנים דוד ביגמן ואשר לופטין ב"פיסגה" לענייני עגונות שנערכה ב-2013 בניו-יורק, ראו על כך במאמרה של ארונוף: S. Aranoff, "Reviving the Rackman Agunah Beit Din" [Blog post], *The Times of Israel*, 3.6.2013 at: <http://blogs.timesofisrael.com/reviving-the-rackman-agunah-beit-din/>, אוזר 25.11.2019.

לימים הוקם בית דין בשם International Beit Din בניו יורק, שפעל על פי מתווה המזכיר את בית דינו של רקמן. אמנם יצוין שבכל פרסומיהם של בית דין זה אין אזכור כלשהו להצעתו של פלדבלום. באתר של בית הדין הזה פורסמו מספר פסקי דין שמהם ניתן ללמוד על דרכו הפסיקתית, ראו: <https://www.internationalbeitdin.org>, אוזר 25.11.2019.

למעשה הקידושין.¹⁴ על אף העובדה שכלה דתייה יודעת כי ההלכה מתנה מתן גט ברצון הבעל דווקא, חוסר היכרותם של בני הזוג (הדתיים) עם מלוא המשמעות של קניין הקידושין מעכב לדעת בית הדין המיוחד את חלות קידושיהם.¹⁵ טענה מורחבת¹⁶ זו נסמכת על ההבנה כי קניין הקידושין נתפס בעיני חז"ל כפעולת קניין ממונית לכל דבר, שבה הבעל "קונה" את אשתו בדומה לאופן שבו האדם קונה ומכניס לבעלותו כל חפץ אחר.¹⁷ בהנחה שזו אכן

14 לתיאור פעילות בית הדין המיוחד, ראו: S. Aranoff, "Freeing Agunot: The Rabbi Emanuel Rackman Beit Din", *JOFA Journal* V(4) (summer 2005), pp. 15, 19–20 (נגיש בקישורית, אוחר 25.11.2019), וכן בדבריה במאמרה: S. Aranoff, "Two Views of Marriage – Two Views of Women: Reconsidering Tav Lemetav Tan Du Milemetav Armelu", *Nashim* 3 (2000), pp. 199–227 מאמר זה נגיש באתר: <http://www.agunahinternational.com/halakhic.htm>, אוחר 25.11.2019.

15 בית הדין המיוחד פרסם ידיעה ובה פירט את המקורות ההלכתיים המבססים את פעילותו, ראו: Susan Aranoff, "Halachic Principles and Procedures For Freeing Agunot", *The Jewish Week*, August 28, 1998, pp. 26–27. הטקסט של הידיעה המקורית מופיע באתר: <http://www.agunahinternational.com/halakhic.htm>, אוחר 25.11.2019.

16 פלדבלום הגביל את דבריו במפורש וכתב כי: "אצל נשים שאינן שומרות מצוות יש אומדנא [...] פלדבלום (לעיל הערה 9), עמ' רי. הרב בלייך כבר העיר על הרחבה זו, ראו: J. D. Bleich, "Kidushei Ta'ut – Annulment as a Solution to the Aguna Problem", *Tradition* 33(1) (1998), pp. 90–128, שם עמ' 115. ככלל, הרב בלייך תוקף בחריפות את הטענה שלפיה טעות בהבנת הקונסטרוקציה המשפטית מאפשרת ביטול נישואין (נידון להלן). והשוו לדבריו של הרב רקמן עצמו על כך שהוא שאב "השראה" ו"חיזוק רבי" מדבריו של הרב פלדבלום שמהם עולה שמשמעות קניין הקידושין היא שגוף האישה קנוי, כך שכדי שיחולו הקידושין מדאורייתא על האישה לסבור "כי גופה נעשה קניינו של בעלה – וכמעט אין אשה בת-זמננו הסבורה כך". ע' רקמן, "מסטטוס לחוזה ומחווה לסטטוס – גישות היסטוריות ומטא היסטוריות", האשה ביהדות: סדרת דיונים 4–5 (2000), עמ' 97. וכך נכתב בהודעת בית הדין המיוחד כי לאור העובדה שניסיונם עם עגונות גדול מזה של פלדבלום, הם יכולים לקבוע כי:

No woman views marriage as a transaction in which her husband "acquires" her. No one can credibly maintain today that brides are consenting to the concept of *gufah kanui*, that marriage is a *kinyan* in which the husband acquires title to the wife's body.

מתוך: הודעת בית הדין (לעיל הערה 15).

17 במאמרו של פלדבלום הוזכר במפורש שיש לפקפק בהגדרה זו של קניין הקידושין, ראו פלדבלום (לעיל הערה 9), עמ' ריג. בית הדין המיוחד טען עוד, בהשראת דבריו של פלדבלום, שאף אצל נשים המכירות בכך שהגירושין תלויים במתן הגט מצד האיש, קיימת הנחה שבידי בית הדין ישנן סמכויות לכפות מתן גט כך שהן מניחות שאינן מכניסות את עצמן למציאות שבה הן עלולות להתעגן, ראו בהצהרת בית הדין (לעיל הערה 15).

משמעות קניין הקידושין,¹⁸ קובע בית הדין המיוחד שיש בסיס לטענה שאף בני זוג דתיים העומדים תחת החופה אינם מתכוונים לבצע ביניהם פעולה קניינית. החתן מוסר את טבעת הקידושין מבלי שיעלה על דעתו שבמעשה זה הוא "קונה" ורוכש בעלות על כלתו, והכלה מצדה אינה מעלה על דעתה שעמידתה לצד חתנה מתפרשת כצעד המבטא את הסכמתה "למכור" את עצמה לבעלה, וממילא אם הצדדים אינם מבינים את טיבו ומשמעותו של המעשה, אין לקידושיהם תוקף הלכתי מחייב.¹⁹

מן הראוי להדגיש שבית הדין המיוחד הזכיר טענה זו בתור "סניף", או חיזוק נוסף,²⁰ לטענה המרכזית שלפיה יש לבטל את קידושיהן של מסורבות גט

18 יש מקום להבהיר שלהבדיל מטענת ביטול הקידושין מחמת מקח טעות, בטענה שחסרה "דעת מקנה" ואף לא 'דעת קונה', כלומר, אין השתתפות של בעלי דעה בכינון קשר האישות, וממילא אין לו כל תוקף", הרב עמנואל רקמן (לעיל הערה 16), עמ' 98, ההתנגדות הפמיניסטית לקניין הקידושין היא על עצם העובדה שהדבר נעשה במעשה קניין, ראו לדוגמה במאמרה של רות הלפרין קדרי, המבהירה כי התנגדותה לקניין הקידושין היא על אף העובדה ש"אין כאן זכות קניינית במובן המשפטי המקובל של העברת בעלות", ראו: ר' הלפרין-קדרי, "איש, אשה, קידושין ושביה: הבנית המגדר דיני נישואין וגירושין בהלכה", האשה ביהדות: סדרת דיונים 4-5 (2000), עמ' 47. וראו עוד בהתייחסותה בעמ' 57 הערה 6 לטענה שבקשר למוסד הקידושין השימוש בביטוי "קניין" מבטא משמעות שונה מן המקובל.

19 ההשלכות מטענה זו מרחיקות לכת, ומשמעות העניין באופן פשוט שאין תוקף הלכתי לנישואיהם של הזוגות הנשואים כולם. הרב בלייך העיר על כך, והוסיף עוד שלפי ההיגיון האמור יש לומר כן אף ביחס לנישואיהם של בני הדורות הקודמים, משום שביחס לנקודה זו, קרי ההתנגדות העקרונית לרעיון מכירת גופה לבעלה, אין סיבה להניח ששנשואות הדורות הקודמים היו מגיבות אחרת מנשואות דורנו, ראו בלייך (לעיל הערה 16), עמ' 116. טענה דומה מוזכרת במכתב שנשלח על ידי בית הדין של אמריקה לחברי איגוד הרבנים ה-RCA במהלך חודש אוקטובר 1998. כפי שמתאר ג'קסון (לעיל הערה 13), בית הדין של אמריקה שלח מכתב תגובה (שלא פורסם), ובו דחה את טענותיו של בית הדין המיוחד. ס' ארונוף דחתה טענה זו בכך שהנשים כולן נחשבות לנשואות כל עוד לא קיבלו לידן פטור אישי המתיר להן להינשא, משום שהחלטת בית הדין תקפה רק למקרים שהובאו לפניו, ראו דבריה: "A Response to the Beth Din of America", S. Aranoff, באתר: <http://www.agunahinternational.com/halakhic.htm>, אוזר 25.11.2019.

20 בהצהרה המקורית של בית הדין המיוחד לא נטען ששיקול זה משמש כסניף בלבד, ואולם כך כתבו ס' ארונוף, ודיין בית הדין המיוחד הרב חיים טולדנו בתגובתם למאמרו של הרב מתתיהו ברויד, ראו: S. Aranoff, "Continued Discussion of Agunah Kiddushei Ta'ut and Tears of the Oppressed – Response of Dr. Susan Aranoff", *The Edah Journal* 5:1 (2005), pp. 1-4; H. Toledano, "Continued Discussion of Agunah Kiddushei Ta'ut and Tears of the Oppressed – Response of R. Haim (Henry) Toledano", *The Edah Journal* 5:1 (2005), pp. 1-4.

שחוו התעללות פיזית או רגשית מצד בעליהן בטענת מקח טעות. לטענת בית הדין, בעל שהתעלל באשתו גילה בכך שעוד קודם לנישואיהן היה באישיותו צד אפל שהיה נסתר מעיני אשתו. כתוצאה מכך יש לבטל את נישואיהן בטענת "מקח טעות", שכן אילו הייתה האישה מכירה מראש צד נסתר זה שבאישיות הבעל לא הייתה מסכימה להינשא לו.²¹ הביקורת העיקרית שהוטחה כנגד הפעילות של בית הדין המיוחד עסקה בהפרכת טענה מרכזית זו,²² ואילו אנו בדברינו להלן נבקש לבחון את הטענה הנלווית, שלפיה חוסר ההבנה שבקניין הקידושין האיש קונה את אשתו בדומה לאופן שבו אדם קונה חפץ או רכוש ממוני, מהווה היעדר גמירות דעת הפוסלת את הקידושין.

קניין איסור או קניין ממש

קשה למצוא בדברי הראשונים התייחסות מפורשת לשאלתנו, אך הדיוק בניסוחים שונים המצויים בדבריהם מגלה דעות חלוקות בהגדרת מהות קניין הקידושין. יש שראו את קניין הקידושין כמקבילה של ממש לקניין ממון רגיל, בעוד אחרים סברו שמדובר ב"קנין איסור" הנבדל במהותו לחלוטין מקנייני הממון.²³ הדעה הראשונה מודגמת היטב בדברי התוספות רא"ש (כתובות ב ע"ב ד"ה את המומים) במסגרת דברי הסבר לדין המחייב את הבעל לפרנס את אשתו

- 21 הביקורת העיקרית כנגד טענה זו היא שאין דרך לדעת בוודאות שמדובר בקווי אישיות שהיו קיימים עוד מלפני הנישואין, מה עוד שיייתכן והאישה הייתה מסכימה להתחתן מתוך תקווה שמה שהיה נסתר ימשיך להיות חבוי ולא יתפרץ לעולם, ראו על כך אצל, בלייך (לעיל הערה 16), עמ' 91–107, ובמאמרו של ברויד: M. J. Broyde, "Review Essay: An Unsuccessful Defense of the Bet Din of Rabbi Emanuel Rackman: The Tears of the Oppressed by Aviad Hacoheh", *The Edah Journal* 4:2 (2005), pp. 1–28
- 22 עוד פורסם באותם ימים כי בית הדין משתמש בפתרון נוסף, והוא כתיבת גט בשם הבעל ומסירתו לאישה מבלי להשיג את הסכמת הבעל. על ההתנגדות לרעיון זה של "גט זיכוי" ראו אצל גיקטר: Ch. Jachter, *Gray Matter*, Vol. 1, Teaneck, New Jersey, 2000, בעמ' 56–57. למאמר ביקורת נוסף שכוון נגד פעילות בית הדין המיוחד, ראו: Ch. Z. Malinowitz, "Gittin Sheloh K'dat Moshe V'yisrael", *Journal of Halacha and Contemporary Society* 36 (1998), pp. 5–21
- 23 הביטוי "קנין איסור" מופיע בלשון הרמב"ן בחידושו (קידושין טז ע"א ד"ה זאת אומרת) ביחס לקנייני האדון בעבד כנעני:
- דשני קנייני הן בעבדות, אחד קנין ממון והוא קנין דמעשה ידיו, ואחד קנין איסור שהוא אוסרו בבת ישראל ופוטרו ממקצת מצוות, וקנין הגוף הזה הוא המצריכו גט חירות ואינו נפקע בדיבור, דומה לקנין אישות שהוא צריך גט להתירו. ביטוי זה, "קנין איסור", הפך למטבע לשון רווח באחרונים.

אף במקרה שבו האישה חלתה מיד לאחר קידושיה, כך שבני הזוג בפועל לא נישאו זה לזה. חובת הבעל לפרנס את אשתו גם בנסיבות אלה מוסברת על בסיס ההנחה שהאישה נחשבת כרכושו של הבעל: "[...] ויש לומר משום דהאשה קניין כספו של האיש כמו עבדו שורו וחמורו ותלויה במזלו". מקור נוסף מדברי הראשונים שממנו עולה גם כן ההבנה שהאישה נחשבת לרכוש בעלה, מופיע בדברי הרמב"ם בהלכות נדרים (הלכות נדרים יב, ט): "האשה שאמרה לבעלה הנאת תשמישי עליך אינו צריך להפר, הא למה זה דומה לאוסר פירות חבירו על בעל הפירות. וכן הוא שאמר לה הנאת תשמישי אסורה עליך לא אמר כלום מפני שהוא משועבד לה [...]"²⁴. הרמב"ם מבחין בבירור בין הבסיס המשפטי המעגן את מחויבויות האישה כלפי בעלה, לבין היסוד ההלכתי שעליו נשענות מחויבויות האיש כלפיה: בעוד חובות הבעל מעוגנות בשעבוד שקבל על עצמו כלפי אשתו, האישה נחשבת כקנויה ביד בעלה.²⁴

יש מבין האחרונים כאלו שאכן ראו את קניין הקידושין כקניין ממוני של ממש. הדברי יציב עצמו יודע לספר על מנהג ש"נהגו רבים, וכן מנהגי, להגיד לחתן שמלבד כוונת המצוה יכוין גם לשם קנין שהוא קונה אותה ע"י הקידושין כמו שקונים חפץ".²⁵

הטענה כי האישה נחשבת לרכוש בעלה דורשת הבהרה נוספת. שכן כפי שכותב האדמו"ר מקלויזנבורג,²⁶ בשונה מהעבד שהינו רכושו הכספי של האדון,

24 בספר המפתח שברמב"ם הוצאת פרנקל, ציינו לחזון יחזקאל כתובות (ז, א) שדייק מלשון הרמב"ם שהאישה אינה משועבדת לבעלה אלא ש"היא קנויה לו לשם אישות". וכן כתב בכתב סופר, אבן העזר סימן מד: "שהיא לאו משום שיעבוד אלא דשלו היא לכל מילי דאישות שקנה אותה הוא קנין שלו".

ביטוי הלכתי להיותה של האישה רכוש בעלה מופיע בדברי הרב דוד פרידמן במסגרת דיון בגדרי נאמנות. לדבריו, האדם נאמן על עצמו כמאה עדים "בדברים השייכים רק לעצמו", וזהו המקור לנאמנות הבעלים על רכושם. בדמה לכך יש להבין לדעתו את מקור נאמנות האדם בנוגע לאשתו: "והאשה נקראת חפצו של הבעל ואין לה שום נאמנות לאסור עצמה על בעלה כדין ע"א שאינו נאמן באיסורין לאסור את של חבירו על חבירו [...] שהאשה אינה נחשבת לבע"ד בענין זה כלל שהיא חפצו של הבעל" (הרב דוד פרידמן, שו"ת שאילת דוד, חלק אבן העזר, סימן ב).

25 רי"י הלברשטס, שו"ת דברי יציב, אבן העזר, סימן נו. לדעת הדברי יציב מקור המנהג ברצון לצאת ידי כל השיטות כולל הדעה הסוברת שקניין הקידושין הוא אכן קניין של ממש.

26 "דמלשון 'האשה נקנית' משמע שיש בזה גדר קנין, ולהבין בעי: מה קונה בזה?", שו"ת דברי יציב, אבן העזר, סימן נו. ובדרך דומה ניסח את השאלה בדיונו שם בסימן נה: "דמה קנין שייך בה וכי ברשותו היא למוכרה?".

קשה להצביע על ביטוי הלכתי כלשהו שיצדיק להגדיר את האישה הנשואה כרכושה של בעלה.²⁷

אם כן, מה בדיוק קונה הבעל? לדרך זו יש להסביר שהבעל קונה את אשתו והיא מצויה מעתה ברשותו לצורך חיי האישות המשותפים: "דגדר הקנין הוא שזוכה בה כחפץ"²⁸ שיכול להשתמש בו, דע"י קנין הקידושין מותר לו לבא עליה מהתורה.²⁹

ואמנם, בין השאר מכוח הקושיות שהוזכרו לעיל, פירשו רבים שקנין הקידושין אינו קניין ממוני כלל. לדבריהם יש לראות את קניין הקידושין כ"קנין איסור", כלומר כפעולה משפטית שתוצאותיה ניכרות בתחום האיסורי ולא בתחום הממוני. להבנה זו הבעל אינו קונה את אשתו במובן הממוני כלל,

27 כפי שמסביר הדברי יציב בסימן נו שם, אין מקום להצדיק הגדרה זו על סמך הדין המגדיר את מעשי ידי האישה כרכוש בעלה, שכן זהו דין מדרבנן, וממילא אין בכוח דין זה להבהיר את מהות ועיקר הקידושין מדאורייתא. אמנם בתשובות נוספות (שם סימנים נז, נח) העלה הדברי יציב שיש מקום לומר, מכוח שיקולים שונים שבהם הוא מאריך שם, שחובת האישה לשרת את בעלה בעשיית מלאכות שונות היא אכן מדאורייתא. לשיטות אלה יש מקום להסביר שמהות קניין הקידושין היא אכן ביסודו של דבר קניין דומה לפעולת קניית עבד: "בגדר קנין בעלות בקידושי אשה, שזה משום דמשועבדת לו מן התורה לכבודו ולשמשו והוי קנין כעין עבד ואמה, ולזה שפיר למיתני לשון האשה נקנית [...] (ד)כבוד אשה לבעלה ושימושו הוא מה"ת ושייך בה גדר קנין ובעלות [...]".

28 והשווה ללשון הקהילות יעקב קידושין יג עמ' נד, שכתב כי קניין האישה פירושו שלענייני האישות "נחשבת כחפצא של הבעל ולא של עצמה".

29 דברי יציב, סימן נה. ובניסוח אחר כתב שם שאף למאן דאמר שאין איסור דאורייתא לבוא על פנויה, עדיין יש לומר "דהוי גדר קנין מה שמוזמנת לו תמיד וכפת בסלוי". בדרך זו הלך אף הנצי"ב (שו"ת משיב דבר סימנים ד, לה) שהסביר שהאישה קנויה לבעלה לצורכי אישות. לדעת הנצי"ב קניין הבעל באשתו מוליך לכך ששונה לחלוטין דינו של בעל הכופה את אשתו לשמש עמו מדינו של אנס. בעוד שהאנס נחשב לגולן, הרי שהאישה מחויבת להזדקק לבעלה בכל שעה שירצה, "ואם אינה מוזדקקת לו ברצון יכול לכופה כמו שהאדון כופה שפחתו לעשות מלאכות". יש לציין שהדברי יציב העלה אמנם אף הוא את האפשרות לומר "דמכח קנינו יכול לאנס אותה לביאה", אך הוכיח מדין בני ט' מדות שאין הבעל רשאי לנהוג באופן זה באשתו ו"יש לו רשות לגרשה אבל לא לכופה".

הנצי"ב מבהיר בהמשך דבריו בתשובתו שם, כי הקידושין כוללים מרכיב של קדושה המצטרף למרכיב הבעלות: "שאשה היא קנויה ומקודשת ושני דברים הם. דקנין הוא שהיא מחויבת להזקק לבעלה כמו שהעבד מחויב לעשות מלאכת בעליו, וקידושין שהוא כהקדש, היינו שהיא אסורה לאחר, ותרי מילי ניהו". הוא ממשיך להבהיר כי אילו הקידושין היו מסתכמים רק במרכיב הבעלות, "היה עולה על הדעת שאם יתן לה הבעל רשות להזקק לאחר הרי היא מותרת כמו בעבד שהרשהו בעליו לעשות לאחר". לעומת זאת מרכיב ההקדש לבדו לא היה בו ליצור את המחויבות של האישה לבעלה.

והאישה אינה נחשבת כלל לרכושו במשמעות מקבילה לקניין עבד או לקניית רכוש אחר. קניין הקידושין יוצר זיקה בין בני הזוג בתחום האיסורי, ומחיל על האישה את המעמד ההלכתי של אשת איש, כאשר השימוש במינוח "קניין", הוא בבחינת שיתוף השם בלבד.³⁰

הבנה זו מצויה בפירוש בדברי חלק מהאחרונים, כאשר יש לציין בפרט את האבני מילואים (אבן העזר מב, א) שהאריך בהוכחות "דאין גופה קנוי לבעל ואין בקידושין כי אם שנאסרה על ידו לכל העולם". ובניסוח אחר: "דאין אשה בתורת קנין לגבי בעל, דאין גופה קנוי לו ואין לו זכיה בגוף האשה".³¹

ראינו, אם כן, שהדיון המסורתי במושג הקידושין מכיל כיווני הסבר שונים.³² המבקש למצוא במקורות אסמכתא לתפיסה קניינית של מהות

30 נוסף על האפשרות שהוצעה למעלה להגדיר את הקניין כ"קנין איסור", יש שהציעו לראות את הקניין כקניין שיוצר שעבוד והתחייבויות הדדיות, ראו: ב' ליפשיץ, "סוגיות בטיב גיטין, קידושין ונישואין", בתוך: א' אדרעי ואחרים (עורכים), הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון, ירושלים 2018, עמ' 531–532. כיוון זה כבר הוצע בדבריו של א' וסטרייך: A. Westreich, "Book Review: Melanie Landau, Tradition and Equality in Jewish Marriage: Beyond the Sanctification of Subordination", *Nashim: A Journal of Jewish Women's Studies and Gender Issues* 28 (2015), pp. 147–151 (נגיש בקישורית, אוהר 25.11.2019) ולאחרונה כתב על כך הרב מיכאל אברהם בהרחבה, ראו: מ' אברהם, "האם קידושין הם החלת בעלות?", אקדמות לא (תשע"ט), עמ' 117–132. ראו בעיקר עמ' 117–118; 123; 128–129.

31 האבני מילואים התבסס בין השאר על דברי הרשב"א (קידושין ו ע"ב ד"ה אילימא) שכתב ש"כיון דגופה ממש לא קני ליה לא הוי רבית". אמנם יש שחלקו על האבני מילואים, והסבירו כי דברי הרשב"א אינם מחייבים הבנה זו. יש מקום להסביר בכוונת הרשב"א שאף שהאישה נקנית בקניין של ממש, קניין הקידושין שונה מהותית מקנייני ממון רגילים: "מכל מקום חלוקין הן בזה, דבקנה שדה הרי נתרבה ממונו, אבל אשה אין עליה שם ממון ולא שיווי ממון", הרב ישראל זאב גוסטמן, קונטרסי שיעורים מסכתא קדושין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 8.

32 ניתן להדגים זאת היטב בעזרת העיון בשני ספרים בעלי אופי סיכומי המיועדים לבני ישיבות ומבקשים להציג את עיקרי הדיון הלמדני בנושאים שונים. הספר קובץ יסודות וחקירות פותח את הערך "קידושין" בתיאור הבא:

במהות הקידושין: דנו הראשונים והאחרונים, וחמש דעות בעניין: 1. הם קנייני ממון, שהאשה היא כעין חפץ ששייך לבעל [...] כשדהו עבדו שורו וחמורו. 2. איסורים, שהאשה נאסרת לכל העולם באיסור אשת איש [...]. מתוך: א' קשת, קובץ יסודות וחקירות: ביאור דינים ומושגים, גדריהם והחקירות שבהם, נתניה תשע"ג, עמ' 866.

הקידושין יוכל להצביע על רשימה של בני סמכא המבטאים תפיסה זו, ומנגד יוכל חברו להציג בלהט ציטטות משכנעות לא פחות הטוענות שאין לקניין הקידושין דבר וחצי דבר עם מושגי הרכוש והבעלות. טענת בית הדין המיוחד כי הקידושין מבוססים על מעשה קניין ממשי שבו הבעל קונה ורוכש בעלות בגוף אשתו, יש לה על מה שתתבסס במקורות, ומנגד ברור לא פחות שאין הצדקה להציג דעה זו כאילו היא דעה פשוטה, מוסכמת ומקובלת על הכול.³³ וכאן נגלית לעין תופעה מעניינת: בעוד גופים השואפים להציג את היהדות לציבור הרחב מבקשים את ההסבר שיתאים להלך הרוח המודרני, ומדגישים כי קניין הקידושין אינו קניין ממוני כלל ועיקר,³⁴ בית הדין המיוחד של הרב רקמן בוחר במהלך ההפוך. בית דין זה בוחר להציג את מוסד הקידושין באופן הסותר

בדומה לכך, הפרק שדן ב"אופי הקידושין" בספר מנחה לאהרון המתיימר להציג רקע ראשוני דרך דיון בשאלות היסודיות סביב מושגי ההלכה השונים, מתרכז בשאלה "האם קיימת גם זיקה ממונית בין האשה לבעל בנוסף לקשר האיטורי. כלומר, האם נראה את האישה כקנויה לבעל [...] או שמא קידושין לא יוצרים קשר ממוני בין בני הזוג", ראו ד' וולף, מנחה לאהרן: נושאים יסודיים בסדר נשים, אלון שבות תשס"ו, עמ' 18. וראו עוד באריכות במאמרו של הרב משה ארנרייך, "קידושין – קנין או מעשה", חמדת הארץ ד (תשס"ו), עמ' 48–71.

33 פלדבלום עצמו הזכיר במפורש את הטענה "שספק גדול אם אפשר לדבר על קידושין כקניין רגיל, כמו רכישת חפץ למשל. נכון יותר לראות בהם קניין איסור – הקידושין אוסרים את האישה לאדם אחר וכיו"ב, או הקניית מעמד משפטי מסויים", פלדבלום (לעיל הערה 9), עמ' ריג. אמנם, היות שהטענה שאותה ביקש לקדם במאמרו עסקה בחוסר גמירות הדעת של האישה שאינה שומרת מצוות לנישואין נעדרי שוויון שמהם לא תוכל להשתחרר ללא הסכמת הבעל, הוא טען (עמ' ריג):

איך שלא נגדיר את טיבו של קניין קידושין, דבר אחד ברור והוא: האשה צריכה להסכים לקניין כזה על השלכותיו. דהיינו, שאין היא יכולה להשתחרר מהנישואין מבלי שהבעל יתיר את הקשר הזה. אם האשה תצהיר שהיא אינה מסכימה לכך, אין חלות קידושין. ואפילו ללא הצהרה, אלא אומדנא דמוכח, מתעורר ספק סביר לגבי תקפותו של הקשר [...].

טענה זו אינה תקפה לגבי נשים (דתיות או חילוניות) המכירות את בעיית העגונות, והתחתנו בידועין בקידושין הלכתיים. לדין תועיל עקרונית הטענה של חסרון בדעת (קונה) ומקנה, הנובעת מכך שהן אינן מתייחסות אל קניין הקידושין כאל קניין ממוני.

34 השוו לשם דוגמא לנכתב באתר מכון "עתים" כחלק מהסבר טקס הנישואין: החופה נפתחת בקידושין, שבמסגרתם בני הזוג מתחייבים לייחד עצמם זה לזה. הקניין הנעשה בשעת הקידושין אינו מבטא קנייה של הכלה בידי החתן, אלא הוא צעד משפטי של התחייבות כלכלית וזוגית. נמצא באתר: <https://www.itim.org.il/טקסטים-לטקס-הנישואין/> אוחזר 25.11.2019.

חזיתית את השקפותיו המוסריות של האדם המודרני, ומכריז כי מהות הקידושין היא קניית גופה של האישה על ידי בעלה(!). בעיני בית דין זה הסבל הרב של מסורבות הגט הוכיח שהקידושין עצמם הם "בעיה". כתוצאה מהסתכלותם זו, הגדלת הפער שבין מושג הקידושין ההלכתי לבין תפיסת הנישואין המודרניים הפכה לדבר רצוי ולחלק מפתרון אפשרי, וכך בית דין זה מתנסח כאילו תפיסת הקידושין הרכושנית היא ההבנה היחידה ואין בלתה.³⁵ ככל שידגש ויגדל הפער, והקידושין ההלכתיים יוצגו כשריד מעולם קדום שאינו יכול להתקבל על דעתו ולבו של האדם המודרני, כך יוקל מצבה המשפטית של האישה בהווה. הקצנת הפער תסייע לבסס את הטענה שקידושין הלכתיים אינן בעלי תוקף, וממילא יתברר שמסורבת הגט אינה כבולה עוד לבעלה.³⁶

35 ראו בעניין זה את ביקורתו של הרב ד' ביגמן, "בין איסור לקניין", אקדמות לא (תשע"ט), עמ' 133–137 על מאמרה של לוביץ (לעיל הערה 8). לדבריו, המוטיבציה שלה למצוא פתרון לבעיית העגינות הביאה לכך שהיא נקטה בסלקטיביות רבה בבחירת הדעות השונות, וייחסה שלא בצדק משקל מרכזי לדעות הידועות בחריגות. בדומה לכך כתב גם הרב מיכאל אברהם (לעיל הערה 30), כי לוביץ בוחרת דווקא בפרשנויות שהינן "בעייתיות" בעיניה, ומחליטה שדווקא הן קולעות לאמת ההלכתית על אף קיומן של דעות רבות אחרות, ראו בדבריו שם הערה 23. ושוב חזר על כך בחתימת מאמרו שיש בדבריה של לוביץ "בחירה מגמתית שלפרשנויות לקידושין המנוגדות למוסר, זאת כאשר ישנן פרשנויות נכונות יותר שמתאימות למוסר", והערכתו כי "לוביץ סימנה מראש בעיה במוסד הקידושין ועושה הכל כדי להוכיח אותה", שם עמ' 132.

36 במאמר הביקורת המבוסס ביותר שנכתב כנגד פעולת בית הדין טען הרב יהודה בלייך (לעיל הערה 16) שאף אם הצדק היה עם בית הדין המיוחד, וקניין הקידושין אכן מוגדר להלכה כקניין ממוני אשר זר להלך המחשבה המודרנית, עדיין אין בכך להצדיק את המסקנה ההלכתית שיש להניח חיסרון של גמירות דעת המבטל את תוקף הקידושין. לדבריו תוקף הקידושין מותנה בכך שבני הזוג יכירו את התוצאות המשפטיות הריאליות הנובעות מהיותם נשואים זה לזה. לדעת הרב בלייך גמירות הדעת ביחס לתוצאות הריאליות אכן מעכבת, ואולם הוא מוכיח שאין כל הכרח שבני הזוג יכירו את מנגנון הפעולה המשפטית של קניין הקידושין עצמו. בדומה לכך כתב הרב אריאל פיקאר, שאף אם יש אומדנא המטילה בספק את גמירות דעתן של נשות זמננו להיקנות לבעליהן, לא בקניין ממוני ואפילו לא בקניין איסור ('שהרי אשה המאמינה בשוויון אינה מקבלת שרק היא נאסרת לכל העולם, ולא בעלה'), עדיין אין לכך משמעות הלכתית מעשית היות שבענייני קידושין איננו הולכים אחר כוונות נסתרות "ודברים שבלב אינן דברים", ראו א' פיקאר, "מתן טבעת מן הכלה לחתן בסוף טקס החופה", תחומין כ (תש"ס), עמ' 315.

לעצם העניין, בנוגע להבנה הנכונה של משמעות קניין הקידושין, הרב בלייך טען, בשונה מהבנת בית הדין המיוחד, כי קניין הקידושין אינו מקנה לאיש את גופה של אשתו. לדבריו ההגדרה המדויקת היא כי הבעל רוכש בקניין זה שעבוד מיני על גופה – הגדרה שלדברי הרב בלייך עצמו ייתכן ותישמע קיצונית עוד יותר לאוזן המודרנית(!), בהתחשב בביקורת הפמיניסטית על השליטה במיניות הנשית, ראו דבריו (לעיל הערה 16) בעמ' 114. הרב

המהלך התיאורטי יכול להרחיק את מושג הקידושין מליבוניהם של זוגות יהודיים, ואף על פי כן יש סבורים כי נכון להתקדם לכיוון זה כדי להציל את מסורבות הגט מעגינותן.³⁷ יש לציין שבנקודה זו בדיוק דייני בית הדין הבינלאומי חלוקים על קודמיהם (ראו בהערה).³⁸

מהלך הפוך ננקט בידי אלה המבקשים "להציל" את הקידושין ההלכתיים, ולשמר את ההלכה בתבניתה הקיימת. כאן המאמץ האינטלקטואלי מכוון להשגת התוצאה ההפוכה, קרי להקטין את הפער שבין תפיסת הנישואין המודרנית לבין זו העולה מהמקורות. הרצון להתאים עד כמה שאפשר בינה לבין תפיסתו המוסרית של האדם המודרני, הוא שמוליך את הרב יעקב אריאל "לכפור בכול" ולטעון שאין כל יסוד לטענה שהקידושין הינם קניין ממוני שכן: "כבר הבהירו כל הראשונים וכל האחרונים שלא מדובר באמת בפעולה קניינית

ג'קטר חזר על טענותיו העקרוניות של הרב בלייך והוסיף עוד שאילו הצדק היה עם רקמן, הרי שכל אישה נשואה הייתה צריכה לעזוב את בעלה עם היוודע לה משמעות הקידושין ההלכתיים, ראו אצל ג'קטר (לעיל הערה 22), עמ' 53.

37
בראיון שצוין בהערה 13 לעיל, הסביר הרב רקמן שלדעתו הצורך הדוחק בהקמת בית דין שיפעל להפקיע קידושין כדי להקל על מצוקת הפרט גובר על הסכנה שתצמח מכך לערעור מוסד הנישואין בכלל. לדבריו הוא חלוק בכך על בתי דין שונים אשר מוכנים לבטל קידושין בשקט וללא מתן פרסום, ואולם פוחדים מלתת לכך פומבי. לדעתו הללו טועים בכך שאינם מוצאים את האיזון הראוי שבין קול זעקתה של העגונה למול המחיר של הפגיעה האפשרית בקדושת הנישואין. עוד הוא מוסיף שחוסר ההיענות לבכיה של העגונה יפגע אף הוא בקדושת הבית היהודי ובמערכת ההלכתית כולה: "The fact that these women are crying itself undermines the sanctity of the Jewish home. People will say, if that is the kind of law you've got which creates such misery, I'd rather not be involved in Judaism at all." הרב רקמן בתגובתו להאשמתו של הרב ברויד כי פעולת בית הדין המיוחד יפורר את קדושת הנישואין בישראל:

If anything will weaken and even destroy the institution of marriage, it is the inflexibility of the Orthodox rabbinate and its unwillingness to come to the succor of the agunot. For if women knew that they have no exit from an intolerable marriage, they would not marry.

From: H. Toledano, "Response of R. Haim (Henry) Toledano", *The Edah Journal* 5:1 (2005), p.1.

38
ראו בדבריו של הרב דוד ביגמן (לעיל הערה 35), אחד מדייני בית הדין הבינלאומי, שהסביר מדוע תהיה זו טעות לוותר על הממד הדתי המקודש של הקידושין. הרב ביגמן אף הוסיף שממד הקניין שבקידושין הוא העומד בבסיס פתרונות העיגון בדרך של ביטול הקידושין בטענת מקח טעות.

מבחינה משפטית³⁹. טענה דומה הועלתה על ידי בית הדין של אמריקה במכתב תגובה מיוחד שהם הפיצו,⁴⁰ ובו ביטלו מכל וכול את פעילות בית הדין המיוחד. אמנם כפי שניתן להיווכח מהמקורות שצוינו לעיל, דברי ביקורת אלה לוקים בהכללה, שכן ההבנה כי קניין הקידושין הוא קניין ממון ממשי בהחלט מצויה במקורות.⁴¹ הגוזמה המצויה בדברי המבקרים מקורה, יש לשער, ברצון החזק –

39 ראו דבריו בהערה 7 לעיל, והשוו לדברי הרב ריסקין המובאים אצל הדרי (להלן הערה 42), עמ' 116, הערה 159. יצוין כי כעשרים וחמש שנים קודם לכן התייחס הרב אריאל לעניין במסגרת מאמר על מוסד הפילגשות (ר"י אריאל, "הפילגש ומעמדה ההלכתי במקרא", מגדים ח [תשמ"ט], עמ' 60) ובו טען כי "האישות במקרא היא מעמד אישי, נפשי, ואין בה שום קורטוב של בעלות ממונית, קניינית", ובהערה לדברים ציין כי: "על ההבחנה בין שתי צורות האישות, האיסור והקניין, עמדו רבים מהאחרונים, אולם הדעה המקובלת היא שאין בקניין אישות כל קניין ממוני". לדבריו קניין האישות הוא קניין איסור שפירושו קניין או בעלות נפשית ולא ממונית. ויצוין עוד שהוא מזכיר אף את דברי הנצי"ב (לעיל הערה 29) וגורס אף בשיטתו שאין מדובר ב"קניין ממוני כלל ועיקר".

40 במכתבם זה, ראו הערה 19 לעיל, נטען בין השאר כי קניין הקידושין הוא קניין שאינו ממוני כלל ועיקר, אלא קניין מסוג מיוחד, sui generis, כלשונה של הדרי (להלן הערה 42), עמ' 114. טענה זו דומה לניסוחו של הרב אשר וייס שכותב במסקנת עיונו:

אינו דומה קידושי כסף לקנין כסף במהותו וגדרו כלל אלא במעשה הקנין וצורתו, אבל לא באופן חלות הקנין והקידושין [...] דאין לבעל באשתו גדר קנין כלל ואין לו בגופה זכות [...] וכל קנין קידושין אינו אלא גדר מחודש של דין אישות שלא מצונו לו חבר בגדרי קנין [...] דאין גדר קידושין כגדרי קנין הכלליים, אלא דין מחודש דקיחת אשה שהוא על ידי מעשה קנין.
מתוך: א' וייס, מנחת אשר: ובו לקט שיעורים ותשובות בעניני קידושין ונישואין, ירושלים תשנ"ח, עמ' יג-כב.

41 תפיסת קניין הקידושין כקניין ממשי עוד נוכחת בצורה עמומה בדיוני בית הדין הרבני. ביטוי לכך נוכל למצוא בפסק דין שנכתב בין השאר על האפשרות להטיל חובה על הבעל במקרה נתון לגרש את אשתו. אחד הדיינים שנטלו חלק בדיון טען שבמקרה שבו חלוקים הפוסקים אין אפשרות לכפות, שכן הבעל יכול לטעון "קיים ליי" כדעה הפוטרת אותו מלגרש. הטענה נסמכת על ההנחה כי כפייה לגרש כמוה כהטלת חובת תשלומין על האדם. הרב הרצוג דחה טענה זו באומרו ש"עצם הדבר אינו נכון לדעתי, שאין כאן קנין, שאין האשה קנויה לבעלה כעבד או נכסים אלא קשורה בקשר האוסרה על כל העולם ומהקשר הזה נובעים להבעל זכויות מיוחדות עליה", ראו דבריו בשו"ת היכל יצחק, אבן העזר, א, סימן ג. ושוב חזר הרב הרצוג על עמדתו הנ"ל באריכות במסגרת ויכוח דומה שניהל עם הרב שלמה דוד כהנא שם סימן כה, שם הדגיש כי "השעבודים שיש לבעל על האשה כולם נובעים מהקידושין שאסר לה אכולה עלמא כהקדש, ולא מתורת קנין אעפ"י שחכמים קראו לזה קנין ולמדו ג"ש משדה עפרון [...]". בדומה לכך מצונו במסגרת תביעת גירושין שבמסגרתה בא כוחו של הבעל טען שאין להסתמך על הסטטיסטיקה כדי לקבוע שמרשו הוא עקר ולחייבו משום כך לגרש את אשתו, משום ש"הכלל הוא אין הולכין בממון אחר הרוב, והוא הדין להוציא אשה מבעלה הרי זה כהוצאת ממון, שהרי האשה קנויה לבעלה". אף שבית הדין לא דחה את הטענה שהאשה קנויה לבעלה, הוא חילק בין הוצאת ממון

המהופך מזה של בית הדין המיוחד – לגשר על הפער שבין תפיסת העולם המודרנית לזו המשתקפת מהמקורות ההלכתיים. לסיכום, הבחינה הביקורתית של טענת בית הדין המיוחד ושל דברי מבקריו סביב שאלת ההבנה הנכונה של מהות קניין הקידושין מבליטה את השפעת האידיאולוגיה על הטיעון ההלכתי, ועל הרטוריקה שבה הדברים מוצגים.⁴² הצבענו על מגמה קיימת שלפיה ככל שאדם נוטה להשקפת עולם פמיניסטית ליברלית, כך הוא ייטה לפרש את משמעות קניין הקידושין ההלכתי כקניין ממוני ממשי, ואף יבסס על כך את הקריאה המהפכנית לעיצוב מחודש של מסורת הנישואין היהודית.⁴³ מנגד, נטייה הפוכה קיימת אצל מי שניתן לכוונת

מידי המוחזק לאישה "שאינה מוחזקת אצל בעלה", ראו פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, חלק י, עמ' 245. לוביץ (לעיל הערה 8), הצביעה על הדים לתפיסה זו בפסק דין של בית הדין בחיפה משנת 2014, ראו אצלה עמ' 100.

42 אף בדיון האקדמי סביב שאלת מהות קניין הקידושין ניתן להבחין בהשפעת עמדותיהם האידיאולוגיות של הצדדים. הערה זו מצויה בדבריה של נחמה הדרי המאמצת את ההבנה כי בקניין הקידושין האיש "רוכש בעלות" על כלתו ההופכת במובן מה להיות "רכושו". בתיאור הוויכוח שהיה לה עם אחרים בנקודה זו, היא מציגה אל מול הכתיבה "האפולוגטית", כלשונה, שבה "נשפך דיו רב", את העובדה כי: "I have yet to encounter a female scholar who denies that kinyan in the context of marriage, as in most other contexts, implies a power relation, specifically one of acquisition". ראו: N. Hadari, "Towards a Definition of Will in the Context of the Granting of a Halakhic Divorce", PhD dissertation, University of Manchester, 2010. גישה באתר:

<http://www.manchesterjewishstudies.org/storage/Nechama%20Hadari%20PhD%20Thesis%20The%20Concept%20of%20Will%20in%20the%20Jewish%20Law%20of%20Divorce%20June%202009.pdf>, אוחר 25.11.2019.

הציטוט לקוח מדבריה בעמ' 114 הערה 154, והשוו לדבריה בעמ' 116 הערה 159. יש לציין כי מבחינתה מחנה "האפולוגטים" כולל הן את משתפי השיח הרבני, שאותו היא מדגימה בציטוטים מדברי הרב שלמה ריסקין והרב יהודה שביב, הן את כתיבתם המחקרית של חוקרי תלמוד ידועי שם.

43 תופעה זו בדיוק בולטת במאמר שנכתב לאחרונה על ידי רבקה לוביץ (לעיל הערה 8). לוביץ הלכה בדרכם של דייני בית הדין של הרב רקמן, וכתבה בתקיפות את מסקנתה שקניין קידושין הוא קניין ממשי ועל כן אין לו תוקף כיום:

בתודעת בני זמננו, לא עולה על הדעת שלבעל תינתן זכות על מיניויותה של אשתו [...] האנושות התרחקה מרחק רב מהימים שבהם [...] (ש)הזכות למיניויות האישה נמסרה לבעלה [...] טיעון זה, בדבר שינוי התודעה החברתית, דומה במובן מסוים לטיעונו של הרב פרופ' מאיר שמחה הכהן פלדבלום, בעניין 'חסרון דעת מקנה'. [...] בשונה ממנו, אני סבורה שהקניין אינו תקף לכתחילה [...] לגבי כלל הנשים [...] בנות ימינו [...] כל

כדובריה של המסורת הרבנית בימינו, המבקשים מבחינה מושגית לנתק לחלוטין את קניין הקידושין מתחום קנייני הממון. שני המחנות מאוחדים בכך שהם מציגים את עמדתם שלהם, תוך התעלמות מקולות חלוקים, כאילו הייתה זו העמדה היחידה והמוסכמת על הכול. בית הדין המיוחד מציג את קניין הקידושין כפעולה שבה האיש קונה את גופה של כלתו, ומנגד טוענים המבקרים כי מדובר במעשה סמלי בלבד, תוך התעלמות מהמקורות המורים אחרת.⁴⁴ הנטייה הפמיניסטית המערערת על מוסכמות עתיקות, מניחה פער מובנה בין התפיסה המודרנית האמיתית לתפיסות המסורתיות, ואילו "דובריה" של המסורת הרבנית נוקטים – וזאת לא בתור עמדה אפולוגטית המכוונת כלפי חוץ – כי התורה הנצחית קרובה לעמדותיו המוסריות של האדם המודרני.

הקידושין היהודיים בימינו [...] אינם תקפים כלל וכלל. מתוך : לוביץ (לעיל הערה 8), עמ' 112–113.

44 וראו בנספח למאמרה שהציגה מספר חלופות מעשיות לקידושין ההלכתיים. חשוב להדגיש כי אין מדובר ברטוריקה חיצונית בלבד, אלא בתהליך הכרתי פנימי שבו העמדה האידיאולוגית משפיעה אף על השלב ההרמנויטי, ומכוונת את אופן הבנת הכתוב במקורות ההלכתיים גופם. כך ראינו, הערה 39 לעיל, כי אף במקום שבו הרב אריאל מתייחס לעמדת הנצי"ב המפורשת, הוא מפרש את דבריו כאילו אין בהם תפיסה קניינית ממונית של קניין הקידושין.