

נישואי בני נח בהלכה התלמודית – בין טבע למשפט

חיים שפירא

א. הקדמה

בשנים האחרונות נעשו כמה ניסיונות להשתמש בכלים ובהבחנות מתחום התיאוריה של המשפט כדי לתאר זרמים ושיטות בהלכה. אחת ההבחנות הפוריות שבהן נעשה שימוש היא ההבחנה בין תפיסה ריאלית של החוק לבין תפיסה לא־ריאלית או נומינלית שלו.¹ יש מן החוקרים שהשתמשו בהבחנה זו כדי להציע להלכה אפיון כללי לעומת שיטות אחרות, כגון שהיא מתאפיינת בריאליזם או שהיא דווקא בעלת אופי אנטי־ריאלי,²

- * אני מודה ל ידידי פרופ' כנה ורמן, פרופ' יאיר לורברבוים, פרופ' עמיחי רדזינר, פרופ' אהרן שמש ופרופ' עדיאל שרמר שקראו טיוטה של מאמר זה והעירו הערות מועילות.
- 1 הבחנה זו הוצגה בהקשר של חקר ההלכה לראשונה על ידי יוחנן סילמן "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם – עיונים בפילוסופיה של ההלכה" דיני ישראל יב רמט (התשד"ם-התשמ"ה), נדפס שוב בכרך זה, עמ' 1. מקורו של מינוח זה בהגות הסכולסטית בימי הביניים (ראו: Gonzalo Rodriguez-Pereyra, *Nominalism in Metaphysics*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., Summer 2014 ed.), <http://plato.stanford.edu/entries/nominalism-metaphysics/>; וכן להלן ה"ש 49). חוקרים אחרים השתמשו במונחים שונים, כגון "נטורליזם", "אונטולוגיה" ועוד. לניתוח תיאורטי וביקורתי של הבחנה זו ראו: יאיר לורברבוים "ריאליזם הלכתי" שנתון המשפט העברי כז 61 (התשע"ב) (להלן: לורברבוים "ריאליזם הלכתי"), וכן מאמרו Halakhic Realism, להלן בחלק האנגלי של כרך זה.
- 2 משה זילברג סבר שההלכה מתאפיינת, לעומת שיטות משפטיות אחרות, בגישתה הנטורליסטית, כלומר הריאלית, ראה: משה זילברג "נובהרדוק" באין כאחד – אסופת דברים שבהגות, בהלכה ובמשפט 140 (התשמ"ו). לעומת זאת, דניאל שוורץ תיאר את ההלכה (התנאית) דווקא כנומינליסטית, כלומר אנטי־ריאלית: Daniel Schwartz, *Law and Truth: On Qumran-Sadducean and Rabbinic Views of Law*, in THE DEAD SEA SCROLLS: FORTY YEARS OF RESEARCH 229 (Devorah Dimant and Uriel Rappaport Jeffery L. Rubenstein, *Nominalism and* eds., 1992) לביקורת של ניתוח זה ראו: *Realism in Qumranic and Rabbinic Law: A Reassessment*, 6 DEAD SEA DISCOVERIES, 157 (1999).

ואילו אחרים ביקשו להצביע על מגמות שונות בתוך ההלכה המשמשות בערכוביה או הנתונות במחלוקת.³ דומה שהגישה שנקטו כמה חוקרים, שלפיה יש להתמקד בתחום אחד מתחומי ההלכה ואף ברובד אחד מבין רבדיה, עשויה להיות פורייה במיוחד. מאמר זה מתמקד בתפיסת הנישואין בספרות חז"ל, ובמיוחד בנישואין של לא-יהודים, או במינוח ההלכתי "בני נח".

לצורך דיון זה מבקש אני להניח את ההבחנה הבסיסית הבאה. תפיסה ריאליה מניחה שקשר הנישואין קיים באופן כלשהו במציאות ואינו רק מוסד חברתי או משפטי. לפי תפיסה זו, הכללים המשפטיים, החובות והזכויות של דיני הנישואין, נובעים מטיבו הריאלי, הפיזי או המטפיזי, של קשר זה. לעומת זאת, תפיסה לא-ריאליה של קשר הנישואין רואה בו מוסד חברתי או משפטי, ותו לא. לפי תפיסה זו, הכללים המשפטיים של דיני הנישואין הם ביטוי נורמטיבי לתפיסה החברתית או הערכית של מערכת היחסים בין האיש והאישה.⁴ על כמה מההשלכות של הבחנה זו על דיני הנישואין נעמוד בהמשך הדברים.

האם חכמים החזיקו בתפיסה ריאליה של הנישואין או בתפיסה נורמטיבית לא-ריאליה של מוסד זה? העניין בשאלה זו התעורר בעקבות מחקרים שבחנו את תפיסת הנישואין של חוגים כיתתיים מימי הבית השני. חוקרים שבחנו את תפיסת הנישואין של כת קומראן ושל חסידי ישו תיארו אותה כתפיסה ריאליה, המנוגדת לתפיסת הנישואין של התנאים, שאותה ראו כלא-ריאליה או כנומינלית.⁵ עדיאל שרמר בחן את השאלה הזאת מחדש,

3 זו גישתו של סילמן (סילמן, לעיל ה"ש 1), ובדרך זו הלכו גם אחרים ובהם ורד נעם **מקומראן למהפיכה התנאית: היבטים בתפיסת הטומאה** 255-220 (2010); Christine Elizabeth Hayes **כמאמריה: Legal Realism and the Fashioning of Sectarials in Jewish Antiquity**, in SECTS AND SECTARIANISM IN JEWISH HISTORY 119 (Sacha Stern ed., 2011) (להלן: Hayes, *Legal Realism*); "In the West, they Laughed at Him": *The Mocking Realists of the Babylonian-Talmud*, 2 J. L., RELIGION & ST. 137 (2013). ליישום של הבחנה דומה בהקשר של הלכה מודרנית ראו: שי עקביא וזנר "חשיבה אונטולוגית ונטורליסטית במשפט התלמודי ובישיבות ליטא" **דיני ישראל** כה 41 (התשס"ח).

4 לפי הבחנה זו, גם תפיסה לא-ריאליה מבוססת על טעמים, אלא שאלה טעמים ערכיים ולא טעמים ריאליים. זאת בניגוד לעמדה נומינליסטית הגורסת שהחוק הוא ביטוי של רצון חופשי ושרירותי של האל, כלומר חסר טעם. גישה אחרונה זו אפיינה את ההגות הנומינליסטית בימי הביניים (ראו להלן ה"ש 49). בעקבות זאת אימצו גם חוקרים מודרניים את התפיסה שלפיה עמדה לא-ריאליה היא בהכרח שרירותית. ואולם בין שתי העמדות הללו אין זיקה הכרחית. אנטי-ריאליסט מחויב לטענה שהחוק או המצוות אינם מבוססים על טעם ריאלי, אבל אין הוא מחויב לטענה שאין להן טעם כלל. לעניין זה ראו: לורברבוים "ריאליזם הלכתי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 78-90.

5 Aharon Shemesh, *4Q271.3: A Key to Sectarial Matrimonial*; Schwartz, לעיל ה"ש 2; Law 49 JJS 244 (1998); אהרן שמש "דימויי זיווגים אסורים לכלאיים ושעטנו בספרות כת

והגיע למסקנה מורכבת שלפיה לצד היסודות הלא-ריאליים אפשר למצוא בספרות חז"ל יסודות של תפיסה ריאלית או אונטולוגית. ואולם לדעתו יסודות אלה מצויים בספרות האגדה בלבד. במישור ההלכתי חכמים החזיקו בתפיסה משפטית לא-ריאלית מובהקת.⁶ במאמר זה אראה שגם בהלכתם של חכמים אפשר למצוא יסודות ריאליים. אמנם אין מדובר בתחום העיקרי של דיני נישואין בין יהודים, אלא בתחום של דיני נישואין בין גויים. מכיוון שהתפיסה הכיתתית עומדת ברקע הדיון אציג בקצרה את עיקריה.

ב. תפיסת הנישואין של כת קומראן והנצרות הקדומה

המאפיינים הייחודיים של תפיסת הנישואין הכיתתית במישור ההלכתי הם אלה: (א) קשר הנישואין הוא קשר מונוגמי בלבד, אישה אחת לאיש אחד; (ב) קשר הנישואין אינו ניתן לניתוק או שהאפשרות לנתקו מוגבלת; (ג) ליחסי האישות תפקיד מכוון ביצירת קשר הנישואין או בכך שהקשר אינו ניתן לניתוק. לפי תפיסת כת קומראן מקורן של הקביעות הנורמטיביות הללו הוא במציאות הטבעית או המטפיזית. מגילת ברית דמשק מנמקת את האיסור על ריבוי נשים בכך ש"יסוד הבריאה זכר ונקבה ברא אותם".⁷ כלומר צריכה להיות התאמה בין הדין לבין הבריאה; כשם שהאדם נברא במתכונת של "זכר ונקבה" כך הדין צריך להכיר בנישואין של איש ואישה אחת בלבד. הקביעה שקשר הנישואין אינו ניתן לניתוק נובעת גם היא מן המציאות כפי שהיא נתפסת בעיני הכת. כפי שהראה אהרן שמש, לפי ההלכה הכיתתית יחסי האישות הם שיוצרים את קשר הנישואין, גם אם בני הזוג לא התכוונו לכך.⁸ קשר הנישואין נתפס אפוא כתוצאה טבעית והכרחית של יחסי האישות. האיחוד הפיזי יוצר ישות חדשה שאינה ניתנת עוד להפרדה. ההלכה הכיתתית הכירה אמנם בגירושיין, אך הגבילה את כוחם. הגירושיין מאפשרים הפרדה בין בני הזוג ומשחררים אותם מן החובות ההדדיות, אך אינם מאפשרים נישואין שניים כל עוד בן הזוג בחיים.⁹ לתפיסת הנישואין הכיתתית יש גם היבט הגותי חשוב. היא מניחה

מדבר יהודה" יובל לחקר מגילות ים המלח 181 (גרשון ברין ובלהה ניצן עורכים, 2001) (להלן: שמש "דימויי זיווגים אסורים"); ג'פרי רובנשטיין (Rubenstein, לעיל ה"ש 2), שביקר את מאמרו של שוורץ, חלק בעיקר על ההבחנה הגורפת ועל האפיון של ההלכה הרבנית כנומינלית בלבד, אך לא חלק על כך שתפיסת הנישואין הכיתתית היא בעלת אופי ריאלי.

6 Adiel Schremer, "What God Has Joined Together": Perdestination, Ontology, and the Nature of the Marital Bond in Early Rabbinic Discourse (להלן: שרמר "נישואין ואונטולוגיה").

7 "ברית דמשק", אלישע קמרון מגילות מדבר יהודה – החיבורים העבריים כרך ראשון 5, 10, קטע ד, שורות 20-21 (2010) (להלן: ברית דמשק).

8 שמש "דימויי זיווגים אסורים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 188.

9 שם, בעמ' 195-197. אהרן שמש "אישות ומשפחה" כנה ורמן ואהרן שמש שמש שגלות נסתרות – פרשנות והלכה במגילות קומראן 149, 160-161 (התשע"א) (להלן: שמש

התאמה אישית, מטפזיזית, בין בני הזוג. התאמה זו קשורה לתפיסת הכללית של הכת בדבר הגזירה הקדומה שקובעת את גורלו של כל אדם, ובין השאר קובעת גם את זהות בן הזוג המתאים לו. אנשי כת מדבר-יהודה האמינו בכוחם של מבחנים גופניים ואסטרולוגיים לבירור ההתאמה בין בני הזוג, ודרשו את ביצוען של בדיקות כאלה לפני הנישואין.¹⁰ תפיסה דומה אומצה על ידי ישו, והיא באה לידי ביטוי בדבריו בעניין הגירושין:

אָבֵל מֵרֵאשִׁית הַבְּרִיאָה זָכַר וּנְקֵבָה בָּרָא אֹתָם אֱלֹהִים: עַל־כֵּן יַעֲזֹב־אִישׁ אֶת־אָבִיו וְאֶת־אִמּוֹ וְדָבַק בְּאִשְׁתּוֹ: וְהָיוּ שְׁנֵיהֶם לְבֶשֶׁר אֶחָד וְאִם־כֵּן אִפּוֹא אֵינָם עוֹד שְׁנַיִם כִּי אִם־בֶּשֶׁר אֶחָד: לְכֵן אֵת אֲשֶׁר־חָבַר אֱלֹהִים לֹא יַפְרִידֵנוּ אָדָם.¹¹

הפסוק הראשון, "מראשית הבריאה זכר ונקבה ברא אתם", מבליע את ההנחה שקשר הנישואין הוא קשר מונוגמי בין איש ואישה בלבד.¹² הפסוק השני, "ודבק באשתו: והיו

"אישות ומשפחה". שאלת יחסה של הכת לגירושין ולנישואין שניים שנויה במחלוקת ארוכת שנים בין החוקרים. אחד ממוקדי המחלוקת היה פירושו של הקטע הנזכר מברית דמשק (ברית דמשק, לעיל ה"7), שבו מאשים מחבר המגילה את מתנגדיו בחטא הזנות – "לקחת שתי נשים בחייהם". אין ספק שהמחבר אוסר על נשיאת שתי נשים בזמנית (ביגמיה), אך התוספת "בחייהם" מלמדת שהוא אוסר גם על נישואין שניים. השאלה שהתעוררה היא האם כל נישואין שניים אסורים – בין לאחר גירושין ובין לאחר מיתה, או שמא אסורים הם רק בעקבות גירושין, כל עוד האישה חיה. במאמרו הנזכר הוכיח שמש שהכת אסרה על נישואין שניים כל עוד בן הזוג בחיים, אך לאחר מותו הדבר מותר. לספרות עיקרית ראו: Gershon Brin, *Divorce at Qumran*, in *LEGAL TEXTS AND LEGAL ISSUES* 231 (Moshe Bernstein, Florentino Garcia Martinez and John Kampen eds., 1997); Adiel Schremer, *Qumran Polemic on Marital Law: CD 4:20-5:11 and its Social Background*, in *THE DAMASCUS DOCUMENT* 147, 148-149 (2000); Bernard Jackson, "Holier than thou?" *Marriage and Divorce in the Scrolls, the New Testament and Early Rabbinic Sources*, in *ESSAYS ON HALAKHAH IN THE NEW TESTAMENT* 167 (2008)

Menahem Kister, *Physical and Metaphysical Measurements Ordained by God in the Literature of the Second Temple Period*, in *REWORKING THE BIBLE: APOCRYPHAL AND RELATED TEXTS AT QUMRAN* 153 (2005) ; שמש "אישות ומשפחה", לעיל ה"9, בעמ' 154-155.

11 הברית החדשה, מרקוס י 6-9; ראו גם שם, מתי יט 4-5. עמדתו של ישו בעניין הגירושין נזכרת גם (בניסוח אחר) שם, מתי ה 31-32, וכן שם, לוקאס טז 18 (כל ההפניות והציטוטים מהברית החדשה במאמר זה הן לפי תרגומו של פרנץ דליטש).

12 לשונו, הקרובה ללשונה של ברית דמשק, מצביעה כמדומה על כך שישו נטל עיקרון זה מן הכת או מחוג קרוב לה. הספרות על עמדתו של ישו בשאלת הגירושין רבה מאוד. לרשימה חלקית ראו: Donald A. Hagner, *MATTHEW 543-544* (WORD BIBLICAL COMMENTARY, Vol. 33b, 1995) Peter J. Tomson, *Divorce Halakhah in Paul and the Jesus Tradition*, in *THE NEW TESTAMENT AND RABBINIC LITERATURE* 289 (Reimund Bieringer, Florentino Garcia Martinez, Didier Pollefeyt and Peter J. Tomson eds., 2009)

שניהם לבשר אחד", מבטא את העיקרון שיחסי האישות הם הגורם המכונן של קשר הנישואין, או הגורם שעושה את הקשר לבלתי ניתן לניתוק.¹³ הפסוק השלישי, "את אשר חָבַר אלהים לא יפרידנו אדם", מבטא את התנגדותו הברורה של ישו לגירושין. הגירושין אינם רק אסורים (מכוח הדין) אלא אף אינם אפשריים (מכוחה של המציאות). שלושת הפסוקים מתלכדים לטיעון אחד. ההתנגדות לגירושין נובעת מכך שקשר הנישואין הוא קשר ריאלי שנוצר בעקבות יחסי האישות, ושאינו ניתן לניתוק. מכיוון שהקשר אינו ניתן לניתוק, נישואין שניים שיבואו בעקבות גירושין יהיו מעשה של ניאוף והפרה של העיקרון המונוגמי.¹⁴ בהתאם לכך המשיך ישו וקבע שאדם המגרש את אשתו ונושא אחרת "נואף הוא", וכן אישה שנפרדת מבעלה ונישאת לאחר "נואפת היא".¹⁵ ישו אימץ אפוא תפיסה דומה לזו של הכת, ואף הרחיק ממנה לכת: בעוד שאנשי הכת התיירו גירושין ולא אסרו אלא נישואין שניים שיבואו בעקבותיהם, ישו התנגד לגירושין מכל וכול.¹⁶

13 ראו למשל: EZRA P. GOULD, CRITICAL AND EXEGETICAL COMMENTARY ON THE GOSPEL ACCORDING TO ST. MARK 185 (5th impression 1912) (1896).

14 כך מוסבר יפה מקומם של שני הפסוקים הראשונים בטיעון. היו חוקרים שתהו על הצורך בשני הציטוטים מהתורה. דוד דאובה הציע שהטיעון מתבסס על הפסוק הראשון בלבד ("זכר ונקבה ברא אתם"), ואילו השני ("ורבך באשתו") נתחב בשלב מאוחר יותר לטקסט. לדעתו, הפסוק הראשון רומז למיתוס האנדרוגיני, לפיו נברא אדם הראשון בעל שני צדדים, זכרי ונקבי, ולאחר מכן ניסר אותו האל והפריד בין זכר לנקבה. לפי דבריו הנישואין הם חיבור מחדש של החיבור המיתי בין האיש והאישה, ואת זה אסור להפריד. ראו: DAVID DAUBE, THE NEW TESTAMENT AND RABBINIC JUDAISM 71-73 (1973). שרמר הציע שהציטוט רומז לפסוק מבראשית ה' 2 (ולא א' 27), שסופו "ויקרא את שם אדם". לפי זה, רק איש ואישה יחדיו הם אדם, ולכן אסור להפרידם. ראו: עדיאל שרמר זכר ונקבה בראים: הנישואים בשלהי ימי הבית השני ובתקופת המשנה והתלמוד 70-72 (התשס"ד). ברם, לאור הדמיון בין דבריו של ישו לדברים של ברית דמשק, ולאחר שהתבררה עמדתה המדויקת של ההלכה הקומראנית, דומה שניתן להסביר זאת היטב. לפי תפיסתו של ישו, העיקרון המונוגמי אוסר לא רק על נישואין לשתי נשים בו־זמנית (ביגמיה) אלא גם על נישואין עוקבים (לאחר גירושין).

15 הברית החדשה, מרקוס י' 11-12; מתי יט' 9; וכן שם, מתי ה', לעיל ה"ש 11; שם, לוקאס, לעיל ה"ש 11.

16 כך, על כל פנים, לפי הברית החדשה, מרקוס י' 6-9, וכך גם עולה מדבריו של פאולוס בשם ישו (הברית החדשה, איגרת פאולוס הראשונה אל הקורינתיים ז' 11). עם זאת, בברית החדשה, לוקאס טז' 18, הדגש הוא על התנגדות לנישואין שניים בלבד. בברית החדשה, מתי יט' 4-9, ניסוח הדברים מעורב – מצד אחד הדיון שם עוסק בעילת הגירושין בלבד, אך מצד אחר, דבריו של ישו, כמו במרקוס, שוללים גירושין מכל וכול. על כך ראו: Jackson, לעיל ה"ש 9. הבעיה המרכזית שכל השיטות היו צריכות להתמודד אתה היא שהתורה הכירה בגירושין (דברים כד' 1-4). כת קומראן הכירה בעקבות זאת בגירושין מוגבלים שמאפשרים הפרדה אך אינם מאפשרים נישואין שניים (אף זאת במתח עם הפרשה בדברים), ואילו ישו

אפשר שדבריו של ישו מבטאים גם תפיסה רעיונית דומה. ישו חותם את דבריו בקביעה "את אשר חָבַר אלהים לא יפרידנו אדם". באיזה מובן החיבור בין איש ואישה הוא מעשה האל? מפרשים אחדים הסבירו שהחיבור מיוחס לאלוהים מפני שהוא זה שקבע את העיקרון שיחסי האישות יוצרים קשר בל יינתק. מכיוון שהעיקרון הזה נקבע על ידי האל, אסור לאדם להפר אותו ולהפריד בין איש ואישה.¹⁷ ברם, מפרשים אחרים הטעומו שהחיבור הזה מציין לא רק את העיקרון המופשט, אלא גם את המעורבות הקונקרטי של האל בחיבור בין שני בני הזוג. כשם שהאל ייעד את חווה לאדם, כך הוא מחבר בין כל איש ואישה שנישאים זה לזה.¹⁸ כל קשר נישואין הוא תוצאה של ייעוד או גזירה אלוהית. לפי פירוש זה, דבריו של ישו מבטאים גם את הרעיון של התאמה מטפיזית בין האיש והאישה.

ג. תפיסת הנישואין של חכמים

השאלה שעומדת על הפרק היא אפוא האם חכמים החזיקו בתפיסה ריאליזם, הדומה לזו שבה החזיקו אנשי כת קומראן וחסידיו ישו. לכאורה התשובה (השליילית) על כך מתבקשת מאליה. הלא הפרושים ולאחר מכן החכמים החזיקו בתפיסת נישואין שונה לחלוטין. מגילת ברית דמשק מתפלמסת עם הפרושים שנוהגים "לקחת שתי נשים בחייהם".¹⁹ מכאן אתה למד שהפרושים לא קיבלו את העיקרון המונוגמי. הברית החדשה מספרת על פולמוס בין הפרושים לישו בעניין הגירושין: לדעת הפרושים "משה התיר לכתוב ספר כריתות ולשלח",²⁰ ואילו לדעת ישו הדבר אסור.²¹ מכאן אתה למד שגם בעניין חוסר האפשרות לנתק את קשר הנישואין לא הסכימו הפרושים עם ישו.

- הסביר את ההיתר של התורה כהתחשבות בחולשותיהם של בני אדם: "מפני קשי לבככם כתב לכם את המצוה הזאת" (הברית החדשה, מרקוס י 5, והשווה שם, מתי יט).
- 17 כך למשל Gloud, לעיל ה"ש 13. המפרשים נחלקו בשאלה מיהו אותו אדם שאינו רשאי להפר את מעשה האל. לדעת אחדים הכוונה היא למשה שאינו רשאי לצוות בניגוד לחוק האל, ואילו לדעת אחרים הכוונה היא לכל אדם שאינו רשאי לגרש את אשתו.
- 18 ראו למשל: JOEL MARCUS, MARK 8-16 THE ANCHOR BIBLE 705, 710-711 (2009). יש לציין ששני הפירושים אינם מוציאים זה את זה, וכי יש המחזיקים בשניהם כאחד.
- 19 "ברית דמשק", לעיל ה"ש 7.
- 20 הברית החדשה, מרקוס י 4.
- 21 רבים סבורים שעמדת הפרושים המיוצגת באוונגליונים הולמת את שיטת בית הלל ומנוגדת לשיטת בית שמאי אשר אוסרים את הגירושין או מגבילים אותם באופן דומה לדברי ישו. ראו למשל Gloud, לעיל ה"ש 13; Jackson, לעיל ה"ש 9; וכן ישי רוזן צבי "אפילו מצא אחרת נווה ממנה": מבט נוסף על עילות הגירושין בספרות התנאית" JJIS 3, 1 (2004). ואולם זיהוי זה אינו הכרחי. כפי שמורה רוזן-צבי: "אין רמז לכך שהמניע של בית שמאי בצמצום העילות נובע מתפיסת הנישואין כבלתי ניתנים להתרה" (שם, בעמ' 2). אם כך,

מה שמשמע לגבי הפרושים רק מכלי שני, מפורש אצל החכמים. חכמים לא אסרו בשום מקום על ריבוי נשים;²² הם לא אסרו על גירושין ולא הגבילו את כוחם.²³ כמו כן, הם לא ראו ביחסי האישות את הגורם שיוצר קשר מחייב בין האיש והאישה. לפי ההלכה התנאית, אירוסין או קידושין נוצרים באמצעות מעשה משפטי-סמלי, באחת משלוש דרכים: כסף, שטר או ביאה. הביאה היא רק אחת משלוש הדרכים הללו, ואף היא אינה מציינת את המעשה בלבד אלא גם את הכוונה שמתלווה לו.²⁴ והנה, למרות כל זאת, מראה שרמר שלצד היסודות הלא-ריאליים הללו אפשר להבחין בספרות חז"ל ביסודות ריאליים או אונטולוגיים. כך למשל מדרשי אגדה אחדים מביעים את הרעיון שהבעל ממשיך לשאת באחריות כלפי גרושתו בנימוק של "ומבשרך לא תתעלם" (ישעיהו נח 7).²⁵ כלומר, גם לאחר גירושה נחשבת האישה לבשר מבשרו של האיש, ולכן הוא אחראי כלפיה. בכמה מקומות מבטאים חכמים תפיסה של גזירה קדומה והתאמה מטפיזית בין האיש והאישה, כגון "מה' אישה לאיש",²⁶ או "ארבעים יום קודם יצירת הולד, בת קול יוצאת ואומרת: בת פלוני לפלוני", ועוד.²⁷ ואולם, כל זאת במישור האגדה. במישור ההלכה חכמים החזיקו בתפיסה משפטית לא-ריאליסטית מובהקת. כאן באים לידי ביטוי

חייב אתה לומר שהאיסור, לשיטת בית שמאי, הוא על האיש הרוצה לגרש את אשתו בעל כורחה, אך גירושין לבקשת האישה או בהסכמתה מותרים. לשון אחר, עניינם של בית שמאי הוא עילת הגירושין בלבד – מתי רשאי הבעל לגרש את אשתו בעל כורחה – ולא איסור כללי על גירושין. בית שמאי שותפים לדעת בית הלל שבאופן עקרוני גירושין בהסכמה מותרים. תדע שהוא כן, שהרי ישו אוסר הן על האיש לגרש את אשתו והן על האישה לפרוש מבעלה (הברית החדשה, מרקוס י 11-12; שם, איגרת פאולוס הראשונה אל הקורנתים ז 10-11), ואילו בית שמאי אוסרים רק על הבעל לגרש את אשתו אם לא מצא בה דבר ערווה.

- 22 שרמר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 186-195.
- 23 הדברים פשוטים ולשון הגט מוכיחה: "גופו של גט הרי את מותרת לכל אדם. רבי יהודה אומר: ודין דיהוי ליכי מינאי ספר תירוכין ואגרת שבוקין וגט פטורין למהך להתנסבא לכל גבר דתצביין" (משנה, גיטין ט, ג).
- 24 משנה, קידושין א, א; וכן תוספתא, קידושין א, ג (מהדורת צוקרמאנדל 334): "כל ביאה שהיא לשם קדושין הרי זו מקודשת ושאינה לשום קדושין אינה מקודשת".
- 25 ויקרא רבה, פרשה לך, פסוק יד (מהדורת מרגליות תתב-תתט). שרמר "נישואין ואונטולוגיה", לעיל ה"ש 6, בסעיף 1. אפשר כמובן לטעון שיש לקרוא את הדברים כדרישה מוסרית וכמליצה בעלמא. אך על רקע המסורת הכיתתית ולאור הביטויים האחרים של תפיסה זו באגדה, הקריאה המוצעת כאן היא יותר מאפשרית.
- 26 בבלי, מועד קטן, יח ע"ב; רעיון דומה מובע בויקרא רבה, פרשה כט, פסוק ח (מהדורת מרגליות תרעח). שרמר "נישואין ואונטולוגיה", לעיל ה"ש 6, בסעיף 1.
- 27 בבלי, סוטה ב ע"א; שם, סנהדרין כב ע"א. שרמר מבחין בין מקורות המדברים על גזירה קדומה ("קודם יצירת הולד") לכאלה שמדברים בגזירה שאינה דווקא קדומה (שרמר "נישואין ואונטולוגיה", לעיל ה"ש 6, בסעיף 1). על כך ראו גם שרמר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 42-47.

כל היסודות שנזכרו למעלה: הם מתירים ריבוי נשים, הם מכירים בגירושין ללא כל הסתייגות והגבלה והם אינם רואים ביחסי האישות את הגורם שיוצר נישואין. מסקנתו של שרמר היא אפוא שלמרות שבמישור האגדה ביטאו חכמים רעיונות שאפשר לאפיינם כריאליים, במישור ההלכה הם נקטו עמדה לא־ריאלית מובהקת.

דברים אלה יפים לדיני נישואין וגירושין של יהודים. אולם נראה שלעניין דיני נישואין וגירושין של גויים אפשר להצביע על יסודות של תפיסה ריאלית גם במישור ההלכתי. אהרן שמש, שעסק בדיני הנישואין הכיתתיים, הצביע על כך ששני יסודות מרכזיים בהלכה הכיתתית מופיעים גם בדיונים התלמודיים בעניין נישואי בני נח: הקביעה כי יחסי המין יוצרים את קשר הנישואין והעמדה שלפיה אין אפשרות לנתק את קשר הנישואין.²⁸ מכאן מתבקשת לכאורה המסקנה שבתחום זה אימצו החכמים תפיסה ריאלית. ברם, כפי שנראה להלן, שתי הנקודות הללו היו שנויות במחלוקת בין החכמים. בשורות הבאות אנתח ביתר פירוט את סוגיית הירושלמי שדנה בנושא, ואראה שהמחלוקת בסוגיה משקפת מחלוקת בין תפיסה ריאלית לתפיסה לא־ריאלית של הנישואין. בסיכום הדיון אבחן את האפשרות ליישב את תפיסת הנישואין של חכמים בעניינם של בני נח עם תפיסתם המרכזית בעניין נישואין של יהודים.

ד. נישואי בני נח

עניינם של חכמים בנישואין וגירושין בין גויים קשור למסגרת של דיני בני נח. אחת משבע מצוות בני נח היא גילוי עריות, אשר כוללת בין השאר את האיסור על אדם לשכב עם אשת חברו, וכן איסורים נוספים הנובעים מקשר הנישואין.²⁹ לשם כך יש צורך להגדיר מתי נחשבת אישה לאשת איש או כיצד נערכים נישואין בין גויים וכיצד הם מסתיימים. בשאלה זו דנה סוגיית הירושלמי במסכת קידושין, א, א. הדין התלמודי בא בשינויים אחדים גם במדרש בראשית רבה פרשה יח. בתלמוד הבבלי אין דיון שיטתי בעניין זה, ולפיכך המקורות שיעמדו במרכז עיוננו הם הירושלמי ובראשית רבה. לדעתו של חנוך אלבק, הדין המקורי הוא בירושלמי, והמקבילה בבראשית רבה היא משנית.³⁰ עם זאת,

28 שמש "דימויי זיווגים אסורים", לעיל ה"ש 5 בעמ' 199–200.

29 תוספתא, עבודה זרה ח, ד (מהדורת צוקרמאנדל 473); ספרא, אחרי מות, פרשה ט, פרק י"ג (מהדורת וייס פה ע"ב-פו ע"ב); ירושלמי, קידושין א, א (נח, ע"ג, 1138 מהדורת האקדמיה ללשון העברית); בבלי, סנהדרין נו ע"א-נח ע"א. בספרא נלמד האיסור על עריות מפרשת עריות שבויקרא: "מה תלמוד לומר "איש איש" ויקרא יח 6? להביא את הגוים שיהיו מוזהרים על העריות כישראל". בירושלמי נלמד הדבר מבראשית: "ר' לעזר בשם ר' חנינה: "מנין שבני נח מוזהרין על עריות כיש'ראל? ת"ל "ודבק באשתו" [בראשית ב 24]- ולא באשת חברו; "ודבק באשתו" ולא בזכור ולא בבהמה". הבבלי מזכיר את שני המקורות ודן בצורך בשניהם.

30 חנוך אלבק "מבוא לבראשית רבה" בראשית רבה כרך שלישי 70 (התשכ"ה).

השוואה בין המקורות מראה שהירושלמי שלפנינו לא שימש מקור בלעדי לבראשית רבה, או לחילופין שעורך המדרש גילה עצמאות ומקוריות בסידור הדברים. בדברים שלהלן אראה שבעריכתו של כל אחד משני המקורות הללו משתקפת מגמה שונה. הבסיס לעיוננו יהיה התלמוד הירושלמי, ובכל אחת מן הפסקאות נשווה אותו לבראשית רבה.³¹

ירושלמי:³²

הרי למדנו שהאשה נקנית בשלשה דרכים או בכסף או בשטר או בכיאה. עד כדון ביש'וראל, בגויים? ר' אבהו בשם ר' אלעזר: כת' "הנך מת על האשה אשר לקחת והיא בעולת בעל" [בראשית כ 3], על הבעולות הן חייבין ואינן חייבין על הארוסות. מילתיה דר' אלעזר אמרה והוא שנתכוון לקנותה. מילתיה דשמואל אמרה אפילו לא נתכוון לקנותה. דמר ר' יונה בשם שמואל: זונה עומדת בן[ק]לון,³³ באו עליה שנים הראשון אינו נהרג והשיני נהרג על ידיו. וכי נתכוון הראשון לקנותה?!

בראשית רבה:³⁴

וודבק באשתו וגו' ר' אבהו בשם ר' יוחנן בני נח על הנשואות חייבין, על הארוסות פטורין. ר' יונה בשם שמואל זונה שהיא עומדת בשוק ובאו עליה שנים הראשון פטור והשיני חייב משום והיא בעולת בעל (בראשית כ ג), וניתכון הראשון לקנותה בבעילה?! הדא אמרה בעילה בבני נח קונה שלא כד[ע]ת.³⁵

העיקרון היסודי שקובע רבי אבהו בשם רבי אלעזר או בשם רבי יוחנן הוא שקשר מחייב בין איש ואישה לא-יהודים נוצר על ידי יחסי אישות בלבד. זאת בניגוד לישראל, שאצלם נוצר קשר מחייב של אירוסין באמצעות אחת משלוש דרכים: כסף, שטר או ביאה. בשל כך אין הדין מכיר במעמד של אירוסין לגבי גויים אלא במעמד של נישואין בלבד. העיקרון הזה מנוסח בכל אחד מן המקורות באופן מעט שונה. בירושלמי נאמר: "על הבעולות הן חייבין ואינן חייבין על הארוסות". ואילו בבראשית רבה נאמר: "על הנשואות חייבין על הארוסות פטורין". על אף הניסוח בבראשית רבה, ברור שהבחנה

31 להצעת נוסח הסוגיה והשוואה של הירושלמי ובראשית רבה ראו מנחם כ"ץ תלמוד ירושלמי, מסכת קידושין פרק ראשון: נוסח, פירוש ותופעות עריכה 69-79 (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בריאלין, המחלקה לתלמוד, התשס"ד).

32 ירושלמי, קידושין א, א (נח, ע"ב, 1137 מהדורת האקדמיה ללשון העברית) (בתוספת סימני פיסוק ופתיחת ראשי תיבות).

33 כך צריך לומר. בכתב יד ליידין (שם) ובדפוס: בחלון (התיקון: בקלון הוצע על ידי יעקב רייפמאן "קונטרס רוח חדשה" בית תלמוד ד 15, 16-17 (התרמ"ה).

34 בראשית רבה, פרשה יח, פסוק כד (מהדורת תיאודור-אלבק 166-167).

35 התיקון בעקבות רייפמאן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 17.

העיקרית אינה בין סטטוס של נישואין לסטטוס של אירוסין, אלא בין המעשה הריאלי של בעילה למעשה הסמלי של קידושין. אילו ההבחנה הייתה רק בין נישואין לאירוסין כי אז ניתן היה להכיר בנישואין של גויים גם אם הם נעשים בדרך סמלית, כגון על ידי חופה, אך ברור שאין הדבר כן. הדין מכיר רק בנישואין, מפני שהוא מכיר רק בקשר שנוצר על ידי יחסי אישות. האפשרות של נישואי גויים בדרך סמלית כגון חופה נשללת בפירוש בכרייתא המובאת בתלמוד הבבלי: "דתני ר' חנינא: בעולת בעל – יש להן, כנסה לחופה ולא נבעלה – אין להן".³⁶

לפי הירושלמי, המקור לעיקרון זה הם דברי ה' לאבימלך "הנך מת על האשה אשר לקחת והיא בעולת בעל".³⁷ לפי זה, הנישואין בין אברהם לשרה משמשים אב-טיפוס לקשר הנישואין בין גויים. העניין ראוי לציון שהרי בדרך כלל נחשבים הגויים "בני נח" ואילו ישראל הם "בני אברהם יצחק ויעקב".³⁸ נראה שהדבר מבוסס על כך שאברהם הוא "אב המון גויים",³⁹ וגם על שרה נאמר "והיתה לגוים ומלכי עמים ממנה יהיו".⁴⁰ ואולם, בכראשית רבה הקביעה הזאת אינה נסמכת על הפסוק הנוגע לאברהם ושרה, אלא על הכתוב הנוגע לאדם וחווה: "ודבק באשתו והיו לבשר אחד".⁴¹ לפי המדרש, הפסוק נקרא כמשמעו, ומלמד שהחיבור הפיזי בין האישה והאישה יוצר את קשר הנישואין.⁴² כפי שראינו, פסוק זה הוא גם היסוד לתפיסתו של ישו את קשר הנישואין.⁴³ האם בדיני

36 בבלי, סנהדרין נו ע"ב.

37 בראשית כ 3.

38 בסוגיית הבבלי (בבלי, סנהדרין נו ע"א-ס ע"א) נלמדות שבע מצוות בני נח מהפסוקים הנוגעים לאדם הראשון או מהפסוקים הנוגעים לנח. יש להדגיש שאין זה מספיק לתלות את הדברים באבימלך ולומר שמכיוון שהדברים נאמרו לו הרי שעל הגויים נאסרו הבעולות בלבד. בסופו של דבר, הקובע הוא מעמדה של שרה, ומכיוון שהיא "בעולת בעל" היא נאסרה על אבימלך.

39 בראשית יז 4.

40 בראשית יז 16.

41 בראשית ב 24. הצמדה של הסוגיה לכתוב זה עשויה להיות מלאכתו של עורך המדרש שסידר את הסוגיה התלמודית כאן. לדעת אלבק, לעיל ה"ש 30, סידור הסוגיה בא בשל הדרשות על הפסוק "ודבק באשתו" הבאות בסופה. אך עובדה היא שבכראשית רבה לא נזכר הפסוק בעניין אבימלך כמקור לדין, אלא הפסוק "ודבק באשתו". לעיקר העניין, אין זה משנה אם כך היה במקור שלפני העורך או שעשה זאת מדעתו.

42 לפי שני המקורות (הירושלמי ובראשית רבה), פסוק זה משמש בהמשך הדברים כמקור לעצם החיוב של בני נח בעריות "ודבק באשתו – ולא באשת חברו. ודבק באשתו – ולא בזכור ולא בבמה" (ירושלמי, קידושין א, א (נח), ע"ג, 1138 מהדורת האקדמיה ללשון העברית)). ועוד שם: "ודבק באשתו והיו לבשר אחד – ממקום ששניהם עושים בשר אחד".

43 "על כן יעזב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו שניהם לבשר אחד ואם כן אפוא אינם עוד שנים כי אם בשר אחד; לכן את אשר חבר אלהים לא יפרידנו האדם" (הברית החדשה, מרקוס 7-9; שם, מתי יט 5).

הנישואין של בני נח מהדהדת תפיסה דומה לתפיסה הכיתתית המחזיקה בעיקרון של "בשר אחד"?

כדי לברר את הדבר נפתח בשאלה: האם הקביעה ההלכתית שלפיה יחסי האישות הם היסוד המכונן את קשר הנישואין, ולא טקס משפטי-סמלי (קידושין), מלמדת לכשעצמה על תפיסה ריאלית או אונטולוגית של קשר הנישואין? דומה שהתשובה על כך היא שלא בהכרח. קביעה זו יכולה להתפרש בפנים שונות; היא יכולה להיות ביטוי של תפיסה ריאלית, אך יכולה להיות גם ביטוי של קביעה נורמטיבית, ערכית או חברתית. בהקשר זה אפשר לראות בהעמדת הנישואין על היסוד של יחסי אישות פנייה אל היסוד העובדתי של הנישואין; אל המציאות החברתית ולא אל המשפט. נישואין הם מוסד חברתי שקדם למשפט. המשפט מסדיר את הנישואין באופן ובמידה שהם נדרשו בחברה נתונה.⁴⁴ הנישואין כמוסד חברתי מבוססים בעיקר על עובדות שבמרכזן השאלה האם בני הזוג חיים יחד כאיש ואישה. כל חברה מוסיפה על כך מעשים סמליים, הצהרות וטקסים שיצינו את הדבר, ובהתאם לכך עשוי להיקבע האופן שבו נוצרים הנישואין מבחינת המנהג או המשפט המקומי. אך הגרעין של הנישואין, המשותף לכל החברות והקהילות, הוא החיים המשותפים ובעיקר חיי האישות המשותפים.⁴⁵ על רקע זה אפשר לראות את הקביעה שיחסי אישות יוצרים את הנישואין של בני נח כפנייה אל היסוד העובדתי המשותף. מבחינה הלכתית יש לקביעה כזאת יתרונות ברורים. מצד אחד היא מאפשרת הכרה רחבה בנישואין, ומצד אחר היא פוטרת את ההלכה מלכחון את תוקפו

44 לא כל שיטות המשפט העתיקות הסדירו את המסגרת של נישואין וגירושין באופן ממצה או אחיד. כידוע, במקרא אין הסדרה מפורשת ושיטתית של דיני הנישואין והגירושין (הדין בדברים כד 1-4 משקף דרכים של יצירת נישואין וגירושין, אך הן נזכרות בדרך אגב ובעמימות, ולא ברור עד כמה הדרישות הללו מחייבות). גם המשפט היווני והרומי לא קבעו הסדרים ממצים ואחידים, והותירו דברים רבים לנוהג המקומי.

45 מעניין להשוות זאת להגדרה של המשפט הישראלי את מעמדם של בני זוג כידועים בציבור. גם כאן נעשה ניסיון להגדיר את היסודות העובדתיים של החיים המשותפים שמכוננים את הזוגיות כמוסד חברתי. כידוע, היסודות העיקריים הם חיים משותפים הכוללים חיי אישות וניהול משק בית משותף. שני הברלים חשובים ראויים לציון בהקשר זה. ראשית, במשפט הישראלי מעמדם של הידועים בציבור נקבע בדיעבד ולכן אפשר להציע מגוון רחב יותר של מבחנים, ואילו בתלמוד יש ניסיון לקבוע זאת מראש על ידי ציון רגע אחד או מעשה אחד שיוצר את הנישואין. שנית, המציאות המודרנית (מן השליש האחרון של המאה העשרים) מאופיינת בחופש מיני ובלגיטימיות של חיים משותפים שלא במסגרת נישואין. מציאות זו משנה באופן משמעותי את מקומם של חיי האישות כסימן לזוגיות (בנוסף לכך, היא מסבכת מאוד את ההגדרה המשפטית של ידועים בציבור. על כך ראו: שחר ליפשיץ 'נישואים בעל-כורח? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור' עיוני משפט כה (3) 741 (התשס"ב)).

של כל טקס מקומי. לפי הסבר זה אין צורך להניח שיחסי האישות יוצרים קשר ריאלי כלשהו בין האיש והאישה. זוהי קביעה נורמטיבית, שנובעת מטעמים ערכיים וחברתיים. כיצד נוכל לדעת האם הקביעה שיחסי האישות הם הגורם המכונן את הנישואין מבטאת תפיסה ריאליית או תפיסה נורמטיבית לא־ריאליית? לעתים ניתן ללמוד על כך מן השפה שבה נאמרים הדברים. אך מכיוון שפעמים רבות השפה אינה מכרעת, ראוי לחפש קריטריון ברור יותר להכרעה בשאלה זו.⁴⁶ לשם כך אפשר לחשוב על התוצאות המתבקשות מכל אחת מהתפיסות. אם מדובר בקביעה נורמטיבית, כי אז יש להניח שיחסי האישות שייצרו נישואין הם כאלה שנועדו לשם נישואין, ואילו יחסי אישות שלא נועדו לשם כך לא ייצרו נישואין. לשון אחר, בנוסף ליחסי המין תידרש גם כוונה של הצדדים להינשא. מנקודת מבט נורמטיבית לא סביר לקבוע שיחסי מין שלא נועדו לשם נישואין, כגון יחסי מין שנועדו לשם זנות, ייצרו נישואין. מבחינה זו נישואין אינם שונים מעסקאות אחרות. לדוגמה, העברת זכות קניין אינה תוצאה של העברה פיזית של הנכס בלבד. נכס יכול לעבור מיד ליד בנסיבות שאינן מעידות על העברת זכויות. כדי להעביר זכות קניין נדרשת כוונה של הצדדים להעביר את הזכות ולקבלה. כך גם לגבי נישואין. גם אם מבססים אותם על היסוד העובדתי של יחסי האישות סביר לדרוש שיחסי האישות ילוו בכוונה או ברצון של הצדדים ליצור באמצעותם נישואין.⁴⁷

46 ראו את דיונו של יאיר לורברבוים על שפה ריאליית (לורברבוים "ריאליזם הלכתי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 93-98).

47 לכאורה ניתן לטעון כי נישואין שונים מעסקאות אחרות וכי יש בעניינם טעמים מיוחדים שמצדיקים לקבוע את חלותם של נישואין בעקבות יחסי אישות גם בלא כוונה. הטענות המרכזי לטובת עמדה כזאת הוא כי מנקודת מבט שאוסרת על קיום יחסי מין מחוץ למסגרת הנישואין, מוצדק לקבוע שכל יחסי מין, גם ללא כוונה, ייצרו נישואין. קביעה כזו תטיל אחריות על מי שמקיים יחסים כאלה ותגן במיוחד על נשים, שעלולות להיפגע מיחסים שמחוץ לנישואין יותר מאשר גברים. ברם, כוחו של טעון זה מוגבל. הקביעה שיחסי אישות יוצרים נישואין באופן אוטומטי לא רק מגנה על האישה, אלא גם כופה עליה נישואין בעל כורחה. אם רוצים להטיל אחריות, ובפרט להגן על האישה, יש להעניק לה זכות לתבוע נישואין, אך לא להטיל עליה חובה ולקבוע שהנישואין חלים בכל מקרה. ואכן, עובדה היא ששיטה כזאת אינה נפוצה בין השיטות העתיקות. חוקי התורה, המבקשים להגן על אישה שנבעלה מחוץ לנישואין, מטילים חובה על המפתה לשאתה לאישה (שמות כב 15-16 וכן על האונס (דברים כב 28-29)), אך הם אינם מטילים חובה כזו על האישה ואינם קובעים שהנישואין נוצרים באופן אוטומטי. כך הם מאפשרים לאישה או למשפחתה לסרב לנישואין אלה. גם שיטות משפט אחרות דורשות כוונה בנישואין (על מקומה של כוונה במשפט הרומי ראו: SUSAN TREGGIARI, ROMAN MARRIAGE-IUSTI CONIUGES FROM THE TIME OF CICERO TO THE TIME OF ULPIAN 54-57 (1999)). עיקרו של דבר, מנקודת מבט נורמטיבית קשה להצדיק נישואין ללא כוונה של בני הזוג, בפרט במקרים כמו פיתוי, אונס וזנות.

לעומת זאת, מנקודת מבט ריאלית אפשר לטעון שיחסי אישות יוצרים נישואין גם ללא כוונת בני הזוג. כשם שתהליכים טבעיים מתרחשים באופן אוניקטיבי ללא כוונה, כך קשר הנישואין נוצר ללא כוונה. לפי שיטה זו קובעות העובדות, ולא הכוונות. אכן שיטות ריאליות מתאפיינות בדרך כלל בהתחשבות במעשה, ולא בכוונה. לכיוון מחשבה זה אפשר למצוא ביטוי במקרא ובהלכה הכיתתית מימי הבית השני.⁴⁸ הוא בא לידי ביטוי גם במחלוקת בין ריאליזם ונומינליזם בתיאולוגיה הנוצרית בימי הביניים המאוחרים. הוגים ריאליסטים טענו שהמעשה קובע, ואילו הוגים נומינליסטים טענו שהכוונה קובעת.⁴⁹ אפיון זה בא לידי ביטוי גם בענייננו. הקביעה של ההלכה הכיתתית שלפיה יחסי אישות יוצרים נישואין גם אם בני הזוג לא התכוונו לכך משקפת עמדה דומה. אם כך, כדי לבחון האם חכמים החזיקו בתפיסה ריאלית בנוגע לנישואי בני נח נוכל להשתמש במבחן הכוונה – אם נדרשת כוונה לנישואין כי אז יש מקום לסברה שמדובר בתפיסה נורמטיבית לא-ריאלית, ואם לא נדרשת כוונה כי אז אפשר להניח שמדובר בתפיסה ריאלית.⁵⁰

והנה, בשאלה זו בדיוק נחלקו חכמים בירושלמי. לפי רבי אלעזר, לצד המעשה נדרשת גם כוונה לשם אישות. יחסים שאינם לשם אישות אינם יוצרים קידושין. לעומת זאת, לפי שמואל לא נדרשת כוונה. יחסי האישות עצמם, ללא תלות בכוונת בני הזוג, יוצרים נישואין. לפי הניתוח שהצעת, דברי רבי אלעזר הולמים תפיסה נורמטיבית לא-ריאלית. לשיטתו, אפשר להניח שהקביעה העקרונית אשר לפיה יחסי האישות הם שיוצרים נישואין מבוססת על שיקול ערכי וחברתי מהסוג שהצעתי למעלה. לעומת זאת, דברי שמואל מתאימים לתפיסה ריאלית שלפיה הקביעה הזאת נובעת מהאופן שבו נתפסת המציאות, ואינה מבוססת על טעם ערכי או חברתי. זיהוי זה מתאשש במיוחד

48 ראו למשל: יוחנן מופס "בין דין לרחמים: תפילתם של נביאים" אהבה ושמחה: חוק, לשון ודת במקרא ובספרות חז"ל 9, 15-16 (1992); אריה אדרעי "ונפש כי תחטא בשגגה" – אחריות בלא אשמה?: על אחריותו של החוטא בשגגה במקרא ובספרות חז"ל" שנתון המשפט העברי כד 1 (התשס"ז).

49 James J. Walsh, *Nominalism and the Ethics: Some Remarks about Buridan's Commentary*, 4 JOURNAL OF THE HISTORY OF PHILOSOPHY 1 (1966); Hayes, *Legal Realism*, לעיל ה"ש 3.

50 אינני טוען שכל תפיסה ריאלית מחויבת למעשה ולא לכוונה. ניתן להצביע על שיטות ריאליות שמייחסות לכוונה קיום ריאלי או השפעה על המציאות. ראו בעניין זה את דיונו של לורברבוים "ריאליזם הלכתי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 106-116 (אחת הדוגמאות הבולטות שהוא מציין היא תפיסת הכוונה במחשבה הקבלית). לצורך הטיעון שלי די לומר שיש תפיסות ריאליות שמתאפיינות בקו מחשבה זה, בניגוד לתפיסות לא-ריאליות שידחו אותו. מכיוון שביסוס הנישואין על מעשה ולא על כוונה אינו סביר מנקודת מבט נורמטיבית לא-ריאלית, אבל אפשרי ואף סביר מנקודת מבט ריאלית, ניתן להניח ששיטה המבססת נישואין על מעשה בלבד משקפת עמדה ריאלית ביחס לנישואין.

לאור ההקשר שבו ביטא שמואל את עמדתו: מקרה של זונה שבאו עליה שני גברים בזה אחר זה. הוא קבע שבמקרה כזה הדין הוא "הראשון אינו נהרג והשני נהרג על ידי".⁵¹ קביעתו של שמואל מבוססת על כך שהיחסים בין הגבר הראשון לזונה יצרו קשר נישואין, והשני שבא עליה שכב עם אשת איש ועל כן עליו להיענש.⁵² ברור שהיחסים בין הגבר הראשון לאישה לא היו מתוך כוונה לנישואין, ומכאן מתבקשת המסקנה שלפי שמואל בעילה בבני-נח קונה אף בלא כוונה. כפי שהערתי למעלה, מנקודת מבט נורמטיבית קשה להצדיק את הקביעה שיחסי זנות ייצרו נישואין. לעומת זאת, אם רואים את יחסי האישות כגורם שיוצר קשר ריאלי באופן כעין-טבעי בין בני הזוג, אין להוציא מן הכלל גם מקרה של זנות.

לדבריו של שמואל יש מקבילה מאלפת בדבריו של פאולוס. באחת מאיגרותיו מטיף פאולוס כנגד הזנות: "הלא ידעתם כי הדבק בזונה גוף אחד הוא עמה, שהרי הכתוב אומר והיו שניהם לבשר אחד".⁵³ לשיטתו, האיחוד של האיש והאישה, גם אם הוא נעשה בדרך זנות ללא כוונה של בני הזוג להינשא, מביא לאיחוד של "בשר אחד". הכתוב שעליו מסתמך פאולוס, "והיו שניהם לבשר אחד", הוא אותו פסוק שעליו הסתמך ישו כשאסר את הגירושין. פאולוס למד עיקרון זה מישו, והורה בשמו שאיש לא יגרש את אשתו ושאישה לא תפרוש מבעלה.⁵⁴ צריך לומר שכאן פאולוס אינו מדבר על נישואין, אלא על כך שהשוכב עם הזונה מטמא את גופו הטהור, אבל העניין אחד. בשני המקרים פועל העיקרון של "בשר אחד", לפיו החיבור הפיזי בין האיש והאישה יוצר ביניהם חיבור מטפיזי. החיבור הזה מתרחש באופן טבעי ואינו תלוי בכוונתם של האיש והאישה.

הירושלמי מציג אפוא מחלוקת עקרונית בשאלה האם נישואין בבני נח צריכים כוונה. כפי שראינו, מחלוקת זו משקפת שתי תפיסות שונות של קשר הנישואין, תפיסה ריאליה לעומת תפיסה נורמטיבית לא-ריאלית. מעניין לציין שבבראשית רבה באה רק שיטת שמואל, ואילו שיטתו של רבי אלעזר אינה נזכרת. בראשית רבה מציג רק את הדעה שלפיה יחסי המין יוצרים נישואין גם בלא כוונה. אם נצטרף לכך את העובדה שבראשית רבה ביסס את הקביעה הזאת על הפסוק "ודבק באשתו והיו לבשר אחד" (בראשית ב 24), נוכל לראות בפסקה שבבראשית רבה ביטוי שיטתי של העיקרון של "בשר אחד" הן במוכנו הרעיוני והן בתוצאה ההלכתית-מעשית שלו. הירושלמי לעומת זאת מציג תמונה מורכבת יותר. הכלל שנישואי בני נח נוצרים בעקבות יחסי אישות

51 ירושלמי, לעיל ה"ש 32.

52 שתי הנחות מובלעות בדיון התלמוד. ההנחה הראשונה היא שמדובר ביחסים בין גויים. ההנחה השנייה היא שהראשון במעשה הוא הראשון שקיים יחסי מין עם אותה אישה מעולם. אם מישוהו אחר קיים איתה יחסי מין קודם לכן הרי הוא זה שקנה אותה לאישה, ודינו של הראשון הוא כמו של השני והשלישי.

53 הברית החדשה, איגרת פאולוס הראשונה אל הקורינתיים ו 16.

54 שם, ז 10-11.

אינו מבוסס על העיקרון של "בשר אחד", וניתן לפרשו בשתי דרכים שונות, הן מבחינה רעיונית והן מבחינה הלכתית.

ה. גירושין

נעבור עתה לדיון של הירושלמי בסוגית הגירושין.⁵⁵

הרי למדנו גוים אין להן קידושין, מהו שיהא להם גירושין? ר' יודה בן פזי ור' חנין בשם ר' חזנה רובה דציפורין: או שאין להן גירושין או ששניהן מגרשין זה את זה. ר' יוחנן אמר ריפורין.⁵⁶ ר' אחא ר' חננא בשם ר' שמואל בר נחמן: "כי שנא שלח", "אמרן יי אלהי יש" [מלאכי ב 16],⁵⁷ ביש'וראלן נתתי גירושין, לא נתתי גירושין באומות העולם. ר' חנניה בשם ר' פינחס: כל הפרשה כת'יב [יי' צבאות] וכאן כת'יב [אלהי יש'וראלן], ללמדך שלא ייחד הקב"ה שמו בגירושין אלא ביש'וראלן בלבד. מילתיה דר' חייה רבה אמרה גוים אין להן גירושין. דתני ר' חייה כן: גוי שגירש את אשתו והלכה ונישאת לאחר, וגירשה ואחר כך נתגיירו שניהן, איני⁵⁸ קורא עליה "לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה" [דברים כד 4]. ותני כן מעשה בא לפני ר' והכשיר.

ובבראשית רבה:⁵⁹

ומנין שאין להם גירושין? ר' יהודה בר' סימון ר' חנן בשם ר' יוחנן: או שאין להם גירושין או ששניהם מגרשין זה את זה. אמר ר' יוחנן: אשתו מגרשתו ונותנת לו דיפורין. תני ר' חייה גוי שגירש את אשתו והלכה ונישאת לאחר והלכו שניהם וניתגיירו איני קורא עליו לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה וגו' (דברים כד ד), ר' אחא בשם ר' חננא בר פפא בכל ספר מלאכי כת' יי' צבאות וכן כת' אלהי ישראל שנ' כי שנא שלח אמר [יי] אלהי ישראל (מלאכי ב טז), אלא כביכול לא יחול שמו על הגירושין אלא לישראל בלבד.

55 ירושלמי, קידושין א, א (נח, ע"ג, 1138 מהדורת האקדמיה ללשון העברית).

56 בכתב יד לידן (שם) נכתב על ידי הסופר: ר' יוחנן אמר דיפורין. לאחר מכן תוקן בידי המגיה: ר' יוחנן דציפורין. התיקון בפנים הוא בעקבות דניאל שפרבר: DANIEL SPERBER, A DICTIONARY OF GREEK AND LATIN LEGAL TERMS IN RABBINIC LITERATURE 88-89 (1984) (וכן מנחם כ"ץ, לעיל ה"ש 31, בעמ' 70). וראה את הדיון בקטע זה להלן.

57 בכתב יד לידן (ירושלמי, לעיל ה"ש 55): "את יי' ויש לתקן כאמור בפנים.

58 בכתב יד לידן (שם): אני; בדפוס: "אין אני".

59 בראשית רבה, לעיל ה"ש 34.

הדיון של הירושלמי נפתח בקביעה שלגויים אין קידושין, ומכאן השאלה "מהו שיהא להם גירושין?". השאלה מבוססת על כך שהגירושין, כמו הקידושין, הם מעשה סמלי ואינם מעשה ריאלי. אם קידושין אינם תופסים כל עוד לא נעשה מעשה ריאלי של ביאה, יש לתהות האם גירושין כמעשה סמלי יכולים לנתק את הקשר בין בני הזוג. כבראשית רבה מנוסחת השאלה: "ומנין שאין להם גירושין?". ניסוח זה של השאלה תמוה, שכן מיד לאחר מכן מועלות שתי חלופות: "או שאין להן גירושין או ששניהן מגרשין זה את זה". מכאן שניסוח השאלה כבראשית רבה משקף העדפה של החלופה הראשונה שמוצגת בעיני עורך הסוגיה כבר בשלב זה כמסקנת הדיון.

עתה לחלופות גופן. על אף שניתן להבין את שתי האפשרויות כלשונן, נחלקו המפרשים בפירושו. נעיין אפוא תחילה בפירושים העיקריים שהוצעו לדבר. אחד הפירושים הקדומים מובלע בפסיקתו של הרמב"ם:

ומאימתי תהיה אשת חברו כגרושה שלנו? משיוציאה מביתו וישלחנה לעצמה או משתצא היא מתחת רשותו ותלך לה, שאין להם גירושין בכתב. ואין הדבר תלוי בו לבד, אלא כל זמן שירצה הוא או היא לפרוש זה מזה פורשין.⁶⁰

הרמב"ם מציין שני מאפיינים של הליך התרת הנישואין בדיני בני נח. ראשית, אין להם גירושין בכתב, ושנית, אין הדבר תלוי באיש בלבד אלא כל אחד מבני הזוג רשאי לפרוש מזולתו. שני הדברים האלה הם למעשה שתי האפשרויות שנזכרו בירושלמי. את הביטוי "אין להם גירושין" פירש הרמב"ם "אין להם גירושין 'בכתב'; ואת הביטוי "שניהם מגרשין זה את זה" פירש כרשות הנתונה לכל אחד לפרוש מזולתו ובכך להתיר את הנישואין. מכאן שהרמב"ם לא ראה בשני הצדדים שמעלה התלמוד שתי חלופות, אלא שני צדדים של אותו עניין.⁶¹ פירושו של הרמב"ם מעורר כמה קשיים. ראשית, לשון התלמוד הירושלמי "או...או" מצביעה על שתי אפשרויות חלופיות ולא על שני צדדים של אותו עניין. שנית, הפירוש "אין להם גירושין – בכתב" נראה כתוספת וכצמצום של המובן המקורי. שלישיית, הביטוי "שניהם מגרשין זה את זה" מצביע כמדומה על פעולה משפטית של גירושין ולא רק על פעולה מעשית של פרישה.⁶²

60 הלכות מלכים ט, ח. מאחר שאין לדין זה מקור בתלמוד הבבלי אפשר להניח שהרמב"ם הסתמך כאן על הירושלמי, וכבר העיר על כך רבי יהודה רוזאניס בפירושו משנה למלך, על אתר.

61 קשה לדעת אם זו תוצאה של פירוש או שמא היה לפנינו נוסח מעט שונה (כגון שהיה כתוב בו "ושניהן מגרשין זה את זה").

62 יש להדגיש שהקשיים הללו מתייחסים לדברי הרמב"ם כפירוש לירושלמי. במישור ההלכתי פסיקתו של הרמב"ם הולמת יפה את ההיגיון של דרך יצירת הנישואין. האישה נעשית אשת-איש ברגע שנבעלה ומפסיקה להיות במעמד זה ברגע שהבעל מוציאה מביתו או ברגע שהיא בעצמה פורשת ממנו. הרמב"ם דחה את האפשרות שאין להם גירושין כלל

הרב דוד פרנקל, בפירושו "קרבן העדה", אימץ את פירושו של הרמב"ם,⁶³ ופירושו סובל אפוא מאותם קשיים. הרב משה מרגליות, בפירושו "פני משה", פירש את דברי התלמוד כמשמעם: "או שאין להם גירושין – כלל" או "שניהם מגרשין זה את זה ואפילו היא מגרשת אותו".⁶⁴ לפי פירושו, החלופה האחת היא שנישואין בין גויים אינם ניתנים להתרה כלל, ואילו החלופה השנייה היא שהם ניתנים להתרה באמצעות גירושין, אלא שכל אחד מבני הזוג יכול לגרש את זולתו. פירוש זה הולם יפה את לשון התלמוד ונמנע משלושת הקשיים שנזכרו.

לפני שנתקדם נבחן את פרושו המקורי של בועז כהן.⁶⁵ כהן, שהיה מודע להקבלה של הדין התלמודי למשפט הרומי מזה ולמשפט הנוצרי מזה, הציע שהירושלמי מעלה כאן שתי חלופות שתלויות בנסיבות פוליטיות ומשפטיות שונות. "חוש הצדק וההגינות היהודי דרש שיש לתת משקל לדיני הגירושין שאליהם כפוף הנוכרי".⁶⁶ אם מדובר בנוצרים שאינם מכירים בתוקף הגירושין, כי אז הכלל הקובע הוא "שאיין להם גירושין". ואם מדובר בפאגנים שהכירו בתוקף הגירושין והכירו בכך שכל אחד מהצדדים יכול לגרש את זולתו, כי אז הכלל הקובע הוא "שמגרשין זה את זה". לפי פירושו, חכמים הכירו בתוקפו של הדין הנוהג בין הגויים לצורך דיני בני נח. ברם, פירוש סובלני זה של דעת חכמים אינו הולם את הירושלמי. ראשית, התלות של כל אחת מהחלופות במציאות משפטית-תרבותית שונה, וטיבה של מציאות זו (נוצרים לעומת פאגנים) אינם נזכרים ואף אינם נרמזים בתלמוד. שנית, מלשון התלמוד נראה שמדובר במחלוקת, היינו בשתי חלופות שיש להכריע ביניהן, ולא בשתי אפשרויות לגיטימיות שתלויות בנסיבות שונות.⁶⁷

- (בין מפני שלא הזדהה עם העיקרון הריאלי ובין מפני שהדבר אינו מעשי או אינו רצוי בעיניו), ודחה גם את האפשרות שמדובר בפעולה משפטית של מתן גט. הוא העמיד את הגירושין של בני נח, כמו גם את הנישואין שלהם, על עובדות בלבד.
- 63 קרבן העדה לירושלמי, קידושין, פרק א, הלכה א (דפוס וילנא ב ע"א). וזו לשונו: "או שאין להם גירושין – בכתב אלא באמירה בעלמא סגיא", וכן "או ששניהן מגרשין זה את זה – שאם ירצה הוא או היא לפרוש זה מזה פורשין".
- 64 פני משה לירושלמי, קידושין פרק א, הלכה א (דפוס וילנא ב ע"א).
- 65 Boaz Cohen, *Concerning Divorce in Jewish and Roman Law*, in *1 JEWISH AND ROMAN*
- 66 שם, בעמ' 381 (התרגום שלי – ח"ש).
- 67 הדיון של כהן (שם) מבוסס על ההנחה שקביעותיהם של חכמים מתארות את המצב המשפטי הנוהג. בעיניו הקביעה של התלמוד ש"גויים אין להם קידושין" צריכה להלום את עמדתו של המשפט הרומי בעניין אירוסין, והקביעה של התלמוד "אין להם גירושין" צריכה להלום את המשפט הרומי בעניין גירושין. ספק בעיניי אם אפשר לקבל הנחה זו כנקודת מוצא לדיון. הקביעה של חכמים היא נורמטיבית ולא תיאורית. היא קובעת מהו "דין האומות" מבחינה הלכתית, ולא מהו "דין האומות" הנוהג לשיטתם. יש כמובן מקום לבדוק האם הדין ההלכתי מתאים למשפט הנוהג בין האומות, ואם כן, לאיזה משפט בדיוק (בהקשר זה יש לזכור שמשפט האומות אינו אחיד. ייתכנו הבדלים בין המשפט היווני למשפט הרומי,

עלינו לשוב אפוא לפירושו הקולע של ה"פני משה": "או שאין להם גירושין – כלל" או ש"שניהם מגרשין זה את זה ואפילו היא מגרשת אותו".⁶⁸ נקודת המוצא של הסוגיה היא שלגויים אין גירושין כישראל. בעקבות זאת היא מעלה שתי חלופות: או שאין להם גירושין כלל, היינו שהנישואין אינם ניתנים להתרה, או שהם ניתנים להתרה באופן הדדי, היינו שהם רשאים לגרש זה את זה.⁶⁹ הדעות שיובאו בהמשך הסוגיה יתפצלו לפי שתי האפשרויות הנזכרות.

הדעה הראשונה הנזכרת בירושלמי היא בשמו של רבי יוחנן: "דיפורין".⁷⁰ הלשון קצרה ועמומה, וכנראה בשל כך השתבשה במסירה של כתב היד ולאחר מכן בדפוס. הדברים ברורים יותר במקבילה בבראשית רבה, שם מובא בשם רבי יוחנן: "אשתו מגרשתו ונותנת לו דיפורין".⁷¹ הדעה שהתקבלה על דעת רוב החוקרים היא שיש לתקן ולקרוא: "ריפורין", ובלטינית: *repudium*, שהוא שטר גירושין.⁷² לפי זה, לדעת רבי יוחנן גירושין של גויים יכולים להיעשות גם על ידי האישה אם תשלח לאיש שטר גירושין. באופן זה יש להבין גם את הלשון הקצרה בירושלמי. דברי רבי יוחנן הולמים אפוא את האפשרות השנייה ש"שניהן מגרשין זה את זה". לאחר מכן באה בירושלמי סדרה של ארבעה מקורות ההולמים את האפשרות הראשונה "שאין להם גירושין".⁷³

ארבעת המקורות הנזכרים מייצגים ביסודם שתי מסורות: דרשה על הפסוק במלאכי שבאה בשתי לשונות, והלכה בעניין גוי שהתגרש והתגיר שבאה בשתי מסורות. הדרשה שבאה תחילה נסבה על הפסוק "כי שגא שלח אמר ה' אלהי ישראל" (מלאכי ב 16).

בין המשפט שנהג בארץ ישראל לזה שנהג במצרים ובפרובינציות אחרות, וכמובן בין כל אלה למשפט הפרסי שנהג בבבל).

68 פני משה לירושלמי, לעיל ה"ש 64.

69 באופן תיאורטי אפשר היה להעלות אפשרות שלישית, שלפיה בני הזוג מתגרשים בהסכמה הדדית של שני הצדדים, ברם אפשרות זו אינה נתמכת במקורות התלמודיים שמוכחים להלן.

70 ירושלמי, לעיל ה"ש 55.

71 בראשית רבה, לעיל ה"ש 59.

72 ראו Cohen, לעיל ה"ש 65 וכן SPERBER, לעיל ה"ש 56. לפי הצעה אחרת, המונח רומז למונח היווני *diferne*, כתובה כפולה, ששולמה כקנס על כך שהאישה יזמה את הגירושין (ראו Cohen, שם; הצעה זו הובאה גם במהדורת תיאודור-אלבק, לעיל ה"ש 34, וכן אצל משה אריה מירקין מדרש רבה כרך א 132 (1986)). ברם, כפי שציינ בעוז כהן, אין במשפט הרומי בסיס לקנס מסוג זה.

73 ירושלמי, לעיל ה"ש 55. קשה להסביר מדוע קודם באה דעת רבי יוחנן ההולמת את הדעה השנייה ואחר כך המקורות ההולמים את הדעה הראשונה. ייתכן שהדבר נעשה משום שמדובר בדעה אחת מול ארבעה מקורות, ואולי גם כדי לתת להם מעמד חותם ומסכם (אבל אם כך, מדוע שתי האפשרויות לא הוצגו בתחילה בסדר הפוך?).

הביטוי "שלח" משמש מונח טכני-משפטי שמציין גירושין.⁷⁴ הדרשה מדייקת מסופו של הפסוק – "אמר ה' אלהי ישראל" – שגירושין הן מוסד המיוחד לישראל. לפי הלשון הראשון בשם רבי שמואל בר נחמני: "לא נתתי גירושין באומות העולם", ולפי הלשון השני בשם רבי פנחס: "שלא ייחד הקב"ה שמו בגירושין אלא בישראל בלבד".⁷⁵

הקביעה הבאה לאחר מכן בשם רבי חייה, "הגויים אין להן גירושין",⁷⁶ היא מסקנה העולה מדבריו בעניין גוי שהתגרש והתגייר, והיא עולה גם מדבריו של רבי שהורה כן הלכה למעשה. ההלכה של רבי חייה דנה בגוי שגירש את אשתו והלכה ונישאת לאחר וגירשה. לאחר מכן התגיירו הבעל הראשון והאישה ובקשו לחזור זה לזו (או שחזרו זה לזו והתגיירו יחדיו). לדעת רבי חייה, במקרה כזה לא חל על הבעל הראשון האיסור לשוב לקחת את אשתו. ההסבר לכך הוא שהגירושין שנערכו כביכול בין הבעל הראשון והאישה לא היו תקפים. אם כן, נישואיה לבעל השני בטלים, והיא ממישכה להיות אשתו של הראשון ואינה אסורה לו.⁷⁷ אם כן דבריו של רבי חייה מבוססים על ההנחה ש"הגויים אין להם גירושין". לאחר מכן באה מסורת משמו של רבי: "מעשה בא לפני רבי והכשיר".⁷⁸ כלומר, במקרה דומה התיר רבי לאישה להינשא לבעלה הראשון או הכשיר את הנישואין הקיימים.⁷⁹

סוגיית הירושלמי עורכת אפוא שתי דעות, זו כנגד זו, בהתאם לשתי האפשרויות שנזכרו בשאלה:⁸⁰ דעת רבי יוחנן לצד העמדה ששניהן מגרשין זה את זה, ודעה נגדית ש"אין להם גירושין כלל", שבאה לידי ביטוי בארבעה מקורות אחרים. אף בכראשית

74 הכתוב הזה הוא המקור העיקרי במקרא להסתייגות מן הגירושין, וכנראה מילא תפקיד בהתפתחות המסורת הכיתית השוללת את הגירושין. ראו על כך Jackson, לעיל ה"ש 9. גם בתלמוד הוא מופיע בהקשר דומה, ראו בבבלי, גיטין צ"ב.

75 ירושלמי, לעיל ה"ש 55.

76 שם.

77 בשלב הראשון בני הזוג היו גויים ולא נהגו לפי דיני ישראל (היינו לפי דיני בני נח), ולכן נישאה האישה עם הבעל השני. לאחר שהתגיירו ביקשו לנהוג לפי דיני ישראל (ממש). הפעם נקבע שמכיוון שבדיני בני נח הגירושין לא התקיימו, אף הנישואין השניים לא התקיימו, ומעתה רשאי האיש הראשון לשאת את האישה.

78 ירושלמי, לעיל ה"ש 55.

79 לפי שמות החכמים להם מיוחסים הדברים, צריך להניח שסדר הדברים ההיסטורי היה הפוך מסדרם הספרותי. תחילה בא המעשה לפני רבי שהכשיר, ולאחר מכן ניסח רבי חייה תלמידו את הדברים כהלכה מופשטת.

80 פני משה לירושלמי, לעיל ה"ש 64, כבר ניסה להתאים את הדעות הללו לשתי האפשרויות שבשאלה. אך מכיוון שלא עמד על דברי רבי יוחנן (שהיו לפניו בנוסח משובש), הוא פירש את הדעה הראשונה "לא נתתי גירושין באומות העולם" במובן של לא נתתי "תורת גירושין" כמו בישראל, ולכן שניהם מגרשים זה את זה. פירוש זה אינו הולם את הלשון, ועתה מתברר שאין בו צורך.

רבה ערוכות שתי הדעות זו כנגד זו. דעת רבי יוחנן מצד אחד ושני מקורות מצד שני, דרשה אחת והלכה אחת.⁸¹ העובדה שלצד עמדה אחת מובאת רק דעה אחת (של רבי יוחנן), ואילו לצד עמדה שנייה מובאות ארבע דעות (ובכראשית רבה שתיים), וכן העובדה שדעות אלה חותמות את הדיון, מרמזות כמדומה על העדפתה של אפשרות זו בעיני עורך הסוגיה. כפי שציינו למעלה, בכראשית רבה בוטאה העדפה זו בפירוש בניסוח השאלה הפותחת "ומנין שאין להן גירושין?".⁸²

מבחינת שיטתית, יש מקום להתאים בין המחלוקת בסוגיית הקידושין למחלוקת בסוגיית הגירושין. שיטת שמואל, שלפיה נישואין של גויים נעשים על ידי בעילה, גם אם בני הזוג לא התכוונו לשם כך, הולמת את השיטה שאין להם גירושין כלל. שתי הקביעות הללו הן תוצאות מתבקשות מן התפיסה שרואה את קשר הנישואין כעניין ריאלי, כעין טבעי. בכיוון זה התבטא אחד מהמפרשים החדשים, הרב יעקב רייפמן:

ולפי דעת שמואל מובן היטב ההבדל אשר בין ישראל לעכו"ם לענין גירושין. כי בישראל האישות היא אך על ידי כוונת האיש לקנות את האישה להיות אשתו [...] אבל בעכו"ם אין האישות על ידי כונה כי אם על ידי מעשה הבעילה, ומעשה שכבר נעשה לעולם עומד ולא יוכל להשתנות ולהתפך עוד. ולכן לא יתכן בו גירושין והאישה קשורה באישה שעשה בה מעשה הבעילה לעולם ורק המות מפריד בינמו.⁸³

לעומת זאת, שיטת רבי אלעזר, שלפיה נישואין של גויים נוצרים על ידי בעילה המלווה בכוונה, הולמת את שיטת רבי יוחנן רבו, שלפיה יכולים גויים לגרש זה את זה. לשיטה זו מדובר בקשר בעל אופי הסכמי. קשר כזה יש ליצור על ידי כוונה של הצדדים, וניתן גם לנתק אותו כאשר ההסכמה של הצדדים אינה ממשיכה להתקיים.⁸⁴

מסוגיית הירושלמי עולות אפוא שתי שיטות עקביות. לפי השיטה האחת, נישואין של גויים נעשים באמצעות מעשה בעילה גרידא. הכוונה אינה מעלה ואינה מורידה. שיטה זו הולמת את העמדה שאין לגויים גירושין כלל. לפי שיטה זו, הנישואין משקפים

81 בראשית רבה, לעיל ה"ש 59. שתי הדרשות המקבילות שבירושלמי צומצמו לאחת. ההלכה של רבי חיה הובאה בלא המעשה של רבי.

82 שם.

83 רייפמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 17 (הובא אצל כ"ץ, לעיל ה"ש 31, בעמ' 71).

84 אפשר להידחק ולטעון שהשיטה המכירה בגירושין אינה משקפת בהכרח גישה לא-ריאלית, ושהיא עשויה לשקף ריאליזם אחר המכיר באפשרות של ניתוק קשר הנישואין. שכן באופן היפותטי אפשר להעלות על הדעת תפיסה ריאלית שמכירה באפשרות של ניתוק הקשר (כשם שיש תפיסות ריאליות המכירות בחיבור ובניתוק קשר הקניין, ראו אצל וזנר, לעיל ה"ש 3). אולם אין בשיטה המכירה בגירושין או שדורשת כוונה כל סימן או ביטוי לתפיסה ריאלית. בהיעדר סימן כזה, ועל רקע הניגוד לתפיסה הריאלית שמוכרת לנו, סביר יותר לראות בה ביטוי של תפיסה לא-ריאלית.

תפיסת ריאליטת של הנישואין. לעומת זאת, לפי שיטה שנייה, הנישואין בין גויים נעשים אמנם על ידי יחסי אישות, אך צריכה להצטרף אליהם כוונה. לפי שיטה זו ניתן לנתק את קשר הנישואין באמצעות גירושין, שיכולים להיעשות על ידי כל אחד מן הצדדים, האיש או האישה. בשיטה זו אין כל ביטוי ליסוד ריאלי, והיא משקפת תפיסה משפטית-נורמטיבית גרידא.

ו. בין דיני ישראל לדיני האומות

סוגיית דיני הנישואין והגירושין של גויים ניצבת בצומת דרכים שבו נפגשות מערכות דין שונות. יש כאן מפגש של דיני ישראל עם דיני האומות, כלומר של ההלכה עם מערכות משפט זרות; ויש כאן מפגש בתוך ההלכה של הדינים הנוגעים לישראל עם הדינים הנוגעים לבני נח. מבקש אני לתת את הדעת בקצרה ליחסים בין מערכות הדין השונות הללו, כפי שהן עולות בענייננו. נפתח במפגש הראשון. הסוגיה חושפת דמיון ברור בין דיני בני נח בהלכה לדיני האומות כפי שנהגו למעשה, הדין הרומי מזה והדין הנוצרי מזה. דמיון זה מלמד על היכרות של חכמים עם מערכות המשפט הזרות. ברם, חכמים דנו בנושא זה מנקודת מבט הלכתית פנימית. השאלה שעמדה לפניהם היא מה עמדת ההלכה ביחס לנישואין וגירושין של גויים, ולא מה הם דיני הגויים בשאלות הללו. זאת ועוד: כפי שטענו למעלה, אין להניח שחכמים אימצו את הדין הזר ונתנו לו תוקף הלכתי. אילו כך היו פני הדברים צריכים היו חכמים לתלות את ההלכה בדין הזר, ולומר שתחת המשפט הרומי הלכה היא שגויים מגרשים זה את זה, ואילו תחת המשפט הנוצרי הלכה היא שאין להם גירושין כלל. העובדה שחכמים מבקשים לקבוע הלכה כללית הנוגעת לגויים באשר הם מלמדת שאין הם מציעים פלורליזם הלכתי שבו ישררו בעת ובעונה אחת כמה מערכות דין. בזה אין לומר שחכמים לא הושפעו מהמשפט הזר. אדרבא, העובדה שהאפשרויות המשפטיות שהם מעלים שונות כל כך מן ההלכה ודומות לשיטות משפט אחרות, מזמינה, אם לא מחייבת, את ההנחה שהם הושפעו מן השיטות הללו. נכון יהיה לומר שדיני האומות השפיעו על הדמיון המשפטי של חכמים. העמדה שלפיה בידי כל אחד מבני הזוג הכוח לגרש את זולתו מושפעת מן הדין הרומי, ואילו העמדה שנישואין אינם ניתנים להתרה מושפעת מן הדין הנוצרי. הבחירה של מי מהחכמים באחת מן השיטות הללו משתלבת עם תמונה רחבה יותר של הדין. העמדה שהנישואין נוצרים בעקבות יחסי אישות, גם ללא כוונה, משתלבת עם העמדה שהנישואין אינם ניתנים לניתוק ומשקפת תפיסה ריאליטת של קשר זה; ואילו העובדה שהנישואין דורשים כוונה משתלבת עם העמדה המכירה בגירושין באופן ששני בני הזוג מגרשים זה את זה ומשקפת תפיסה לא-ריאליטת של הקשר.

הציר השני הוא המפגש בין דיני בני נח לבין דיני ישראל. מה ניתן ללמוד על היחס בין שתי מערכות הדינים הללו? האם ניתן ליישב את תפיסת הנישואין של חכמים בנוגע

ללא־יהודים עם תפיסתם בנוגע ליהודים? מדוע בנוגע ליהודים תלו חכמים את יצירת הנישואין וביטולם במעשים משפטיים־סמליים, ואילו בנוגע ללא־יהודים תלו את הדבר במעשים טבעיים? מנקודת מבט נורמטיבית, לא־ריאלית, קיומן של שתי מערכות דין שונות לאוכלוסיות שונות אינו מעורר בעיה מיוחדת אם יש לכך טעם מספק. כפי שהצעתי למעלה, יש טעם טוב מדוע להגדיר נישואין של לא־יהודים על הבסיס העובדתי של יחסי אישות ולא על בסיס סמלי. הגדרה כזו מאפשרת הכרה רחבה בכל סוגי הנישואין מבלי שהיא מחייבת לבחון את תוקפו של כל טקס מקומי. ואולם, מנקודת מבט ריאלית מתעורר קושי של ממש. אם יחסי האישות יוצרים באופן טבעי קשר נישואין, מדוע הדבר אינו קורה גם בין יהודים? ואם זה אכן קורה, מדוע אין ההלכה מכירה ביחסי אישות בין יהודים כיוצרים קשר מחייב? וכיצד היא מאפשרת הכרה בגירושין כאשר הנישואין אינם ניתנים לניתוק?

המקורות התלמודיים אינם דנים בשאלה זו, וספק אם ברובד התלמודי שתי מערכות הדין הללו ניתנות להתאמה זו עם זו. ואולם נראה לי שבמישור הספקולטיבי ניתן להציע שני כיווני מחשבה שונים שמאפשרים התאמה כזאת. כדי להדגים אותם וכדי לסבר את האוזן אצרף כמה דברים של מפרשים ופוסקים מאוחרים שמשתלבים עם הכיוונים הללו. הכיוון האחד מאמץ נקודת מבט ריאלית גם על נישואין בין יהודים. לפי כיוון זה, באופן בסיסי מתקיים גם בין יהודים קשר ריאלי, ומערכת דיני הנישואין ההלכתית מתווספת כמעין קומה שנייה על גבי קומת היסוד הריאלית. להרכבה כזאת של שתי המערכות עשויות להיות תוצאות מעניינות. יש מקרים שבהם ההלכה תשמר את המערכת הריאלית ויש מקרים שבהם היא תפעל כדי לשנותה. דוגמה לכך ניתן לראות בשיטתו ההלכתית של הרב יוסף רוזין (הרוגצ'ובי), שטען שיחסי אישות יוצרים נישואין בין יהודים כשם שהם יוצרים נישואין אצל גויים. בעקבות זאת הוא ביקש להכיר בתוקפם של נישואין אזרחיים מכוח "נישואי בני נח"⁸⁵. שיטה זו מדגימה את האפשרות של ההלכה להכיר ברובד הריאלי של דיני בני נח ובתוצאות המתבקשות מכך.

לעומת זאת, לגבי גירושין אין ההלכה מוכנה להכיר בתוצאה שקשר הנישואין אינו ניתן לניתוק. מנקודת מבט ריאלית צריך אפוא להסביר זאת ככוחה של ההלכה, באמצעות הגט, לשנות את המציאות ולהתיר את קשר הנישואין שברגיל אינו ניתן לניתוק. ייתכן שניתן להטעין במשמעות זו את דבריו של רבי חנניה בשם רבי פנחס

85 שו"ת צפנת פענח, חלק א, סימן א-ד (מהדורת דווינסקי 1-7); צפנת פענח, סימן כו-כז (מהדורת ורשה יד-טו). ליישום שיטה זו בישראל ראו את פסק הדין המשלים של בית הדין הרבני הגדול – תיק (גדול) 4276/ס"ג ח' נ' ח' י' (פורסם בנבו, 11.11.2003), וכן בג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו (פורסם בנבו, 21.11.2006) (התבטאויותיו של הרב יוסף רוזין אינן מעידות על כך שהחזיק באופן מודע בעמדה ריאלית, אבל שיטתו ההלכתית מדגימה את התוצאות של הרכבה כזאת).

בסוגייתנו: "ללמדך שלא ייחד הקב"ה שמו בגירושין אלא בישראל".⁸⁶ ניתן לקרוא את דבריו כאילו יש צורך בכוחו המיוחד של שם ה' כדי שהגירושין יפעלו. בלא כוח מיוחד זה אין הגירושין יכולים לפעול. מנקודת מבט ריאלית זו, גירושין אינם רק הבעה של רצון לנתק את קשר הנישואין, אלא זהו הליך בעל משמעות מטפיזית שבאמצעותו ניתן קשר הנישואין. התבטאות נוספת בכיוון זה אפשר למצוא בפירוש קרבן העדה על דברים אלה: "שהזיווגים מה' כדכתיב אלקים מושיב יחידיים ביתה אין ראוי שלא יקוים לעולם אך בישראל ויתר שמו וכבודו".⁸⁷ 'קרבן העדה' עומד על כך שאם הנישואין הם תוצאה של גזרת האל, ראוי שהם יתקיימו לעד ושלא ניתן יהיה להתיירם. כזכור, טיעון דומה הועלה במסגרת התפיסה הכיתתית. האפשרות להתיר את הנישואין בכל זאת נובעת מכך שהקב"ה "ויתר [על] שמו וכבודו". הוויתור הזה נעשה דווקא ביחס לישראל, מכיוון שהקרבה האינטימית בין האל לעמו מאפשרת לו למחול על כבודו, אך ביחס לאומות נשאר המצב הטבעי על כנו: "את אשר חיבר אלהים לא יפרידנו אדם".⁸⁸

לפי כיוון מחשבה שני, יש להפריד בין שתי מערכות הדינים המיועדות ליהודים וללא-יהודים ובין שתי נקודות המבט שהן מייצגות. נישואין בין לא-יהודים נדונים לפי תורת משפט "טבעית" או ריאלית, ואילו נישואין בין יהודים נדונים לפי תורת משפט "חוקית", לא-ריאלית. התבטאויות שונות בכיוון זה ניתן למצוא בדבריהם של חכמים מהדורות האחרונים שתיארו את דיני בני נח כמשפט טבעי, ואילו את דיני ישראל כמשפט שמקורו בהתגלות ובתורה. כך למשל תיאר הרב אברהם יצחק הכהן קוק את דיני בני נח כמי ש"הולכים יותר מצד הטבע", לעומת דיני ישראל ש"הנם מוגבלים מצד קדושת דברי תורה".⁸⁹ לפי כיוון זה, השאלה האם להתחשב במציאות הפיזית או המטפיזית היא עצמה עניין של תורת-משפט שניתן לאמץ או לדחות. בנוגע לבני נח מאמצת ההלכה עמדה טבעית או ריאלית, וקובעת על פיה את דיניהם. לעומת זאת בנוגע לדיני ישראל מאמצת ההלכה עמדה אנטי-ריאלית או נומינלית.⁹⁰

86 ירושלמי, לעיל ה"ש 55.

87 קרבן העדה לירושלמי, קידושין, פרק א, הלכה א (דפוס וילנא ב ע"א). נוסח זה אינו בכתב יד ליידן או בדפוס, וכנראה שקרבן העדה מייצג נוסח שונה שבו נאמר "שלא ויתר הקב"ה שמו". לפי דברים אלה, לא שמו של הקב"ה מאפשר את הגירושין אלא ויתור על כבודו מאפשר אותם.

88 הברית החדשה, מרקוס י 6-9.

89 אברהם יצחק הכהן קוק עץ הדר א, סעיף א (הת"ס ז). למקורות נוספים בכיוון זה ראו נחום רקובר שלטון החוק בישראל 25-30 (התשמ"ט). אמנם צריך לציין שלשיטת החכמים הללו "משפט טבעי" אינו דווקא משפט ריאלי. בדרך כלל הכוונה למשפט שבנוי על השכל הישר. עם זאת, מבחינת המבנה מדובר בהפרדה בין שתי תורות משפט שונות.

90 ראו בהקשר זה את הניגוד בין דיני ישראל לדיני בני נח שבו פותח הרמב"ם את הלכות אישות (א, א). דין זה מקביל (אך אינו זהה) לשאלת היחס בין שבע מצוות בני נח לתרי"ג מצוות שבהן נצטוו ישראל. האם תרי"ג מצוות שבהן נצטוו ישראל הן המשך לשבע מצוות

חרף הניסיון להתאים את דיני בני נח לדיני ישראל נשארת בעינה העובדה שלפנינו שתי שיטות השונות ביסודן זו מזו. עובדה זו אינה יוצאת דופן בהגותם המגוונת של חכמים, ועלינו להכיר בכך שלא תמיד יעלה בידינו ליישב בין השיטות השונות עד תום. אחרי ככלות הכול, כבר הורו חכמים: "עשה לבך חדרי חדרים והכנס בו, דברי בית שמיי ודברי בית הלל, דברי המטמאין ודברי המטהרין".⁹¹

של בני נח, או שמא אלו הן מצוות שונות לחלוטין? השאלה הזאת נוגעת הן למישור של מקור החובה (האם חיובם של ישראל באותן מצוות זהה או נסמך על החיוב של בני נח?) והן למישור התוכן (האם חיובם של ישראל בכל אחת מהמצוות הוא באותו היקף של חיובם של בני נח?). לעניין מקור החובה ראו: משנה, חולין ז, ו פירוש המשנה לרמב"ם, שם; משנה תורה, מלכים, פרק ט, הלכה א; ודיון מקיף אצל דוד הנשקה "מצוות האבות ומצוות סיני: פרשת גיד הנשה כפרק בתפיסת ההלכה של הרמב"ם" מברכת משה ב 619 (התשע"ב). לעניין התוכן ראו: "בן נח" אנציקלופדיה תלמודית כרך ג, טור שמח; רקובר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 34-46.

91 תוספתא, סוטה ז, יב (מהדורת ליברמן 195).