

תביעות האיש בשל ליקויי פריזן בפסיקת בתי־הדין הרבניים

מאת

אלימלך וסטרייך*

א. מבוא

במסגרת סמכותם הייחודית של בתי־הדין הרבניים במדינת ישראל (להלן: בד"ר) לשפוט בענייני נישואין וגירושין, נדרשים הללו לא אחת לדון בתביעות גירושין והיתר נישואין של גברים נגד נשותיהם בשל ליקויי פריזן, ובתוצאות הממוניות הנגזרות מכך¹. מטרת המאמר היא להציג ניתוח דוגמאטי של הנושא, שער כה מצא את ביטויו רק בפסק־דין שנתנו בד"ר במקרים שונים, מבלי שנעשתה מלאכת הניתוח וההכללה.

תופעה זו של ליקויי פריזן רווחת למדי גם בימינו, חרף ההתקדמות העצומה של הרפואה המודרנית בפתרון בעיות בתחום זה, ושיעור לא מבוטל של זוגות נשואים נבצר מהם להביא ילדים לעולם². עובדה זו עשויה לתת בידי האיש כמה עילות תביעה שונות נגד האישה שלא ילדה, והעיקרית שבהן היא מצוות פרייה

* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן, ובפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב.
1 במאמר זה אדון במישורין רק במקרים שבהם יש סכסוך בין בני הזוג, והעימות המשפטי מצוי במישור המשפט הפרטי. לא אדון במקרים שבהם אין סכסוך בין הבעל לאישה, ושניהם מסכימים להתגבר על התוצאה של ליקוי הפריזן על ידי מתן היתר לאיש לשאת אישה נוספת, כלומר על ידי הסכמה לכך שהוא יחיה בביגמיה מהותית. עניינים מעין אלה שייכים יותר לתחום המשפט הציבורי, ובמסגרת שיקוליו בוחן בד"ר אם היענות לבקשה המשותפת תפגע באינטרס הציבורי כפי שבד"ר תופס אותו. מקרה כזה נזכר בבג"צ 160/75 ביטון נ' הרב הראשי לישראל הרב שלמה גורן, פ"ד (1) 309. כאן נתגלעו חילוקי דעות בין שני הרבנים הראשיים – הרב שלמה גורן והרב עובדיה יוסף – בשאלה אם להיענות לבקשתם המשותפת של שני בני הזוג להחזיר לאיש לשאת אישה נוספת, כך שהוא יחיה עם שתי נשים. לפסק־דין זה אתייחס בהמשך במסגרת הדיון בגישתם של הרבנים הראשיים בתביעות של האיש נגד האישה.

2 צ' בן־רפאל וצ' זיידמן המדריך המלא לפריזן (תשנ"ג) 13-17.

ורבייה (להלן: פר"ו). כדרכו, בד"ר דן בתביעות הללו לפי דין-תורה, ומקורותיו הישירים הם מקורות המשפט העברי מקדמת דנא ועד לימינו אלה. במקורות אלה הרבו לעסוק בנושא זה, אלא שבפני דייני בתי-הדין היום ניצבים שלושה אתגרים חדשים: חידושי הרפואה המודרנית; תופעת החילון; מפגש בין המסורות המשפטיות של העדות השונות.

הרפואה המודרנית מאפשרת היום, ברוב המקרים, לקבוע מי מבני הזוג אחראי לעקרות³, וכמו כן ביכולתה להתגבר על מספר גדול של ליקויי פריון בדרכים שונות ומגוונות, וככל שהדבר נוגע לליקוייהן של נשים אחוזי ההצלחה גבוהים מאוד. לעומת זאת, רובם המכריע של מקורות המשפט העברי נכתבו בתקופות שבהן רק במקרים מועטים מאוד אפשר היה לקבוע אבחנה ודאית. בד"ר ניצב כאן בפני שאלות נכבדות: האם יאמץ את קביעות מדע הרפואה הבנוי על יסודות המדע המודרני, ומקורו בתבונה האנושית ולא בהתגלות? האם יעשה כן גם היכן שממצאי הרפואה המודרנית נוגדים היגדים רפואיים המצויים בתלמוד ובדברי הפוסקים? עניין זה יידון בעיקר בפרק הדן בעקרות מוחלטת ומוכחת⁴. ונראה, כי בד"ר עמד באתגר שבחידושי הרפואה המודרנית, וקלט אותם ללא קשיים מיוחדים ברובם המכריע של המקרים. אתגר שני הניצב בפני מערכת השיפוט הרכנית היא העובדה שרוב הנזקקים לשירותיו הם יהודים שאינם שומרי תורה ומצוות. בסמוך נראה, כי העילה המרכזית העומדת לאיש בתביעות בשל ליקויי פריון היא מצוות פר"ו, ושאלת השאלה, כיצד יתייחס בד"ר לאיש העובר על מצוות התורה, ועם זאת תובע לגרש את אשתו בשל רצונו לקיים מצוות פר"ו. ארחיב את הריכוז על כך בפרק על כוונה ומניע בקיום מצוות פר"ו ונראה, כי זרם נכבד ביותר מתעלם לחלוטין מעובדת החילון ומכיר, למעשה, בזכות האיש לתבוע גירושין או היתר נישואין בשל רצונו בילד.

האתגר הנכבד ביותר הניצב בפני בד"ר הוא המפגש בין מסורות משפטיות וחברתיות של העדות השונות בישראל. במסגרת המשפט העברי קיים זה מאות בשנים שוני רב בין המסורות המשפטיות של העדות השונות בישראל, בעניין תביעות הבעל לגירושין או להיתר נישואין⁵. השוני נובע מטיב ההגנה המשפטית שיש לאישה מפני שינוי סטאטוס הנישואין שלה, מן הנורמה החברתית שרווחת בקרב כל עדה ועדה ומהשפעתה של הסכיכה הנוכרית על החברה היהודית. להלן נראה, כי שוני זה חריף יותר בתביעות בשל ליקויי פריון, והוא שהוביל לגיוון רב בעמדות שנקטו חכמי ההלכה בנושא זה. ריכזי הגישות לא נעלם בפסיקת בד"ר ולא נעשתה מלאכה של האחדת הפסיקה, ועל כן לא נוכל לדבר על "גישת בד"ר"

3 ראו, להלן, בפרק על ליקויי הפריון את הטקסט ליד הערה 110, בעניין התפלגות הליקויים לפי המינים.

4 בטקסט ליד הערה 137. במאמר אחר אני דן בסוגיה הכללית של המפגש בין הלכה לבין רפואה ומדע בפסיקת בתי-הדין הרכני בישראל.

5 לשם הקיצור נכנה להלן תביעות להיתר לשאת אישה שנייה או לגרש אישה על כורחה: תביעות לשינוי סטאטוס הנישואין.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריזן בפסיקת בתי-הדין הרבניים

אלא על הגישות השונות בבד"ר בתביעות האיש בשל ליקויי פריזן. המטרה שהצבנו לעצמנו – להציג ניתוח דוגמאטי של הפסיקה בבד"ר – מחייבת, אפוא, לשלב במאמר ניתוח היסטורי של המקורות שהפסיקה מסתמכת עליהם. ניתוח עיוני של פסיקת בד"ר מחייב להציג תחילה את ההגנות המשפטיות השונות שהמשפט העברי מעניק לסטאטוס הנישואין של האישה היהודייה, ואכן בכך נפתח.

ב. ההגנות על סטאטוס הנישואין של האישה

בתקופת חז"ל לא נזקק האיש לעילה כל שהיא בתחום המשפט הפרטי כדי להצדיק תביעה לשינוי סטאטוס הנישואין. כבר במשנה קבעו, כי "...האשה יוצאת לרצונה ושלא לרצונה"⁶, דהיינו: האיש רשאי לגרש את אשתו בלי כל עילה, וכך פסקו להלכה מחברי הקודקסים הגדולים במשפט העברי⁷. הוא הדין אם האיש ביקש לשאת אישה נוספת. אמנם נחלקו אמוראים בתלמוד הבבלי בעניין זה⁸, אך ההלכה נפסקה כדעת רבא⁹, שהאיש רשאי להרבות לו נשים ככל שיחפץ, ואפילו לדה אשתו ילדים¹⁰. רק הכתובה עמדה למכשול בפני האיש שביקש לגרש את אשתו על כורחה¹¹, ויכולתו הכלכלית לפרנס שתי נשים עמדה למכשול בפני נשיאת אישה נוספת¹².

בימי הביניים התחוללו שינויים של ממש בשני המרכזים הגדולים – ספרד ואשכנז – והם הגבילו את יכולתו של האיש לשנות באופן שרירותי את סטאטוס הנישואין. יהודי אשכנז קיבלו על עצמם את חרם דרבנו גרשום (להלן: חדר"ג), שאסר ריבוי נשים ואסר גם לגרש אישה על כורחה¹³. יחסם כלפי החרם היה כאל

6 משנה, יבמות, יד, א. זו גם עמדת בית הלל ורבי עקיבא במשנה, גיטין, ט, י ובתלמוד הבבלי גיטין, צ, א, בניגוד לבית שמאי שאסרו גירושין אלא אם כן מצא האיש באשתו דבר ערווה.

7 טש"ע, אבן העזר, קיט, ו.

8 יבמות, סה, א.

9 רמב"ם, אישות, יד, ג; טור וש"ע, אבן העזר, א, ט.

10 יבמות, סה, א. רבי אמי חלק על רבא וקבע שריבוי נשים, גם במקרה של ליקויי פריזן, נותן בידי האישה עילה לתבוע גירושין וכתובה. דיון מקיף במחלוקת רבי אמי ורבא ובמסורות השונות בעניינה במקורות הגאונים, ראה מ"ע פרידמן ריבוי נשים בישראל – מקורות חדשים מגניזת קהיר (תשמ"ו) 7-18, 155-161.

11 ואכן זו הייתה מטרתה הבסיסית של הכתובה: "כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה" (כתובות, יא, א). ראו בהרחבה *M. A. Friedman Jewish Marriage in Palestine – A Cairo* (Geniza Study (Tel-Aviv & New-York, vol. 1, 1980) 258.

12 דרישה זו מפורשת בדברי רבא בתלמוד.

13 על חדר"ג ראו אנציקלופדיה תלמודית, כך, יז, ערך "חדר"ג", וכן נספח לערך זה בעמ' תשנ"ז-חשע"ב; א' גרוסמן חכמי אשכנז הראשונים (מהדורה שנייה מתוקנת, תשמ"ט), 132 ואילך; L. Finkelstein *Jewish Self Government in the Middle Ages* (New York, 2nd ed., 1964) 139-147.

הלכה שניתנה למשה מסיני¹⁴. חדר"ג קבע נורמה משפטית כללית שהפרתה גררה סנקציה פלילית חמורה, כך שהאיש האשכנזי היה מנוע לגמרי מלשאת אישה נוספת באופן שרירותי, וגם כוחו לגרש את אשתו בניגוד לרצונה הוגבל ביותר. מכאן ואילך נדרשה עילה מוצדקת כדי להתיר לאיש לגרש את אשתו על כורחה או לשאת אחרת על פניה. בפרק הבא נראה כיצד התייחסה המסורת המשפטית האשכנזית לליקויי פריץ כעילה.

גם בספרד חלו שינויים במשפט העברי – שינויים ששיפרו את מצבה המשפטית של האישה היהודייה בהשוואה למצבה בתקופת התלמוד. במרוצת ימי הביניים חדר תנאי המונוגמיה לכתובות בספרד, והוא הגביל את כוחו של האיש לשאת אישה נוספת¹⁵. אלא שבניגוד לחדר"ג באשכנז, תנאי המונוגמיה נותר התחייבות חוזית בעלת אופי פרטי, שלא גררה סנקציה פלילית, והוא לא הפך לנורמה כללית המוסדרת באמצעות חקיקה. בשום שלב לא היה תנאי המונוגמיה מחסום משפטי בפני ריבוי נשים, ואף חכמי הלכה שייחסו משקל משפטי רב לתנאי זה סברו, שהוא רק נותן בידי האישה עילה לתבוע גט וכתובה¹⁶. לעתים התלוותה לתנאי המונוגמיה שבועה, שהוסיפה מימד של איסור להתחייבות המשפטית. יש להניח שהיא נועדה לשפר עוד יותר את מצבה המשפטי של האישה. היו ביטויים בפסיקה בימי הביניים, שמהם עולה כי השבועה עשויה להיות מחסום מלא בפני ריבוי נשים¹⁷, אך הפסיקה אצל חכמים יוצאי ספרד במאה השש-עשרה ואילך הסתייגה מכך, ביחוד כהקשר של מצוות פר"ו, כפי שנראה בהמשך. גורם חשוב בהגנה על האישה בספרד היו חוקי מלכויות הנוצרים, אך אלה לא עמדו לה בקרב גולי ספרד בארצות המוסלמיות, והביאו ליצירת נורמה חברתית המכירה בביגמיה.

בניגוד לתנאי המונוגמיה, לא רווחה בכתובתם של יהודי ספרד התחייבות שלא לגרש את האישה על כורחה, ומצב זה לא השתנה אצל מגורשי ספרד וצאצאיהם עד עצם היום הזה במדינת ישראל. ככל הנראה, סכום הכתובה שהשתלם עם הגירושין מילא את תפקיד המחסום מפני גירושין שרירותיים וחפזים, בהתאם למטרה המקורית שיועדה לו בעת התקנתו בתקופה הקדומה. אמנם, גם מחוץ לגבולות אשכנז אפשר למצוא תקנות שאסרו גירושין על כורחה של האישה¹⁸, אולם התקנות היו מקומיות ולא התפשטו לכדי נורמה רחבה ומתמידה בקרב יוצאי

14 שו"ת הרא"ש, כלל מד, סימן ח.

15 פרידמן, לעיל הערה 10, בעמ' 42-43.

16 שו"ת הרא"ש, כלל לג, סימן א. בדומה לעמדת רבי אמי, שחלק על רבא (לעיל הערה 8) וסבר ש"הנושא אשה על אשתו יוציא ויתן כתובה".

17 שו"ת הרא"ש, כלל ח, סימן ח; שו"ת תשב"ץ, חלק א, סימן צד.

18 ש"ז הבלין "תקנות רבנו גרשום מאור הגולה בענייני אישות כתחום ספרד ופרובאנס" שנתן המשפט העברי ב (תשל"ה) 200, 207-208.

משפטים כ"ה תשנ"ח תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

ספרד¹⁹. היו גם ניסיונות להחיל על הספרדים את חדר"ג, שאסר לגרש אישה על כורחה, אך גם כאן תמונת המצב אינה חד-משמעית²⁰, ובשום שלב לא השתווה מצבה של האישה הספרדייה למצבה של אחותה באשכנז.

קיימת קבוצה נוספת, והיא נשים המשתייכות לעדות קטנות מן המזרח, אשר בקרבן אף תנאי המונוגמיה לא רווח. על קבוצה זו נמנות היום במדינת ישראל נשות העדה התימנית ונשות ג'רבה²¹. גם העדה המקומית במרוקו נהגה ריבוי נשים, בניגוד לעדת המגורשים בארץ זו, שמקורה בספרד ותנאי המונוגמיה רווח בקרב בניה. אולם גם בעדות אלו ריבוי הנשים אינו שרירותי, שכן הנהגה של נישואין מונוגמיים, הרווח במדינת ישראל, הוכר כמנהג מחייב האוסר אף על בניהן ריבוי נשים שרירותי²². יש לשער שבקבוצה זו, שנשותיה מוגנות על ידי המנהג בלבד, תגבר הנכונות להחיר ריבוי נשים אם תהיה לבעל עילת תביעה, אפילו בהשוואה לקבוצה שבה הנשים מוגנות רק על ידי תנאי המונוגמיה והשבועה.

גורם משפטי נוסף המגן על סטאטוס הנישואין של האישה הוא תקנות הרבנות הראשית לישראל משנת תש"י, המכונות "חרם ירושלים", אשר אסרו, בין היתר, ריבוי נשים על כל עדות ישראל²³. באופן תיאורטי, ניתן היה לייחס לתקנות מעמד של חדר"ג, ועל ידי כך להשוות את מעמדן המשפטי של כל נשות ישראל בהגנת סטאטוס הנישואין, לפי הקו המיטיב עמן ביותר. אלא שגורלן של תקנות אלה לא שפר עליהן, והן לא נקלטו כהלכה בפסיקת בד"ר²⁴. בענייננו נראה, כי רק קול קורא בודד בקהיליית הדיינים חתר לכך, ולא עלתה בידו²⁵.

- 19 כאמור, בספר עצמה הגנו חוקי המלכים הנוצרים על האישה היהודייה. ראו הכלין, לעיל הערה 18, בעמ' 205. אבל בארצות המזרח, שהיו תחת שלטון מוסלמי, לא היה לאישה היהודייה להישען אלא על המשפט העברי.
- 20 אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, ערך "חרם דרבנו גרשום", בעמ' שצ. ראו, שו"ת צ"ח אליעזר, ח"י, סימן מז, שכן נקט המחבר בשבתו בדרך בבד"ר. לעומת זאת, ראו גישתו החולקת של הרב עובדיה יוסף, שו"ת יביע אומר, ח"ה, אבן העזר, א, בפסק-דין שנתן בבית-הדין הרבני הגדול לערעורים. ראו על כך ב"צ אליאש "החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית" דיני ישראל י-יא (תשמ"א-תשמ"ג) רב.
- 21 ראו ער/תשל"ג/12, פד"ר ט 152, 160.
- 22 אך ראו הסתייגותו של הרב קאפח, לעיל הערה 21. לעומת זאת ראו דברי הרי"ן אליעזרוב, תיק 1759/ל"ז, פד"ר יב 198, 210.
- 23 תקנות אלה מובאות אצל ב"צ שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה רביעית, תשנ"ג) נספח ב.
- 24 אליאש, לעיל הערה 20, בעמ' קצט-רד.
- 25 ראו, להלן בטקסט ליד הערה 64. וראו דיון מקיף אצל ר' ערוסי ההיכט העדתי בפסיקת בית-הדין הרבני בישראל (עבודה לקבלת תואר דוקטור, תל-אביב, תשמ"ז) 292-312.

בהצגת הגישות העקרוניות שבמסורות השונות במשפט העברי בעניין מעמדה המשפטי של מצוות פר"ו בתביעות גירושין ובתביעות להיתר נישואין, ניתן דעתנו לשלוש קבוצות של נשים, בהתאם להגנה המשפטית הכללית שיש להן במשפט העברי: האשכנזית, המוגנת על ידי חדר"ג; הספרדית, המוגנת על ידי תנאי המונוגמיה ושבועת המונוגמיה וכן על ידי חרם ירושלים; המזרחית, המוגנת על ידי מנהג בלבר ועל ידי חרם ירושלים. די בשוני הבסיסי בהגנה על סטאטוס הנישואין של האישה כדי להביא להבדלים של ממש במידת ההיענות לתביעות האיש לגירושין או להיתר נישואין בשל עילות שונות. בעילה זו של מצוות פר"ו השוני בולט באופן מיוחד: שורשי קדומים, ונובעים גם מיחסן השונה של המסורות המשפטיות השונות למצוות פר"ו כגורם משפטי.

ג. העילות השונות

1. מצוות פרייה ורבייה

העילה המרכזית העומדת לרשות האיש במקרים של ליקוי פריין היא מצוות פר"ו, המוטלת כחובה בעלת חשיבות רבה על כל אדם מישא"ל²⁶, להוציא חריגים²⁷. כבר במישור העקרוני של הדיון בשאלה, אם מצוות פר"ו היא עילה המצריקה את שינוי סטאטוס הנישואין של האישה, או מוצאים גישות שונות ומגוונות בקרב דייני בד"ר. ביטוי קיצוני לכך יש בפסקי-דין שנתן הרב עובדיה יוסף בעת שכינה כנשיא בית-הדין הרבני הגדול, ואשר פורסם בשנת תשנ"ג (1993)²⁸. עמדתו הייתה נחרצת: יש לאפשר לאיש לקיים מצוות פר"ו בשלמותה ללא סייג והגבלה²⁹, ובשל כך יידחו ללא היסוס ההגנות המשפטיות התומכות באישה הספרדית – תנאי המונוגמיה והשבועה, הראשון-לציון אף הריחיק לכת, והתיר ביגמיה מהותית לבן עדות המזרח, היכן שלא קיים עדיין את המצווה. הוא עיגן את עמדתו בכך ש:

26 רמב"ם, אישות, טו, ב; טשו"ע, אבן העזר, א, א. מחבר השו"ע מדגיש את חשיבות המצווה בכתבו ש"כל מי שאינו עוסק בפרייה ורבייה כאלו שופך דמים וממעט את הדמות וגורם לשכינה שחשתלק מישא"ל".

27 דוגמת מי שהוא חירש-אילם. ראו תיק 5202/כ"ו מזונות, 5826/כ"ו גירושין, פד"ר ח 65-73. גם בית-הדין האזורי וגם בית-הדין הרבני הגדול ציינו, כי חירש פטור מן המצוות, וכי העילה היחידה שכאה בתשכון היא בעינא חוטא, וראו על כך להלן.

28 שו"ת יביע אומר, כרך ז, סימן ב. פסקי-דין זה הוא בעל חשיבות רבה ביותר בנושא זה, אך הוא לא התפרסם בסדרה "פסקי-דין רבניים" אלא באוסף הפרטי של תשובות הרב יוסף. גם פסקי-דין אחרים בנושא הגיעו לידיעת הציבור רק לאחר פרסומם כאוספים פרטיים.

29 ראו בפרקים הבאים פירוט של הגבלות שונות שהטילו חכמי הלכה שונים, בעיקר מן המסורת האשכנזית, על האיש שביסס את עילת תביעתו על מצווה זו.

משפטים י"ח תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

מנהג פשוט בכל בתי-הדין הרבניים בישראל, באיש ששהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה, אף אם אין האשה מסכימה להתגרש מבעלה, כשהבעל הוא מעדות המזרח, בית-הדין נותן פסק-דין שהבעל רשאי לישא אשה אחרת על אשתו, כדי לקיים מצוות פור'ר כל שיש יכולת לבעל למיקם בסיפוקיה ובאופן שכל אחת מהן יש לה דירה בפני עצמה.

כפי שנראה בהמשך, דרישות המינימום שקבע הרב יוסף כדרישות חיוניות כדי לגבש את עילת פר'ו הן הדרישות הנמוכות ביותר בפסיקה בת זמננו. גישה מנוגדת באופן קוטבי נקט הרב גורן, שלפי עדות הרב עובדיה יוסף:

...רוח אחרת עמו... ומגע עצמו מלחתום על פסק-דין של היתרי נישואין שניתנו על יד בתי-הדין הרבניים בישראל, לספרדים ולבני עדות המזרח אשר שהו עם נשותיהם יותר מעשר שנים ולא זכו להיבנות מהן.³⁰

הרב גורן, שכיהן בתקופה זו כרב ראשי לצד הרב עובדיה יוסף, ניצל את זכות הווטו למעשה שהייתה נתונה בעבר בידי כל אחד מהרבנים הראשיים,³¹ ומנע לחלוטין היתרי נישואין בשל ליקויי פריון, גם היכן שנתקיימו כל הדרישות והתנאים המחמירים ביותר. בכך הקפיא הרב גורן את האפשרות שליקויי פריון יהיו עילת גירושין של האיש. עמדות דומות נקטו שני הרבנים הראשיים בפרשת ביטון³², שבה הסכימה האשה לחיות בנישואין ביגמיים כדי שבעלה יוליד ילדים מאישה אחרת. הרב גורן שלל פתרון זה מכול וכול, אף על פי שהאשה הסכימה לכך, ואילו הרב יוסף נתן את הסכמתו.

מחלוקת יסודית זו שבין שני הרבנים הראשיים לשעבר משקפת את הניגוד בין המסורות המשפטיות של העדות השונות בקיצוניות מירבית³³. אבל יש גם גישות אחרות בקרב דיינים אשכנזים, ודומה שהן דעת הרוב, גישות שאינן שוללות לחלוטין את מצוות פר'ו כעילת תביעה של האיש, אך גם אינן פותחות את השער

30 לעיל הערה 28, דף שט, כ. הרב גורן אישר לי בשיחה בעל פה כי אכן זו הייתה גישתו, וכי בעת כהונתו לא אישר שום פסק-דין רבני שהתיר לשאת אשה נוספת בשל עקרות האשה הראשונה.

31 לפי סעיף 179 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, נדרשה חתימתם של שני הרבנים הראשיים כדי שהאיש הנושא שתי נשים יוכל לחסות בצלו של החוק. בחוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ס-1980, סעיף 27, תוקן סעיף 179 לחוק העונשין, ומכאן ואילך נדרשה רק חתימה של נשיא בית-הדין הגדול לערעורים. בעקבות השינוי יכול הרב יוסף להחיל את עמדתו הלכה למעשה.

32 לעיל הערה 1.

33 ראו על כך בהרחבה לעיל בטקסט ליד הערה 6 ואילך. בפרשת ביטון, לעיל הערה 1, טען האיש, כי עמדת הרב גורן נובעת מסכסוך אישי שהיה בינו לבין הרב יוסף, ולא היא. בסמוך נראה, כי גישת הרב גורן מושרשת היטב במסורת הפסיקה האשכנזית, שדחתה ביגמיה מהותית בכל תנאי.

לרווחה כפי שעושה המסורת הספרדית. בכל מקרה גישות אלו שוללות כיגמיה מהותית באופן מוחלט³⁴. אף גישה זו מבוססת על זרם מוכר במסורת הפסיקה האשכנזית, וכדי לעמוד על שורשי הדברים נפנה לתלמוד ולפסיקה הרבנית. בתלמוד לא נקבעו הוראות בעניין תביעת האיש לשאת אישה אחרת או לגרש את אשתו על כורחה בגין ליקויי פריז, וזאת משום שבתקופת חז"ל לא נזקק האיש לבסס את תביעתו על עילה מיוחדת: הוא היה רשאי לשאת אישה נוספת כרצונו, וכן היה רשאי לגרש את אשתו על כורחה³⁵. אמנם קיימות בספרות חז"ל הוראות משפטיות למקרים של ליקויי פריז, אך הן מופנות לציבור שנדרש, לעתים, להפעיל את סמכותו כדי לחייב את האיש לקיים מצוות פר"ו. הוראות אלה שימשו לאחר מכן מקור ואסמכתא לדיונים במסגרת המשפט הפרטי, ונביא כאן את עיקריהן. במשנה נקבע: "נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה אינו רשאי ליבטל"³⁶, והתוספתא הוסיפה "אלא יוציא ויתן כתובה"³⁷. אמוראים בתלמוד הבבלי הרחיקו לכת וקבעו, כי כופים את האיש לגרש את אשתו העקרה כדי שיקיים מצוות פרייה ורבייה³⁸, ועמדה זו התקבלה עקרונית בפסיקה הרבנית³⁹, הגם, שככל הנראה, לא נהגה הלכה למעשה⁴⁰. במסגרת המשפט הפרטי דנו חז"ל רק בשאלת החיוב בתשלום הכתובה במקרה של עקרות, וקבעו הוראות שעל משמעותן המדויקת נחלקו הראשונים⁴¹.

שינוי חד בתחום זה התרחש באשכנז בימי הביניים, משקיבלו יהודי אשכנז על עצמם את החדר"ג, שאסר ריבוי נשים וגירוש אישה על כורחה, והגן על מוסד הנישואין באמצעות סנקציה פלילית⁴². בשלב מסוים התגבשה מסורת משפטית

34 להלן בפרק על סוגי ליקויי הפריז נעמוד על הדברים בהרחבה.

35 ראו לעיל בטקסט ליד הערה 8.

36 משנה, יבמות, ו, ו.

37 תוספתא (ליברמן), יבמות, ח, ה, 25.

38 כתובות, עז, א.

39 רי"ף, שם; רמב"ם, אישות, טו, ז; טור ושו"ע, אבן העזר, א, ג.

40 באשכנז לא נהגה הוראה זו כבר לפני המאה השתים-עשרה – כך עולה מעדותו של הראב"ן. ראו מאמרי "ריבוי נשים וכפיית האשה להתגרש במאה ה'יא וה'יב" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 118, 148-149. במאה הארבע-עשרה בספרד לא התערבו יותר בתידין כדי לכוף על מצווה זו. ראו שו"ת ריב"ש, סימן טו, בניגוד לעמדת ר' שמעון ב"ר צמח דוראן, בשו"ת התשב"ץ, ח"א, צד. בשולחן ערוך (אבן העזר, סימן א) נפסקה הלכה כדן התלמוד, אבל הרמ"א, בהגהותיו לסעיף ג, חולק ומאמץ למעשה את עמדת הריב"ש.

בד"ר, כמובן, אינו נוהג לכוף אנשים לקיים מצוות פר"ו, אבל הוא עשוי לעשות שימוש בהלכה זו כסניף וכסיוע לעילות אחרות. בית-הדין הרבני הגדול בער/תשי"ז/79, פד"ר ג 3, פסק לכוף את האיש לתת גט וצירף הלכה זו שכופין את האיש לגרש כדי לקיים מצוות פר"ו כסניף וסיוע. גם בד"ר האזורי בראשות הרב ורנר עשה שימוש בהלכה זו, וראו שו"ת משפטי שמואל, סימן ו (= סימן ט במהדורת תשל"ב).

41 רמב"ם, אישות, טו, ח; ראב"ד בהשגות, שם.

42 ראו לעיל בטקסט ליד הערה 13.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פרוין בפסיקת בתי-הדין הרבניים

וחברתית שלפיה מצוות פר"ו חדלה להיות עילה להתרת חדר"ג⁴³, ומסורת זו התמידה בגבולות אשכנז עד סוף המאה החמש-עשרה ללא עוררין⁴⁴. אלא שעמדה מרחיקת לכת זו לא התקבלה על ידי חכמי ספרד בימי הביניים ביחסם לאשכנזים שהגרו לארצם. אמנם חכמי ספרד הכירו בחלותו של חדר"ג על אשכנזים גם לאחר שהגרו לספרד, אך התירו אותו ללא היסוס כשביקש האיש לקיים מצוות פר"ו⁴⁵. עמדה זו של פוסקי ספרד השפיעה על חכמי הלכה אשכנזים באיטליה במחצית הראשונה של המאה השש-עשרה, והם יצרו זרם פסיקה אשכנזי אחר⁴⁶. שני זרמים אלה בפסיקה האשכנזית באו לידי ביטוי בקודיפיקציה של המסורת המשפטית האשכנזית – הגהות הרמ"א לשולחן ערוך. הרמ"א הגיב על דברי ר"י קארו, שקבע כי חדר"ג נרחה מפני מצוות הייבום, כזה הלשון:

והוא הדין בכל מקום שיש דיתוי מצוה כגון ששהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה. אמנם יש חולקים וסבירא ליה דחרם רבנו גרשום נוהג אפילו במקום מצוה...⁴⁷.

שני הזרמים האלה התקיימו זה בצד זה במשך מאות שנים, והיו חכמים שנקטו גישות ביניים. כך היה להלכה, אך במישור החברתי, ככל הנראה, לא

43 פסק-הדין הראשון שנקט עמדה זו ניתן במחצית השנייה של המאה השנים-עשרה, בכינוס של חכמי שו"ס שבו נדחתה מכול וכול תביעתו של איש להתיר את חדר"ג כדי שיוכל לקיים מצוות פר"ו. פסק-הדין התפרסם לראשונה בשו"ת מהרש"ל, סימן סה, והוא מופיע בספר ראב"ה (מהדורות דבליצקי, תשמ"ט), סימן תתקכ"א. בעקבות פסק-דין זה ניתן באותה תקופה עוד פסק-דין דומה, ומכאן ואילך לא נמצא שום פסק-דין שהתיר את חדר"ג בשל מצוות פר"ו. הנימוק המרכזי להסברת השינוי היה שעון המגורים בחוץ לארץ הוא הגורם לעקרות, ומשום כך לא תהיה תועלת בהתרת חדר"ג. ראו על כך בהרחבה במאמרי "ריבוי נשים וכפיית האשה להתגרש באשכנז כמאה הי"א והי"ב" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 118, 157-155; "עילות להתרת חדר"ג בימי הביניים המאוחרים" דיני ישראל טו (תשנ"א-תשנ"ב) לט, מא-נב.

44 לקראת סוף המאה החמש-עשרה, בעקבות מפגש עם מסורות משפטיות של עדות אחרות, כתב ר' יהודה מינץ, שהיה מגדולי החכמים האשכנזים בדורו, פסק-דין מפורט ומקיף שבו חזר על עמדות אלה (שו"ת ר"י מינץ, סימן י). ראו על כך בהרחבה במאמרי "חדר"ג באיטליה במאה הט"ו והט"ז" מחקרי משפט ט (תשנ"ב) 227, 231-238. ראוי להדגיש שעמדה זו לא נבעה מפרשנות הלשון, שהרי נוסח החדר"ג, שהיה ידוע בקהיליית החכמים, היה סתמי ביותר. ר' אליהו מורחי (שו"ת רא"ם, יד), שדן אף הוא בפרשה זו, ניסה להסיק מן הנוסח הסתמי כי רגמ"ה לא התכוון להחיל את התקנה במקום מצוות פר"ו.

45 ראו מאמרי "חדר"ג בימי הביניים המאוחרים", לעיל הערה 43, בעמ' נב-נט.

46 ראו מאמרי, לעיל הערה 44, בעמ' 239-243. בולטת כאן עמדתו של מהר"ם פדובה, שהיה יורשו הרוחני של ר"י מינץ ונקט עמדה מנוגדת בחלטות.

47 שו"ע, אבן העזר, א, י.

הייתה המצווה סיבה לשינוי סטאטוס הנישואין⁴⁸. בין הדמויות הבולטות, שמרבים להזכירן בפסקי-הדין הרבניים, יש לציין את ר' שלמה קלוגר, מן הבולטים בחכמי גליציה במאה התשע-עשרה. הוא נקט גישה שלילית גם כלפי התרת חדר"ג באופן כללי, אך התנגד בחריפות מיוחדת להתרתו בשל מצוות פר"ו, משום שלדעתו בימינו אין הבעלים מתכוונים לקיים את המצווה⁴⁹. חכמים אחרים, דוגמת ר' יחזקאל לנדאו – בעל ה"נודע ביהודה" – לא שללו מכול וכול מתן היתר בשל עילה זו, ויחסם השולל התבטא רק בדרישות השונות ובתנאים שהציבו לקבלת העילה⁵⁰. המשותף לכולם היה שחדר"ג נחשב לגורם משפטי בעל משקל רב, ולא על נקלה התירו אותו בשל מצוות פר"ו. מוסכם היה שאין להתירו אלא לאחר שנתמלאו דרישות מחמירות.

דומה שהרב גורן, שנקט בדרך המחמירה עם האיש, אינו מייצג את דעת הרוב בקהיליית הדיינים האשכנזים, אף על פי ששניים מגדולי הפוסקים שמתוך ישראל פסקו דווקא כמותו⁵¹. דיינים אלה הולכים בעקבות הגישה המקילה, שלא דחתה לחלוטין את מצוות פר"ו מפני חדר"ג. היותם נתונים להשפעת מסורת משפטית שונה מזו של חכמים ספרדים ניכרת רק בתנאים השונים שהם דורשים לשם התגבשות העילה, בטענות ההגנה שהאשה יכולה לטעון ובסעדים המוענקים לאיש ולאשה, אבל לא במישור העקרוני.

חכמי הלכה ממוצא ספרדי ומן המזרח לא היססו להתיר לאשכנזים שנקלעו לארצותיהם את חדר"ג בשל מצוות פר"ו, בהתאם למסורת שנתגבשה בספרד בימי הביניים. ביניהם בולטים ר' יוסף קארו וחברי בית-דינו, שהרחיקו לכת וקבעו

48 ראו, שו"ת נודע ביהודה, מהדורה בתרא, סימן קכ, וזה לשונו: "...מה שלא אירע בכמה דורות להתיר מי ששהה עם אשתו עשר שנים כמו שאירע במי שנשתתית אשתו, לעניות דעתי שחששו לדעת קצת הפוסקים שאין דין זה נוהג בתוך לארץ..." (שם, דף נה, א, ד"ה "אמנם מה שלא אירע"). כמו כן ראה שו"ת מעיל צדקה (פראג, תקכ"א), סימן לג, שנשאל "כאיש ששהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה והיא אינה מסוגלת להלדיר האם נכון שיעשה כדנהוג עלמא שאינם משתדלים לגרש נשותיהם שאינם זוכים להיבנות מהם" (ההדגשה שלי – א.ו.).

49 שו"ת האלף לך שלמה, אבן העזר, סימן ז. להלן כפרק על כוונה ומניע במצוות פר"ו נדון בכך בהרחבה.

50 שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, אבן העזר, סימן א; שם, מהדורה בתרא, סימן קכ. ראו, לעיל בהערה 48, את עדותו על כך שלא נהגו לתבוע היתר נישואין או גירושין בשל מצוות פר"ו.

51 הרב משה פיינשטיין, שהיה הסמכות ההלכתית העליונה בארצות-הברית ובעל עמדה הלכתית חשובה ביותר בכל העולם היהודי, כתב כן בשו"ת אגרות משה, כרך ד, אבן העזר, סימן ג. הרב יחיאל ויינברג, שפעל באחרית ימיו בשווייץ ובמערב אירופה, ונחשב אף הוא לאחד מגדולי הפוסקים, כתב כן בשו"ת שרידי אש, ח"ג, סימן ו.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

שחדר"ג – תוקפו בטל ואין לו כלל מעמד משפטי מחוץ לארצות האשכנזים⁵². דעת הכול הייתה שווה, שהיכן שהאיש לא קיים מצוות פר"ו יש להתיר לו את חדר"ג ללא היסוס ועיכוב בשל החשיבות הרבה שהייתה למצווה בעיניהם מחד גיסא, ובשל מעמדו המשפטי המוגבל של חדר"ג מאידך גיסא⁵³.

שונה מאוד היה מצבן המשפטי של הנשים המקומיות בספרד ובקרב המגורשים מארץ זו. ראינו לעיל כי בניגוד לדין שרווח בתלמוד, הן זכו להגנה משפטית מפני ריבוי נשים באמצעות תנאי המונוגמיה בכתובה שחוקק לעתים בשבועה, וכן ניתנה הגנה מפני גירושין כפויים באמצעות חקיקה מקומית או קליטה מסויגת של נורמות מן התחום האשכנזי. ברם, תנאי המונוגמיה לא היה בשום שלב מחסום מוחלט מפני ריבוי נשים שרירותי, ולא גרר סנקציה פלילית במקרה של הפרתו, אלא רק הטיל חיוב לתשלום פיצוי כספי בגין הפרת התחייבות חזית. אמנם, לשבועת המונוגמיה, שהוסיפה ממד איסורי להתחייבות המשפטית, היה פוטנציאל ליצור מחסום קשית מפני ריבוי נשים, בדומה לחדר"ג באשכנז⁵⁴. ברם, הפסיקה שנתגבשה כבר במרוצת המאה השש-עשרה דחתה אפשרות זו, ואצל הרב עובדיה יוסף אנו רואים עד כמה נחשבת השבועה קלה להתרה בשל מספר נימוקים⁵⁵.

כל ההגנות לא עמדו לאישה במקום שהאיש ביקש לקיים מצוות פר"ו. הפסיקה הספרדית הניחה בדרך כלל, כדבר המוכן מאליו, שמתירים לאיש לשאת אישה נוספת, והתחבטה רק בתנאים המוקדמים הנדרשים לכך⁵⁶. אפשר להבחין בתת-זרמים שונים, אך גם המחמירים ביותר הציבו דרישות שהיו נמוכות מן הדרישות שהציבו המקילים שבקרב החכמים האשכנזים. עיקר הלבטים נסבו על מקרים שבהם תנאי המונוגמיה היה בלתי מסויג, והדיונים התמקדו בשאלת זכותה של האישה לתבוע גט היכן שהאיש נשא אישה אחרת⁵⁷, אבל במקרים שנתווספה לתנאי המונוגמיה תניית פטור, אשר תלתה את ההתחייבות בכך שהאישה תלד

52 שו"ת בית יוסף, הלכות כתובות, סימן יד, וכנוסת מלא יותר ראה הבלק, לעיל הערה 18, בעמ' 245. בשו"ע, אבן העזר, סעיף י, כתב ר"י קארו כי "רבנו גרשום... לא החרים אלא עד סוף האלף החמישי (שנת 1240 לספירה – א"ו)", ומכאן ואילך תוקפו בארצות האשכנזים הוא מכוח מנהג כלבד, ולא מכוח חרם ותקנה שכבר פג תוקפם.

53 במאה השש-עשרה נידונה שאלה זו בהרחבה בספרות השאלות של החכמים באימפריה העות'מאנית, וחכמי ההלכה ממוצא ספרדי דחו, רובם ככולם, את חדר"ג מפני מצוות פר"ו. כנושא זה אני דן בהרחבה במאמרי "מצוות פריה ורביה במשפט העברי באימפריה העות'מאנית במאה הט"ז", העומד להתפרסם בכתב העת תעודה.

54 שו"ת הרא"ש, כלל ח, סימן ח, ושו"ת מהריב"ל, ח"א, סימן מ, שהסתמך על תשובה זו. ראו גם שו"ת חשב"ץ, ח"א, סימן צד.

55 שו"ת יביע אומר, לעיל הערה 28, סעיף ג (דף שז, א-ב).

56 הפסיקה עד המחצית הראשונה של המאה השבע-עשרה מרוכזת ומתומצתת בכנסת הגדולה, אבן העזר, סימנים א, קנד, בהערות לטור ולבית יוסף.

57 ראו, למשל שו"ת רדב"ז, ח"א, סימן תנח.

תוך עשר שנים לנישואין (להלן: תניית הפטור), ניתן ההיתר ללא היסוס ופקפוק⁵⁸. לכך יש חשיבות רבה בפסיקת בד"ר, משום שבכתובות הספרדיות הרווחות במדינת ישראל מופיעה, בדרך כלל, תניית הפטור⁵⁹.

דיינים אשכנזים בבד"ר מודעים היטב בפסיקהם לשוני בדיון בין אשכנזיות לספרדיות, והם נוטים יותר להיענות בחביעות המופנות נגד האחרונות⁶⁰, אבל הרושם הוא, שגם כאן גישתם מחמירה יותר מזו של עמיתיהם הספרדים היושבים אתם בדיון⁶¹. יחד עם זאת, קשה לנתח היבט זה של הנושא ולהצביע על שיטתיות, משום שכמות החומר העומדת לרשותי מועטה ביותר⁶².

הקבוצה השלישית היא קבוצת הנשים הנמנות על עדות מזרחיות, אשר תנאי המונגמיה אינו נוהג ביניהן, ובארצות מוצאן אף נהגה הביגמיה הלכה למעשה. במדינת ישראל, כפי שכתבנו, בוטל הנוהג של נישואים ביגמיים מכוח התערבות המחוקק החילוני, והמציאות החדשה יצרה, גם מנקודת ראות הלכתית, מנהג מקום המגביל ריבוי נשים שרירותי. למנהג זה הצטרפה תקנת הרבנות הראשית משנת תש"י, הידועה כ"חרם ירושלים", תקנה שאסרה על כל עדות ישראל ריבוי נשים. אלא שמעמדו של חרם ירושלים בקרב קהיליית הדיינים רופף ומעורפל, ועובדה זו באה לידי ביטוי בשני פסקי-דין שניתנו בפרשה אחת, הנוגעת במישרין לנושא שאנו דנים בו. הדיין הספרדי בבית-הדין הרבני האזורי, הרב בן שמעון, דחה למעשה את חרם ירושלים מכול וכול, ולא ייחס לו שום משקל משפטי⁶³. מנגד, בערעור על פסקי-דין, פסק דיין אשכנזי, הרב אליעזר שפירא, שחרם ירושלים, בצירוף החוק הפלילי האוסר ריבוי נישואין והמנהג, שקולים לחד"ג, ובאמצעותם הושווה מצבן המשפטי של הנשים הספרדיות והמזרחיות לזה של האשכנזיות⁶⁴. דיין אשכנזי אחר, הרב ולדנברג, נקט בערעור בדרך ביניים, ולפיה חרם ירושלים קירב את מצבן המשפטי של הנשים המזרחיות לזה של הנשים הספרדיות, אך לא השווה את מצבן של המזרחיות והספרדיות כאחת למצבן של

58 ר' חיים בנבנישתי מעיד כי "...לכן ראינו פה תרייא שנהגין להתנות שאם שהתה עשר שנים ולא ילדה יכול לישא אישה אחרת ומנהג פשוט שאם שהתה עשר שנים ולא ילדה ונשא אשה אחרת אינה יכולה לומר פטרי בגט" (כנסת הגדולה, אבן העזר, סימן קנד, ס"ק נד).

59 על מנהג ירושלים להוסיף את תניית הפטור ראה במקורות הנזכרים אצל הרב יוסף, שו"ת יביע אומר, לעיל הערה 28, דף שו, ב.

60 ראו להלן בדיון בטענת ההגנה של האישה, של איש יש ילדים מאישה אחרת.

61 ראו להלן בטקסט ליד הערה 179.

62 חשוב לציין, כי גם בהרכב רגיל של בד"ר בערכאה הראשונה יושבים שלושה דיינים, אך בדרך כלל אין שמו של הדיין חתום על פסקי-הדין. לפיכך, אפילו הסכימו הדיינים האחרים לתוצאה, קשה לדעת אם סמכו ידם על הגימוקים השונים שפורטו, או שהיה ברשותם נימוק אחר. דומה שכך אפשר להסביר את הסתירה בדברי הרב אלישיב שתזכר להלן בהערה 76.

63 חיק 7481/מ"ב, פד"ר יב 211, 226.

64 ער/מ"ב/261, 272, בהשמטה שבסוף פד"ר יב 378.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

האשכנזיות⁶⁵. סביר מאוד, שביחס לקבוצת הנשים המזרחיות אנו עשויים למצוא גישות מקילות יותר מאשר ביחס לנשים הספרדיות, בהיענות לתביעות האיש בשל ליקויי הפריון של אשתו.

2. משענת לעת זקנה

כבר בתלמוד הכירו בזכותה של האישה לתבוע גירושין בשל העובדה שלא נולדו לבני הזוג ילדים, בנימוק שהאישה זכאית למשענת לעת זקנה, ובלשון התלמוד: "בעינא חוטרא לידא ומרא לקבורה" (= רוצה מקל ליד וכלי לקבורה)⁶⁶. עילה זו היא עצמאית ואינה חלויה במצוות פר"ו, שכן בתלמוד הבבלי נפסק, כי אישה אינה מצווה על פר"ו. פרשנות מילולית לעילה זו מכירה אך ורק בצרכים הפיזיים של סיעוד לעת זקנה, אולם היו דיינים שהרחיבו את גבולותיה וכללו בה גם צרכים רגשיים, ובראש ובראשונה הרצון הטבעי לילד⁶⁷. מכל מקום, היקפה של עילה זו מצומצם יותר מזה של עילת פר"ו⁶⁸, ובאופן עקרוני עדיף לבסס תביעה על מצוות פר"ו ולא על עילת "בעינא חוטרא". הצורך העיקרי בעילה זו לחיזוק תביעת האיש מחזורר בדרך כלל במקרים שיש ספקות והיסוסים בנוגע לכנות כוונתו של האיש בתביעתו לקיים מצוות פר"ו⁶⁹, וכן במקרים נדירים של חירש, הפטור מן המצוות. בעילת "בעינא חוטרא", לדעת הכול, לא נדרשת כוונה לקיום מצווה כלשהיא, כך שהכרה בעילה זו גם עבור האיש יכלה לתת בידו עילת תביעה בשל ליקויי פריון במקרים שתביעתו נדחית בהם בשל פגם וחיסרון בכוונה.

בעניין זה נחלקו הרעות בבד"ר גם בדרגה האזורית וגם בדרגת הערעור ולא הגיעו לידי הכרעה. בית-הדין הרבני הגדול בראשות הרב הרצוג⁷⁰ סירב, הלכה למעשה, להעמיד את עילת "בעינא חוטרא" לטובת האיש, היכן שנשללה ממנו העילה של מצוות פר"ו בשל ספקות ביחס לכנות כוונתו לקיים את המצווה⁷¹. נימוקו היה שלא מצא לכך תקדים אצל הפוסקים, ואדרבא יש פוסקים המציינים בפירוש כי עילה זו עומדת רק לרשות האישה ולא לרשות האיש. לעומת זאת, הרכב אחר של בית-הדין הרבני הגדול⁷², שישבו בו הרב הראשי הרב נסים,

65 שם, בעמ' 233-234.

66 יבמות, טה, א.

67 תיק 3899/תשי"ג, פד"ר א 5.

68 אם יש לאשה ילד אחד מן הבעל או מאיש אחר, היא אינה יכולה לתבוע עוד מכות עילה זו (ראו שו"ע, אבן העזר, קנד, סעיף ו בהגהת הרמ"א). לעומת זאת, מצוות פר"ו מתקיימת רק אם לאיש יש בן וכת. אמנם עניין זה אינו נקי ממחלוקת, כפי שנראה להלן, אך הרבה פוסקים ודיינים יכירו בעילת התביעה של האיש בנסיבות אלה.

69 ראו, להלן בפרק על כוונה ומניע בקיום מצוות פר"ו.

70 כיהן כרב הראשי לישראל וכנשיא בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, והיה אישיות רכנית מרכזית בעולם היהודי.

71 ער/תשט"ו/55, פד"ר ד 353. עם הרב הרצוג ישבו בדין הדיינים אלישיב והדאיה.

72 ער/תשי"ט/128, פד"ר ג 380, 384.

והרבנים זולטי ואלישיב⁷³, הכיר בעילה זו גם עבור האיש היכן שכוונתו לקיים מצוות פר"ו הייתה מפוקפקת. וכן נקט הרב ורנר, שישב בראש ההרכב בבית-הדין הרבני האזורי – הוא בית-הדין שנתן את פסק-הדין נשוא הערעור⁷⁴. הרכב זה, בראשות הרב נסים, חזר על עמדתו במקרה אחר של בעל, שהיה חירש-אילם ובשל כך היה פטור לפי ההלכה מכל המצוות, ובכלל זה מצוות פר"ו⁷⁵. הדיינים דחו את הטענה שהעלה הרב הרצוג, כי לא נמצא לכך תקדים במקורות, וקבעו שאין להשליך מאיש פיקח לחירש-אילם, שכן "הוא זקוק לעזרת אחרים, אצלו הטענה 'בעינא חוטרא לידא' מקבלת משנה תוקף ואינו עדיף מאשה רגילה... (בניגוד) לאיש בריא בגופו ושלם בנפשו, אשר בדרך כלל הוא מסוגל לבסס את מעמדו ולהבטיח את עתידו"⁷⁶.

לעומת זאת, הדיינים שנתנו את פסק-הדין נשוא הערעור בערכאה הראשונה⁷⁷, הסתמכו על קביעתו הנ"ל של הרב הרצוג וסירבו להכיר ב"בעינא חוטרא" כעילה שתשמש את האיש, אפילו אם הוא חירש-אילם.

אכן, צדק הרב הרצוג בכך שבמקורות ההלכה לא הכירו בעילה של "בעינא חוטרא" בתורת עילה שאף האיש יכול להתבסס עליה, לא במקורות אשכנזיים ולא במקורות ספרדיים. קבלתה של עילה זו היא חידושה של הפסיקה בבד"ר, ולדעתנו, יש קשר הדוק בין מידת הנכונות להכיר בעילה זו עבור הבעל לבין המשקל המשפטי שמוכנים להעניק למצוות פר"ו. לשון אחר, דיין המייחס משקל רב למצוות פר"ו ומעדיפה על פני ההגנה המשפטית שיש לאישה, יהיה מוכן יותר להעניק עילה זו לבעל, משום שעל ידי כך הוא יכול לעקוף קשיים הניצבים בדרכו, כפי שנראה להלן בפרק על כוונה ומניע בקיום מצוות פר"ו. לעומת זאת, דיין שאינו מייחס משקל רב למצוות פר"ו ומעדיף את ההגנה המשפטית הניתנת לאישה, ייטה לדחות עילה זו ככל שהיא תומכת באיש.

3. מומים גופניים

יש סוגים של ליקויי פריון שאפשר לכלול אותם במסגרת של מומים גופניים המוכרים כעילת תביעה נפרדת⁷⁸, אלא שהדין בעילה זו חורג ממסגרת המאמר. אציין, כי בתנאים מסוימים ניתן גם לתבוע ביטול הקידושין למפרע בטענה של מיקח טעות, ודוגמה לכך היא האיילונית⁷⁹, שלדעת כמה פוסקים קידושה

73 שני האחרונים הם ממוצא אשכנזי.

74 פסק-דינו של בית-הדין הרבני האזורי התפרסם בספרו של הרב ורנר, שו"ת משפטי שמואל, סימן ז (במהדורת תש"לב – סימן י, דף מט, ב).

75 ער/תשכ"ט/ט/66, פר"ר ח 74.

76 שם, שם. ראוי לציין, כי הרב אלישיב ישב בדין עם הרב הרצוג בפסק-הדין הנ"ל (הערה 71), שבו לא הכירו בעילת "בעינא חוטרא" עבור האיש, ואילו כאן הוא הסתייג מפסק-הדין!

77 לעיל הערה 27, בעמ' 72.

78 כתובות, עה, ב; רמב"ם, אישות, כה; תשו"ע, אבן העזר, קיז.

79 על האיילונית ראו להלן בטקסט ליד הערה 130.

משפטים כ"ה תשנ"ח תביעות האיש בשל ליקויי פריזן בפסיקת בתי-הדין הרבניים

נחשבים למיקח טעות והם בטלים למפרע, כך שהיא אינה זוכה בעיקר הכתובה⁸⁰. השאלה החשובה היא האם עקרות מוחלטת ומוכחת תיחשב אף היא למום גופני, הנותן בידי האיש עילה לתבוע את ביטול הקידושין. התבטאויות בכיוון זה נשמעו בפסקי-דין אחדים, אך לא היה להם ביטוי ממשי בפסקי-הדין. במקרה אחד של עקרות מוחלטת, שהוכחה מבחינה רפואית, קבע בית-הדין הרבני הגדול כי ניתן להשוות מצב זה לאיילוגית ולראות בקידושין מיקח טעות⁸¹. אלא, שעיקר הערעור נסב על חיוב האיש בתשלום רכיבים שונים של הכתובה ולא על עצם תביעת הגירושין, ומשום כך קשה ללמוד מכאן. במקרה אחר דן בית-הדין הרבני האזורי בתביעה שהגישה אישה נגד בעל שעקרותו הוכחה, ובד"ר העלה את האפשרות ש"יתכן שגם כעקרות יכופו מצד קידושי טעות, ואף בלא טענת חוטא"⁸². ברור, שאם בתביעה נגד הבעל בשל עקרות כך, בתביעה נגד האשה בשל עקרות על אחת כמה וכמה. אלא שבסופו של דבר לא נקט בד"ר עמדה בעניין זה, משום שסבר שהעניין שנוי במחלוקת הפוסקים, אבל סבר שניתן לצרף טענה זו של קידושי טעות כסניף וסיוע לעילת העקרות, וחייב את האיש לגרש. מובן שאין בכך עדיין כרי לשלול אפשרות של תביעה מצד האיש נגד אישה על בסיס עילת המומים. דברים ברוח זו כתב גם הרב ולדנברג בפסקי-דין, בהדגישו שאפילו אם האיש קיים כבר מצוות פרו', ניתן יהיה לטעון טענת "מיקח טעות" בשל העקרות המוחלטת. הוא הביא אסמכתא לדבריו ממקורות הלכה שונים, הגם שלגופו של עניין לא נעשה שימוש בעמדה זו⁸³. יש לשער, שלא כל ליקוי פריזן שיוכר לצורך עילת מצוות פרו' יוכר אף לצורך עילת המומים. במקרה הנ"ל של עקרות האיש נעשה בבד"ר ניסיון מסוים לכמת את סיכויי הפוריות, אך מכיוון שהפסיקה הרבנית כמעט ולא עסקה בכך, לא נרחיב את הדיבור בעניין זה.

4. מצוות פרייה ורבייה מדרבנן

במקורות התלמוד נזכרת מצווה מדרבנן, שמחייבת את האיש להמשיך ולהוליד גם אחרי שקיים את דרישות המצווה מן התורה, לאמור, לאחר שהוליד כבר בן ובת⁸⁴. מצווה זו ידועה במקורות ההלכה כמצוות "ולערב אל תנח ירך", שהוא פסוק במשלי אשר שימש עבור חכמים מקור להלכה זו. עילה זו מצומצמת ומוגבלת ביותר, ויש לה רק בטענות שהעלה דיין ספרדי לגבי נשים ספרדיות, המוגנות על ידי תנאי המונגמיה⁸⁵. הדיין הזכיר עילה זו רק כדי להסתייג מדברי חכמים אחרים שדחו אותה מכול וכול, הגם שבמקרה הנידון הוא לא נזקק לה לשם

80 שו"ת הרא"ש, כלל לג, סימן א.

81 ער/שכא/85, פד"ר ד 216 ואילך.

82 חיק 7121/לה, להלן הערה 137, בעמ' 246.

83 שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז, סימן מה, פרק ה.

84 יבמות, סב, ב.

85 הרי"ן הוא הרב בן-שמעון, בחיק 7481/מ"ב, לעיל הערה 63, בעמ' 216.

הכרעת הדין. לא מצאתי בפסיקה הרבנית דיין אשכנזי שהזכיר עילה זו, אפילו לא בסניף וסיוע.

ד. כוונה ומניע בקיום מצוות פר"ו

1. כוונה לקיים מצוות פר"ו או כוונה לפרות ולרבות

מתברר אפוא שקיום מצוות פר"ו הוא עילת התביעה המרכזית של האיש במקרה של ליקוי פריזון. לאור זאת יש מקום לדון האם הכוונה והמניעים הם חלק מיסודות העילה, או אם הם עשויים, לפחות, לשמש בידי האישה כטענת הגנה. השאלה הראשונה היא האם צריך האיש להתכוון לקיים מצוות פר"ו, או שמא די בכך שרצונו לפרות ולרבות — להוליד ילדים? שאלה נוספת היא האם פר"ו צריך להיות המניע הבלעדי להגשת התביעה, או שמא די בכך שיהיה המניע המרכזי, או אפילו רק אחד מן המניעים. ייתכן אף שנרחיק לכת ונאמר, כי לתביעת פר"ו די בעובדת העדר ילדים, וגם אם טענה זו משמשת כסיוע עיניים למניע אחר, יש להיענות לה ולחייב את האישה בגט. ככל שיצומצם היסוד הנפשי הנדרש, יקטן הפער בין עילה זו של האיש לעילת "בעינא חוטרא" של האישה. בשני המקרים מבקש אחד מבני הזוג להוליד ילדים, אלא שבמקרה אחד המטרה היא לקבל משענת ותמיכה לעת זקנה (משענת פיזית דווקא, או אפילו מילדי צרכים רגשיים), ואילו במקרה השני המטרה היא קיום המין האנושי והמשכתו. מניע זה של האיש הוא מניע בסיסי ביותר וקיים אצל כל בעלי החיים, ועל כן, למעשה, לא תידרש הוכחה מצד האיש, ויהיה קשה מאוד לסתור את טענתו.

גם כאן מצאנו גישות שונות ומגוונות בפסיקת בד"ר. מצד אחד, יש דיינים המצריכים כוונה ברורה וממוקדת של האיש לקיים מצוות פר"ו. מצד שני, יש דיינים שאינם דורשים שום כוונה לקיום המצווה, ומסתפקים בעצם הרצון הטבעי לילד. בתוכם אנו מוצאים גישות שונות, הנוטות לצד זה או אחר של הקשת. גם כאן התפלגות הדעות קשורה במסורות הפסיקה הספרדית-מזרחית והאשכנזית. הפסיקה הספרדית מצמצמת את הדרישה מן הבעל, בעוד שהפסיקה האשכנזית מציבה בפני האיש דרישה גבוהה יותר של כוונה.

מבחינה היסטורית התעוררה שאלה זו לראשונה באירופה, עם התפשטות תופעת החילון בעקבות האמנציפציה, בסוף המאה השמונה-עשרה, והיא התריפה במדינת ישראל, שבה גם אלו שאינם שומרי מצוות חייבים להישפט לפי דין תורה. אחד הראשונים שהתייחס לכך היה ר' שלמה קלוגר, שדרש כוונה מוכחת מצד האיש לקיים מצוות פר"ו⁸⁶. לדעתו, בזמנים אלה אין להאמין לשום אדם שרצונו לקיים את המצווה (אפילו הוא ידוע כמדקדק בקיום מצוות), ומשום כך אין להתיר כלל את החדר"ג בשל עילת קיום מצוות פר"ו. הלכה למעשה, גישתו ממשיכה את זרם הפסיקה האשכנזי, שדחה לחלוטין את מצוות פר"ו מפני החדר"ג, הגם

86 שו"ת האלף לך שלמה, ז, לעיל הערה 49.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

שהרחייה כאן היא עקיפה, ונעשית באמצעות דיני ראיות וקביעת חזקה חלוטה⁸⁷. בקרב דיני בד"ר הולמת עמדה זו את גישתו של הרב גורן, שדחה, כמו ר' שלמה קלוגר, את ליקויי הפריון מלהיות עילת תביעה לבעל⁸⁸. גישה קרובה לזו, אך לא החלטית באותה מידה, ניתן למצוא בתשובה של ר' יצחק אלחנן ספקטור מקובנא. אף הוא דרש הוכחה לכוונה לקיום המצווה, אלא שלדעתו הדבר הוא בגדר האפשר, ואין חזקה חלוטה נגדית. משום כך, במקרה שנידון בפניו, הוא החיר את החדר"ג לתלמיד חכם ירא שמים בעילה זו של קיום מצוות פר"ו⁸⁹. אימוץ גישה זו בכד"ר יביא לכך שלא תתקבל תביעה של איש בשל ליקויי פריון, אם הוא אינו שומר תורה ומצוות. אכן, היו דיינים בכד"ר שנקטו גישה זו, ודחו, בפסק"דין שניתן בבית-הדין הרבני האזורי את תביעת הבעל להתיר לו לשאת אישה נוספת, בטענה שהאיש אינו שומר תורה ומצוות⁹⁰. לגישה זו שייכת גם הוראתו של ר' רפאל הכהן מהמבורג, מן המחצית השנייה של המאה השמונה-עשרה, שקבע כי מצוות פר"ו צריכה להיות המניע הבלעדי לתביעת האיש⁹¹. לדעתו, אם קיים מניע נוסף, כמו מריבה בין בני הזוג, תידחה תביעת האיש להתרת חדר"ג. גישות מתונות יותר לא חרצו לשבט את תביעת הבעל רק בשל קיומה של מריבה, אלא דרשו סיוע נוסף לכך שהאיש אינו מתכוון לקיים מצוות פר"ו⁹². דומה שלכך נטה הרב הרצוג בפסק"דין שכתב, אלא שהוא הסתייג מן הפורמליות שבכימות הראיות נגד קיומה של כוונה, וקבע ש"הכל הולך אחר הכוונה"⁹³. גישה מנוגדת בתכלית, שאינה מצריכה כוונה לקיום המצווה, נוקטים דיינים ספרדים ובראשם הרב יוסף. לפי דבריו

מעשים בכל יום שאין בית-דין מבחינים להבדיל בזה בין אם הבעל ירא שמים וחרד לדבר ה' לבין אם אינו שומר תורה ומצוות⁹⁴.

הרחיק לכת בהתבטאותו הרב עובדיה הדאיה, שכתב:

אף על פי שהוא איש חופשי, מכל מקום יש להתיר לו היתר נישואין, ובפרט שלמצוות פרו ורבו יש גם משמעות להשאיר לו זכר, ולא ימחה שמו

- | | |
|----|---|
| 87 | ראו לעיל בטקסט ליד הערה 49. |
| 88 | ראו לעיל בטקסט ליד הערה 30. |
| 89 | שו"ת עין יצחק, חלק ב, סימן נז, סעיף ט. |
| 90 | שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, סימן קט, אות ב. מחבר הספר, הרב עובדיה הדאיה, פרסם את פסק-הדין שנתן בערעור על פסק-הדין האזורי הזה. |
| 91 | שו"ת ושב הכהן, נה. |
| 92 | שו"ת שם אריה, קמ. |
| 93 | ער/תשי"ז/107, פד"ר ג 39. |
| 94 | לעיל הערה 28. |

בישראל ואפילו רשע ביותר הוא חרד לקיים מצוות פו"ר שלא ייפסק זרעו מן החיים⁹⁵.

מכאן שאין צורך בשום כוונה מיוחדת לקיום הציווי הדתי, אלא הרצון הבסיסי והטבעי בהמשכיות הוא כל הכוונה הנדרשת, ורצון כזה קיים במידה שווה אצל כל בני האדם.

על אף משקלה הרב של המסורת העדתית בעיצוב העמדות בעניין זה, חשוב לציין כי השייכות העדתית אינה תמיד קו החיתוך בין שני הזרמים. לעתים ניתן למצוא דיון אשכנזי שפסיקתו מתאימה לגישה הספרדית, אך לא דיון ספרדי הפוסק לפי דרכה של המסורת האשכנזית. כך, למשל, הרב ורנר, שהיה אב"ד חשוב בבר"ר האזורי בתל-אביב, פסק בזה הלשון:

מצוות פריה ורביה מתקיים גם אם לא כיון לבו לשם מצוה, ואף שלא לשם מצוה יצא ידי חובת מצוה זו, ולכן אף למי שאינו שומר תורה ומצוה אם טוען שרוצה בילדים יש להאמין לו שיעשה ככל האפשר וישא אשה בת בנים, בכדי להגיע למטרה זו, ויש להיענות לתביעתו לחייב את האשה בקבלת גט⁹⁶.

גם במסורת האשכנזית אנו מוצאים תמיכה בגישה זו, והיא באה לידי ביטוי בביקורת שמתח ר' צבי הורוביץ על חותנו ר' רפאל הכהן מהמבורג⁹⁷. ניתן אפוא לומר, שרשימת הכוונה כגורם בעילת פר"ו מצויה במסורת האשכנזית בלבד, אבל יש דיינים ממוצא אשכנזי אשר אימצו בעניין זה את העמדה הרווחת במסורת הספרדית השונה.

אולם במקרה שהתביעה לקיום פר"ו היא רק כסות עיניים, וכל כוונת האיש היא להיפטר מאשתו, אזי אף דיינים ספרדים הציבו מחסום בפני תביעת האיש. בפסקדין שניתן בבית-הדין הרבני הגדול הסכים הרב הראשי הספרדי, הרב מרדכי אליהו, לפסקדין של הרב ולדנברג לדחות את הערעור, וזאת "מאחר שהבעל נתן עינו באחרת, ואין כאן דין של מאיס עליו, ולא טען עניין של פו"ר בפני בית-הדין האזורי, ורק כאן לפנינו נזכר לטעון טענה זו, ומשמע שאין כוונתו לשם שמים". ביתר פירוט באים הדברים אצל הרב ולדנברג עצמו, שייחס את תביעתו של התובע לכך "שמאס באשת נעוריו ונתן עינו באחרת (כפי שהודה בבית-הדין שם שיש לו חברה ושהיא בהיריון ממנו) הוא שהביא אותו לתביעתו לגט פיטורין ובפנינו הוא בא בידים לא נקיות לטעון טענתו המחודשת לרצונו לקיים מצות פר"ו — כפי שלימדו אותו לאחר מכן — ואין כאן כל כוונה לשם שמים"⁹⁸.

95 לעיל הערה 90.

96 שו"ת משפטי שמואל, סימן ז.

97 שו"ת ושב הכהן, בקונטרס שבסוף החיבור.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריץ בפסיקת בתי-הדין הרבניים

גם הרב בצרי הביע את דעתו, שהיכן שהאיש רק "נאחז במצוה זו כדי להפטר מאשתו עקב כך שעניו נתן באחרת... ומצות פריה ורביה תואנה היתה בידו להכריחה לקבל גט", כי אז תידחה תביעתו לאפשר לגרש את אשתו⁹⁹. עמדה דומה נקט הרב משאש, המייצג את מסורת יהדות מרוקו בבתי-הדין הרבניים. בכמה תשובות שנתן עוד בהיותו דיין במרוקו, דחה תביעה לשינוי סטאטוס הנישואין מחמת זה שהאיש "יש לו כבר חשוקה וילד עמה פעם אחת ושניה ולא חשש לאיסור נדה וכל שכן ללאו דלא יהיה קדש ותמיד בא עליה בעקיפין דוודאי אין כוונתו לשם מצות הבת כי אם לנגד לאשתו ולקנטרה ולישא אשה אחרת עליה שלא כרצונה להתיש כחה"¹⁰⁰.

המכנה המשותף לכל המקרים שבהם רחו חכמים ספרדים את תביעת האיש בשל פגם בכוונה הוא, שהאיש חי עם אישה אחרת ואף הוליד ממנה ילדים. בכל המקרים הללו הוכיחה התנהגותו של האיש כי תביעתו לקיום מצוות פר"ו אינה אלא כנסות עיניים, והדבר הוברר במהלך הדיונים. אולם גם בנסיבות מעין אלה, לא כל הדיינים הספרדים תמימי דעים לרחות את תביעת האיש. הרב בן-שמעון קבע, כי באופן מהותי אין דרישה לכוונה ביחס לתנאי המונגמיה שצמודה לו תניית הפטור, אפילו נדרוש הוכחה כזו לעניין התרת חדר"ג:

ולפי מה שביארנו באריכות שגם שבועה אין כששהתה עשר שנים ולא ילדה א"כ אין לחשוש לשום דבר אף אם יקח אשה שאינה בת בנים, ואף אם אין כוונתו למצווה מאחר וכך היה התנאי בפירוש בכתובה (ההדגשה שלי – א"ר)¹⁰¹.

עמדה מרחיקת לכת זו קובעת שלא רק שאין צורך בכוונה לקיום מצוות פר"ו, אלא אף אם ברור שהאיש לא יישא אישה פורייה, גם אז תיענה תביעתו. העובדה שהתקיימה תניית הפטור דיה, אפוא, כדי להצדיק מתן היתר לשאת אישה נוספת או לגרש את האישה הראשונה על כורחה¹⁰². נראה לי, שגישת הדיין בן-שמעון מתאימה לגישה הכללית של הרב יוסף, גישה המתאפיינת בפתיחת השער בפני

99 תיק 1759/ל"ז, פד"ר יב 198, 202.

100 שו"ת תבראת שמ"ש, אבן העזר, יט. המקורות המובאים כתשובותיו מצביעים על מסורת מיוחדת של חכמי מרוקו כסוגיה זו, מסורת שיש לה קשר הדוק לחקנות שהתקינו במרוקו בסוף המאה השש-עשרה. אזכור התקנות ראו להלן הערה 118. המסורת המשפטית של ערה זו ראוייה למחקר נפרד.

101 לעיל הערה 63, בעמ' 217.

102 לעמדה זו יש חשיבות רבה, משום שלפיה עניינים של סטאטוס ניתנים להסדר חז"י מלא, לפחות בכל הנוגע לפגיעה במעמדה המשפטי של האשה. אלא שעניין זה חורג ממסגרת הדין של מאמר זה.

האיש התובע לגרש את אשתו בשל ליקויי פריון.

2. כוונה לשאת אישה אחרת

יש שמיקדו את יסוד הכוונה לא בתחום המופשט של כוונה לקיום מצווה, אלא במשהו מוגדר וקונקרטי, והוא נשיאת אישה אחרת. חכמים אלה דרשו הוכחה של ממש כי האיש אכן יישא אישה אחרת לאחר שיגרש את אשתו, והצדיקו דרישה זו בכך שכיום לא כופים לקיים את המצווה, והתרת חדר"ג עשויה להיות לשווא¹⁰³. עמדה זו יושמה הלכה למעשה בפסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול, בהרכב שהרכב הרצוג יושב בראשו, ושם נקבע שהיתר חדר"ג בשל קיום מצוות פר"ו יינתן רק אם –

אין מקום לחשוש שמא לא יקיים את הבטחתו לישא בת בנים – מה שבמקרה דגן אין אנו בטוחים כלל ואין מי שיתקע לידינו. ולכן נהי דלפי ההלכה נראה דאשה זו חייבת לקבל גט גם בעל כרתה, אבל למעשה אין בידינו להכריח אותה שתקבל גט¹⁰⁴.

מכאן עולה, שנטל השכנוע מוטל על כתפי האיש, ואם לא יעלה הדבר בידו תידחה תביעתו נגד אשתו. יש להניח שהוכחת כוונה לקיום מצוות פר"ו תהיה בדרך כלל גם ראיה מספקת לכך שהאיש מתכוון לישא אישה אחרת, אלא שבשל אופיה המופשט של ה"כוונה לקיום המצווה", קל יותר לטפל, בזירה המשפטית, בכוונה לשאת אישה אחרת.

בגישה אחרת אחזו הרב ורנר, שדבריו צוטטו על ידינו לעיל בשאלה אם יש בכלל צורך בכוונה כדי לקיים את המצווה¹⁰⁵, והוא הוסיף שם וקבע שאין צריך אפילו להוכיח כוונה לשאת אישה אחרת, אלא יש להאמין גם למי שאינו שומר מצוות שיעשה כן. אולם נראה שגם לפי דעתו, אם תצליח האישה להוכיח כי אין בכוונת האיש לישא אישה פורייה, כגון שהוא מצוי בקשר רומנטי עם אישה לאחר גיל הפרייון, כי אז תידחה תביעת האיש. מכאן שההבדל בין שתי הגישות הוא בשאלה על מי מוטל נטל הראיה: על האישה הטוענת שהאיש אינו מתכוון לשאת אישה פורייה, או על האיש הטוען כי יישא אישה אחרת.

עמדה קיצונית בעניין זה של דרישת הכוונה לשאת אישה בת בנים נקט הרב כן-שמעון, שקבע כי דרישה מעין זו אינה קיימת במישור המהותי¹⁰⁶. למעשה, זהו גישתו בעניין זה לגישה הקיצונית שנקט בעניין הכוונה לקיום מצוות פר"ו,

103 מקורו של טיעון זה הוא בחיבור שו"ת ושב הכהן, סימן נה, לעיל הערה 91.

104 ער/תשט"ו/55, פר"ד ד' 353, 357. בהרכב ישבו עם הרב הרצוג הדיינים אלישיב ועובדיה

105 שו"ת משפטי שמואל, סימן ז, לעיל בטקסט ליד הערה 96.

106 לעיל בטקסט ליד הערה 101.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

גישה שלפיה דרישה מעין זו אינה חלה, במישור המהותי, על תנאי המונוגמיה שיש בצדו תניית פטור, אפילו אם נדרוש הוכחה כזו לעניין התרת חדר"ג¹⁰⁷. בולט לעין הקשר בין הדרישה לכוונה לקיים את המצווה ובין הדרישה להוכיח כי האיש מתכוון ברצינות לשאת אישה אחרת. דרישת הכוונה מופיעה במסורת הפסיקה האשכנזית, שלא ראתה, בדרך כלל, בקיום פרייה ורבייה ערך בעל משקל מיוחד, וכפפה אותו לערכים אחרים ולגורמים משפטיים כמו חדר"ג והגנה על מעמדה של האישה. לעומת זאת, במסורת הפסיקה הספרדית נחשבו פרייה ורבייה לגורם בעל ערך גבוה ביותר, הדוחה מפניו גורמים אחרים, ומכאן צמצום הדרישות והתנאים המוקדמים המוטלים על האיש המבקש לפרות ולרבות. ראויה לתשומת לב גם העובדה שדיינים שלא ייחסו לכוונה משקל משפטי העמידו את תביעת הבעל בשל ליקויי פריון על עילת "בעינא חוטרא לידא". כיוון שעילה זו אינה דורשת כוונה לקיום המצווה, שכן העילה מצויה בתחום הרצון הטבעי לילד, הענקתה לאיש משחררת אותו מן הכבלים של הוכחת כוונה לקיום המצווה. לא מצאתי דיון בשאלה, אם תביעה על בסיס עילה זו תטיל על האיש את כל התנאים והדרישות החלים על תביעת האישה, ובייחוד הדרישה שלא יהיו לה ילדים כלל. ניחן לשער, כי הוספת העילה לטובת האיש נועדה, למעשה, לעקוף ביקורות המסתמכות על מקורות המצריכים כוונה לקיום מצוות פר"ו. משום כך לא נמצא עיצוב מלא ומקיף של העילה החדשה ופירוט הסייגים לתחולתה, שהרי תכליתה היא להבטיח את זכות האיש לפרייה ורבייה, ולעקוף ביקורת על העדר כוונה. עם זאת, הרב הרצוג, המשתיך לזרם המנוגד, הקדיש דיון מקיף לאפשרות השימוש בעילה זו לטובת הבעל, אך בסופו של דבר דחה אפשרות זאת בטענה שאין לכך תקדים בחיבורי ההלכה השונים, ועמד על כך שהאיש יוכיח את כוונתו לקיים מצוות פר"ו¹⁰⁸.

ה. הסוגים השונים של ליקויי הפריון

ליקויי פריון הם הפרעות פיזיולוגיות באיש או באישה, המונעות בסופו של דבר מן האישה להרות או ללדת ולד בר קיימא. בדרך כלל, ההפרעות הן ישירות ומונעות מן האישה להרות או ללדת, אלא שבד"ר הרחיב את המסגרת וכלל גם מצבים שבהם ההיריון מסכן את האישה¹⁰⁹. התפלגות האחריות לעקרות היא כדלקמן: ב־40%-50% של המקרים הבעיה היא אצל האישה; ב־30%-35% של המקרים הבעיה אצל האיש; ב־10%-20% הבעיה משותפת לאיש ולאישה;

107 שם, שם.

108 ראו, לעיל בדיון בעילת "בעינא חוטרא", בטקסט ליד הערה 70.

109 חיק 689/תשכ"ז, 894/תשכ"ז, פד"ר ז 156, 160-163. בראש ההרכב ישב הרב ולדנברג, ועמו ישבו הרבנים קאפח ו' כהן. בד"ר הסתפק כאן בשיעור סיכון לא גבוה. ראה גם חיק 15940/שם, פד"ר יג 292. במקרה זה הוכחה גם עקרותה המוחלטת של האישה, אך בד"ר ציין שסיכון האישה הוא נימוק אלטרנטיבי.

כ־10%-20% אין הסבר לבעיה¹¹⁰. קיימים סוגים שונים של ליקויי פריון, ולא כולם מעמידים עילת תביעה לאיש, לפחות לפי גישתם של כמה זרמים בפסיקה הרבנית ובמקורות המשפט העברי. נפתח את הדיון בקבוצה הבלתי־מוסכמת, אף על פי שהיא כיום קבוצה קטנה, וזאת משום שבעבר היא כללה את רובם המכריע של הזוגות הבלתי־פוריים, ומקורות ההלכה, החל מן התלמוד ועד ימינו, התייחסו בהוראותיהם בראש וראשונה לקבוצה זו.

1. עקרות בלתי־מוסכמת

כבר כתבנו¹¹¹, שאין בתלמוד התייחסות לתביעת האיש הפרטי לגירושין או להיתר נישואין בשל ליקויי פריון. החל מימי הביניים ואילך הוצרך המשפט העברי לעצב עילה זו ולקבוע את דפוסיה לאור ההגנות המשפטיות שניתנו למעמד הנישואין של האשה. כמה מקורות אפשריים יכלו לשמש למטרה זו: הוראות התלמוד בעניין התערבות הציבור כדי שהאיש יקיים מצוות פר"ו; עילת "בעינא חוטרא" במקרה של ליקויי פריון, שהתלמוד העמידה לטובת האשה בתביעתה נגד בעלה, ופרשנות תנאי המונוגמיה וחדר"ג.

מן המקור הראשון למדנו, שתנאי להתערבות הציבור לפי דין התלמוד הוא, שבני הזוג יחיו כבעל ואישה במשך עשר שנים רצופות, ללא הפסקה וללא הטרידה והפרעה מכל סוג שהוא. ובלשון התלמוד:

נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה יוציא ויתן כתובה... לפיכך חלה הוא או שחלתה היא או שניהם חבושים בבית האסורים, אין עולים לו מן המנין¹¹².

נשאלת השאלה: האם נעביר תנאי זה גם לתביעת האיש להתיר לו את תנאי המונוגמיה או את החדר"ג כדי שיוכל לקיים מצוות פר"ו? ניתן, כמובן, להקיש מן המקור התלמודי לעניין שאנו דנים בו, אך ניתן גם להבחין ולומר, כי דווקא היכן שהציבור מתערב וכופה את האיש לתת גט, עלינו לנקוט בצעדי זהירות ולהמתין, עד שיובטח שמקרה של עקרות לפנינו, אבל אם האיש הוא התובע, ובית־הדין נדרש רק להתיר את החדר"ג או את תנאי המונוגמיה, אין סיבה לעמוד על הגבלה זו. מנוסח החדר"ג לא ניתן להסיק דבר לעניין זה, כשם שלא ניתן להסיק מן הנוסח אם התכוונה התקנה להגן על האשה ולהגביל את האיש אף במקום קיום מצוות פר"ו¹¹³. מובן שהזרם האשכנזי שדחה את מצוות פר"ו מפני חדר"ג לא התעניין בשאלה זו, שהרי לדירו אין מתירים את חדר"ג כלל. הזרם האשכנזי

110 כן־רפאל, לעיל הערה 2, בעמ' 19.

111 לעיל בטקסט ליד הערות 6-8.

112 יבמות, סד, א.

113 ראו לעיל הערה 44.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

האחר, שהכיר כמצוות פר"ו כעילה להתרת החדר"ג, אימץ את הדרישה לעשר שנות המתנה ונתן לה פרשנות מרחיבה וגמישה¹¹⁴. בפסקי-הדין הרבניים שהתפרסמו נידונו מקרים שהרופאים קבעו בהם באופן פוזיטיבי מי מבני הזוג אחראי לעקרות, ולא נידון מקרה המשתיך לקבוצת אִי־הוודאות. עם זאת, הגישה שגובשה במקורות המשפט העברי לגבי קבוצה זו, שימשה את הריינים האשכנזים בדונם בליקויים אחרים. כך, למשל, במקרה של אישה שליקויי הפריון נבעו ממנה אך היו סיכויים להצלחת הטיפולים, קבע הרב ולדנברג כי

יש לבעל הזה לנסות לחיות עם אשתו בשלום עד שיצא ידי כל הספיקות של עברו עשר שנים¹¹⁵ ולא ילדה, ולפני כן אין לחייב את האשה לקבל את גיטה ועל אחת כמה שאין לתת לבעל היתר נישואין, דהווג המה מבני עדות האשכנזים וחל עליהם חרמ"ה¹¹⁶.

המסקנה המתבקשת היא שניתן להאריך את מועד ההמתנה מעבר לעשר שנים. מובן שלפי עמדה זו יוארך המועד כנדרש, ללא הגבלת זמן, אם יש סיכויים של ממש לריפוי.

שונה מאוד העמדה שמצאנו במסורת הפסיקה המזרחית, ויש לכך ביטוי ממש בפסיקת בר"ר. הרב מלכה, ראש אבות-בתי-הדין בפתח-תקווה, הגיב בפסקי-דין שנתן עוד בהיותו במרוקו על טענתה של אישה, כי בעלה היה פרוש ממנה במשך שמונה חודשים מתוך עשר השנים שעברו מאז נישואיהם¹¹⁷. הרב הבחין בחדות בין דרישת עשר שנים לפי דין התלמוד לעניין כפיית הציבור את האיש, ובין תביעת האיש להתיר לו לשאת אישה אחרת. במקרה האחרון פרק הזמן נוקשה ביותר ואין להאריכו בשום פנים, לא בשל גורמים שנוכרו בפירוש בתלמוד, כמו מחלה, מאסר או נדודים, ולא בשל סכסוכים בין בני הזוג. עמדה זו מסתמכת על תקנה מיוחדת שנתקנה במרוקו¹¹⁸, ולפיה מתירים את חגאי המונוגמיה והשבועה אם עברו עשר שנים והאיש לא קיים מצוות פר"ו¹¹⁹, בלי להתחשב בנוסח

114 שו"ת ישועות מלכו, אבן העזר, סימן ו, ומקורות נוספים הנוכחים בפסקי-דין של הרב ולדנברג, להלן הערה 116.

115 לפי עובדות המקרה חלפו יותר מעשר שנים מאז הנישואין, אלא שהאישה חלתה באיברי ההולדה למשך שלוש שנים, האיש נעדר מן הארץ כמה חודשים וגם פרש מאשתו למעלה משנה. הרב ולדנברג מוסיף גם תקופות מילואים אפשריות כדי להרחיב את חובת ההמתנה מעבר לעשר השנים הקצובות.

116 שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז, סימן מח, פרק א, סעיף ו.

117 שו"ת מקוה המים, חלק ב, אבן העזר, סימן ז.

118 תקנות יהודי מרוקו – אוסף התקנות מראשית המאה ה"ז ועד סוף המאה הי"ח על פי ספר התקנות לר' אברהם אנקאווא (צילום מתוך ספר כרם כרך ב, ליורנו, 1871, עם מבוא מאת ש' בר-אשר, ירושלים, תשל"ז) תקנה לו, לו.

ההתחייבות ובקיומה של תניית פטור.

גם כאן בא לידי ביטוי השוני ביחסן הבסיסי של שתי מסורות הפסיקה לתביעות הנידונות. האשכנזים אינם ממהרים להיענות לתביעות הבעלים כל עוד יש לאישה סיכוי סביר להרות וללדת, ואילו הספרדים אינם מוכנים לפגוע באינטרס של האיש לקיים מצוות פרי'ו.

2. עקרות מוחלטת ומוכחת

כבר בתלמוד היה ידוע כי יש נשים שהן עקרות באופן מוחלט, ומידעה זו נגזרה מסקנות משפטיות בכמה עניינים. כך, למשל, כברייתא אחת, מופיעה רשימת נשים שאין לחשוש שתלדנה, ונחלקו הנאים לגביהן אם צריכות להמתין שלושה חודשים לאחר מיתת הבעל¹²⁰. ברשימה נמנו נשים לקויות פרי'ן, והן: "עקרה, זקנה, איילונית, וקטנה, ושאינה ראויה לילד"¹²¹. נבחן את מצבן המשפטי של נשים אלה כתביעות משפטיות שהבעל מגיש נגדן, ונפתח באישה הזקנה.

(א) זקנה

כבר מקדמת דנא היה ידוע, שאישה בגיל מבוגר אינה יכולה ללדת עוד. שני גורמים השפיעו כאן: גיל האישה והפסקת הווסת¹²². כאשר התלכדו שני הגורמים אפשר היה לראות באישה עקרה מוחלטת שלא תלד עוד. הייתה לכך השלכה הן על האפשרות לקצר את זמן ההמתנה, שנקבע לעשר שנים, והן על נפקדות משפטיות שהבחינו בין עקרותה הוודאית ובין עקרות לא מוכחת – דוגמת הזכות לקבל את הכתובה¹²³. בית-הדין הרבני הגדול, בראשות הרב הרצוג, קבע כי אם הגיעה האישה לגיל ארבעים ושש – אין צורך להמתין עשר שנים, משום שהיא נחשבת כמי שלא תלד, בייחוד אם גם שהתה יותר מעשר שנים בין הבעל הראשון לבעל השני¹²⁴. בית-הדין הרבני האזורי פסק שאישה הסמוכה לגיל הזקנה תיחשב לעקרה לעניין הפסד זכותה למוזנות¹²⁵, גם אם לא תיחשב לעקרה לשם חיוב בגט.

במקורות ההלכה לא מצאנו חזית אחידה בעניין זה. ר' מנחם המאירי, מן

120 המתנה זו נדרשה כדי להכחין בין זרעו של הבעל הראשון ובין זרעו של הבעל השני.

121 כתובות, ס, ב. הרמב"ם, באישות, טו, ז, מונה נשים אלו כנשים שאסור לשאתן לפני קיומה של מצוות פרי'ו, ונוסח רכריו הוא: "עקרה, זקנה, איילונית וקטנה שאינה ראויה לילד".

122 אצל שרה אמנו מצוינת העובדה ש"חול להיות לשרה אורח כנשים" כגורם שמנע ממנה ללדת בדרך הטבע.

123 לעניין מי שנשא ביודעין אישה זקנה, ראו להלן בפרק על הגנת האישה בשל הסכמתו של האיש לאי-פרי'ונה, בטקסט ליד הערה 217.

124 ראו להלן הערה 143.

125 ראו לעיל הערה 27.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקוי פרוץ בפסיקת בתי-הדין הרבניים

החכמים הבולטים בפרובנס בימי הביניים, הסיק מן התלמוד הירושלמי כי אפילו "היא נזקנה עד שהדבר ברור שאינה ראויה להוליד" אין מקצרים את זמן ההמתנה בין עשר השנים בנימוק ש"לא חלקו חכמים"¹²⁶. לעומת זאת, בפסיקה מאוחרת יותר קבע ר' שמואל די מדינה, אחד מחשובי הפוסקים במאה השש-עשרה, כי אישה שהגיעה לגיל ארבעים ושש נחשבת, בשל גילה הגבוה, לבעלת סיכויים קלושים להתעבר, ואין צורך להמתין עשר שנים¹²⁷. פסק זה שימש אסמכתא חשובה עבור הרי"ן בן-שמעון, שסקר סוגיה זו בהרחבה¹²⁸, והסיק, כי רובם של המקורות ראו בזקנה סוג של עקרות מוחלטת ומוכחת, ששיתררה את האיש מחובת ההמתנה. לדעתו, את עשר השנים שהספרדים נוקבים בהן בתנאי המונוגמיה ובשבועה יש לפרש ברוח זמן ההמתנה שנקבע בתלמוד למקרה שהציבור כופה את האיש לקיים מצוות פרו'. עמדה זו אושרה בערעור בבית-הדין הרבני הגדול¹²⁹.

דומה שהגישה הרווחת בפסיקת בד"ר היא, שאין צורך בהמתנת עשר שנים באישה זקנה, ובוודאי כך הוא אם חדל לה אורח כנשים. לגישות האחרות אין ביטוי ממש. יש לשער, כי העובדה שבימינו רובם המכריע של המקרים מסווגים כעקרות מוחלטת, וכפי שנראה בסמוך, מוותרים בהם על המתנת עשר שנים, הביאה להחלת הדין גם בזקנה, שאינה אלא סוג מסוים של עקרה שעקרותה הוכחה כמוחלטת.

(ב) איילונית

תסמונת האיילונית היא ליקוי פרוץ מוכח של אישה, ליקוי שאינו תלוי בגיל, ונזכר כבר בתלמוד¹³⁰. סימניה החיצוניים של האיילונית ניתנו בתלמוד: אין לה דדים, היא מתקשה בעת תשמיש, אין לה שיפולי מעיים כלנשים וקולה עבה ואינה ניכרת בין אישה לאיש¹³¹. ככל הנראה מדובר כאן בתסמונת המוכרת היום לרופאים כליקוי גנטי, הנגרם בשל שינויים במבנה הכרומוזומים. הליקוי עוצר את התפתחותם של איברי הרבייה, וגורם להופעתם של קווי דמיון לזכר¹³². ציינו כבר לעיל, כי ליקוי זה משתייך גם לעילת המומין, וכי יש ראשונים

126 בית הבחירה, יכמות, סה, א.

127 שו"ת רשד"ם, י"ד, סימן צא (דף לה ע"ג).

128 לעיל הערה 63, בעמ' 218-221.

129 לעיל הערה 64.

130 ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, ערך איילונית, וכן ערך השלם, ערך איילונית.

131 יכמות, פ, כ. הרמב"ם, באישות, כ, ו מביא את כל הסימנים, וכן גם השו"ע, אבן העזר, קעב, ד. אולם הטור פסק שאפילו בסימן אחד היא איילונית (אבן העזר, קעב; והובא בהגהות הרמ"א).

132 ייתכן שתסמונת האיילונית היא תסמונת טרנר, או תסמונת דומות הנובעות ממבנה כרומוזום XO,XXX,XXY. ראו מיילדות, גניקולוגיה ורבייה לסטודנטים לרפואה (הוצאת בית הספר לרפואה, אוניברסיטת תל-אביב, מהדורה ראשונה, 1990) 322-323.

שהרחיקו לכת וסברו שניתן להפקיע בגינו את הקידושין למפרע¹³³, הגם שיש אחרונים שהתנגדו לכך בשל קשיים בבדיקות ובזיהוי¹³⁴. ההוראות שבתלמוד דנות בזכויות הכתובה של האיילונית ולא באפשרות לגרשה, שכן בתקופת התלמוד יכול האיש לגרש את האישה כרצונו, ולשאת אחרת על פניה בלי כל עילה. חכמים הבחינו בין שני מצבים: אם האיש ידע לפני הנישואין שהאישה איילונית — הרי היא ככל הנשים, ויש לה כתובה וכל הזכויות הנלוות, ובכלל זה מזונות. אם לא ידע האיש על כך לפני הנישואין, האישה יוצאת בלא כתובה, ורק את תוספת הכתובה היא זכאית לקבל. אין ספק, שגם לאחר שהוסיפו חכמים הגנות משפטיות לאישה במהלך ימי הביניים, עדיין קמה לאיש עילת גירושין והיתר נישואין במקרה של איילונית, והוא לא חויב להמתין עשר שנים של חיים משותפים ללא הפרעה. לעניין זה דומה מצבה המשפטית של האיילונית לזה של האישה העקרה באופן מוחלט, שבה נדון עתה.

(ג) עקרות מוחלטת מוכחת מבחינה רפואית

עקרות מוחלטת היא מצב ביולוגי שבו ברור בוודאות כי האישה לא תוכל להתעבר, למרות שהופעתה נשית לכל דבר, והיא אינה בגדר איילונית¹³⁵. עד לתקופה האחרונה לא היה אפשר לקבוע באופן ישיר אם האישה עקרה באופן מוחלט, ולכן הייתה קבוצה זו מצומצמת מאוד. התלמוד הגדיר אישה כעקרה אם נישאה כמה פעמים¹³⁶ ולא ילדה בכל פעם במשך עשר שנים. מכאן ואילך אסור היה לה להינשא למי שלא קיים מצוות פר"ו, ואם נישאה — דינה שתצא בלי כתובה. עם זאת היו החכמים מודעים לאופיה הנסיכתי של קביעה זו: הם לא ראו בקביעתם קביעה החלטית, והכירו באפשרות שהאישה תלד בנישואין הבאים. גם כאן, כמו בעניין האיילונית, אין התלמוד דן בתביעות לשינוי סטאטוס הנישואין. גם בפסיקה הבתורתית לא מצאנו דיון במקרים מעין אלה, ויש לשער, שאישה שנישאה כמה פעמים והוחזקה כמי שאינה יולדת, לא נישאה שוב לאיש שלא קיים מצוות פר"ו.

היום, בעקבות התפתחות הרפואה המודרנית, אפשר לקבוע, ברוכס המכריע של המקרים, מי מבני הזוג אחראי לעקרות, ואפשר אף להצביע בדיוק על הליקוי

133 אנציקלופדיה תלמודית, ערך "איילונית". אך יש חולקים ומצריכים גט. העמדה המפקיעה את הקידושין היא עמדה חריגה, משום שבמומין רגילים, אם נשאה ללא תנאי — הקידושין אינם בטלים, והאישה זקוקה לגט.

134 ים של שלמה, יבמות, פרק א, סימן א; ערוך השולחן, אכן העזר, קעב, טו.

135 לעניין ייבום וחליצה הרמב"ם מבחין בפירוש בין עקרה ובין איילונית. עקרה חייבת בייבום וחליצה (ייבום וחליצה, ו, ז), בעוד שהאיילונית פטורה מהם (שם, שם, ז).

136 לדעת רבן שמעון בן גמליאל — אחרי שלוש פעמים, ולדעת רבי — אחרי שתי פעמים. יבמות, סד, ב — סה, א.

משפטים כ"ח תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריז בפסיקת בתי-הדין הרבניים

הגורם לכך. נראה, שבד"ר עמד באתגר שבחידושי הרפואה המודרנית וקלט אותם ללא קשיים מיוחדים, וכי דייני בתי-הדין מסתמכים ללא היסוס על חוות דעת של רופאים בענייני עקרות, וחותרים את הדין על פיה. דברים ברורים וחד-משמעיים בסוגיה עקרונית זו כתב הרב צימבליסט, מן הוותיקים שבאבות-בתי-הדין בתל-אביב ואחד החשובים שבהם, וזה לשונו:

לא מצאנו לנחרץ להכנס לדיון בדבר טענתו שלא לסמוך על הרופאים ועל הסטטיסטיקה. נהוג ומקובל בכל בתי-הדין לסמוך בעניינים אלה על קביעת הרופאים, וקביעתם היא על יסוד בדיקות וסטטיסטיקה שנלקחות מקבוצות אנשים שונות ברחבי העולם כולו. ועל מי נסמוך בענייני עקרות אם לא על רופאים? (ההדגשה שלי – א"ו).¹³⁷

הדברים נאמרו בתגובה לטענת הגנה של איש, אשר רופאים קבעו כי סיכויו להוליד קלושים. האשה הסתמכה על הקביעה הזאת ותבעה ממנו גירושין.¹³⁸ ברור לגמרי, שאם בחיוב האיש לגרש כך, בתביעת גירושין נגד האשה על אחת כמה וכמה: שם ודאי שחוות הדעת הרפואית תתקבל ללא הסתייגות. גם השקפתם ואמונתם של הרופאים אינה עומדת למכשול, ובד"ר עושה כאן שימוש, כנראה, בעיקרון ההלכתי שלפיו חזקה על בעל מקצוע שיאמר אמת, כדי לשמור

137 תיק 7121/ל"ה, פד"ר י' 241, 244. בד"ר לא הסתמך על הקביעה בשו"ע, אכן העזר, קנר, ו האומרת: "ובכל גזונא אם ידוע שהוא עקר... יוציא מיד", ובדין נמנע מכך. עקרות וראית של האיש עשויה להיות גלויה וניכרת בבירור כשיש פגיעה חיצונית באיברי הרבייה, וייתכן מאוד שרק לוודאות בזאת כיוון המחבר.

138 פקפוקים ביחס לממצאי מדע הרפואה וביחס לאמינותם של הרופאים אינם זרים להלכה אף בדורות האחרונים. במאה החשע-עשרה כתב ר' משה סופר (הידוע בכינויו "חתם סופר") כי אין אפשרות להסיק מסקנה מדעית לגבי מבנה גזויותו של גר על סמך ניתוח גזויותו של יהודי – ולהיפך, בשל השוני האנטומי ביניהם, שוני הנובע מאכילת נבלות וטרפות על ידי הגויים. דבריו הסתמכו על שתי מימרות בתלמוד, המבחיין הבחנה מעין זו לעניינים מסוימים, ברם ר' משה סופר הרחיק לכת מאוד במסקנות שהסיק מן המימרות. בפרשנותו לאחד המקורות כתב: "ומפני זה קשה לי לסמוך בשום הוראה על רופאי ומננו אפילו ישראל בענין גרה וכדומה, דכל מומחתם עפ"י ספרי רפואות שנעשו ע"י נסיון שהיה להם ע"י גופי אומות העולם, וכן כל חכמתם בניתוח על פי שנסו בגופן שלהן, דחביל גופיהו, ואין מזה ראייה לגופי בני ישראל ואין לדון מדבריהם להקל בשום איסור, כי אם לענין חילול שבת ואכילה ביום הכיפורים, דלא יהא אלא ספק פיקוח נפש נמי דוחה שבת, אבל להאמין להם ממש אין נראה לי" (חידושי חתם סופר, שבת, פו, ב, ד"ה "ואם תימצא לומר"). דברים דומים כתב בחידושי חתם סופר, עבודה זרה, לא, ב, ד"ה "אידי דאכלי שקצים חביל גופי". חכם זה, שהיה מייסדה של האורתודוקסיה המודרנית במרכז אירופה ומנהיגה הנערץ, נחשב לאחד מגדולי הפוסקים אף בימינו, ולעמדותיו משקל רב בהכרעה ההלכתית. יש להגות כי לדברים אלה התכוון הבעל בטענות ההגנה שלו.

על שמו המקצועי¹³⁹.

חשובה מאוד עדותו של בית-הדין, כי עמדה זו מקובלת על כל בתי-הדין הרבניים. בבית-הדין הרבני, בניגוד לבית-המשפט האזרחי, לא קיים עקרון התקדים המחייב. משום כך רשאי כל דיין להמשיך ולדבוק בעמדתו, אפילו אם נדחתה במפורש על ידי בית-הדין הרבני הגדול. עדותו זו של בית-הדין אכן מתאימה למציאות: בכל פסקי-הדין שפורסמו בענייני עקרות לא נמצא אחד שסירב עקרונית לקבל את חוות דעתם של רופאים בכלל, או את חוות דעתם של רופאים שאינם שומרי תורה ומצוות. מכאן שבתי-הדין ככלל מקבלים את ממצאי הרפואה לעניין קביעת עקרות, והללו זוכים להסכמה רחבה מאוד בקהיליית החכמים והדיינים.

יחסו של בד"ר לקביעות הרפואה שונה במקרה שבתלמוד ובפוסקים מצויים היגדים בעלי אופי רפואי, הנוגדים היגדים של הרפואה המודרנית. קיימים שני מצבים שלגביהם נקבע בתלמוד כי האישה נחשבת עקרה, אולם הרפואה המודרנית אינה יודעת כלל על קיומם. הקביעה הראשונה היא, שאישה שילדה לראשונה אחרי גיל עשרים, שוב לא תלד אחרי גיל ארבעים¹⁴⁰. הקביעה השנייה אומרת שאם אישה חיה בגפה עשר שנים לאחר שנפרדה מבעלה הראשון, שוב לא תוכל ללדת מגבר אחר¹⁴¹. אף על פי שגורמים אלה אינם מוכרים לרפואה, היו דיינים שקיבלו את ההיגד הראשון ועשו בו שימוש משפטי ממש¹⁴², וגם ביחס להיגד השני – היו דיינים שהתחשבו בו, וביניהם הרב הרצוג עצמו¹⁴³. אלא שקביעת גיל ארבעים כגבול הפיריון למי שהחלה ללדת אחרי גיל עשרים – כבר הרב הרצוג חלק עליה, וסבר שיש לאמץ במקומה את קביעת הרפואה המודרנית. את סברתו ביסס על עיקרון הלכתי שלפיו, אם יש סתירה בין היגדים רפואיים

139 הרב הרצוג בשו"ת היכל יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן פח, "ואפילו רופא נכרי"; אגרות משה, חלק ג, אבן העזר, סימן מח, מעלה את הטיעון שרופא אינו מרע אומנותו ונאמן על דבריו. ראו גם הרב א"י אונטרמן "אמנות רופאים באיסורי תורה" שבט מיהודה (תשמ"ד) שמו. ואולם ראו את גישתו המנוגדת של הרב ולדנברג בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ח, סימן טו (קונטרס משיבת נפש), פרק ח: הרב ולדנברג מטיל ספק בנאמנותם של רופאים נוכרים או רופאים יהודים שאינם שומרי מצוות.

ראוי להדגיש, כי המונח הרווח בספרות ההלכתית "נאמנות רופאים", משמש בשתי משמעויות: 1. קבילות היגדים רפואיים, ביחוד בענייני איסור, ובפרט כשיש היגד רפואי סותר בתלמוד; 2. מהימנות הרופאים כמוסרי מידע אמין ומדויק. כאן אנו דנים ב"נאמנות" במשמעות השנייה בלבד.

140 בבא בתרא, קיט, ב.

141 יבמות, לר, ב. ראו תוספות, סוטה, כד, א, ד"ה "שאינה ראויה לילד". התוספות שם משווים בין מצב זה ובין מצב האישה הנישאת אחרי גיל עשרים, שהזכרנו קודם.

142 שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק א, סימן ו. הרב הרצוג מציין שיש דיינים המסחמכים על מימרה תלמודית זו בפסקי-הדין. כך הייתה גם עמדתו של דיין המיעוט בחי' 3977/מ"א, פד"ר יב 324, 341.

143 ער/תשי"ח/107, פד"ר ג 39. בראש ההרכב ישב הרב הרצוג.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריזון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

בדברי חז"ל ובין הרפואה המודרנית, אנו אומרים שהשתנה הטבע האנושי, כלומר: חז"ל תיארו את טבעו של גוף האדם בזמנם, אך היום, לאחר השינוי בטבע, אפשר וצריך להסתמך על ממצאי הרפואה המודרנית¹⁴⁴. המצב השני נדיר ביותר מבחינה מעשית, משום שלפי דברי התלמוד, די במחשבה על נישואין או על חיי אישות כדי למנוע את העקרות. הרב הרצוג עשה בו שימוש רק בתורת סניף וסיוע לטענה אחרת שהייתה מרכזית ומכרעת, ויש לשער שאת ההיגד התלמודי הוא לא דחה לגמרי משום שבתלמוד עצמו הזהירו חכמים לא לזלזל בו¹⁴⁵.

לעומת זאת, ניתן למצוא בתלמוד היגד בעל אופי רפואי האומר שליקוי מסוים אינו גורר בהכרח עקרות, בעוד שהרפואה המודרנית קובעת שאישה הלוקה בו לא תוכל ללדת. כזה הוא הליקוי של אל-וסת: העמדה הרפואית שוללת לחלוטין אפשרות של היריון בלי טיפולים מתאימים¹⁴⁶, וגם אלה עוזרים רק בחלק מן המקרים¹⁴⁷. היו חכמים מחכמי התלמוד שסברו, כי אישה זו עשויה ללדת¹⁴⁸, והרפואה העתיקה לא סתרה קביעה זו¹⁴⁹. בעקבות התפתחות הרפואה במאה התשע-עשרה היו חכמי הלכה שנתנו דעתם לסתירה זו¹⁵⁰, אך עמדתם הייתה שאין לדחות את ההיגד התלמודי מפני הרפואה המודרנית. כזו הייתה גם עמדת בד"ר בשני פסקי-דין, האחד בבית-הדין האזורי¹⁵¹, והשני בבית-הדין הרבני הגדול לערעורים¹⁵².

אכן, בד"ר אינם דוחים היגדים שבתלמוד מפני ממצאי הרפואה המודרנית, אלא שמצבי הסתירה בין שני מקורות אלה מועטים ביותר, והעמדה שנוקטים הדיינים ברובם המכריע של המקרים אינה יוצרת חיכוך. בד"ר מקבל, אפוא, את

144 המקורות השונים ותמציתם מרוכזים אצל א' שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (תשנ"א) ערך "השתנות הטבעים", בעמ' 244-282.

145 במישור המשפטי של פסיקה רבנית אין כמעט משמעות מעשית לעימות בין הלכה לרפואה בעניינים של ליקויי פריזון, אולם במישור העיוני-פילוסופי יש לו משמעות רבה, ואי"ה אכתוב על כך במקום אחר.

146 בן-רפאל, לעיל הערה 2, בעמ' 96-101.

147 מיילדות, גניקולוגיה ורבייה, לעיל הערה 132, בעמ' 321-325.

148 כתובות, י, ב. כפי שכתבנו, חלק מתסמונות אל-וסת ניתנות לטיפול, ויש שהיא תוצאה של תת-תזונה, מיילדות, גניקולוגיה ורבייה, לעיל הערה 132, בעמ' 324 (על הקשר בין דם בתולים לתת-תזונה ראו את הסיפור המובא בגמרא שם בסוף הסוגיה).

149 רמב"ם, אישות, יא, יב, אימץ קביעה זו ולא ערער עליה כלל.

150 שו"ת חוט המשולש (תשובות ר' אליעזר יצחק), סימן כג; שו"ת שואל ומשיב תליתאה, סימן רעג; שו"ת דברי מלכאל, חלק ג, סימן קב, שכתב בפירושו: "ואף שהרופאים אומרים שלא תלד כיוון שהוא נגד דברי חז"ל אין סומכים על דבריהם".

151 חיק 5202/כו מזונות, כו/5826 גרושין, פד"ר ח 65 ואילך. מעניין לציין כי אחד הדיינים בהרכב (אך לא אבי-בית-הדין) היה הרב צימבליסט, שהעיד על הקבילות המוחלטת של הרפואה המודרנית. על משמעות הדבר אני עומד במאמר שנוכר לעיל הערה 4.

152 ער/שכא 85, פד"ר ד 216. בהרכב ישבו הרבנים הראייה, אלישיב וזילטי.

ממצאי הרפואה המודרנית בעניין ליקויי פריון, אף על פי שהרפואה המודרנית נשענת על מדע הטבע המודרני, שמקורו ויסודו בתבונה האנושית, והוא אוטונומי ובלתי-תלוי לחלוטין בדת ובהלכה, המבוססות על התגלות¹⁵³. בד"ר גם לא ראה כל פגם בעובדה שהמדע והרפואה אוניברסליים במהותם, ומבוססים על מידע מצטבר מכל עמי תבל.

שאלה מעשית ראשונה שעמדה לדיון הייתה, האם ניתן לוותר על הדרישה לחיים משותפים במשך עשר שנים כתנאי מוקדם להתגבשות עילת התביעה של האיש. כיוון שב־85% מן המקרים אפשר לקבוע מי האחראי לעקרות, נדחית, למעשה, דרישה בסיסית הקיימת בנושא זה בחיבורי ההלכה המרכזיים¹⁵⁴. ויתור על יסוד ההמתנה עשר שנים במקרה של עקרות מוכחת אינו מוכן מאליו. בחיבורי הראשונים לא נאמר במפורש, כי תכלית השיהוי היא להוכיח במידה רבה של סבירות שבפנינו מקרה של עקרות¹⁵⁵. לא הייתה לדיינים מניעה עקרונית מנקיטת דרך פורמליסטית – הם יכלו לדבוק בדרישה ככתבה וכלשונה בתלמוד ובחיבורי הפוסקים, ולא להתחשב בעובדה שרופאים קבעו באופן פוזיטיבי מי הוא האחראי לעקרות¹⁵⁶. עמדה פורמליסטית אינה זרה להלכה בכלל, ולפסיקת בית־הדין הרבני בפרט, ולו ננקטה לא היה בה כדי להפתיע. ברם, בכמה פסקי־דין מצאנו שבד"ר ויתר על יסוד זה של חיים משותפים במשך עשר שנים היכן שהעקרות הוכחה. בית־הדין הרבני הגדול, בראשות הרב א"י הרצוג, שהיה הרב הראשי לישראל ונשיא בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, קבע כבר בשנות החמישים:

שהלכה זו נאמרה כשאין לנו סיבה מיוחדת במה לתלות את חסרון הלידה, אלא שחז"ל קבעו זמן לזה עשר שנים, אם האשה לא נכנסה בהיריון, הרי זה יכול לשמש עילה לאחד מן הצדדים לדרוש גט¹⁵⁷.

גישה דומה אנו מוצאים בפסקי־דין אחר של בית־הדין הרבני הגדול¹⁵⁸, וגם בכמה פסקי־דין אזוריים ויתרו הדיינים על תנאי ההמתנה, בשל ממצאים רפואיים ברורים¹⁵⁹. ויתור דומה על המתנת עשר שנים מתוך הסתמכות על ממצאי הרפואה ושימוש בהם מצאנו גם כתביעת האישה נגד האיש במקרה של עקרות מוכחת¹⁶⁰.

153 ראו על כך בהרחבה לעיל בטקסט ליד הערה 137.

154 רמב"ם, אישות, טו, ז; טש"ע, אכן העזר, קנד, י.

155 ראו, לעיל בטקסט ליד הערה 126 את דברי המאירי, כי גם בוקנה נצטרך להמתין עשר שנים משום ש"לא פלוג".

156 הפוסקים חלוקים בשאלה, אם ניתן לוותר על המתנת עשר שנים כאשר האישה זקנה וברור שלא תלד. ראו, לעיל בטקסט ליד הערה 128.

157 ער/תשט"ח/55, פד"ר ד 353, 355.

158 ער/תשל"ט/150, פד"ר יב 123. הדיינים היו הרבנים אברהם שפירא ומרדכי אליהו, ששימשו לאחר מכן כרבנים הראשיים לישראל, וכן הרב שלום מזרחי.

159 חיק 15940/תשם, פד"ר יג 292.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

אלא שביחס לתביעת האשה נפסק בפירוש בשו"ע¹⁶¹, כי במקרה של עקרות מוכחת אין צורך בהמתנה של עשר שנים. ייתכן שפסיקה מפורשת זו, בעניין תביעת האשה בשל עילת "בעינא חוטרא", היא המקור לויתור על ההמתנה בתביעת האיש בשל מצוות פר"ו, אף על פי שהיקש מעין זה לא נעשה בצורה מפורשת¹⁶².

אימתי נחשבת אישה לעקרה באופן מוחלט עד שהיא גכללת במסגרת זו? שיעור גדול של ליקויי פריון אצל הנשים ניתן היום לטיפול, בעזרת תרופות, ניתוחים כירורגיים או טיפולים הורמונאליים. אם כתוצאה מן הטיפול הרפואי האשה מסוגלת ללדת כדרך הטבע, היא לא תיחשב עקרה ולא תקום לאיש עילת תביעה. במקרה אחר סבלה אישה מהתדכקיות החצוצרות, אך אפשר היה לפתור את בעייתה באמצעות ניתוח שנחשב שגרתי. קביעת בד"ר הייתה ש"דינה כאשה הראויה בהחלט להיכנס להריון", ואין לאיש שום עילת תביעה נגדה¹⁶³. בהרכה מאוד מקרים סיכויי ההצלחה בטיפול אינם מוחלטים כמו במקרה הנ"ל, והם נעים בין סיכויי הצלחה גבוהים מאוד ובין סיכויים נמוכים ביותר. לא מצאתי בפסקי-הדין השונים התייחסות לגובה הסיכויים, ואין קביעה עד איזה שיעור תיחשב האשה כראויה להרות. עם זאת נוכל להסתייע בקביעות דומות בעניין עקרות הגבר: במקרה הנ"ל גם הגבר סבל מליקויי פריון, ונקבע שסיכוי של 15% להפרות אישה נחשב לעקרות וראית¹⁶⁴.

השאלה אם נרחיב לאישה את פרק זמן בן עשר השנים כאשר יש סיכוי לריפוייה תלוייה, כנראה, בסיכויי האשה ללדת. ככל שגדולים סיכוייה להירפא, תגדל מן הסתם הנטייה במערכת לדחות את מועד התגבשותה של עילת התביעה. הזכרנו לעיל גישות שונות של דייני בד"ר, והצבענו על הזיקה למסורות העדתיות השונות¹⁶⁵.

ניתן לסכם, כי במקרה של עקרות מוחלטת מוכחת, רובם המכריע של דייני בד"ר, להוציא האוחזים בגישת הרב גורן, ייענו לתביעת האיש לשינוי סטאטוס הנישואין, ולא ידרשו להמתין עשר שנים.

3. הפלות

לעתים אישה מסוגלת להרות, אך אינה מצליחה ללדת ולד ברקיימא, אלא מפילה את עובריה במהלך היריונה. תופעה זו הייתה מוכרת כבר בעת העתיקה, ובמשנה

161 אבן העזר, קנ"ד, ו.

162 שאלה אחרת היא אם עקרות מוחלטת מוכחת מקימה עילת תביעה על בסיס עילת המומין, שהיא עילה שונה מעילת קיום מצוות פר"ו. בעניין זה הרחבנו את הדיבור לעיל בפרק על עילת המומין, בטקסט שליד הערה 78.

163 ח"ק 10458/מד, פד"ר יג 353-354. אב"בית-הדין היה הרב צימבליסט.

164 שם, שם.

165 לעיל הטקסט ליד 117.

נקבע, כי אישה שהפילה אינה נחשבת לעקרה, אלא מתחילים מחדש את ספירת עשר השנים מזמן הפלתה¹⁶⁶. רק אם הפילה האישה שלוש פעמים היא נחשבת "מוחזקת לנפלים", ודינה דומה לזה של אישה שעקרותה הוכחה, על התוצאות המשפטיות הנובעות מכך¹⁶⁷. כאחוז אחד מכלל הנשים ההרות מפילות שלוש פעמים ויותר ברציפות¹⁶⁸, והן תיכללנה בקבוצת הנשים שהוחזקו לנפלים. אלא שלפי ממצאים רפואיים, לנשים אלה יש סיכוי של 60%, שהיריון רביעי יסתיים בהצלחה, ולגבי חלק מהן ניתן לשפר את סיכויי ההצלחה בעזרת טיפולים שונים¹⁶⁹. שאלה נכבדה היא כיצד יתייחס בד"ר לכך, והאם יהיה מוכן לדחות את מועד התגבשות עילת התביעה של האיש; לפי הידוע לי לא התפרסם עדיין פסק־דין רבני שדן בכך.

שאלה אחרת שיש לדון בה, לאור התקדמות המחקר הרפואי, היא האם יש חשיבות לגורם שחולל את ההפלה. כיום ידוע על מספר ניכר של גורמים שונים המחוללים את ההפלות¹⁷⁰, ומקצתם קשורים בפגמים גנטיים בעובר¹⁷¹. עניין זה נידון בפסק־דין¹⁷² שבו תבע האיש לחייב את אשתו בגט משום שהפילה שלוש פעמים. התברר, כי בפעם השלישית גרם להפלה מום בעובר. אחד הדיינים טען, שעל כגון זה לא נאמר דין התלמוד, ואין לחייב את האישה בגט אלא אם כן ההפלות נגרמו מחמתה. אולם הרב ולדנברג חלק על גישה זו. הוא סבר שגם הפלה מחמת מום בעובר נחשבת לעניין החזקתה של האישה כאישה מפלת, וחייב אותה לקבל גט. הנימוק שנתן היה, שאנו תולים את ההפלות בעונש מן השמים שהוטל על הבעל – שלא יוכל להיבנות מאישה זו ולקיים מצוות פר"ו. משום כך, לרעתו, אין זה משנה מהו הגורם המדויק שהביא להפלה¹⁷³. לפי נימוק זה נראה, שגם הממצאים הרפואיים החדשים בדבר סיכויי הגבוהים של האישה ללדת בהיריון הרביעי לא ישפיעו, והיא תחויב בגט.

4. עקרות משנית (לידת ילד אחד)

לעתים, אישה יולדת פעם אחת ואינה מסוגלת להרות פעם נוספת, ואז האיש עדיין

- 166 יבמות, ו, ו.
 167 יבמות, טה, ב. בתלמוד נזכר רק עניין הפסד הכתובה: זה היה הביטוי היחיד למעמדה של המוחזקת לנפלים, מכיוון שלא הייתה הגנה ישירה על סטאטוס הנישואין של האישה. ראו לעיל בפרק על ההגנות לסטאטוס הנישואין של האישה.
 168 בן־רפאל, לעיל הערה 2, בעמ' 195.
 169 שם, בעמ' 196.
 170 שם, בעמ' 193-202.
 171 שם, בעמ' 196.
 172 שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן סא.
 173 לא ידוע לי מה הייתה הכרעת בית־הדין, משום שפסק־הדין הובא בחיבורו של הרב ולדנברג, והוא הביא שם את פסק דינו בלבד.

משפטים כ"ה תשנ"ח תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

לא קיים את מצוות פר"ו¹⁷⁴. תופעה זו שכיחה בשיעורים דומים לשיעור העקרות הראשונית, שהוא 10%-15%, והיא מכונה בספרות הרפואית עקרות משנית¹⁷⁵. בבד"ר ניתן להבחין בגישות שונות של דיינים בעניין זה – לעתים הן מוגדרות בקוטביות. קיצוני ביותר לטובת הבעל הוא הרב עובדיה יוסף שהכיר בעילת התביעה של הבעל בעקרות משנית, ועוד הרחיק לכת והכיר בכל מקרה שהאישה ילדה ילדים בני מין אחד, וזאת משום שקיום המצווה מצריך הולדת בן ובת. ברור, שהאוחזים בגישת הרב גורן¹⁷⁶ ידחו כאן את תביעת הבעל מקל וחומר, אבל גם דיינים אשכנזים שהכירו עקרונית במצוות פר"ו כעילת תביעה נקטו כאן עמדה ברורה נגד תביעת הבעל, וקבעו שהולדת ילד אחד על ידי האישה הנתבעת חוסמת בפני הבעל כל אפשרות להתיר את חדר"ג. כך פסק הרב הרצוג בפסק-דין שנתן בבית-הדין הגדול לערעורים¹⁷⁷, והוסיף, שככל הנראה אף אם אישה אחרת ילדה את הילד תהיה זאת הגנה טובה לאישה¹⁷⁸.

דומה שגם ביחס לנשים ספרדיות נקטו דיינים אשכנזים עמדה המיטיבה עם האישה. במקרה אחד לא נכתבה תניית הפטור בכתובה כך שתנאי המונגמיה לא היה מותנה בכך שהאישה חלד תוך עשר שנים¹⁷⁹. הרב ולדנברג ראה בכך סיבה לדחות את תביעת האיש להתיר לו לשאת אישה אחרת משום שהייתה לו בת מן הנתבעת, אף על פי שהוא לא קיים מצוות פר"ו. הרב מרדכי אליהו, שכיהן לאחר מכן כרב הראשי הספרדי, חלק עליו וסבר שגם בהעדר תניית הפטור מתירים את השבועה אם האישה ילדה רק ילד אחד¹⁸⁰. גישה מיוחדת במינה מצויה אצל חכמי מרוקו, המבחינים בין בן לבת, ודוחים את תביעת האיש רק כשהאישה הנתבעת ילדה בן זכר, וכל עוד שהיא פורייה ויכולה ללדת.

מבחינה עיונית טהורה נראית לכאורה העמדה שנקט הרב עובדיה יוסף, כי מצבה המשפטית של אישה שילדה ילד אחד לא צריך להיות שונה מזה של אישה שלא ילדה כלל, שכן בשני המקרים לא קיים האיש מצוות פר"ו¹⁸¹. אכן, בתלמוד ובספרות הגאונים לא מצאנו התייחסות מיוחדת למצב שכזה, ונראה כי מנקודת התייחסותם המשפטית של האמוראים ושל הגאונים, שהתמקדה בחובת הציבור להבטיח שהאיש יקיים מצוות פר"ו, היה שווה דינה של אישה שילדה ילד אחד לדינה של זו שלא ילדה כלל. שינויים משפטיים בין עקרות מוחלטת לעקרות משנית החלו להתגלות במקורות הלכה בימי הביניים. הרשב"א פירש את דין המשנה והתלמוד כעוסק בעקרות מוחלטת בלבד, ולפיכך פסק שאישה שילדה ילד

174 כרי לקיים את מצוות פר"ו צריך האיש להוליד בן ובת. ראו טשו"ע, אבן העזר, א, ה.

175 בן-רפאל, לעיל הערה 2, בעמ' 16.

176 לעיל בטקסט ליד הערה 30.

177 ער תשי"ז/107, לעיל הערה 143, בעמ' 43.

178 ראו, להלן בפרק על ההגנות.

179 שו"ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן נה.

180 לגופו של עניין הסכים גם הרב אליהו לדחות את תביעת האיש, אבל בשל נימוקים אחרים.

181 משנה, יבמות, ו, ו; בבלי, יבמות, סא, ב-סב, א; רמב"ם, אישות, טו, ד-ה.

אחד אין כופין את האיש לגרשה, אף על פי שהוא עדיין לא קיים מצוות פר"ו¹⁸². את חידושו ביסס על פרשנות מילולית-פורמאלית לנוסח המשנה, ולזאת הוסיף שיקול מוסרי המצדיק מסקנה זו. אלא שגם לפי גישת הרשב"א, במקרה של עקרות משתנה רק ההוראה המתייחסת לציבור, ומחייבת אותו לכוף את האיש לגרש כדי לקיים את המצווה, אולם האיש עצמו מצווה ועומד לשאת אישה אחרת לשם כך. בדברי פרשנות אלו לא היה משום נקיטת עמדה לגבי מקרים שבהם האיש הוא שתבע לקיים מצוות פר"ו. מקרים כאלו החלו להעסיק את המשפט העברי בימי הביניים, כעקבות ההגנות המשפטיות שנוסדו עבור האישה ומנעו שינוי סטטוס הנישואין באופן שרירותי. בחיבורו "נימוקי יוסף" העביר ר' יוסף חביבא את חידושו של הרשב"א למציאות המשפטית החדשה בימי הביניים¹⁸³, והשתמש בו בקשר לחדר"ג. בהתייחסו לדברי הרשב"א הנ"ל הוסיף:

ולכולי עלמא אם לא ילדה אלא או זכרים או נקבות אע"פ שזכר ונקבה היא המצווה אין כופין אותו להוציא ולאוחס שקבלו חרם רבנו גרשום שלא לישא אשה אחרת על השתא נמי אינו יכול.

מכאן שבכל מקרה שבו נדחה דין התלמוד לכוף את האיש לגרש כדי לקיים מצוות פר"ו, דוחים אף את תביעת האיש ואין מתירים את חדר"ג. מנקודת מבט היסטורית לא היה למסורת הפסיקה האשכנזית בימי הביניים עניין בחידוש זה, שכן היא נקטה בדעה שחדר"ג דוחה את מצוות פר"ו אפילו במקרים של עקרות מוחלטת. אבל במסורת הפסיקה הספרדית שדחתה, ללא היסוס, את חדר"ג מפני מצוות פר"ו, וכן במסורות פסיקה מאוחרות יותר שהתגבשו באיטליה ובפולין תחת השפעה ספרדית ישירה או עקיפה, הייתה חשיבות רבה להוראה זו¹⁸⁴.

לא הכול היו תמימי דעים עם הלכת הנימוקי יוסף, וניסיונות רבים נעשו בידי זרמים שונים בפסיקה המאוחרת לצמצמה למינימום. ראש וראשון היה הריב"ש¹⁸⁵, בדור שלאחר הנימוקי יוסף, שצמצם את חידושו של הרשב"א לעניין ההמתנה עשר שנים, ולא הסכים להחיל את החידוש כמישור העקרוני. לשון אחר, לרעתו של הריב"ש לא בא הרשב"א ללמדנו אלא רק שאם ילדה האישה ילד אחר, לא נכוף את האיש לגרשה כעבור עשר שנים, בניגוד להלכה הקיימת בעקרות מוחלטת. ברם, אם העבור האישה את גיל הפריה ישוב למקומו דין התלמוד, ונכוף את האיש לגרש כדי לקיים את המצווה. המסקנה המתבקשת מכאן

182 חידושי הרשב"א, יבמות, סד, א, ד"ה "מתניתין ואם הפילה"; שו"ת הרשב"א, חלק ג, שלט.

183 נימוקי יוסף, ר"ף, כתובות, כ, א (הוצאת מקור, תש"ל, ד"צ, דפוס ראשון: קושטא, רסט).

184 ראו לעיל בטקסט ליד הערה 46.

185 שו"ת ריב"ש, טו, לעיל הערה 40.

משפטים כ"ח תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

היא, שאף בתביעת האיש לגרש או לשאת אישה אחרת כדי לקיים את המצווה, נחיר את החר"ג או את תנאי המונגמיה והשכרעה היכן שברור שהאישה אינה מסוגלת ללדת עוד. חכמים אחרים העמידו חידוש זה כמחלוקת הראשונים והעדיפו את הגישה החולקת על הרשב"א, ובכך השמיטו את הבסיס מתחת להלכת הנימוקי יוסף, שהתבסס על הרשב"א¹⁸⁶. הם פסקו כך ביתר החלטיות כשהדבר נגע לתנאי המונגמיה ולשכרעה, ובכך הותירו בידי האיש הספרדי את מלוא התופש המשפטי לקיים את מצוות פר"ו. רוב החכמים שסייגו את חידושו של הרשב"א אף ביחס לחר"ג ודחו, למעשה, את הלכת הנימוקי יוסף, היו ספרדים, אך גם אחד מנושאי הכלים החשובים של שו"ע אבן העזר – בית שמואל – שמחברו נמנה עם חכמי פולין, נקט בגישה המצמצמת¹⁸⁷. לעומתם, חכמים ממוצא אשכנזי דבקו בהלכת הנימוקי יוסף, ומעניינת ביותר עדותו של אחד מהם, שדבריו צוטטו בהרחבה ומתוך הסכמה בפסק-דינו הנ"ל של הרב הרצוג:

אשר עיינו רואות כי מעולם אנשי השם הגדולים לא גרשו נשותיהם הזקנות אשר כבר חדלו להם אורח כנשים ולא יכלו להוליד עוד... ויש אשר אין להם כי אם זכר אחד או נקבה, יש לומר כי אולי הני סמכי להם על מה שכתב הנימוקי יוסף בשם הרשב"א...¹⁸⁸

להלן נראה שהם אף הרחיבו את טענתו של הנימוקי יוסף לאישה שהיא עקרה באופן מוחלט, אלא שלבעלה יש ילד מנישואין קודמים¹⁸⁹. ברור לגמרי, כי מסורת הפסיקה הספרדית, שהחשיבה ביותר את מצוות פר"ו, דחתה ברובה את הלכת הנימוקי יוסף, או לפחות ייחסה לה משקל מועט שהיה ניתן לדחייה בקלות יחסית. לעומת זאת, מסורת הפסיקה האשכנזית¹⁹⁰, שאחד הזרמים המרכזיים בתוכה דחה לחלוטין את המצווה מפני החר"ג, אימצה בהתלהבות את הלכת הנימוקי יוסף, ודחתה, בדרך כלל, את תביעת האיש, במקרה של עקרות משנית. עקבות המסורות הללו מובילים במישורים לעמדות השונות של דיני בר"ר, שהצגנו בתחילת הדברים.

- 186 שו"ת רדב"ז, חלק ב, חש; שם, חלק א, קכו.
- 187 בית שמואל, אבן העזר, סימן קנ"ד, ס"ק כד, וז"ל: "אין כופין להוציא היינו כשהיא ראויה עוד להוליד, אבל כשהיא זקנה כופין להוליד". מכאן ברור, שכשהיא זקנה תיענה תביעת האיש לגרש את אשתו או להתיר לו לישא אחרת.
- 188 שו"ת מעיל צדקה, סימן לג, והדברים הובאו בפסק-הדין ער/תשי"ז/107, לעיל הערה 177, בעמ' 43.
- 189 דין מקיף בנושא מצוי בפסק-הדין של בית-הדין הרבני הגדול, בראשות הרב הרצוג, ער/תשי"ז/107, לעיל הערה 177, בעמ' 42-44.
- 190 רשימה של מקורות בעניין זה ראו בפתחי תשובה, אבן העזר, סימן קנ"ד, ס"ק כו, כז.

5. חיי אישות לקויים

לעתים נבצר מבני הזוג להוליד ילדים בשל חיי אישות לקויים, כתוצאה מליקויים פיזיולוגיים או מגורמים פסיכולוגיים. במקורות העבר נידונו בעיקר מקרים שבהם רחמה של האישה היה אטום, או שלא הייתה כלל אפשרות לחיי אישות, וזרעו של האיש נשפך לחוץ מבלי יכולת להגיע לרחם. כיום ניתן לתקן ליקויים מעין אלה בעזרת הפרייה מלאכותית או הפריית מבחנה, ונדרש בהם להלן. ייתכן שבמקרה כזה תקום לאיש עילה אחרת – נבצרות חיי אישות – אך עילה זו אינה זהה לעילת ליקויי הפריה שאנו דנים בה עתה.

שאלה מעניינת היא כיצד מתייחס בד"ר להפרעות פסיכולוגיות המונעות חיי אישות תקינים, ובשל כך מונעות גם הולדה. עכבות אלה יכול שיהיה מקורם באישה ויכול שיהיה מקורם באיש. בפסק־דין אחד נידון מקרה שבו נבצר מן האיש לחיות חיי אישות תקינים בשל עכבות פסיכולוגיות שלו¹⁹¹. נפסק שם, כי כיוון שהאיש שכוי בידי גורמים פסיכולוגיים, נחייב את האישה להתגרש כדי שיוכל לקיים מצוות פר"ו. פירושו של דבר, שאין דרישה של אשמה כדי לבסס עילה של קיום מצוות פר"ו, ואף היכן שהאישה אינה אשמה כלל עשויה תביעת הבעל להיענות. מכאן ברור, שאם לאישה יש עכבות פסיכולוגיות, תתקבל תביעת האיש לקיים מצוות פר"ו.

6. ליקויי פריה בשל התנהגותה של האישה

עד כה עסקנו בליקויי פריה שבאו כדרך הטבע, ולא האישה גרמה להיווצרותם. נשאלת השאלה כיצד יתייחס בד"ר למקרה שהעקרות נגרמה כתוצאה מהתנהגותה של האישה. דרך משל, אישה שעשתה הפלה על דעת עצמה ובשל כך נפגעה יכולתה להרות, או אישה שמנעה היריון ועתה עברה את גיל הפריה. אם האיש קיים מצוות פר"ו כהלכתה ויש לו בן ובת, יש להניח, כי לא תהיה להתנהגות האישה השפעה, ותביעת האיש לגרש או להתיר לו לשאת אחרת תדחה. אבל, היכן שהאיש לא קיים מצוות פר"ו, עשויה להתעורר השאלה האם תוטל אחריות כבדה יותר על האישה. למשל, אם לאישה יש ילד אחד בלבד, האם ייענו עתה לתביעת הבעל גם דיינים, השייכים למסורת האשכנזית, אשר דחו במקרה כזה את תביעתו? והוא הדין לנסיבות אחרות שננקטו בהן עמדות שדחו את תביעת הבעל. השאלה תהיה, האם עתה יחמירו עם האישה בדרישותיהם. לא מצאתי בעניין זה פסיקה, המתייחסת לעצם ההיענות לתביעת האיש, אך יש מקום להנחה כי עשויה להיות מגמה כזאת, אף על פי שהיא לא תהיה מפורשת וגלויה. לעומת זאת, קיימת התייחסות כזו לגבי התוצאות הממוניות של תביעת הבעל, ולהלן בפרק על הסעדים נדון בכך.

ו. מעין ליקויי פריון

פעמים שהאישה אין בה כל ליקוי של פריון, ובכל זאת קמה לאיש עילת תביעה הדומה לזו שקמה לו במקרים של ליקויי פריון. שניים הם המצבים המשותפים לקבוצה זו: לידת ילדים בני מין אחד, ותמותת ילדים.

1. ילדים בני אותו המין

הולדת ילדים בני מין אחד, זכרים או נקבות, היא תופעה שכיחה אצל זוגות לא מעטים, ומנקודת מבט רפואית היא אינה נחשבת כלל לבעיית פריון. יתר על כן, לפי מדע הגנטיקה זרעו של האיש קובע את מינו של היילוד, ולא הביצית של האישה¹⁹², ועל כן יהיה זה בלתי-צודק להטיל את האחריות המשפטית על אישה שילדה ילדים בני מין אחד, ולחייבה בגט או בהפסד הכתובה. עם זאת, מנקודת ראותו של המשפט העברי ניתן לשייך מצב כזה לנושא שאנו דנים בו, משום שדרישות מצוות פר"ו הן הולדת בן ובת, ולא די בכמה ילדים בני אותו המין. עמדה קיצונית בעניין זה נקט הרב יוסף בפסק-דין שכבר הזכרנו¹⁹³, ובו קבע, כי אם לא מולאו דרישות מצוות פר"ו ככתבן וכלשונן, לאמור – הולדת בן ובת בני-קיימא, יש בידי האיש עילה לתבוע גירושין או היתר נישואין. לעניין זה, אין הבדל בעיניו בין אם ילדה האישה רק בנים או שילדה רק בנות. עמדה זו מחייבת לדחות את הלכת הנימוקי יוסף שהזכרנו לעיל, ואכן הרב יוסף דחה הלכה זו. מובן מאליו, שדיינים אשר דחו את תביעת הבעל שאשתו סבלה מעקרות משנית וילדה רק ילד אחד¹⁹⁴, על סמך הלכת הנימוקי יוסף, ידחו מקל וחומר את תביעת הבעל במקרה מעין זה. מעניינת במיוחד גישתם של כמה מחכמי מרוקו, שלהם מסורת מיוחדת בנושא זה.¹⁹⁵ הרב משאש, רבה הראשי של ירושלים וראש אבות בתי-הדין, סבר שאם ילדה האישה רק זכרים, והיא אינה יכולה ללדת יותר, לא נתיר לאיש לשאת אישה נוספת, אף על פי שהוא לא קיים עדיין מצוות פר"ו, אבל אם ילדה האישה רק נקבות – תיענה תביעתו¹⁹⁶. הרב יוסף מתח ביקורת תקיפה על עמדה זו וקבע, שבארץ ישראל יש להיענות לתביעת הבעל בין אם ילדה האישה רק בנים ובין אם ילדה רק בנות¹⁹⁷.

היענות לתביעת האיש במקרה של ילדים בני מין אחד קשה לקבלה, ובייחוד לאור ממצאי מדע הגנטיקה, האומרים שהאיש קובע את מין היילוד ולא

192 ממנדליום להנדסה גנטית (האוניברסיטה הפתוחה) יחידה 1, סעיף 2.1.

193 שו"ת יביע אומר, לעיל הערה 28, דף שי, בהערת השוליים בהרחבה רבה.

194 ראו בסעיף הקודם בדיון בעקרות משנית.

195 זו ממתנה עדיין למחקר מקיף.

196 שו"ת תבואות שם"ש, אבן העזר, סימן יט. פסק-הדין ניתן במרוקו, אך יש להניח שעמדתו של הרב משאש לא השתנתה בישראל, וביקורתו התקיפה של הרב יוסף נגדו תוכיח.

197 ראו לעיל הערה 28.

האישה¹⁹⁸. כאן באה לידי ביטוי בצורה הקיצונית ביותר המסורת הספרדית, שהעניקה עדיפות עליונה לקיום מצוות פר"ו. המעיין בדברי הרב יוסף יתקשה שלא להתרשם, כי הוא חותר בעוז להבליט את ייחודה של המסורת הספרדית ולהעלותה למרכז המפה ההלכתית¹⁹⁹, תוך השמעת ביקורת חריפה נגד מגמות מתונות יותר. אפשרות הבלימה שהייתה קיימת בעבר הוסרה עם תיקון סעיף 179 לחוק העונשין²⁰⁰, ויש לתמוה מאוד על מה ראה המחוקק הישראלי לעשות כן.

2. תמותת ילדים

עניין אחר שנידון בספרות ההלכתית עם הדיון בליקויי פריון היה תמותת ילדים. הבעיה התעוררה כאן משום שלפי ההלכה, אם הוליד האיש ילדים והם מתו, לא קיים מצוות פר"ו²⁰¹. מצב זה מעורר קושי מוסרי גדול, שכן האישה מצדה ילדה כנדרש, ולמות ילדיה לא היה כל קשר אליה, ומדוע זה תישא באחריות משפטית כלשהיא, לאחר שזקנה ושוב אינה יכולה ללדת? ביטוי ברור לכך נתן הרשב"א כשכתב כי "זה אין השכל מקבל" שיחייבו את האיש לגרש את אשתו כדי לקיים מצוות פר"ו, אף על פי שמבחינה פורמאלית היה מקום להחיל כאן את כל ההוראות התלמודיות שנקבעו לעניין אישה שלא ילדה עשר שנים²⁰².

בימינו אלה שיעור תמותת תינוקות וילדים הוא נמוך ביותר ואף זניח, ולפיכך חדל הנושא, לשמתתנו, להעסיק את הפסיקה ולהטרידה, ולא מצאתי ולו פסק-דין רבני אחד העוסק בשאלה זו. בשל כך לא ארחיב את הדיבור בו, ורק אצביע על כמה עקרונות שישמשו את הפסיקה הרבנית, אם תתעורר בעיה מעין זו. הפסיקה האשכנזית לא דנה בכך, ויש להניח כי היא לא הייתה נענית לחביעה מעין זו, כפי שלא נענתה במקרים של עקרות משנית. למעשה, כולל הרשב"א יחד תמותת ילדים עם עקרות משנית וילדים בני מין אחד, ולגבי כולם הוא דוחה את דין התלמוד²⁰³, כך שלפי הלכת הגימוקי יוסף אף בתמותת ילדים לא נחיר לאיש את החר"ג²⁰⁴. לעומת זאת, הפסיקה הספרדית הרבתה לדון במקרים אלה. בייחוד הטריד הנושא את חכמי ההלכה באימפריה העות'מאנית במאה השש-עשרה, ככל הנראה משום שתמותת ילדים רווחה ביותר בעבר, ושיעורים גבוהים של ילדים

198 עמדת הרב יוסף כאן אינה מתיישבת, לכאורה, עם גישת בד"ר בטקסט ליד הערה 137, המקבלת את ממצאי הרפואה המודרנית היכן שאינם סותרים היגדים תלמודיים. אלא שבכל הקשור לממצאי מדע הגנטיקה מתגלה בקרב רייני בד"ר גישה מתנכרת, הדוחה את הממצאים גם אם יש לקונה בעניין במקורות התלמוד וההלכה. בתופעה זו אני מרחיב את הדיבור במחקרי הנזכר לעיל הערה 151.

199 על מגמה זו ראו אליאש, לעיל הערה 20, בעמ' קצה, קצט.

200 ראו לעיל הערה 31.

201 טשו"ע, אבן העזר, א, 1.

202 שו"ת הרשב"א, חלק ג, שמ.

203 ראו לעיל בטקסט ליד הערה 182.

204 לעיל בטקסט ליד הערה 183.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

מתו בטרם הגיעם לבגרות²⁰⁵. העמדה הרווחת הייתה שניתן לבסס עילת תביעה עבור האיש בנסיבות אלה, ועיקר הדיון התמקד בשאלה ממתי סופרים את עשר השנים. בדומה למקרה של הפלה, נקבע שספירת עשר שנות ההמתנה מתחילה מחדש מיום מות הילד, ולא מעת הלידה האחרונה. ניתן כמובן לשלב מצב זה עם מצב של עקרות משנית, כגון אישה שילדה בן ובת ואחד מילדיה מת ועתה היא זקנה ואינה יכולה ללדת עוד. אף כאן מצאנו לרדב"ז, שהוא מן הפוסקים החשובים, שהתיר לאיש את תנאי המונגמיה ואת שבועת המונגמיה, וחסידי המגמה המרחיבה את עילות האיש בשל ליקויי פריון יוכלו להיאחז בכך.

ז. הגנות

1. הפרייה ולידה באמצעים מלאכותיים

ראינו כבר כי טיפול רפואי המאפשר לאישה, כסופו של דבר, להרות כדרך הטבע וללדת ולד של קיימא, מביא לכך שהאישה לא תיחשב ללקויה פריון. נשאלת השאלה, אם גם פתרונות המאפשרים היריון או לידה בדרך מלאכותית ישמיטו את הבסיס מתחת לתביעת האיש. אם פתרון מסוים אינו קביל מנקודת ראות הלכתית בשל גורמים של איסור והיתר, לא תצמח לאישה תועלת משפטית אם תבחר בהפרייה בדרך זו, שכן בד"ר עלול אף לראות בהתנהגותה בסיס לעילת גירושין אחרת – העילה של עוברת על דת²⁰⁶.

עד כה לא התפרסם פסק-דין של בד"ר העוסק בנושא במישרין. משום כך נסתפק בהצבעה על שיקולים אפשריים העשויים להנחות את בד"ר לכשידון בעניין. בידינו פסק-דין של בד"ר במקרה שלאיש היה פגם בזרע, שלא אפשר התעברות בחיי אישות רגילים אלא חייב הזרעה מלאכותית. בד"ר פסק כי האישה רשאית לטעון שהיא רוצה בילד שיוולד כדרך הטבע ולא בדרך של הזרעה מלאכותית, ולכן קיבל את תביעתה וחייב את האיש בגט²⁰⁷. למיטב ידיעתי הועלה טיעון זה כאן לראשונה, ולא ברור על מה הוא מתבסס. אם הוא יתקבל, תהיה זו שאלה מעניינת אם ניתן יהיה להקיש מתביעת אישה בשל ליקויי פריון לתביעת האיש בשל ליקויי פריון, ולדחות את הגנתה של האישה בנסיבות דומות. לכאורה ניתן להבחין בין התביעות, משום שאצל האישה עילת התביעה היא הרצון הטבעי בילד, ומשום כך סבר בד"ר שאף ההזרעה צריכה להיות כדרך הטבע. אולם אצל האיש העילה המרכזית היא קיום מצוות פר"ו, ואם המצווה מקוימת גם בדרך זו של הפרייה, לא תקום לאיש עילת תביעה. עם זאת ראינו שיש דיינים אשר הכירו

205 אני דן בכך בהרחבה במאמרי הנזכר לעיל הערה 53.

206 על נושאים אלה בהלכה, ובהשוואה לגישות מודרניות, ראו: F. Rosner *Modern Medicine and Jewish Ethics* (New York, 2nd ed., 1991), pp. 69–121.

207 חיק 10458/מר, פד"ר יג 352.

בעילה של רצון טבעי בילד גם כעילה של האיש²⁰⁸, וייתכן שלפי גישתם יוכל גם האיש לדרוש שההפרייה תהיה בדרך הטבע ולא באמצעים מלאכותיים. אלא שאף האפשרות לקיים מצוות פר"ו בדרך זו אינה נקייה מספקות. הרב ולדנברג סבור, שספק רב אם האיש מקיים מצוות פר"ו בהזרעה מלאכותית, והוא נוטה לדעת השוללים, וזאת בנוסף להתנגדותו לעצם מעשה ההזרעה המלאכותית, אף מזרעו של הבעל, בשל שיקולים של דיני איסור והיתר. על כן יש להניח שהוא היה דוחה את טענת ההגנה של האשה²⁰⁹. אמנם, לא הכול מסכימים לגישה זו²¹⁰, אבל לעמדתו של הרב ולדנברג משקל רב, בשל מעמדו כבר-סמכא בתחום הלכה ורפואה, ובשל ההד הרב שיש לפסקיו בקהיליית הרבנים והרופאים.

ההזרעה המלאכותית, שבה זרעו של האיש מוזרק לתוך רחמה של האשה, היא הפתרון המלאכותי הפשוט ביותר ואף הוותיק מכולם. ככל שהפתרונות לליקויי הפריין משתכללים, הם נעשים מורכבים יותר ובעייתיים יותר מנקודת ראות הלכתית. בהפרייה חוץ-גופית מתבצעת ההפרייה במבחנה מחוץ לרחם האשה, ולאחר מכן שותלים את העובר ברחמה²¹¹. כאן הסתייגותו של הרב ולדנברג חריפה יותר, והוא סבור שהאיש, בשיטה זו של הפרייה, לא מקיים מצוות פר"ו לדעת הכול. כמו כן, מעשה זה עומד ברמת איסור גבוהה יותר מאשר הזרעה מלאכותית²¹². לפיכך, כאן תוביל התנגדותו לדחיית טענת ההגנה של האשה ביתר קלות, בהשוואה למקרה של הזרעה מלאכותית. אלא, שאף כאן לא הכול שוללים ודוחים את הפתרון הרפואי²¹³, וייתכן שלפי גישות אלה תקום לאשה טענת הגנה.

מורכבות יותר הן שיטות ההפרייה שבהן האשה נזקקת לסיוע ותרומה מאשה אחרת כדי ללדת, אם על ידי קבלת תרומת ביצית, אם על ידי השתלת ביצית שלה, שהופרתה בזרע בעלה, ברחמה של אישה אחרת, ואם על ידי שילובים אחרים²¹⁴. כאן מחריפות יותר השאלות הקשורות בענייני איסור והיתר, וכמו כן מתעוררת בעיה קשה של קביעת אימהות²¹⁵. מובן, שדחיית טענת ההגנה של האשה בהפרייה חוץ-גופית, שבה היא תורמת את כל החלק הנשי של ההיריון, תביא מקל וחומר לדחיית טענת ההגנה במקרה זה. אך גם אם תתקבל טענת ההגנה של

208 לעיל בטקסט ליד הערה 66.

209 שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן מה.

210 א' שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (כרך א, תשנ"א) ערך "הזרעה מלאכותית".

211 בן-רפאל, לעיל הערה 2, בעמ' 177-157. שיטות נוספות של הפרייה חלופית מתחדשות בכל

עת, וראו שם, בעמ' 182-177. אלא שלעניינו, ובשלב זה שהפסיקה הרבנית נמצאת בו, אין צורך לבחון כל שיטה ושיטה בנפרד.

212 שו"ת ציץ אליעזר, לעיל הערה 209, והערה 83.

213 א' שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (כרך ב, תשנ"א) 129-125.

214 בן-רפאל, לעיל הערה 2, בעמ' 186-182.

215 א' שטיינברג, לעיל הערה 213, בעמ' 138-129.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון במסיקת בתי-הדין הרבניים

האשה במקרה הראשון, אין זה ודאי שבד"ר ייענה לה במקרה השני – שילוב ביצית מאישה אחת עם רחמה של אישה אחרת. יש לשער, כי ככל שליקוי הפריון קטן, כן תגבר הנכונות מצד בד"ר להתחשב בפתרונות מלאכותיים מעין אלה שהזכרנו. למשל, אם האשה סובלת מעקרות משנית ולה ילד אחד, מן הסתם תישמע יותר טענתה, כי בידה להרות בדרך מלאכותית זו או אחרת. הוא הדין לסוגים אחרים של ליקויי פריון, שדנו בהם לעיל. גם שילוב עם גורמים אחרים הפועלים לטובת האשה, כמו פגמים בכונות האיש או קיומן של טענות הגנה שונות, שאין תמימות דעים לגביהן בקרב הדיינים, תגרום, מן הסתם, לנכונות מצד הדיינים לשמוע את טענות האשה.

2. הסכמת האיש – ויתור על הפריון

גורם אחר העשוי להשפיע על תביעת האיש הוא הסכמתו לליקוי הפריון. ההסכמה יכולה להינתן בצורות שונות, ובמשך כל זמן הקשר בין בני הזוג. פעמים מביע האיש את הסכמתו בהתנהגותו בעת הנישואין, בכך שנשא ביודעין אישה זקנה או עקרה מוחלטת. פעמים ניתנת ההסכמה בתקופת הנישואין ברמות שונות של מעורבות: הסכמה לשימוש באמצעים למניעת היריון האשה או להפלה; עידוד האשה לכך; דרישה ממנה לעשות כן; שימוש עצמאי (של הגבר) באמצעי מניעה, שעל ידי נמנעת מן האשה האפשרות להתעבר.

ניתן להבחין בשתי גישות ביחס להסכמה שהאיש נותן לאי-הפריון. גישה אחת אינה רואה בהסכמה גורם מיוחד, אלא תופסת אותה כנלווית ונספחת ליסוד הכוונה²¹⁶, וכל כולה אינה אלא עדות לכך, שהאיש אינו מתכוון ברצינות לקיים מצוות פר"ו, אפילו בעת הגשת התביעה. גישה שנייה רואה בהסכמה לאי-הפריון גורם עצמאי, שעל אף זיקתו לגורם הכוונה יש לו קיום נפרד. מתוך הדברים לא נתבררו יסודותיו העיוניים של גורם ההסכמה לפי הגישה השנייה: האם בפנינו מעין השחק, המונע בעד מי שעשה מעשה זמרי ונשא ביודעין אישה לא פורייה (או עודד את אשתו שלא להרות עד אשר אינה מסוגלת עוד להרות), לבוא ולהתייצב כפנחס בפי בית-הדין ולתבוע לגרש את אשתו כדי שיוכל להוליד ילדים?

בעניין זה אנו מוצאים בפסיקת בד"ר גישות שונות, ולעתים – גישות מנוגדות. במקרה אחד נשא האיש אישה מבוגרת, סמוך לעת בלותה, וכעבור פחות מעשר שנים תבע לגרשה בשל רצונו לקיים מצוות פר"ו. אחד מבתי-הדין האזוריים פסק, כי די בעובדה שהאיש נשא אישה מבוגרת מאוד, שסיכוייה להרות קלושים, כדי לרחות את תביעת הגירושין והיתר הנישואין בשל עילת פר"ו. פסק-דין זה לא פורסם, ותוכנו ידוע לנו רק מתוך מה שהובא בפסק-הדין שניתן בערעור²¹⁷. עמדה מנוגדת לזו של בד"ר האזורי נקט הרב ורנר, במקרה שבו עודד

216 ראו לעיל בפרק על כוונה ומניע בקיום מצוות פר"ו.

217 ער/תשי"ז/107, לעיל הערה 143, בעמ' 41.

האיש את אשתו להשתמש באמצעי מניעה, ומשעברה את גיל הפריה תבע לגרשה בטענה שהוא רוצה לקיים מצוות פר"ו²¹⁸. הרב ורנר החיר ללא סייג את החדר"ג; הוא תמה על חכם אחר שנקט עמדה נוגדת, ושאל "וכי מי שאכל שום יחזור ויאכל שום". בין שתי הגישות הקיצוניות הללו אנו מוצאים את גישת בית-הדין הגדול בראשות הרב הרצוג, שישב בערעור על פסק-דינו של בד"ר האזורי²¹⁹. הוא דחה את עמדת בד"ר האזורי וקבע, כי למניע בעת הנישואין אין מעמד עצמאי, ואין הוא יכול, כשלעצמו, להיות מחסום מפני תביעת האיש המתבססת על הרצון לקיים מצוות פר"ו. עם זאת, בית-הדין סבר שגורם ההסכמה עשוי לסייע במענה לשאלה המרכזית, שהיא: האם בשעת הגירושין מתכוון האיש באמת ובתמים לקיים מצוות פר"ו? אכן, בסופו של דבר נדחתה תביעת האיש בטענה שהוא לא התכוון לקיים את מצוות פר"ו בעת הגשת התביעה, ובית-הדין הסתמך, בין היתר, על כך שנשא אישה מבוגרת מאוד. גישת הרב הרצוג קרובה מבחינה עיונית לגישת הרב ורנר, אבל מבחינה מעשית יש ביניהם פער, שכן הרב ורנר לא היה מוכן לייחס להסכמה משקל כלשהו, אף לא דרך הגירס של כוונה לקיום המצווה. לא מצאתי דיינים ספרדים שדנו בעניין זה, אולם ניתן לצפות שהם לא יראו בכך מחסום מפני תביעה של האיש לקיים מצוות פר"ו עתה. אלא שקביעה זו סותרת לכאורה סעיף מפורש בשו"ע, שקבע:

הנושא אשה שפסקה מלדת ונשבע שלא ישא אחרת עליה שלא מרצונה אין יכולים להחיר לו שבועתו שלא מדעתה²²⁰.

מכאן נראה, לכאורה, שאם תסרב האישה לתביעת האיש, ייאלץ בד"ר לדחות את תביעתו. אלא שלגבי מסורת הפסיקה הספרדית עלינו להבחין בחדות בין שני הסעדים האלטרנטיביים העומדים לרשות האיש: ההיתר לשאת אישה נוספת והזכות לגרש את האישה על כורחה. השבועה הנידונה היא שבועת המונוגמיה, שרווחה בקהילות הספרדיות לאחר הגירוש, ושורשיה בארץ ספרד²²¹. אך שלא כמו בעניין ריבוי נשים, לא רווחה בציבור התחייבות חוזית מצד האיש שלא לגרש את אשתו על כורחה, והוא היה רשאי לעשות כן בכפוף לחיובו בתשלום הכתובה²²². בעבר מילאה הכתובה את ייעודה המקורי – לשמש מחסום בפני גירושין שרירותיים, וסכומה היה גדול דיו כדי לבלום גברים מפני גירוש נשותיהם. משום כך העדיפו גברים לשאת אישה נוספת, ולא לגרש את האישה הראשונה על

218 שו"ת משפטי שמואל, סימן ה.

219 לעיל הערה 217.

220 שו"ע, אבן העזר, קיח, טו. מקור הדברים, ככל הנראה, בשו"ת הרא"ש, כלל ח, ת. תמצית התשובה מופיעה בספר "חזון התנופה", שחיבר תלמידו של הרא"ש, והובאה על ידי ר"י קארו בחיבורו בית יוסף, י"ד, סימן רכת.

221 לעיל בטקסט ליד הערה 16.

222 שם, שם.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

כורחה²²³. גבר שנשא אישה שפסקה מלדת יכול, אפוא, לקיים את מצוות פר"ו: הוראת ר"י קארו כשולחן ערוך לא מגעה אותו מלקימה, אלא רק הגבילה אותו לדרך אחת, שהייתה בה משום הכבדה רבה. המציאות בימינו שונה, כידוע, והכתובה חולה לתפקד כגורם הכולם גירושין שרירותיים. סכומי הכסף הנקבעים בכתובה אינם נקבעים לפי שיקולים כלכליים, וגם אינם מתערכנים בצמוד למדד או לשינוי השער. נראה שרובן המכריע של הנשים כלל אינן יודעות מה שווי כתובתן. התוצאה היא, שהלכה זו אינה חוסמת תביעות של גברים ספרדים, לפחות לא בכל הנוגע לתביעה לחיוב האשה בגט.

עמדה החוסמת את האיש לגמרי במקרים שבהם ידע על ליקוי הפריון של האשה או מוצאים במקורות המשפט העברי אצל ר' שלמה קלוגר. לדעתו, ניתן להתיר את חדר"ג בשל מצוות פר"ו רק במקרה של איש שנשא אישה בת גילו, אבל אם בחור צעיר נשא אישה מבוגרת, לא תישמע תביעתו להתיר לו את החדר"ג לאחר בלוחה, כדי שהוא יוכל לקיים מצוות פר"ו. חכם זה העיד על עצמו שמימי לא הצטרף להתרת חדר"ג בשל מצוות פר"ו, אך גם לא נאבק בחכמים שהתירו, אולם בנסיבות אלה (צעיר שנשא מבוגרת) הוא אף יצא כנגד רבנים אחרים שביקשו להתיר את החדר"ג²²⁴. נראה, שכאן באה לידי ביטוי הגישה האשכנזית שדחתה את מצוות פר"ו מפני חדר"ג, ומתן משקל מכריע להסכמה לאי-פריון היה אחד האמצעים להשיג יעד זה. עמדתו של ר' שלמה קלוגר התקבלה על דעת הרב יחיאל ויינברג, מחשובי חכמי ההלכה בדור שלאחר השואה, אשר דן במקרה של איש שנשא אישה בת ארבעים ואחת, ולאחר מכן תבע להתיר לו את החדר"ג כדי שיוכל לקיים מצוות פר"ו²²⁵. הרב דחה את התביעה, ונימק זאת בכך שהאיש "סבר וקיבל והוא פשע בזה", ולכן לא מתירים לו את החדר"ג. טיעון זה מעמיד את הסכמת האיש עובר לנישואין ובמהלך תקופת הנישואין כגורם עצמאי ונפרד, שאינו תלוי בכוונה לקיים את המצווה בעת התביעה. אמנם, בהמשך דבריו נראה שהוא נסוג בו מן המעמד העצמאי שנתן להסכמה, וכורך אותה בכוונה לקיום המצווה בעת הגירושין. וכך הוא כותב:

דפשו והראה שאינו חושש למצוות פר"ו, ויש לחשדו שגם עתה אין כוונתו לשם שמים ורק מחמת שהיא זקנה ממנו הוא רוצה לגרשה ולישא אישה צעירה.

אולם, גם אם מבחינה עיונית ההסכמה לליקוי הפריון תלויה בכוונה לקיים את המצווה בעת הגירושין, למעשה ההסכמה היא גורם נפרד ועצמאי, שהרי חכם זה

223 ראו, למשל, שו"ת רדב"ז, חלק א, שכו. אציין, שבמקורות ספרדיים מן המאה השש-עשרה, חבע האיש, בדרך כלל, לשאת אישה נוספת ולא לגרש את האשה הראשונה.

224 לעיל הערה 49.

225 שו"ת שרידי אש, חלק ג, סימן ו.

הסתפק בה ולא הצריך שום ראיה נוספת כדי לבסס את המסקנה שהאיש אינו מתכוון, בעת הגירושין, לקיים מצוות פר"ו.

3. ילדים מאישה אחרת

פעמים שרווח והצלה יכולים לעמוד לאישה הנתבעת מאישה אחרת שילדה ילדים לבעל, ולעניין זה אין זה משנה אם הילדים היו מנישואין או מאישה פנויה²²⁶. אם יש לאיש בן ובת בני-קיימא מאישה אחרת, כבר קיים מצוות פר"ו, ולא תישמע טענתו שרצונו לגרש את אשתו כדי לקיים את המצווה מדרבנן "ולערב אל תנח ידך", הגם שהרכב בן-שמעון, אחד הדיינים הספרדים, לא דחה על הסף את תביעת האישה בנסיבות כאלה²²⁷. בעיה מתעוררת אם יש לאיש ילדים מאישה אחרת, אך אין לו בן ובת, אלא רק ילד אחד או כמה ילדים בני מין אחד. ברור שמסורת הפסיקה הספרדית הקיצונית, הבאה לידי ביטוי בפסיקת הרב יוסף²²⁸, תקבל ללא היסוס את תביעת האישה, שכן בנסיבות אלה הייתה תביעתו נענית אף אם האישה הנתבעת היא זו שילדה את הילדים. השאלה מתעוררת רק לגבי אותן גישות שדחתו את תביעת האיש היכן שהאשה ילדה אבל לא כדי קיום מצוות פר"ו: האם גם כשהיולדת הייתה אישה אחרת תידחה תביעת האישה?

בית-הדין הרבני הגדול בראשות הרב הרצוג²²⁹ נטה להשוות בין מצבה של אישה שלבעלה יש ילדים מאישה אחרת, לבין מצבה של האישה שילדה בעצמה. בסופו של דבר הוא השאיר בצריך עיון את השאלה, אם נחייב את האישה להתגרש במקרה שלאיש יש ילדים מאישה אחרת, על רקע המגמות המנוגדות במקורות ההלכה, ומשום שלא נזקק לנימוק זה כדי לדחות את תביעת הבעל. גישה שונה לחלוטין בחרו דייני בית-הדין הרבני האזורי²³⁰, וגם בית-הדין הרבני הגדול שישב בערעור²³¹, שפרטי העובדות בו היו כדלקמן: זוג ספרדים, שבכתובתם הופיע תנאי המונוגמיה ושכועה, וכן תניית הפטור. האישה עברה את גיל הפריין מבלי ללדת, אך לאיש היו ארבע בנות מנישואין קודמים. דעת הרוב בבית-הדין האזורי הייתה שיש לקבל את תביעת האיש ולחייב את האישה להתגרש, כיוון שתניית הפטור התקיימה, והאישה לא ילדה לבעלה במשך עשר שנים. הדיין הספרדי, הרב בן-שמעון, סבר שבנסיבות אלה, גם אילו ילדה האישה הנתבעת את ארבעת הבנות, הייתה תביעת הבעל מתקבלת, וקל וחומר למקרה זה שהנתבעת לא הייתה האם היולדת. דין אחר, ממוצא אשכנזי, הצטרף לעמדה זו,

226 ילד מן הנוכרית לא ייחשב לעניין זה כילדו, משום שאינו מתייחס אחריו. ביחס לממזר נחלקו הדעות בין הפוסקים, יש סבורים שהאיש קיים מצוות פר"ו בילד ממזר, ויש סבורים שהוא לא קיים את המצווה. לא מצאתי פסק-דין שדן במישרין במקרה מעין זה.

227 אך ראה עמדת הרב משאש, שר"ת תבואות שמ"ש, אבן העזר, סימן יח.

228 לעיל הערה 28.

229 לעיל הערה 143.

230 לעיל הערה 63.

231 לעיל הערה 65.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

אבל ציין בדבריו שבמקרה זה אין שבועה משום שתניית הפטור חלה כאן. אין לדעת אם כוונת דבריו הייתה, שאילו דובר בהיתר החדר"ג היה נמנע מלחייב את האישה בגט. פסק-הדין של דיין המיעוט לא התפרסם, ולכן אין לדעת מה הייתה עמדתו ומה היו נימוקיו.

התפלגות דעות חדה הייתה בבית-הדין הרבני הגדול, שבהרכבו ישבו שני דיינים אשכנזים ודיין ספרדי אחד. הרב יוסף לא כתב פסק-דין, אך לאור דבריו בפסק-הדין שהזכרנו כמה וכמה פעמים במאמר זה²³², ברור שהוא היה מתיר לשאת אישה אחרת או שהיה מחייב לגרש את הנתבעת גם אם היא הייתה היולדת. את פסק-הדין של שופטי הרוב כתב דיין אשכנזי, הרב ולדנברג, שדן באריכות בתנאי המונוגמיה ובתניית הפטור. לדעתו, תניית הפטור משחררת את האיש מהתחייבות שלא לשאת אישה אחרת אם האישה הראשונה לא תלד במשך עשר שנות נישואין, ולכן, במקרה זה, יש להתיר לאיש לגרש את אשתו על כורחה, אך אין להתיר לו לשאת אישה אחרת על פניה. אשר לחרם ירושלים של הרבנות הראשית, לדעת הרב ולדנברג לא התכוון החרם לשנות את ההוראות המשפטיות שהיו קיימות במסורת המשפטית הספרדית בנוגע לתנאי המונוגמיה והשבועה. דעת המיעוט הייתה של הרב אליעזר שפירא, והיא הייתה מנוגדת לחלוטין לעמדת הרוב. הוא סבר שחרם ירושלים השווה את מצבן המשפטי של נשים ספרדיות ונשים מעדות המזרח למצבן של האשכנזיות, אשר מוגנות על ידי החדר"ג. כיוון שלפי דעתו אי-אפשר, בנסיבות אלה, להתיר את החדר"ג, לא בנושאת אישה אחרת ולא בגירושי האישה על כורחה, הוא הדין לנשים ספרדיות. כאן באות לידי ביטוי בהבלטה הגישות השונות בקרב דייני בית-הדין הרבני לשתי רמותיו, ביחס לתקנות הרבנות הראשית שהזכרנו בראשית המאמר²³³. אין ספק שגישת הרב שפירא היא גישה חריגה בגוף בד"ר, ולכן תמשיך להתקיים בעניין זה ההבחנה הכרוכה בין מקרים שבהם האיש הוא אשכנזי והוא תובע להתיר את החדר"ג, ובין מקרים שבהם התובע הוא ספרדי המבקש לשחררו מן ההתחייבות לפי תנאי המונוגמיה.

מקורות ההלכה שעמדו לרשות הדיינים הם אלה שעליהם התבססו בדיון בעניין העקרות המשנית²³⁴. אלא שכאן קיים גורם נוסף, והוא העובדה שלא הנתבעת ילדה את הילדים. לכך יש חשיבות רבה לפי פרשנות הריב"ש לחידושו של הרשב"א, שהולדת ילד אחד רק מרחיבה את זמן השהייה שניתן לאישה, מאחר שהוכיחה שאינה עקרה. שיקול זה אינו קיים כשהיולדת היא אישה אחרת, ולכן אין מקום להרחיב את זמן השהייה מעבר לעשר שנים. לעומת זאת, מקורות אשכנזיים שהסתמכו על הוראת הנימוקי יוסף וראו בחידושו של הרשב"א קביעה מהותית, הדוחה לחלוטין את הוראת התלמוד לכופף את האיש לגרש, וזאת משום

232 לעיל הערה 28.

233 הטקסט ליד הערה 24.

234 לעיל בטקסט ליד הערה 183.

שגם קיום חלקי של המצווה דיו כדי לחסום פעולות משפטיות – הללו לא הוכרחו להבדיל בין אם הנתבעת היא שילדה ילדים בני מין אחד ובין אם אישה אחרת ילדה אותם. מקורות אלה התייחסו לנשים שהיו מוגנות על ידי חדר"ג, ועל כך אין חולק, ככל הנראה, בקרב דיינים אשכנזים ואף בקרב ספרדים. אולם מסורת הפסיקה הספרדית לא החילה את הלכת הנימוקי יוסף לגבי תנאי המונוגמיה והשכועה²³⁵, אפילו אם האישה הנתבעת היא שילדה, קל וחומר שכך פסקו לגבי אישה, שהיא עצמה כלל לא ילדה.

4. אימוץ

פתרון רווח בחברה המערבית וגם בישראל למקרים של ליקוי פריון הוא האימוץ. לא מצאתי פסק־דין רבני שהתייחס לאפשרות זו כטענת הגנה הולמת מצד האישה לתביעת הגירושין של הבעל. באין פסק־דין, אפשר ללמוד על הנושא מתשובה של הרב ולדנברג, שבה הוא קבע כי אימוץ אינו מהווה קיום מצוות פר"ו על ידי האישה. אם כן, ככל הנראה לא יוכר האימוץ כטענת הגנה מצד האישה. בכל זאת ראוי לציין, כי באחד המקורות האשכנזיים הציע אחד החכמים לאיש לאמץ יתום בביתו כתחליף לקיום מצוות פר"ו, כך שלא יצטרך להתגרש ולישא אחרת²³⁶. אמנם, הוראה זו ניתנה כתשובה לשאלת האיש, האם ההלכה מחייבת אותו לגרש את אשתו שלא ילדה לו, או שיש אפשרות שיוכל להמשיך לחיות עמה – כפי שרצה. ברור שיש כאן ביטוי מובהק למסורת האשכנזית, שלא ראתה במצוות פר"ו ערך גבוה ביותר, ומשום כך קיבלה פתרון של אימוץ. אין לדעת אם חכם זה היה פוסק כן גם במקרה שהאיש היה מגיש תביעה לגירושין נגד אשתו או תביעה להיתר נישואין. מכל מקום, יש בהלכה זו בסיס מסוים להכרה באימוץ כטענת הגנה.

ח. סעדים

תביעת הבעל עשויה לכלול כמה סעדים משפטיים, חלקם בתחום האישי – חיוב האישה בגירושין והיתר לשאת אישה אחרת – וחלקם בתחום הממוני: פטור מתשלום הכתובה ותנאיה ופטור מפיצוי גירושין, וכן פטור מחיוב מזונות.

1. סעדים בתחום האישי

לפי מיטב בדיקתי, הנוהג הרווח היום כבד"ר הוא לתבוע גירושין, ולחלופין היתר לשאת אישה נוספת. בד"ר פוסק תחילה בעניין הגירושין, ורק אם האישה מסרבת לקבל את גטה הוא דן בתביעה למתן היתר לנישואין ביניים. היתר הנישואין נועד, אפוא, לשמש אמצעי לחץ על האישה כדי שתסכים להתגרש, נוכח העובדה

235 לעיל בטקסט ליד הערה 185, דנתי בהרחבה בעמדה זו.

236 ראו פתחי תשובה, אבן העזר, סימן קנ"ד, ס"ק כז.

משפטים כ"ה תשנ"ה תביעות האיש בשל ליקויי פריזון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

שבד"ר אינו מפעיל אמצעי כפייה ישירים נגד האישה. בית-הדין עשוי לתת היתר נישואין, אך אינו מאפשר לבעל לחיות חיים ביגמיים של ממש, שכן עליו להפקיד גט וכתובה. נוהג זה דומה ביותר לנוהג שרווח במסורת המשפטית האשכנזית, שדחתה לגמרי ביגמיה מהותית כבר במאה השתים-עשרה²³⁷.

לעומת זאת, הרב יוסף בפסק-דינו הבסיסי הנ"ל²³⁸ קבע, כי נוהג בכל בתי-הדין להתיר ביגמיה מהותית לספרדי שלא קיים מצוות פר"ו. עמדה זו זכתה לביטוי מעשי מצדו בפרשת ביטון²³⁹, שבה נתן הרב יוסף היתר לביגמיה מהותית לאיש שלא קיים מצוות פר"ו, ואשתו מצדה הסכימה שיישא אישה אחרת. עמדה זו מעוגנת היטב במסורת המשפטית והחברתית של הספרדים ועדות המזרח, מסורת שבה התביעה להיתר לשאת אישה נוספת נפרדת לחלוטין מן התביעה לחיוב בגט. בקרב עדות אלה נהגה ביגמיה מהותית, הלכה למעשה, אם מעט ואם הרבה, וכמו כן הכתובה הייתה מחסום של ממש מפני גירושין. כתוצאה מכך העדיף האיש לשאת אישה אחרת ולא לגרש את אשתו, ואילו האישה נאלצה, לא אחת, לחיות לצדה של צרה על כל המשתמע מכך במישור האישי, החברתי והכלכלי. האישה שנלכדה בנישואין ביגמיים יכלה לזכות בחירותה רק תמורת ויתור על כתובתה או על חלקים ממנה, ורק מקצת הפוסקים סברו שקמה לאישה עילה לחבוע גירושין בשל כך²⁴⁰.

ברם, כפי שציינתי, תיאור זה של הרב עובדיה יוסף אינו משקף את המציאות בימינו. במציאות הישראלית היתר הנישואין שניתן בבד"ר משמש אמצעי לכפייה עקיפה על האישה למקרה שתסרב לקבל את גטה. זהו אמצעי כפייה נחרץ, משום שבד"ר אינו כופה את האישה במישרין באמצעי הכפייה המקובלים. בשום מקרה אין מתירים ביגמיה מהותית במציאות²⁴¹. דומה, שיש כאן ביטוי נוסף להתגברות המגמה של חזרה למקורות בכלל, ובסוגיה זו בפרט²⁴². מגמה זו עשויה להעלות מתהום הנשייה סעדים מעין אלה ואחרים, שהיו קיימים בעבר ונתאפשרו בשל מבנה חברתי מסוים, וכן בשל האופי הפרטי של תנאי המונוגמיה והעדר נוהג של

237 ראו על כך כמאמרי "עילות להתרת חרם ודבנו גרשום בימי הביניים המאוחרים" דיני ישראל טו (תשנ"א-תשנ"ב) צא-צב. תיאור זה אינו תלוי במחלוקת הפוסקים בשאלה איזה חדר"ג חמור יותר – חדר"ג נגד ריבוי נשים או חדר"ג נגד גירושין כפויים (על כך ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך י, ערך "חדר"ג", כעמ' שצג-שצה).

238 לעיל בטקסט ליד הערה 28.

239 לעיל הערה 1.

240 שו"ת רדב"ז, לעיל הערה 223.

241 כשיחיה שקיימתי עם מזכיר בתי-הדין הרבניים, הרב בן דה האן, הוא מסר לי כי זכור לו מקרה אחד מדרום הארץ, בתקופת כהונתו של הרב שלמה אליהו כנשיא בית-הדין הרבני הגדול לערעורים. בשיחות עם מזכיר בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, הרב ד' איינהורן (מכהן בתפקיד משנת תשנ"ב-1992, וקודם לכן שימש סגן מזכיר, מאז שנת תשל"ז-1977), וכן עם טוענים רבניים המרכיב להופיע בבתי-הדין, ציינו כולם כי לא זכור להם מקרה של ביגמיה מהותית בפסיקת בד"ר.

242 ראו לעיל בטקסט ליד הערה 199.

ממש בעניין גירושי אישה על כורחה. מעניין לציין כי בסופו של פסק-הדין התייחס הרב יוסף רק לאפשרות של גירושי האישה, ולא דן באפשרות של נישואין ביגמיים.²⁴³

גם בפסק-הדין הנזכר לעיל, בעניין האיש שהיו לו ארבע בנות מנישואין קודמים²⁴⁴, הבחינו הדיינים בין הסעד של היתר לשאת אישה נוספת ובין הסעד של חיוב בגט, אך בסופו של דבר הסכימו (אלה שפסקו לטובת האישה), כי יש לפסוק גירושין תחילה ולא היתר נישואין. אמנם הרב ולדנברג הניח, שאם יש לאיש ילד, ואפילו מאישה אחרת, אין כופין את האישה להתגרש, אלא רק מתירים לאיש לשאת אישה נוספת. אבל, כך סבר, כיוון שבדרך כלל לא תסכים שום אישה להינשא לאיש הנשוי לאחרת, יהיה עלינו לתת לאיש את סעד הגירושין. לעומתו סבר הרב בן-שמעון, כי אף במקרה כזה הסעד הראשון הוא חיוב האישה בגט ולא היתר לשאת אישה אחרת. בפועל, כאמור, לא נראית נפקות של ממש בין העמדות השונות שנקטו כאן.

2. תוצאות ממוניות

סוג נוסף של סעדים שמעניק בד"ר בתביעות בשל ליקויי פריזן הוא סעדים ממוניים. עם הינתן פסק-דין לגירושין, האישה מפסידה את זכותה למוזנות, וזכויות אחרות הנובעות מכתובתה. אולם פסק-דין לגירושין אינו תנאי הכרחי לאיבוד הזכות למוזנות, וייתכנו מקרים שהאישה תפסיד מוזנות בשל ליקויי פריזן, אך לא יוצא נגדה פסק-דין לגירושין. במקרה של חירש-אילם²⁴⁵, קבע בד"ר כי האיש פטור מתשלום מוזנות עוד בטרם שילם את סכום הכתובה, למרות שתביעתו לגירושין נדחתה, מאחר שלא הכירו לגביו בעילה של מצוות פריזן, וגם לא בעילת "בעינא חוטרא", בשל שיקולים משפטיים. הכרעה זו קשורה בהוראת ר' אליהו מזרחי, שנחלקו לגביה הדעות במקורות ההלכה ובפסיקת בד"ר²⁴⁶. נציין, שבית-הדין הרבני הגדול חלק על עמדה זו, וסבר שהפטור מחיוב המוזנות נובע מכך ש"בעינא חוטרא" הוכרה כעילת תביעה לגירושין גם אצל הבעל²⁴⁷.

בעניין זכויות הממון של האישה ניתן בשנת תש"מ פסק-דין חשוב בבית-הדין הרבני הגדול, בהרכב שישבו בו הרבנים הראשיים מרדכי אליהו ואברהם שפירא²⁴⁸. בד"ר הרחיב מאוד את זכויותיה של האישה המתגרשת בשל ליקויי פריזן, גם כאשר עקרותה מוהלטת והוכחה באופן מלא. לפי דבריהם:

243 לעיל הערה 28.

244 לעיל בטקסט ליד הערה 232.

245 ראו לעיל הערה 27, בעמ' 73.

246 על כך ראו אליאש, לעיל הערה 20, בעמ' רד-רו.

247 לעיל בטקסט ליד הערה 75.

248 ער/חשל"ט/150, פד"ר יב 123-124.

משפטים כ"ה תשנ"ח תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי-הדין הרבניים

נוהגים בתי-הדין לחייב את הבעל לשלם לאשה פיצויים, נוסף על הכתובה. וכדי לא להזניח את האשה שתשאר אחרי הגירושין בלי קורת גג לראשה, מחייבים את הבעל או להשאיר את הדירה של הזוג – אם היא שלהם – ברשות האשה, או שיראג למצוא לה דירה אחרת שיש לה בערך (כך!) – או במקרים מסוימים – לפי שיקול דעת בתי-הדין שיתן לה מחצית רכושו או משווי הקרוב לה.

האיש חויב לתת לאישה את כל הדירה אם היא שייכת לשניהם, או למצוא לה קורת גג אחרת, וזאת בנוסף לתשלום מלוא סכום הכתובה ופיצויים. במקרה הנידון קיבלה האישה מחצית מהרכוש בבית-המשפט המחוזי, מכוח חוקת השיתוף. משום כך סבר בתי-הדין, כי די לה בכך ואין להעניק לה רכוש נוסף. סייג אחד היה בפי הדיינים, והוא שהעקרות לא נגרמה באשמת האישה. אולם בפסקי-הדין הבסיסי של הרב יוסף²⁴⁹, הוא חייב את האישה להתגרש, ואילו את האיש חייב בתשלום הכתובה בלבד. לא נזכרים כלל פיצויים, ובוודאי לא נזכרת מסירת הדירה. יתר על כן, אף תשלום הכתובה בפועל לא היה תנאי בליעבור למימוש הגירושין, אלא על האיש הוטל

לשלם לה על חשבון כתובתה כאשר יוכל שאת, והשאר ישלם לה לאחר מכן כאשר תשיג ידו, על פי הוראת בתי-הדין ולאחר התחייבותו כנ"ל ירשוהו לישא אחרת, בת בנים, לקיים מצות פריה ורביה".

בשל ערכן הנמוך של הכתובות בימינו, סכום הכסף שתקבל האישה המתגרשת בשל ליקויי פריון יהיה בגדר לעג לרש. עמדה זו קשה יותר לאור גישתו של הרב יוסף, המכירה בקשת רחבה של ליקויי פריון כעילה להיתר נישואין או לגירושין. מבחינה עיונית טהורה, גישתו של הרב יוסף הולמת יותר את המקורות, ולא מצאתי במקורות ההלכה חיוב האיש כמתן דירת המגורים לאישה או מסירת מחצית הרכוש לה. במסורת האשכנזית בימי הביניים לא זכה נושא זה לפיתוח, משום שליקויי פריון חדלו להיות עילה לגירושין או להיתר נישואין, ואף לאחר שזרם אחד הכיר בעילה זו, הוקדשה עיקר תשומת הלב לשאלת התרת החדר"ג. יתר על כן, כיוון שהתרת החדר"ג לא הייתה דבר שבשגרה והתייחסו אליה בחומרה, לא מיהרו החכמים לתת היתר שכזה, אלא היפנו את הצדדים למשא ומתן. כתוצאה מכך, בפועל היה כוח המיקוח של האישה להשיג יתרונות כלכליים גדול למדי. לעומת זאת בספרד, בימי הביניים, נקבעו הוראות שונות בחיבורי ההלכה המרכזיים ובקודקסים, שהתבססו על הוראות התלמוד. הרמב"ם, למשל, קבע, כי אישה שעקרותה הוכחה תפסיד את עיקר הכתובה, ותקבל רק את התוספת, ולעומתו הראב"ד סבר שהיא תקבל רק את עיקר הכתובה אך לא את

249 לעיל הערה 28, דף שיב, ב.

התוספת. המעיין בנושאי הכלים יווכח לדעת כי קשת הדעות רחבה ומגוונת ביותר²⁵⁰. אשר לתנאי המונוגמיה, שכלל גם חיוב לתשלום הכתובה אם יישא האיש אישה נוספת, כאן אנו מוצאים חילוקי דעות בין חכמי הלכה ספרדים. יש שחייבו בתשלום הכתובה ואף הטילו חיוב בפיצויים, לפחות כשלא הייתה בכתובה תניית פטור²⁵¹. לעומת זאת, היו שאימצו את דין התלמוד גם כאן, ובהתאם לפרשנות שנתנו לו הראשונים. מרחיקת לכת ביותר הייתה העמדה שהגדירה כ"עיקר כתובה" כל סכום סטנדרטי שנהוג היה לכלול בכתובות, בלי קשר לרכיב המסוים בכתובה שהוא נכלל בו, ופטרה את האיש מן התשלום בהתאם לשיטת הרמב"ם הנזכרת²⁵².

הצבענו כאן רק על מקצת הדעות שיש במקורות ההלכה בעניין זה של זכויות הממון. קשת הדעות השלמה רחבה ומגוונת, והדבר נובע מאופיו החוזי של תנאי המונוגמיה, ומהעדר מסורת אחידה בקהילות ספרד בנוגע לנוסח, לתנאים ולהוראות הדין שנוגעות לכך. בהתאם למטרת המחקר, התמקדנו בעניינים שבד"ר עסק בהם במישורין. לא הרחבנו את הדיבור על הנושא בכללותו, הגם שבזמן מן הזמנים עשוי הרכב זה או אחר לפנות ולפסוק את הדין לפי אחד מן המקורות הללו.

250 רמב"ם, אישות, טו, ח.

251 שו"ת רדב"ז, לעיל הערה 223; שו"ת דברי יבנות (לר' יצחק אדרי), סימן שצט.

252 שו"ת רש"י, חלק א, סימן קד.