

הטאתי לפניך: בנדה, בחלה ובהדלקת הנר, בשלוש מחול לי: בחבל, בחלון ובחומה, ומה שכר נטלה? רבי אליעזר אומר זכתה ויצאו ממנה שמונה נביאים כהנים, ירמיה, חלקיה, שריה, מעשיה, ברוך בן נריה, הנמאל, שלום, ר' יהודה אומר אף חולדה הנביאה. ... ובדומה לדינה בת יעקב בחיר האבות שנעשה בה מעשה חמור לטמאותה, ואף שבשעת מעשה גדולה היתה חרפתה ובושתה קשתה ... בכל זאת הקב"ה בכבודו ובעצמו תבע את עלבונה והשיב לה את כבודה כבראשונה. ...⁷⁵

המהלך המבקש להעצים את האישה שלא בכלים הלכתיים גרידא מוסבר היטב לאור העובדה שיש גברים שאכן גירשו את נשותיהם:

ולזאת חס מהלכיר להוציא לעז על בנות ישראל כשרות אלו אלא אדרבה מצות לפרסם את גודל מתן שכרן שיזכו מהשומע צעקת אביונים שבודאי ירפא לשבר לבן של אומללות אלו ויחשב לעצבותן לברכן מברכותיו ... ועל ידי כך למנוע מהן עגמת נפש וצער וכמו שקרה לאחדות מהן שבעליהן גירשו אותן בכלל כך, אוי לנו שכך עלתה לנו בימינו.⁷⁶

לבסוף, בפנייה סמויה אל הבעל הוא קובע מפורשות שאין להתאמץ כלל להסיר את אות הקלון החרות בגופה של האישה אלא אדרבא יש להתאמץ להשאירו ולראותו כסמל של גבורה וכבוד, וזאת כדי להסיר ממנה כל אשמה ובושה:

ומהאי טעמא לדעתי אין להן שום צורך כלל להתאמץ להרחיק על ידי ניתוק את הכתובת המנאצת הנ"ל מעל גופיהן, אלא אדרבה יש לשמור על כתובת זו ולראותה לא כאות קלון ובושת אלא כסמל של כבוד וגבורה להראות שעל קדושת שמו יתברך הורגנו כל היום ודורש דמים אותם זכר, לא שכח צעקת ענוים, כי כתובת זו שבאמצעותה רבו⁷⁷ הרוצחים לנאץ ולשקץ את בנות ישראל הישרות והתמימות ולהמיט עליהן קלון עולם, כתובת זו היא לכבוד להן ולעמנו ולאות עולם שעוד נזכה לראות בפגרי האנשים הפושעים האלה שיהיו לדראון עולם ...⁷⁸

בסופה של התשובה משלים אם כן הרב אשרי את המהלך ההלכתי הפורמלי, המוגבל מעצם טיבו לייצר אמפתיה, במהלך נרטיבי, ומדגים כיצד אין די בידיעה שמבחינה הלכתית ניתן לראות את המעשה כאונס גמור. אם יש גברים המוכנים לגרש את נשותיהם לאחר הסבל שעברו הרי שניתוח הלכתי פורמלי, הגם שמנטרל באופן רדיקלי את הרעיון שהיה כאן ולו שמץ של הסכמה או רצון מצד האישה, מוגבל ביכולתו למנוע את התוצאות הקשות עבורה. הרב אשרי מבין זאת היטב ולפיכך בוחר לסיים את תשובתו ההלכתית בעצות שאינן קשורות קשר ישיר להלכה כמערכת משפטית, אלא למסורת הפרשנית-נרטיבית העשויה לייצר סנטימנטים ולחולל מהפך רגשי.

רונית עיר-שי
אוניברסיטת בר-אילן

75. אשרי, שו"ת ממעמקים, קנה-קנו.

76. אשרי, שו"ת ממעמקים, קנו.

77. כנראה: רצו.

78. אשרי, שו"ת ממעמקים.

כפי שכבר ראינו לעיל בעניין חזקת העיר והשדה, הרב אשרי בוחר בחלופה הפרשנית שמעלה את השאלה המטרידה ביותר מבחינה הלכתית, גם אם קיימת אפשרות פירוש אלטרנטיבית, וזאת בכדי לנטרל דווקא אותה. גם בעניין הגדרת האונס הוא מציב את השאלה במלוא חומרתה—אם אין איום במוות על כל בעילה ובעילה, אלא רק נסיבות רחבות של פחד, ייתכן והאישה נבעלה ברצון ואם כך אסורה לבעלה.

כאן אני מבקשת להציע שבפסיקה האשכנזית טמון יתרון פסיכולוגי שהרב אשרי מייטיב להבין ולנצל. כאשר הוא מפרש הן את המציאות והן את המצב התודעתי של אותן נשים באופן כזה שאיום במוות היה נוכח באופן ממשי בכל בעילה ובעילה ולא רק ברקע הדברים, הוא מנטרל באופן רדיקאלי את הרעיון שהאישה התרצתה למעשה:

ברם, לאחר העיון נראה שבנידון דידן אין לחשוש כלל שמה נבעלה ברצון כדי להציל את נפשה שהרי הזדים הארוכים ימ"ש היו נוהגים להרוג את האומללות הללו זמן מה לאחר שהיו מתעללים בהן ומטילים את זוהמתן בגופן הטהור כמו שפסק הרא"ש בסימן ל"ב היכא שידעו שלא יועיל הריצו אין אנו חוששים עליו. וכל זה היה ידוע למדי לאומללות הללו ואם כן בוודאי שלא היה עולה על דעתן שעל ידי שיבעלו להן ברצון יצילו את נפשן, ובפרט שהנוהג היה החתימן באות הקלון הנ"ל שהיו חוקקים על זרוען מיד לאחר שהיו נתפסות ונמסרות לבושת כדי להשאירן מאוסות ומשוקצות עד עולם... לזאת בודאי אין לחשוש כלל שנבעלה ברצון לארוכים אלו מתוך תקוה שישאירוה בחיים על ידי זה.⁷⁴

אם נחשוב על העיקרון של "ריצוי מחמת פחד", המקובל במסורת הספרדית, בעיני בעל האמור לשוב ולחיות עם אשתו לאחר שנאנסה, אפשר להניח שהוא עשוי להיות בעייתי ולו בגלל הרחבת מנעד ההסכמה המתאפשרת לכאורה באמצעותו. הרחבה זו אינה מנטרלת את הסכמת האישה, אלא מבקשת להתגבר עליה ולראותה ככפויה גם כאשר חרב חדה לא הייתה מונחת על צווארה. ייתכן וראיית סיטואציה כזאת כאונס בעייתית מאוד עבור גברים אשר מעוניינים להיות משוכנעים לחלוטין שלא היה כל שמץ ברצון במעשה המיני של נשותיהם. שהרי עניין אחד הוא לקבוע מבחינה משפטית פורמלית שאונס יכול להתרחש גם בסיטואציה רחבה של כפייה ועניין אחר הוא הפנמה מלאה של העניין, במיוחד במצב של אונס ממושך וממוסד בו כל כך הרבה גברים חיללו את גוף האישה. לפיכך, בכדי לשכנע באופן עמוק את הגבר שיסכים לא רק להחזיר את אשתו אלא גם ירצה לחיות אתה חיי אישות תקינים, יעיל יותר להטיל את כל כובד המשקל על הטענה שלא היה שם רצון והסכמה כלל. בדרך כלל מטרה זו תושג על ידי "אוקימתא" לסיטואציה—או על ידי ראיית הכפייה על המעשה עצמו או על ידי נטרול כל שמץ של רצון מצד האישה באופנים אחרים. אני סבורה כי האינטואיציה הפרשנית הזו מגיעה לשיאה בתשובתו של הרב אשרי, אך היא תקפה גם לגבי תשובתו של בעל ה"שבות יעקב".

הדברים שלעיל מקבלים חיזוק נוסף מן העובדה שהרב אשרי אינו מסתפק במהלך הלכתי. חלקה השני של תשובתו מוקדש למהלך נוסף שאולי יש לכנותו נרטיבי, או אף פסיכולוגי, שמטרתו כפולה—מחד להעצים את האישה שלאחר כל הזוועות שעברה נאלצת לעמוד מול שוקת שבורה בפני בעלה, ומאידך להשקיט את פחדיו של הבעל ומצוקתו אל מול אות הקלון החקוקה בגופה של אשתו ואשר עומד אל מול עיניו כל אימת שהוא מתייחד עמה. העצמת האישה מושגת דרך סיפוריהן של רחב ודינה והמדרשים לפיהן הן זכו לכבוד רב ולכך שיוצאי חלציהן היו נביאים וכוהנים גדולים:

דהאם כזונת נעשה את אחיותינו האומללות וכי גרועות הן מרחב הזונה שנשאת ליהושע בן נון? ובתנא דבי אליהו איתא והובא גם בילקוט ערך יהושע, שאמרה רחב לפני הקב"ה רבש"ע בשלוש

74. אשרי, שו"ת ממעמקים, קנד.

ישירות על האישה כדי לאונסה אלא על שניהם כדי לגזול את כספם, אך בכדי להציל עצמם ממוות ובהסכמת הבעל מסרה האישה עצמה למעשה. כלומר, אם לנקוט את ההבחנה שעשינו בראשית הדברים—אימת המוות היא על הנסיבות הרחבות אך לא על המעשה המיני לכשעצמו. יחד עם זאת ברור למדיי שאם לא תבעל להם, הן היא והן בעלה ייהרגו. ה"שבות יעקב" מנתח אמנם את המצב דרך הפריזמה שהתקבעה במסורת האשכנזית ויחד עם זאת עושה רושם שלא נוה לו עם המסקנה ההלכתית הנגזרת מן הבחירה הפרשנית בה נקט, אחרת קשה להסביר את סיוע התשובה:

לכן נ"ל [נראה לי] דאשה זו אסורה לבעל' אף שאין כאן נדגוד עבירה שעשתה להצלת רבים מ"מ [מכל מקום] נאסרה לבעלה כמו יעל ואסתר איברא אם ביאתה 'א'כ היתה באונס ממש פשוט להיתר דאם נתפש' מותרת ואין מקום לבעל להחמיר על עצמו מצד החומרא וחסידות דא"כ מרדכי שהיה צדיק ומ"מ לא היה פורש עצמו פעם ראשון רק שהית' טובלת עצמה לחיקו של מרדכי והא דטובלת עצמה כבר פירש"י שם וז"ל מחמת נקיות שלא תהא מאוסה לצדיק משכיבתו של אחרושי עכ"ל וככה יש לנהוג גם הוא ולא להפריש ח"ו מאשתו הכשרה.⁷²

מסקנת הדברים מאלפת. לאחר תשובה ארוכה ומנומקת בה הוא מצדד לחלוטין בהבחנותיו של המהרי"ק ומשתמש בתקדים של אסתר לפענוח המקרה המובא בפניו, היינו מצפים להכרעה הלכתית ברורה ברוח הבחנות אלה: אמנם האישה לא עשתה דבר אסור, אבל לא ניתן להחשיב את המעשה כאונס ולפיכך היא אסורה לבעלה. התפנית שאנו עדים לה בסוף דבריו, מפתיעה לא רק מצד תכנה—זו כאמור אינה המסקנה הלוגית המתבקשת מהניתוח שהטרים אותה, אלא גם מצד הנימוקים ההלכתיים המבקשים להתיר את האישה לבעלה, למרות שמבחינה מוסרית היא ברורה למדיי—שהרי איך אפשר לאסור את האישה על בעלה לאחר שזו הצילה אותו ממוות במחיר כה כבד מבחינתה? כאמור, האפשרות ההלכתית להתיר אישה זו עוברת בפשטות דרך המסורת הספרדית, אך כאשר נמנע בעל ה"שבות יעקב" מלעשות זאת נראית מסקנתו הסופית כתלושה משיה הלכתי קוהרנטי ולכל הפחות מפותלת למדיי. אני סבורה שקריאה זהירה מעלה שהוא יותר מרומו לבעל שיש לפרש את הסיטואציה כך שהכפייה הייתה על המעשה המיני עצמו ולא רק על הנסיבות הרחבות. אמנם נכון שהשוודים ביקשו את כספם, אך ברור למדיי שאילו לא מסרה האישה את עצמה לידיהם, הן היא והן בעלה היו מוצאים את מותם. במקרה זה, ניתן לומר שהאיום במוות הוא מוחשי, כאיום על הבעילה עצמה, ולכן יש להחשיבה כאנוסה למרות ש"היוזמה" למעשה הייתה מצידה.

אם לסכם את מהלך הדברים עד כה, התמונה המתקבלת היא שעל פי המסורת האשכנזית רק איום במוות על הבעילה עצמה ייחשב כאונס בגינו תהא האישה מותרת לבעלה. יחד עם זאת, אישה שהתרתה למעשה מיני בכדי להציל אחרים לא עברה על גילוי עריות אך עדיין תהא אסורה לבעלה. המסורת הספרדית לעומת זאת מחשיבה כל רצייה שנעשתה מחמת פחד כאונס, ולפיכך הרף שלה להסכמה במעשה המיני גבוה יותר.

תשובתו של הרב אשרי לאור המסורת ההלכתית

לאור הדיון ההלכתי בסוגיית "הנחבשת על ידי נפשות", מעמיד הרב אשרי את השאלה במלוא חומרתי:

ואף על פי שכשהיא מסורה בידם להרג יכול להיות שתתרצה להם ואין זה אונס דאונס לא מקרי אלא כשהיא אנוסה על עצם הבעילה אבל לא כשהיא אנוסה על ידי דבר אחר ומתרצית לבעילה וזהו רצון גמור ולמה אינה אסורה לבעלה ישראל...?⁷³

72. יעקב רישר, שבות יעקב—שאלות ותשובות חלק ב (למברג: 1897), שאלה קיז, דף יט, הדגשות אינן במקור.

73. אשרי, שו"ת מעעמקים, קנב.

והנה דבר פשוט הוא ... כי אסתר לא עשתה שום איסור ולא היה בדבר אפי' נדנדו עבירה אלא מצוה רבה עשתה שהצילה כל ישראל. ותדע דכן הוא שהרי בבואה לפני המלך שרתה עליה רוח הקדש ... אשר מכח זה נאסרה על מרדכי וחלילה וחס לומר שתשרה רוח הקדש מכח מעשה של גנאי לא תהא כזאת בישראל אלא אדרבה פשיטא ופשיטא שעשתה מצוה רבה מאד ובפרט דקרקע עולם היתה ... ודבר זה מותר לעשות עבירה זו לשמה אפילו היא אשת איש כדי להציל כל ישראל וכן מצינו באסתר שהמציאה עצמה לאחשוורוש בשעה שלא היה תובעה כדי שיתאוה לה ויהיה נח להתפתות לעשות לה בקשתה עכ"ל.... ואפילו הכי נאסרה על מרדכי בעלה משום אותו מעשה שהיה ברצון.⁶⁷

המהר"ק מבחין בין נחיצותו של המעשה לבין מעמדו המשפטי. מבחינת הנחיצות, אין ספק שאסתר עשתה את המעשה הנכון ואדרבא, זוהי "מצווה רבה." למרות זאת, היות ויש כאן אלמנט רצוני, אקטיבי, משום ש"המציאה עצמה ... בשעה שלא היה תובעה," לא ניתן להחשיב את המעשה כאונס. במונחים בהם דיברנו עד כה ניתן לומר כי כל עוד האימה אינה מוטלת על הבעילה עצמה אלא נוכח בנסיבות רחבות יותר בגין גזירת השמד באופן כללי, אין להגדיר את הדבר כאונס.⁶⁸ לעומת זאת, וכדברי הסוגיה עצמה, הפעמים הראשונות בהן נבעלה אסתר לאחשוורוש היו באונס, משום שהאימה הייתה מוטלת על הבעילה עצמה.⁶⁹ הבחנתו של המהר"ק נידונה בתשובת ר' יעקב רישר (בעל ה"שבות יעקב") מן המאה ה-17:

שאלה: מעשה שהיה כך היה סיעה של בני אדם שהלכו בדרך ואחד מהם אשתו עמו ויהי לעת ערב והלכו למלון א' סמוך ליער ומצאו שם אנשי בליעל רוצחנים שהמה מועדים להרוג נפשות על עסקי ממון וכאשר ראה שצרתן צרה שעמדו עליהם להרוג אותם ולא שמעו בהתחננו עליהם על נפשותם או הפקירה עצמה האשה ברצון בעלה ישראל וע"י כן הצילה אותם ועכשיו בא בעלה לשאול אי אשתו מותרת לו כיון שנעשה מצד אונס רציחה ברצונה ואשת ישראל שנאנסה מותרת לבעלה או יקבל שכר על הפרישה וכיצד יתנהג עמה.⁷⁰

דומה כי מקרה בו האישה מבקשת להציל את נפשה ונפש בעלה ותחת נסיבות אלה מסכימה להיבעל לשוביה הינו מקרה ברור של "ריצוי מחמת פחד" אשר על פי המסורת הספרדית נידון בפשטות כאונס. בכל זאת, כפי שנראה להלן, בוחר בעל ה"שבות יעקב" באנלוגיה של המהר"ק לאסתר, למרות שזו אינה בהכרח האנלוגיה המתבקשת. הרי אסתר עצמה לא עמדה בסכנת מוות מיידית בבואה אל אחשוורוש בעוד שהאישה בסיפור שלפניו אכן נמצאת בסכנה כזו: "[...]אלא ודאי דהחילוק הוא כדעת מהר"ק וכמ"ש דכשאונס והאימה הוא על הביאה עצמה אז היא מותרת משא"כ [מה שאין כן] אם ביאתה ברצון רק שע"י כן הצלתה מצויה אף דשפיר עבדה מ"מ [מכל מקום] יש לאסרה לבעלה ישראל."⁷¹

על פי ההשוואה לאסתר, האישה במקרה שלפניו אמנם הצילה את עצמה ואת בעלה ממוות וודאי ובכל זאת, אסורה עליו. קביעה זו נשענת על העובדה לפיה השוודים לא איימו במוות

67. יוסף קולון, *שאלות ותשובות מהר"ק* (וורשה: 1884), סימן קס, 183.

68. לניתוח זה מסכים גם הבית שמואל: "ואם זינתה ברצון כדי להציל נפשות כעובד אסתר לאחשוורוש אסורה לבעלה כיון שביאה היה ברצון שם במהר"ק ... (ר' שמואל מפיראדא, בית שמואל [פיראדא: תנ"ד], עמ' קמ"ז סימן קעח ס"ק ד). החילוק בין הריצוי מחמת הפחד על המעשה עצמו לבין הנסיבות הרחבות יותר מובע בצורה ברורה גם בפרשנותו של בעל ה"דברי נחמיה" (ר' נחמיה הלוי מדוברוונה) מן המאה ה-18: "אלא נראה דעיקר החילוק הוא כל שהמאנס עיקר תביעתו בעצם וראשונה הוא על הבעילה אלא שמפחדה שאם לאו ירהגנה אז נקרא אנוסה בבעילה. אבל כל שעיקרו לא בא כ"א [כי אם] להריגה. אלא שהיא מעצמה כדי להנצל מזה מתרצית לבעילה לא נקרא אנוסה בבעילה. וזהו החילוק באסתר ... (דברי נחמיה, שאלות ותשובות, או"ח [וילנה: תרכ"ט], סימן לב, דף לה).

69. בבלי, מגילה טו, א-ב.

70. יעקב רישר, *שבות יעקב-שאלות ותשובות חלק ב* (למברג: 1897), שאלה קיז, דף יט.

71. יעקב רישר, *שבות יעקב-שאלות ותשובות חלק ב* (למברג: 1897), שאלה קיז, דף יט.

בעצמה את הבעילה אפילו אם הוא אינו מבקש זאת יש להניח שהתרתה, אבל גם ממשפט זה לא ניתן להסיק באופן וודאי שלכך כוונתו היות והוא נוקט את המילה "אפילו".

ההבחנה הדקה בין ריצוי מחמת פחד באופן פאסיבי לבין ריצוי שיש בו יוזמה לנקיטת יחסי מין בכדי להינצל (אולי) ממות משמעותית מאוד להבנת טיב הכפייה וטווח הרצון החופשי הנדרש בכדי שמעשה יוכר כאונס. בספרות הפסיקה המאוחרת יותר ההבחנות הללו ילכו ויתחדדו, אך כמסקנת ביניים נדמה לי שנוכל לקבוע כי מכל האמור לעיל עולה שלפי המסורת הספרדית ההבחנות הללו כלל אינן נחוצות וכי כל סיטואציה בה האישה נמצאת תחת פחד תגדיר את המעשה המיני כאונס. כאשר מדובר באונס מיני, מציבה המסורת הספרדית רף גבוה יותר לגמירות דעת מאשר המסורת האשכנזית, רף הדורש להתבסס על רצונה החופשי של האישה גם בנסיבות נרחבות, בעוד שעל פי המסורת האשכנזית הסכמה תחת פחד בנסיבות רחבות תניח רצון מספיק חופשי, מצב של גמירות דעת, בכדי לשלול את הגדרת המעשה כאונס.⁶³

חכמי אשכנז המאוחרים מציגים למעשה את המסורת הספרדית כעמדת המיעוט ואילו המסורת הספרדית עושה את ההיפך בדיוק⁶⁴ וכבר בלידשטיין מדגיש שגם אם הציוד בכל שיטה לכשעצמה אינו מעורר תמיהה הרי "מוזר הוא כי בסיכומי הדעות והתקדימים, מתעלם כל צד מהצד שכנגד."⁶⁵

ספרות השו"ת המאוחרת

כיצד הבינו הפוסקים המאוחרים יותר את המחלוקת בין הפרשנות הספרדית והאשכנזית לסוגיית הנחבשת על ידי נפשות?

ככלל ניתן לומר שהעיטוק בשאלת אינוס אישה נשואה בספרות השו"ת והיכולת להתירה לבעלה, מן הפרספקטיבה הנדונה כאן, אינו נרחב. רוב התשובות עוסקות בשאלת נאמנות האישה להעיד אם נאנסה או לא מחשש "שמא נתנה עיניה באחר," או בשאלה האם בעילה שנעשתה במרמה תחשב כאונס.⁶⁶ אחת האבחנות המעניינות העשויות לשפוך אור על השאלה כיצד הובנו תנאים של פחד במסורת האשכנזית היא של ר' יוסף קולון (המהרי"ק), מן המאה ה-15. המהרי"ק נדרש לסוגיה התלמודית המנסה להבין האם התנהלותה של אסתר אל מול אחשוורוש צריכה בכל מקרה להיות מוגדרת כנסיבות כפויות תחתן יוגדר מעשה האישות עמו כאונס או שמא ניתן להבחין בנסיבות שונות העשויות לגרור שינוי בהבנה זאת. ההבחנה של המהרי"ק, שהופכת מאוחר יותר להבחנה המקובלת ביותר בספרות הפסיקה, גורסת כי למרות שאסתר לא עשתה כל איסור בבואה אל אחשוורוש בכדי להציל את ישראל, בכל זאת נאסרה על מרכזי:

63. יש לציין כי ככל שהרעיון שרצונה החופשי של האישה מוגבל למעשה האונס לכשעצמו ולא לנסיבות שיצרו אותו נשמע בעייתי, זו הייתה הסיטואציה החוקית ברבות מן המדינות המערביות המתקדמות עד לעשורים האחרונים. בישראל למשל עד לשנת 1988 לשון החוק דיברה על אונס כמצב בו: "הבועל אישה שלא כדין, נגד רצונה, תוך שימוש בכח" ואילו רק בשנה זו שונה הנוסח ל"עקב שימוש בכוח" (תיקון 22 לחוק העונשין, התשמ"ח - 1988), כלומר שייחכנו נסיבות רחבות יותר בגינן האישה נאלצה להסכים לבעילה ואף הן נחשבות כאונס לכל דבר. במובן זה, אם נבין את מסורת הפסיקה הספרדית בהתאם לאפשרות השנייה שהצעת הרי שהיא עולה בקנה אחד עם אינטואיציות מתקדמות מאוד.

64. ראו למשל בעל "תרומת הדשן" הכותב ש"לא ידענא שום גאון דכתב בעניין אחר זולתי הרמב"ם, ואין ייתכן למשבק כל הני ולמיסך ארמב"ם לחודיה?" או המהרש"ל הכותב שהרמב"ן הוא היחידי המתיר אישה שנחבשה על ידי נפשות לבעלה ישראל "חולקים עליו כל הגאונים האחרונים... כגון רש"י ורבנן תם..." (ר' שלמה לוריא, ים של שלמה לכתובות, פרק ב, מד, דף כח, ע"א [שצ"צין: תרכ"א]) ולעומתם הרדב"ז (דוד בן זמרא, שו"ת הרדב"ז – חלק שיש, ב' אלפים שטו [ירושלים: תשל"ב], 81) שהורה שיש להעדיף את עמדת הגאונים במיוחד כשלדבריהם מסכימים הרמב"ן, רשב"א, ריטב"א, ור"ן. ר' משה אלשקר מסכם כי "אבל שבוייה אשת ישראל... רוב הראשונים והאחרונים כתבו שמתרת לבעלה. וכן נהגו העולם ולא ראינו ולא שמענו מי שפקפק בדבר" (שו"ת מהר"ם אלשקר, תשובה צה [סדילקוב: 1834], 46).

65. בלידשטיין, "מעמדן האישי של נשים שביות", 53.

66. ראו זיהקאל סג"ל לנדא, נודע ביהודה שאלות ותשובות מהדורה תניא - אבן העזר סימן כא (ירושלים: א. בלום, תשנ"ח), לט-מ; נודע ביהודה, סימן יח, כו-ל; יעקב עטטלינגער, בנין ציון (אלטונה: תרכ"ח) סימן קנד, עמ' סה, ב – סו, ב; תשנ"ח, לט-מ; נודע ביהודה, סימן יח, כו-ל; יעקב עטטלינגער, בנין ציון (אלטונה: תרכ"ח) סימן קנד, עמ' סה, ב – סו, ב; תשנ"ח, לט-מ; נודע ביהודה, סימן יח, כו-ל; יעקב עטטלינגער, בנין ציון (אלטונה: תרכ"ח) סימן קנד, עמ' סה, ב – סו, ב.

פני הדברים הרי שהתמונה שונה לחלוטין. במקרה זה האשכנזים והספרדים כאחד מסכימים ש"אימה מחמת בעילה" אינה יוצרת גמירת דעת ולפיכך תיחשב כאונס וודאי, בעוד שהמחלוקת בין שתי המסורות היא על הנסיבות הרחבות יותר בהן פועלת האישה במצב של פחד. כך למשל, במקרה המפורסם של אנוסת פרנקפורט,⁵⁹ ישנם אמנם כמה פרשנים אשכנזים המצדדים במסורת הספרדית,⁶⁰ אך הפוסק הבכיר של התקופה, ר' יצחק מוינה, בעל ה"אור זרוע", מפרש את הסיטואציה כך שתעלה בקנה אחד עם מסורת הפסיקה האשכנזית. העיקרון לדעתו הוא ברור—פחד המוות גורר את ריצויה של האישה למעשה:

אבל הא דאתינן עלה שראתה שהרגו כמה וכמה מהם ומרדו במלך ושרפו היכלו ובהיכל המלך הרגום והיא עומדת ליהרג ונאנסה לקבל דתם אית לן למימר דאע"ג דלבה לשמים נתרצית לביאה כדי להציל נפשה מן המיתה דאע"ג דאינה נהנית מביאה זו כי לא מחמת תאות הביאה נתרצית ואין לה שום הנאה מאותה ביאה. ... אפ"ה כיון שנתרצית לו לבוא עליה לעשות לו רצונו אסירא מידי דהוה אאסתר שלא נתרצית לאחשוורוש מחמת תאות הביאה כי היתה מצטערת על הדבר כדכתיב כאשר אבדתי אלא נתרצית לו לעשות רצונו לבוא עליה מחמת אונס גדול בעבור ההצלה הכא נמי נתרצית לו לעשות רצונו עבור הצלת עצמה הלכך אסירא.⁶¹

בדבריו אנו לא מוצאים הבחנה ברורה בין אונס על הבעילה עצמה לבין אונס מחמת דבר אחר, וגם ההשוואה עם אסתר אינה ברורה כל צרכה. מחד ניתן לומר שאסתר יזמה את מעשה האישות לשם הצלת עמה, ולכן ספק אם ניתן לראות זאת כאונס, אולם השאלה היא האם כאשר מדובר על אישה שנידונה למוות ונמצאת בתנאים של מאסר יש לפרש זאת באופן דומה. במילים אחרות, האם כוונתו לכך שבכל סיטואציה בה עונש מוות או אימת מוות מרחפים על ראש האישה החשש הוא שהיא יוזמת את המעשה המיני בתקווה להמתקת דינה לכן אין לראות זאת כאונס משום שיש לכאורה רצייה מפורשת, או שמא יש לנקוט פרשנות מצומצמת יותר ולומר שבכל סיטואציה בה יש חשש לחייה, גם אם השובה אינו מאיים על חייה ישירות בכל בעילה ובעילה יש להניח שהיא מתרצה לו כדי לנסות לרצותו ולהינצל ממוות בסופו של דבר.

בהמשך דבריו הוא מבחין בין שבויה לנחבשת:

ולא דמי להיהא דנערה שנתפתה דאמר רב יהודה (אמר שמואל) הני נשי דגנבי גנבי שריין לגוברייהו פי' שליטנים גונבין אותם מתחת בעליהם. שריין לגבריהו מפני שבאונס הם באים עליהם. דהתם לצורך ממון או לצורך ביאה גנבום ולית לה כלל סכנת נפשות ואינה מתרצה כלל כדתנן על ידי ממון מותרת לבעלה ותנו רבנן שבויי מלכות הרי הן כשבויין פירש"י נשים ששבה המלך לתשמש הרי הן כשבויין ומותרות לבעליהן כדתנן ואתבינך לי לאינתו.⁶²

על פי פרשנות זו, שבויה מותרת משום שמטרת השבי בדרך כלל היא לצורך ממון או יחסי מין ובמקרה זה, כאשר האישה לא חוששת לחייה אין להניח שהסכימה למעשה ויש לראותו כאונס גמור, אך בכל סיטואציה בה יש סכנת נפשות יש חשש שהתרצתה: "וכל היכא דאיכא סכנה מתרצה אפי' מעצמה ואע"ג דלא תבע לה." שוב ניתן לפרש שהכוונה רק כאשר היא יוזמת

59. במקרה זה נערה מאורסה מפרנקפורט נשבתה בפרעות בשנת 1240 ולאחר שהצליחה להימלט משוביה הנוצריים לוירצבורג, מקום מושבו של ארוסה, ביקשה להמשיך בתהליכים לקראת הנישואים. הגבר (המאורס לה) סירב באומרו שהיא אסורה עליו מבחינה הלכתית, בשל התנהגותה המינית בשבי. ראו: Furst, "Captivity, Conversion, and Communal Identity," 179–221.

Furst, "Captivity, Conversion, and Communal Identity," 200–211. 60

61. יצחק בן משה מוינה, אור זרוע חלק א' - שאלות ותשובות, סימן תשמז (ז'יטמיר: תרכ"ו).

62. יצחק בן משה מוינה, אור זרוע חלק א' - שאלות ותשובות, סימן תשמז (ז'יטמיר: תרכ"ו).

בניגוד למסקנה זו ולחילוק בין שבויה לנחבשת, המסורת הספרדית מפרשת את העניין אחרת לגמרי. לדידם הן שבויה והן נחבשת על ידי נפשות אסורה רק על כהנים, בעוד שאשת ישראל נידונה תמיד כנאנסת במצבי הבישה או שבי ולכן מותרת לבעלה. עמדת הגאונים כפי שהשתמרה בפירושים שונים הינה ברורה: "... ואפילו נחבשה ואסרה ע"י נפשות הא פרש רבנו חננאל כולה מתניתין דפרק ב' דכתובות באשת כהן ..."⁵⁵

הרמב"ן ממשיך את המסורת הפרשנית הנקוטה בידי הגאונים וחוזר וקובע כי כל סיטואציה של שבי או הבישה דינה כאונס:

מתנ' האשה שנחבשה בידי גוים על ידי ממון מותרת לבעלה. פי' על ידי ממון מותרת דמרתתי להפסיד ממון ואין מפקירין אותה ואין חוששין שמא בא עליה כמו שמפורש בריש פרק אין מעמידין, ופירשה רש"י ז"ל באשת ישראל ועל ידי נפשות אסורה הואיל ונוהגין בה מנהג הפקר חוששין שמא נתרצית לאחד מהן. וקשיא לי עלה טובא. ... אלא ודאי לעולם אין חוששין שמא נתרצית באשה שנחבשה ונתפסה לפנינו וכל ישראל קדושין הם, וא"ת משנתינו, כבר אוקמה רבינו חננאל וכל רבותינו הגאונים ז"ל באשת כהן, ואי קשיא דהא האשה קתני משמע אפילו באשת ישראל, לא תקשי דכולה מתני' בכהנות מתניא בין רישא בין סיפא ולהכי קתני לה סתם ...

ושבו ראיתי בתוספות שמעמידין משנתינו בין באשת ישראל בין באשת כהן ומתיר ע"י ממון בכהן משום הפסד ממון ואוסר על ידי נפשות אפילו בישראל משום שפחדה מרצה אותה, ומה שאמרו בזמן שידן תקיפה אפילו על ידי ממון אסורה בכהן, ומה שאמרו נגמר הדין להריגה דוקא לאסורה אפילו בישראל הא בכהן כל היכא דלא חיישי לממון אסורה, מפסיקין הן השמועה להתיכות ואינה עולה בידם דכל ריצוי שמחמת פחד מותרת לישראל, ואין טעם ע"י נפשות אלא כמו שפירשתי כדמוכח בנשי דגנבי כדאמרן ...⁵⁶

באופן דומה פוסק הרמב"ם⁵⁷ ובעקבותיו השולחן ערוך: "האשה שנחבשה על ידי עובד כוכבים ע"י ממון, מותרת אפילו לכהונה, ע"י נפשות אסורה לכהונה, ולפיכך אם היה בעלה כהן נאסרה עליו."⁵⁸ אך מה משמעות המחלוקת בין המסורת הספרדית לאשכנזית בעניין הבנת טיבה של הכייה והשלכותיה לבחינת מעמדו של המעשה כאונס או כרצון? כמדומני שהפסקה המשמעותית בדברי הרמב"ן היא: "דכל ריצוי שמחמת פחד מותרת לישראל." האם בכך הוא מבין את הפחד כמוטל על מעשה האיננס עצמו או על הנסיבות היותר רחבות שהובילו לאקט המיני? במידה והרמב"ן הבין את האיום במוות כמכוון למעשה המיני עצמו ולא לנסיבות רחבות יותר, ההשלכות לגבי הבנתו את רש"י והתוספות הן רדיקאליות: לשיטתם, על פי הבנה זו, איום במוות על המעשה המיני עצמו יוצר גמירת דעת במובן זה שבכדי להציל עצמה ממוות האשה מתרצה לבעילה ולפיכך אין להחשיב את המעשה כאונס, בעוד שלטעמו יש להחשיב איום במוות בסיטואציה כזו ככבלים פיזיים של ממש שאינם מאפשרים התנגדות ובוודאי שאינם יוצרים גמירת דעת ורצויה למעשה. ברם, נדמה שהאפשרות השנייה והסבירה יותר היא לטעון ש"כל ריצוי מחמת פחד" פירושו שגם נסיבות רחבות של פחד שאינן דווקא על הבעילה עצמה יוגדרו כאונס. אם כך הם

55. ראו מרדכי לכתובות, רפו; כך גם בתוספות ר"ד לכתובות כו, ב; ר"ן, כתובות יא, א. המאירי מסכם זאת כך: "וגאון ספרד, פירשו אסורה לבעלה כהן מחשש אונס, אבל לרצון ודאי כדי לאסרה לישראל אין חוששין, הא לבעלה כהן אסורה, והוא הדין לכל כהן משום זונה" (רא' מנחם המאירי, בית הבחירה על מסכת כתובות, דף כו, ב [ירושלים: תש"ן], 127).

56. ר' משה בן נחמן, חידושי הרמב"ן על מסכת כתובות כו, ב (זכרון יעקב: מרכז לחינוך תורני, תשנ"ג), קלח, ההדגשה אינה במקור.

57. "האשה שנחבשה ביד גוים על ידי ממון מותרת, על ידי נפשות אסורה לכהונה לפיכך אם היה בעלה כהן נאסרה עליו. במה דברים אמורים בזמן שיד ישראל תקיפה על הגוים והם יריאים מהם. אבל בזמן שיד הגוים תקיפה עלינו אפילו על ידי ממון כיון שנעשית ברשות הגוים נאסרה אלא אם כן העיד לה אחד כשבויה כמו שביארנו" (רמב"ם, משנה מורה, הלכות איסורי ביאה, פרק יח הלכה ל). סיכום עמדות הגאונים והספרדים אל מול האשכנזים מובא בבית יוסף על הטור, אבן העזר, סימן ז.

58. שולחן ערוך, אבן העזר הלכות אישות, סימן ז סיף יא.

מוכנה להיבעל לשוביה משום שאין סיכוי שתחזור לבעלה? האם כוונתו שהיא עשויה להתרצות לשוביה מתוך מחשבה שהדבר עשוי להציל אותה ממותה? מכל מקום, רש"י אינו עושה כל הבחנה בין כפייה על המעשה המיני לכשעצמו תחת איום במוות לבין הנסיבות הרחבות של המצאות במאסר, כאשר גזר דין מוות מרחף מעל ראשה. התוספות מדייקים את העניין יותר:

על ידי ממון מותרת לבעלה—נראה דמותרת אפילו לבעלה כהן דלא חיישינן אפ"ל לאונסא משום דמרתת להפסיד ממונם ולא דמי לשוביה ...

ועל ידי נפשות אסורה לבעלה—היינו אפילו לבעלה ישראל דחיישינן שמא נתרצת כדי למצא חן שלא יהרגנה דאי לבעלה כהן קאמר ואסורה שמא נאנסה א"כ הוה ליה למימר אסורה לכהונה אלא ודאי אפילו לבעלה ישראל אסורה ...⁵¹

התוספות מחדדים את ההבחנה בין אשת כהן לאשת ישראל ומסכימים שלגבי הנחבשת על עסקי ממון לא חוששים כלל למגע מיני ולכן מותרת אפילו לבעלה כהן, בעוד שהנחבשת על ידי נפשות אסורה אפילו לבעלה ישראל משום שאיום במוות עשוי לגרור הסכמה בכדי להינצל ממותה.⁵² דברי התוספות מקרבים אותנו מעט יותר להבנת הסיטואציה—האם האישה התרצתה למעשה המיני משום שהוא עצמו היה כרוך באיום במוות או שמא הסכימה לכך היות וסברה שהדבר עשוי להציל אותה מגזר דין מוות כללי שמרחף על ראשה? בלידשטיין סבור כי לפי התוספות אישה זו אסורה לבעלה משום שלא רק שהיא מופעלת על ידי הרצון להבטיח את חייה אלא שהיא "מתרצית כדי למצוא חן" ואולי כבר אינה פאסיבית בהסכמתה. זאת בשונה משוביה, שם השובה מאיים להורגה אם לא תסכים להיבעל לו והיענותה בלחץ איום מוות נחשבת אונס.⁵³ כלומר, במקרה של שבי, היות והאישה לא נידונה למוות אין להניח שנבעלה לשוביה אלא אם הייתה מאוימת במוות על סירובה להיבעל, ועל מקרה מסוג זה, הנחשב כאונס, נאמר "בשוביה הקילו."⁵⁴ אך במקרה של הנחבשת על עסקי נפשות—האיום במוות אינו על הבעילה עצמה ולפיכך עולה החשש שהאישה מתרצת לבעילה או אף יוזמת אותה כדי לרצות באמצעותה את שוביה ואולי להינצל בכך ממוות. אם לחזור להבחנה בראשית דברינו נוכל לקבוע כי אם הדיוק הזה בדברי התוספות מסתבר, הרי שגם לשיטתם איום במוות על המעשה המיני לכשעצמו אינו יוצר גמירות דעת ולכן יש לראות את המעשה כנעשה באונס ואם כך, יש הבדל מהותי בדרישה לגמירות דעת בין מכר בדיני ממונות לבין מעשה מיני. יחד עם זאת, הן לפי רש"י והן לפי התוספות, הנסיבות הרחבות של שבי ואיום במוות עשויות ליצור הסכמה שיש עמה גמירות דעת ובמקרה זה לא ייחשב הדבר כאונס. מדברים אלה עולה כי יש להבחין בין שוביה לבין נחבשת—בשבי יש להניח כי האיום במוות הוא על המעשה המיני עצמו, היות והאישה לא נכלאה בגין סיבה מיוחדת, בעוד שמי שנחבשה תידון בהתאם לנסיבות—דרישת ממון מוציאה אפשרות של אונס כדי לא לפגוע בתמורה המבוקשת, בעוד שכליאה בגין עונש מוות עשויה ליצור סיטואציה של מעשה מיני בהסכמה בכדי להינצל ממוות.

51. תוספות, כתובות כו, ב.

52. הרא"ש מקבל את הבחנת התוספות ומפרש כמותם: "[דף כו, ב] מתנ"ה האשה שנחבשה בידי עובדי כוכבים ע"י ממון מותרת לבעלה ע"י נפשות אסורה לבעלה. הא דקתני מותרת לבעלה מיירי אפילו באשת כהן דמשום הפסד ממונן נמנעין מלאונסה ... על ידי נפשות אסורה לבעלה פירוש אפילו ישראל דחיישינן שמא מחמת פחד נפשה נתרצת להן למצוא חן בעיניהם" (רבנו אשר בן יחיאל [רא"ש] על בבלי *תלמוד*, פרק ב סימן כט [ירושלים: עוז והדר, תשס"ו]).

בעקבות זאת מבהיר הרמ"א על דברי השו"ע: "ע"י נפשות אסורה לכהונה לפיכך אם היה בעלה כהן נאסרה עליו. הגה: וי"א דע"י נפשות אסורה אפילו לבעלה ישראל, דחיישינן שמא נתרצת להם כדי שלא יהרגה (תוס' והרא"ש והטור והר"ן ובפסקי מהרא"י סימן צ"ב). (ר' יוסף קארו, *שולחן ערוך* אבן העזר, הלכות אישות, סימן ז סעיף יא [ירושלים: ח. וגשל, תשנ"ד]).

53. בלידשטיין, "מעמדן האישי של נשים שביות", 35–116.

54. הביטוי "בשוביה הקילו" עשוי ללמד על כך שלמעשה הרף המוצב לגמירות דעת בדיני ממונות הוא הרף הקובע ויחד עם זאת במקרה שלפנינו מקלים מן הדרישה החמורה של "תליוהו וכוין" היות ויש הבדל מהותי בדבר טיבם של המעשים הנידונים.

אך בטרם נעבור לדון בשאלות אלה בראשונים, נדון בסוגיה תלמודית נוספת העשויה לשפוך אור על שאלת ההסכמה והרצון. סוגיה זו תעלה מאוחר יותר לקדמת הבמה, בעיקר אצל האחרונים:

כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן: לא שנו אלא שלא בשעת השמד, אבל בשעת השמד—אפילו מצוה קלה יהרג ואל יעבור. כי אתא רבין אמר רבי יוחנן: אפילו שלא בשעת השמד, לא אמרו אלא בצינעא, אבל בפרהסיא—אפילו מצוה קלה יהרג ואל יעבור [...] והא אסתר פרהסיא הוא!—אמר אביי: אסתר קרקע עולם היתה.⁴⁶

לאחר דיון בשאלה האם, מתי, ובאילו תנאים מותר לאדם לחטוא בכדי להציל את חייו, התלמוד מאתגר את ההנחה שיש להקריב את החיים על מנת שלא לחטוא בפרהסיה, תוך הבאת דוגמה מאסתר שהמעשה שעשתה היה ידוע ברבים. אם הדבר נאסר, כיצד הרשתה לאחשוורוש לקיים עמה יחסי אישות ומדוע לא מסרה נפשה על כך? תשובת אביי מציעה כי היא הייתה פאסיבית לחלוטין, "קרקע עולם", בשעת המעשה ומשום כך לא נדרשה להקריב את חייה בכדי למנוע זאת. אך גם מן הדברים הללו עדיין לא ברור האם פירושו של דבר שהכפייה הייתה על המעשה עצמו או שמא הנסיבות הרחבות היו כאלה שלא אפשרו לה להתנגד?

הסוגיה התלמודית במסכת מגילה דנה באותו עניין: "לך כנוס את כל היהודים וגו', עד אשר לא כדת, אמר רבי אבא: שלא כדת היה, שבכל יום ויום עד עכשיו—באונס, ועכשיו—ברצון. וכאשר אבדתי אבדתי—כשם שאבדתי מבית אבא כך אובד ממך."⁴⁷ לדעת רבי אבא מעשה האישות של אסתר עם אחשוורוש, עד לרגע בו מבקש ממנה מרדכי לפעול באופן אקטיבי למען היהודים, נתפס כאונס גמור, בעוד שלאחר מכן יש בו ממד של רצון ולפיכך היא אסורה למרדכי. לעומת זאת, לאחר מכן נאמר: "ותעמד בחצר בית המלך הפנימית. אמר רבי לוי: כיון שהגיעה לבית הצלמים—נסתלקה הימנה שכונה, אמרה: אלי אלי למה עזבתני [תהלים כב:], שמא אתה דן על שוגג כמזיד ועל אונס כרצון?"⁴⁸ אותו מעשה נתפס קודם לכן כמעשה רצוני ואילו עכשיו נטען עליו שהוא באונס.

ניתן אם כן לראות שהבעיה בענינה עומדת והשאלה האם להגדיר אונס רק ככפייה על המעשה עצמו ומבלי שלנאנסת יש כל יכולת להתנגד, או שמא גם נסיבות כפויות, רחבות יותר, נשאר עדיין פתוחה. שאלות אלו ואחרות יידונו להלן בספרות הראשונים.

בין המסורת האשכנזית לספרדית בספרות הראשונים

בלידשטיין כבר עמד על כך שישנו הבדל בפירוש משנת הנחבשת בין המסורת האשכנזית לספרדית וכי הבדל זה משמעותי לעניין הבנת מושג האונס והרצון.⁴⁹ מפשט המשנה לא ברור האם ברישא היא מדברת באשת כהן או באשת ישראל. אם הכוונה לאשת כהן, מדוע לא מצוין הדבר במפורש כפי שמופיע בהמשך ומדוע היא אסורה רק לבעלה? הרי גם פניה שנאנסה אסורה לכוהנים. עובדה זו, כפי שמציין בלידשטיין, הניעה ככל הנראה את רש"י לפרש שמדובר באיסור כל אישה לבעלה, אך היות ואשת ישראל שנאנסה אינה אסורה לבעלה עליו לטעון שחוששים שמא התרצתה לחובשיה וחשש זה מציאותי כאשר היא נידונה למוות. כלשונו: "**ע"י נפשות**— שהיתה נידונת למוות"; "**אסורה לבעלה**—דהואיל ונוהגין בה הפקר חוששין שמא נתרצתה באחד מהן."⁵⁰ מהי כוונתו של רש"י כאן? האם יש לפרשו כך שהואיל וממילא נגזר דינה למיתה היא

46. בבלי, סנהדרין עד, א-ב.

47. בבלי, מגילה טו, א.

48. בבלי, מגילה, טו, ב.

49. בלידשטיין, "מעמדן האישי של נשים שביות", 35–116.

50. רש"י, כתובות כו, ב. אמנם, בפירושו לכתובות רש"י אינו נוקט לשון "אשת ישראל" דווקא, אבל בפירושו

לעבודה זרה כג, א, ד"ה "הדע", אומר רש"י: "ובכתובות מוכח דאשת ישראל קאי", כפי שמציין בלידשטיין, "מעמדן האישי של נשים שביות", 14 ה. 35.

עמדתו של רבי יהודה כבר קושרת יותר בין מצב השבי לבין שאלת האונס: "... אמר רב יהודה: הני נשי דגנבו גנבי—שריין לגובריהו. אמרי ליה רבנן לרב יהודה: והא קא ממטיאן להו נהמא! מחמת יראה. והא קא משלחן להו גירי! מחמת יראה. ודאי, שבקיניה ואזלן מנפשייהו— אסירן...⁴² לדעת רב יהודה, עשיית דברים באופן אקטיבי (הבאת לחם, הגשת חיצים) אינה מבטאת בהכרח רצון חופשי. במצב של שבי יש לדון את הרצון הזה כרצון כפוי משום שהנסיבות הרחבות הן כאלה שיש לראותן ככבלים פיזיים של ממש. בסופו של דבר הן עושות זאת מחמת היראה. במילים אחרות, יש לבחון עשייה אקטיבית—גם אם יש לה נראת של עשייה מרצון— תחת הנסיבות הרחבות של העניין. אם הנסיבות כפויות לא ניתן להחשיב את המעשה כמעשה מרצון. לעומת זאת, כאשר הנשים חוזרות לשוביהן לאחר שאלו כבר הניחו אותן לנפשן הן תהיינה אסורות לבעליהן משום שכאן כבר יש להניח שהרצון אכן חופשי. הסוגיה ממיסכה את הלך המחשבה לפיו יש לבחון בכל מקרה את הנסיבות הרחבות ולשקול מתי סביר להניח שהאישה הייתה מתרצה למעשה (כשיש סיכוי שיישאו אותה) ומתי יש להניח בוודאות שמדובר באונס. ניתן לקבוע אם כך שהסוגיה מאמצת למעשה את עמדתו העקרונית של רבא⁴³ ודוחה את זה של אביו של שמואל במובן זה ש"נראת של רצון" אינה מעידה בהכרח שאותו רצון הוא פרי בחירה חופשית. לא לגבי אקט מיני שתחילתו באונס וסופו ב"רצון" ולא לגבי נשים חטופות הנראות כמי שפועלות מתוך רצון חופשי.

אם לסכם, הרי שסוגיה זו פותחת בדברי אביו של שמואל הטוען שבגלל החשש של "שמא תחילתה באונס וסופה ברצון", אין בעצם נסיבות או מצבים שיוכלו להיות מוגדרים כאונס למעט הבעת התנגדות רציפה במהלך כל האירוע, ומסיימת בדבריו של רב יהודה החולק על תפיסה זו באופן חריף. אם הרצון הוא פרי פחד, אין להחשיבו כרצון חופשי, ולפיכך יש לדון את המעשה כאונס. יחד עם זאת, אין בסוגיה זו הבהרה בדבר אותן נסיבות רחבות של פחד. האם אותן נשים חוששות לחייהן באופן כללי ולכן מוכנות להיבעל לשוביהן ובכך להינצל, או שמא האיום והפחד מוסבים על המעשה המיני לכשעצמו? דבריו של רב יהודה מובילים לשאלה שכבר הפנינו את תשומת הלב אליה לעיל—האם יש הבדל בין סיטואציה של שבי לבין סיטואציה של חבישה בבית האסורים לעניין הגדרת האונס? כזכור, הדיון התנאי במשנת השבויה העלה כי לגבי אשת ישראל כל שבי נחשב כאונס, ולפיכך לא ברורה ההבחנה שנעשתה במשנת הנחבשת, בין נחבשת על ידי ממון לבין נחבשת על ידי נפשות. בכדי לדון בשאלה האם משנת הנחבשת חולקת על משנת השבויה והאם היא מציעה רף שונה לרצון או הסכמה בשאלת האונס, נפנה לסוגיה התלמודית בכתובות.

הסוגיה קובעת כי העיקרון לפיו נחבשת על ידי ממון מותרת לבעלה חל רק כאשר יד ישראל תקיפה על האומות⁴⁴ אבל כאשר יד האומות תקיפה על ישראל גם נחבשת על ידי ממון אסורה לבעלה משום שהשובים אינם חוששים שלא יקבלו את כספם ולכן לא יהססו לפגוע באישה: "גמ'. אמר רב שמואל בר רב יצחק אמר רב: לא שנו אלא שיד ישראל תקיפה על עובדי כוכבים, אבל יד עובדי כוכבים תקיפה על עצמן, אפילו על ידי ממון—אסורה לבעלה...⁴⁵ יחד עם זאת, לא ברור מדוע במקרה בו יד הגויים תקיפה, כשמדובר על עסקי ממונות, לא ייחשב הדבר כאונס, הרי על פי היגיון זה היא אינה צריכה להתרצות בכדי להציל את חייה. הסוגיה אינה מציעה גם כל פתרון בדבר שאלת היחס בין משנת השבויה למשנת הנחבשת. בהמשך יציעו הראשונים פתרון אפשרי לסתירה בין המשניות.

42. בבלי, כתובות נא, ב.

43. למסקנה דומה מגיע נחום רקובר, "התגברות היצר כטענת אונס, תחומין יח (תשנ"ח): 197–209. אמנם הוא מדגיש כי במקרה זה טענת התגברות היצר אינה לכשעצמה כאונס אלא רק שהמעשה כולו החל כאונס ולכן אינה עומדת בפני עצמה. ואכן, כך פירשו רש"י והתוספות, אך אם האונס היה לפני הביאה ואילו בתחילתה כבר היה הדבר ברצון אין הדבר נחשב לאונס. ראו שם, עמ' 202.

44. רש"י, כתובות נא, ב, מסביר כי "הם יראים לעשות שלא כדין שמא יפסידו את ממונם."

45. בבלי, כתובות כו, ב.

במלים וכף ישימו לפיהם [איוב כט:ט]. מאי אית ליה למימר? בשבויה הקילו. ולאבוא דשמואל, אונס דשריא רחמנא היכי משכחת לה? כגון דקאמרי עדים שצווחה מתחלה ועד סוף.³⁸ ההוכחה של רב ממשנתנו, לפיה הבעל חייב להחזיר את אשתו לאחר השבי, אינה מפריכה לחלוטין את טיעונו של אביו של שמואל, אלא אומרת לכל היותר שאישה מותרת לבעלה לאחר שהייתה בשבי, מבלי להתייחס לשאלה אם היה שם רצון או לא. ואכן, הטיעון הנגדי של אביו של שמואל לפיו "בשבויה הקלו" מחזק למעשה את עמדתו, שכן ניתן להבינו כך שלמרות שייתכן שגם במצב של שבי נבעלה ברצון, בכל זאת אנו מקלים לגבי שביות, אך זהו יוצא מן הכלל, יחד עם מקרה בו התנגדה במהלך כל האירוע הנחשב אונס גמור, שאינו מעיד על הכלל—הכלל כאמור לשיטתו הוא "שמא תחילתה באונס וסופה ברצון". לפיכך, ההוכחה משבויה אינה עומדת אל מול טענתו הגורפת ומולה יש להעמיד טענה עקרונית אחרת, אותה מבטא רבא:

ופליגא דרבא, דאמר רבא: כל שתחלתה באונס וסוף ברצון, אפי' היא אומרת, הניחו לו, שאלמלא (לא) נזקק לה היא שוכרתו—מותרת, מ"ט [מהו הטעם]? יצר אלבשה. תניא כוותיה דרבא: והיא לא נתפשה [במדבר ה:יג] אסורה, הא נתפשה מותרת, ויש לך אחרת שאע"פ שלא נתפשה מותרת, ואיזו זו כל שתחלתה באונס וסופה ברצון. תניא אידך: והיא לא נתפשה אסורה, הא נתפשה מותרת, ויש לך אחרת שאע"פ שנתפשה אסורה, ואיזו זו אשת כהן...³⁹

רבא סבור שיש להחשיב אקט מיני, המתחיל כאונס ומסתיים ברצון, כאשר סביר להניח שהאינדיקציה לכך היא הנאתה ממנו, כאונס גמור, מפני שגם אם רצון האישה "משותף" במעשה יש להחשיבו כרצון כפוי, "יצר אלבשה", הנובע כחלק מטבעו של המעשה. רצון מסוג זה אינו חופשי משום שהוא פרי אונס.⁴⁰ אם כך, ייתכן שלשיטת רבא ברירת המחלל אינה להניח כי יש נשים הרוצות תמיד בקיום יחסי מין אלא דווקא הפוכה—רק כאשר רצונה הוא חופשי יש להניח כי הסכמתה היא אמיתית, ומכל מקום האינדיקציה של ההנאה אינה יכולה להוות הוכחה לרצונה החופשי.⁴¹ יחד עם זאת יש לשים לב שגם לשיטתו אישה יכולה ליהנות מיחסי מין שהחלו בכפייה.

אם לסכם את הדברים עד כה, הסוגיה אינה סבורה שסיטואציה של שבי מגדירה בהכרח תנאים של אונס, ולכל הפחות אין וודאות שכך הדבר וייתכן ובשל הספק "בשבויה הקלו". מכל מקום, עמדות אביו של שמואל ורבא אינן מתייחסות באופן ישיר לשאלת הנסיבות הרחבות תחתן מתבצע המעשה אלא לאקט המיני עצמו. אונס על פי אביו של שמואל יוגדר ככזה רק בהבטת התנגדות רציפה במהלך כל האירוע, ואילו לדעת רבא איננו יודעים בבירור מה יוגדר מלכתחילה כאונס, אך מכל מקום ברור שמה שמוסכם שהחל כאונס אינו יכול להיחשב בסופו כאקט רצוני.

38. בבלי, כתובות נא, ב.

39. בבלי, כתובות נא, ב.

40. יש לשים לב לכך שרבא אומר "וסוף ברצון" לעומת אביו של שמואל שאומר: "וסופה ברצון". ייתכן ויש כאן הבדל משמעותי, שכן לפי רבא האישה הנאנסת לא מזוהה עם הרצון בניגוד ל"סופה ברצון" המשיך את הרצון אליה. הניתוק של הרצון מן האישה בדברי רבא עולה בקנה אחד עם הטענה של "יצר אלבשה".

רוזן-צבי סבור כי המונח "יצר אלבשה" מופיע בסוגיה כתוספת הסבר סתמאית לדברי רבא. בעוד דברי רבא ניתנים לפירוש בפשטות כטענה שכל מה שהתחיל באונס דיו כדי להגדיר את המעשה כולו כאונס, הרי שהסוגיה מציעה הסבר נוסף לפיו האישה הולבשה בכוח ביצר כך שרצונה הופך לאונס. לשיטת רוזן-צבי, היצר בהקשרו המיני מופיע בבירור ברובד הסתמאי, המאוחר יותר, בעוד שרובים מוקדמים יותר לא דיברו על יצר בהקשרו המיני דווקא. ראו ישי רוזן-צבי, "האם לנשים יש יצר? אנתרופולוגיה, אתיקה ומגדר בספרות חז"ל", בתוך *סעכות רוחנית – מאבקים על כוח תרבותי בהגות היהודית*, בעריכת חיים קרייסל, בועז הוס ואורי ארליך (באר שבע: אוניברסיטת בן גוריון, תש"ע), 21–33. וכן: Ishay Rosen-Zvi, "Sexualising the Evil Inclination: Rabbinic Yetzer and Modern Scholarship," *Journal of Jewish Studies* 60, no. 2 (2009): 264–81.

41. הרעיון לפיו אי-הנאה ממעשה הביאה מהווה אינדיקציה לכך שאכן אירע אונס, מופיעה מאוחר יותר במחשבה הימי-ביניימית וייתכן שיש גם לפרש את עמדת אביו של שמואל, אך עמדתו של רבא אינה קושרת בין הדברים. ראו למשל תוספות יבמות, קג, א, ד"ה "והא קא מתנהיא מעבירה" וכן תוספות נזיר, כג ב, ד"ה "והא מתנהיא מעבירה".

הקצב: המעון הזה לא זזה ידה מתוך ידי משה שנקנסו גוים לירושלים ועד שיצאו. אמרו לו: אין אדם מעיד על ידי עצמו.³³

הנחת המשנה ברישא היא שאם אישה נחבשה בכדי לקבל ממון הרי שלא יפגעו בה ולא יאנסו אותה משום שלא יחפצו לסכן את התמורה הכספית, אך אם נחבשה בגלל נפשות, כאשר לפחות מן הפשט לא ברור למה הכוונה,³⁴ תהיה אסורה לבעלה. ברם, כבר ראינו במשנת השבויה שלגבי אשת ישראל כל שבי נחשב כאונס ולפיכך לא ברורה ההבחנה בין נחבשת על ידי ממון לבין נחבשת על ידי נפשות.

הדין ברובד התלמודי

משנת השבויה העלתה כאמור את השאלה מדוע והאם יש הכרח להניח שסיטואציה של שבי תגדיר קיום יחסי מין עם השוים כאונס. בירור עניין זה בסוגיה התלמודית מעלה כי ישנה מחלוקת חריפה במושגי האונס והרצון: "לא כתב לה וכו'. אמר אבוב דשמואל: אשת ישראל שנאנסה—אסורה לבעלה, חיישינן שמא תחלתה באונס וסופה ברצון."³⁵ אביו של שמואל מבטא עמדה עקרונית לפיה, בכל אקט מיני, גם אם יש לו נראת של אונס או שסביר להניח כי מדובר באונס, כמו בסיטואציה של שבי, ייתכן והאישה התרצתה בסופו של דבר למעשה ולכן תהיה אסורה לבעלה. כלומר, למרות שהמקרה החל כאונס גמור, הרי שהאונס, על פי עמדה זו, הוציא מהכוח אל הפועל רצון שהיה טמון בה מלכתחילה והתגלה רק בהמשך ולפיכך אין להחשיבה כאנסה.³⁶ ההנחה הבסיסית על פי אביו של שמואל היא, שיש נשים המעוניינות תדיר בקיום יחסי מין, כל עוד לא הוכח אחרת, ומי ששוכב עמן רק מוציא מן הכוח אל הפועל רצון שייתכן ונוכח שם. במובן זה, אישה יכולה לשיטתו ליהנות מיחסי מין שהחלו בכפייה. אמנם, הוא אינו מניח שהדבר נכון לגבי כל אישה, אך כל אישה נאסרת לבעלה בגלל החשש הזה. בגין קביעה זו מובן מדוע האינדיקציה היחידה לסירובה היא הבעת התנגדות רציפה באמצעות צעקות במהלך כל האירוע, כפי שנראה להלן. בכך היא מסלקת את החשד כי רצונה נוכח באופן כל שהוא. נטל ההוכחה לחוסר ההסכמה מוטל עליה.³⁷ המשך הסוגיה מקשה על דבריו של אבוב דשמואל: "איתיביה רב לאבוב דשמואל: אם תשתבאי אפרקינך ואותבינך לי לאינתו! אישתיק. קרי רב עליה דאבוב דשמואל: שרים עצרו

33. משנה כתובת ב:ט.

34. רש"י לכתובת כו, ב, מפרש שהכוונה היא שנידונה למוות.

35. בבלי, כתובות נא, ב.

36. במובן מסוים מזכירה עמדתו את קביעת הרמב"ם "מכין אותו עד שיאמר רוצה אני." על פי עמדה זו, ה"אנס" יודע יותר טוב מהאדם מה רצונו הפנימי, האמיתי, ולפיכך הכפייה אינה מוחלטת משום שרצון האדם, אמנם במקרה זה רצונו הלא-מודע, נוטל חלק במעשה ולכן אין לראותו כאונס במובן החמור של המילה. יחד עם זאת, הרמב"ם מתייחס לבעייתיות לפיה לכאורה רצון שהובע תחת כפייה עשוי שלא להיות לגיטימי מבחינה משפטית. בדבריו משתמעת עמדה עקרונית דומה הסוברת שהכפייה במקרים מסוימים מגלה את רצונו האמיתי של האדם ולכן אינה קרויה אונס במובן המלא של המילה: "מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו ולא רצה לגרש. בית דין של ישראל בכל מקום ובכל זמן מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר... ולמה לא בטל גט זה שהרי הוא אונס בין ביד גוים בין ביד ישראל. שאין אומרים אונס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב מן התורה לעשותו... אלא הוא אנס עצמו כדעתו הרעה: לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל רוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן העבירות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו..." (משנה תורה, הלכות גירושין, פרק ב הלכה כ, הדגשה אינה במקור).

בלידשטיין מציין כי ניתן לעמוד על מקורות נוספים המשווים אשת ישראל לכהן ואוסרים אותה לבעלה אף אם נאנסה. ראו בלידשטיין, "מעמדן האישי של נשים שביות", 43–44 ובעיקר שם בה"ש 22. למקורות נוספים המעידים על הלכה קדומה לפיה גם אשת ישראל שנאנסה אסורה לבעלה ראו במאמרו של שפירא, "אשת כהן שנאנסה ושמיירת הזוגיות", 308–310. 37. העמדה הזו הייתה נוכחת עד לפני כמה עשורים בחקיקה המערבית. בישראל למשל, המפנה המתוח בין התפיסה שסברה כי א-התנגדות פירושה הסכמה לבין הדרישה למעט מפורש של הסכמה, חל בפסק הדין של השופט חשין בפרשת אונס שומרת. ראו: ע"פ מט' 5612/92, פ"ד מח' 9.12.93, 302. זהו למעשה המפנה בין עמדת אביו של שמואל לבין עמדת רבא כפי שניווכח להלן.

כיצד אם כן הוא מנטרל את החשש שבגלל שהמעשה נעשה בעיר וללא עדים החזקה אכן תקפה? "בנידון דין אף שזה היה בעיר ... מכל מקום מכיון שכולם יודעים שלהט החרב הצוררים היתה מתהפכת בכל עת ובכל שעה על כל אחד ואחד אשר בשם ישראל יכונה ולא היתה שום תועלת לזעוק ולצעוק... אגן סהדי שהחרב היתה שלופה תמיד על ראש האומללות האלו וכל המסרבת להם אחת דתה להמית..."³¹ הרב אשרי מעמיד את עצמו כעד הראשי לטובתה של האישה. עדותו בנויה כך שתעלה בדיוק בקנה אחד עם דבריו של הרמב"ם לפיהם אם העדים מעידים ששלף לה חרב הרי היא אנוסה, ולכן, עניין הזעקה אינו מעלה או מוריד וממילא בטלה חזקת העיר והחשש שמא לא נאנסה. במלים אחרות, היות ודבר סכנת המוות היה ידוע לכל, לעדות יש משקל מכריע יותר מאשר פלפול למדני בדבר חזקת העיר או השדה. אך מעבר לנימוק זה יש לבחירה לתקוף את הבעיה דווקא באופן הזה גם רווח ספרותי. הבחירה להניח שהמעשה אירע בעיר, תחת איום מתמיד במוות, משרת את הרב אשרי במעבר לתמה ההלכתית השנייה אשר דנה בדיוק בשאלה הזו—האם איום במוות מגדיר מעשה מיני כאונס. לטעמי זו הבעיה ההלכתית הקשה עמה עליו להתמודד, משום שהמקורות ופרשנותם קובעים לכאורה כי איום במוות שולל אינוס. בכדי להבין נקודה זו נחזור ונתח את המקורות החז"ליים והמאחרים להם, כך שנוכל להעריך את הברירות הפרשניות העומדות בפני הרב אשרי, אילו מהן הוא נוקט, ולבסוף גם לנסות ולהציע הסבר לשאלה מדוע הוא נוקט דווקא בהן.

ב. בין אונס לרצון במקורות חז"ל

הדיון ברובד התנאי

המשנה בכתובות קובעת כי אישה זכאית לפדיון מן השבי, אך בעוד שאשת ישראל חוזרת לבעלה, אשת כהן אסורה לו. מאידך, משנה אחרת, אף היא במסכת כתובות, דנה באישה הנחבשת בבית האסורים. משנה זו לכאורה אינה מקבלת את ההיתר הגורף לפיה אשת ישראל חוזרת לבעלה. להלן, לשם בהירות הדיון בין המשניות השונות, אכנה את המשנה הראשונה "משנת השבויה" ואת השנייה "משנת הנחבשת":

מתני'. לא כתב לה כתובה—בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, מפני שהוא תנאי בית דין. כתב לה שדה שוה מנה תחת מאתים זוז, ולא כתב לה כל נכסים דאית לי אחראין לכתובתיך—חייב, שהוא תנאי בית דין. לא כתב לה אם תשתבאי אפרקינך ואותבינך לי לאינתו, ובכהנת אהדרינך למדינתך—חייב, שהוא תנאי בית דין. נשבית—חייב לפדותה, ואם אמר הרי גיטה וכתובתה ותפדה את עצמה—אינו רשאי. לקתה—חייב לרפאותה, אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא את עצמה—רשאי.³²

הנחת המשנה היא כי הסיטואציה של שבי היא סיטואציה בה השבויים מופקרים לגחמות שוביהם ולכן, אם נניח שהאישה נבעלה על ידי שוביה, יש להחשיב זאת כאונס. ממילא, אם מדובר באשת ישראל הרי היא מותרת לבעלה בעוד שלגבי אשת כהן הגדרת הבעילה כאונס אינה מעלה או מורידה והיא זכאית רק לפדיון מן השבי אך לא להמשך הנישואין לבעלה הכהן. השאלה מדוע סיטואציה של שבי מגדירה קיום יחסי מין עם השובים כאונס והאם הכרחי להניח זאת אינה מוסכרת במשנה. במשנת הנחבשת מאידך אנו שומעים את הדברים הבאים:

האשה שנחבשה בידי עובדי כוכבים, על ידי ממון—מותרת לבעלה, על ידי נפשות—אסורה לבעלה. עיר שכבשה כרכום, כל כהנות שנמצאו בתוכה פסולות ואם יש להן עדים, אפילו עבד, אפילו שפחה—הרי אלו נאמנין. ואין נאמן אדם על ידי עצמו. אמר רבי זכריה בן

31. אשרי, שו"ת מעמקים, קנב.

32. משנה כתובות ד:ח.

ואכן, ר' אברהם בן דוד (הראב"ד) מנסח זאת בצורה הברורה ביותר: "חיי ראשי חזקה זו איני יודע מה תועלת יש בה אם יש שם עדים יבואו ויעידו ואם אין שם עדים קנס אין שם, ואם לענין ג' דברים אם יש טענה ביניהם זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה והעיר והשדה שוות הם."²⁶ לאור הסתייגות זו, קבעו מפרשים אחרים כי החזקה דרושה רק במקרה בו העדות אינה ברורה.²⁷ רבי יואל סירקיש (הב"ח על הטור) מחזק את הטענה שהחזקה דרושה במקרה שהעדות אינה ברורה כל צרכה, אך אם ישנה עדות ברורה, גם אם אירע הדבר בעיר, הרי היא אנוסה.²⁸ כלומר, בסופו של דבר העדות בדבר נסיבות העניין גוברת על שאלת המיקום והצעה ואלה אינם מהווים את האינדיקציה העיקרית להגדרת המעשה כאנוס.

ניתן לסכם אפוא את הדברים כך: הבעת התנגדות אינה דרישה אולטימטיבית אלא מותנית בהערכת המצב הסובייקטיבית של הנאנסת בדבר היכולת לקבל עזרה, אך המקום משפיע על נטל הראיה: אם היא נבעלה במקום בו יש סבירות גבוהה להניח שהייתה יכולה לקבל עזרה ("עיר") הרי שנטל הראיה מוטל עליה להוכיח שנאנסה. אם נבעלה במקום בו לא יכלה לקבל עזרה ("שדה") הרי שנטל הראיה מוטל על מי שטוען שנבעלה בהסכמה ולא נאנסה. במקרים בהם העדות ברורה — העדות היא זו שתכריע, ומכל מקום טיב ההתנגדות אינו דורש הפעלת כוח פיזי מצד הנערה אלא לכל היותר צעקה. מבחינה זו אנו למדים כי לפי חכמים אישה מתנגדת היא לכל היותר אישה צועקת, לא אישה לוחמת, למעט דברי הרמב"ן המכירים בכך שיש נשים היכולות להתנגד גם בכוח. לאחר שהופעל עליה כוח אין דרישה הדדית להפעלת כוח מצידה כאינדיקציה לחוסר הסכמתה.

הניתוח של הרב אשרי

לאור מגמת צמצום תחולת החזקה שתוארה לעיל, הייתה פתוחה בפני הרב אשרי הברירה הפשוטה להראות כי העובדה שהדבר אירע בעיר אינה גוררת בהכרח את המסקנה כי לא היה כאן אנוס. אך הברירות הפרשניות אותן נוקט הרב אשרי הן אחרות.

הרב אשרי טוען שלאור הסקירה ההלכתית, היות והמקרה קרה בעיר, יש לכאורה מקום לחשדו של הבעל שלא נאנסה: "ולפי זה בנידון דידן אף שזה היה בעיר ואם כן הרי יש לנו להעמידה בחזקת שנבעלה ברצון מאחר שלא זעקה...."²⁹ ניתן לתמוה על הבחירה לפתוח כך את המהלך ההלכתי, ראשית משום שכלל לא ברור אם המקרה אירע בעיר ומכל מקום אין לנו אינפורמציה לגבי מיקומו של בית הבושת, אם כי ייתכן שלרב אשרי הייתה ידיעה ברורה לגבי עניין זה.³⁰ שנית, גם אם הדבר אירע בעיר ראינו כי לפי רוב הפרשנים יש לדון את המקרה בהתאם לנסיבות וכי חזקת העיר והשדה דרושה רק במקום בו העדות אינה ברורה כל צרכה. כלומר, הרב אשרי יכול היה לנטרל את השאלה על ידי מהלך פרשני המדגים את מגמת צמצומה עד כדי ביטולה למעשה של חזקת העיר והשדה ולדון את העניין ישירות בהתאם לנסיבות, אך הוא אינו עושה זאת. אחת האפשרויות להסביר את בחירתו הפרשנית היא לטעון שלמרות שמבחינה הלכתית ההבחנה בין העיר לשדה אינה תקפה למעשה, הרי שבתודעת המאמינים היא נוכחת מאוד. לפיכך, בכדי להצליח להתגבר עליה אין טעם להוכיח שלא כך הם פני הדברים אלא ללכת עמה כברת דרך. עושה רושם שהרב אשרי בוחר לנקוט את האופציה המחמירה ביותר, משום שהוא חפץ לנטרל דווקא אותה. לפיכך, אם נניח שהמעשה אירע בעיר, דווקא במקום המהווה פרדיגמה למעשה שנעשה ברצון, בהסכמה, או לכל הפחות אי-התנגדות, ועדיין נוכל לטעון בוודאות מוחלטת שמדובר כאן באנוס, יושקטו פחדיו של הבעל ורתיעתו מאשתו.

26. ר' אברהם בן דוד מפורשקירה, *השגות הראב"ד* על הרמב"ם, הלכות נערה בתולה, פרק א הלכה ב.

27. ראו למשל ר' יוסף קארו, "כסף משנה", על משנה תורה, הלכות נערה בתולה, פ"א הלכה ב, ד"ה "כל הנבעלת".

לגבי ההבחנה בין "העיר" ל"שדה" והשינויים שעברה במהלך הזמן ראו: מלבר, "עבירת האינוס", 72–74.

28. ר' יואל סירקיש, "בית חדש", על טור אבן העזר, סימן קעז (ירושלים: ח. וגשל, 1990).

29. אשרי, *שו"ת ממעמקים*, קנב.

30. המחקר ההיסטורי דווקא מצביע על כך שבתי הבושת הוקמו במחנות ריכוז שהיו לרוב מחוץ לערים. ראו דרור,

"איך קרה ששרדת".

וטעם "צעקה", יתכן שצעקה. או טעמו, אם צעקה אין מושיע לה, כי אפילו שמעו שלא צעקה פטורה כיון שאין שם מושיעים לה. והכלל, אם יש לה מושיעים בין בעיר בין בשדה חייבת, אין לה מושיעים בין בעיר בין בשדה פטורה, שלא דבר הכתוב אלא בהווה... ולא ידעת בדיון הצעקה, אם ראינו נערה שהחזיק בה האיש והיא נלחמת בו בכל כחה ובוכה ואחותו בבגדיו או בשערותיו להמלט ממנו ולא ידעה לצעוק למה תסקל, אלא גם הצעקה בהווה, לדון בה מן הסתם בעיר מפותה ובשדה אנוסה.²³

בהמשך ישיר לדברי המדרש, הדגש מושם על הערכת המצב הסובייקטיבית של הנאנסת לגבי הימצאותם של אנשים היכולים לסייע לה להיחלץ מן המצב. אם כך, יש להבין שכאשר התורה נוקטת דווקא באבחנה שבין העיר לשדה היא עושה זאת משום ש"לא דיבר הכתוב אלא בהווה", כלומר—היא מציעה את המקומות הקלאסיים בהם יש או אין מושיעים. אך בדברי הרמב"ן יש רכיב נוסף המאבד ממידת המוחלטות שלו והוא עניין הצעקה. זו כבר אינה מהווה דרישה אולטימטיבית אלא משמשת כאינדיקציה מינימלית (אם צעקה נחשבת התנגדות כל שכן "נלחמת בו בכל כוחה") להבעת התנגדות במקום בו התנגדות עשויה להועיל. אם המעשה אירע במקום בו לא יכלה הנערה לבקש עזרה ולכן צעקתה או התנגדותה לא היו עשויים להועיל ואין עדות ברורה שזה נעשה ברצון, יש להחשיב את המעשה כאונס. ברוח דומה קובע ר' יצחק אברבנאל שעניין הצעקה אינו בהכרח רלבנטי אלא המקום מהווה פרדיגמה למהותו של המעשה: "העיר" מהווה פרדיגמה למעשה שנעשה ברצון ומתוך תכנון, כלומר כפרדיגמה לנסיבות שעשויות להעיד שלא היה כאן אונס, בעוד ש"השדה" מהווה פרדיגמה לדרך מקרה—היות ואין טבען של נשים מאפשר להן להסכים לשכב עם איש שיבוא עליהן בפתע פתאום:

לפי שהראות הוא ענין יותר גדול מהשמיעה, וכבר יתכן שהאנס שם ידו לפיה כדי שלא תצעק ואפשר לעדים שיראו הפועל המגונה מרחוק בכללותו ולא ישמעו אם צעקה אם לא עם היות בו בקול גדול שישמעוהו ולזה גמר אומר אדון הנביאים ע"ה שבהיות הענין בעיר יסקלו אותם כיון שלא צעקה הנערה המאורשה בהיות המקום כמוכן להושיע ועדים סמוכים ורואים הענין כפי מה שהוא בהיותו בעיר בקרב הישוב, ולכן איכות המקום יענישה כי הוא המורה כי לא חדלה מלזעוק כי אם להיותה חפצה בזונניה אבל בהיותם בשדה אע"פ שהעדים לא ישמעו צעקתה יפטרו אותה מעונש כשיראו שהחזיק בה איש ושכב עמה לפי שאם היתה חפצה בדבר מתמול שלשום היו מזנים בעיר לא בשדה שהיא בדרך מקרה ובהזדמן רב וגם היה בלתי אפשר שהאיש הנערה שנזדמנו בשדה מבלי פתוי אחר, יחזיקנה האיש וישכב עמה ברצונה, כי טבע האשה תמאן זה לשכב עם איש שיבא עליה בפתע פתאום, וכל שכן בהיותה נערה ומאורשה שאין ספק שיקשה זה עליה מאד.²⁴

מכל האמור לעיל עולה כי המגמה הפרשנית היא לצמצם את תחולתה של החזקה עד לכדי ההבנה כי עדות בדבר הנסיבות היא שתכריע האם מדובר כאן במקרה של אונס אם לאו. הרמב"ם קובע כך: "ואיזה הוא מפתה ואיזה הוא אונס. מפתה לרצונה ואונס שבא עליה בעל כרחיה: כל הנבעלת בשדה הרי זו בחזקת אנוסה ודנין בו דין אונס עד שיעידו העדים שברצונה נבעלה. וכל הנבעלת בעיר הרי זו בחזקת מפותה מפני שלא זעקה עד שיעידו העדים שהיא אנוסה כגון ששלף חרב ואמר לה אם תזעקי אהרוג אותך."²⁵ הרמב"ם מטיל את כל כובד המשקל על העדות. היא זו שתכריע בסופו של דבר ולא המקום בו אירע המעשה. אם כך, המסקנה המתבקשת היא שחזקת העיר והשדה מתיירתת מאליה.

23. רמב"ן, פירוש על התורה, דברים כב:כג, מקראות גדולות מאורות (ירושלים: ז. ברמן, 1995).

24. ר' יצחק אברבנאל, פירוש על התורה, דברים כב:כג (ירושלים: בני ארבל, 1964), ריא.

25. רמב"ם, משנה תורה, הלכות נערה בתולה, פרק א הלכה ב (ירושלים: שתי פרנקל, תשס"ו).

רעהו", כך שהיטואציה לא לגמרי ברורה, האם מדובר כאן על אונס או על פיתוי. כאשר המקרה אירע בשדה,¹⁹ ההנחה היא שבמקרה זה רכיב ההסכמה לא קיים ובכל זאת עונשו של האנס זהה למקרה הראשון, עובדה המדגישה שהעבירה אינה נובעת מעצם האונס אלא מעצם קיום היחסים עם אישה נשואה. ייתכן והעבירה נעשתה כלפי הבעל המיועד או כלפי האל אך לא כלפי הנערה משום שרכיב ההסכמה בשני המקרים אינו מייצר כל הבדל לגבי עונשו של התוקף.²⁰ במילים אחרות, אי-ההסכמה שלה פוטרת אותה מעונש אך אינה מעלה או מורידה בחומרת עונשו של התוקף.²¹

מפשט דברי המקרא ניתן להסיק שמדובר כאן על חזקה חלוטה, כלומר כזו שאינה ניתנת לסתירה. ברם, כבר בתקופת התנאים אנו מוצאים התפתחות משמעותית בהבנת טיבה של חזקה זו, כאשר המדרש מדגיש כי ההבדל בין העיר והשדה אינו הבדל של מקום אלא הבדל של מצב. כלומר, הדגש נקבע על העניין המהותי במקום על ההבדל הטכני במיקום—האם יש לה סיכוי להינצל ולפיכך האם יש טעם בצעקה. כלשון הספרי: "כי בשדה מצאה, יכול בעיר חייבת בשדה תהא פטורה? תלמוד לומר צעקה הנערה המארשה ואין מושיע לה. הא אם יש לה מושיע בין בעיר בין בשדה חייבת ואם אין לה מושיע בין בעיר בין בשדה פטורה."²²

ניתן להבין זאת כך: ההתנגדות בצעקה מותנית בהערכתה את מידת הסיכוי לקבל עזרה. לכן, אם לא צעקה משום שהעריכה שאין שם מי שיעזור לה תהא פטורה. אך אם לא צעקה למרות שהיה לה בכיור, סיכוי לקבל עזרה תהא חייבת. במילים אחרות, חזקת העיר והשדה נוגעת לשאלת ההתנגדות באמצעות צעקה ולא דווקא מאבק בוח, ועל פי המדרש שאלה זו איננה בבחינת נתון אוניקטיבי הקובע שיש לבחון האם האישה עשתה כל שביכולתה להתנגד, אלא שאלה של הערכת מצב—אם היה טעם להתנגד כדי שתוכל לקבל עזרה ולא עשתה זאת, סביר להניח שרצתה בקיום היחסים הללו, אך אם לא התנגדה כי לא היה טעם לכך, לא נוכל להסיק על דרך השלילה כי חפצה בכך. מבין הראשונים, ר' משה בן נחמן (הרמב"ן) מסביר את ההבחנה בין העיר לשדה ואת עניין הצעקה באופן הבא:

19. לגבי ההבחנה בין "העיר" ל"שדה" והשינויים שעברה במהלך הזמן ראו גרשון מלבר, "עבירת האינוס ועבירות מיניות אחרות במשפט העברי ובמשפט האנגלי" (עבודת דוקטורט, אוניברסיטה העברית, 1960), 72–73.

20. קוואשמה עמד על כך שרכיב ההסכמה אינו מעלה ואינו מוריד משום שהעבירה היא כלפי הגבר וכלל לא כלפי הנערה. ראו: Robert Kawashima, "Could a Woman Say 'No' in Biblical Israel? On the Genealogy of Legal Status in Biblical Law and Literature," *AJS Review* 35, no. 1 (2011): 1–22. הוא טען גם כלפי האל ולא רק כלפי הבעל ויש לכך דוגמאות רבות: האל מונע מאבימלך לחטוא עם שרה משום שזהו חטא כלפיו (בראשית כ:); יוסף נמנע מלחטוא עם אשת פוטיפר בשל אותה סיבה: "וחטאתי לאלוהים" (בראשית לט:ט); ועוד. ראו: Moshe Greenberg, "Some Postulates of Biblical Criminal Law," in *Yehezkel Kaufmann Jubilee Volume*, ed. Menahem Haran (Jerusalem: Magnes, 1960), 5–28.

21. המדרש כבר עומד על כך כאשר הוא מדייק שבדברי התורה: "ולנערה לא תעשה דבר" אנו יכולים לשמוע את הדיו של המנהג המניח כי בכל מקרה הייתה אמורה להיענש: "ולנערה לא תעשה דבר, מלמד שפטרה הכתוב מן המיתה." ראו ספרי דברים, פרשת כי תצא, פיסקא רמג, אות כו (מהדורת פינקלשטיין). בבבל, אישה נשואה שנאנסה נכבדה ונורקה לנהר יחד עם האנס ללא התחשבות בנסיבות המקרה (ראו: Brownmiller, *Against Our Will*, 19–20). במובן זה מתקן החוק המקראי את העוול הכפול שנעשה לנערה מאורשה שנאנסה.

אחרון שמש הסב את תשומת ליבי לכך שדין הסקילה לבעול נערה מאורסה מובחן מן הדין שנאמר לפניו "כי ימצא איש שכב עם אשה בעלת בעל ומתו גם שניהם האיש השכב עם האשה והאשה ובערת הרע מישראל" (דברים כב:כב). בעוד לגבי השוכב עם אשה בעלת בעל נאמר רק שדינם מיתה אך לא פורש כמה מיתתם, דינו של השוכב עם נערה מאורסה הוא כסקילה. חז"ל הבינו שדינו של בועל ארוסה חמור מבעול אשת איש והאחרון נידון לפי השיטה הרווחת בחנך, שהיא מיתה קלה ממתית סקילה. ההסבר לכך נעוץ בעובדה כי נערה מאורסה עונדה בתולה ולכן העונש חמור יותר. ראו אהרון שמש, "בתולות ובתוליהן בספרות התנאית" (לא פורסם).

22. ספרי דברים, פרשת כי תצא, פיסקא רמג, אות כז (מהדורת פינקלשטיין).

על פי תיאורו של הרב אשרי, אישה צעירה ובת טובים מאחת המשפחות הנכבדות שבקובנה באה לפניו בוכה ללא הפוגה על כך שבזמן המלחמה נתפסה על ידי הנאצים ונמסרה לבית בושת ולא זו בלבד שהתעללו בה אלא גם חרטו על גופה את המילים: "זונה בשביל חיילי היטלר". לאחר השחרור הצליחה למצוא את בעלה ושניהם התכוונו להקים מחדש את ביתם ההרוס לאחר שכל ילדיהם נרצחו. אך כאשר ראה בעלה את כתובת הקעקע החקוקה בגופה נרתע ואמר שעליהם לברר אם היא מותרת לו "מאחר שהייתה תפוסה בידי הצוררים לעשות בה כרצונם, אולי נבעלה להם ברצון."¹⁸ כיצד הבין הרב אשרי את השאלה ההלכתית ששאל הבעל על רקע המסורת ההלכתית וכיצד התיר בסופו של דבר אישה זו לבעלה?

כבר מן האופן בו מנוסחת השאלה ניתן להיווכח ברכיבים ההלכתיים וברכיבים הנרטיביים שלה. העניין ההלכתי נוגע לשאלה האם יש לראות את הסיטואציה של אישה המוחזקת בבית בושת כאונס במונחים בהם דנה הספרות ההלכתית. יחד עם זאת, הרכיב הנרטיבי מעניין לא פחות, משום שכפי שהדברים מובאים בשמו של הבעל, דומה שרתיעתו הנפשית, שאולי עטופה באצטלה הלכתית, קשורה לכתובת הקעקע החרותה בגופה של אשתו ומזכירה תדיר את הזוועה, והיא שתעמוד לנגד עיניו כל אימת שיבקש להתייחד עמה. הרב אשרי מבין כמדומני היטב את מצב העניינים הזה ונראה שתכלית תשובתו באה לפתור לא רק את הבעיה ההלכתית אלא גם לתת מענה למצוקה זו תוך כדי העצמת האישה ש"שברה גדול כים". שכן, לא רק שהיא נאלצת להתמודד עם הזוועות שעברה, עתה היא נדרשת גם לעמוד מול הקלון והבושה ורתיעתו של בעלה לחזור ולהתייחד עמה. הדרך לפתרון המצוקה הנפשית הן של האישה והן של הבעל עוברת דרך נקיטת ברירות פרישניות מסוימות כך ששיירתו באופן המיטבי את מטרת העל המבוקשת אך גם ייצרו נראטיב אחר לגבי הסיטואציה הנידונה.

המהלכים ההלכתיים

שני מהלכים הלכתיים מרכזיים נידונים בתשובה זו: האחד נוגע להבחנה המקראית בין "הנבעלת בשדה" לעומת "הנבעלת בעיר" והשני לסוגיית השבויה והנחבשת.

א. בין העיר לשדה

דברים פרק כב

- (כג) כִּי יִהְיֶה נֶעֱרַב בְּתוֹלָה מֵאֲרֻשָּׁה לְאִישׁ וּמִצְאָהּ אִישׁ בְּעִיר וְשָׁכַב עִמָּה:
 (כד) וְהוֹצֵאתָם אֶת שְׁנֵיהֶם אֶל שַׁעַר הָעִיר הַהוּא וּסְקַלְתֶּם אֹתָם בְּאֲבָנִים וּמָתוּ אֵת הַנֶּעֱרַב עַל דָּבָר אֲשֶׁר לֹא צִעֲקָה בְּעִיר וְאֵת הָאִישׁ עַל דָּבָר אֲשֶׁר עָשָׂה אֵת אִשְׁתּוֹ וּבִעֲרַת הָרֶעַךְ מִקֶּרֶב:
 (כה) וְאִם בְּשָׂדֵה יִמָּצֵא הָאִישׁ אֵת הַנֶּעֱרַב הַמֵּאֲרֻשָּׁה וְהִחֲזִיק בָּהּ הָאִישׁ וְשָׁכַב עִמָּה וּמַת הָאִישׁ אֲשֶׁר שָׁכַב עִמָּה לְבָדוּ:
 (כו) וְלִנְעֹר לֹא תַעֲשֶׂה דָבָר אֵין לְנֶעֱרַב חֲטָא מֵוֹת כִּי כִּפְשָׁר יָקָם אִישׁ עַל רֵעֵהוּ וּרְצָחֵהוּ נֶפֶשׁ בֶּן הַדָּבָר הַזֶּה:
 (כז) כִּי בַשָּׂדֵה יִמָּצֵא צִעֲקָה הַנֶּעֱרַב הַמֵּאֲרֻשָּׁה וְאֵין מוֹשִׁיעַ לָהּ:

התורה מציינת שני אבות טיפוס של קיום יחסי אישות עם נערה מאורשה. כאשר המקרה אירע בעיר, ההנחה היא כי כאן יכלה הנערה לצעוק ולקבל עזרה, אך משלא עשתה זאת ובכל זאת נבעלה, מסיקים את הסכמתה ולכן, בהיותה אשת איש, עונשה הוא מוות. יצוין כי רכיב ההסכמה מקביל לפיתוי למרות שהביטוי בו משתמש הפסוק לתיאור מקרה זה הוא בכל זאת עיניו: "על דבר אשר עינה את אשת

הנסמכת כמובן על עדויות, היא שנשים יהודיות נאנסו למרות חוקי הגזע ולכן הדרך להתירן אינה יכולה להסתמך על חוקים אלה.

18. אשרי, שו"ת ממעמקים, קנא.

הבאה: הגדלת עוצמת הכפייה תביא ליתר התרצות הנכפה, ומכאן ליתר הכרה בתוקפו של האקט שנעשה בכפייה, בעוד שגישה המְתַנֶּה את תוקף החוזה לא רק בגמירות הדעת של הנכפה אלא גם בטיב המעשה תשלול את הרעיון שהגדלת עוצמת הכפייה תורמת להכרה בתוקף המעשה. אבחנתו של פורת עוזרת לחדד את השאלה העומדת לדיון במאמר זה: האם כפייה מינית יוצרת רף שונה לגמירות דעת מאשר מעשי כפייה הנידונים בהקשרים של חוזים ממוניים? בהמשך אבקש לטעון שבמסורת ההלכתית המאוחרת, כפייה על המעשה המיני עצמו אכן יוצרת רף שונה לגמירות דעת וייתכן שיש בכך משום התפתחות בהכרה שטיב המעשה המיני, ומתוך כך טיבה של ההסכמה, שונה באופן מהותי ממכר או קניין דיני ממונות.

"דין נשים שנאנסו לבושת על ידי הרוצחים"¹⁴

התשובה הנידונה, שניתנה מיד לאחר סיום המלחמה על ידי הרב אפרים אשרי בגטו קובנה, מאלפת מבחינות רבות—הן מבחינת הניתוח ההלכתי הפורמלי והביריות הפרשניות אותן היא נוקטת והן במישור הנרטיבי. דרך הבנתה של תשובה זו, המקורות ההלכתיים המשמשים לה מצד, כמו גם המהלכים הנוספים הננקטים בה, נוכל לעקוב אחר השתלשלות הגדרת עבירת האינוס ולדון בפרשנות שניתנה לה בספרות השו"ת, אשר לרוב ביקשה להתיר אישה לבעלה כמעט בכל מחיר. בהקשר זה אבקש לטעון בעקבות יעקב בלידשטיין כי ישנו הבדל מעניין בין המסורת הבבלית-ספרדית לבין המסורת האשכנזית, המחמירה יותר מבחינת הגדרותיה המושגיות לעבירת האינוס,¹⁵ ולהציע שהאחרונה נוכחת יותר בתודעה ההלכתית אולי משום ששיקפה אינטואיציות גבריות בסיסיות ולכן ייתכן ודווקא לה היה הסיכוי להצליח במאמץ להתיר נשים לבעליהן לאחר שנאנסו. וזה נוסח השאלה:

מיד לאחר השחרור ממכלאת הגיטו נשאלתי שאלה גדולה ונוראה שהיתה נוגעת לא רק לנידון זה שבא לפני אלא גם למספר רב של בנות ישראל אחרות שזכו להשאר בחיים אחר המאורעות האימוות שעברו עליהן כשהן תפושות בידי הצר הצורר ... ומסרן לקלון ולבושת כדי שפריצי החיות וחזירי היער, קלגסי הגרמנים ימ"ש יתעללו בגופן ובכבודן.¹⁶

מתיאור זה אנו יכולים להסיק כמה מסקנות. ראשית, למרות שהתשובה אינה מתוארכת במדויק הרי שהיא נכתבה בסביבות יולי 1944, תאריך שחרורה של קובנה בזמן השואה ורבות מן התשובות המכונסות בספר דנות כדבריו לא נוגעת רק לדמויות הנזכרות בתשובתו אלא ל"מספר רב של בנות ישראל," ועדות זו יכולה לשפוך אור מסוים על תופעת העבדות המינית וההתעללות המינית שעברו נשים יהודיות בזמן המלחמה, למרות חוקי הגזע המחמירים שאסרו לכאורה כל מגע מיני בין גרמנים ליהודים.¹⁷

14. אשרי, שו"ת ממעמקים, קנא-קנו. השו"ת נכתב על ידי הרב אפרים אשרי (נולד בקובנה שבליטא, 1914, ונפטר בשנת 2003 בניו יורק). הרב אשרי שימש כפועל כרב של גטו קובנה בזמן השואה ורבות מן התשובות המכונסות בספר דנות בסישואציות ייחודיות שעלו בתקופה קשה זו. לאחר שניצל היגר לאוסטריה, משם לרומא (שם כיהן כראש ישיבת מאור הגולה) ולבסוף לארצות הברית. רבותיו היו הרב נתן צבי פינקל והרב אברהם דוב כהנא שפירא.

15. יעקב בלידשטיין, "מעמדן האישי של נשים שביות ומשמדות בהלכה של ימי הביניים," שנתון המשפט העברי ג-ד (תשל"ו-תשל"ז): 35-116.

16. אשרי, שו"ת ממעמקים, קנא.

17. על כך ראו בהרחבה במאמרה של לבנקרון, "העלמות והמות." אסתר דרור מציינת כי הנראטיב הישראלי, כמו גם המחקר ההיסטורי עד לאחרונה, שלל לחלוטין את הרעיון שנשים יהודיות נלקחו לבתי בושת בזמן השואה, ולו רק משום שחוק הגנת הדם הארי אסר זאת. יחד עם זאת, החל משנות התשעים, תופעת בתי הבושת שהקימו הגרמנים במחנות הריכוז החלה להיחקר (בעיקר על ידי החוקרת הגרמנייה כריסטה פאול). ראו אסתר דרור, "איך קרה ששרדת? היבטים מיניים בסיפוריהן של ניצולות שואה" (עבודת דוקטורט, אוניברסיטת חיפה, 2011). שאלת האיסור על קיום יחסי מין בשל "טוהר הגזע" רלבנטית לעניינינו משום שמספר תשובות הלכתיות שביקשו להתיר נשים לבעליהן הכוהנים השתמשו בנימוק של חוקי הגזע האוסרים מגע מיני בין גרמנים לנשים יהודיות ככדי להתיר. ראו הרב מרדכי יעקב ברייש, שו"ת חלקת יעקב, אהע, מן הרב יצחק יעקב וייס, שו"ת מנחת יצחק חא, פז, ב. בניגוד לתשובות אלה ההנחה הברורה של הרב אשרי,

זביניה זביני, ⁸ כלומר—מי שאיימו עליו שאם לא ימכור ירהגוהו או ייסרו אותו ותחת תנאים אלה הוא אכן מכר, המכירה תופסת. ⁹ הפרשנות המקובלת בין הראשונים, וגם רבים מן האחרונים, היא לומר שמאחר וקיבל כסף עבור המכירה הרי שבסופו של דבר הוא התרצה לה, גם אם נעשתה תחת אילוץ חמור. ¹⁰ במילים אחרות, לפי פרשנות זו צריך שיהא יסוד נוסף הפועל במקביל לכפייה והוא מספיק כדי ליצור החלטה תקפה ("גמירת דעת"). יחד עם זאת, הניסוח התלמודי הוא כזה שמדבר על הכפייה לכשעצמה כמספיקה לשם כך, כלשון התלמוד: "אגב אונסיה גמר ומקנה," כלומר הכפייה עדיין מותרת לכאורה אפשרות בחירה, גם אם מצומצמת או לא סבירה ביותר, כבמקרה של איום במוות. אשר גולאק מסביר זאת כך שאונס ככפיה הבאה מן החוץ, באופן בלתי אמצעי ושאינו יוצר גמירת דעת, אינו ולא כלום. אבל, ייתכן וכפיה הבאה מן החוץ תשפיע באופן אמצעי על הפעולה המשפטית, כך שמחמת הכפייה האדם גומר בדעתו לבצע את הפעולה למרות שבלעדיה לא היה עושה זאת. במקרה זה לפעולה יש ערך משפטי משום שיש גמירת דעת, גם אם היא תוצאה אונס. הכלל לדעתו הוא: "פעולה הנעשית באונס – בטלה; והנעשית מחמת אונס – קיימת."¹¹

האם יש קשר בין העיקרון התקף בדיני ממונות לבין אונס במובנו המיני? אליהו בן זמרה מקשר בין העקרונות המנחים דיני מכר באונס לבין אינוס מיני, וסבור שהעיקרון לפיו ככל שהאונס חמור יותר כך מתחזקת גמירות דעתו של האנוס תקף גם באונס מיני, ולכן ככל שהסכנה לשלומה ולחיייה של האישה גדולים יותר כך סביר יותר להניח שהתרתה למעשה האישית כדי להציל את חייה. הוא מסכם זאת כך:

תנאי היסוד לקיומן של התוצאות המשפטיות הנובעות מכל מעשה או מחלל, הרי הם הכוונה או הרצון לעשיית המעשה או המחלל והרצייה באותן תוצאות ... דרושה "גמירות הדעת" של העושה ... מעשה או מחלל, ללא כוונה או רצון בדרך כלל אינו גורר אחריו כל תוצאה משפטית ... אבל אם האנוס מגלה רצייה כלשהי במעשה או במחלל ע"י דיבור, מעשה ואפילו ע"י הימנעות מכל ניסיון להתנגד לאנס או להשתמט ממנו יש לכך נפקות משפטית, שכן במקרה זה נותרה בידי האנוס אפשרות הבחירה ולו אפילו מוגבלת ביותר, כגון בין מוות לבין עשיית הנדרש ממנו, ועל כן ה' א' המפעיל את רצונו המוגבל ... מאותה סיבה שבפי ר' הונא כך הוא גם בדיני אישות: ככל שהאנוס חמור יותר, והסכנה לחייה ולשלומה של אשת איש שנתפסה בידי אנס גדולה יותר, כן גדול החשש שהתרתה לבועלה כדי להציל את חייה ...¹²

בנימין פורת לעומת זאת סבור כי עמדתו של הרמב"ם פותחת פתח להבין אחרת את עניין גמירות הדעת בהקשר של כפייה.¹³ על פי ניתוחו יש להבחין בין חוזים בהם מוצב רף גבוה לגמירות דעת, כמו נתינת מתנה, בעוד שלגבי מכר מונמך הרף. זאת משום שמתנה על פי טבעה היא חד-צדדית ואינה מאוזנת ולכן תהיה הוגנת רק אם תבסס על רצונו החופשי של הנותן, בעוד שמכר יותר מאוזן היות ויש בו תמורות יותר שקולות. הנובע מכך הוא שגישה פרשנית המעמידה את תוקפו של מעשה הנעשה תחת כפייה רק על גמירות דעתו של העושה תיצור את המשווה

8. בבלי, בבא בתרא מז, ב.

9. לטענת פורת, אמירה זו של רב הונא העניקה תוקף להתרצות של המוכר, רק אם באה מחמת כפייה אך לא למכר המלוה בהתנגדות גלויה. ראו בנימין פורת, "החזוה הכפוי ועקרונ הצדק החוזי—עיון משפטי פילוסופי בסוגיית תליוהו וזבין, דיני ישראל כב (תשס"א): 49–110.

10. פורת, "החזוה הכפול ועקרונ הצדק החוזי," 84. כך נפסק גם בשולחן ערוך, חושן משפט רה, א.

11. אשר גולאק, יסודי המשפט העברי (א–ב) (תל אביב: דביר, תשכ"ז), 56–62. עוד על גמירת דעת ראו שלום אלבק, דיני הממונות בתלמוד (תל אביב: דביר, תשל"ו), 129–143; סיני דויטש, "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי," שנתון המשפט העברי 1–2 (תשל"ט–תש"ם): 71–104.

12. אליהו בן זמרה, "גדרי אונס בידי אדם: 'אונסא דאחריני,' סיני פז, מס' ה–ו (תש"מ): רלט–רמ. הדגשה במקור.

13. פורת, "החזוה הכפוי ועקרונ הצדק החוזי," 87–91.

הבחירה? האם מעשה שנעשה בהסכמה אך שלא מתוך רצון חופשי ייחשב כאנוס, והאם לפיכך ייתכן מדרג בחומרת דרגת הכפייה שיש לו השלכות לגבי הערכת תוצאות המעשה וחומרת הענישה? מבחינה פילוסופית דומה שאריסטו כבר הציב את השאלה בדבר התנאים בגינם יש להחשיב מעשה כנעשה באנוס או כנעשה ברצון:

דברים הנעשים מתוך כפייה או בשל אי ידיעה, רואים אותם כדברים שעושיהם לא רצו בהם; ו'בכפייה' נעשה דבר שסיבתו היא חיצונית, והאישי הפועל את הפעולה או הנפעל באותו רגש אינו תורם לכך ולא כלום, כאילו רוח סערה, או אנשים שהשתלטו עליו, הביאוהו למקום כל שהוא. ואילו לגבי דברים שעושים אותם מתוך פחד מפני רעות גדולות יותר או לשם תכלית נאה, למשל כשרודן יצווה אדם לעשות משהו מגונה, שעה שהוריו או ילדיו נמצאים ברשותו של אותו רודן ואם יעשה את המעשה, יינצלו, ולא, ייהרגו, — לגבי מעשים כאלה ספק הוא אם הם נעשים ברצון או שלא ברצון. מה שהוא מעין זה מתארע גם שמטילים בשעת סערה סחורות מהספינה הימיה; וסחם כך שום אדם אינו מאבד דבר מרצונו, אולם לשם הצלת נפשו והצלת שאר המפליגים עמו יפעל כך כל מי ששכלו בראשו. פעולות אלו, הנן, אפוא, מעורבות, אולם דומות יותר לאלה שנעשות מרצון, שכן ראויות הן שיבחרו בהן בשעת היעשותן, ותכליתה של הפעולה תואמת את מסיבות השעה. את המילים 'פעולה שמרצון' ו'שלא מרצון' יש אפוא לנקוט לפי מסיבות השעה שבה פעל הפועל; ואותו אדם פועל מרצונו; שהסיבה להנעת אברי הגוף שיש להניעם בפעולות כאלה נמצאת בו עצמו, ואם סיבת היעשות הדברים טמונה באדם, הרי שביכולתו הוא לעשותם או לאו. ודברים מעין אלו נעשים, אפוא, 'מרצון', אף על פי שבאופן מופשט אולי הם נעשים 'בעל כורח' של האדם; שהרי שום איש לא היה בוחר מעשה כזה כשלעצמו.⁶

אריסטו מבחין בין כפייה חיצונית שבה ה-*agency* של האדם לא בא לידי ביטוי, לבין פעולה שהאדם עושה בתור *agent* אך היה מעדיף לא לעשות אילו הנסיבות היו שונות: אנוס מוחלט ייחשב מעשה הנעשה לאדם ללא שמץ של שיתוף פעולה או רצון כלשהו מצדו, למשל, כאשר הוא כפות או אינו יכול להתנגד מסיבה אחרת. לעומת זאת, כאשר רצון האדם משתתף באופן כלשהו במעשה, כבר לא נוכל להחשיבו כאנוס גמור. מבחינה מושגית, גם אם הרצון אינו חופשי לחלוטין וגם אם תכלית המעשה ראויה או הגיונית בנסיבות הכפויות, נצטרך לומר שאין זה אנוס גמור. ניתן לומר אם כן שתתכן מחלוקת יצד ישר להעריך מעשה בו רצון האדם נוטל חלק מסוים, כאשר רצון זה מושפע מסוג האילוף המופעל עליו, כמו גם בשיפוט הערכי שלו הנגזר מתכליתו של המעשה, למשל להעדיף אנוס על מוות. כמו כן, דומה שמדברי אריסטו עולה גם ההבחנה שבין פאסיביות לאקטיביות, או ההבחנה שבין מחדל ומעשה. יותר קל לנו להבין אנוס כסיטואציה בה נכפית על האדם פאסיביות מוחלטת ועושים בו מעשה כך שאינו יכול כלל להתנגד, כגון שהוא כפות או מוחזק, לבין סיטואציה בה האדם פועל באופן אקטיבי, אך אילו עמדה בפניו ברירה אחרת היה מעדיף שלא לעשות את הפעולה. השאלה החשובה אם כך היא כמובן מהן הנסיבות בהן נעשתה הפעולה האקטיבית ועד כמה נוכל לומר שרצונו של האדם היה אכן חופשי. במילים אחרות, פאסיביות מניחה כבלים חיצוניים נראים לעין המונעים התנגדות שקל לזהותם, בעוד שמעשה אקטיבי מסתיר לעתים כבלים שאינם גלויים ולכן הערכתם ככופים את הרצון החופשי המקמקה יותר.

הכלל ההלכתי הידוע "אנוס רחמנא פטריה,"⁷ מציע כי כל פעולה הנעשית תחת אנוס אינה תקפה וכי התורה פטרה את האנוס מן החיובים הנובעים ממה שעשה. אך כלל זה אינו עונה על השאלה, מה ייחשב אנוס בגינו יהיה פטור האנוס? דומה שהתפיסה ההלכתית המקובלת לגבי מעשה הנעשה בכפייה קרובה מאוד לזו של אריסטו. כך למשל קובע התלמוד כי "תליוהו וזבין

6. אריסטו, *אתיקה ניקומאכית*, תרגם י. ליבס, ספר ג, פרק א (תל אביב: שוקן, תשמ"ה), 57–58.

7. בבלי, עבודה זרה נד, א.

1. בניגוד להנחה המקובלת בדבר הכלל התקף במשפט העברי לגבי אונס, מבלי להבחין בין דיני ממונות לאונס מיני, לפיו ככל שהכפייה גדולה יותר כך גדל החשש להתרצות הנכפה, אני סבורה כי לגבי אונס מיני הדברים שונים: בהלכה האשכנזית המאוחרת מתגבשת ההבנה שאיום במוות על המעשה המיני עצמו ("אימה מחמת ביאה") אינו יוצר גמירת דעת ולכן יש לראות את המעשה כנעשה באונס, בעוד שבנסיבות בהן איום במוות עומד ברקע הדברים—לא ייחשב המעשה המיני כאונס. המסורת הספרדית לעומת זאת מחשיבה גם מצבים מעין אלה כמצבי אונס, היות ועל פי תפיסתה, כל הסכמה הנובעת מפחד אינה תקפה. אם כך, יש הבדל מהותי בדרישה לגמירת דעת בין מעשה הנעשה בכפייה בדיני ממונות לבין מעשה מיני המתקיים בכפייה על פי שתי המסורות, כאשר המסורת הספרדית אף מציבה רף גבוה עוד יותר להסכמה באונס מיני.

2. יחד עם זאת דווקא למסורת האשכנזית, המחמירה, יש את הפוטנציאל להצליח יותר כאשר יש צורך בתשובה הלכתית בעלת אופי "פאסטורי", כזו המבקשת לא רק לקבוע את ההלכה הפורמלית אלא גם לשכנע את הבעל לחזור ולחיות מחדש עם אשתו לאחר שנאנסה, כמקרה שידון במאמר זה. זאת משום שהיא מנטרלת לחלוטין את מושג הרצון או ההסכמה על המעשה המיני עצמו.

מאמר זה יוקדש לבירור טיבו של מושג האונס במשמעותו המינית, לגבי נשים נשואות, במחשבת חז"ל ובהסתעפויות הנובעות מכך בחשיבה ההלכתית המאוחרת יותר. כל זאת דרך ניתוחה של תשובה הלכתית אחת, בדבר אישה אשר בזמן השואה נתפשה לבית בושת נאצי ולאחר המלחמה מצאה את בעלה וביקשה לחזור ולשקם את נישואיה, אך הבעל שואל האם היא מותרת לו, שמה לא נאנסה.³ השאלה, שכמדומני בלתי מובנת בעליל לקוראים המודרניים, שהרי כביכול מוצגת כאן הפרדיגמה האולטימטיבית לאונס ממושך וממוסד,⁴ נטועה עמוק בספרות ההלכתית ולכן אני מבקשת דרכה לשפוך אור על רכיבים מסוימים בהגדרת עבירת האונס במשפט העברי. לשאלה האם האישה פאסיבית לחלוטין, מנועה מכל יכולת להתנגד, או מסכימה ואף יוזמת באופן כלשהו את היחסים בנסיבות שונות, יש השלכות מרחיקות לכת לגבי המעמד המשפטי של המעשה. ההנחה ההלכתית הבסיסית לפיה ככל שהכפייה חמורה יותר כך מתחזקת גמירת דעתו של אדם, תקפה לכאורה לפי חלק מהשיטות גם במקרה של אונס מיני, ולכן ככל שהסכמה לחייה של האישה גדולה יותר כך גדל החשש שהתרתה לאנס בכדי להציל את חייה. הנחה זו, ככל שהיא נשמעת כמוגדת לאינטואיציה שלנו, היא שמסבירה את הדיונים במשנה, בתלמוד, ובספרות ההלכה המאוחרת יותר, והיא שתעמוד במוקד החקירה במאמר זה. הבחינה שאציע הינה בעיקרה מושגית ואינה מתיימרת לבחון גם את ההיבטים ההיסטוריים של ההתפתחויות בהגדרת מהותה של העבירה.⁵ אלה דורשים מחקר נפרד.

מבחינה מושגית, אונס הוא עניין קשה להגדרה. מהו טיב הכפייה המופעלת על אדם בכדי להכלילו תחת הקטגוריה של אונס מבחינה משפטית? האם איום כלשהו מספיק או שדרוש לחץ פיזי של ממש המונע ממנו להתנגד למעשה? ומה יוגדר כ"אי-יכולת להתנגד"? האם ככלים פיזיים או הפעלת כוח רב או שמה גם סוגי איום מסוימים, כגון איום במוות, ייחשבו כשוללים את חופש

3. הרב אפרים אשרי, *ספר שאלות ותשובות ממעמקים*, חלק א, סימן כז (ניו יורק: מודרן ליניוויץ, תשי"ט), קנא-קנו.

4. האינטואיציה הזו מובעת היטב בהערתה של לבנקרון למונח "בתי בושת בזמן מלחמה": "מקומות אלו זכו לכינוי בתי בושת בפי החיילים, אך למותר לציין כי בעבור הנשים מדובר היה באונס. הגדרתם של מחנות אונס אלו כבתי בושת אין בה ולו שמץ של הסכמה עם המונח, אלא תיאורו מבעד לעיני צבא הכובש." נעמי לבנקרון, "העלמות המוות: 'נות', אונס ועבודת מינית במלחמת העולם השנייה," *תאוריה וביקורת* 32 (2008): 17 ה. 2.

5. לדיון היסטורי ראשוני בשאלה זו ראו: מרב שניצר, "כפיית יחסי מין על נשים בקהילות אשכנז (גרמניה וצפון צרפת) במאות ה-12–13: דיון במקורות ההלכתיים והפרשניים של התקופה" (עבודת דוקטורט, אוניברסיטת תל אביב, 2011); Rachel Furst, "Captivity, Conversion, and Communal Identity: Sexual Angst and Religious Crisis in Frankfurt, 1241," *Jewish History* 22 (2008): 179–221.

אינוס נשים נשואות: עיון בספרות ההלכה בעקבות שו"ת "ממעמקים"

רונית עיר-שי

מבוא

על פי ההלכה, אישה נשואה שקיימה יחסי מין עם גבר אחר ("זינתה תחת בעלה") אסורה על בעלה, אלא אם יחסים אלה היו בכפייה, דהיינו האישה נאנסה בידי הבעול. יחד עם זאת, השאלה כיצד יוגדר אונס בגינו תותר אישה לבעלה ומהן הנסיבות בהן יוכר המעשה המיני כאונס נתונה למחלוקות עמוקות.

בעוד שהמחקר המשפטי הכללי ובעיקר הפמיניזם המשפטי עסקו באופן אינטנסיבי בשאלת ההסכמה והרצון החופשי בכל הקשור לעבירות מיניות בכלל ולעבירת האינוס בפרט,¹ טרם הובהרה התמונה המושגית בהקשר של מעשה מיני הנעשה בכפייה במשפט העברי,² אם כי מצבי אונס וכפייה בדיני ממונות נידונו בהרחבה. מאמר זה מבקש לפיכך להציע דיון ראשוני בשאלה כיצד הבינו חכמי ההלכה את מושג ה"הסכמה" או ה"רצון החופשי" של אישה נשואה שנבעלה בסיטואציות שונות והאם הציבו רף שונה בעניין זה מאשר במעשי כפייה הנידונים בהקשרים של חוזים ממוניים.

היות ומהלך הדיון עשוי להיות לעתים סבוך אציע כבר בראשית הדברים את עיקרי טענותיי:

אני מבקשת להודות למכון הדסה לחקר האישה ביהדות שבאוניברסיטת ברנדייס—Hadassah Brandeis Institute—על מענק המחקר אשר אפשר את כתיבתו של מאמר זה. כמו כן אני מבקשת להודות לבני פורח, על הערותיו החשובות וכן למערכת כתב העת ולשופטים האנונימיים אשר הערותיהם סייעו לי מאוד לחדד ולהעמיק את תובנותיי. תודה מיוחדת לחבריי במכון הרטמן בירושלים על הדינים בקבוצת המחקר שעסקה בענייני גוף שונים במחשבת חז"ל, אשר זרעו את הניצנים הראשונים שהובילו למחקר זה: יוסקה אחיטוב ז"ל, אריאל פיקאר, צבי זור, נעם ציון, יאיר אלדן, יקר אנגלנדר, ואביטל דוידוביץ-אשד.

1. ראו בעיקר: Catharine A. MacKinnon, "Rape—On Coercion and Consent," in *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge: Harvard University Press, 1989), 171–83; Anne M. Coughlin, "Sex and Guilt," *Virginia Law Review* 84 (1998): 1–46; Martha Chamallas, *Introduction to Feminist Legal Theory* (Gaithersburg, MD: Aspen Law & Business, 1999), 222–36; Susan Estrich, *Real Rape: How the Legal System Victimizes Women Who Say No* (Cambridge: Harvard University Press, 1987); Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women, and Rape* (New York: Simon and Schuster, 1975).

גם במשפט הישראלי עסקו בכך בהרחבה. ראו בעיקר: אורית קמיר, "יש סקס אחר—הביאוהו לכאן: עבירת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון, וכבודו הסגולי של האדם (dignity), והצעה לחקיקה חדשה ברוח ערך כבוד האדם," *משפט וממשל* 7 (2005): 669–766, וכן אילת שחר, "מיניותו של החוק—השיח המשפטי בנושא האונס," *עיוני משפט* יח (1993): 159; לבנת יובל, "אונס, שתיקה, גבר, אישה—על יסוד אי ההסכמה באונס," *פיליפ* 1 (1997): 187–233.

2. לדיון ראשוני וכללי בשאלת ההסכמה באונס (מיני) במשפט העברי ראו Beth C. Miller, "A Comparison of American and Jewish Legal Views on Rape," *Columbia Journal of Gender and Law* 5, no. 2 (1995–96): 182–215; Benny Porat, "Lethal Self-Defense against a Rapist and the Challenge of Proportionality: Jewish Law Perspective," *Columbia Journal of Gender and Law* 26, no. 1 (2013): 123–81; שנאנסה ושומרת הווגיות—הלכה וקולנוע, "משפחה במשפט א (תשס"ז): 303–331; רונית עיר-שי, "אינוס נשים פניות—בין חז"ל לרמב"ם," *שנתון המשפט העברי* כח (תשע"ה–תשע"ו): 171–202; ארי יצחק שבט, "גילוי עריות למען בטחון המדינה," *תחומין* ל (תש"ע): 68–81.