



INTERNATIONAL BEIT DIN

בית דין בינלאומי לענייני אישות

תיק מס' 2015/105 (דיון מורחב)

3 חשוון תשע"ו

16 אוקטובר 2015

ארליך נ. שיינמן

עובדות המקרה

ביום 22 באוקטובר 2014, הוגש התיק הנ"ל לבית הדין הבינלאומי להכרעתו. בני הזוג נישאו בחודש מרץ, 2008. בחודש אפריל 2012, עזבה גב' ארליך את חדר השינה המשותף של בני הזוג, ובחודש יוני 2012 היא עזבה את הבית בו התגוררו שניהם. בחלק הראשון של שנת 2014, התגרשו הצדדים באופן אזרחי והוציאו לפועל הסכם ממון. עד למועד כתיבה זו, מסרב מר שיינמן לתת לגב' שיינמן גט.

דיון מורחב בעילות להוצאת היתר נישואין:

בפסק דין קודם, הורינו למר שיינמן לתת לאשתו גט ללא תנאים.¹ ואולם עד היום, מסרב הוא לציית להוראתנו.

השאלה כעת היא, האם ישנן עילות להוציא לגב' ארליך היתר נישואין מבלי שתקבל גט ממר שיינמן?

הבה נתמקד בטקס הנישואין, שהוא האירוע בו קוימו הנישואין. נישואין הלכתיים מורכבים משתי פעולות נפרדות: (1) קידושין (דהיינו, אירוסין הלכתיים ללא חיי אישות) ו-(2) נישואין (קידושין עם חיי אישות). נדרשת נוכחותם של שני גברים יהודיים בוגרים שומרי מצוות מתחת לחופה, על מנת שישמעו את החתן אומר, "הרי את מקודשת לי..." ויעידו שהחתן העביר לכלה טבעת. השתתפותם בטקס נותן תוקף למעשה הקידושין.² בהעדר עדים, לא התקיים מעשה הקידושין.³

בקיצור, גבר יהודי ואישה יהודיה הופכים את כוונתם הסובייקטיבית בענין הקידושין למציאות באמצעות (1) דיבור (דהיינו, "הרי את מקודשת לי..."); (2) מעשה קידושין קונקרטי (למשל, טבעת); (3) תחת פיקוחם של שני עדים כשרים; (4) בנוכחותם של רב מסדר קידושין

¹ אחרי שבית הדין מחייב מתן גט, אסור לבעל להציב תנאים מוקדמים כלשהם לפני ביצוע הגט. ראה שו"ת הרשב"א ד:רנו; בדק הבית לבית יוסף, טור חושן משפט (להלן: חו"מ) קמג; שולחן ערוך (להלן: שו"ע), אבן העזר (להלן: אה"ע) קמג:כא.

² שו"ע, אה"ע מב:ב.

³ פסקי דין רבניים (להלן: פד"ר) א, 19-22; י, 175, 180-182; יג, 303, 310.

אורתודוקסי ומנין (לפחות עשרה גברים יהודיים בוגרים שומרי מצוות); (5) למטרה המוצהרת שיקיימו קשר נישואין מוסכם בהתאם להלכה.

על מנת לוודא שכל הצדדים ביצעו את ההליכים ההלכתיים לקיום נישואין, עלינו לוודא שבפועל, נכחו שני גברים יהודיים בוגרים שומרי מצוות מתחת לחופה, אשר יכולים לאשר שהחתן קידש, מבחינה הלכתית, את הכלה. באופן כללי, ועל אף עמדתם של פוסקים אחדים,⁴ כיום נהנה כל גבר יהודי בוגר מ"חזקת כשרות" – חזקה שהוא שומר מצוות ועל כן הוא כשר להיות עד למעשה הקידושין.⁵

על כן, הסתכלנו על התמונות מטקס החופה, ועל סמך זיהוי שנעשה על ידי האישה,⁶ מתחת לחופה עמדו הוריהם של החתן והכלה, שני קרובי משפחה מצד הכלה, קרוב משפחה מצד החתן, אישה שלא היתה קרובת משפחה, גבר יהודי בוגר שלא היה מקורב לאדם אחר כלשהו שעמד מתחת לחופה. היות ולא עלה בידינו לקבוע אם העד היה שומר מצוות, נזקקנו ל"חזקת הכשרות" האמורה, ולפיכך, התייחסנו אליו ככשר להיות עד למעשה הקידושין. העד השני למעשה הקידושין היה מסדר הקידושין. יצרנו קשר עם מסדר הקידושין והוא הודיע לנו שהקידושין בוצעו מבלי שהחתן ייחד עדים לכך.

לאור העובדה ששני עדים כשרים נכחו מתחת לחופה, ולאור העובדה שמסדר הקידושין לא ייחד עדים, האם הקידושין היו תקפים?

כל קרובי המשפחה שנכחו מתחת לחופה היו בדרגה כזו של קרבה הפוסלת אותם מלהיות עדים למעשה הקידושין. בין האנשים שנכחו מתחת לחופה בעת ביצוע מעשה הקידושין היו קרובי משפחה מצד האמא. אמנם על דעת רוב הפוסקים, אנשים כאלה הינם פסולים מדאורייתא,⁷ אך בהתאם לפירושים מסויימים לדעת רמב"ם,⁸ יש לפסול עדות כזאת מדרבנן בלבד.⁹ אשר על כן, גם אם קובעים שהאנשים הינם פסולים מדרבנן, רמב"ם, שולחן ארוך ורמ"א סוברים שבמקרה של קידושין, האישה צריכה גט מפאת קיום הספק – חשש שמא מעשה הקידושין הינו תקף.¹⁰

ואולם, האנשים שהיו פסולים לעדות מדרבנן לא היו היחידים שנכחו מתחת לחופה. מתחת לחופה עמדו אנשים אשר היו פסולים מדאורייתא. כנראה, נוכחותם פוסלת את העדות של שני העדים שהיו כשרים מדאורייתא, על סמך הכלל אשר חל בענייני קידושין, לפיו, "נמצא

⁴ פני יהושע, גיטין יז ע"א; שו"ת דברי יואל לד; שו"ת ויען דוד, אה"ע קעה; אטינגר, שו"ת מהר"י הלוי א:מד; דעת תורה, יורה דעה (להלן: יו"ד) א(יח); שו"ת מהר"ם שיק אה"ע מח; ערוך השולחן יו"ד רפא: ט.

⁵ שו"ת מהר"ם שיק, לעיל הערה 4; שו"ת בית הלוי ב:ד; שו"ת מהרשד"ם חו"מ שי; שו"ת יביע אומר ח אה"ע ה (ב-ד).

⁶ לבסיס להסתמכות על המידע שלה, ראה נחלת צבי ב, רמא-רמב. פן תועלה הטענה שיתכן שהמידע שהיא מוסרת נוטה לסלף את העובדות על מנת שבית הדין יפסול את הקידושין, פוסק הרב פיינשטיין שאם ברור שהאישה אינה מכירה את ההלכות בענין הדרישה לשני עדים כשרים, יחשב המידע שהיא מוסרת כאמין. ראה: אגרות משה, אה"ע ד:פג(ג).

על התבוננות בתמונות ובסרטי הווידאו מהחופה כמילוי הדרישות לגבי מסירת העדות של שני עדים כשרים, ראה שו"ת עטרת דבורה א:כג.

⁷ שו"ת ריב"ש יד בשם רב האי, רי"ף, רמב"ן ורשב"א; חיים מדיני, אור לי (ע)ד מביא דברי ריבות לפיהם "גאוני עולם" חלקו על רמב"ם.

⁸ משנה תורה, עדות יג:א.

⁹ בית יוסף, טור אה"ע מב (סוף) בשם תשב"ץ, ש"ך, שו"ע חו"מ לג.

¹⁰ שו"ע ורמ"א אה"ע מב:ה.

אחד מהן קרוב או פסול, עדותן [של האחרים] בטלה.¹¹ כלל זה אינו חל אם החתן ייחד אנשים כשרים מסויימים בלבד לשמש כעדים, להוציא כל אדם אחר. נוכחותם של אנשים פסולים מתחת לחופה לא תפגע בכשרותם של העדים שיוחדו באופן בלעדי, היות ובחירתם של שני עדים כאמור למעשה מבחין אותם, מבחינה הלכתית, מהאנשים האחרים סביבם בעת הקידושין. ואולם, במקרה שלנו, הרב המסדר את הקידושין לא יחד אנשים כלשהם לשמש כעדים.¹² על פני הדברים, היעדרו של ייחוד העדים פוסל עדים כשרים שנכחו מתחת לחופה בעת מעשה הקידושין.

עם זאת, השאלה היא האם עצם נוכחותם של עדים שהם פסולים מדאורייתא, ואשר לא היתה להם כל כוונה להעיד למעשה הקידושין, יפסול גם את שני העדים האלה, בנוסף על קרובי המשפחה הפסולים מדרבנן? לדעת פוסקים רבים, הכלל "נמצא אחד מהן קרוב או פסול, עדותן [של האחרים] בטלה" חל רק במקרה שהעד הפסול התכוון להיות עד לקידושין.¹³ במקרה שבפנינו, ברור שקרובי המשפחה נכחו מתחת לחופה כמשקיפים בלבד ולא כעדים.

ואולם, קיימת דעת המיעוט של הריטב"א, בשם רבו רא"ה, אשר מקובלת על פוסקים אחדים, לפיה, בהעדר ייחוד עדים, אם נכחו הן עדים כשרים והן עדים פסולים מתחת לחופה,

¹¹ מכות ו' ע"א. ההנחה בהיזקקות לכלל זה היא שהכלל חל לא רק בעניני נפשות וממונות, אלא גם בעניני קידושין, באותה מידה. ראה שו"ת נודע ביהודה, מה' תנינא אה"ע עו; שו"ת ר' עקיבא איגר, מה' קמא צד.

על אף שאישה פסולה לעדות, בכל זאת, יתכן שהכלל "נמצא אחד מהן קרוב או פסול, עדותן [של האחרים] בטלה" חל על נשים. ראה טורי אבן, ראש השנה כב ע"א; שו"ת ברית יעקב אה"ע מג; שו"ת נחל יצחק לה(6-7); פד"ר י, 229. לפיכך, נוכחותה של אישה שאינה קרובת משפחה (בנוסף לקרובים האחרים) תפסול את העד הכשר.

משתמע מהמסקנה שלנו שבעקרון, אישה היתה יכולה להיות עד ("שם עד עליה"), אך מסיבות שונות, עדותה אינה כשרה. ראה ר' י.ב. סולוביצ'יק, רשימת שיעורים, שבועות ונדרים, א-ב; רשימת שיעורים, סוכה קח. ראה גם טורי אבן, שם; שו"ת יביע אומר ו, אה"ע ו.

עבור פוסקים אשר טוענים שבעקרון אין אישה כשרה לעדות, כגון חידושי ר' עקיבא איגר יו"ד רכח:ג, שו"ת רבי עקיבא איגר א:עג (השמטות); שו"ת נודע ביהודה, מה' תנינא חו"מ ה; תומים חו"מ לו:יא; נתיבות המשפט חו"מ לו:י; שו"ת שם אריה, חו"מ יג (סוף), משתמע מהכלל "נמצא אחד מהן קרוב או פסול, עדותן [של האחרים] בטלה" שנוכחותה של אישה אשר אינה קרובת משפחה לבני הזוג מתחת לחופה לא תפסול את העדים הכשרים.

¹² ברור שאין חיוב לייחד יחידים כעדי קידושין. ראה שו"ע אה"ע מב:ד. גם אם העדים ראו את מעשה הקידושין, בהנחה שלא מתעוררות בעיות הלכתיות נוספות, עדותם כשרה. ראה פתחי תשובה שו"ע אה"ע מב:יא בשם בית מאיר וחתם סופר; שו"ת ביכורי אשר א:יב; שו"ת פנים מאירות ג:כה.

אף על פי כן, בקהילות רבות הנהוג הוא לייחד אותם, ראה הגהות הסמ"ג, מצוה קפג(ז); קצות החושן לו:א; שו"ת הרדב"ז ב:תשז; בית מאיר מב:ד; ש"ך, שו"ע חו"מ לו:ח; שו"ת מהר"ם שיק חו"מ נז בשם חתם סופר. אחד הטעמים לנוהג לייחד עדים הוא החשש לדעתנו של ריטב"א (ראה להלן, טקסט להערה 14), שיתכן שעדים פסולים פוסלים עדים כשרים. ראה רדב"ז שם; ש"ך, שם; אבני מילואים מב:ו; קצות חושן, חו"מ לו; שו"ת בית יצחק אה"ע צט:ח. מעבר לכך, יכול לקרות שקרובים עומדים על יד החתן והכלה והאחרים שאינם קרובים עומדים במרחק מה מבני הזוג. לפיכך, אנו מייחדים את העדים על מנת שהעדים הכשרים יתקרבו ויעמדו ליד בני הזוג על מנת שיוכלו להעיד למעשה הקידושין. ראה קצות החושן, שם.

¹³ לפיכך, אם התכוונו העדים הכשרים להעיד, ולא התכוונו העדים הפסולים להעיד, אזי העדות של שני העדים הכשרים תקפה. ראה שו"ע חו"מ לו:א.

העדות פסולה.¹⁴ פסילתם של עדים כשרים מותנית בעובדה שכל העדים הלא כשרים או לפחות אחד מהם ראו את העד/ים הכשרים.¹⁵

בהינתן שדעתו של ריטב"א משקפת דעת מיעוט, מדוע נביא אותה כבסיס בלעדי למסקנתנו? מובן שחינוי להבחין בין מה שמתרחש בין כתלי בית המדרש ובעולמו של הפסק. כפי שמציין ר' אהרן ליכטנשטיין, בצורה מאלפת:¹⁶

הוראה (פסיקת הלכה) מורכבת משני אלמנטים: פסק ופסיקה, בהתאמה. הראשון מתייחס לחקיקה, לניסוח החוק השייך לתחום מסויים ... להעדפת עמדה מסוימת על פני אחרות. לפיכך, הוא במהותו השלב המסכם של הליך הלמידה ממש ... ומוקדו בית המדרש. פסיקה, לעומת זאת, מציינת יישום. היא מתייחסת ליישום של מה שכבר עוצב בכור החיתוך של הלמידה של מצב מסויים ... מקומה הוא, בהקשר ציבורי – בבית הדין – או בהקשר הפרטי, במפגש בין השואל והמשיב ... האתגר שלה נעוץ בצורך לגייס ידע ואחריות במפגש בין המציאות וההלכה.

הסתמכותנו בפסק שלנו על עמדתו של ריטב"א משקפת את הבנתו של הרב ליכטנשטיין לגבי כל מה שכרוך בהליך הפסק עבור דיין. בהתייחס למצבה של העגונה הקלאסית, כאשר הבעל נעלם ולא ידוע איפה הוא נמצא, ותוך ציון של היחודיות של כל מקרה ומקרה של עגינות, פוסק הרב יעקב ריישר כדלקמן:¹⁷

¹⁴ חידושי הריטב"א, קידושין מג ע"א; ש"ך, שו"ע חו"מ לו:ח בשם הגהות סמ"ק קפג; תוספות ישנים בשם רשב"ם, בבא בתרא קיג ע"א; שו"ת זכרון יהודה פא; רבינו ירוחם, ספר מישרים ז; שו"ת ציץ אליעזר ח, לז(ט) בשם ריטב"א, "ורבים קיימי כוותיה"

יש פוסקים הטוענים שלמעשה, עולה דעתו של הריטב"א כפסק סתמי בשו"ע חו"מ לו:א. ראה שו"ת עין יצחק ב:סד; שו"ת עטרת דבורה א, אה"ע כה.

במצב בו שני העדים לקידושין היו פסולים, ולאור העובדה שאנשים אלה לא יחדו כעדים, טוען הרב אליהו אברג'ל שיש להתחשב בעמדת הריטב"א, ואין לתת תוקף לקידושין על סמך שני העדים הכשרים היושבים בקהל. ראה תיק 92507/71 בית הדין האזורי באר שבע, 29 במרץ, 2009.

כמה פוסקים התחשבו בשיטת הריטב"א כסניף להקל בהכרעת ההלכה. עיין שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדי תנינא נ"ו (כח); שו"ת שערי ציון, חלק ב', אהע"ז י"א; שו"ת מהרש"ם חלק ב' ק"א. סקירה של התשובות הנ"ל מראה שעמדת הריטב"א עולה מחידושי הריטב"א, קידושין מג ע"א. ואולם, בחידושי הריטב"א, מכות ו ע"א, מעלה הריטב"א שאלה אשר תוקפת את העמדה המוצהרת הנ"ל. ראה חידושי הריטב"א, מכות, מה' מוסד הרב קוק, 79 הערה 486. הענין מצריך עיון נוסף.

¹⁵ ריטב"א, לעיל, הערה 14; ש"ך, שו"ע חו"מ לו:ו, ז; נתיבות המשפט לו:ד. אחרים טוענים שאם ראו העדים הכשרים את העדים הפסולים, בטלה עדותם של העדים הכשרים. ראה נתיבות המשפט, חידושים לו:ו; סמ"ע, שו"ע חו"מ לו:ה.

¹⁶ א. ליכטנשטיין, עלי האמונה, כרך א, 162-163 (באנגלית).

¹⁷ שו"ת שבות יעקב ג:קי. פן יבקש אדם לערער על נכונותנו לסמוך על דעתו של הרב ריישר לאור העובדה שהפסק שלו ניתן להלכה ולא למעשה, ייאמר שאין זה האמת ההלכתית כלל. הסתמכות על פסקים תיאורטיים מסוג זה בפסקים מעשיים בהקשרים אחרים אינו דבר חריג. ראה שדה חמד השלם, כללי הפוסקים, סימן טז(מז); שו"ת יביע אומר ג, אה"ע יח. לפיכך, בבואו להפקיע נישואין כאשר הבעל, לפני הנישואין, נמנע מלגלות מום גדול, יסתמך הפוסק באופן חלקי על פסק להלכה שניתן על ידי חוות יאיר. ראה שו"ת דבר אליהו מח; שו"ת אמונת שמואל לד; שו"ת אבן שוהם נו.

בעיגון אין כל העגונות שוות כי אישה זקנה שאינה רדופה להינשא אין צריך להקל לסמוך על דברי יחיד ובפרט היכי שמצפין על עדות אחרים שיבואו עוד בזמן קרוב אשר תוכל להינשא על פיהם, ולפעמים היכי שעגונה ילדה ורדופה להינשא יש לחוש פן תצא לתרבות רעה ואם לא נקל כדברי היחיד אין תרופה לעגון שלה ע"י עדות אחרים זה מקרי שעת הדחק.

כאשר בפנינו ענין של עיגון (סרבנות גט) ופריצות אפשרית אשר כרוכים בשעת הדחק,¹⁸ יכולים אנו לפנות לפוסקים אשר מסתמכים על דעת מיעוט באיסור דאורייתא, כגון המקרה של העגונה בימינו.¹⁹ לפיכך, ולאור העובדה שבמקרה בפנינו אנו עוסקים באישה צעירה אשר אין לה ילדים והיא מנהלת אורח חיים חילוני, קיים חשש שמא היא תתנהג בפריצות, ואנו רוצים לפיכך למנוע את האפשרות של ממצרות אם היא תתחתן בשנית ללא אישור הרבנים. כתוצאה מכך, ולמרות דחייתה של עמדת הריטב"א על ידי רוב הפוסקים,²⁰ אנחנו מבטלים את הקידושין לאור עמדתו של ריטב"א – על אף היותה דעת מיעוט.

במקרה שבפנינו, נכח מתחת לחופה, מלבד מסדר הקידושין, גבר בוגר יהודי נוסף, אשר לא היה קרוב משפחה של בני הזוג. כפי שכבר אמרנו, לא עלה בידינו לברר אם אכן היה יהודי

18 ראה גם שו"ת אגודת אזוב מדברי, אה"ע ט:ב; הרב שטרנפלד, שו"ת שערי ציון, ג', יד:כא-כב.

19 הרב ריישר אינו מהווה קול בודד אשר מתיר הסתמכות על דעת מיעוט בשעת הדחק של עיגון. ראה שו"ת חיים ושלום ב:לה; שו"ת יביע אומר ט, אה"ע לו(י); שו"ת שרידי אש ג:כה.

למעשה, על אף שישנם פוסקים אשר מסתמכים על דעת מיעוט רק בענין מדרבנן (למשל, במקרה של העגונה הקלאסית) כגון שו"ת הרשב"ש תקיג בשם תשב"ץ ור"ן; דרכי משה, אה"ע קכז:ג בשם רד"ך; פתחי תשובה אה"ע קנט:ז; ש"ך, יו"ד רמב, פלפול בהנהגות הוראות איסור והיתר וערוך השולחן יו"ד קי:קיא, ישנם גם פוסקים אשר יסתמכו על דעת מיעוט בענין דאורייתא. ראה אור זרוע ב, סוכה, סימן שו; שו"ת הרשב"א א:רנג (לפי פירושו בשו"ת הרשב"ש תקיג); כוכב מיעקב א:מא; גט פשוט, כללים, סימן ו; ט"ז אה"ע יז:טו; ב"ח, יו"ד קונטרס אחרון, פסק בהנהגות הוראה ואיסור והיתר; ר' צווייג, שו"ת אוהל משה, מה' תנינא קכג:ב.

יבקש אדם לטעון שדעת הרוב דוחה את אפשרות ההסתמכות על דעת מיעוט בענין דאורייתא (כגון ביטול קידושין של עגונה דהיום על ידי פסילת העדים לקידושין), ייאמר שפוסקים רבים מגבילים את הכלל, "אחרי רבים להטות" לפתרון עניינים בין כתלי מושב בית דין. ראה שו"ת הרשב"א ב:קד אשר מובא בהסכמה על ידי בית יוסף, חו"מ יג (סוף); גט פשוט, כללים, כלל א; שו"ת מהרלב"ח קמז; חזון איש, ערלה יז. לפוסקים נוספים, ראה שו"ת יביע אומר ב, או"ח יב(ג).

לפיכך, במחלוקת אשר מעורבים בה פוסקים החיים בתקופות שונות ובמקומות שונים, לא חל הכלל "אחרי רבים להטות". כפי שציין הרב עובדיה יוסף, עמדה זו מבוססת על הכלל התלמודי לפיו בעיני אבילות ועירובין, הולכים אחרי דעת מיעוט ולא דעת הרוב. ההנחה מכללא היא שלא התקיים דיון הלכתי פנים אל פנים בעניין. ראה מועד קטן כ ע"א ועירובין מו ע"ב.

אשר על כן, אם הכלל שהולכים אחרי הרוב אינו חל בעיני דאורייתא בגלל העדר מחלוקת פנים אל פנים בקרב הפוסקים, לכן קיים ספק דאורייתא לגבי ההלכה, ולפי רמב"ם וראב"ד, ספק דאורייתא לחומרא מדרבנן. לפיכך, כפי שצינו, יתכן ויסתמכו פוסקים רבים על דעת מיעוט בענין דרבנן.

לבסיס להסתמכות על רמב"ם וראב"ד לענין כלל זה, ראה שו"ת יחוה דעת א, כללי ההוראה, כללי ספק דאורייתא סימן א.

על סמך הנ"ל, ניתן יותר בקלות להבין ולקבל את הנכונות לאמץ את העמדה לפיה מותר להסתמך על דעת מיעוט לגבי איסור דאורייתא כאמצעי להגיע לפסק הלכתי.

20 שו"ת אביר יעקב כד; ר' אמריליו, שו"ת כרם שלמה כא; השווה שו"ת ציץ אליעזר, לעיל הערה 14.

שומר מצוות בעת מעשה הקידושין או לאחר מכן.²¹ גם אם היה מחוייב לאורח חיים הלכתי, לפי ריטב"א ואחרים עדותו פסולה היות ולא יוחד להיות עד. לפיכך, בהעדר ייחוד עד ולאור עמדתו של הריטב"א, אנו פוסלים את העד האחד הבוגר שומר המצוות לכן מסדר הקידושין כעדי לקידושין, בנוסף לעדים אשר פסולים מדרבנן. לפיכך, לאור אי הימצאותם של שני עדים כשרים, מעולם לא קוים מעשה הקידושין.

לאור דעת המיעוט של ריטב"א, ולאור התנאים שנקבעו על ידי ר' ריישר אשר מאפשרים לבית דין לסמוך על דעת מיעוט, אנו מבטלים את הנישואין ומשחררים את גב' ארליך ללא גט.

נדמה, גם בהעדר שני עדים כשרים במקרה שלנו, שעלינו לאמץ את הפסק של חוות יאיר והחתם סופר לפיו יהודים שומרי מצוות אשר ישבו בקהל וחזו בטקס הקידושין, מבלי לשמוע את ה"הרי את מקודשתך..." ומבלי לראות את העברתה של הטבעת מהחתן אל הכלה, יכולים לשמש כ"אנן סהדי", דהיינו, "אנחנו עדים" לקידושין. אילו בקידושין אשר בטלים מפאת עד פסול עסקינן, וכוונתנו היתה לקיים את הנישואין באמצעות המשקיפים על טקס הקידושין בקהל, היינו שוקלים היזקקות לדעותיהם של חוות יאיר וחתם סופר.²² ואולם, במקרה שלפנינו אנו מחפשים דרך לבטל את הקידושין בגלל ענין העיגון! על אף שפוסקים רבים טוענים שיש מסורה – מסורת בדבר ערוה, עלינו לקחת בחשבון את שלל הדעות המחמירות כולן.²³ במצב של עיגון, פוסקים רבים טוענים שיש לפסוק לקולא.²⁴ כפי שמודגש על ידי ר' סיני ספיר:²⁵

בענינים כאלה בעוסק עגונות, לא נכון לעשות כן לגבי חומרות עפ"י השגות ודחיות, בזה, כחה דהיתרא עדיף טפי, כי הוא נוגע לנפשות ...

היות ואנו פוסקים לקולא, מן הראוי שנלך בדרכם של הפוסקים.²⁶ לפיכך, לאור העובדה ורוב הפוסקים דוחים עמדה זו,²⁷ נמנענו מלאמץ אותה. בנוסף, הפוסקים בעידן המודרני אשר נערכים להתנגדות לעמדותיהם של חתם סופר וחוות יאיר הם הרב אלישיב, הרב יוסף, הרב א. וייס ורב ציון בוארון.²⁸

²¹ להכשרת עד פסול למפרע מפני שחזר בתשובה אחרי הקידושין, ראה שו"ת זכרון יהודה פב בשם חכמי טולדו; שו"ת מהרי"ק, שורש פה; שו"ע אה"ע מב:ה בשם "יש אומרים".

²² שו"ת חוות יאיר יט; שו"ת חתם סופר אה"ע א:ק אשר מובא בפתחי תשובה, שו"ע אה"ע מב:יא.

²³ רמ"א, שו"ע אה"ע יז:טו; חלקת מחוקק, שו"ע אה"ע יז:לא; ביאור הגר"א שו"ע אה"ע יז:סא; מחצית השקל שו"ע אה"ע יז:נו; שו"ת קדושת יום טוב ט בשם ר' יום טוב אלגזי; ערוך השולחן אה"ע מב:ב; שו"ת שערי רחמים פרנקו אה"ע יט; שו"ת פני יצחק א"י, יג. השווה ט"ז, אה"ע יז:טו.

²⁴ שו"ת הרא"ש נא:ב; שו"ת זכרון יהודה צב; שו"ת מהרי"ק, שורש קבא; שו"ת בצלאל אשכנזי לב; שו"ת המבי"ט א:קלה; שו"ת משאת בנימין קט; שו"ת צמח צדק (קרוכמל) קג; שו"ת נודע ביהודה אה"ע א: כט, נז; שו"ת שמחת יום טוב יב; שו"ת חיים ושלום ב:קי; שו"ת יביע אומר ז, אה"ע ח(יט).

²⁵ שו"ת מנחת עני נא.

²⁶ ר' עובדיה יוסף, שו"ת יחוה דעת, כללי ההוראה, ע' 32, סימן ט; פד"ר ד, 166 (הרבנים הדאיה, אלישיב זולטי).

²⁷ שו"ת מהר"י וייל ז; שו"ת משפטי שמואל כ; שו"ת שם אריה א:לא; שו"ת ציץ אליעזר ח:לז, מהרש"ך ואמונת שמואל; שו"ת אור לי עג:ב; עין יצחק, לעיל הערה 14.

²⁸ ר' יוסף אלישיב ("מפי השמועה" – מסורת בעל פה); שו"ת יביע אומר ח, אה"ע ג, ח(ה); שו"ת מנחת אשר ב:פג; שו"ת שערי ציון ב:יא, ג:כב.

מעבר לכך, ההיזקקות ל"אנן סהדי" מותנית בעובדה שמסדר הקידושין הוא אדם שומר מצוות, ובקי בהלכות סדר קידושין ונישואין (ניהול טקס הנישואין) בפרט.²⁹ העובדה שמסדר הקידושין לא ייחד עדים לקידושין ולא היה מודע לבעיה שעלול להיווצר כתוצאה מעמדת ריטב"א מעיד על חוסר בקיאות הלכתית של המסדר. בנוסף, שמותיהם של החתן והכלה חייבים להופיע כהלכה בכתובה. למעשה, כאשר בדקנו את הכתובה של בני הזוג, מצאנו שבשני מקומות בהם מופיעים שמותיהם, מופיעים שמות המשפחה בצורה שונה. למעשה, במקום אחד זוהה שם המשפחה של החתן עם שם המשפחה של הכלה! באחריותו של מסדר הקידושין היה לדאוג לתיקונים בכתובה, אך הדבר לא נעשה כאן.³⁰ בקיצור, במקרה שבפנינו לא ניתן להיזקק ל"אנן סהדי", אשר מניח מכלל שניתן לסמוך על מומחיותו של מסדר הקידושין, ולכן אנשים שבציבור המשקיפים על טקס החופה אינם יכולים לשמש עדי קיום לקידושין.

למרות הפגמים ההלכתיים בקשר להימצאותם של שני עדים כשרים, האם בכל זאת ניתן להיזקק לכלל "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות"? אם כן, אחרי הקידושין, מעשה הביאה, יחסי אישות, היה מקיים את הנישואין. החלתו של כלל זה מניחה שבני הזוג היו מחויבים לאורח חיים תורני, כולל שמירה על הלכות טהרת המשפחה בעת הנישואין.³¹ המצב הרצוי, האידיאל, הוא עצם החיים ביחד כבעל ואישה לשם אישות של הקידושין; המודעות של הזוג שהם חיים ביחד, להוציא כל אדם אחד, על בסיס ציווי הלכתי, ולא סתם חיים ביחד ללא כל כוונה הלכתית.³² אנחנו מבינים שבהתחלת הנישואין, לא היו בני הזוג שומרי מצוות, ועל כן לא ניתן להחיל עליהם את הכלל, "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות".

היות וטקס הנישואין נערך במקום ציבורי ובני הזוג חיו ביחד במשך שנים אחדות, קיים "קול קידושין" (הווה אומר – שמועה על נישואין). האם, מפני החשש שהציבור יניח שמותר לאישה להתחתן בשנית ללא גט,³³ שקול הקידושין הנ"ל יגבר בגלל העובדה שהיה עד אחד – גם אם היה פסול – מתחת לחופה בעת הקידושין, ולפיכך יש לראות את הזוג כנשואים כהלכה, ויש צורך בגט?³⁴ אם נלך בעקבות פוסקים אחרים, מותר לנו, לאור פסולי העדות, לבטל את קול הקידושין.³⁵ מעבר לכך, גם לפי הפוסקים אשר טוענים שהקול גובר על הפגמים הפורמליים שבקידושין,³⁶ במקרה של עיגון ניתן לבטל את הנישואין.³⁷

לבסוף, טענת התובעת שהוא לא יהודי, טיעון שלא יכולנו לברר, מעלה ספק בקשר לתקיפות הקידושין.

²⁹ שו"ת שבות יעקב ג:קכא; שו"ת כנסת יחזקאל עב; שו"ת דברי מלכאל ד:קיט; שם אריה, לעיל, הערה 27; אגרות משה, אה"ע עו-עז; שו"ת ציץ אליעזר, לעיל, הערה 14. גם לדעת ט"ז חייב מסדר הקידושין להיות בעל ידע בסיסי בהלכות הנוגעות לניהול טקס הנישואין. ראה ט"ז אה"ע מט:א.

³⁰ שולחן העזר, כרך ב, עמ' 21(4), 24(1), 45(3).

³¹ משנה תורה, גרושין י:יט; שו"ת הריב"ש ו; שו"ת תרומת הדשן רט; שו"ת רדב"ז א:שנא; שו"ע אה"ע כו:א, לג:א.

³² אגרות משה אה"ע א: עד-עז.

³³ רש"י, גיטין פט ע"א, ד"ה מימר אמרי; נימוקי יוסף, גיטין פט ע"א.

³⁴ יבמות נב ע"א; גיטין פד ע"א; שו"ע ע"ה ו:י, מו:א-ז. גם בעקבות שני עדים פסולים ובמקרה של עיגון למשך 8 שנים, סירב רב וולקין לשחרר את העגונה ללא גט. ראה שו"ת זקן אהרן א:פא.

³⁵ שו"ת בית יוסף ב; שו"ת מהרש"ך עו; שו"ת הר"ק עקיבא איגר, מה' תנינא מה, ע' יט(א).

³⁶ שו"ת מהרי"ק, שורש עח(קי); שו"ת מהרשד"ם, אה"ע לג, קכ.

³⁷ בית מאיר, אה"ע מו; שו"ת צמח צדק (לובביץ) אה"ע א:צא(ט); שו"ת נודע ביהודה, מה' קמא סה; פתחי תשובה, שו"ע אה"ע מג:ב.

בהתבסס על הנ"ל, לאור ספק יהדותו של הנתבע העדר ייחוד עדים בקידושין, בהתאם לריטב"א ואחרים, לא קוים מעולם מעשה קידושין. לפיכך, בית הדין הגיע למסקנה שגב' ארליך רשאית להינשא ללא גט.