

בגדר חזקה דמעיקרא

**באור מחלוקת בעל המאור והרמב"ן למי הקשתה הגמרא (טז)
וכיון דרוב נשים בתולות נשואות כי לא אתו עדים מאי הוי**

מאת יצחק ספיר

א. בעל המאור - ... וי"ל אפי' לשמואל כלומר וניהמנה אע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דהכא איכא תרתי רובא וחזקה דגופא, והכא חזקה דממונא וכו'.
נראה דבעל המאור ס"ל דרובה וחזקה מבטלים חזקה.

חזקת הגוף האמורה כאן נראה דחזקת פנויה היא.

הרמב"ן אינו מקבל את דברי הר"ה שכן לדעתו אין כאן חזקה - משמע שלעקרון שבדבר בעה"מ הוא מסכים אך חולק עליו ביטול העקרון בסוגיין.

מקשה הרמב"ן הכא ליכא חזקה דגופא דבשלמא כונס נערה שלא נשאה בחזקת פנויה ואינו טוען נשואה היתה אלא בעולה היא הכא איכא חזקה דגופא דלא חישינן שמא דינתה דבנות ישראל בכשרות הן עומדות. אבל במשנתנו אינו מערער על חזקת בתולה אלא טוען אלמנה נשאתיך, וכאן אין חזקה דגופא שאין האשה בחזקת שלא נשאת מעולם וכו' ומסיק הרמב"ן דרך לרב הסובר אזלינן בתר רוב מקשה הגמרא.

ב. נראה שאפשר לתרץ את דברי בעה"מ גם לשטתו של הרמב"ן. שכן אמנם אין אשה בחזקה שלא נשאת, אך חזקת בתולה יש לה, ואין מערער עליה. אמנם מכאן עדיין אין לכאורה ראיה שפנויה היא שכן יתכן שנתאלמנה או נתגרשה בבתוליה, אבל אם נדייק נוכיח שחזקתה שבתולה היא, מוכיחה שפנויה היא שכן רוב נשים נשואות בעולות הן (ורוב בתולות פנויות) ואם יש לה חזקת בתולה הרי מכח רובא מוכח דפנויה היא.

ג. שני ענינים צריכים עיון בדברי הרמב"ן. א. מדוע חזקת פנויה אינה חזקה. ב. מדוע מזכיר הרמב"ן בדבריו על חזקת בתולה גם חזקת כשרות הרי חזקת בתולה היא חזקת הגוף דמעיקרא וגם בלי חזקת כשרות הרי היא מוחזקת להיות בתולה כל זמן שלא הוכח אחרת.

ראיתי באחרונים שפרשו דעת הרמב"ן חזקת פנויה הרי היא חזקה העומדת להשתנות ולכך אינה חזקה, וממילא ברור מדוע צריך הרמב"ן להזכיר בחזקת בתולה חזקת כשרות שכן בלא חזקת כשרות גם חזקת בתולה היא חזקה העומדת להשתנות.

אך קשה בהסבר זה שכן חזקה העומדת להשתנות אימרים במקרה של אדם שנסתפקנו אם ביום מסוים היה קטן או גדול, לכאורה מצד חזקת קטן דמעיקרא נוכל לדונו כקטן, אך זו חזקה העומדת להשתנות שכן ביום קבוע הופך אותו קטן לגדול ואנו מסתפקים אם באותו יום הריהו

קטן או גדול ובמקרה זה אין אמרים חזקת קטן משום דעומדת להשתנות, אבל בסוגיין אין תאריך שבו נוכל לומר שודאי נשתנה וא"כ אין זו חזקה העומדת להשתנות.

ד. דומה שאם נצרף את שתי השאלות ששאלנו בדברי הרמב"ן (תחלת ג) נמצא הסבר בדבריו. נדון בשלרשה מקרים (1) בתולה. (2) פנויה. (3) מקוה.

בשלב הראשון הרי הנולדת היא ודאי בתולה ופנויה והמקוה מלא, כשהבעל טוען 1. בעולה היא. 2. אלמנה נשאתיך. 3. אחר זמן נמצא המקוה חסר הרי איתרעי חזקה לפי שכרע ודאי שאינה בתולה, אינה פנויה (רוקה) והמקוה חסר.

בין השלב הראשון והאחרון ישנו שלב נוסף נוכל לכנותו שלב המעשה דהיינו בבתולה ופנויה היום בו נשאו ובמקוה היום בו טבל בו הטובל (וידועה ההלכה שבמקוה נדונו כטמא שכן חזקתו שטמא הוא וחזקה דהשתא של המקוה מבטלת חזקה דמעיקרא של המקוה, אך במקרה זה חזקה הטובל מכרעת ולא חזקה המקוה ופשוט שאם הטובל ספק טמא דטהור הוא) בבתולה – חזקה כשרות מבטלת כל חשש שחל שני במצבה ואין להסתפק שמא נבעלה במקוה – אין לטובל סבה לחשוש שהמקוה חסר.

בפנויה – יש מקום להסתפק אולי אלמנה או גרושה היא, אמנם חזקת פנויה שלה מכרעת שכן ספק ספק שקול הוא אם פנויה היא או לא וחזקתה מכרעת אך עכ"פ היה מקום לספק.

נראה שהרמב"ן סבור שחזקה דמעיקרא מועילה רק עם בין שלב א' למצב העכשוי לא נתעורר שום ספק ביחס לחזקה אך אם נתעורר ספק בשלב ב' הרי כיון דעכשיו ודאי אינה במצב החזקה לא אמרינן חזקה דמעיקרא.

ולכן, חזקת פנויה אינה חזקה לפי שבשלב ב' היה לנו להסתפק אולי לא פנויה היא וברור גם מדוע אומר הרמב"ן בחזקת בתולה לפי שבחזקת כשרות היא שכן בלא חזקת כשרות היה מקום להסתפק אולי נבעלה.

ה. ע"פ דברים אלה ברור מדוע אין הרמב"ן יכול לקבל את התרצו שתרצו (לעיל ב) שכן שם כתבנו דכיון דחזקת בתולה ודאי יש לה וכיון דרוב נשים נשואות בעולות הן ורוב בתולות פנויות אם כן מוכח דפנויה היא, זה אינו שכן לדעת הרמב"ן מתי אמרינן חזקת בתולה דוקא כשלא נתעורר ספק שמא אינה בתולה ובד"כ חזקת כשרות מבטלת את הספק אך כאן, אם אני מסתפק אולי נשאה הרי ממילא אני גם מסתפק אולי אינה בתולה בלי לפגוע בחזקת הכשרות ואם כן הרמב"ן לשטתו סבור דאין לה חזקת הגוף.