

בענין כאשר זמם ולא כאשר עשה

א

הרמב"ם בהלכות עדות, פ"כ ה"ב, כתב: נהרג זה שהעידו עליו ואחר כך הוזמו אינן נהרגין מן הדין, שנאמר כאשר זמם לעשות ועדיין לא עשה ודבר זה מפי הקבלה, אבל אם לקה זה שהעידו עליו לוקין, וכן אם יצא הממון מיד זה ליד זה בעדותן חוזר לבעליו ומשלמין לו, ובהשגות הראב"ד: נהרג זה שהעידו עליו וכו', א"א שבוש הוא זה.

ובכס"מ שם כתב: אבל אם לקה זה שהעידו עליו לוקין וכן אם יצא הממון וכו', צריך לבקש טעם מאין לו לרבינו לחלק בין מיתה לממון ומלקות דלכאורה משמע דל"ש ממון או מלקות או מיתה בכולהו בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה ואף כי אפשר לחלק בין ממון למיתה דממון אפשר בחזרה וכיון שכן כך לי עשה כמו זמם וכן כתבו התוס' ריש ב"ק (דף ה:): ד"ה ועדים זוממים אהא דתני רבי חייא עדים זוממין בכ"ד אבות נזיקין כו' אין סברא לחלק בין מלקות למיתה כו' וכנראה שלזה כיון הראב"ד שכתב שיבוש הוא זה כו', עי"ש.

קודם שנבאר את דברי הרמב"ם נעמוד על מקור הדברים בדברי הגמרא. תנן, מכות ה, ב: אין העדים זוממין נהרגין עד שיגמר הדין שהרי הצדוקין אומרים עד שיהרג שנאמר נפש תחת נפש אמרו להם חכמים והלא כבר נאמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו והרי אחיו קיים ואם כן למה נאמר נפש תחת נפש הא אינן נהרגין עד שיגמר הדין, ושם בגמ': תנא בריבי אומר לא הרגו נהרגין הרגו אין נהרגין, אמר אביו בני לאו קל וחומר הוא, אמר לו לימדתנו רבינו שאין עונשין מן הדין כו', חייבי מלקיות מניין תלמוד לומר רשע רשע חייבי גליות מניין אתיא רוצח רוצח, וברש"י שם כתב: חייבי מלקיות מנלן, אמתניתין קאי דאמר אין עושין דין הזמה עד שיגמר הדין ויליף לה מנפש בנפש דמשתעי בחייבי מיתות חייבי מלקות מנלן העידוהו שחייב מלקות והוזמו מנלן דאין לוקין אלא אם כן נגמר

הדין תחלה על פיהם, חייבי גליות מנלן, העידוהו שחייב לגלות והוזמו ותנן במתניתין סופג את הארבעים מנלן עד שיגמר הדין כו'.

פירש בזה רש"י דשאלת הגמ', חייבי מלקיות מנין חייבי גליות מנין לא נשאלה על הברייתא דתנא בריבי, הדנה בדין הרגו אין נהרגין, דסליק מינה, אלא על המשנה, הדנה בדין שאין העדים זוממין נהרגין עד שיגמר הדין.

אמנם בפירוש רבינו חננאל שם כתב: תניא רבי אומר לא הרגו נהרגין הרגו אין נהרגין, א"ל אבא ק"ו הוא, א"ל לימדתנו רבינו שאין עונשין מן הדין כו' וכן בחייבי מלקיות אתיא רשע רשע כו' מה בחייבי כריתות ובחייבי מיתות אין עונשין כו' מן הדין כך חייבי מלקיות, בחייבי גליות נמי אתיא רוצח רוצח.

פירש בזה רבינו חננאל דשאלת הגמ' חייבי מלקיות מנין חייבי גליות מנין לא נשאלה על המשנה אלא על הברייתא דהרגו אין נהרגין דסליק מינה, ושואל לענין הדין של כאשר זמם ולא כאשר עשה אם ישנו גם בחייבי מלקיות וחייבי גלות כמו בחייבי מיתות או לא.

וצריך להבין למה נאדי רש"י מפירושו של הר"ח ופירש דהשאלה חוזרת על המשנה, כיון שכבר הפסיקה הגמ' בברייתא, ונשאלה השאלה מיד אחרי דברי הברייתא, הלא פירושו של הר"ח עולה יותר יפה, מלפרש שהשאלה חוזרת על המשנה, שכבר יש הפסק בינה ובין השאלה בברייתא הדנה בדין אחר.

ובגבורת ארי שם כתב: חייבי מלקיות מנין פרש"י אמתניתין קאי דאמר אין עושין דין הזמה עד שיגמר הדין ולכאורה יש לפרש דקאי נמי אהיא דבריבי דאמר הרגו אין נהרגין ועלה קאמר ח"מ מנין דאם לא לקה הנידון לוקין ואם לקה אין לוקין וה"נ י"ל חייבי גליות מנין דאם גלה הנידון אין לוקין אם הוזמו¹, אבל גם הרמב"ם בפ"ק — צ"ל בפ"כ — מהל' עדות נמי כתב נהרג זה שהעידו עליו ואח"כ הוזמו אין נהרגין כו' אבל אם לקה זה שהעידו עליו לוקין, ונ"ל דה"ט דרש"י והרמב"ם משום דאע"ג דאינם ראויים ללקות מפני כאשר זמם דכאשר זמם ולא כאשר עשה אפ"ה

1) וכן להלן שם, בד"ה חייבי גליות, הרבה להקשות על פרש"י וכתב: ולי נראה כו' הא דקאמר הגמ' ח"מ מנין ח"ג מנין לא אמתניתין קאי אלא אברייתא דבריבי, וכפי שהראנו כחן הגבורת ארי בזה לפירושו של הר"ח שפירש כן.

לוקין משום לאו דלא תענה כו'. ועיין שם בדבריו שלכסוף דחה טעם זה⁽²⁾. גם מפשטות לשון הרמב"ם משמע שבמלקות אף כשלקו החיוב הוא משום כאשר זמם ולא משום לא תענה. אבל האמת הוא שדעתם של רש"י והרמב"ם היא שבמלקות וגלות לא שייך לומר כאשר זמם ולא כאשר עשה, וכמו שכתב הרמב"ם בה' עדות שם לענין מלקות, וסובר רש"י שכן הוא גם לענין גלות, ולפיכך נאדו מפירושו של הר"ח על השאלה חייבי מלקיות מנין חייבי גליות מנין שקאי על הברייתא, משום שלפי זה מרבה מלקות וגלות לענין הדין כאשר זמם ולא כאשר עשה, והם אינם סוברים כן, והוכרחו לפרש שזה חוזר אמתניתין, ומרבה מלקות וגלות לענין הדין דאין עושין הזמה עד שיגמר הדין, אבל הדין דכאשר זמם ולא כאשר עשה אינו במלקות וגלות.

ומצאתי שכן כתב המאירי במכות כפי שהביא דבריו המו"ל את המאירי על מס' בבא קמא, ירושלים תשכ"א, ושם בד' ג"ו ע"א בהערה כ"ו כתב: עיין ב"ה למכות ירושלים תרצ"ז עמוד ח' וט', ובהוצאה זו לא נדפסו דברי רבינו על דף ה' ע"ב, ועיינתי בצלום הכ"י שבידי ואלה דברי רבינו שם על גמ' דף ה' ע"ב וז"ל אבל בממון אעפ"י שהוציא ממון על פיהם מחזירין אותו והם משלמים וכן כתבו גדולי המחברים במלקות כו' ולדעת גדולי המחברים מיהא זה שאמרו בגמרא חייבי מלקיות מנין אין פירושו מנין שאם לקו לא ילקו אלא על דין המשנה הוא חוזר כלומר מנין שלא יענשו עד שיגמר הדין על פיהן כמו שפירשו גדולי הרבנים כמו שנבאר עכ"ל. כתב בזה המאירי כדברינו בדעת הרמב"ם ורש"י בטעם פירושם ידברי הגמרא חייבי מלקיות מנין חייבי גליות מנין.

אמנם עדיין צריך טעם על מה דס"ל להרמב"ם ורש"י דבמלקות וגלות לא שייך הדין כאשר זמם ולא כאשר עשה, למה שאני מלקות וגלות ממיתה דאמרינן הרגו אין גהרגין, משום דדרשינן כאשר זמם ולא כאשר עשה, ומדוע כשלקה, או גלה ושב במיתת הכהן, ילקה משום כאשר זמם, ולא נאמר בזה כאשר זמם ולא כאשר עשה, ועי' בדברי הכס"מ שם שכתב ע"ז שיג טעמים. ועי' בתוי"ט מכות, פ"א מ"ט, שכתב שהם טעמים חלושים מאד.

ומרן הגר"ח ז"ל בחדושי רבנו חייב הלוי כתב ע"ז ז"ל: ונראה לומר דהרי מצינו גבי מלקות דבעינן דוקא שילקה בפני ב"ד כו' ולפ"ז נראה

(2) ועי' במנחת חינוך, מצוה תקכ"ד, שרצה ג"כ לומר כעין זה בדעת הרמב"ם ודחה זה, עי"ש.

דכשהוזמו העדים ואיגלאי מילתא דלא עשה ולא כלום ולא נתחייב מלקות מעולם, א"כ הא נמצא דאין על המלקות דין מעשה ב"ד כלל, ולא חשיבא ב"ד בזה והולקה חוץ לב"ד וא"כ הא איגלאי מילתא דמה שלקה אין בזה דין מלקות ולא חשיב תו עשה כיון דהוא כמו חבלות בעלמא, אבל לא שהולקה בדין מלקות ובשם מלקות כלל, ולא דמיא מלקות למיתה וממון דהתם הרי לא בעינן שהקיום יהא בב"ד דוקא כו' משא"כ מלקות דאית בה דין מסוים דגם הקיום ועשיית מלקות צריך להיות בפני ב"ד א"כ בהוזמו הא נמצא דחסר מדין הקיום דבטלה מדין מלקות על כן כו' שוב הדר דינא דכיון דבטל מינה דין מלקות שוב לא הוי עשה כלל, והוי רק זמם לעשות ומיפטרי העדים, עי"ש בדבריו ביתר ביאור ואריכות.

אכן טעמו של מרן הגר"ח ז"ל אינו מספיק אלא על מלקות, דבעינן בהו שהקיום יהיה בב"ד דוקא, אבל בגלות, דהויא כמו מיתה וממון דלא בעינן בה שהקיום יהיה בב"ד דוקא, ובכל זאת ס"ל לרש"י דלא אמרינן בה כאשר זמם ולא כאשר עשה, וכמ"ש, אכתי טעמא בעי למה לא נאמר בגלות כאשר זמם ולא כאשר עשה.³

ונראה לי לילך בעקבות מרן הגר"ח ז"ל אבל לא מטעמיה אלא מטעם אחר, ואותו הטעם יספיק בין על מלקות בין על גלות, מה דלא שייך בהו לומר כאשר זמם ולא כאשר עשה, וטעם אחר בתרווייהו, ואל זה הטעם נבא רק אחרי שנעמוד על החילוק שיש בין גוף העונשים של ממון ומיתה לבין העונשים של גלות ומלקות.

3) ולדברי מרן הגר"ח ז"ל היה אפשר לומר שלעולם לענין גלות שפיר ס"ל לרש"י דאמרינן בה כאשר זמם ולא כאשר עשה, ולא פירש על חייבי גליות מנין שחוזר על דין המשנה אלא משום חייבי מלקיות מנין, דכיון שבמלקות סובר כדעת הרמב"ם, ולא מצי לפרש חייבי מלקיות מנין שאם לקו לא ילקו, והוכרח לפרש שחוזר על דין המשנה לענין דבעינן שיגמר הדין על פיהם, משו"ה פירש כן גם על חייבי גליות מנין, ואין להכריח מפירושו של רש"י הוכחה אלא לענין מלקות שמצינו כן שיטת הרמב"ם ולא לענין גלות.

אמנם עיין בכס"מ, שם בפ"כ מה' עדות ה"ב, שהביא את דברי רבינו ירוחם בני"ב ת"ו בשם רש"י שחולק על הרמב"ם וסובר שאין לחלק בין מלקות למיתה, וא"כ בהכרח לומר לאידך גיסא, שרק בגלות ס"ל לרש"י שהיא חלוקה ממיתה ולא אמרינן בה כאשר זמם ולא כאשר עשה ולא במלקות, ולפירושו על חייבי מלקיות מנין שחוזר על דין המשנה הוכרח לא משום שדעתו במלקות כדעת הרמב"ם, אלא משום שבחייבי גליות מנין הוכרח לפרש שחוזר על דין המשנה משו"ה הוכרח לפרש כן גם על חייבי מלקיות מנין, ואם נאמר כן שוב טעמו של מרן הגר"ח ז"ל אינו מספיק אלא בדעת הרמב"ם ולא בדעת רש"י.

ב

הנה החיוב גלות לא בא כעונש לחוד על החטא שחטא בשוגג, אלא גם לכפרה, לכפר על שגגת חטאו, והוי כמו קרבן, וכמו שקרבן מכפר על חטא כן גם גלות מכפרת. דבר זה מבואר מכמה מקומות בגמ', במכות ב, ג איתא: והיא גותנת הוא שעשה מעשה במזיד לא ליגלי כי היכי דלא תיהוי ליה כפרה, הן שלא עשו מעשה במזיד גמי ליגלי כי היכי דליהוי להו כפרה. וכן שם יא, ב: האי דגלה איכפר ליה האי דלא גלה לא. הרי דגלות לא באה רק לענש אלא גם לכפר על שגגת חטאו כמו קרבן).

וכמו שגלות אינה באה משום עונש לחוד אלא גם משום כפרה כן גם מלקות אינם באים משום עונש לחוד אלא גם משום כפרה לכפר על חטאו של החוטא ולהעביר את פסולו שנפסל ע"י עבירת הלאו, וכמו דתנן שם כג, א: כל חייבי כריתות שלקו נפטרו ידי כריתתם שנאמר ונקלה אחיך

(4) ומה דמטיק שם: מידי גלות קא מכפרא מיתת כהן הוא דמכפרא. כבר כתבו שם בתוס' בד"ה מידי: תימה אין ה"ג מדאמר בריש מכילתין (דף ב:) הם שלא עשו מעשה לגלו כי היכי דתיהוי להו כפרה אלמא גלות מכפרת וי"ל דהכא כפרה לפטרו מגלות קאמר דהא בעי למילף דמי שלא גלה עדיין דמיתת כ"ג תועיל לפטרו מגלות מק"ו הלכך שפיר משני מידי גלות מכפרת מיתת כ"ג מכפרת פירוש למיפטרי מגלות כו', עיי"ש. וראיה לדברי התוס', דמיתת כ"ג אינה כפרה על גוף החטא אלא פטור מגלות, יש להביא ממה שמבואר בסוגיא שם: נגמר דינו ונעשה כהן בן גרושה או בן חלוצה פליגי בה רבי אמי ורי יצחק נפחא חד אמר מתה כהונה וחד אמר בטלה כהונה. ואם מיתת כהן גדול הוא פטור מגלות שפיר יש מקום לומר דכמו שבמת גפטר מגלות כן גם בנפסל, דחנאי הוא בגלות שיהיה הכ"ג קיים בכשרותו וכשנפסל הרי הוא כמת, וכמו דבטל הדין גלות במיתתו כן בטל גם בפסולו. אבל אם נאמר שמיתת כ"ג אינו פטור מגלות, אלא כפרה על גוף החטא, איזה מקום הוא לומר שפסולו של הכ"ג יכפר על חטאו, דבשלמא במיתה שייך בה כפרה דמיתה מכפרת, וכמו מיתת צדיקים שמכפרת, אבל איזה כפרה שייך בפסול, ובהכרח לומר כדברי התוס', דמיתת כ"ג אינה מכפרת על גוף החטא אלא פוטרת מגלות, אבל הכפרה על גוף החטא היא על ידי הגלות כהסוגיא דריש פירקין.

ועיין שם בריטב"א שהיה קשה לו זה וכתב: וא"ת ולמ"ד מתה כהונה כו' מ"מ אין כאן מיתה המכפרת ולמה אינו גולה או למה חוזר וי"ל דפסול הנמצא בו המצער חשוב לו כמיתה ולהיות מכפר, וזה דוחק שצערו של הכהן יהיה כפרה, דאטו צער צדיקים מכפר, ובע"כ צריך לומר כדברי התוס' וכמו שנחבאר.

ואין ענין הכפרה בגלות ע"י ב"ד שייך להא דאיתא בסנהדרין לו, ב: גלות מכפרת עון, עיי"ש. דשם לא מיירי בגלות הבא ע"י גמ"ד של ב"ד, שהוא כמו קרבן, אלא בגלות שהוא גולה ונע מעצמו, וגוף מעשה הגלות שהוא גולה ונע ונד מכפרת על עונו, ושונה היא הכפרה דהתם מכפרת הגלות הבאה ע"י פסק ב"ד, דהגלות הבאה ע"י ב"ד היא כקרבן שמסלק את החטא, אבל הגלות שגולה מעצמו הכפרה היא רק בבחינת של יסודין ממרקין עונות, שהוא כלפי שמיא, ולא משום כפרה כקרבן.

לעיניך כשלקה הרי הוא כאחיד דברי רבי חנניה בן גמליאל⁵). ואילו באו המלקות רק משום עונש לחוד ולא משום כפרה איזה סברא היא שיפטרו חייבי כריתות ידי כריתתם, ואיך עונש קל פוטר מעונש חמור, דלא קיימא לן אלא קים ליה בדרבה מיניה אבל קים ליה בדקיל מיניה לא שמענו, ובע"כ שהמלקות באין גם משום כפרה לכפר על החטא של החוטא ולעשותו לכשר, וכמו דדרשינן ונקלה אחיד לעיניך כשלקה הרי הוא כאחיד, ומשו"ה חייבי כריתות שלקו נפטרו ידי כריתתם⁶).

וכן כתב הרמב"ם בה' סנהדרין, פ"ז ה"ז: כל מי שחטא ולקה חוזר לכשרותו שנאמר ונקלה אחיד לעיניך כיון שלקה הרי הוא כאחיד, אף כל מחויבי כרת שלקו נפטרו מידי כריתתן. מבואר בזה שהמלקות מכשירין מהפסול ופוטרין מכרת, והיינו משום שבאין גם לכפר כקרבן, ומשוב שמכפרין על העון ומעבירין את החטא מכשירין גם את הפסול ופוטרין מידי כרת, ולפיכך כשלקה חוזר לכשרותו ונפטר מידי כרת, וחדא הוא.

ועונש המלקות הוא כמו תשובה דכשם שהתשובה מכפרת על החטא ומכשירה את הפסול כן גם המלקות מכפרין על החטא ומכשירין את הפסול, וכמו שפסק הרמב"ם בה' עדות, פי"ב ה"ד: כל מי שנתחייב מלקות בין שעשה תשובה בין שלקה בבית דין חוזר לכשרותו. והכס"מ שם כתב: כל מי שנתחייב מלקות בין שעשה תשובה, כלומר אם לא היתה שם התראה או שחסר דבר מהדברים שצריך לחייבו מלקות, בין שלקה בבית דין, כלומר שנתחייב לפי הדין מלקות ולקה חוזר לכשרותו ולמדו כן ממאי דתנן בסוף מכות (דף כג) ונקלה אחיד לעיניך משנקלה הרי הוא אחיד, [עי"ש הגירסא שהביא מנוסחת ספרים ישנים והכריע כגירסתנו].

(5) ואף דאמר בגמ' שם, ב: א"ר יוחנן חלוקין עליו חבריו על רבי חנניה בן גמליאל היינו משום דס"ל שמלקות אינן מכפרין אלא על הלאו הקל ולא על הכרת החמור, וגם קי"ל כר' חנניה בן גמליאל ולא כחבריו החולקים עליו.

(6) ועי' במשנה ומכות כב, ב: והקורא קורא כו' וחותם והוא רחום יכפר עון. ועל מטעם של אמירת פסוק זה עי"ש במהרש"א, ולדברינו יש לומר שקורין מקרא זה משום שיש במלקות כפרת עון ושייך מקרא זה לענין המלקות.

ומכאן נמי סמוכין למנהג המלקות של ערב יוה"כ ואמירת הפסוק של והוא רחום אז, עי' או"ח, סי' תר"ז סעי' ו', במחבר ורמ"א, כיון שבכל מלקות יש ענין של כפרה שייך ענין זה גם להמלקות של ערב יוה"כ ואמירת והוא רחום אז, אף דלא הוי בזה דין עונש כיון שהוא שלא עי"פ ב"ד.

אך בירושלמי ורמב"ם לא הובא שהקורא קורא והוא רחום, עי' במהרש"א ובהגהות הגר"א על המשנה ובביאוריו לאו"ח שם, ואין לומר דזה תלוי אם המלקות באו לכפרה שהרי מבואר מדברי הרמב"ם שהבאנו שהמלקות מכפרין על העון ומכשירין את הפסול.

ועדיין צריך ליישב מה שדברי הרמב"ם אלה סותרים למה שכתב בה' טוען ונטען, פ"ב ה"י, על חשוד על השבועה: לעולם כזה דנין לחשוד עד שילקה בבית דין, אם היה עליו עדים שלקה ועשה תשובה יחזור לכשרותו בין לעדות בין לשבועה. וכבר הקשה בלח"מ שם ז"ל: קשה למה אמר רבינו ז"ל דילקה ויעשה תשובה הא בהל' עדות פ"ב כתב רבינו ז"ל דכיון שיש עדים שלקה או שעשה תשובה סגי משמע דבחד מינייהו סגי ועדות ושבועה שוים הם כדכתב ה"ה ז"ל ושמא הך ועשה תשובה שכתב רבינו ז"ל ר"ל או שעשה תשובה וסמך על מ"ש שם.

ונראה דאף דלא נאמר שכונת הרמב"ם היא או שעשה תשובה, כאשר חיכך הלח"מ לומר, אלא נאמר שכונתו היא על מלקות ותשובה יחד, אין דבריו סותרים למה שכתב בה' עדות דבחד מינייהו סגי, ואף במלקות לחודייהו חזר לכשרותו, דנראה שאף שעדות ושבועה שוים הם וכדכתב ה"ה ז"ל בכל זאת בזה הדין הם מחולקים ויש לחלק בזה בין שבועה לעדות.

ומה שיש לחלק בין שבועה לעדות נראה לומר ע"פ דברי התוס' בב"מ ה, ב, בד"ה דחשוד, שכתבו: דגולן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן ולעדות הוא דפסול מדאורייתא משום אל תשת רשע עד. הרי דלענין עדות שנאמר קרא אל תשת רשע עד גולן פסול מדאורייתא אבל לשבועה דלא נאמר קרא, וגם רשע כשר, גולן אינו פסול אלא מדרבנן, פי' משום חשד שמא ישבע לשקר, ונראה שכן הוא גם לענין החשוד לשבועה משום שעבר עבירה שנפסל בה, שלעדות הוא פסול מדאורייתא מקרא דאל תשת רשע עד, וכיון שנפסל מקרא הוא משום פסול ולא משום חשד, אבל לשבועה דלא נאמר קרא, וגם רשע כשר מדאורייתא, החשוד אינו פסול, ומה שאינו נשבע הוא לא משום פסול אלא משום חשד שחשדינן ליה שישקר, והתורה לא פסלתו רק רבנן חשדהו שישקר ולפיכך אין משביעין אותו.

ובזה תתישב קושיית התוס' בשבועות, דתנן שם מד, ב: כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ואלו נשבעין ונוטלין כו' ושכנגדו חשוד על השבועה כו' שכנגדו חשוד על השבועה כיצד אחת שבועת העדות ואחת שבועת הפקדון ואפילו שבועת שוא, וברש"י שם: ואפילו נחשד על שבועת שוא שהוא רע לשמים עליה ולא לבריות אעפ"כ הוא נפסל על ידה לשבועה. ובתוס' שם מו, ב כתבו: ואפילו שבועת שוא, הק' ר"ת דבפרק זה בורר (סנהדרין דף כז, ושם) אמרינן עבריין אוכל גבילות להכעיס אביי אמר פסול ורבא אמר כשר רשע דחמס בעינן, ופריך מדתניא אל תשת רשע

עד אלו הגזלנים ומועלין בשבועה, מאי לאו אחת שבועת שוא ואחת שבועת ממון אלמא לא בעינן רשע דחמס, לא אידי ואידי שבועת ממון, והשתא אמאי לא פריך ממתני' דפסל בהדיא נשבע לשוא לשבועה ולא פליג שום תנא וה"ה דיפסל לעדות, עי"ש.

ולפי הנ"ל יש לומר דלא נחלקו אב"י ורבא אלא גבי עדות, שהוא פסול משום אל תשת רשע עד, ובזה נחלקו אם הוא פסול כשהוא גם רע לבריות דרשע דחמס בעינן, או דאף ברע לשמים לחוד הוא פסול, אבל לענין שבועה שאינו פסול משום פסול רשע, רק אין משביעין אותו משום חשד, בזה לכולי עלמא אף ברע לשמים לחוד חשוד הוא, ולענין עדות חשוד אינו פסול משום חשד לחוד, דאל"כ קרא דאל תשת רשע עד למה לי, ובע"כ דבעדות לא חשדינן ליה משום דאין אדם חוטא ולא לו כדאיתא בב"מ ה' ב ועוד, ולפיכך בעינן קרא דאל תשת רשע עד שהוא פסול משום פסול רשע, אבל לענין שבועה דלא נאמר קרא שהוא פסול, ורק משום חשד אין משביעין אותו, אין זה ענין למחלקותם, דשם בודאי גם ברע לשמים לחוד כבר הוא חשוד לישבע לשקר, ולא פריך מהברייתא אלא משום דגם שם מיירי לענין עדות שהוא פסול מדאורייתא ולא משום חשד.

ומעתה לענין אם נעשה כשר במלקות לחוד בלי תשובה נראה שיש לחלק בין עדות לשבועה, דלענין עדות שהוא פסול מקרא דאל תשת רשע עד שהוא משום פסול, בזה כיון שע"י המלקות עבר ובטל פסולו, ונעשה כשר אם לקה, אף שלא עשה תשובה על החטא כבר הוא כשר להעיד, אבל לשבועה שאינו פסול מקרא, ואינו פסול משום פסול אלא משום חשד, אם לקה ולא עשה תשובה לא סגי המלקות לחוד, דנהי שעבר הפסול מעליו ונעשה כשר מ"מ כיון שעדיין לא עשה תשובה על החטא עדיין הוא חשוד לישבע לשקר, ולהעשות אינו חשוד צריך גם לשוב מחטאו ולחזור מדרכו הרע ורק אז לא חשדינן ליה עוד.

ולפיכך לענין עדות שפיר כתב הרמב"ם בה' עדות דמהני בחשוד מלקות בלי תשובה, דכיון שהמלקות מסלקין את הפסול רשע, ובעדות אינו פסול אלא משום פסול רשע ולא משום חשד, א"כ כיון שנעשה כשר ע"י המלקות כשר לעדות, אבל לענין שבועה שאינו פסול משום פסול רשע רק משום חשד א"כ במלקות בלי תשובה מה לי שע"י המלקות נסתלק הפסול רשע מעליו אבל החשד הלא עדיין לא נסתלק, ולזה בעינן גם שישוב, ואז נסתלק מעליו גם החשד וכשר גם לשבועה, ולפיכך לענין שבועה שפיר

כתב הרמב"ם בה' טוען ונטען שאם היו עליו עדים שלקה וגם עשה תשובה יחזור לכשרותו בין לעדות בין לשבועה.

ובדברינו מדוקדק לשון הרמב"ם שכתב לענין שבועה "יחזור לכשרותו בין לעדות בין לשבועה". ולכאורה לשון זה קשה דלמה הכניס הרמב"ם כאן עדות בשעה שדיבר לענין שבועה, ולדברינו ניחא, דלעדות הלא כשר בלקה לחוד אף שלא עשה תשובה כמו שכתב בה' עדות, ורק לשבועה אינו כשר בלקה ולא עשה תשובה, ולפיכך כתב הרמב"ם שאם יש עדים שלקה וגם עשה תשובה זה מהני בין לעדות בין לשבועה, פירוש, דבלקה לחוד כשר לענין עדות ולא לענין שבועה, וכמו שכשר לענין עדות בלקה לחוד ולא עשה תשובה כן כשר לענין שבועה בלקה וגם עשה תשובה, דזה מהני לא רק לענין עדות אלא גם לענין שבועה, ושיעור דבריו בין לעדות בין לשבועה הוא, שאז הוא כשר לא רק לעדות אלא גם לשבועה.

כל זה הוא בעונש מלקות שבא גם משום כפרה מה שאין כן בעונש ממון שאינו בא אלא משום עונש ולא משום כפרה, וכמו שמסיים הרמב"ם שם בה' עדות: אבל שאר פסולי עדות שהן פסולין משום ממון שחמסו או שגזלו אף על פי ששלמו צריכין תשובה והרי הן פסולין עד שיודע שחזרו בהן מדרכן הרע. ובכס"מ שם כתב: ומ"ש אבל שאר פסולי עדות שהם פסולים משום ממון שחמסו או שגזלו אע"פ ששלמו צריכין תשובה והרי הן פסולים עד שיודע שחזרו בהם מדרכם הרעה לומר דלא תימא כשם שהמחויב מלקות כיון שלקה הוכשר כן המחויב ממון גזל או חמס כיון ששלם הוכשר אלא הרי הוא בפסלותו עד שיודע ששב מדרכו הרעה בלי ערמה וכמו שנתבאר פרק י' מהלכות אלו, כתב הטור בסי' ל"ד וז"ל כתב הרמב"ם אע"פ שהחזירו הגנב והגזלן הממון שגנבו וגזלו ושילם העד זומם הממון שהחם עליו פסולים ואיני יודע למה לא יוכשרו אחר שהחזירו הממון ואפשר שר"ל אע"פ ששלמו כיון דבכפיית ב"ד שילמו פסולים עד שישובו מעצמם עכ"ל, ולי נראה שזה דבר פשוט הוא ולא היה צריך רבינו להזכירו אלא אפילו החזיר ברצונו נמי ונפקא ליה מדאמרינן מאימתי חזרת מלוי ברבית וכו' ומשמע דכשהחזיר ממון האיסור ברצונו עסקינן ואפי' הכי לא מתכשרי עד שיעשו תשובה, וכן בדין שאע"פ שהחזירו הממון מכל מקום עבירה דעבוד עבוד וצריכים תשובה ממנה.

וביאור הדבר לפי דברינו הוא משום דשאני הוא עונש ממון מעונש מלקות, דבעונש מלקות כיון שגוף המלקות באים לא רק משום עונש אלא גם משום כפרה ולהעביר החטא והפסול, כשלקה בבית דין אף שלא עשה

תשובה חוזר לכשרותו, אבל בעונש ממון שאינו בא משום כפרה על החטא אלא משום עונש לחוד, לענשו שישלם הממון לבעליו, אע"פ ששלמו כיון שהתשלומין לא כפרו על החטא, שחמס או גזל או הוזם, צריך תשובה לסלק החטא, והרי הן פסולין עד שיודע שחזרו מדרכן הרע, ורק אז חוזרין לכשרותן.

וכן העונש מיתה נראה דשונה הוא מעונש מלקות, דבמלקות שנאמר קרא ונקלה אחיך לעיניך ודרשינן כיון שנקלה הרי הוא כאחיך גילתה התורה שהמלקות מכפרין על העבירה, אבל עונש מיתה לא בא אלא כדי לענשו ולא משום כפרה. דבר זה מתבאר ממשנה וסוגית הגמ' בסנהדרין ונפסק להלכה ברמב"ם.

בסנהדרין מו, א תנן: ולא היו קוברין אותו בקברות אבותיו אלא שתי בתי קברות היו מתוקנין לבית דין אחת לנהרגין ולנחנקין ואחת לנסקלין ולנשרפין נתעכל הבשר מלקטין את העצמות וקוברין אותן במקומן. ובגמ' שם מו, א: וכל כך למה לפי שאין קוברין רשע אצל צדיק כו' וכשם שאין קוברין רשע אצל צדיק כך אין קוברין רשע חמור אצל רשע קל, (לפרושי טעמא דמתני' מהדר דלפיכך נתקנו שתי קברות שאין קוברין נסקלין ונשרפין שהם רשעים חמורים אצל נהרגין ונחנקין שהם רשעים קלים, רש"י). ופרידן: וליתקון ארבע קברות (דהא נשרפין אצל נסקלין קלים הם, רש"י). ומשני שני קברות גמרא גמירי לה. (הלכה למשה מסיני, רש"י). הרי דבמיתת בית דין עדיין לא בטל הדין רשע ממנו, ונשאר רשע אף אחר שנתקיים בו הדין מיתה. וכן מפורש בסוגיא שם, ב ממה דאמר ליה אביי לרבא: הרוגי מלכות כיון דשלא בדין קמיקטלי הויא להו כפרה הרוגי בית דין כיון דבדין קמיקטלי לא הוי להו כפרה תדע דתנן לא היו קוברין אותו בקברות אבותיו ואי סלקא דעתך כיון דאיקטול הוי להו כפרה ליקברו, עי"ש. הרי דמייתי הגמ' ראייה מזה שלא היו קוברין אותו בקברות אבותיו דמיתת ב"ד אינה מכפרת. וכן מייתי שם ממה שלא היו מתאבלין עליהן דלא הוי להו כפרה אף במיתה וקבורה, וכ"פ הרמב"ם בה' אבל, פ"ב ה"ח: וכן כל אותן שאמרו שאין מתאבלין עליהן כגון הרוגי בית דין כו' אין הכהן מטמא להן. וכבר מייתי שם לעיל בסוגיא ראייה מזה דלא כיפרה לו מיתתו אם לא חזר בו, עי"ש. הרי דמיתת ב"ד אינה מכפרת, ואדרבא משום דהוי מיתת ב"ד דבדין קמיקטלי לא הוי להו כפרה, משום דגוף הדין מיתת ב"ד לא הוי מכפר כמלקות, ורק בהרוגי מלכות דשלא בדין קמיקטלי הויא להו כפרה, דשם מעשה המיתה הבאה שלא בדין מכפרת, אבל הרוגי ב"ד,

דמעשה המיתה באה בדין ב"ד, המעשה המיתה אינה מכפרת והעונש של מיתה על פי דין ב"ד לא הוי מכפר.

נזמה דמבואר במתני' דעיכול הבשר מכפר וכן מה דמבואר שם בסוגיא דמיתה וקבורה או צערא דקברא פי' צער דחיבוט הקבר מכפרים, זהו לא מגוף הדין עונש של מיתה ב"ד שיהא כמלקות, דאילו היה כן המיתה לחודה היתה מכפרת, אלא הוא מחמת מעשה המיתה עצמה שביחד עם קבורה או עיכול הבשר או צערא דקברא מכפר, כמו בהרוגי מלכות שלא בדין שגוף מעשה המיתה מכפרת, אבל לא שהדין מיתה ב"ד יהיה כמכפר אף עם עיכול הבשר, קבורה, וצערא דקברא, דהעונש והדין מיתה ב"ד לא הוי מכפר אלא עונש לחוד.

ומה שכתבו התוס' שם בסנהדרין לה, א על דברי הגמ' וליקטליה בשבתא אין רציחה דוחה את שבת, וכתבו שם התוס', בד"ה אין: ובשאר חייבי מיתות נמי אפי' למ"ד (כתובות ה:) דמקלקל בחבורה פטור הכא חשיב תיקון דיש לו כפרה. הוא לא משום דגוף הדין מיתה ב"ד הוא מכפר, אלא כיון שעצם מעשה המיתה מכפרת ביחד עם קבורה או עיכול הבשר או צערא דקברא, לענין מקלקל בחבורה לא חשיב קילקול אלא תיקון, כיון דנגרם מזה כפרה, אבל לא שגוף הדין מיתה ב"ד הוא מכפר, דזה לא הוי אלא לענין עונש מלקות, דבמלקות שנאמר קרא ונקלה אחיך לעיניך ודרשינן כיון שנקלה הרי הוא כאחיך גילתה התורה שהמלקות מכפרין כמו קרבן והן כמו גלות שבאה לכפר, אבל מיתה לא באה אלא משום עונש לחוד ולא משום כפרה, וכמ"ש].

היוצא לנו מזה דשאני הוא עונש גלות ומלקות מעונש ממון ומיתה, דבגלות ומלקות העונש הוא מכפר, ומלבד הדין עונש באו גם לכפרה כקרבן, אבל בממון ומיתה לא הוו העונשים מכפרים אלא עונש לבד.

ג

ממה שנתמאר באות הקדום, החילוק בין העונשים של גלות ומלקות ובין העונשים של ממון ומיתה, נחדור אל עומק הבנת הטעם של הרמב"ם

(7) והוא כעין מה שכתבנו בסוף הערה ד' לענין גלות לחלק בין הכפרה מהדין גלות שבא ע"י ב"ד להכפרה של המציאות גלות שגולה ונע ונד מעצמו, וגם כאן הכפרה ממיתה היא לא מהדין מיתה של מיתה ב"ד, אלא מהמציאות של המיתה ועיכול הבשר וההריגה של הרוגי מלכות.

ורש"י שמחלקים בין ממוך ומיתה לגלות ומלקות לענין הדין של כאשר זמם ולא כאשר עשה, דבממוך ומיתה אף שנודע ע"י ההזמה שבשקר נענש בכל זאת הוא אותו העונש שזממו לעשות, כיון דאין בהם אלא מעשה העונש לבד, והרי אותו המעשה נעשה, ומה לי אם נעשה באמת או בשקר בכל זאת קיבל את העונש שזממו לעשות, ובוה כיון דכבר נעשה אותו המעשה שזממו לעשות גלתה לנו התורה שאין בוה הדין של ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו, דזה הדין הוא רק בזמם לעשות ולא בעשה, מה שאין כן בגלות ומלקות, כיון דעונשי גלות ומלקות אינם רק "מאסר הגלות" "וההכאות", אלא הם דין "גלות" "ומלקות" הבאים גם לכפר כקרבן, ויש בהם שני חלקים א) מציאות המעשה של "מאסר הגלות" "וההכאות", ב) הדין "גלות" "ומלקות" שבאו במטרה לכפר על החטא, ובוה כשהוזמו ונודע שבשקר חייבו את הגלות והמלקות נודע שלא נעשה המעשה המכפר, שהרי כיון שהוא שקר לא היה מחויב כפרה ולא הועילו לכפר, והוא כמו המביא קרבן בשעה שאינו מחויב כפרה, וכיון שלא הועילו לכפר לא נתקיים ונעשה כל אותו המעשה שזממו לחייבו, שהם זממו לחייבו "גלות" "ומלקות", כלומר, עונשים שהם מכפרים כקרבן ופועלים כפרה, ונעשה רק החלק של "מאסר הגלות" "וההכאות" של הגלות והמלקות ולא הדין כפרה של "גלות" "ומלקות", וכשנעשה רק חלק מהמעשה שזממו לעשות לא חשיב כאשר עשה, וכמו שכתב האורים ותומים בסי' ל"ח בדעת הריטב"א דכאשר עשה הוא רק היכי שנתקיים כל העדות כגון אמרו פלוני לזה ק' ופרעו כל ק', אבל אם פרע רק חמשים הרי לא נתקיים כל העדות, ולא הוי כאשר עשה, וכ"כ בשמו בספר ערוך לנר בסוגין.

וביותר יש לומר דכאן לא נתקיים עדותם כלל אף במקצת, וחשיב כאילו לא נעשה המעשה כלל, דכל מעשה הגלות והמלקות שונה הוא אם הוא נעשה בדין "גלות" "ומלקות" ובא לכפר, או אם הוא נעשה שלא בדין, ואין על המעשה כלל תורת "גלות" "ומלקות" אלא הוא מעשה המציאות של "מאסר הגלות" "וההכאות" לבד, והדין כאשר זמם ולא כאשר עשה אינו אלא אם נעשה אותו המעשה שזממו לעשות, וכיון שזה המעשה לא נעשה, אלא מעשה אחר, לא נתקיים עדותם כלל, ולא נעשה כלל ממה שזממו לעשות.

מזה באנו אל הבנת הטעם של הרמב"ם ורש"י שמחלקים בין גלות ומלקות לבין ממוך ומיתה וסוברים שבגלות ומלקות לא שייך כאשר עשה, דגלות ומלקות שלא כדין ע"י עדי שקר לא חשיב עשה, מפני שלא הועילו למטרתן שבאין לכפר, וכאן שלא היה מחויב כפרה ולא כפרו, לא חשיבי

הגלות ומלקות כמעשה „גלות“ „ומלקות“, אלא כמעשה „מאסר“ „והכאות“, ולא חשיב כאשר עשה משום שלא נעשה אותו המעשה שזממו לעשות.

לפי מה שנתבאר בדברינו שממון לא הוי כגלות ומלקות, דעונשי גלות ומלקות באו לכפרה אבל העונש ממון לא בא אלא משום עונש ולא משום כפרה, ושוה עונש ממון לעונש מיתה שבא רק משום עונש, א"כ לענין כאשר עשה ממון שוה למיתה, שאין חילוק אם נענש כדין או שלא כדין, דאף שנענש שלא כדין על ידי העדי שקר בכל זאת הוא אותו העונש שזממו לעשות, ושפיר חשיב כאשר עשה, א"כ בממון אם יצא הממון על ידי עדותן היה צריך להיות כמו במיתה שאנו אומרים כאשר זמם ולא כאשר עשה לולא סברת התוספות בב"ק דממון שאפשר בחזרה כך לי עשה כמו זמם, ולפיכך לענין ממון כתב הרמב"ם: וכן אם יצא הממון מיד זה ליד זה בעדותן חוזר לבעליו ומשלמין לו. וכתב הרמב"ם כאן הדין דהממון חוזר משום שלולא זאת היה בזה הדין של כאשר זמם ולא כאשר עשה כמו במיתה, ורק משום שהממון חוזר לא חשיב כאשר עשה כסברת התוס'. וכן כתב מרן הגר"ח ז"ל על דברי הרמב"ם אלו: אשר זה שכתב הכא הך דינא דהממון חוזר הוא כפי הגראה טעמא דאפשר בחזרה. וכבר הבאנו לשון הכס"מ: ואף כי אפשר לחלק בין ממון למיתה דממון אפשר בחזרה כו' וכן כתבו התוס' ריש ב"ק כו'. ולפי המבואר לא רק שאפשר לחלק בין ממון למיתה, אלא זה החילוק נמצא בדברי הרמב"ם עצמם שרמז לזה, והוא מוכרח לדעת הרמב"ם לפי הטעם שאמרנו בדעתו לענין מלקות דלא אמרינן בהן כאשר זמם ולא כאשר עשה דלא שייך טעם זה לענין ממון.

והנה במכות ב, ב איתא: ת"ר ד' דברים נאמרו בעדים זוממין כו' משום ר"ע אמרו אף אין משלמין ע"פ עצמן כו' מאי טעמא דר"ע קסבר קנסא הוא וקנס אין משלם ע"פ עצמו כו' אמר רב נחמן תדע שהרי ממון ביד בעלים ומשלמים. וכתב ע"ז המאירי: יש מדקדקין מכאן ר"ל ממה שאמר שהרי ממון ביד בעליו ומשלמין, שכמו שאמרו בדיני נפשות הרגו אין נהרגין אף בדיני ממונות שלמו אין משלמין וכל שכן בעדות של מלקות שאם לקו אין לוקין כו', ואין הדברים נראין כלל שלא הוזכרה דרשה זו בכל התלמוד אלא לענין הרגו כו', וזו שבכאן פירושה שאף בלא שלמו משלמין, הואיל ומכל מקום להפסיד ממון באו, ולא למעט אם שלמו שלא ישלמו, שכל שאפשר בחזרה ודאי מחייבין אותם להחזיר וכן כתבו בתוספות, וכן במלקות ר"ל שאם לקו האחרים לוקין ולא נאמר כאשר זמם ולא כאשר עשה אלא לענין הרגו וכן כתובה גדולי המחברים.

הביא כאן המאירי מפורש הטעם של התוס' בשמם שבממון אף שלמו משלמין משום שאפשר בחזרה, ולשיטתו שגם במלקות אם לקו לוקין, ולא נאמר כאשר זמם ולא כאשר עשה אלא לענין הרגו, קשה למה הוצרך המאירי להביא הטעם של התוספות על ממון הלא סובר שכל הדין של כאשר זמם ולא כאשר עשה לא נאמר אלא לענין הרגו, וכבר עמד בזה המהדיר שם ונשאר בצ"ע, ולפי מה שנתבאר בדברי הרמב"ם שרק מלקות לא דמו למיתה ושייך לומר בהן אם לקו לוקין, אבל ממון היה צריך להיות כמיתה ולפיכך הוצרך בזה לומר כמו שחילקו בתוספות, א"כ דברי המאירי הלא הם כדברי הרמב"ם, ושפיר הוצרך להביא הטעם של התוס' על ממון.

ד

כל זה הלכנו בעקבות מרן הגר"ח ז"ל ליישב שיטת הרמב"ם על דרך הגימוק והסברא, אכן בדברי המאירי מצאנו שמיישב את דברי הרמב"ם אלה ממקור הילפותא של דין זה, ונלך גם בעקבותיו. וז"ל המאירי ב"ק נו, א ד"ה השוכר: ועדים בהזמה אם לא הוציאו מוציאין מידם ואם הוציאו אין מוציאין וגדולי המחברים כתבו שאף אם שלם מוציאין מידם וכן אם הלכו לוקים נראה שאינם סוברים כאשר זמם ולא כאשר עשה אלא בהרגו שאין אחיו קיים, ויש חולקין במלקות כמו שבארנו בראשון של מכות.

ומקודם שנדון בדברי המאירי בדרכו ליישב את דברי הרמב"ם עלינו לעמוד על מקורו של זה הדין שאין העדים נעשים זוממים רק בזמם ולא בעשה, כמו שגלמד דין זה בגמ'.

הנה לפי מה שמבואר בראשונים זה הדין נלמד ממה שנאמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו ודרשינן כאשר "זמם" ולא כאשר "עשה". כן כתב הרמב"ם פ"כ מה' עדות שהבאנו באות א': נהרג זה שהעידו עליו ואח"כ הוזמו אין נהרגין מן הדין שנאמר כאשר זמם לעשות ועדיין לא עשה. וכן כתב רש"י מכות ב, ב ד"ה ומה הסוקל אינו נסקל: עדים שלא הוזמו עד שנהרג הנדון ואח"כ הוזמו אין נהרגין כדאמרינן בפרקין (דף ה:): הרגו אין נהרגין דכתיב כאשר זמם ולא כאשר עשה. וכן כתבו התוס' ב"ק ד, ב ד"ה ועדים, ושאר ראשונים. אמנם בהמשנה במכות ה, ב שהבאנו בתשובת החכמים להצדוקים מבואר הטעם משום שנאמר ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו והרי אחיו קיים. אלא שמהברייתא דתנא בריבי הרגו אין נהרגין, והקושיא שהקשה לו אביו לאו ק"ו הוא, והתשובה שהשיבו בריבי שאין

עונשין מן הדין, מוכח שתשובת החכמים להצדוקים אינה קיימת לפי האמת, דאל"ה לא שייך ק"ו, ולמה צריך בריבי להשיב לאביו שהוא משום שאין עונשין מן הדין, הרי יש לנו מקרא מפורש כאשר זמם לעשות לאחיו, ובעינן אחיו קיים, ובע"כ דתשובה זו שהשיבו החכמים להצדוקים דבעינן אחיו קיים לא היתה אלא לדחות להצדוקים לפי דבריהם דלא ס"ל הטעם שאין עונשין מן הדין, או משום דלא ס"ל להצדוקים כלל הא דאין עונשין מן הדין כמאן דס"ל כן בסנהדרין כד, א, או דבמקום זה שאינו אלא גילוי מילתא בעלמא עונשין גם מן הדין אף למ"ד שאין עונשין מן הדין, כדאיתא בסנהדרין עו, א, ועי' בפ"י כאן שכתב כן שכאן אינו אלא גילוי מילתא בעלמא, וע"כ לפי דעת הצדוקים שאינם סוברים הטעם שאין עונשין מן הדין דחו חכמים דבריהם מקרא דלאחיו והרי אחיו קיים, אבל לפי האמת הטעם הוא כמו שאמר בריבי משום שאין עונשין מן הדין, ומקרא דלאחיו אפשר שאליבא דאמת ליכא למילף כלל, דלאחיו לא משמע דוקא כשאחיו קיים, וכמו שכבר כתב הריטב"א כאן ז"ל: לאו דנפקא לן מדכתיב לאחיו, דהא ודאי שפיר מקרי אחיו אפילו לאחר מיתה וכדכתיב להקים לאחיו שם בישראל^א), וכתיב קרבו שאו את אחיכם, ובגמרא לא נפקא לן דהרגו אין נהרגין אלא מדכתיב כאשר זמם ושאין עונשין מן הדין כו', אלא הכא לרווחא דמילתא נקטו רבנן ועדיין אחיו קיים ואע"ג דלא נפקו להו מאחיו, וא"כ יש לומר שלפי האמת הטעם הוא משום דאין עונשין מן הדין וכמו שכתב הריטב"א^א), ומדברי הרמב"ם שכתב: נהרג זה שהעידו עליו ואחר כך הוזמו אינן נהרגין מן הדין שנאמר כאשר זמם לעשות ועדיין לא עשה, מוכח שהילפותא מלאחיו ועדיין אחיו קיים אינה קיימת לפי האמת וכדברי הריטב"א, וצריך לומר שחזר בו בחיבורו ממה שהביא ילפותא זו בפיה"מ, עי' בהערה ט', אך גם זה צריך לומר בדברי הרמב"ם ובמה שאמרו הראשונים שאנו לומדים דין זה מכאשר זמם ולא כאשר עשה שזה לא הוי כמיעוט, דא"כ למה בעי בריבי

(8) ועיין ברש"ש סנהדרין י, א ד"ה א"ק כו' שכתב: משמע דלאחר מיתה לא נקרא תו אח, וכן במכות (ה, ב) כו' ותימה דביבמות (נה, ב) אמרי' דלאחר מיתה נמי איקרי שארו כו', והרי שם כתיב ג"כ אח כו', ונ"ל ליישב דאח מתמת קורבה שהוא בן אביו או בן אמו ודאי נקרא אח אף לאחר מיתה, אבל אחיך דהכא הוא מפני שאחיו הוא במצות כו' וכיון דמת נעשה חפשי מה"מ שוב איננו אח, ולפי דברי הרש"ש נידחים דברי הריטב"א כאן.

(9) והרמב"ם בפיה"מ כתב: כשנהרג אותו שהעידו עליו ואתר מותו הוזמו העדים לא ינהרגו כמו שנאמר כאשר זמם לעשות לאחיו ועדיין אחיו קיים, סובר שם הרמב"ם שלא כהריטב"א, אלא שטעם הדין הוא משום הדרשה דלאחיו ועדיין אחיו קיים, אלא שיש לעיין אם לא חזר בו בחיבורו ממה שכתב בפיה"מ וכמו שיתבאר.

לטעם זאין עונשין מן הדין, הלא בלא"ה לא קשה קושית אביו, ואין ללמוד מק"ו, כיון שיש לנו ע"ז מיעוט מפורש שמיעטה התורה שרק בזמם חייב ולא בעשה, ובע"כ צ"ל לא דנתמעט עשה מכאשר זמם, אלא דכיון דכתיב זמם אין אנו יודעים דין זה על עשה, וא"כ שפיר הקשה אביו של בריבי דנלמוד דין זה בעשה מק"ו, והוצרך בריבי להשיבו דאין ללמוד דין זה מק"ו משום דאין עונשין מן הדין.

והמאירי שהבאנו כתב גם בדעת הרמב"ם בחיבורו שטובר שכאשר זמם ולא כאשר עשה אינו אלא בהרגו שאין אחיו קיים, וצ"ל לדבריו שמה שכתב הרמב"ם בחיבורו שנאמר כאשר זמם לעשות ועדיין לא עשה, אינו עיקר הטעם אלא שמביא רק דין זה שמה שנאמר כאשר זמם לעשות אינו אלא כשעדיין לא עשה, אבל מכיון שכתב שדין זה אינו אלא בהרגו ולא במלקות וממון, בע"כ עיקר הטעם הוא משום דילפינן מלאחיו דבעינן אחיו קיים, כמו שכתב בפיה"מ, ולפיכך במלקות וממון דשפיר הוי אחיו קיים ישנו להדין של כאשר זמם אף כשכבר עשו, ולקה זה שהעידו עליו, וכן אם יצא הממון מיד זה ליד זה בעדותן [והרדב"ז הפ"י ומהר"ץ חיות כווננו לדברי המאירי בדעת הרמב"ם].

אמנם אם באנו ליישב דברי הרמב"ם בדרכו של המאירי ממקור הילפותא של דין זה של כאשר זמם ולא כאשר עשה היה נראה לומר דרך אחר בזה המתאים יותר עם דבריו שכתב בחיבורו.

הרמב"ם אחר שהביא דין זה הוסיף לומר: ודבר זה מפי הקבלה, וכדבריו כתב גם החינוך, במצוה תקכ"ד, ז"ל: ואם הוציא בעדותן ממון מחזירין ב"ד הממון לבעליו ומשלמין העדים כסך הממון שחשבו להפסידו, אבל בדיני נפשות אינו כן שאם נהרג אחד על פיהם והוזמו אח"כ אינן נהרגין שכן באה הקבלה לא הרגו נהרגין הרגו אין נהרגין.

וכן כתב המאירי למכות, במשנה הראשונה ד' ט' ד"ה זה, ז"ל: זה שאמרו בעדים זוממין שאם הרגו אין נהרגין שנמצאים מחמירין בהם כשלא הרגו יותר מכשהרגו, קבלה היא ואין לנו טעם.

ולכאורה קשה ע"ז שכתב הרמב"ם ואחריו החינוך והמאירי שדבר זה מפי הקבלה, הלא יש לנו ע"ז שתי ילפותות בגמרא.

אשר כנראה שהם סוברים שכאן אין לנו דרשה גמורה ע"ז הדין לא מכאשר זמם ולא מקרא דלאחיו, משום דעל הילפותא מקרא דכאשר זמם

ובצירוף דברי בריבי משום דאין עונשין מן הדין, יש לדון, שבמקום שאינו אלא גילוי מילתא בעלמא עונשין גם מן הדין, וכאן אינו אלא גילוי מילתא בעלמא וכמו שכתב הפ"י, ועל הילפותא מלאחיו והרי אחיו קיים יש לדון כדברי הריטב"א דמצינו לאחיו גם כשאין אחיו קיים, ולפיכך סוברים שכאן הדרשות אינן אלא כאסמכתא בעלמא רמו להקבלה שנתקבלה, אבל עיקר דבר זה מפי הקבלה הוא, והוא כהחלק הראשון שכתב הרמב"ם בהקדמתו לפיה"מ בסדר זרעים: פירושים מקובלים מפי משה ויש להם רמז בכתוב. וכל הדרשות בזה אינן אלא כרמו אל הקבלה המקובלת מפי משה שכשהרגו אין נהרגין.

והנה הראב"ד בהשגתו על הרמב"ם כתב: נהרג זה שהעידו עליו וכו' א"א שבוש הוא זה. והכס"מ שהבאנו שמפרש שהראב"ד כוון להשיג על סוף הבבא של הרמב"ם, לענין מלקות, כתב: וכנראה שלזה כיון הראב"ד כו' ואע"פ שתפס בנהרג זה שהעידו עליו תחלת הבבא נקט. אכן המגדל עת שם כתב: לא ידעתי במה תלה השבוש אם במה שאמר מפי הקבלה כו' עי"ש. ומכיון שהשגת הראב"ד היא סתומה ונקט תחלת הבבא של נהרג זה שהעידו עליו, לדברינו אפשר לומר כספיקו של המגדל עוז שהשגתו היתה על תחילת הבבא על מה שאמר, ודבר זה מפי הקבלה. ונראה דזהו שמשיג הראב"ד על תחילת הבבא לענין, נהרג זה שהעידו עליו כו' אינן נהרגין כו' ודבר זה מפי הקבלה, ע"ז משיג הראב"ד ששבוש הוא זה, פירוש, מה שאמר שדבר זה הוא מפי הקבלה, כי סובר הראב"ד שהדרשות הן דרשות גמורות ולא כרמו ואסמכתא בעלמא ועיקר הדין נלמד מהדרשות. אמנם הרמב"ם סובר שהדרשות אינן דרשות גמורות מטעם שכתבנו לפיכך כתב שעיקר דבר זה הוא מפי הקבלה ורק יש לה להקבלה סמך מקרא על דרך הרמו והאסמכתא.

ומזה יצא לנו דרך ליישב שיטת הרמב"ם המחודשה לענין מלקות דלא שייך בזה הדין של כאשר זמם ולא כאשר עשה, ונבין גם מה שכתב הראב"ד בהשגתו "וכו' " מפני שגם בסוף הבבא חלק עליו, אך המחלוקת שחלק עליו על סוף הבבא תלויה במחלוקתם בתחילת הבבא, ולפיכך העמיד השגתו על תחילת הבבא וכתב "וכו' " על סוף הבבא.

ונראה שזה שכתב הרמב"ם: אבל אם לקה זה שהעידו עליו לוקין, דבריו אלו הם כהמשך וכמסקנא מתחילת דבריו שכתב שדבר זה, שהרגו אין נהרגין, היא מפי הקבלה, דמאחר שעיקר דין זה היא מפי הקבלה ולא נלמד

מן הדרשות, והדרשות הן רק סמך ורמז אל הקבלה, צריך לדעת בעיקר הקבלה על איזה דבר נתקבלה, אם היא נתקבלה רק לענין מיתה שכשהרגו אין נהרגין או גם על שאר דברים כמלקות וממון. וכבר כתב המאירי במכות שם: שלא הוזכרה דרשה זו בכל התלמוד אלא לענין הרגו. ובין בהמשנה ובין בהברייתא דתנא בריבי לא מצינו דין זה של כאשר זמם ולא כאשר עשה אלא לענין מיתה, ומזה למד הרמב"ם שהקבלה לא היתה רק לענין מיתה שהרגו אין נהרגין ולא לענין מלקות וממון, ומאחר שכך היתה הקבלה אל לנו לחפש אחר טעמים וסברות לחלק בין מיתה לבין ממון ומלקות, דכיון שכך היתה הקבלה נקבל את הקבלה בלי טעם וסברא לחלק בין מיתה לשאר דברים, וכיון שהקבלה על דין זה שרק בזמם חייב ולא בעשה היא רק על זמם לחייב מיתה ולא על זמם לחייב ממון ומלקות וגלות, אין למידין מן ההלכות, כדאיתא בירושלמי פאה, פ"ב ה"ד.

ומזה הטעם נובע שיטת הרמב"ם לענין מלקות וממון ושיטת רש"י לענין גלות דלא נאמר בהם הדין של כאשר זמם ולא כאשר עשה, ולפיכך פסק הרמב"ם לענין מלקות שאף כשלקה זה שהעידו עליו לוקין, ולענין ממון אם יצא הממון מיד זה ליד זה בעדותן שמשלמין לו. ורש"י לא פי' על חייבי מלקיות מנין חייבי גליות מנין על הדין של כאשר זמם ולא כאשר עשה השנוי בברייתא אלא שעל דין השנוי במשנה הוא חוזר, משום דהדין השנוי בברייתא לא נשנה אלא על מיתה כמו שמוכח מגוף לשון הברייתא שלא נקטה דין זה אלא על הרגו שאין נהרגין ולא נקטה לקה אין לוקין גלה אין גולין, וכמו שכתב המאירי שלא הוזכרה דרשה זו בכל התלמוד אלא לענין הרגו, והוא משום דכך היתה הקבלה שכל עיקר הדין נובע ממנה שבמיתה אנו אומרים כאשר זמם ולא כאשר עשה ובשאר דברים אנו אומרים דין הזמה גם בכאשר עשה. דמכיון שכל הדין הוא קבלה בלי טעם וסברא גם על החילוק בין הענינים שדין זה נאמר עליהם אין לנו צורך לטעם וסברא. והשגת הראב"ד היא על כל דברי הרמב"ם בין על תחילת הבבא שכתב שדבר זה הוא מפי הקבלה בין על סוף הבבא שמחלק משום זה בין הענינים שנאמר בהם הדין של כאשר זמם ולא כאשר עשה, וסובר הראב"ד שהדרשה של כאשר זמם ולא כאשר עשה בצירוף הטעם של בריבי, שאין עונשין מן הדין היא דרשה גמורה, וא"כ זה שייך גם על מלקות וגלות, ויפרש דברי הגמ' חייבי מלקיות מנין חייבי גליות מנין שהם מוסבים על דברי הברייתא של בריבי כפירושו של הר"ח שהבאנו, ולפיכך כתב שבוש הוא זה, פירוש שהשיג בין על מה שאמר שדבר זה מפי הקבלה, "וכו'" בין על מה שנובע

ממה שאמר זה, לחלק בין מיתה למלקות וממון, אבל הראב"ד שחולק על תחילת הבבא חולק גם על סוף הבבא ואינו מחלק בין מיתה למלקות וממון.

וולדרכו של המאירי בב"ק ביישוב דעת הרמב"ם, וכן לדברינו שהלכנו בדרכו, צריך לומר שמה שכתב הרמב"ם גבי ממון, שאם יצא הממון מיד זה ליד זה בעדותן חוזר לבעליו ומשלמין לו, לא כתב הרמב"ם הך דינא דהממון חוזר כטעם ע"ז שלא אמרינן בממון כאשר עשה משום דאפשר בחזרה כמו שהבין הגר"ח ז"ל, דלפי מה שנתבאר הלא סובר הרמב"ם שכל הדין של כאשר עשה לא נאמר אלא לענין מיתה ולא לענין דברים אחרים, — ואף מרן הגר"ח ז"ל היה חוכך אם הרמב"ם כוון אל הטעם של התוס', משום דאפשר בחזרה, וכמו שכתב "כפי הנראה", וכנראה שלא היה ברור אצלו אם הרמב"ם כוון לזה — אלא נראה שכונת הרמב"ם היא שכל הדין שישלמו מדין עדים זוממין לא שייך אלא כשהממון חוזר, דאל"כ חייבין לא מדין עדים זוממין אלא מדין מזיק דהוי גרמי וכדעת הרמב"ן, עי' רמב"ן מכות ב, ב בד"ה תדע ובד"ה רעק"א ובקונטרס דינא דגרמי, — ואף שהרמב"ן דייק מדעת הרמב"ם שגם בזה פטור במודה, והיינו בע"כ משום דסובר דאף בא"א להחזיר אין החיוב מטעם גרמי אלא מטעם עדים זוממין, בכל זאת כיון שיש מקום לומר כהרמב"ן כתב דמחזירין הממון שאז בודאי החיוב הוא משום עדים זוממין, — ולפיכך כשרצה לומר שבממון אף בנעשה המעשה ויצא הממון מיד זה ליד זה מתקיים הדין דכאשר זמם, הוצרך לומר שהממון חוזר, ואז חייבים רק משום כאשר זמם, אבל אילו לא היה הממון חוזר אין צריכים לדין הזמה אלא יש כאן דין מזיק מטעם גרמי.

ובדרך זה יש מקום ליישב גם דברי המאירי במכות שהבאנו בסוף אות ג', ולומר שלא כוון להביא דברי התוס' בב"ק כטעם ע"ז שגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה, כיון שגם במלקות סובר שאמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה, ע"כ דלא בעינן הטעם של אפשר בחזרה בממון, אלא כוונתו ככוונת הרמב"ם שבלא זה לא היו חייבין מדין עדים זוממין דוקא אלא גם מדין גרמי כדעת הרמב"ן, וצריך להיות שם בדבריו לא "שכל שאפשר בחזרה", דמשמע שהוא נתינת טעם, אלא "כל שאפשר בחזרה" כספקו של המהדיר שם, אלא שהמהדיר נשאר שם בקושיא מאי אשמועינן בזה עי"ש, ולדברינו דבריו מתבארים כדברי הרמב"ם, שמשום שאפשר בחזרה בעינן לחיוב העדים דין עדים זוממין, אבל לולא זאת היו חייבין בלי זה מטעם גרמי].

