

Baba Kama Sources 13

תוספות רי"ד מסכת בבא קמא דף ד עמוד ב

(ד) והמנסך כתב המורה ליכא. למימר שעירבו בין נסך דלא קא חסרי' ולא מידי דהא מזבין ליה כוליה בר מדמי יין נסך. ואינו נראה לי דמדמע נמי מזבן לכהנים. אלא פסידא הוא דכהנים מזלזלי וזבני ה"נ עכו"ם מזלזלי וזבני ובפ' הניזקין פליגי ביה רב ושמואל. דרב אמר מנסך ממש ושמואל אמר מערב והתם מפרש טעמייהו:

תלמוד בבלי מסכת גיטין דף נב עמוד ב

מתני'. המטמא, והמדמע, והמנסך, בשוגג - פטור, במזיד - חייב. גמ'. איתמר: מנסך - רב אמר: מנסך ממש, ושמואל אמר: מערב. מ"ד מערב, מ"ט לא אמר מנסך? אמר לך: מנסך קם ליה בדרכה מיניה. ואידך? כדרכי ירמיה, דא"ר ירמיה: משעת הגבהה הוא דקנה, מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך. ולמאן דאמר מנסך, מ"ט לא אמר מערב? אמר לך: מערב היינו מדמע. ואידך? קנסא הוא, ומקנסא לא ילפינן.

רש"י מסכת גיטין דף נב עמוד ב

מתני'. המטמא - טהרותיו של חברו כגון תרומה. והמדמע - תרומה בחולין של חברו ומפסידו שאוסרו לזרים וצריך למוכרו לכהנים בזול. והמנסך - יין חברו בגמרא מפרש לה. בשוגג פטור כו' - בגמרא אמר טעמא. פטור - מתשלומין.

גמ'. מנסך ממש - שכשך בידו לתוכו לשם ע"ז וכך היתה עבודתו. מערב - יין נסך בין כשר של חברו ואסרו בהנאה. קם ליה בדרכה מיניה - לא מצי למיתני במתניתין אמזיד חייב בתשלומין דהא עובד כוכבים הוה ונסקל. דאגבהה - ע"מ לגזלו. היינו מדמע - שמערב בהיתר דבר האוסרו וכיון דשמעינן דקנסוהו רבנן ה"ה דילפי' מיניה למנסך ולא אצטריך למתנייה אבל השתא דמנסך ממש איצטריך למתנייה דלא תימא קם ליה בדרכה מיניה ופטור. [קנסא הוא] - מטמע ומדמע דבמזיד חייב קנסא הוא דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק. וקנסא מקנסא לא ילפינן - דהא לאו דינא הוא והיכא דקנסו קנסו והיכא דלא קנסו לא קנסו ולהכי אצטריך מנסך.

תלמוד בבלי מסכת עבודה זרה דף עד עמוד א

מתני'. יין נסך שנפל לבור - כולו אסור בהנאה; רשב"ג אומר: ימכר כולו לעובד כוכבים חוץ מדמי י"נ שבו. גמ'. אמר רב: הלכה כרשב"ג חבית בחביות, אבל לא יין ביין; ושמואל אמר: אפי' יין ביין. וכן אמר רבב"ח א"ר יוחנן: אפי' יין ביין. וכן א"ר שמואל בר נתן א"ר חנינא: אפי' יין ביין. וכן א"ר נחמן אמר רבה בר אבוא: אפי' יין ביין. א"ר נחמן, הלכה למעשה: י"נ - יין ביין אסור, חבית בחבית מותר, סתם יין - אפי' יין ביין מותר.

מהרש"א חידושי הלכות מסכת בבא קמא דף ד עמוד ב

בפרש"י בד"ה ומנסך יין לעבודת כוכבים כו' ליכא למימר שנסכו בי"נ שזרק בו דלא קמחסריה כו' עכ"ל צ"ע לפירושו דהא איכא מאן דמפרש לה מערב ומ"ד נמי מנסך ממש היינו משום דאל"כ היינו מדמע ויש ליישב בדוחק דה"ק דלא קחסרי' ממש אלא דצריך למוכרו יותר בזול לעובד כוכבים וא"כ היינו מדמע ודו"ק:

רשימות שיעורים (רי"ד סולובייצ'יק) מסכת בבא קמא דף ד עמוד ב

רש"י ד"ה ומנסך. ז"ל ומנסך את היין ליכא למימר שניסכו ביין נסך שזרק בו דלא קמחסריה ולא מידי דהא מזבין ליה בר מדמי יין נסך שבו עכ"ל. דברי רש"י דורשים עיון: מה לי אם מכרו חוץ מדמי י"נ שבו, סוכ"ס הפסידו ממון, כי לא יקנהו ישראל אלא העכו"ם יקנהו בזול והרי פחתו מדמיו. ועלינו לעיין בגוף המחלוקת דהיזק שאינו ניכר אם שמיה היזק או לא שמיה היזק - דמאחר שהפסיד דמים לניזק למה לא ישלם המזיק עבור היזק שאינו ניכר.

וביאר הגר"ח זצ"ל שהחיוב של מזיק ממון אינו מתהווה משום שהפסיד לחבירו ממון כי אם משום ההיזק שעשה בגוף החפץ הניזק, דהיינו ההיזק השחית את הדבר הניזק ומשו"ה נתחייב המזיק לשלם דמים תחת החפצא הניזק. כבר הובא למעלה בשיעורים (לדף ג. תוס' ד"ה הא מכליא קרנא) שבכך מוסברת שיטת הרמב"ם (בפ"ה מהל' טוען ונטען הל"ב) שהמודה במקצת נזק של קרקע פטור משבועה משום שדמי קרקע כקרקע דמי. הרמב"ם סובר שעיקר החיוב של המזיק הוא להחזיר את החפץ הניזק למצבו הראשון כפי שהיה קודם שהוזק. הדמים הם חליפי החפצא, ולכך דמי נזק קרקע הם כקרקע שכן הדמים באים תחת הקרקע שהוזקה. יוצא שרק אם הוזק גוף החפצא יתחייב המזיק להחזיר את החפץ למצבו הראשון. אמנם כשלא הוזק גוף החפצא אלא שהבעלים הפסידו ממון לא יחול חיוב נזקין.

לאור האמור מבוארת גם המחלוקת ביחס להיזק שאינו ניכר אם שמיה היזק או לא. הסוגיא דגיטין (דף נב ב) מביאה ראייה לדין מזיק מגזילה וז"ל מתיב רב פפא גזל מטבע ונפסל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמיה היזק האי גזלן הוא ממונא מעליא בעי שלומי, תיובתא עכ"ל. לפום ריהטא תיובתת רב פפא מתמיהה כי אפילו נאמר שהיזק שאינו ניכר שמיה היזק זה נוגע לכאורה רק לחיוב המזיק עבור הפסד ממון הניזק, אבל בהשבת גזילה מאחר ולא נשתנה גוף החפץ למה לא יוכל לטעון הרי שלך לפניך. מכאן מוכרח שלדעת הסובר היזק שאינו ניכר שמיה היזק חל שנוי בגוף החפץ וחפץ הניזק הואיל ואינו אותו דבר שהיה לפני ההיזק אינו ראוי להשבה. היזק שאינו ניכר שמיה היזק נוגע לדין השבת גזלה כשם שהוא נוגע לדיני מזיק. אף במזיק, אין המחייב הפסד ממון הבעלים בעלמא כי אם איבוד החפץ. אליבא דמ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק השתנה החפץ שהוזק ולפיכך חייב המזיק לשלם.

מסתבר לפי"ז שאפי' ננקוט שהיזק שאינו ניכר שמיה היזק היינו רק כשחל שם פסול או שם איסור בעצם הדבר הניזק וכפי שהוא חל בניסוך היין ובטומאת תרומה שחל שם פסול בחפצא עצמו שנשתנה מחמתו לדבר אחר. ואילו הפסד ממון בעלמא בלי חלות פסול בעצם דבר הניזק לכ"ע אינו נזק כלל⁶².

בכך מבוארים דברי רש"י שהבדיל בין מנסך יין בידים ממש לבין מערב י"נ ביין חבירו. במנסך יין נסך ממש חל שם פסול ואיסור של י"נ בעצם היין ובכך משתנה גוף היין ממצבו הראשון ויש חלות נזק המחייבת בתשלומין. במערב י"נ ביין של היתר לעומת זאת לא חל שם פסול ואיסור בגופו של היין של היתר אלא שמחמת מציאות התערובת ביין נסך א"א לישראל לשתותו ולכן בעליו הפסידו ממון. אמנם מכיון דלא חל שם פסול ואיסור בגופו של היין ליכא חיוב נזק.⁶³

אך קשה על פרש"י ממדמע שחייב אף שיש רק תערובת חולין עם תרומה ומ"ש מתערובת יין ביין נסך. ונראה שרש"י סובר שבמדומע חל שם איסור גם על גוף החולין שבתערובת ולכן נחשב המדמע למזיק. סימוכין לכך ממצות חלה (עי' פרק ג' ממס' חלה משנה ב') שיש מפרשים שמדומע פטור מן החלה אפילו מצוי שיעור כדי חיוב חלה בחולין שבתערובת (שלא כר"ש בפ"א משנה ד' שם במס' חלה).⁶⁴ הרי שדין המדומע חל על כל התערובת - כולל החולין שבה. מאידך ביי"נ היין של היתר שבתערובת נשאר בהתירו אך אסור לשתותו מחמת י"נ שבו. ובכן המערב י"נ ביין היתר אינו מזיק ואילו המדמע תרומה בחולין הוא מזיק.

אמנם דברי הגמ' בגיטין (נב ב - נג א) עומדים בסתירה לכל הנ"ל שכן לשונם שם: ולמאן דאמר מנסך מ"ט לא אמר מערב, אמר לך מערב היינו מדמע, ואידך קנסא הוא ומקנסא לא ילפינן וכו' עכ"ל. הנה מפורש דלמ"ד מנסך הוא מנסך ממש בידים, המערב י"נ ביין בכלל המדמע וכשם שהמדמע חייב כן המערב י"נ ביין שלא כרש"י לפנינו.

ויתכן ששיטת רש"י כאן תלויה במחלוקת בין ת"ק ורשב"ג במשנה (עי' בע"ז דף עד א) ז"ל יין נסך שנפל לבור כולו אסור בהנאה רשב"ג אומר ימכר כולו לעכו"ם חוץ מדמי י"נ שבו עכ"ל. אליבא דת"ק חל שם איסור אף על היין של היתר שבתערובת עם י"נ ואילו לרשב"ג היין של היתר נשאר בהתירו. לאור זה י"ל שפרש"י בסוגיא הוא כרשב"ג שלא חל איסור על גוף היין של היתר. מאידך הסוגיא בגיטין היא אליבא דחכמים שאף היין של היתר הפך להיות אסור בהנאה ומאחר שהמערב החיל שם איסור על גופו של היתר חל דין היזק שאינו ניכר וחייב.

ובכך מובן מה שאמרו בסוגית הגמ' גיטין הנ"ל דקנסא מקנסא לא ילפינן. אילו היה החיוב בהיזק שאינו ניכר משום הפסד ממון דעלמא מה נ"מ בין איסור זה או אחר. אולם הואיל והמחייב הוא חלות שם האיסור ופסול החל בגוף החפצא ניתן להבחין בין פסול אחד לשני שרק בפסול זה ישלם קנס ולא בפסול אחר. ועיין בראב"ד (פ"ז מהל' חובל ומזיק הל"ד)

שפסק דלמ"ד היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק לא קנסו את העושה מלאכה בפרת חטאת לשלם בידי אדם וז"ל וטעמא דמילתא משום דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו הוא מתכוין משו"ה לא קנסו בו מזיד עכ"ל. אך זה שייך רק אם המחייב אינו הפסד הממון כשלעצמו אלא שם הפסול בגופו של הדבר הניזק ובשם של פסול פרת חטאת לא קנסו, דקנסו כל שם ושם פסול בעצמו, ודו"ק.

(ב) והנה עד עכשיו נקטנו כהגר"ח זצ"ל שהחסרון בהיזק שאינו ניכר הוא שלא נתקלקל גופו של החפצא שהוזק. אמנם עי' ברש"י במס' גיטין (דף נג א ד"ה שמיה היזק) שכל וז"ל ובהיזק לא חילקה תורה כשהוא בא בידי אדם עצמו בין שוגג למזיד וכו' עכ"ל. ומשמע קצת מלשונו דהחסרון בהיזק שאינו ניכר הוא במעשה הנזק שאינו בא בידי אדם עצמו ומשום שהוא רק גרם את ההיזק ע"י הטלת פסול ופטור מדין גרמא בניזקין. אך כ' שם עוד ברש"י (ד"ה היזק שאינו ניכר) וז"ל שלא נשתנו מכמות שהיו עכ"ל. ומפורש ברש"י האחרון שהחסרון הוי שהחפצא לא נשתנה, וכמו שכתבנו.⁶⁵

וכן מבואר בדברי הרמב"ם, שהחסרון בהיזק שאינו ניכר הוא שלא נשתנה החפץ וכמו שכתב בפ"ז מהל' חובל ומזיק (הל"א) וז"ל המזיק ממון חבירו היזק שאינו ניכר, הואיל ולא נשתנה הדבר ולא נפסדה צורתו הרי זה פטור מן התשלומין דין תורה עכ"ל. ועוד הכרח לזה נמצא ברמב"ם מהא דהביא הל' זו לפני שהביא דיני גרמא וגרמי (עיין שם בסדר הרמב"ם), ומוכח שהוא סובר שהיזק שא"נ אינו תלוי בידי גרמא בניזקין. בגרמא יש חסרון במעשה המזיק ואילו בהיזק שא"נ יש חסרון מצד החפצא שהוזק.

והנה בקונטרס דגרמי דן הרמב"ן האם גידול כלאים בכרמו של חבירו חשוב היזק ניכר או היזק שאינו ניכר, והרמב"ן טוען שהערבוביא קובע הכלאים להיות היזק ניכר. מאידך לפי הרמב"ם לכאורה יוצא אחרת ושכלאים אינו היזק ניכר שכן לפי הרמב"ם יש בהיזק ניכר שינוי בגוף החפצא מאחר שמתקלקלת צורתו, ושינוי כזה הרי חסר בכלאים ובכך הול"ל היזק שאינו ניכר. ובתוס' לקמן (דף ק ב ד"ה חייב כו') כתבו כרמב"ן שכלאים הוי היזק ניכר, "שהרי ניכר שהוא כלאים כשרואה הגפנים בשדה".

(ג) בנוגע ליסוד הגר"ח, דמזיק תלוי בהפסד צורת החפצא, לכאורה קשה ממה שהלוקח ממון חבירו וזרקו לים ונאבד שהוא חייב, ואינו חייב מדין גנב אלא מדין מזיק (עי' בסוגיא לקמן דף צח. ובתוס' שם ד"ה עכורין וברמב"ם פ"ז מהל' חובל ומזיק הל' י"א), והרי אין בכך השחתת חפץ. ויתכן שההל' דבעינן השחתת חפץ להתחייב בתורת מזיק חלה רק במקום שאין נטילת ממון. מאידך כשיש נטילת ממון לא בעינן הפסד צורת החפץ וחייב מדין מזיק. והנה בתוס' למס' גיטין (דף נג א ד"ה שלא יהא) הקשו למה דין שטימא את הטהור חייב והא הו"ל היזק שא"נ וז"ל הקשה ה"ר אפרים הא דתנן בפרק עד כמה דן את הדין טימא את הטהור מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואמאי הוא שוגג הוא וכו' אבל למאן דמוקי אפי' כרבנן ובנגע בהו שרץ קשה לר' יוחנן אמאי חייב וכו' עכ"ל. ונראה שלפי דברינו יתכן לתרץ את קושייתם שהרי בדין את הדין וטימא את הטהור יש נטילת ממון ע"י הדין ולכן חייב ואעפ"י שלא הפסיד את צורת החפץ.

(ד) יל"ע בקנס של היזק שאינו ניכר האם דין הקנס הוא שחייבוהו מדרבנן לשלם מדין מזיק או שהוא חיוב תשלומין בפני עצמו. וממה שנמנו בברייתא עם יתר אבות הנזקין לשלם ממיטב מוכח שהוא מחיובי מזיק מדרבנן. ודין המזיק אינו משום שהפסיד ממון חבירו בעלמא אלא משום שהזיקו ע"י שהטיל שם פסול בחפצא. מאידך ממה שישירשי מזיק היזק שא"נ פטורים מלשלם יש ראייה הפוכה כי משמע שאינו מדין מזיק דעלמא אלא קנס וחלות חיוב מיוחד (עי' במס' גיטין דף מד ב) וברמב"ם פ"ז מהל' מזיק הל"ג).

שיטה מקובצת מסכת בבא קמא דף ד עמוד ב

עדים זוממים. ודוקא כשהוזמו ועדיין לא שילם מי שהעידו שעדות שקר העידו אינן נאמנין ותגמר עדותן כאלו לא הוודו ואותו לעשות ולא שכבר עשה ואם יודו מעצמן אחר שהעידו שעדות שקר העידו אינן נאמנין ותגמר עדותן כאלו לא הוודו ואותו ראובן שהעידו עליו ישלם המאיתים זוז דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והם אינן משלמים לו דמודה בקנס פטור למאן דאמר עדים זוממים קנסא הוא ולמאן דאמר ממונא הוא משלמין הם לו מאתיים זוז והוא אינו משלם כלום. רבי יהונתן ז"ל.

חידושי הרשב"א מסכת בבא קמא דף ה עמוד א

עדים זוממין דממונא הוא ליתני. דאפי' לא שלם קרי ליה ממונא משום דאתו לאפסודי ממונא, ומיהו בתוספות אמרו משמו של ריב"א ז"ל שמשלמין אף על פי ששלם על פיהו ולא קרינא ביה כאשר זמם ולא כאשר עשה כיון שבידו להחזיר הממון, עוד אמרו בתוס' דבממון לא אמרינן ולא כאשר עשה דק"ו הוא דאפי' לגבי נפשות הוה אמר' הכי אי לאו דאין עונשין מן הדין כדאיתא בפ"ק דמכות ולגבי ממון עונשין מן הדין, וכ"כ ר"ח ז"ל במכות וכן דעת הרמב"ן ז"ל בפ"ק דמכות.

רמב"ם הלכות עדות פרק כ הלכה ב

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. +/השגת הראב"ד/ נהרג זה שהעידו עליו וכו'. א"א שבוש הוא זה. +

רדב"ז הלכות עדות פרק כ הלכה ב

[ב] נהרג זה שהעידו עליו וכו'. כתב הראב"ד ז"ל שיבוש הוא זה ע"כ. נראה שכוונתו להשיג על רבינו במ"ש זה והא ודאי ליתא דלמאי הלכתא יקבלו הזמה כאשר זמם ולא כאשר עשה אמר רחמנא. ואם זו היא קושיתו איכא לתרוצי דנפקא מינה למפסולינהו ולמענשינהו. וזהו שכתב רבינו אינם נהרגים מן הדין אבל עונשים אחרים יש להם כפי ראות ב"ד. ועדיין צ"ע כיון שהרב לא ביאר טעמו: אבל אם לקה זה וכו'. וא"ת אי מקרא הא כתיב כאשר זמם ולא כאשר עשה ואי מק"ו הא אמרינן אין עונשין מדין ק"ו ומלקות עונש הוא והא דתנן מעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב מלקות ארבעים ונמצאו זוממין לוקין וכו' היינו כגון שעדיין לא לקה אבל אם לקה לעולם אימא לך דפטור ואפשר שזו היא השגתו של הראב"ד ז"ל. וי"ל דדרשינן מדכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו משמע שהרי עדיין אחיו קיים הילכך אם נהרג אין נהרגין אבל אם לקה לוקין שהרי קיים הוא אחיו וצריך תלמוד:

סוף משנה הלכות עדות פרק כ הלכה ב

[ב] נהרג זה שהעידו עליו וכו'. פ"ק דמכות (דף ה'): תניא ברבי אומר לא הרגו נהרגין הרגו אין נהרגין אמר לו אביו בני לאו ק"ו הוא א"ל למדתנו רבינו שאין עונשין מן הדין פירוש מק"ו. ופירוש דברי רבינו כך הם אינם נהרגים מק"ו דנימא השתא משום כאשר זמם מחייבין ליה משום כאשר עשה לא כ"ש אלא דוקא כאשר זמם הוא דחייב לא כאשר עשה ודבר זה שאין עונשין מן הדין מפי הקבלה הוא: אבל אם לקה זה שהעידו עליו לוקין וכן אם יצא הממון וכו'. צריך לבקש טעם מנין 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 שכך כך לי עשה כמו זמם וכן כתבו התוספות בריש ב"ק (דף ד'): ד"ה ועדים זוממים אהא דמני רבי חייא עדים זוממין בכ"ד אבות נזיקין וז"ל פי' ריב"א דאפילו שילם ע"פ עדים זוממין חייבין דלא שייך בממון כאשר זמם ולא כאשר עשה דאפשר בחזרה ור"י מפרש דלא צריך להאי טעמא דגבי ממון מחייבין להו בק"ו דגבי ממון עונשין מן הדין והא דאמרינן במכות הרגו אין נהרגין דהיינו משום דהתם אין עונשין מן הדין עכ"ל. ועוד כתב שם מ"מ אין סברא לחלק בין מלקות למיתה וכ"כ רבינו ירוחם בנ"ב ח"ז בשם רש"י וכנראה שלזה כיון הראב"ד שכתב שיבוש הוא זה ואף על פי שתפס בנהרג זה שהעידו עליו תחלת הבבא נקט ומיהו רבינו ירוחם כתב שכדברי רבינו נראה עיקר. ואפשר לתת טעם לדברי רבינו דלא אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה אלא היכא דהרגו על פיהם משום דגדול עונשם מנשוא אין ראוי לתת להם מיתה ב"ד שתכפר עליהם אלא ראוי להניחם שיהיו נדונין אחר מיתה בעונשים נוראים דוגמא לדבר נותן כל זרעו למולך שהוא פטור מה שאין לומר כן בהלוקו ע"פ עדותם. ועוד י"ל טעם אחר שמאחר שאלהים נצב בעדת אל אילולא שהיה חייב זה מיתה לא היה מניח הקדוש ברוך הוא שתאבד נפש אחת מישראל ומאחר שהניח הקדוש ברוך הוא לב"ד שיסכימו להרוג את זה ונהרג חייב מיתה היה הילכך אין לעדים משפט מות מה שאין לומר כן במלקות:

חידושי ר' חיים הלוי הלכות עדות פרק כ

הלכה ב

[ב] נהרג זה שהעידו עליו ואח"כ הוזמו אינן נהרגין וכו' אבל אם לקה זה שהעידו עליו לוקין עכ"ל. והראב"ד השיג על זה וכתב שלא כן הוא, וביאר הכסף משנה כוונתו דס"ל דמלקות שוה למיתה וגם במלקות אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה, ובאמת צ"ע, דהרי גם חיובא דעדים זוממין במלקות הא הוי מהך קרא דכאשר זמם

לעשות, ומאחר דדרשין כאשר זמם לעשות ולא עשה, א"כ מהיכי תיתי נחייב במלקות גם בעשה, ועיין בתוס' ב"ק דף ד' שכתבו לענין ממון דחייבין גם בעשה, או משום דבממון עונשין מן הדין או משום דממון איתיה בחזרה, אשר כל זה לא שייך במלקות, וז"ל הרמב"ם שם וכן אם יצא הממון מיד זה ליד זה בעדותן חוזר לבעליו ומשלמין לו עכ"ל, אשר זה שכתב הכא הך דינא דהממון חוזר הוא כפי הנראה טעמא דאפשר בחזרה, ומשמע דאי לאו הכי הוה אמרינן גם גבי ממון הך דרשא דזמם ולא עשה, וצ"ע מאי שנא דבמלקות ס"ל להרמב"ם דחייבין גם בעשה.

ונראה לומר, דהרי מצינו גבי מלקות דבעינן דוקא שילקה בפני ב"ד, וכדכתיב בקרא והפילו השופט והכהו לפניו, וכן הוא לשון הרמב"ם בפט"ז מה' סנהדרין הלכה ב' מלקין בזמן הזה בכל מקום מן התורה בפני שלשה סמוכין, ולישנא דבפני שלשה משמע דכולל גם זאת שהמלקות תהיה בפניהם דוקא, וכל עיקרה של מלקות קיומה הוא רק בפני ב"ד, וכדקי"ל דגם בכפיתה לחוד וברח מיפטר מקרא דונקלה אחיך לעיניך, וזה הרי פשיטא דלא שייך רק בב"ד, וכדין ונקלה כן דין של עצם המלקות, דתרווייהו חדא מילתא היא, וקרא דונקלה קאי גם על עצם המלקות, וכדדרשין כיון שלקה הרי הוא כאחריך, וסדר המלקות מבואר במכות דף כ"ג [ע"א] דאחד מהדיינין קורא והשני מונה והשלישי אומר הכהו, והיינו משום דהמלקות היא בפני ב"ד, ואם הלוקהו שלא בפני ב"ד אין זה מלקות כלל ולא מיפטר בהכי, ומגזירת הכתוב דוהפילו השופט והכהו לפניו, וכמו שנתבאר. ולפי זה נראה, 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 חשיבי ב"ד בזה, והולקה חוץ לב"ד, וא"כ הא איגלאי מילתא דמה שלקה אין בזה דין מלקות, ולא חשיב תו עשה, כיון דהויא 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, וא"כ אף על גב דאח"כ איגלאי מילתא דלא הוה מחוייב מיתה וממון, ואיגלאי מילתא גם זה דאין על המיתה דין מיתת ב"ד ואין על הממון דין תשלומין, אבל כל זה הוא רק משום דחסר לו החיוב של מיתה, ובזה הא איכא הגזירת הכתוב דמקרי עשה, דבהכי הא איירי קרא דזמם לעשות ולא עשה, דבכה"ג דעשה עפ"י עדות שקר מקרי עשה ומיפטר, משא"כ מלקות, דאית בה דין מסויים דגם הקיום ועשיית המלקות צריך להיות בפני ב"ד, א"כ בהוזמו הא נמצא דחסר מדין הקיום, דבטלה מדין מלקות, על כן שפיר ס"ל להרמב"ם, דכיון דלא מצינו על זה גזירת הכתוב שיהא נקרא עשה, על כן שוב הדר דינא דכיון דבטל מינה דין מלקות שוב לא הוי עשה כלל, והוי רק זמם לעשות ולא מיפטרי העדים. ונראה דגם בזה חלוק דין מלקות מדין מיתה וממון, דבמחוייבי ממון ומיתה אין החיוב אלא לחייבו בממון או במיתה, משא"כ במחוייבי מלקות עצם החיוב משוי לה להמלקות שתהא נחשבת מלקות, וכמו דחזינן דגם בכפתו וברח מפטר ממלקות, והיינו משום שכבר נתקיים בו ונקלה, וכן חזינן דאומדין אותו וכל שבשעת גמר דין לא היה יכול לקבל שוב מיפטר מהשאר לדעת הרמב"ם ואף בהבריא אח"כ, משום שכבר נפטר בהגמר דין של מקצת מלקות, וכן העדים זוממין לוקין כל המלקות, ואף על גב דזה שהעידו עליו לא היה יכול לקבל את כל המלקות, והיינו משום דשניהם שוין דדין מלקות עליהן, ולא איכפת לן מה שזה לוקה פחות וזה לוקה יותר, אבל מ"מ תרווייהו דין מלקות עליהן, אשר מכל זה נראה דבמלקות עצם החיוב של מלקות משוי לה לדין מלקות. ולפי זה בהוזמו העדים, בממון ונפשות מקרי שנעשה בו שלא כדוין, אשר זהו בכלל גזירת הכתוב דכאשר זמם ולא כאשר עשה דזה מקרי עשה מה שנעשה בו שלא בחיוב, משא"כ במלקות, דעצם החיוב הוא שמשוה אותן לדין מלקות, א"כ בהוזמו העדים נמצא דלא הויין מלקות כלל, ועל כן לא מקרי עשה, כיון דלא נעשה בו דין מלקות. ואשר על כן זהו שפסק הרמב"ם דבמלקות חייבין העדים גם בעשה וכבר נלקה הנידון, והיינו משום דלפי מה שהוזמו העדים א"כ הא נמצא דעצם הקיום היה שלא בדין ב"ד, וגם דכיון דבטל החיוב ממילא אין בה דין מלקות כלל, וא"כ הא נמצא דבהוזמו העדים לא נעשה בו דין מלקות כלל, ועל כן לעולם הוי רק זמם ולא עשה, ועל כן זהו שפסק הרמב"ם דהעדים לעולם חייבין אף בשכבר הולקה הנידון זה שהעידו עליו, וכמו שנתבאר.

אלא דלפי זה תקשי, דא"כ גם כאשר זמם לא משכחת כלל בעדות של מלקות, כיון דלא יוכל להתקיים בו כלל דין מלקות, א"כ הא ליכא בו גם זמם לעשות כלל, כיון דלא זממו לעשות בו מלקות, וא"כ ליפטרו עדים זוממין של מלקות לגמרי גם בלא עשה, משום דליכא בה כאשר זמם לעשות. אכן הרי מבואר במכות דף ב' [ע"א] דעדים שהעידו על אחד שהוא בן גרושה אינן נעשין בן גרושה, משום דדרשין ועשיתם לו ולא לזרעו, וקשה דתיפוק לן דהרי לעולם לא יעשה זה שהעידו עליו בן גרושה כלל, וא"כ לא הוי זמם לעשות כלל, אלא ודאי דבדין כאשר זמם דיינינן דכל שאם היתה עדותן אמת זהו מקרי זמם לעשות, וא"כ גם במלקות הדין כן דהוי זמם לעשות, דאם היתה עדותן אמת הרי היה חיוב מלקות גמור, אלא דהך דינא אינו רק לענין לקרותו זמם לעשות, אבל לענין עשה בעינן שיהא עשה באמת, וכיון דבאמת לאחר שהוזמו העדים לא נעשה בהנידון דבר, ע"כ זהו שפסק הרמב"ם דלא מקרי עשה וחייבין העדים משום זמם לעשות, וכמו שנתבאר.

אלא דבעיקר הך דינא דדרשין כאשר זמם לעשות ולא עשה יש לעיין, אם המיעוט הוא על שנעשה בו העונש דאז מיפטרי העדים זוממין, או דעיקר הך דינא הוא דכיון דנעשה בו העונש שוב לא הויין עוד זמם לעשות, וכיון דליכא זמם לעשות על כן מיפטרי העדים, ולפי זה אם נימא דאין עצם הפטור של העדים זוממין משום עשה, אלא משום דהעשה גורם שלא יהיו שוב זמם לעשות, א"כ צריך להיות דכמו דבהדין דזמם לעשות דיינינן אילו היתה עדותן אמת, כמו כן גם

בעשה איכא הך גזירת הכתוב דדיינין אילו היתה עדותן אמת, כיון דאין זה דין עשה, ורק ביטול דזמם לעשות, ולענין זמם לעשות הרי דיינין כמו שהיתה עדותן אמת, וא"כ גם ביטול הזמם לעשות כן דיינין דכיון דאילו היתה עדותן אמת אין זוממין עוד לעשות על כן שוב ליכא בהו הך דזמם לעשות ומיפטרי. ונראה דכן היא דעת הרשב"ד, דכל עיקר הך דינא דכאשר זמם ולא כאשר עשה, היינו משום דבעשה נתבטל הזמם לעשות, ועל כן ס"ל דלעולם דיינין כמו שהיתה עדותן אמת, ואף על גב דלפי האמת לא הוי עשה, אבל מ"מ מקרי ביטול זמם לעשות, כיון דאם היתה עדותן אמת ג"כ ליכא זמם לעשות, ועל כן סובר דבמלקות ג"כ מפטרי בעשה, משום דליכא עוד זמם לעשות, וכמו שכתבנו. והרמב"ם סובר דהויין תרי דינים, דבחייבא דכאשר זמם אזלין בתר עדותן כמו שהיתה אמת, ולענין הפטור דעשה בעינן עשה ממש, ועל כן במלקות דלא נעשה בו מלקות ממש שפיר מקרי כאשר זמם ולא עשה, ועל כן חייבין העדים זוממין בכל גווי אף בשכבר הולקה זה שהעידו עליו, וכמו שנתבאר.

תלמוד בבלי מסכת מכות דף ה עמוד ב

מתני'. 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? יכול משעה שקבלו עדותן יהרגו? תלמוד לומר: נפש תחת נפש, הא אין נהרגין עד שיגמר הדין. גמ'. תנא, בריבי אומר: לא הרגו - נהרגין, הרגו - אין נהרגין. אמר אביו: בני, לאו קל וחומר הוא? אמר לו: לימדתנו רבינו, שאין עונשין מן הדין; דתניא: איש אשר יקח [את] אחותו בת אביו או בת אמו - אין לי אלא בת אביו שלא בת אמו ובת אמו שלא בת אביו, בת אמו ובת אביו מנין? ת"ל: ערות אחותו גילה, עד שלא יאמר יש לי בדין: אם ענש על בת אביו שלא בת אמו ובת אמו שלא בת אביו, בת אביו ובת אמו לא כל שכן! הא למדת, שאין עונשין מן הדין.

רש"י מסכת מכות דף ב עמוד ב

ומה הסוקל אינו נסקל - עדים שלא הזממו עד שנהרג הנדון ואח"כ הזממו אין נהרגין כדאמרין בפרקין /מכות/ (דף ה:): הרגו אין נהרגין דכתיב כאשר זמם ולא כאשר עשה.

רש"י מסכת חולין דף יא עמוד ב

אין נהרגים - דכתיב כאשר זמם ולא כאשר עשה.

רש"י דברים פרק יט פסוק יט

(יט) כאשר זמם - ולא כאשר עשה. מכאן אמרו, הרגו¹ אין נהרגין: