**19. כאשר זמם ולא כאשר עשה**

**1. בבא קמא ד: "תני ר' אושעיא" עד "ורבי אושעיא מאי טעמא"**

תני רב אושעיא, שלשה עשר אבות נזיקין: שומר חנם, והשואל, נושא שכר, והשוכר, נזק, צער, וריפוי, שבת, ובושת, וארבעה דמתני' הא תליסר. ותנא דידן מ"ט לא תני הני? בשלמא לשמואל, בנזקי ממון קמיירי, בנזקי גופו לא קמיירי, אלא לרב, ליתני! תנא אדם וכל מילי דאדם. ולר' אושעיא נמי הא תני ליה אדם! תרי גווני אדם, תנא אדם דאזיק אדם, ותנא אדם דאזיק שור. אי הכי, שור נמי ליתני תרי גווני שור, ליתני שור דאזיק שור, וליתני שור דאזיק אדם! האי מאי? בשלמא אדם דאזיק שור - נזק הוא דמשלם, אדם דאזיק אדם - משלם ארבעה דברים, אלא שור, מה לי שור דאזיק שור, מה לי שור דאזיק אדם, אידי ואידי נזק הוא דמשלם. והא שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר, דאדם דאזיק שור הוא, וקתני! תני הזיקא דבידים, וקתני הזיקא דממילא. תני ר' חייא, עשרים וארבעה אבות נזיקין: תשלומי כפל, ותשלומי ארבעה וחמשה, וגנב, וגזלן, ועדים זוממין, והאונס, והמפתה, ומוציא שם רע, והמטמא, והמדמע, והמנסך, והני תליסר הא עשרים וארבעה.

**2. מכות ה: משנה אין העדים וגמרא עד "עונש שמענו אזהרה מנין"**

אין העדים זוממין נהרגין עד שיגמר הדין, שהרי הצדוקין אומרים: עד שיהרג, שנאמר: אנפש תחת נפש. אמרו להם חכמים: והלא כבר נאמר בועשיתם 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 אינן 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: גאיש 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.

**3. ריטב"א מכות ה: ד"ה אין העדים זוממין מתחלת דבריו עד "ואע"ג דגבי מלקות"**

מתני' אין העדים זוממין נהרגין עד שיגמר הדין וכו' עד והלא כבר נאמר ועשיתם לו כאשר זמם וכו' והרי אחיו קיים. לאו דנפקא לן מדכתיב לאחיו דהא ודאי שפיר מיקרי אחיו אפילו לאחר מיתה, וכדכתיב להקים לאחיו שם בישראל וכתיב קרבו שאו את אחיכם, ובגמרא לא נפקא לן דהרגו אין נהרגין אלא מדכתיב כאשר זמם ושאין עונשין מן הדין, אבל מלאחיו לא נפקא לן מידי**,**

**4. ריטב"א מכות ה: ד"ה למדתנו רבינו מתחלת דבריו עד "ומעתה הא דאמרינן"**

גמ' למדתנו רבינו שאין עונשין מן הדין דתניא וכו'. יש שפירשו דרבי לחדודיה לבריה הוא דקאמר ליה, דודאי אפילו למ"ד בעלמא עונשין מן הדין כדאיתא במסכת סנהדרין (נ"ד א'), בהא אין עונשין דעדים זוממין חדוש הוא ואין לנו בו אלא מקום חדושו בלבד כדאיתא בבבא קמא (ע"ב ב'), אלא לחדודיה אמר ליה, ובריה אהדר ליה שפיר למדתנו רבינו דאפילו בעלמא אין עונשין מן הדין וכל שכן כאן,

**5. בבא קמא עב: "איתמר עד זומם" עד "איכא דאמרי"**

גמ'. איתמר: עד זומם - אביי אמר: למפרע הוא נפסל, רבא אמר: מכאן ולהבא הוא נפסל. אביי אמר למפרע הוא נפסל, מההוא שעתא דאסהיד הוה ליה רשע, והתורה אמרה: אאל תשת... רשע... עד; רבא אמר מכאן ולהבא הוא נפסל, עד זומם חידוש הוא, דהא תרי ותרי נינהו, מאי חזית דציית להני? ציית להני, הלכך אין לך בו אלא משעת חידוש ואילך**.**

**6. רש"י מכות ב: ד"ה ומה הסוקל**

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

**7. תוס' יבמות ב: ד"ה בתו "אבל בתו מנשואתו" עד "כדאשכחן בפרק ד' מיתות"**

אבל בתו מנשואתו מערות אשה ובתה נפקא דלא גרע מבת אשתו וא"ת והיכי נפקא והא אין מזהירין מן הדין כדאמר לקמן בפ"ב (דף כב:) גבי אחותך בת אביך (היא) או בת אמך דצריך למכתב אחותך היא לחייב על אחותו בת אביו ובת אמו לומר שאין מזהירין מן הדין ואר"י דלא דמי דהתם לא איירי קרא אלא באחותו שאינה מן האב ומן האם דבת אביך או בת אמך משמע מן האב שלא מן האם ומן האם שלא מן האב וכדמפרש קרא בהדיא מולדת בית או מולדת חוץ (ויקרא יח) דמתרגמינן דילידא מן אבוך מן איתתא אוחרת או מן אמך מן גבר אוחרא ואע"ג דדרשינן (לקמן כג.) מולדת בית וגו' בין שאומרים לאביך קיים בין שאומרים לאביך הוצא מ"מ אין מקרא יוצא מידי פשוטו ואם היא בת שניהם מק"ו הוא דילפת אבל בכלל אשה ובתה הוי שפיר בת שהיא בת אשתו

**8. תוס' בבא קמא ד: ד"ה ועדים זוממים**

פירש ריב"א דאפילו שילם על פי העדים זוממין חייבין דלא שייך בממון כאשר זמם ולא כאשר עשה דאפשר בחזרה ור"י מפרש דלא צריך להאי טעמא דגבי ממון מחייבינן להו בק"ו דגבי ממון עונשין מן הדין והא דאמרינן במכות (דף ה:) הרגו אין נהרגים היינו משום דהתם אין עונשין מן הדין.

**9. בבא בתרא נו. מתחלת המשנה עד" שנים בראשונה"**

היו שנים מעידין אותו שאכלה שלש שנים, ונמצאו זוממים - משלמין לו את הכל.

**10. משנה למלך הל' עדות כ"א: ד מתחלת דבריו עד "ומ"ש רבנן ומשלמין"**

הרב הנ"י כתב בפרק חזקת עלה דמתני' דהיו ב' מעידים שאכלה שני חזקה והוזמו משלמים את הכל משם הריטב"א שהקשה דלמה משלמים כיון דאין העדים נעשים זוממין עד שנגמר דינו של ראשון וכיון דנגמר דינו של המחזיק והחזיקוהו בקרקע שהיה בידו הו"ל כאשר עשה ולא כאשר זמם דס"ל לרב דגבי ממונא נמי בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה. ותירץ דמיירי שהיה המחזיק חוץ לקרקע כשהוזמו. וקשיא לי עלה מהא דהפיל שן עבדו ואח"כ סימא עינו דלמה משלם דמי העבד לרבו והא כיון שנגמר דינו של העבד הרי הוא תפוס בעצמו והו"ל כאשר עשה ולא כאשר זמם וכעת צ"ע:

**11. סנהדרין י. "ואמר רבא פלוני רבע השור" עד "הא תו למה לי"**

ואמר רבא: פלוני רבע השור והוזמו - נהרגין ואין משלמין ממון, שורו של פלוני והוזמו - נהרגין ומשלמין ממון, ממון לזה ונפשות לזה

**12. רבמ"ם הל' עדות כ:ח**

עדים שהעידו על אחד והרשיעוהו רשע שאין בו לא מלקות ולא מיתה ולא חיוב ממון ואחר כך הוזמו, הרי אלו לוקין אף על פי שלא זממו להלקות זה ולא לחייבו ממון, כיצד העידו על כהן שהוא חלל כגון שהעידו בפנינו נתגרשה אמו או נחלצה במקום פלוני ביום פלוני והוזמו הרי הן לוקין, וכן אם העידו על אדם שהרג בשגגה והוזמו לוקין ואינן גולין, העידו על שורו של זה שהרג הנפש והוזמו, הרי הן לוקין ואין משלמין את הכופר, העידו עליו שנמכר בעבד עברי והוזמו לוקין, וארבעה דברים אלו מפי הקבלה הן.

**13. כריתות כד. "א"ר כרוספדאי א"ר יוחנן" עד " ומאי שנא"**

אמר רבי כרוספדאי אמר ר' יוחנן: שור הנסקל שהוזמו עדיו, כל המחזיק בו זכה בו. אמר רבא: מסתברא טעמא דרבי יוחנן, כגון דאמרי ליה נרבע שורו, אבל אמרו רבע שורו, הוא בעצמו מידע ידיע דלא רבע, ולא מפקר ליה, וטרח ומייתי עדים.

**14. מנחת חינוך מצוה נ"ב אות י"ב**

**15. רבמ"ם הל' עדות כ:ב וכסף משנה "ואפשר לתת טעם" עד סוף דבריו**

הרג 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

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 מיתת 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 בהלקו ע"פ עדותם. ועוד י"ל טעם אחר שמאחר שאלהים נצב בעדת אל אילולא שהיה חייב זה מיתה לא היה מניח הקב"ה שתאבד נפש אחת מישראל ומאחר שהניח הקב"ה לב"ד שיסכימו להרוג את זה ונהרג חייב מיתה היה הילכך אין לעדים משפט מות מה שאין לומר כן במלקות:

**16. חדושי ר' חיים על הרמב"ם הל' עדות כ:ב מתחלת דבריו עד ד"ה אלא דלפי"ז תקשי**

 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 קראדכאשר זמם לעשות, ומאחר דדרשינן 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 משוםדממון 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 טעמאדאפשר 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 שלשהסמוכין, 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 הריפשיטא דלא שייך רק בב"ד, וכדין ונקלה כן דין של עצם המלקות, דתרווייהו חדא מילתא היא, וקרא דונקלה קאי גם על עצם המלקות, וכדדרשינן כיון שלקה הרי הוא כאחיך, 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 הלקוהו שלא בפני ב"ד אין זה מלקות כלל ולא מיפטר בהכי, ומגזירת הכתוב דוהפילו השופט והכהו לפניו, וכמושנתבאר. 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 האאיגלאי 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 יהאבב"ד דוקא, וא"כ אע"ג דאח"כ איגלאי מילתא דלא הוה מחוייב מיתה וממון, ואיגלאי מלתא 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, ובזההא 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 להיותבפני 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 לאהוי 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 דגםבכפתו 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 בהגמרדין של מקצת מלקות, וכן העדים זוממין לוקין כל המלקות, ואע"ג 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 לוקהיותר, 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 כדין, אשר זהו בכלל גזירת הכתובדכאשר 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 דלאנעשה 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 החיובממילא 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 שהעידועליו, וכמו שנתבאר.

**17. מכות ה: "חייבי מלקות מנין" עד "חייבי גליות מנין" ורש"י ד"ה חייבי מלקיות מנין**

חייבי מלקיות מנין? תלמוד לומר רשע רשע

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.

**18. רבנו חננאל מכות ה: "כתיב בחייבי מיתות" עד "בחייבי גליות נמי"**

כתיב בחייבי מיתות אשר הוא רשע למות ובחייבי מלקיות כתיב והיה אם בן הכות הרשע מה בחייבי כריתות ובחייבי מיתות אין עונשין ואין מזהירין מן הדין כך חייבי מלקיות.