

## עיונים בהלכות משפט ועדות

א.

כתב בעל 'החינוך' (מצווה פא): "שלא להטות הדין על אחד מבעלי הדין כשידע שהוא רשע בעל עבירות, שנאמר 'לא תטה משפט אביון בריבו, פירוש שהוא אביון במצוות. ונוהגת בכל מקום ובכל זמן בזכרים ולא בנקבות שאין דנות". וכתב המני"ח בזה"ל: "מה שכתב הרב המחבר דאינו נוהג בנשים דאין דנות, כבר כתבנו כמה פעמים דבדיני ממונות וקיבלו עליהם אשה או אחד מהפסולים לדין עובר הדיין בלאו אף האשה ושאר פסולים וזה פשוט". וכן כתב 'החינוך' (מצווה פג) לגבי מצוות ושוחד לא תקח בזה"ל: "שלא יקח הדיין שוחד אפילו לדון דין אמת. ונוהגת בכל מקום ובכל זמן בזכרים שהם דנים".

גם כאן כתב המני"ח בזה"ל: "הרב המחבר כתב ונוהגת בזכרים, כבר כתבתי לעיל כמה פעמים דאם קיבלו עליהם בדיני ממונות נשים דמהני קבלה, עיין ש"ס ור"מ, וא"כ גם הנשים בלאו הזה דאסור ליקח שוחד". ונראה ליישב דעת החינוך דס"ל שכל האזהרה שלא להטות את הדין או לא לקחת שוחד, נאמרה רק על הדיין, כמו שכתב הרמב"ם (סהמ"צ מצווה רעד) "שהזהיר הדיין שלא לקחת שוחד מבעלי הריב ואפילו לדון אמת". ובמצווה רעח כתב "שהזהיר הדיין כשידע שהוא אדם רשע ובעל עבירות להטות דינו". וכן כתב בספר יראים (קכח): "שוחד לא תקח, את ה' אלקיך תירא, ותקיים אשר צוה בפרשת שופטים ושוטרים, וכתוב לא תקח שוחד לשופטים הזהיר רחמנא".

ובסימן רג כתב: "צוה יוצרינו לדיינים שלא יטו המשפט אפילו בדיבור, דכתיב שופטים ושוטרים וגו' וסמך ליה לא תטה משפט". כיוון שאזהרה זו לא נאמרה אלא לדיין, נראה לומר שאישה או אחד מן הפסולים אע"פ שבעלי הדין קיבלו אותם עליהם אין עליהם שם דיין, וממילא אינם בכלל אזהרה זו. דומה לזה מצאנו לגבי דין הזמה בשו"ת רע"א קע"ט, שהסתפק כאשר קיבל עליו קרוב או פסול או שני פסולים והוזמו, אם חייבים בדין הזמה או מלקות כיוון שאין שם עדות עליהם. ומסיק שם שלענין חיוב הזמה כתיב והנה עד שקר העד, ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו, וכן לא

#### אלימלך וינטר

תענה ברעך עד שקר, כל זה כאשר שם עד עליו, אך בקיבל עליו קרוב או פסול אין שם עד עליו, ואינו חייב בדין הזמה, ורק אם קיבל עליו עד אחד כשני עדים יש בו דין הזמה דשם עד עליו.

#### ב.

הרא"ש, ריש פרק כל הנשבעין, כתב בשם הר"י מיגש דאמרינן מיגו לאפטורי מממון, ולא לאפטורי משבועה, והוכיח זאת מהא דמודה במקצת חייב שבועה, ולא אמרינן מגו דאי בעי כופר הכל, וכן שומרים חייבים שבועה אע"פ דאית להו מגו דלא היו דברים מעולם או מגו דהחזרת. והרא"ש חלק עליו וכתב שדבריו אינם מובנים כיוון דמגו דאורייתא הוא, מה לי ממון מה לי שבועה, אטו שבועה לאו ממון הוא, דזמנין דלא בעי אישתבועי וקיהיב ממונא, ומה שאמר שבשבעת שומרים איכא מיגו, הא כבר כתבינן לעיל דמגו דהעזה הווי, וכן במודה במקצת ליכא מגו, דהא אמרינן חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו. והקשה לי ת"ח גדול אחד, לשיטת הרא"ש באמרינן מגו לאפטורי משבועה, כיצד מודה במקצת חייב שבועה, הא תנן (שבועות מב ע"ב) אין נשבעין אלא על דבר שבמדה ושבמשקל ושבמניין, ואמר רבא בגמרא אינו חייב עד שיטענונו דבר שבמדה שבמשקל ושבמניין, ויודה לו בדבר שבמדה שבמשקל ושבמניין. ואיכא אם טוען מאה דינרים מסרתי לך, והלה טוען לא כי אלא חמישים דינרים מסרת לי, מדוע חייב שבועה מדין מודה במקצת, הרי יש לו מגו שיכול להודות על אותם חמישים דינרים שלא במניין, כגון לא מסרת לי אלא צרור של דינרים ואיני יודע מה היה בו ומה שהנחת אתה נוטל, דאין הוא מודה בדבר שבמניין ופטור משבועה. כדי ליישב קושיה זו נקדים תחילה הסבר במאי פליגי אי אמרינן מגו לאפטורי משבועה או לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה. בעל 'קהלות יעקב' (ב"ב סימן כד ג) הסביר את סברת הפוסקים דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה בזה"ל:

הא חזינן דמגו להוציא לא אמרינן, אלמא דהמגו לא נחשב בירור גמור שאינו משקר, אלא דלהחזיק מהני, והיינו משום דלהחזיק אין צריך ראייה ברורה דגם מספיקא זוכה המוחזק, וכל הצורך למוחזק למגו, הוא בגוונא דאיכא לתובע הוכחות לטענתו, שמביא ראייה כגון שטר או ראייה אחרת המוכיחה שזה חייב לו, ומכח זה הוא בא להוציא, ועל זה מועיל המגו להחליש כח הראייה של שכנגדו וממילא זוכה משום שהוא מוחזק דמספיקא אין להוציא מהמוחזק, אבל עכ"פ אין מחליטין מכח המגו

שהוא בודאי שלו, וכל זה כשהתובע אינו יכול לזכות אלא ע"י ראיה ודאית שהצדק עמו, אבל הא דמתחייב שבועה במודה במקצת ובשומרין הא אין לתובע שום ראיה שהוא הצודק, אלא דמספיקא רמיא רחמנא שבועה עליו, וכן אפילו בעד אחד דמתחייב שבועה הלא אין לעד אחד נאמנות בממון לברר הספק, ואפילו הכי חייביה רחמנא להשבע במקום ספיקא, משום הכי לא מהני בזה מה שיש לנתבע מגו, שאין המגו עושה בירור החלטי בדיני ממונות, ואכתני מידי ספיקא לא נפיק, ואם כי כבר אינו בגדר ספק השקול, דהא לענין איסורין סומכין על מגו בתור הכרעה בב"ב קל"ד, וגיטין ס"ד, מ"מ אינו אלא כדוגמת רוב דמהני באיסורא ולא בממונא דאין הולכין בממון אחר הרוב, וכיוון דמספק חייבה תורה שבועה הוא הדין בספק שאינו שקול כגון דאיכא רובא או מגו, דמ"מ שם ספק אכתני איכא, דוגמת מה שכתב בשטמ"ק (ב"מ ו', ע"ב) גבי קפץ אחד מן המנויין דכיוון דפטרה תורה עשירי ספק, גם באיכא רובא פטור, דמ"מ ספק מקרי, והכא נמי מגו אינו מפקיע לגמרי שם ספק, ועיקר השבועה הא חייבה תורה על הספק, ומשום הכי לא מהני מגו לאפטורי משבועה, עכ"ד.

לפי הסבר זה צריך לומר שהרא"ש, הסובר שאמרינן מגו לאפטורי משבועה, היינו טעמא, דאמנם מגו אינו בירור ודאי, דהא מגו להוציא לא אמרינן, אך כיוון דמגו מהני באיסורא בתורת הכרעה, הווי כמו רוב דמהני באיסורא, וכיוון שמגו הווי כמו רוב, אין כאן כבר ספק השקול ומהני לפטרו משבועה, שכן התורה הטילה שבועה רק במקום ספק השקול, ולא בספק שאינו שקול, כגון דאיכא רובא או מגו.

אך יש להבחין בין שני סוגי מגו. יש מגו שיש לו טענה מחייבת וטענה פוטרת, והוא טוען טענה המחייבת, אם נאמינו במגו נמצא ששתי הטענות פוטרות, ממילא ליכא ראיה שטענתו אמת, דאיכא למימר שטענתו העכשווית שקר, ומאי אמרת דאם זה שקר היה לו לטעון שקר אחר שפוטרו, מה לו האי שקר ומה לו האי שקר, הרי גם טענתו העכשווית נעשית טענה הפוטרת, אלא דאם נחייבו נמצא שיש טענה אחת מחייבת ואחת פוטרת, ואז שפיר יש לו מגו, ואי אפשר לחייבו שהרי יש לו מגו. נמצא דהא דפטרינן ליה זה לא משום שיש ראיה שטוען אמת, דכיוון שאי אפשר לחייבו, שוב אין לו מגו, דהווי שתי טענות הפוטרות, אלא אמרינן שמספק אין אנו יכולים להוציא. נמצא שהמגו עושה שיהיה ספק שקול. ובכגון זה לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה, דהא בספק שקול רמיא רחמנא שבועה עליו (עיין חדושי העילוי ממיציט, סימן נא).

#### אלימלך וינטר

לפי זה לא קשיא כלל הקושיה דלעיל, כיצד מודה במקצת חייב שבועה במודה בדבר שבמניין מקצת התביעה, הרי יש לו מגו שיכל להודות על אותו מקצת שלא במניין והיה פטור. זה לא קשה דהא בכגון זה שתי הטענות פוטרות, ממילא ליכא ראייה שטענתו העכשווית אמת והווי ספק שקול, דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה, וכל דברי הרא"ש דאמרינן מגו לאפטורי שבועה הוא רק באותם מקרים שדיבר בהם הרא"ש, במודה במקצת מגו דכופר הכל, או שומר שטוען נאנסה או נגנבה במגו דהחזרתי, דהתם אפילו אם נאמר ששתי הטענות פוטרות, מ"מ טוב לו לטעון את הטענה שהיה יכול לטעון מהטענה שטוען עכשיו, דמודה במקצת מחייב עצמו, ואם היה כופר הכול היה פטור לגמרי, ובשומר שטוען נאנסה או נגנבה אם היה טוען החזרתי אע"פ שלא היה מרוויח ממון, דשתי הטענות פוטרות לגמרי, מ"מ הטענה שיכול לטעון החזרתי נוחה יותר לטעון מאשר נאנסה או נגנבה דהווי מילתא דלא שכחתא, לעומת הטענה של החזרתי, ולכן בכגון זה המגו הוא טוב ואין כאן כבר ספק השקול ומהני לפטור משבועה, ועל זה תירצה הגמרא אין אדם מעזו פניו בפני בעייה, ואין הטענה שהיה יכול לטעון טובה יותר מהטענה שהוא טוען עכשיו.

#### ג

תנן במסכת סנהדרין (פא ע"ב) "ההורג נפש שלא בעדים מכניסין אותו לכיפה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ". הגמרא שואלת מנא ידעינן. אמר רב: בעדות מיוחדת. שמואל אמר: שלא בהתראה. רב חסדא אמר: כגון דאיתכחוש בבדיקות ולא איתכחוש בחקירות. הרמב"ם (רוצח פ"ד ח) כתב גם כרב וגם כשמואל, וכתב 'כסף משנה' דמשמע לרבנו דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי.

בעל 'אור שמח' (ח"א, מלואים, השמטה להלכות עדות) כתב בזה"ל:

ומסתפקא ברוצח שלא בעדים, היינו שלא בהתראה או בעדות המיוחדת וכיו"ב, מי יש דין הזמה בעדים, אם מכניסין העדים לכיפה כי הדר מתזמי. ומסתברא דלית בהו דין הזמה, ואי קשה א"כ אמאי מכניסין אותו לכיפה הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימה, על זה אשיב, או כמו שתירצו בתוספות גבי בן גרושה משום דלוקין, או משום דעדות שאין יכול להתקיים בהם דין הזמה. כשר בעדי ממון כמו דמשמע מלשון רבנו פרק ב' מרוצח הלכה ט', לכן גם לכיפה מכניסין אותו עפ"י עדים כאילו שאין בהם דין הזמה ודו"ק.

#### עיונים בהלכות משפט ועדות

מבואר בדברי אור שמח שעדים שהעידו בעדות מיוחדת או שלא בהתראה שפלוני הרג נפש והזמנו, אין מכניסים אותם לכיפה, אע"פ שזממו לעשות זאת לאחיו. ולא ביאר לנו מאי טעמא שאין בהם דין הזמה, אלא כתב סתמא "ומסתברא דלית בהו דין הזמה". וצ"ע מדוע שלא נקיים בעדים אלו כאשר זמם לעשות לאחיו.

ראיתי בשו"ת הריב"ש (סימן רנא) שכתב בזה"ל:

כבר ידעת שכל מה שדינין דיני נפשות בזמן הזה, אינו מן הדין שכבר בטלו דיני נפשות, אבל משום מיגדר מילתא היו בי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין אם השעה צריכה לכך וכו', ואם בשאר עבירות היו הורגים שלא כדין לצורך שעה, אין צריך לומר בשפיכות דמים שהחמירו בו חז"ל שכונסין אותו לכיפה כשהורג שלא בעדים כדאיתא בפרק הנשרפין, ואין כן בשאר חיבי מיתות.

מבואר בדבריו שדין זה להורג שלא בהתראה שמכניסין אותו לכיפה, "החמירו בו חז"ל", דהיינו שהוא תקנת חכמים כענין שאמרו בסנהדרין מו, ע"א, בי"ד מבין ועונשין שלא מן הדין לצורך השעה, ואין הכנסה לכיפה עונש שהעדים חייבוהו, אלא הוא דין של בי"ד למיגדר מילתא שלא יתרבו רוצחים. וכן מבואר בימגדל עוזי (רוצח פ"ב ח), וביש"ש (בי"ק, פ"ח ו), דדין חיוב כיפה הוא תקנת חכמים, מדין בי"ד מכין ועונשין לצורך השעה. לפי זה אתי שפיר דברי אור שמח שאין על העדים דין הזמה להכניסם לכיפה, כי אין הכנסה לכיפה עונש שהעדים חייבוהו, אלא הוא דין של בי"ד למיגדר מילתא לצורך השעה. אך ראיתי בחדושי הר"ן על אתר דלא סבירא ליה הכי וזה לשונו:

יש לדקדק בזו ובכל השנויה במשנתנו בכיפה ובקנאין פוגעין בו, אם הם מתקנת חכמים כענין שאמרו בי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, או אם הם הלכה למשה מסיני, ומשמע ודאי דהלכה למשה מסיני הם, דהא אמרינן בבוועל ארמית שהיא הלכה למשה מסיני, כדאמר ליה פנחס למשה, דאם נאמר שהם מדבריהם מטעם מכין ועונשין אי אפשר, דטעם מכין ועונשין ליתיה אלא לצורך שעה למראית בי"ד, אבל לעשות תקנה קבועה אין לנו, שאין נביא רשאי לחדש דבר ומצוה עולמית, וכל שכן לחדש מיתה למי שאינו מחוייב לה תקנה עולמית, לפיכך נראה דע"כ כל אלו השנויות במשנתנו הלכה למשה מסיני.

וכן 'אור שמח' (הלכות עדות פ"ד א) כתב בזה"ל: "נראה לי דההורג נפש שלא בעדים דמכניסין אותו לכיפה דהלכתא גמירי לה".

וצריך לומר דגם אם הכנסה לכיפה הוא הלכה למשה מסיני, אין זה עונש שהעדים חייבוהו, אלא ההלכה למשה מסיני הטילה זאת על בי"ד מדין למיגדר מילתא, שלא יתרבו רוצחים, ולכן אין על העדים דין הזמה. וראיה לכך מ"ד רמ"ה שכתב בד"ה ואיבעיא לן, דהכנסה לכיפה הוא הלכה למשה מסיני, ואח"כ בד"ה פסקא ההורג נפשות שלא בעדים, כתב בזה"ל:

ומתמהינן שלא בעדים מנא ידעינן דקטל דלחיביה בכיפה, אמר רב בעדות מיוחדת אחד רואה אותו מחלון זה ואחד מחלון זה, ואין שניהם רואים זה את זה, דסהדותא מעליתא להימונינהו, מיהו רחמנא הוא דחס עילויה דלא ליקטליה בהאי סהדותא, והכא גבי ההורג נפשות מיחייב כי היכי דלא ליפשו להו רוצחים.

הרי בהדיא כתב אע"פ שהכנסה לכיפה הלכה למשה מסיני גדר החיוב הוא כדי שלא יתרבו רוצחים. ובני הרה"ג ר' שלמה יעקב שליט"א הוכיח זאת מדברי הגמרא (מכות ב ע"ב) דתנן "מעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב לגלות, אין אומרים יגלה זה תחתיו אלא לוקה ארבעים", וטעמא מאי, אמר ר' יוחנן ק"ו, ומה הוא שעשה מעשה במזיד אינו גולה, הן שלא עשו מעשה במזיד אינו דין שלא יגלו, ופירש רש"י, הוא שעשה מעשה במזיד אינו גולה, ההורג שעשה מעשה אם במזיד עשאו אינו גולה אפילו בזמן שאינו נהרג כגון במזיד שלא בהתראה, הם שלא עשו מעשה אלא דיבור בעלמא ובמזיד העידו, אינו דין שלא יגלו על המזיד. ויש להקשות מאי ק"ו הוא זה, הרי הוא שעשה מעשה, שהרג במזיד בלא התראה אינו גולה משום שמענישין אותו בעונש יותר חמור, בכך שמכניסים אותו לכיפה, העדים שלא עשו מעשה אלא דיבור בעלמא יגלו. אלא ע"כ הא דמכניסים אותו לכיפה אינו עונש על מעשהו, אלא מיגדר מילתא הוא שלא יתרבו רוצחים.

והנה מדברי 'אור שמח', שעדים שהעידו על חיוב כיפה והוזמו אין בהם דין הזמה, יוצא אפוא חידוש לדינא, שטרפה שהרג בלא התראה יכניסוהו לכיפה, אע"פ שהדין שטרפה שהרג עם התראה פטור ממיתה כמבואר בסנהדרין (עח ע"א), התם היינו טעמא משום דהווי עדות שאי אתה יכול להזימה, שהם רצו להרוג גברא קטילא, ואם יוזמו לא יהרגו את העדים, ממילא אין כאן עדים, אך בהעידו שהרג בלא התראה, ובעדותם רצו רק להכניסו לכיפה, אם יוזמו העדים לדעת 'אור שמח' ליכא בהו דין הזמה להכניסם לכיפה, אלא לוקים מלקות

בלבד. אי"כ הוא הדין במעידים על הטרפה שהרג בלא התראה, עדותם יש בה כדי להכניסו לכיפה, דהווי עדות שאתה יכול להזימה, שילקו מלקות. וגם לדברי הרמב"ם (נזקי ממון פ"י ז), שכתב "שור שהוא טרפה, שהרג את הנפש, או שהיה השור של אדם טרפה אינו נסקל, שנאמר וגם בעליו יומת כמיתת בעלים כך מיתת השור, וכיוון שבעליו כמת הם חשובים ואין צריכין מיתה הרי זה פטור", טעם זה מועיל לפטור את הטרפה שהרג ממיתה, כיוון דטריפה אין לו נפש, אי אפשר לקיומי ביה ונתת נפש תחת נפש דכתיב ברוצח (יעוין קובץ שעורים, ח"ב, לט), אך אם הרג שלא בהתראה חייב כיפה כמו כל אדם אחר שהורג בלא התראה שאין נחשב כיפה לנתת נפש שאין הורגים אותו בידים. ונראה דגם אם טרפה הרג בהתראה חייב כיפה, דרק לחייבו מיתה אי אפשר משום דהווי עדות שאי אתה יכול להזימה, או לפי הרמב"ם משום דליכא לקיומיה ביה נפש תחת נפש, אך לחייבו כיפה ודאי חייב, שהרי לדעת 'אור שמח', אמנם אם יוזמו העדים אין להם דין הזמה להכניסם לכיפה, אך ילקו מלקות, והווי עדות שאתה יכול להזימה, או כמו שכתב 'אור שמח' בתירוצו השני שלכיפה מכניסין אותו עפ"י עדים שאין בהם דין הזמה, כמו שעדות ממון כשרה בעדים שאין בהם דין הזמה. על הנחה זו שכתבנו, שעדים שהעידו על טריפה שהרג אם יוזמו ילקו מלקות, יש להקשות מדברי התוספות (כתובות לג ע"א) שכתבו בזה"ל:

דלא חשיב עדות שאין אתה יכול להזימה אלא במעידין על הטרפה, דאי אפשר לקיומיה בשום דבר לא במיתה ולא במלקות דגברא קטילא בעו למיקטל.

וכן הרמב"ן (מכות ב ע"א) כתב בזה"ל:

כיוון דגברא קטילא בעו למיקטל אין עדותם כלום, ומילקא נמי לא לקי, דהא לא בעי למעבד מידי, וכיוון דלא מלקיין להו מוהצדיקו דלא כלום עבדו, ולא קטליה להו מכאשר זמם, אין מקבלים עדותם.

מבואר בדבריהם שהעדים שהעידו בטריפה שהרג, אין להם עונש לכשיוזמו לא במיתה ולא במלקות, יעוין בנב"י (קמא סימן עד) שכך הבין דבריהם, והסביר שהכתוב אומר והרשיעו את הרשע דהיינו העדים הזוממים שנתברר שהם רשעים, ובהעידו על טריפה והוזמו אין הם רשעים, דגברא קטילא בעו למיקטל. אך בספר 'אמרי בינה' (עדות, סימן ה) נכתב שהעדים שהעידו על הטרפה שהרג והוזמו לוקים, כיוון שהעידו עליו להרשיעו ולפסלו לעדות ולשבועה, שהרי הטרפה כשר לכל עדויות חוץ מדיני נפשות כמבואר בש"ך (סימן לג), וזו היא

#### אלימלך וינטר

עדות גמורה שהרשיעו את הצדיק ולכן לוקים. וביסס דבריו על תוספות שאניץ ריש מסכת מכות שכתב בזה"ל:

דהתם היינו גבי טריפה כיוון דלהרוג באו לא חשוב עדות שאתה יכול להזימה משום דלוקין, אבל הכא שלא באו להרוג אלא לעשותו בן גרושה או לחייבו גלות, כיוון דאי מתזמי לוקין חשבינן ליה שפיר עדות שאתה יכול להזימה.

הרי דעיקר הטעם דמלקות לגבי מיתה, אף במיתת הטרפה חמור, ולא הווי כאשר זמם כלל במה שלוקין, דבבן גרושה זממו ג"כ לחייבו מלקות אם יעבוד ע"ג המזבח, מקיימים ע"י מלקות כאשר זמם, אבל בהעידו להרוג ולבער מן העולם אפילו טריפה, בזה אין מקיימים כאשר זמם במה שלוקים העדים. זוהי גם כוונת התוספות הנ"ל בכתובות, הנ"ל דאין לקיים דין הזמה במלקות כיוון שהעידו על הריגת אדם, וגם בטריפה אין מתקיים דין הזמה במלקות, אך גם התוספות מודים שיש חיוב מלקות לעדים כיוון שעברו על לאו דלא תענה ברעך עד שקר, שהעידו על הטרפה לפסלו לעדות ולשבועה. והעמיס כן גם בדברי הרמב"ם (רוצח ב ט) שכתב:

אדם טריפה שהרג את הנפש פטור שמא יוזמו, ואם הוזמו אין נהרגין, שהרי לא זממו אלא להרוג טריפה, וכל עדות שאינה ראויה להזמה אינה עדות בדיני נפשות.

מדמסיים אינה עדות בדיני נפשות, משמע שבדיני ממונות הווי עדות. והקשה הלח"מ (עדות כ ז) הרי בסנהדרין (ע"א) אמרו סתם כל עדות שאי אתה יכול להזימה אינה עדות, משמע בין בדיני נפשות ובין בדיני ממונות.

אלא כוונת הרמב"ם היא שלגבי דיני נפשות שהם זממו להרוג אין מתקיים דין הזמה במלקות, ולכן עדותם אינה עדות ולא נהרג על פיהם, אבל מ"מ נאמנים לפסלו לעדות ולשבועה, וממילא לוקים על עדות זו עכ"ד. ולדברינו לעיל י"ל שילקו מלקות משום שרצו להכניסו לכיפה, וכמו שנתבאר לעיל.

יעוין עוד ביאור זרועי, הלכות עגונה, סימן תרצא, שהביא שתי דעות אם עדים שהעידו בטריפה שהרג והוזמו לוקים, אך לא מבואר משום מה לוקים.

ואין להקשות דהא דבעינן עדות שיכול להזימה הוא משום חשש משקר, וכיוון דעדים המעידים על הטרפה שהרג והוזמו לוקים, תו ליכא חשש משקר כיוון דלוקים, וא"כ נקבל עדותם גם לגבי זה שהטרפה הרג, ואמאי טריפה שהרג פטור. זה אינו, דרק סומכוס (ב"ק ע"ב) ע"כ ע"כ ע"כ דטעמא דבעינן עדות



שיכול להזימה הוא משום חשש משקר, אבל רבנן התם פליגי וסברי דהא דבעינן אתה יכול להזימה משום דבפרשת עדות כתוב ועשיתם לו כאשר זמם, צריך שיהיה אפשר לקיים את הפסוק הזה, כמו במכירת הבת צריך שתהיה ראויה לייעוד מפני שדין ייעוד כתוב בפרשה, וכיוון שלגבי העדות שהטריפה הרג לא ניתן להרוג את העדים אם יוזמו, אין מתקיים הפסוק כאשר זמם, ואין לקבל עדותם.

והנה במסכת מכות (טז ע"א) תניא אונס שגירש, אם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה, משום דהוי לא הניתק לעשה, ומקשה הגמרא למ"ד ביטלו ולא ביטלו היכי משכחת לה, כלומר התנא תלה פטור של מלקות בקיום העשה, משמע שאם לא החזירה לוקה, כיצד משכחת לה ביטלו, אי דקטלה קים ליה בדבריה מיניה. והקשו בתוספות דלמא מייירי דקטלה ומי"מ לא הוה קים ליה בדבריה מיניה דמייירי שהרגה בשוגג, ופירש מהרש"ל ונאמר דחייבי מיתות שוגגין חייבים במלקות. ותירצו דא"כ היינו כמו מתה מאליה כיוון דהרגה שלא במתכוון. והקשה רע"א דמ"מ משכחת לה במזיד ולא אתרו בו. ותירץ בשו"ת בית יצחק (ח"ב, יו"ד, סח א) כיוון שבמזיד מכניסין אותו לכיפה, וברש"י (סנהדרין פא ע"ב, ד"ה ומר) משמע שכיפה פוטרת ממלקות, שכתב בזה"ל: "כיוון דלקה על השלישית לא מעלין ליה לכיפה, דבתרי דיני לא דיינין ליה". ביאור דברי רש"י: לכאורה יכניס לכיפה ולא ליקי, דכיפה חמיר טפי, אך כיוון דמלקות מחזיקות אינו חייב כיפה עד שילקה, לכן לוקין ואין דנין כיפה, וברביעית כונסין לכיפה ואין לוקין, הרי דכניסה פוטרת ממלקות. וכן תירץ בשו"ת מרחשת (ח"ב, ד).

עוד הקשה רע"א הרי משכחת לה שביטלו, כגון שהאישה הייתה טרפה, שאינו חייב מיתה על הריגתה, ותירץ בשו"ת אחיעזר (ח"א, סימן יט) דאם נאמר ברודף אחר הטרפה שניתן להצילו בנפשו, א"כ גם בהורג הטרפה יש כאן קים ליה בדבריה מיניה מצד דין רודף. ואם נאמר שרודף אחרי הטרפה אין מצילין בנפשו, מ"מ הורג הטרפה לא גרע מחובל בחברו שחייב דמים, ובפירוש רבתה תורה חובל בחברו לתשלומים, ומשלם ואינו לוקה, וגם כאשר עבר בלאו אחר בהדי החבלה אינו לוקה, ולכן בהרג הטרפה מתחייב דמים מצד חובל, שגם לטרפה יש דמים, ומחמת התשלומים אינו לוקה גם על הלאו של לא יוכל לשלחה.

הוסיף להקשות בהגהות 'מלא הרועים', הרי משכחת לה שביטלו כגון שהבעל שהרג היה טרפה דאינו נהרג וליכא קים ליה בדבריה מיניה. לפי מה שכתבנו לעיל, שטרפה שהרג בין בהתראה בין שלא בהתראה חייב

כיפה, אי"כ ליכא לאוקמי בהכי, דבזה נמי אמרינן קים ליה בדבריה מיניה, דחויב כיפה פוטר ממלקות. אך כל הנחה זו שבחויב כיפה אמרינן קים ליה בדבריה מיניה, אינה מוסכמת על הכול, דתנו רבנן (מכות ז ע"ב) בשגגה פרט למזיג שאינו גולה, מקשה הגמרא מזיד פשיטא בר קטלא הוא. והקשו התוספות: "תימה אימא במזיד ולא התרו בו דליכא קטלא". ומאי קושיה היא זו, דהא במזיד בלא התראה חייב כיפה, ואי אפשר לחייבו גלות משום דקים ליה בדבריה מיניה, ולא צריך פסוק למעט שאינו גולה. ע"כ דלא סבירא להו דבחויב כיפה אמרינן קים ליה בדבריה מיניה.

נראה להסביר מחלוקתם, דהני דסברי דבחויב כיפה אמרינן קלבד"מ, משום דסברי דחויב כיפה הוא בגדר עונש, ושייך למימר משום רשעה אחת אתה מחייבו ולא משום שתי רשעיות, והני דסברי דבחויב כיפה לא אמרינן קלבד"מ, משום דסברי דחויב כיפה אינו בגדר עונש אלא לתקנת הציבור שלא ירבו רוצחים, וכיוון דאינו בגדר עונש לא אמרינן ביה קלבד"מ. וכה"ג מצאנו בסוגיית הגמרא (בי"ק כב ע"ב), המדליק את הגדיש והיה עבד כפות לו וגדי סמוך לו ונשרף עמו פטור, בשלמא למ"ד אשו משום חציו, משום הכי פטור, אלא למ"ד אשו משום ממונו אמאי פטור, אילו קטל תוריה עבדא הכי נמי דלא מחייב. הרשב"א הקשה הא נתחייב על הגדיש קודם שיתחייב בנפשו של עבד, וגם לרי' יוחנן דאמר משום חציו, ליכא קלבד"מ בכה"ג. ותירץ דכל שהצית את הגדיש ועבד כפות לו שאינו יכול לברוח הווה ליה משעת הצתת האש בגדיש רודף, ונעשה על הגדיש כרודף ששבר כלים בין של נרדף בין של כל אדם שהוא פטור, משום דמשעת רדיפתו נתחייב בנפשו ואף זה קן.

'אור שמח' (רוצח פ"א ח) הקשה על הרשב"א, אי"כ מה מקשה הגמרא לריש לקיש דאמר אשו משום ממונו אמאי פטור, הא גם לריש לקיש יש לפוטרו מהגדיש מטעם רודף, שהרי הרודף להמית ע"י גרמא הווי רודף, ונשאר בצ"ע. בספר 'אמרי משה' (סימן ל בהגהה) תירץ שברודף יש שני דינים בהא דמותר להרגו, מפני שחל עליו חיוב מיתה ועוד מפני הצלת הנרדף, וברודף להרוג בידיים שיש על מעשה רציחה כזה דין חיוב מיתה משום רוצח, אז גם ברדיפתו יש עליו חיוב מיתה, ואמרינן ביה קלבד"מ, אבל אם רודף להרגו ע"י גרמא, דאין ברציחה כזו חיוב מיתה משום רוצח, אז גם ברודף אין עליו דין חיוב מיתה, אלא דמ"מ מותר להרגו מפני הצלת הנרדף, וכיוון שלא חל עליו דין חיוב מיתה מצד עצמו, אלא משום הצלת הנרדף, לא נחשב מחמת זה מחויב מיתה שייפטר מממונו, דמיתתו היא רק הצלה, ולא שייך בזה דאי אתה מחייבו משום שתי רשעיות, שחויב המיתה עליו אינו משום רשעה אלא משום הצלת הנרדף, ולכן

אתי שפיר הוא דפריך בגמרא למייד משום ממונו ליכא קלבדי"מ, דאף דמותר להרגו משום רודף, אך זהו משום הצלת הנרדף, ולא משום שיש עליו חיוב מיתה. שוב ראיתי בשו"ת אחיעזר (ח"א, סימן יט) שכתב על תירוץ זה שזה נגד הסברא הישרה, דכיוון דעיקר דין רודף הוא להציל את הנרדף, ואפ"ה אמרינן גביה קלבדי"מ, אי"כ הי"ה בגרמא כיוון דניתן להצילו בנפשו בדן שייפטר משום קלבדי"מ.

#### ד. האם בן נח נהרג על פי הודאת עצמו

אור שמח' (מלכים פ"ט ט) הביא הירושלמי (קדושין א א), ר' יהודה בן פזי דורש את הפסוק "שופך דם האדם באדם דמו ישפך" אפילו מפי עצמו. קרבן העדה על אתר: "דריש ביה באדם אפילו ע"פ האדם עצמו, אי נמי מדכתיב ומיד האדם דריש דאפילו מפי עצמו נהרג". ובמדרש רבה (בראשית לד) איתא בזה"ל: "כולהו בהלכות בן נח בעד אחד, בדין אחד, בלא עדים", ומפרש בי"פ תנארי שם, בלא עדים היינו בהודאת עצמו, וכן מצינו בדוד שהרג לגר העמלקי בהודאת פיו.

בספר החינוך (מצוה כו) כתב בזה"ל:

ישראל לא יתחייב לעולם בלא עדים והתראה, ושאר אומות אין צריך התראה לפי שאין חילוק בהם בין שוגג למזיד, וכן יתחייבו גם כן בהודאת פיהם, משא"כ בישראל צריך עדים".

וכתב המני"ח בזה"ל:

דבר זה חידש הרב המחבר מדעתו הרחבה ולא מצאתי בש"ס ולא בר"מ דבי"ע נתחייב בהודאת עצמו, אך דעת הרב המחבר נכונים בטעמים, כיוון דהא דאין אדם נאמן על עצמו דאדם קרוב אצל עצמו, אי"כ הפסול מטעם קרוב, וגם בישראל אם הוא בעצמו מעיד ואין אחר עמו הוא רק עד אחד, אבל בבי"ע דנהרג בעד אחד ועפ"י קרוב, אי"כ למה לא יהיה נאמן על עצמו. אך לדעת הראב"ד שסובר שלא שייך עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה רק בקרובים, אבל לא על עצמו שאינו בגדר עדות, אי"כ כיוון דילפינן כאן בגמרא דעכ"פ צריך עד, אי"כ אפשר כיוון דהוא אינו בגדר עדות על עצמו, אפשר דאינו נהרג עפ"י עצמו, כיוון דאינו עד כלל.

שו"ת מהרי"ץ חיות (סימן ב ב) כתב שהרמב"ם חולק בזה על 'החינוך', שכתב בהלכות סנהדרין (יח ו) בזה"ל:

גזרת הכתוב היא שאין ממיתין ביי"ד ולא מלקין את האדם בהודיית פיו אלא עפ"י שני עדים. וזה שהרג יהושע עכן ודוד לגר העמלקי בהודיית פיהם, הוראת שעה היתה או דין מלכות היה. אבל הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה, שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלקי מרי נפש המחכים למות שהן תמיד תוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות, כך זה יבוא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג. וכללו של דבר גזרת המלך היא.

מה הוצרך הרמב"ם לומר שדוד הרג לגר העמלקי בהודאת פיו, משום הוראת שעה או דין המלכות, הא איתא במכילתא (סוף פרשת בשלח):

ר' אלעזר אומר, נשבע המקום בכסא הכבוד שלו, אם יבוא אחד מכל האומות להתגייר שיקבלוהו, ולעמלק ולביתו שלא יקבלוהו, שנאמר "ויאמר דוד אל הנער המגיד לו אי מזה אתה, ויאמר בן איש גר עמלקי אנכי", נזכר דוד מה שנאמר למשה, מביתו של עמלק לא יקבלוהו. ויאמר לו דוד דמך בראשך כי פיך ענה בך, לכך נאמר "מדור דור".

מבואר שגר העמלקי היה גוי, שאין גרים מעמלק, ואם כן לדברי החינוך ניתן היה להרגו בהודאת פיו, ומדוע הוצרך הרמב"ם לומר שהרגו מדין המלכות או כהוראת שעה, ע"כ שהרמב"ם חולק וסובר שבן נח לא נהרג עפ"י עצמו. ויש לדחות הוכחה זו, שכן מדברי הרמב"ם נראה שמקבלים גרים מעמלק, שהרי פסק בהלכות איסורי ביאה (יב יז) בזה"ל:

כל הגויים כולם כשיתגיירו ויקבלו עליהם כל מצוות שבתורה, והעבדים כששתחררו הרי הן כישראל לכל דבר וכו' חוץ מארבעה עממין בלבד והם עמון ומואב ומצרים ואדום שהאומות האלו כשיתגייר מהן אדם הרי הוא כישראל לכל דבר אלא לענין ביאה בקהל וכיצד דינן" וכו'.

הרמב"ם לא הוציא עמלק מדין גיור, וכן בהלכות מלכים (ו ד) פרס: "שבעה עממין ועמלק שלא השלימו אין מניחין מהם נשמה", והראב"ד השיג בזה"ל: "זה שבוש, אלא שיכול לומר השלימו לקבל המצוות", וכתב בחזו"א (יו"ד קנו ה) שמדברי הרמב"ם והראב"ד למדנו שאם באים להתגייר מקבלים אותם. ומדברי הגמרא (סנהדרין צו ע"ב) שבני בניו של המן למדו תורה בבני ברק כתב שאין להוכיח שמקבלים גרים מעמלק, ד"ל דבני בניו נתערבו באחרים וקיבלו אותם. לפי זה אין להוכיח שהרמב"ם חולק על החינוך, כי גר העמלקי היה יהודי ואינו נהרג עפ"י עצמו, ולכן הוזקק הרמב"ם לכתוב שהרגו מדין המלכות או

הוראת שעה.

אך בחזו"א הסיק שם שאין דברי הרמב"ם סותרים את דברי המכילתא, כי דברי המכילתא אמורים לאחר שנכנסו למלחמה אין מקבלים אותם, ובשאר אומות מקבלים אף לאחר שנכנסו למלחמה, וכמשי"כ התוספות (סוטה לה ע"ב), ולא יניח נין ונכד לעמלק היינו בעושה מעשה עמלק, וכדאמר (עבודה זרה י ע"ב) בקרא ולא יהיה שריד לבית עשיו בעושה מעשה עשיו, והא דאמרו במכילתא נזכר דוד באותה שעה מה שנאמר למשה רבנו אם יבוא מכל האומות שבעולם להתגייר שיקבלוהו ומביתו של עמלק שלא יקבלוהו, צריך לומר דגר העמלקי זה היה במלחמה והלך ונתגייר וקיבלוהו, וזו אמר שקיבלוהו שלא כדין כיוון שהיה במלחמה.

לפייז גר העמלקי היה גוי ושוב חוזרת וניצבת ראיית מהרי"ץ חיות שהרמב"ם חולק על החינוך וסובר שאין ב"נ נהרג עפ"י עצמו. והוסיף שם המהרי"ץ חיות שטעמו של הרמב"ם הוא כמו שכתב שם "שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלקין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם", וטעם זה שייך גם בב"נ. וכך כתב גם ביחזון יחזקאלי (פסחים ג ע"ב). אך ראיתי בספר 'חמדת ישראל' (גר מצווה ל"ב, עמ' 199) שכתב שיש לחוש לטעם הרמב"ם רק בישראל דכתיב ביה והצילו העדה, שצריך לחזר אחר זכות, אך בב"נ, דאין בהם דין זה של והצילו העדה, אין לחוש לשמא נטרפה דעתו בדבר זה.

עוד כתבו 'אור שמח' ו'חזון יחזקאלי' שם שמדברי הרמב"ם בהלכות מלכים (סוף פ"ט) שכתב "בן נח נהרג בעד אחד ובדין אחד בלא התראה ועפ"י קרובין", ולא כתב נהרג עפ"י הודאתו, משמע דאינו נהרג עפ"י הודאתו. ועדיין יש להקשות מן הכתוב "ויאמר אליו דוד איך לא יראת לשלח ידך לשחת את משיח ה', ויקרא דוד לאחד מהנערים ויאמר גש פגע בו ויכהו וימת" (שמי"ב א יד). מבואר שהרגו משום שהרג את שאול שיש לו דין רוצח, ומדוע לא הרגו מדין מחיית עמלק. בשלמא לרמב"ם (סוף מניין מצוות עשה) שכתב שמחיית עמלק היא מצווה המוטלת על הציבור אתי שפיר, שדוד שהיה יחיד אינו מצווה בזה, משא"כ לשיטת החינוך שכתב (מצווה תקנח) שעל כל יחיד שייקרה לפניו מזרע עמלק חלה מצווה זו, קשה מדוע לא הרגו מדין מחיית עמלק (ויעוין בימשך חכמה' סוף פרשת כי תצא).

עוד הוכיחו מהרי"ץ חיות, או"ש ו'חזון יחזקאלי' שב"נ נהרג עפ"י עצמו מהא דאמרינן בפסחים (ג ע"ב), ההוא ארמאה דהוה אכיל פסחים בירושלים, אמר כתיב כל בן נכר לא יאכל בו, כל ערל לא יאכל בו, ואנא הא קאכילנא משופרי

#### אלימלך וינטר

דשופרי וכו', בדקו בתריה ואשכחוהו דארמאה הוא וקטלוהו, וכאן לא היו עדים שאכל מהפסח, והרגוהו עפ"י עצמו, וכן כתב רש"י: ור' יהודה בן בתירא לא היה בידו להרגו, משמע דאם היה בידו להרגו היה זן אותו למיתה עפ"י הודאתו בלבד.

מהר"ץ חיות כתב שלשיטת הרמב"ם, אינו נהרג עפ"י עצמו, לא קשיא מהאי ארמאה דקטלוהו עפ"י עצמו, מפני שטעם הרמב"ם שמא הוא מהמאבדים עצמם לדעת, ומודה על דבר שלא עשה כדי שיהרג, וזה לא שייך במעשה זה שלא בא להעיד על עצמו כדי שייענש, רק ע"י שאמר ספו לי מאליה אגלאי מלתא דעכו"ם הוא, עכ"ד. [ומה שאם היה ביד ר' יהודה להרגו היה הורגו, אע"פ שאמר לו בהדיא שאכל משופרי דשופרי והוא ערל, כיוון שאמר זאת כמתפאר במעשיו ולא למטרת עונש, לא שייך בו טעם הרמב"ם].

מה שהבאנו לעיל ממדרש רבה "כולהו בהלכות ב"נ בעד אחד בדין אחד בלא עדים", וכתב בעל "פה תואר"י שבלא עדים היינו בהודאת עצמו, מבואר שלא כדברי הרמב"ם, קושי זה מתפרש ע"י 'חזון יחזקאל' בכך ש"בלא עדים" היינו שעשה המעשה בפני הדיין, והוא נדון עפ"י ראיית הדיין, ולא אמרינן בב"נ אין עד נעשה דיין.