

חזינן דהמגביה ידו על חבירו נקרא רשע ואף דאינו חייב מלקות ובשו"ע חו"מ סי' ל"ד סעיף קטן ב' בהרמ"א פסק דאם הגביה ידו על חבירו פסול לעדות מדרבנן ומפרש שם הסמ"ע הטעם אף דהויא איסור מדאורייתא מכל זאת כיון דאין לוקה עליו לא פסול מן התורה וכן כתוב בביאורי הגר"א זצ"ל שם, וקשה לי על זה דאמאי לא יהא פסול מהתורה ואף דאין חייב מלקות דהא הטעם דל אפסול לעדות אלא דוקא אם עבר על עבירה שחייב מלקות הוא מטעם דלא נקרא רשע אלא אם חייב מלקות ואם אינו חייב מלקות לא נקרא רשע, וכמו שהבאתי מהרמב"ם לעיל, וזה הוא רק בשאר עבירות אבל בהרמת יד כיון דהתורה קראו רשע אם כן מאי איכפת לן אם אינו חייב מלקות כיון דנקרא רשע ואין לומר דלימוד זה הויא רק כאסמכת בעלמא דהא הסמ"ע כתב שם בפירושו דזה הוא לימוד גמור ואיסור מדאורייתא, ואם כן קשה אמאי כשר לעדות מן התורה וגם קשה על עיקר הכלל של הרמב"ם דלא פסול לעדות אלא אם עבר על עבירה שחייב מלקות משום דאז נקרא רשע הלא מצינו דאף אם עבר על איסור שאין בו מלקות כגון הרמת יד גם כן נקרא רשע, ואם כן היינו צריכין לומר דאם עבר אף על עבירה שאין בה מלקות יהא פסול לעדות משום דמצינו דהמדים יד על חבירו להכותו נקרא רשע אף דאין בו מלקות, וקשה על שיטת הרמב"ם וגם דברי הרמ"א בשו"ע חו"מ שם קשים דאמאי לא פסול אלא מדרבנן אם מרים יד על חבירו להכותו.

ולכאורה הנה נרא לתרץ דאפשר לומר כיון דבקרא כתיב אל תשת רשע עד ואנן לא ידעינן באיזו רשע דבר הכתוב אם רשע המחויב מלקות או רשע העובר על איסור גרידא דאין בו מלקות, ולכן מספיקא אמרינן דכיון דסתמה התורה ולא פירש איזה רשע אין אנו יכולין להחמיר ולפוסלו לעדות אף אם עבר על עבירה שאין בה מלקות ולכן לא פסול אלא אם כן עבר על עבירה שיש בה מלקות.

אבל באמת אין אנו יכולין לומר כן דאם נאמר כן אפילו אם עבר עבירה שיש בה מלקות לא יפסול לעדות דכיון דבקרא סתמא כתיב אל תשת רשע עד ואנן הוא דלא ידעינן באיזה רשע דבר הכתוב ואין אנו יכולין להחמיר עליו, אם כן גם חייבי מלקות יהא כשר לעדות דהא מצינו גבי חייבי מיתות ב"ד ג"כ דנקרא רשע דכתיב אשר הוא רשע למות, ואם כן צריכין אנו לומר כיון דבקרא סתמא כתיב אין אנו יכולין להחמיר ולומר דגם חייבי מלקות פסולין

ולכאורה רציתי לתרץ זה כן, דהא מאן תנא דמתניתין דאמר כל זמן שרשעים בעולם חרון אף בעולם ורב יוסף מפרש אליביה דמאן הוא הרשעים גנבי ר' עקיבא הוא דאמר זאת במתניתין דהא ר"ע מסיים שם המשנה, ולר"ע לא קשה כלל דהא ר"ע סבר במס' מכות דף ד' ע"ב, דלאו הניתן לעשה לוקין עליו דר"ע אמר שם דהא דאין לוקין על לאו דנותר לאו מן הטעם משום דהויא לאו הניתן לעשה אלא מטעם דהויא לאו שאין בו מעשה, ואם כן הא סבר ר"ע דלאו הניתק לעשה דלוקין עליו, ולפי זה לר' עקיבא גם על לאו דגניבה גם כן לוקין אף דהויא לאו הניתן לעשה ושפיר אמר רב יוסף דלר"ע מאן נינהו רשעים גנבי דלר"ע לוקין על גניבה, ולכן מיקרי רשעים גנבי, ומתורץ קושייתי - אלא דזה אינו רק לחד גירסא שם במכות דגרסי ר"ע אבל גירסא אחריתא יש שם דגרסי ר' יעקב ולא ר"ע ור' יעקב הוא דסבר דהטעם דאין לוקין על נותר הוא מטעם דהוא לאו שאין בו מעשה ואין לוקין על לאו שאין בו מעשה, אבל ר"ע סבר דאין לוקין על לאו הניתק לעשה ואם כן הדרא הקושיא לדוכתא ואף לגירסא הראשונה גם כן אינו מתורץ ועדיין קשה דאף אם אמרינן דר"ע סבר דלאו הניתן לעשה גם כן לוקין עליו אפילו הכי לא משכחת לה מלקות גבי גניבה ההא לאו זה דגזילה ניתן לתשלומין דהא כתיב והשיב את הגזילה, אם כן לא משכחת לה מלקות גבי גניבה דהא קי"ל דאין לוקה ומשלם וכיון דחייב לשלם על כרחך צריך לומר דפטור ממלקות דאין לוקה ומשלם.

אמנם יש לחלק בזה היכא דהגזילה בעין אפשר דלא מקרי תשלומין וכבר נחלקו בזה הראשונים הבעה"מ והרמב"ן דלשיטת הרמב"ן אם איתא בעינה לא מקרי תשלומין ובספרי לב יוסף הארכתה בזה עיי"ש במערכה א', ולשיטת בעה"מ הדרא הקושיא דלא משכחת מלקות גבי גזל אף אם אמרינן דלאו הניתן לעשה גם כן לוקין משום דאין לוקה ומשלם ואיך קרא רב יוסף לגנבי רשעים הא אין בהם מלקות.

ולכן נראה לי לתרץ לכל הגירסות ולכל השיטות אך מתחילה צריך להבין דברי הרמב"ם שהבאתי לעיל דלשיטתו קשה מנא לנו לומר באמת דדוקא אם עבר עבירה שיש בה מלקות הא מצינו גם כן אם עבר עבירה שאין בה מלקות גם נקרא רשע, וכדאיתא בסנהדרין דף נ"ח ע"ב אמר ר"ל כל המגביה ידו על חבירו נקרא רשע שנאמר רשע למה תכה רעך הכית לא נאמר אלא תכה ואפילו הכי קראו רשע אלמא