

וקיימא לן דאינו לוקה ומשלם -

And we have established that he is not both flogged and made to pay

Overview¹

Our משנה states that קנס must pay על אחותו, and in מס' מכות the משנה states that receives מלקות. However there is a rule that אין לוקה ומשלם so how can he receive מלקות and pay. The issue in this תוספות is whether the question is why is he לוקה, or why is he משלם.

נראה לרבינו יצחק דלא פריך אמתניתין² דהתם אמאי לוקה -

It appears to the ר"י that the גמרא is not asking on the משנה there in מס' מכות, why is he לוקה since he pays קנס; that is not a question -

דהא פשיטא דמשכחת לה מלקות בלא קנס³ כגון בוגרת⁴ ומפותה⁵ או בעולה⁶ -

For it is obvious that we can find a case where there is מלקות without קנס (by (by the גמרא), for instance is she was a בוגרת and she was seduced, or she had prior relations -

אלא אמתניתין קשיא ליה אמאי משלם קנס כיון דאיכא מלקות⁷ -

Rather the question is on our משנה here; why does he pay קנס, since there is – אינו לוקה ומשלם, and the rule is מלקות for having relations with אחותו,

⁸ responds to an anticipated difficulty: תוספות

ואפילו בלא אתרו ביה מצינן למימר דסלקא דעתיה דמקשה -

And even if it is a case where they did not warn him, nevertheless the גמרא still has a valid question, for we can say that the questioner assumed -

¹ See 'Overview' to previous תוס' (לא, ב) ד"ה ורמינהי

² We cite the marginal note, which quotes from the תוספות ישנים as follows: ונראה איפכא דאמתניתין לא קשיא ליה הא דמשלם, דהא רבי קרא חייבי לאוין וכריתות דמשלמין, אלא אהיה מתניתין קשיא ליה, אמאי לוקה דמשמע ליה דאיירי התם בנערה דומיא דמתניתין, ומיהו איכא למימר דפריך אמתניתין אמאי משלם בחייבי כריתות כדפירש ר"י בסמוך.

³ See 'Thinking it over' # 1.

⁴ A בוגרת is a woman who is passed the stage of נערה (she is more than 12 and a half years old). The punishment of קנס is for a נערה but not for a בוגרת.

⁵ If one was מאנס (raped) a בוגרת there is no קנס; however there is payment due to her for בושת ופגם; however if it was consensual (a מפותה – seduced) there is no payment at all

⁶ There is קנס if one was מאנס a בתולה, but not a בעולה.

⁷ There is (always) a חוב מלקות regardless whether she is a בתולה, a בעולה, or a בוגרת, etc., So how can he ever pay קנס since אינו לוקה ומשלם. See 'Thinking it over' # 2.

⁸ Seemingly we can answer the reason he pays קנס is because there was no התראה, no one warned him, before the act that he will receive מלקות, and therefore since there is no מלקות, he is required to pay the קנס; so what is the question on our משנה?!

דחייבי מלקיות שוגגים פטורים מן התשלומין⁹ -

That those who are liable for מלקות are exempt from payment even if they transgressed inadvertently -

ומשני עולא דמתניתין אפילו בהתרו בו דממונא משלם ולא לקי¹⁰ -

And עולא answered that our משנה may be even discussing a case where they warned him but nevertheless the rule is that he pays the money (the קנס) but does not receive מלקות -

ורבי יוחנן משני¹¹ דמיירי בלא התרו בו¹² -

And ר"י answers that our משנה is discussing a case where he was not warned and therefore he is required to pay since there is no מלקות -

ואזיל לטעמיה דאית ליה דחייבי מלקיות שוגגים חייבין¹³ בתשלומין:

And ר"י follows his reasoning, for he maintains the מלקיות שוגגים are liable for payment.

Summary

The question is on our משנה why does he pay קנס since there is (always) a חיוב (מלקות) because that משנה is in a case where there is no חיוב ממון (like a בוגרת, etc.).¹⁴ However even in those cases there is still a חיוב ממון, since there was no התראה.

Thinking it over

1. מכות (where it teaches that there is no difficulty with the משנה) because that משנה is in a case where there is no חיוב ממון (like a בוגרת, etc.).¹⁴ However even in those cases there is still a חיוב ממון, so why does he receive מלקות?

⁹ We know that one who commits a capital crime is not liable to pay for any monetary damage he caused while committing this capital crime (for instance he burned his friend's grain on שבת). This exemption from payment applies even if the person will not be liable for capital punishment, because he was a שוגג. We can assume that this rule applies here assumed that the same rule applies for מלקות ומשלם that if he committed a crime which requires מלקות, he will be exempt from paying even if he did the crime בשוגג, so he will not receive מלקות.

¹⁰ עולא maintains that when there is both a חיוב קנס and a חיוב ממון, he is obligated to pay, but will not receive מלקות. Therefore in our משנה (even though there is a חיוב מלקות, nevertheless) he pays and is exempt from מלקות. The משנה is in a case where there is no חיוב ממון (by a בוגרת, etc.), as the ר"י explained previously.

¹¹ See לב, ב.

¹² ר"י argues with עולא and maintains that when there is a חיוב מלקות and תשלומין he receives מלקות (and is פטור), and our משנה is in a case where there is no חיוב מלקות; he was not warned. Therefore he pays the קנס. The חיוב ואינו משלם he is מלקות in all cases even when there is a קנס, but nevertheless he is מלקות.

¹³ It is only by מיתת שוגגים that he is פטור from payment but not by מיתת שוגגים.

¹⁴ See footnote # 3.

2. תוספות states that the question is on our משנה (why does he pay קנס since there is a חיוב מלקות),¹⁵ but the משנה in מכות is discussing a בוגרת, where there is no קנס. It is therefore difficult to understand עולא's answer of כאן באחותו נערה כאן באחותו בוגרת; how does that answer the question; we assumed it in the question as well; עולא should have answered, ממונא משלם מילקא לא לקי,?! כל היכא דאיכא ממון ומלקות,

¹⁵ See footnote # 7.