

שהחייילים משתמשים בכלים – אין כאן ג. אולם אם תהיה הוראה אחרת – איסור גזל. הרי זה ספק, וספיקא דאורייתא לחומרא.

סימן נט

עובר שמת כתוצאה מתאונת דרכים

שאלה¹

מי שהיה מעורב בתאונת דרכים ופגע באשה מעוברת, כתוצאה מהתאונה, העובר נולד בניתוח קיסרי והוצא חי, לא שרד. הנהג הורשע על נהיגה ברשלנות. השאלה היא האם ניתן להאשימו בגרימת מוות ברשלנות, כי בזמן התאונה העובר ניזק בצורה חמורה וכתוצאה ממנה נגרם מותו אחרי לידתו, או שמכיון שברגע הפגיעה העובר היה עדיין במעי אמו אין להאשימו בגרימת מוות.

א. תשובת משרד המשפטים – אדם נידון על תוצאות מאוחרות של מעשיו

אדם חייב על רציחה גם אם הנרצח לא מת מיד, אלא כעבור זמן רב, אם אכן מותו נגרם כתוצאה ישירה מפגיעת הרוצח. אולם כאן המקרה שונה. במשך הזמן שעבר מהפגיעה עד המוות השתנה מעמדו של העובר והוא הפך לילוד שעליו חלים דיני רציחה, האם יש להאשים את הנהג בהריגת ילוד שעליו חלים דיני רציחה, או שמא דנים אותו כפי שהיה בשעת

התאונה, שהיה עדיין עובר במעי אמו ואין להאשימו ברציחה אלא בחבלה ובנהיגה ברשלנות בלבד. אילו היינו דנים אותו לפי דיני ישראל בזמן שעונש מוות נהג, ברור שגם אם היה מזיד לא היו מענישים את הנהג עונש מוות, כי לא היתה כוונת זדון ולא התראה. וגם אם היה שוגג, כפי שמסתבר בנ"ד, שזהו גדרה של נהיגה רשלנית, לא היה חייב גלות, כי העובר לא מת מיד. וגם אם היה מת מיד לא היה חייב על עובר. כל הדיון הוא על ענישה אחרת, מדין המלכות, הנוהג גם כאשר משפט התורה תקף. יש מקום להקיש מדין התורה על דין המלכות בשאלה העקרונית האם יש להחמיר בעונשו כאילו הרג ילוד או להקל כדין הורג עובר.

תשובת משרד המשפטים מתבססת על סברת הנמו"י בב"ק פ"ב שדנים את כל התהליך כאילו נעשה כולו בתחילתו. הנמו"י בב"ק פ"ב דן במצית אש ומת. הנזק נעשה לאחר מותו בכ"ז הוא חייב למרות שהשתנה דינו. וכן מותר להדליק נרות בע"ש למרות שהם ממשיכים לדלוק

1. נושא זה הופנה אלי בזמנו ע"י המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים. העליתי את התשובה על הכתב אך בגלל טרדוטי היא לא נשלחה לבסוף ליעודה. לאחרונה קראתי בעיתונות שניתן פס"ד בנושא בבהמ"ש. הדבר עוררני לעבור על תשובתי מחדש ולהתקינה לדפוס.

היכל בו נשרף". והרי ר' יוחנן הוא שסובר בב"ק כב אשו משום חיציו, וא"כ לדעת הנמו"י השרפה היתה כולה בתשיעי? אלא ע"כ יש לחלק בין הגברא לחפצא. הגברא השורף חייב על כל השרפה כבר בהתחלה. אולם אנו מתאבלים על החפצא, על הבית שנשרף, והוא נשרף בעשירי.

הבחנה זו בין חיוב הגברא לחפצא עולה מהסוגיה בב"ק כו ע"ב:

ואמר רבה: זרק תינוק מראש הגג ובא אחר וקבלו בסייף – פלוגתא דר' יהודה בן בתירא ורבנן. דתניא הכוהו עשרה בני אדם בעשרה מקלות, בין בבת אחת בין בזה אחר זה – כולן פטורין.

כלומר לרבנן שהלכה כמותם כל אחד עשה רק חלק מהרציחה לכן שניהם פטורים. ומדוע לא נאמר שהראשון שזרק את התינוק כבר נחשב כרוצחו ורק הוא יתחייב לבדו על הרציחה? שהרי מי שזרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל – פטור, מאי טעמא? מנא תבירא תבר. ולכאורה מה ההבדל בין זורק כלי לזורק תינוק? וע"כ צ"ל משום שהתינוק עדיין חי עד הרגע שבא השני וקבלו בסייף. ויש הכרח אפוא לחלק בין כלי לתינוק. בזורק כלי – הראשון חייב לדעת הנמו"י שהולך בתר מעיקרא כי הוא נחשב כשובר את הכלי מיד עם זריקתו. אך זורק תינוק א"א להגדירו כרוצח מיד עם זריקת התינוק כי מצד החפצא של התינוק הוא עדיין חי עד הרגע האחרון.

לעניין חיוב ממון אין צורך שהכלי ייחשב כשבור מהרגע הראשון, אדם חייב לשלם על נזק שהוא אחראי לו (להלן יוסבר הדבר יותר) או כדעת התוספות משום שלכלי אין כבר ערך ממוני מהרגע הראשון, או כדעת הנמו"י שזורק אבן וכן מצית אש הוא אחראי על השרפה מהרגע הראשון. לפי הסבר זה

בשבת. בשני מקרים אלו משתנה הדין מחי למת ומחול לשבת. ובכ"ז דנים אותו כאילו היה דינו הסופי כבר בתחילה. ואף כאן מכיון שבסוף התהליך הילד מת יש להאשימו כבר בתחילת התהליך בהריגה כאילו הרגו בשעת התאונה, ולא רק בנהיגה ברשלנות, לפי מצבו המשפטי בעת התאונה.

ב. דחיה ראשונה – הבחנה בין הגברא לחפצא

לענ"ד אדרבה, לפי הנמו"י יש לדונו כאילו הנהג הדורס הרג בשעת התאונה עובר ולא יילוד. שהרי הנמו"י סובר שמטילים עליו את הדין שהיה נוהג בזמן ההצתה. אם ההצתה היתה ביום חול הוא נידון כמי שעשה את המעשה ביום חול, למרות שהשריפה היתה בשבת. וכמו"כ אם בזמן השריפה המצית כבר מת דנים אותו על שעת ההצתה כאילו עשה את כל המעשה בהיותו חי ודמי הנזק חלים על רכושו ולא על היורשים. וא"כ ה"ה גם כאן לדבריהם הנהג נחשב כאילו כבר הרג את הילוד ברגע הדריסה והרי באותה שעה היה עדיין עובר ואין להאשימו ברציחה. ואין לומר שלפי הנמו"י גם העובר נחשב כאילו היה כבר ילוד ברגע התאונה. כי יש להבחין בין הגברא לחפצא. רק הגברא נחשב כאילו עשה את המעשה כבר בתחילה, אך החפצא – הילוד – לא נחשב ילוד אלא רק כשנולד בפועל, ואיננו מתיחסים אליו כאילו נולד כבר מעיקרא כילוד גמור.

הבחנה זו בין הגברא לחפצא מסתמכת על דברי ר' יוחנן במסכת תענית דף כט ע"א: "אלמלי הייתי באותו הדור – לא קבעתיו אלא בעשירי, מפני שרובו של

הרמב"ן לא מקבל את חילוק התוס' בין זורק חץ לזורק כלי כסברה כ"כ פשוטה, אלא כשם שזורק חץ אין שינוי בכלי, כך בזורק כלי עצמו, אמנם הוא מאבד מערכו, כי אין לו קונה, אך לא ניכר בו עצמו שינוי. השינוי הוא רק במצב התנועה שבו הוא נמצא. זהו שינוי חיצוני לא מהותי לכלי עצמו.

אין אפשרות להסתמך רק על סברת הנמו"י כאשר הרי"ף התוס' והרמב"ן (וכן הרמב"ם ר' שלטי הגבורים ריש פ' כיצד הרגל) חולקים עליו.

ד. דחיה שלישית – הסבר חדש בדבר הנמו"י

עצם ההנחה שלדעת הנמו"י החיוב חל למפרע אינה מוסכמת. כי יש לכך הרבה סתירות בתלמוד. הובאה ראייה מזבחים (טו ע"א):

בעא מיניה רבי ירמיה מרבי זירא: היה מזה, ונקטעה ידו של מזה עד שלא הגיע דם לאויר המזבח, מהו? וא"ל: [פסולה, מ"ט?] והזה... ונתן בעיניו. משמע שאלמלא גזה"כ היתה ההזאה כשרה כי הולכים בתר מעיקרא. אך יש להביא ראייה נגדית מכתובות (לא ע"א):

הזורק חץ מתחילת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו פטור שעקירה צורך הנחה.

ולפי הנמו"י שהכל נעשה מעיקרא, גם חיוב השבת וגם חיוב הממון חלו מיד בתחילה א"כ ל"ל הטעם של עקירה צורך הנחה? (אבני נזר או"ח סי' מח אות י').

ובשבת קב ע"א זו מחלוקת רב כהנא ורבא בזורק ונזכר מאחר שיצתה מידו. לר"כ חייב חטאת כי הולכים בתר מעיקרא

הנמו"י חולק על התוס' (ב"ק י"ז ב ד"ה זרק כלי) שכתבו "סברה פשוטה היא לחלק בין זורק חץ לזורק כלי". וסברתם הפשוטה היא שבזורק חץ הכלי עדיין במקומו ולא ניכר בו שום שינוי, משא"כ זורק כלי, הכלי עצמו בתהליך מוחשי ומשמעותי של התרסקות. השינוי ניכר לעין. כלומר זהו נזק ניכר. לדעת הנמו"י גם כשהנזק עדיין לא ניכר בעליל הולכים בתר מעיקרא, כאילו כל הנזק נעשה מיד. ואכן לדעת הקצות בסי' שצ"ס"ק א הנמו"י חולק על התוס'. אך כבר הוכיחו מהנמו"י עצמו שגם הוא מסכים לסברת התוס'. ולכן הסבר זה צ"ע.

ג. דחיה שניה – דעת הרי"ף

לדעת הרמב"ן (במלחמות סוף פ' כיצד הרגל בפ"י השני) הרי"ף חולק על הנמו"י. הוא לא הולך בתר מעיקרא אלא בתר השתא, ובכ"ז השני פטור, כי לכלי לא היה כבר ערך כספי, וכנ"ל שכלי הנזרק איבד את ערכו. אין מי שיקנה אותו. משא"כ חיי אדם. אלו אינם נמדדים בערך ממוני, כל עוד נשמת חיים באפו הוא אדם חי. והביא ראייה מזורק תינוק שהראשון פטור וע"כ משום שהוא עדיין לא מת. וכן מכופר.

(גם הנמו"י יכול לחלק בין ערך ממוני של כלי לבין חיי אדם, למרות שסובר בתר מעיקרא). גם הרמב"ן מבחין בין חיוב הגברא לחפצא. אולם בכיוון הפוך מהנמו"י. מבחינת הגברא, הראשון לא עשה דבר כי בתר תבר מנא אזלינן. אך מבחינת החפצא הכלי כבר אין לו ערך ממוני מיד עם השלכתו. לכן השני פטור. ואילה"ק שהראשון יתחייב משום שהפסיד את הכלי ע"י שהפך אותו מכלי בעל ערך לכלי שאין לו דמים, כי י"ל דהוי כנזק שאינו ניכר.

ברה"ד וקרע שיראין בהליכתו, להך לישנא דאמרת אי אפשר להנחה בלא עקירה, הכא נמי אי אפשר להנחה בלא עקירה; להך לישנא דאמרת לא מצי מהדר לה, הכא מצי מהדר לה.

ופסק הרמב"ם בהלכות גניבה (פ"ג ה"ב) **כלישנא בתרא:**

כיצד, זרק חץ בשבת מתחלת ארבע לסוף ארבע וקרע בגד חבירו בהליכתו, או שהדליק גדיש חבירו בשבת... הרי זה פטור מן התשלומין שאיסור שבת ואיסור גניבה והיזק באין כאחת.

כל הסוגיות הנ"ל עוסקות במעשה רציף אחד, שלא ניתן להפריד בין תחילתו לסופו. משא"כ בנ"ד שלא היה רצף בין התאונה לבין התוצאה, אלא שבתוך התהליך המשפטי נשתנו סעיפי האישום. הליך משפטי פלילי אינו תהליך רציף טבעי של מעשה אחד הנעשה מכוח אחד. לכן לא ניתן לומר שהחיוב חל למפרע (ר' גליון הש"ס לגרעק"א מכות ה ע"א שהבחין בין דיני ממונות לדיני קנסות ודיני נפשות. בדיני ממונות החיוב חל למפרע. כי ביה"ד לא מחיל על החייב דין חדש. הוא רק מברר את חיובו מעיקרא. אך דיני נפשות ודיני קנסות הם עונשים שביה"ד מטיל **עתה** על הנידון. החיוב חל רק מכאן ולהבא. וזו גם כוונת הירושלמי שהובא ע"י הגר"א בהגהותיו לב"ק עד ע"ב. ור' תוס' ב"ק לג ע"ב בהמשך לדבריהם בע"א וצ"ל שפלגא נזקא בשור תם שאני מיתר הקנסות).

העולה מכל האמור שדברי הנמו"י עוסקים בנושא ספציפי של זורק חץ, שהוא מעשה רציף אחד, שתחילתו בפטור וסופו בחיוב (כגון נר בע"ש) וכן להפך שתחילתו בחיוב וסופו בפטור (כגון מזיק שמת). הוא לא

וכזרק היה שוגג, ולרבא פטור משום דלא הוי תחילתו וסופו בשגגה, כי לא הולכים בתר מעיקרא.

האבני נזר (שם) מפרש שכוונת הנמו"י אינה כפשוטה שכאלו כל המעשה נעשה ברגע הראשון. גדר הדברים שונה. רק אחריותו של האדם על מעשיו בעודו בחייו משעבדת את רכושו ברגע הראשון ולכן יורשיו חייבים לפרוע את חובותיו מהרכוש שהוריש להם. אולם עצם המעשה נעשה בשעתו (ר' שם הוכחותיו ובדומה לזה כתבו ר' אלחנן וסרמן בקובץ שעורים לב"ב שפ"א והגר"ש שקופ ב"ק סי' א).

ה. דחיה רביעית – חילוק בין מעשה רציף להליך משפטי

ועוד לענ"ד נראה לחלק בין הנושאים. גם אם נניח כפי שמשמע לכאורה מפשט דברי הנמו"י שהחיוב חל למפרע, לא ניתן לומר זאת אלא במעשה רציף אחד. כגון חץ המועף מנקודה אחת לחברתה, שלא ניתן להפריד בין תחילת המעשה לסופו (וה"ה לאש לר' יוחנן שאשו משום חציו).

ראיה לכך מכתובות לא ע"א:

אמר רבי אבין: הזורק חץ מתחילת ארבע לסוף ארבע וקרע שיראין בהליכתו – פטור, שעקירה צורך הנחה היא.

והגמ' מסבירה זאת בשני אופנים:

אי אפשר להנחה בלא עקירה... אי נמי, אי בעי לאהדורה לא מצי מהדר לה. מאי איכא בין האי לישנא להאי לישנא? איכא בינייהו: המעביר סכין

היה הפציעה ולכן יש לחייב את הרוצח על רציחה. אולם עד אז דינו תלוי ועומד. כי אדם אית ליה מזלא ויש מקום להתפלל וסממניה בידן והרבה שלוחים למקום לרפאותו. אין הדבר דומה לחץ שלא ניתן לשנות את מעופו. אמנם גם באש עצמה יש מצבים שבהם היא ניתנת לכיבוי, אך לעניין חיוב ממון הטילה התורה את מלוא האחריות עליו כאילו היו חציו ממש (ואכן דעת הר"ן בסנהדרין עז ע"ב שברוצח אשו אינה כחציו וכנראה זו גם דעת הרמב"ם ור' חכמת שלמה ב"ק כד ע"א). רק רוצח שפגע באדם ועשהו גוסס, שאין כמעט שום סיכוי שיירפא מפציעתו, אלא בדרך נס, יש מקום להשוותו לחץ. וצ"ע מה היה המצב בנ"ד.

אך בלאו הכי נלענ"ד שאם היה מדובר בחובל ילוד שיש עונש מוות על הריגתו, גם אם החבלה לא נראתה מסוכנת בשעתה אולם אח"כ המצב החמיר והילוד מת מפציעו, יש להאשימו ברצח. כי איגלאי מילתא למפרע שלא חבלה היתה שם אלא רצח (כי זה הדין ולא בגלל שאשו משום חיציו). אולם זה שחבל בעובר במעי אמו שאין עליו עונש מות ומעיקרא הואשם בחבלה בלבד אע"פ שאח"כ התברר שמת מחמת הפציעה איגלאי מילתא למפרע שהרג עובר ולא ילוד וא"א להאשימו ברציחת ילוד. ויש להשאיר בעינו את סעיף האישום הראשון.

ז. סיכום הדחיות

יש לערער את ההסתמכות על סברת הנמו"י שהולכים בתר מעיקרא מכמה סיבות:
א. הרי"ף, לדעת הרמב"ן, חולק וסובר שבתר תבר מנא אזלינן. ויש מפרשים כן גם בדעת הרמב"ם.

עוסק בשאלה המשפטית שלפנינו שתוך כדי התהליך המשפטי השתנה מעמדו של הנאשם והוחלפו סעיפי האישום.

ו. חילוק בין הגברא לחפצא

אמנם אפשר לומר שהליך משפטי אינו כזורק חץ, אך מותו של הילוד בכ"ז דומה יותר לאשו משום חיציו. העובר נפגע בתאונה בצורה כה קשה עד שלבסוף מת. וכלשון הגמ' בב"ק לד ע"א קרנא דתורא קבירא ביה. וכן כל רוצח, שבעת המעשה רק פצע פציעה אנושה וכתוצאה ממנה לבסוף הנחבל מת, הרוצח חייב מיתה. התהליך המשפטי רק נגזר מהתהליך הטבעי. והתהליך הטבעי דומה לחץ.

אלא שהדבר תלוי, אם הפציעה היתה אנושה והסבירות הגבוהה היא שהפצוע לא ישרוד, יש לו דין רוצח כבר בתחילה. אמנם עדיין אין להעמידו לדין כרוצח אך הוא חשוד ברצח ועל כך דרשו בכתובות לג ע"ב:

אם יקום והתהליך בחוץ על משענתו ונקה המכה, וכי תעלה על דעתך שזה מהלך בשוק וזה נהרג? אלא מלמד שחובשין אותו, ואי מית – קטלינן ליה, ואי לא מית – שבתו יתן ורפא ירפא. (המקבילה בימינו היא מעצר עד תום ההליכים המשפטיים).

אם לבסוף הפצוע ימות הרוצח יידון כרוצח לכל דבר. אך אם הפציעה לא היתה אנושה ויש סבירות שהפצוע יחלים, אם כי יש גם סבירות הפוכה, מן הסתם לא ניתן לרוצח להעלם (אלא עליו להפקיד את דרכו ולהתייצב במשטרה לעתים מזומנות), אך מסופקני אם חייבים להניח אותו במשמר. ואם הפצוע ימות לבסוף מפציעו, רק לאחר מותו אנו מבינים למפרע שהגורם למותו

בעצמו אלא אם המלאכה **מתיחסת אליו בדרך משפטית** למרות שגופו נח נחשב כמחלל שבת. אמנם זה מנוגד למקובל בין הפוסקים וראשי הישיבות, אך כנראה זו דעתו. או ש"ל שמדובר לדעתו באיסור דרבנן בדומה לאמירה לנוכחי בשבת לדעת רש"י בשבת קנג שהיא אסורה מדין שליחות מדרבנן. כי מדרבנן מעשה השליח מתייחס למשלח, למרות שמדובר בגוי שאינו בר שליחות מה"ת ובשבת אין שליח לדבר עבירה כנ"ל, בכ"ז העובדה שהמעשה מיוחס אליו אסור מדרבנן ה"ה היה מקום לאסור הדלקת נר בע"ש שהולך ודולק בשבת. (ור' אג"מ אר"ח ח"ד סי' ס' שרצה לאסור מכוח סברה זו את השימוש בשעון שבת) וכונתו להוכיח שאין לייחס את המשך זריקת החץ למעשה העבירה, גם לא מדרבנן, כי מבחינת האדם הזורק את החץ המעשה כולו נעשה עם זריקת החץ וכל התוצאות בהמשך כלולות במעשה ההתחלתי.]

ח. אשתני דינא אשתני קטלא

לענ"ד יש מקור אחר לשאלה העומדת בפנינו, במשנה בסנהדרין דף עא ע"ב:
ברח (בן סורר ומורה) עד שלא נגמר דינו ואחר כך הקיף זקן התחתון – פטור,
ואם משנגמר דינו ברח. ואחר כך הקיף זקן התחתון – חייב.
כלומר אם השתנה מעמדו של הנידון בין העבירה לבין גמר הדין פקע ממנו הדין המקורי והוא פטור (סביר להניח שלא ייפטר לגמרי אולם העונש המקורי כבר לא יחול עליו).
ובגמרא:
אמר רבי חנינא: בן נח שבירך את השם

ב. הנמו"י עצמו התייחס רק לחיוב ממון אך ברציחה מודה שהולכים אחרי הסוף, או שבגלל החפצא נידון תמיד רק לפי הסוף, או שרציחה שאני שכל עוד האדם חי אין להתייחס אליו כאל מת.

ג. כוונת הנמו"י היא רק לעניין אחריותו הממונית של הפושע שממונו משועבד כבר מהרגע הראשון אולם גם הוא מודה שלא הולכים בתר מעיקרא.

ד. אין לדמות נ"ד לסברת הנמו"י כי הוא מדבר על תהליך רציף שבו התוצאה תלויה בקשר סיבתי ישיר לסיבה הראשונה. נ"ד הוא הליך משפטי שבו התביעה רוצה לשנות את סעיף האישום.

ה. מי שחבל בעובר שמת לבסוף מפצעיו כשכבר היה ילוד, נדון כחובל בעובר ולא כהורג ילוד (הנושא יידון להלן בהרחבה).

[²השוואת הנמו"י בין האמור למדליק נר בע"ש והמשך הבערתו בשבת צע"ג. איזו הו"א היתה לומר שחייב על בעירת הנר בשבת עצמה? הרי בשבת עצמה המדליק נח ולא עשה שום מעשה? (ולא מסתבר למשל לומר למ"ד יש שליח לדבר עבירה ששליח שהדליק נר בשבת יחייב את משלחו, סו"ס המשלח נח בשבת ר' חת"ס אר"ח סי' פד) ור' קידושין מג ע"א בעניין שליח לאכילת חלב ולבעילת ערוה לא מצינו זה נהנה וזה מתחייב. ור' חזו"א (שבת סי' לו, א) בהסבר ההבחנה בין גרמא בנוזיקין שהוא אסור לכתחילה לבין גרמא בשבת שהוא מותר, שהגורם למלאכה בשבת אמנם יש תוצאות בחפצא אך סו"ס הגברא לא עשה שום מלאכה אסורה. וצ"ל בדעתו שסובר שגם בשבת אין צורך שהאדם יעשה מלאכה

2. פסקה מוסגרת זו אמנם לא שייכת לנושא, אולם א"א להזכיר את סברת הנמו"י מבלי להתייחס לגדרי מלאכות שבת, בהן הוא עוסק.

האדם צריך אל הקיבוץ צורך הכרחי, אי אפשר בשום פנים שישלם קבוצו אלא במנהיג בהכרח... ולזה אומר שהתורה אע"פ שאינה טבעית יש לה מבוא בענין הטבעי.

כלומר המלכות אחראית לסדרי החברה עפ"י כללי הצדק הטבעי. התורה בהכירה בצורך החברתי הזה נותנת גיבוי לכך. ולד' הרמב"ם כפי שהסבירו האור שמח פ"ג מהל' מלכים ה"י משפט המלך גם בישראל הוא אוניברסאלי ומשותף לכל בני נח. כי מבחינה מסוימת גם עם ישראל כלול במין האנושי הכללי. משפט המלך מקביל לדיני ב"נ, שאף הם בנויים על כללי הצדק הטבעי. (ובסגנון המהר"ל: ב"נ פועלים לפי הטבע והתורה לפי השכל, ור' מש"כ באהלה של תורה ח"ד סי' טו ו-טז על דיני ב"נ.)

אמנם גם משפט המלך יונק את סמכותו ממשפט התורה. ולכן על המלך לכתוב את משנה התורה והיתה עמו כל ימי חייו. יושב בדין וספר תורה עמו (ר' דרשות הר"ן דרשה יא). אך בהרבה נושאים פרוצדוראליים משפט המלך אינו מחויב למשפט התורה, כגון לעניין ע"א והתראה. ולכן ספק אם יש מקום להשליך מדין התורה על משפט המלך בנושא זה. בכ"ז נראה שמכיון שמשפט המלך צריך לינוק את השראתו, ככל שניתן, מדין התורה, מן הראוי שגם בנושאים פרוצדוראליים יעשה כן.

אולם נראה לענ"ד שאנו מרכיבים באופן מלאכותי שתי מערכות משפט. משפט התורה ומשפט המלך. אם אכן הדין הפלילי מזוהה עם דיני ב"נ האוניברסאליים, הרי בדיני ב"נ גם הורג עובר חייב. וא"כ לפי דיני ב"נ כל דיונו מיותר. מעמדו המשפטי של הנדון לא השתנה כלל בין המעשה לבין העמדתו לדין. במשך כל התהליך הסעיף

ואחר כך נתגייר – פטור, הואיל ונשתנה דינו נשתנית מיתתו.

ופסק הרמב"ם (הל' מלכים פ"י ה"ד):

בן נח שבירך את השם, או שעבד ע"ז, או שבא על אשת חבירו, או שהרג חבירו, ונתגייר פטור, הרג בן ישראל או שבא על אשת ישראל ונתגייר חייב, והורגין אותו על בן ישראל, וחונקין אותו על אשת ישראל שבעל שהרי נשתנה דינו.

העולה מהסוגיה הוא שאם משתנה מעמדו של הנידון בין העבירה להעמדה בדין גם הרכב ביה"ד וכן הענישה צריכים להשתנות עקב השינוי במעמד הנידון. אלא שהדבר תלוי, אם הענישה הראשונה היתה חמורה יותר אנו מענישים אותו בענישה הקלה העכשווית. כי הענישה הקלה כלולה בחמורה. אך אם להיפך, כגון שבמעמדו הקודם היה נדון בקלה ועתה בחמורה אין דנים אותו בענישה העכשווית, החמורה יותר.

ולענייננו, מכיון שבשעת העבירה היה נדון על הריגת עובר, שאינה עבירה חמורה כהריגת אדם, אין אפשרות לדונו עתה על עבירה חמורה של הריגת אדם.

ט. המשפט הפלילי ומשפט המלך

אנו רוצים להשליך ממשפט התורה על מערכת המשפט הכללית. ההנחה היא שההלכה מכירה במערכת משפטית זו בתחום הפלילי (בתחום הממוני יש ב"ה בתי דין הדנים עפ"י התורה, ולכן בתי משפט שאינם דנים עפ"י התורה הם ערכאות, משא"כ בדין הפלילי). מאחר שאין בתי דין הדנים בפלילים עפ"י התורה אנו מתיחסים למשפט הפלילי במדינת ישראל, כאילו היה משפט המלך. ר' מו"נ (חלק ב פרק מ):

המלכות שמחילים כאן דיני נפשות. האם אין כאן כלאיים?

י. סמכותו של משפט המלך

מסתבר שגם לפי דין תורה ההורג עובר אינו נפטר בתשלום דמי ולדות בלבד. סו"ס עבר עבירה חמורה שב"נ חייבים עליה מיתה. ולכן הדין נותן שגם ב"ד ישראל צריך להענישו עונש חמור, בנוסף לדמי ולדות. אלא שהתורה לא קבעה מה עונשו והדבר מסור למשפט המלך. המלך לא חייב להעניש עונש מוות להורג עוברים, זהו אמנם מעין דיני נפשות, אך לא באותה חומרה. ולפי האמור מן הראוי שהמלך יאמץ את כללי ההלכה, שהרי לשם כך הוא כותב את משנה התורה, ולפי דין התורה יש כאן שני דיני נפשות דין עובר ודין ילוד. ומן הראוי שגם מלך ישתמש כאן בכלל של אשתני דינא.

גם הדין הפלילי הנוהג במדינה עושה פשרה בין דיני ב"נ, שבהם הורגים על עוברים, לבין דיני ישראל, שלפיהם הורג עובר לא מואשם ברצח, למרות שעבר עבירה חמורה של הריגת עובר. הריגת עובר היא עבירה פלילית אך אינה רצח. אולם עם לידתו של העובר ומותו אח"כ העבירה הפכה להיות רציחה. נראה לענ"ד שבמקרה זה מן הראוי שמערכת המשפט הפלילי תאמץ את כללי ההלכה של נשתנה דינו ואין לדונו על רצח.

ור' חלקת יואב מה"ת סי' יד שגם בני נח עצמם אינם חייבים להעניש עונש מוות דווקא על כל עבירה. הם רשאים להקל בענישה. רק כאשר אין ענישה מסודרת אחרת העונש הקבוע הוא מיתה. (ר' חלקת יואב שם שהק' מדוע ב"נ חייב על העוברין הרי

שהואשם בו הוא אותו סעיף של הריגה ואין הבדל בין עובר לאדם חי. כי לפי דיני בני נוח עובר דינו כאדם חי לכל דבר, שהרי ב"נ נהרג על העוברים. ואע"פ שליכא מידי שלב"נ אסור ולישראל מותר, באמת לא מדובר בהיתר לישראל. וכבר מוסכם שגם בישראל הריגת עוברים אסורה. אלא שבישראל אין עונשין מיתה על הריגת עוברים. זו לא קולא לישראל, אלא אדרבה חומרא. איננו רשאים להרוג אדם על הריגת עוברים. בכלל, כל דיני נפשות חמורים בישראל יותר מאשר בב"נ. בדיני ישראל אין הורגים אלא בשני עדים והתראה ובדיני ב"נ די בע"א וללא התראה. ובכך דיני ישראל חמורים יותר מדיני ב"נ.

נמצא אפוא שבדיני ב"נ לא חל בנ"ד שום שינוי במעמדו של הנידון. הוא נאשם על הריגה ונידון על הריגה.

לעומת זאת במשפט התורה הורג עובר אינו נדון בד"נ, אלא בדיני ממונות. עליו לשלם דמי חבלה לאשה ופיצוי לאבי העובר מדין דמי ולדות. ודין זה חל למפרע. (גם אם נניח שדמי ולדות הם עונש ולא ממון ר' מש"כ מו"ר הגר"ש ישראלי הו"ד בהקדמה לח"ד של האנצ' ההלכתית רפואית של הרב פרופ' אברהם שטיינברג. הם אינם קנס אלא חיוב ממון). ורק אם האשה נהרגה דנים אותו בדיני נפשות. ואז הוא לא נדון בדיני ממונות, משום קים ליה בדרכה מיניה. (גם אם נהרגה בלי כוונה אין דנים אותו בד"מ משום קלב"מ, ר' כתובות לו ע"ב).

וא"כ ממנ"פ, מדין המלכות דינו כדיני נפשות ואילו מדין התורה דינו כדיני ממונות ולא חל כאן כלל דין אשתני דינא שהוא בשני סוגי דיני נפשות ולא בדיני ממונות. ואילו אנו משליכים מדיני נפשות של דין התורה, שאינו חל כאן, על דין

לענ"ד נקודת המוצא של דין המלך צריכה להיות גורם ההרתעה. מה ירתיע יותר את העבריינים. מנקודת ראות זו לא נראה שנהג שפגע בעובר ללא כונה יירתע יותר אם ידע שעונשו יוחמר במקרה שהעובר ימות לאחר לידתו. הרי הוא לא התכוון בכלל, לא לעובר ולא לילוד. הוא לא ידע כלל מי נסע ברכב בו התנגש. הוא נהג ברשלנות, וכל נהיגה כזאת היא מסוכנת ומסכנת, כי היא עלולה לעלות בחיי אדם. ולכן בין אם נהרג בה אדם בפועל, ובין אם לא, מגיע לו עונש ראוי. מבחן התוצאה אינו חייב לשמש סיבה לענישה, אלא סימן לרשלנות הפושעת, אם אכן היתה כזאת. ולכן די בענישה מרתיעה.

בלא"ה הוא חייב מדין חובל. ותי' לשיטתו שאין חיוב מיתה מוחלט על חבלה, כי היא עבירה שבין אדם לחבירו וניתן להענישה בענישה אחרת, משא"כ על המתת העובר זו עבירה שבין אדם למקום ואין שום סמכות להמיר את עונש המות בענישה אחרת).
מה גם שמלך ישראל אינו משועבד לגמרי לדיני ב"נ. אדרבה נקודת המוצא שלו היא דיני ישראל. אלא שהתורה נתנה לו סמכות להעניש במקום שלפי דין התורה הנאשם פטור מעונש. וא"כ רשאית המלכות להחמיר בעונשו של ההורג עובר (בתנאי שלא תוותר על פיצוי הולם למשפחת הקרבן, בדומה לדמי וולדות. כי לפי דין תורה הקרבן הוא צד גם בדין הפלילי ויש לפצותו. ענישת הפושע ללא פיצוי הולם לקרבן אינה צודקת).